



Universidad Nacional
Federico Villarreal

Vicerrectorado de
INVESTIGACIÓN

ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO

**“AUSENCIA DE CRITERIOS UNIFORMES PARA LA FIJACIÓN DE LA
PENA ANTE LA CONFESIÓN SINCERA QUE AFECTAN EL DEBIDO
PROCESO PENAL EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA DURANTE EL
PERÍODO 2015-2016”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:
MAESTRA EN DERECHO PENAL**

AUTORA:

CRIOLLO ARCE YUDY MARLENY

ASESOR:

DR. JIMENEZ HERRERA JUAN CARLOS

JURADO:

DR. CARLOS VICENTE NAVAS RONDÓN

DR. VICTOR JUBER MOSCOSO TORRES

DR. JOSÉ ALBERTO ESTELA HUAMÁN

LIMA - PERÚ

2019

Dedicatoria

A Dios, por darme fe, esperanza, luz y amor. Así como, por impulsarme a concluir otra etapa importante en mi vida.

A mi madre, quién con sus consejos, apoyo y aliento, me ha inspirado y ayudado a crecer como persona y a luchar por lograr mis objetivos.

A mi esposo e hijas, quienes me acompañaron durante todo este esfuerzo para arribar a la meta.

Agradecimientos

A mis maestros, a mi asesor de tesis, a los magistrados de la Primera, Segunda y Tercera Sala Superior Penal de la Corte Superior de Lima, y amigos que han contribuido y colaborado en la presente investigación, mi estima y profundo agradecimiento por sus enseñanzas y aportes.

ÍNDICE

Dedicatoria	i
Agradecimiento	ii
Índice	iii
Resumen	vi
Abstract	vii
Capítulo I - Introducción	1
1.1. Planteamiento del problema	1
1.2. Descripción del problema	3
1.2.1. Problema principal	3
1.2.2. Problemas específicos	4
1.3. Formulación del problema	4
1.3.1. Problema general	4
1.3.2. Problemas específicos	4
1.4. Antecedentes	5
1.5. Justificación de la investigación	5
1.6. Limitaciones de la investigación	6
1.7. Objetivos	6
1.7.1. Objetivo general	6
1.7.2. Objetivos específicos	6
1.8. Hipótesis	7
1.8.1. Hipótesis general	7
1.8.2. Hipótesis específicas	7
Capítulo II – Marco teórico	8
2.1. Marco conceptual de la investigación	8

2.1.1. De la Constitución y el debido proceso penal	8
2.1.1.1. La persona humana y su dignidad como base de la primacía constitucional y su carácter vinculante	8
2.1.1.2. El debido proceso penal	12
2.1.1.3. La garantía de motivación de las resoluciones judiciales y su relación con el derecho de defensa y la prueba	18
2.1.1.4. De la predictibilidad en las decisiones judiciales	25
2.1.2. De la pena	26
2.1.2.1. Teoría absoluta o retribucionista	28
2.1.2.2. Teoría relativa o preventiva	31
2.1.2.3. Teoría mixta o de la unión	40
2.1.2.4. Toma de posición	46
2.1.3. La prueba	49
2.1.3.1. Su reconocimiento y protección constitucional	49
2.1.3.2. Criterios para la actuación de la prueba	50
2.1.3.3. De la exigencia de mínima actividad probatoria	52
2.1.3.4. Valor probatorio de la declaración del imputado	55
2.1.3.5. La confesión sincera	56
2.1.3.6. Elementos definitorios de la confesión sincera	62
2.1.3.7. De la indivisibilidad de la confesión sincera	64
2.1.3.8. De los límites temporales de la confesión	65
2.1.3.9. Confesión sincera y responsabilidad civil <i>ex delicto</i>	67
2.1.3.10. Criterios para analizar declaración inculpatória de coimputados	68
2.1.3.11. La conclusión anticipada del proceso	72
2.1.3.12. La conclusión anticipada del juzgamiento o conformidad:	

jurisprudencia de la Corte Suprema	76
2.1.3.13. Confesión sincera y determinación de la pena en la jurisprudencia de la Corte Suprema	84
Capítulo III – Método	96
3.1. Tipo de investigación	96
3.2. Población y muestra	96
3.3. Operacionalización de variables	97
3.4. Instrumentos	97
3.5. Procedimientos	97
3.6. Análisis de datos	98
3.7. Consideraciones éticas	98
Capítulo IV – Resultados	99
Capítulo V – Discusión de resultados	111
Capítulo VI – Conclusiones	117
Capítulo VII – Recomendaciones	118
Capítulo VIII – Referencias	119
Capítulo IX - Anexos	126

Resumen

La presente investigación tuvo por objetivo demostrar que no existen criterios uniformes para la fijación de la pena ante la confesión sincera que afectan las reglas del debido proceso penal en el Distrito Judicial de Lima durante el período 2015-2016. Esta investigación es básicamente de carácter explicativa-descriptiva no experimental, pues busca identificar y explicar el por qué los jueces penales expiden sentencias condenatorias sin considerar criterios uniformes para valorar debidamente la confesión sincera, a fin de plantear soluciones que se puedan presentar ante las autoridades competentes. El estudio está basado en el análisis de expedientes de las salas penales de la Corte Superior de Justicia de Lima, de procesos penales concluidos con sentencias condenatorias y en donde hay confesión sincera del acusado, y además entrevistas a magistrados y abogados especialistas. En las entrevistas realizadas, el 75% manifestó que el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales no legisla adecuadamente la confesión sincera y el 10% manifestó lo contrario. También, el 75% consideró pertinente adelantar la vigencia de los artículos 160° y 161° del Código Procesal Penal. También opinaron sobre los supuestos exigidos para la confesión sincera: 85% que sea espontáneo, 65% que pueda ser corroborado, 30% que sea decidido por el fiscal, 80% que sea veraz, 85% que contribuya al esclarecimiento de los hechos y 10% otros. Asimismo, respondieron respecto a que si la confesión sincera tiene algún efecto en la reparación civil: 65% que si tiene efecto y 25% que no tiene efecto y 10% no contestó al respecto. Finalmente, al ser consultados sobre si la confesión sincera tiene un efecto de disminución en la pena: 90% indicaron que si tiene efecto y 10% que no.

Palabras claves: confesión sincera, criterios para la fijación de la pena, debido proceso penal, código de procedimientos penales, derecho penal.

Abstract

The purpose of this investigation was to demonstrate that there are no uniform criteria for the establishment of the penalty in the face of the sincere confession that affects the rules of the due process in the Judicial District of Lima during the period 2015-2016. This investigation is considered non-experimental explanatory-descriptive, as it seeks to identify and explain why criminal judges issue convictions without considering uniform criteria to assess sincere confession, in order to propose solutions that can be presented to the competent authorities. The study is based on the analysis of files of the criminal courts of the Superior Court of Justice of Lima, of criminal proceedings concluded with convictions and where there is sincere confession of the accused, and also interviews with magistrates and specialist lawyers. In the interviews carried out, 75% stated that article 136 of the Code of Criminal Procedure do not properly legislate the sincere confession and 10% stated otherwise. Likewise, 75% considere pertinent to advance the validity of articles 160° and 161° of the Code of Criminal Procedure. They also commented about the assumptions required for the sincere confession: 85% must be spontaneous, 65% must be corroborated, 30% must be decided by the prosecutor, 80% must be truthful, 85% must contribute to clarification of the facts. and 10% others. They also responded regarding about if the sincere confession has any effect on civil reparation: 65% that if it has an effect and 25% that has no effect and 10% did not respond. Finally, when asked if the sincere confession has a diminishing effect on the penalty: 90% indicated that it has an effect and 10% does not.

Keywords: sincere confession, criteria for setting the penalty, due criminal process, code of criminal proceedings, criminal law.

CAPÍTULO I

Introducción

A raíz de los últimos casos divulgados por los medios de comunicación, en la que importantes líderes políticos de distintos partidos de nivel nacional, regional o local fueron objeto de medidas cautelares personales, se ha puesto en debate dos grandes instituciones: la prisión preventiva como excepción a la libertad, así como la importancia de la confesión sincera.

Y es que hoy nadie duda de la importancia que tiene la libertad personal, inmediatamente después de la vida, en la medida que a través de su ejercicio en armonía con la sociedad contribuye al logro de los objetivos individuales de la persona. De otro lado, la confesión sincera como estrategia de defensa eficaz para lograr la disminución de la pena, logrando la identificación plena de los responsables, así como para esclarecer completamente los hechos.

La confesión sincera, entonces, debe verse como una estrategia de defensa de vital importancia para lograr una reducción significativa de la pena; pero ¿cómo lo están aplicando en las Salas Penales de Lima? ¿Es uniforme el criterio empleado en todos los casos o hay diferencias en su aplicación? ¿De qué manera eso afecta la imagen del Poder Judicial? De eso trata, precisamente la presente investigación y esperamos haber cumplido con responder las interrogantes planteadas.

1.1. Planteamiento del problema

En nuestro quehacer como Secretaria Judicial de una Sala Penal de Lima, en la que aún se encuentra vigente el Código de Procedimientos Penales, hemos tenido la oportunidad de apreciar de cerca cuáles eran las vicisitudes que se presentaban al momento de

decidir sobre la aplicación de la pena ante la confesión sincera: muchas decisiones no son uniformes ni predecibles, pues a pesar de que podrían reconocerse criterios similares, empero, la pena aplicable era sustancialmente diferente.

Este hecho se apreciaba en la sala que laboraba, y al inquirir y averiguar sobre cómo resolvían el tema en las otras salas, encontré que el problema era similar; aún más, en las propias sentencias expedidas por las diversas salas penales de la Corte Suprema también encontramos que no existe uniformidad de criterio sobre la aplicación de la pena ante la confesión sincera.

Ahora bien, es común escuchar a los justiciables y abogados asistentes en las salas penales que hacen estas comparaciones y en que la imagen del Poder Judicial queda mal parada, pues se habla de que existirían ciertas decisiones en favor de unos y de otros no, insinuando incluso temas de corrupción.

Esta situación es preocupante, y considero que el tema en cuestión está íntimamente relacionado no solo con el razonamiento, sino con la motivación suficiente que debe hacerse al aplicarse la pena, agotar todas las aristas que presenta el caso, de modo que se entienda y aparezca que la decisión no representa ni responde a un capricho del juzgador, sino a un análisis ponderado y objetivo de la prueba, en nuestro tema, al momento de aplicar una pena por confesión sincera. La pregunta que nos hacemos es si estos estándares se cumplen.

Obviamente, esto ocasiona incertidumbre e inseguridad entre los justiciables, en la medida de que -al no haber un criterio uniforme- no es posible predecir un resultado,

generando también desasosiego en la población al apreciar que las decisiones judiciales no representan seguridad jurídica; siendo también un campo fértil para hablar de corrupción, a pesar de que no exista ello, sino que es un grave problema de ausencia de esa uniformidad de criterio que hablamos.

Consideramos que para ello se requiere reflexionar inicialmente sobre los fines constitucionales de la pena, en su relación con la dignidad de la persona humana, al igual como un estudio sobre la prueba y del tema en cuestión: la confesión sincera, en qué consiste, qué comprende, en casos procede, su extensión, entre otros, de modo que pueda verificarse si tal institución penal es comprendida en su contenido y aplicación. Esperamos haber respondido a estas inquietudes.

1.2. Descripción del problema

1.2.1. Problema principal

La propia Corte Suprema de nuestro país no ha sido uniforme en los criterios adoptados ante los distintos casos en que ha tenido oportunidad de pronunciarse, a pesar que tal decisión repercute directamente en uno de los valores y derechos fundamentales más importantes de la persona humana: su libertad.

Consideramos que no hay un tratamiento uniforme en la aplicación de la pena ante la confesión sincera. Así, mientras el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales establece que la confesión sincera origina la disminución de la pena por debajo de los límites inferiores al mínimo legal, sendos precedentes vinculantes como ejecutorias

supremas¹ pretenden establecer criterios para resolver frente a una confesión sincera; empero, en nuestro criterio, las mismas no responderían a criterios uniformes.

1.2.2. Problema específico

Considero que este problema genérico también se repite en las Salas Penales de la Corte Superior de Lima, y que lo vengo apreciando -reitero- en mi condición de Secretaria de una de estas Salas, por esta razón, creo que es necesario realizar una investigación que nos ayude al análisis y al planteamiento de soluciones para esta realidad problemática.

1.3. Formulación del problema

1.3.1. Problema General

¿Es posible afirmar que no existen criterios uniformes para la fijación de la pena ante la confesión sincera que afectan las reglas del debido proceso penal en el Distrito Judicial de Lima durante el período 2015-2016?

1.3.2. Problemas específicos

- ¿Es posible afirmar que no existen criterios uniformes para la fijación de la pena ante la confesión sincera que afectan la garantía y principio de motivación de las

¹ A manera de ejemplos tenemos las RN No.3574-2003-Callao, RN No.3664-2003-Madre de Dios.

resoluciones judiciales, derecho de defensa y a la prueba del procesado en el Distrito Judicial de Lima durante el período 2015-2016?

- ¿Es posible afirmar que no existen criterios uniformes para la fijación de la pena ante la confesión sincera que afecta la credibilidad y confianza en el sistema judicial del país en el Distrito Judicial de Lima durante el período 2015-2016?

1.4. Antecedentes

Debo manifestar que no he encontrado alguna publicación o tesis que en concreto haya realizado una investigación del tema propuesto en la sede de la Corte Superior de Lima, por lo que -en ese sentido- resulta ser una investigación inédita.

1.5. Justificación de la investigación

Consideramos que la presente investigación revela su importancia y encuentra justificación, puesto que actualmente existe un tratamiento divergente en lo que respecta al análisis y aplicación (supuestos exigidos) de la confesión sincera por parte de los operadores jurídicos, incluso a nivel de ejecutorias supremas que tratan este tema, y que a pesar que ahora último se han establecido sendos precedentes vinculantes, sin embargo, aún es insuficiente para solucionar el problema planteado.

Consideramos también que una adecuada administración del servicio de justicia contribuirá, a su vez, a una mejora de la paz social y en la calidad de vida de la

población, contribuyendo a brindar seguridad jurídica y, como consecuencia de ello, una mejora sustancial en la percepción que la sociedad tiene de su sistema judicial.

1.6. Limitaciones de la investigación

En nuestro específico caso, considero que no tuve limitación alguna para el acceso a la documentación y bibliografía que se requería, en tanto que trabajo en una de las Salas Penales de la sede en donde se realizó la investigación, empero, sí encontré cierta dificultad al realizar las entrevistas a los magistrados y abogados, pues, aduciendo falta de tiempo, en realidad pensaban que se les estaba realizando un examen sobre sus capacidades, a pesar que se les señaló que las encuestas eran reservadas y confidenciales.

1.7. Objetivos

1.7.1. Objetivo general

Demostrar que no existen criterios uniformes para la fijación de la pena ante la confesión sincera que afectan las reglas del debido proceso penal en el Distrito Judicial de Lima durante el período 2015-2016.

1.7.2. Objetivos específicos

- Demostrar que no existen criterios uniformes para la fijación de la pena ante la confesión sincera que afectan la garantía y principio de motivación de las

resoluciones judiciales, derecho de defensa y a la prueba de los procesados en el Distrito Judicial de Lima durante el período 2015-2016.

- Explicar que no existen criterios uniformes para la fijación de la pena ante la confesión sincera que afectan la credibilidad y confianza en el sistema judicial del país en el Distrito Judicial de Lima durante el período 2015-2016.

1.8. Hipótesis

1.8.1. Hipótesis general

Si no existen criterios uniformes para la fijación de la pena ante la confesión sincera, entonces, se afectan las reglas del debido proceso penal en el Distrito Judicial de Lima durante el período 2015-2016.

1.8.2. Hipótesis específicas

- Si no existen criterios uniformes para la fijación de la pena ante la confesión sincera, entonces, se afecta la garantía de motivación de las resoluciones judiciales, derecho de defensa y a la prueba de los procesados en el Distrito Judicial de Lima durante el período 2015-2016.
- Si no existen criterios uniformes para la fijación de la pena ante la confesión sincera, entonces, se afecta la credibilidad y confianza en el sistema judicial del país en el Distrito Judicial de Lima durante el período 2015-2016.

CAPÍTULO II

Marco teórico

2.1. Marco conceptual

2.1.1. De la Constitución y el debido proceso

2.1.1.1. La persona humana y su dignidad como base de la primacía constitucional y su carácter vinculante

Hoy nadie duda de que, actualmente, es pacífico sostener que la Constitución del Estado establece una serie de derechos y deberes que son exigibles y deben cumplirse por todas las personas; es decir, las disposiciones de la Carta Magna son de carácter vinculantes, obligando en su ejecución a personas naturales y jurídicas, públicas o privadas, por lo que nadie puede sentirse ajena o exenta de sus alcances, mucho menos el Poder Judicial que debe ser la primera entidad obligada a aplicar y acatar las disposiciones constitucionales. En ese sentido, Castillo (2004), afirma: “Si, como se ha argumentado, la Constitución peruana es norma jurídica fundamental, la consecuencia necesaria es que todo su contenido es normativo y vinculante. Esto, aplicado de las disposiciones de la Constitución que reconocen los derechos de la persona, significa que los derechos constitucionales vinculan tanto al poder político como a los particulares.” (p.43).

En otras palabras, la Constitución establece mandatos imperativos que deben ser cumplidos por todas las autoridades del ejecutivo y judiciales de la República, tal como incluso así lo han establecido sendas resoluciones dadas por los órganos judiciales de la más alta instancia.

En tal sentido se ha pronunciado de manera reiterada el Tribunal Constitucional, por lo que por todos y a manera de ejemplo, en la STC Exp. No. 0012-2006-PI/TC – Colegio de Abogados de Lima, expuso:

“La Constitución ha dejado de ser un simple catálogo de buenas intenciones y aspiraciones programáticas, para ser una verdadera norma exigible por y para todos. Así lo señala el Tribunal Constitucional: “Hoy en día no es materia de debate o controversia que la Constitución sea considerada como la norma jurídica suprema, jurisdiccionalmente aplicable, y que garantice la limitación del poder para asegurar que éste, en cuanto se deriva del pueblo, no se imponga inevitablemente sobre la condición libre de los propios ciudadanos. En tanto norma jurídica, la Constitución posee en la actualidad un contenido dispositivo compuesto por valores, principios y derechos fundamentales capaces de vincular a todo poder público, a los particulares y a la sociedad en su conjunto.”

En consecuencia, es pacífico sostener que la Constitución es la norma de primer orden y sobre el cual se erige el sistema jurídico de un país y al cual debe correspondencia, siendo que los jueces –incluso- deben preferir su aplicación en caso una norma de menor jerarquía pretenda violentarla (aplicación de control difuso).

Es más, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado de manera también reiterada sobre el respeto que nos debe merecer la cabal aplicación de las garantías para una correcta administración de justicia, exigencia que incluso comprende a todo proceso o procedimiento en la que se vean comprometidos derechos fundamentales. Ello quedó

claramente definido con lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que en la sentencia recaída en el caso Tribunal Constitucional vs Perú, de fecha 31 de enero de 2001, expuso:

“j. la Corte Europea ha establecido que las garantías del artículo 6.1 de la Convención Europea de derechos humanos también se aplican a los procedimientos donde se determinen los derechos fundamentales y las cargas u obligaciones de las personas, e igualmente ha establecido que aun en el ejercicio de los poderes discrecionales por parte del Estado, subsiste el derecho de presentar alegatos, pues dichos poderes deben ejercerse, en todo caso, conforme a la legalidad. Las garantías del debido proceso propias de los procesos judiciales se han expandido al ámbito de cualquier proceso o procedimiento que afecte los derechos de una persona;

k. al ejercer potestades discrecionales el Estado debe actuar conforme a la legalidad, siguiendo los criterios de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, y siempre se debe respetar el debido proceso. (...)

l. el debido proceso es un derecho en sí, pero también tiene carácter instrumental en tanto permite disfrutar de otros derechos, y por ello su violación es más grave, pues el proceso es una garantía para el respeto de derechos sustantivos y para el control de la arbitrariedad en el ejercicio del poder.”

(...)

68. El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la

Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención.

69. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.

70. Ya la Corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal.

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. 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 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.”

El respeto a la persona humana y su dignidad, entonces, es el elemento esencial que guía toda la Constitución del Estado, y que también debe el norte del actuar de todos los jueces, muy especialmente los penales, en tanto que está en juego uno de los bienes más preciados de la humanidad: la libertad.

2.1.1.2. El debido proceso penal

Compartimos el criterio que afirma que el debido proceso legal es la institución del derecho constitucional procesal que identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso penal jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, justicia, razonabilidad y legitimidad de resultado socialmente aceptable. Si ello no se cumple, estaremos –entonces- ante un proceso que afecta los derechos fundamentales de una persona y devendría en arbitrario (Quiroga, 2000, p.43).

En ese mismo sentido Reyna (2006) nos dice que la justicia penal, al comprometer uno de los valores más preciados del ser humano –como es la libertad- y por suponer la confrontación más intensa que tiene el ciudadano con el poder del Estado, debe encontrarse rodeada de aquellas garantías que avalen su afectación solo en los casos estrictamente necesarios, es decir, en aquellos donde se haya comprobado judicialmente la culpabilidad del agente y que se satisfagan a su vez los requerimientos del merecimiento y necesidad de pena. Siempre que este conjunto de garantías concurra en el proceso penal estaremos ante el denominado debido proceso (p.173).

El debido proceso se reconoce en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución vigente, así como en el artículo 4 del CPC, pues ...“Se entiende como tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos (...) de defensa (...) a la obtención de una resolución fundada en derecho (...) y a la observancia del principio de legalidad procesal.”

Cuando hablamos de un debido proceso, entonces, estaremos ante uno que merece llamarse así en la medida de que respeta las garantías y derechos reconocidos constitucionalmente y/o los derivados de tratados internacionales de la que nuestro país es parte. En la sentencia recaída en el Exp. No. 0012-2006-PI/TC – Colegio de Abogados de Lima, el Tribunal Constitucional peruano expone que dentro de las garantías materiales, destacan nítidamente: **a)** el principio de legalidad penal (artículo 2º, inciso 24, apartado “d”); **b)** el principio de culpabilidad, contenido implícitamente en la cláusula del Estado de Derecho (artículos 3º y 43º), así como en el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º) y en el principio de libre desarrollo de la personalidad (artículo 2º inciso 1); **c)** el principio de proporcionalidad (último párrafo del artículo 200º); **d)** el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos (artículo 139º inciso 9); **e)** la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales (artículo 139º inciso 11); **f)** el principio de no ser condenado en ausencia (artículo 139º.12); **g)** el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (artículo 139º inciso 8); **h)** el principio de que 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 (artículo 103º); y **i)** el derecho a que toda

persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad (artículo 2º, inciso 24 apartado “e”), entre otras.

Dentro de las garantías procesales, destacan: **a)** los derechos fundamentales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional (artículo 139º inciso 3); **b)** la publicidad de los procesos (artículo 139º inciso 4); **c)** el derecho a la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias (139º inciso 5); **d)** el derecho a la pluralidad de la instancia (artículo 139º inciso 6); **e)** la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada, y que la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada (artículo 139º inciso 13); **f)** el derecho fundamental a no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (artículo 139º inciso 14); **g)** el derecho fundamental a que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención (artículo 139º inciso 15); entre otras.

Más allá de estas garantías procesales constitucionales antes mencionadas, el Tribunal Constitucional, conforme a sus atribuciones constitucionales, ha identificado otras garantías también de naturaleza procesal, así por ejemplo: **a)** el derecho a un juez independiente e imparcial^{2[3]}; **b)** el derecho al libre acceso a la jurisdicción^{3[4]}; **c)** el derecho a la duración de un plazo razonable de la detención preventiva^{4[5]}; **d)** el derecho a la prueba^{5[6]}; **e)** el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas^{6[7]}; **f)** el principio *non bis in idem*^{7[8]}; **g)** el principio de

^{2[3]} Expediente N.º 0023-2003-AI/TC, FJ 34.

^{3[4]} Expediente N.º 1003-1998-AA/TC, FJ 3.C. y Expediente N.º 05374-2005-AA/TC FJ 6

^{4[5]} Expediente N.º 2915-2004-HC/TC, FJ 5.

^{5[6]} Expediente N.º 1934-2003-HC/TC FJ 1 y ss. y Expediente N.º 1808-2003-HC/TC, FJ 2.

^{6[7]} Expediente N.º 4124-2004-HC/TC FJ 8 y Expediente N.º 0549-2004-HC/TC FJ 3.

^{7[8]} Expediente N.º 0729-2003-HC/TC, FJ 2 y Expediente N.º 2050-2002-AA/TC FFJJ 18 y ss.

igualdad procesal de las partes^{8[9]}; **h)** el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales^{9[10]}; entre otras garantías.

La existencia de este amplio conjunto de garantías materiales y procesales, que en todos los casos deben ser respetados por el Legislador, limita el tradicional espacio de libertad que tuvo el Parlamento en el Estado Legal de Derecho para determinar los delitos y las penas, así como para regular el proceso. En el Estado Constitucional, el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal, vienen redimensionados por la influencia de los principios, valores y derechos constitucionales. Tanto el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal, solo pueden ser entendidos hoy en el marco de la Constitución.¹⁰

El debido proceso, como derecho fundamental implica el conocimiento previo del conjunto de reglas con los cuales se va a juzgar a una persona y que, solo así, concluirá en una sentencia – absolutoria o condenatoria- válidamente emitida. De ello se infiere lo que en doctrina se reconoce como los dos aspectos que comprende: procesal y sustantivo. El primero se refiere al respeto de las normas preestablecidas, y el segundo encierra una connotación ética, el ideal de justicia, que consolida su validez al emitir una sentencia sin afectación de los derechos fundamentales.

Así, Eguiguren (2002), citando a Linares, precisa que: a) En su faz procesal. Constituye un conjunto de reglas y procedimientos tradicionales que el legislador y el ejecutor de la ley deben

^{8[9]} Expediente N.º 2028-2004-HC/TC, FJ 5.

^{9[10]} Expediente N.º 1042-2002-AA/TC FJ 2.3.1, Expediente N.º 1546-2002-AA FFJJ 2 y ss. y Expediente N.º 0015-2001-AI/TC (acumulados), FFJJ 6 y ss.

¹⁰ Exp. No. 0012-2006-PI/TC – Colegio de Abogados de Lima.

observar cuando en cumplimiento de las normas que condicionan la actividad de esos órganos (Constitución, leyes, reglamentos) regulan jurídicamente la conducta de los individuos y restringen la libertad civil de los mismos. b) En su faz sustantiva. Constituye el debido proceso también, y además, un standard o patrón o módulo de justicia para determinar dentro del arbitrio que deja la Constitución al legislador y la ley al organismo ejecutivo (administrativo y judicial), lo axiológicamente válido del actuar de esos órganos; es decir, hasta dónde pueden restringir en el ejercicio de su arbitrio la libertad del individuo. Queda convertida así la limitación o garantía procesal en una garantía genérica de la libertad individual. (p.213).

Landa (2004) respecto al debido proceso y que hace suyo lo expuesto por el profesor Néstor Pedro Sagües, sostiene que este tiene su origen en el due process of law anglosajón y que se descompone en a) debido proceso sustantivo, que es el que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales, así como a la necesidad de que las sentencias sean valiosas en sí mismas, esto es, que sean razonables; b) el debido proceso adjetivo, que está referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales, alude al cumplimiento de ciertos recaudos formales, de trámite y de procedimientos para llegar a una solución judicial mediante una sentencia. (p.195).

Como derecho fundamental, Bernaldes (1999) afirma que el debido proceso ...“en la actualidad no solo es considerado como un derecho constitucional sino como derecho fundamental; vale decir, uno de los derechos humanos exigibles al Estado moderno de derecho. (...) Es por ello que la garantía del debido proceso ha venido a transformarse, con el andar del tiempo, en el símbolo de la garantía jurisdiccional en sí misma. (...) Mediante el debido proceso se garantiza que las reglas de organización judicial, competencia, trámite de los juicios y ejecución de las

decisiones de la justicia, se lleven a cabo respetando las garantías constitucionales y legales vigentes” (p. 641).

Por su parte, Landa (2004) nos explica que: ...“la doctrina y la jurisprudencia nacionales han convenido en que el debido proceso es un derecho fundamental de toda persona –peruana o extranjera, natural o jurídica- y no sólo un principio o derecho de quienes ejercen la función jurisdiccional. En esa medida, el debido proceso comparte el doble carácter de los derechos fundamentales: es un derecho subjetivo y particular exigible por una persona y es un derecho objetivo en tanto asume una dimensión institucional valorativa a ser respetada por todos (...) Por ello, el debido proceso de origen estrictamente judicial se ha ido extendiendo pacíficamente como debido procedimiento administrativo (...) y como debido proceso parlamentario (...) así como debido proceso *inter privatos* aplicable al interior de las instituciones privadas. (...) En consecuencia, el debido proceso encierra en sí un conjunto de garantías constitucionales que se pueden perfilar a través de identificar las cuatro etapas esenciales de un proceso: acusación, defensa, prueba y sentencia”... (pp.196-197).

De otro lado, Carrió (1997) sostiene que: “La expresión *debido proceso* que la Corte usa con alguna frecuencia reconoce sin duda su origen en la Carta Magna de los Estados Unidos (...) sus Enmiendas V y XIV.” (p.67).

La doble expresión del debido proceso reconocido en la doctrina, también fue recogida por el Tribunal Constitucional, conforme puede verse en el Exp. No. 3282-2004-HC/TC – Caso César Almeida Tasayco, en la que se lee: “[...]El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el

procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; mientras que en su faz sustantiva se relaciona con los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer.”

Concepto que se reafirma en el Exp. 8125-2005-HC/TC – Caso Jeffrey Immelt y otros, en donde se dice: [...]”El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha reconocido estas dos manifestaciones del debido proceso en sus sentencias recaídas en los expedientes N° 2192-2002-HC/TC (F.J. N° 1), N° 2169-2002-HC/TC (F.J. N° 2) y N° 3392-2004-HC/TC (F.J. N° 6).

2.1.1.3. La garantía de motivación de las resoluciones judiciales y su relación con el derecho de defensa y la prueba

Tal vez entre los derechos que consolidan lo que debe considerarse como debido proceso, está el de derecho a la defensa, así como a la prueba en su relación con la garantía de motivación de las resoluciones judiciales. Y es que ello permite que el contradictorio pueda desarrollarse sin problema alguno. Nuestra Constitución reconoce el derecho de defensa en el inciso 14) del artículo 139°, en virtud del cual se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión.

De manera que su contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida por concretos actos de los órganos judiciales de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos (Cfr. STC No. 1231-2002-HC/TC, fundamento 2).

El ejercicio del derecho de defensa es de especial relevancia en el proceso penal. Mediante este derecho se garantiza al imputado, por un lado, la potestad de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de un determinado hecho delictivo; y de otro, el derecho a contar con defensa técnica, esto es, a elegir un abogado defensor que lo asesore y patrocine durante todo el tiempo que dure el proceso. En ambos casos, dichas posiciones iusfundamentales están orientadas a impedir que toda persona sometida a un proceso penal quede postrado en estado de indefensión y, por ello, este Tribunal ha afirmado que forman parte de su contenido constitucionalmente protegido (Cf. entre otras, STC N°. 2028-2004-HC/TC).

Siguiendo al maestro Taruffo (2013) diremos que el fenómeno de la prueba de los hechos y el de la motivación de la sentencia tienen entre sí una conexión muy estrecha, casi de recíproca implicación, en el ámbito de una concepción racionalista de la decisión judicial. (pp.92-93).

Una concepción racional es adoptada, al contrario, cuando se aplica el principio -ya indicado por Bentham (Taruffo, 2013)- por el cual todas las pruebas relevantes deberían ser admitidas, porque el uso de todas estas maximiza la posibilidad de que se logre una reconstrucción veraz de los hechos (p.94). Ello implica, qué duda cabe, que es el juez quien está obligado a proveer una justificación racional de su propia decisión. El juez tiene el deber -que tiene su origen en el artículo 139.5 de la Constitución del Estado- la obligación de expresar las razones de su

decisión y cuál ha sido el camino que lo ha conducido a ello, que no es otra cosa que expresar el análisis individual y en conjunto de la prueba que justifica objetiva y razonadamente su decisión. Consideramos, pues, que la resolución judicial debe ser justificada expresamente.

En esta perspectiva, la prueba cumple con su función epistémica porque se configura como el instrumento procesal que típicamente es útil a los jueces para descubrir y conocer la verdad en torno a los hechos de la causa. Específicamente, concordamos en que la prueba es el instrumento que provee al juez la información que necesita para establecer si los enunciados sobre los hechos se fundan en cimientos cognoscitivos suficientes y adecuados al fin de que se consideren como verdaderos. De este modo, la función de la prueba es, entonces, racional porque se ubica en el interior de un procedimiento racional de conocimiento y está dirigida a la formulación de juicios de verdad fundados en una justificación racional (Taruffo, 2013, p.101).

Se impone al juez que exponga en la motivación las razones que justifican su decisión. En sustancia, el juez tiene el deber de racionalizar el fundamento de la decisión articulando los argumentos (las buenas razones) en función de los cuales pueda resultar justificada. La motivación es, entonces, un discurso justificativo constituido por argumentos racionales (Taruffo 2013, p.103). Lo que hace falta es que la motivación justifique racionalmente la decisión.

Considerada de este modo, la motivación es un derecho que tienen las partes en el proceso y que puede postularse en sentido negativo como un derecho a oponerse a resoluciones arbitrarias (Gonzales, 2001, p.270). Este derecho exigible a los órganos del Estado que resuelven conflictos y controversias jurídicas no solo se dirige a la obtención de una resolución final del

proceso motivada, sino que se predica de todas las resoluciones en las que se discutan o pongan en peligro el ejercicio de los derechos fundamentales. Por tanto, dicha garantía no se limita a la obtención de sentencias motivadas, sino también requiere de autos motivados (Gonzales, 2001, p.270). Consideramos, por ello, que una debida motivación sirve para verificar la razonabilidad de una decisión judicial, especialmente para el procesado, a efectos de hacer valer sus derechos ante una decisión que considere que afecta sus derechos.

La motivación se erige en el sistema jurídico peruano como una obligación y deber jurídico de los magistrados y que es aplicable a todas las decisiones judiciales, más aun las que supongan la afectación, directa o indirecta, de los derechos fundamentales de la persona (Colomer, 2003, p.60 y Gonzales, 2001, p.271). Como ha señalado el Tribunal Constitucional Español en la Sentencia del 17 de Julio de 1981: “La motivación es no solo una elemental cortesía, sino un requisito del acto de sacrificio de derechos”. No se trata de una mera exigencia formal o decorativa de los magistrados con los justiciables, sino de una obligación constitucional materialmente exigible. En el proceso penal, tal como subraya Tiedemann (2003): “casi todos los actos procesales constituyen intervenciones directas sobre los derechos fundamentales” (p.60) de allí que el cumplimiento del deber de motivación sea una obligación esencial.

Sobre la defectuosa motivación, Castillo (2004) manifiesta que: “La doctrina clasifica a la motivación defectuosa en: aparente, insuficiente y defectuosa en sentido estricto. *Motivación aparente*: Las resoluciones afectadas por esta clase de error se caracterizan porque disfrazan o esconden la realidad a través de cosas que no ocurrieron, pruebas que no se aportaron o fórmulas vacías de contenido que no se condicen con el proceso (...) *Motivación insuficiente*: El juez yerra de este modo cuando no respeta el principio lógico de razón suficiente, es decir, cuando de las pruebas en que se basa su conclusión sobre los hechos no solo puede inferirse

aquella, sino también otras conclusiones (...) *Motivación defectuosa en sentido estricto:* Se produce cuando el juez viola los principios lógicos o las reglas de la experiencia.”

El Tribunal Constitucional ha señalado la necesidad de respetar el derecho de prueba y el derecho de defensa al momento de motivar las resoluciones judiciales. Así, por ejemplo, en la sentencia recaída en el Exp. 06712-2005/HC/TC, FJ 15, ha determinado:

“(...) por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado”.

Asimismo, el propio Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el EXP. 4831-2005-PHC/TC AREQUIPA RUBÉN SILVIO CURSE CASTRO ha señalado que:

“Los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba uno está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De lo cual se deriva una doble exigencia para el juez: en primer lugar, la exigencia del juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes

pertinentes; en segundo lugar, *la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables.*

“Por ello, la omisión injustificada de la valoración de una prueba aportada por las partes, respetando los derechos fundamentales y las leyes que la regulan, comporta una vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, al debido proceso.”

Cabe mencionar al respecto, como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en el Exp. No.010-2002-AI/TC – Caso Marcelino Tineo Silva, que: *“El derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139º, inciso 3), de la Constitución Política del Perú”.*

Por tanto, existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. Así, por ejemplo, el artículo 188º del Código Procesal Civil establece que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente

motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado (Cfr. STC N° 6712-2005-PHC, fundamento 15).

Reiteramos, pues, que la motivación desempeña un papel esencial en la realización del sentido de la actividad jurisdiccional y cumple, además, la función relativa al control de las decisiones judiciales tanto por las partes como los órganos jurisdiccionales superiores, incluso ante OCMA, en tanto que la falta de motivación de una decisión judicial es considerada una falta muy grave del juzgador. La motivación busca poner en conocimiento e informar cuáles son las razones que han llevado al juzgador o al órgano administrativo a asumir una determinada decisión y no otra, explicitando los criterios y fundamentos que determinaron la solución del conflicto de una determinada manera (Gonzales, 2001, p.270). Ella es el presupuesto para su control, y como afirma Silva (2001): “[...] la no motivación, en tanto que obstáculo a la posibilidad de recurso, constituye una vulneración del derecho de todos los ciudadanos a la tutela judicial efectiva y a que no se produzcan situaciones de indefensión.” (p.107).

En consecuencia, asumimos que la exigencia de motivación prescrita por el artículo 139.5 de la Constitución, plantea un reto para los jueces: motivar más y mejor, lo que se traduce en razonar jurídicamente en forma eficiente y eficaz. La motivación constituye un deber ineludible del juez. Su basamento no es solo constitucional sino integral, en atención a que, bajo la perspectiva de un Estado Constitucional, el juez se debe a su comunidad como ciudadano responsable de una alta función pública, a su Nación como representante de un poder del Estado y a la humanidad por los deberes contraídos a través de los Tratados de Derechos Humanos (Figueroa, 2012, pp.187-188).

2.1.1.4. De la predictibilidad en las decisiones judiciales

No nos queda duda de que en un Estado que se precie de social y democrático de derecho, no solo se debe reconocer, sino hacer realmente efectiva las garantías procesales que la Constitución y las leyes conceden al procesado, asumiendo incluso la posibilidad de que se absuelva a un culpable, pero que no se condene a un inocente.¹¹ En tal sentido, compartimos plenamente la afirmación de Jaén (2002) cuando sostiene que en un Estado democrático de Derecho, el Juez nunca tiene ante sí a un delincuente, sino a un ciudadano inocente, al menos hasta que se dicte una sentencia condenatoria, que incluso debe ser firme (p.70).

Por precedente vinculante se entiende el supuesto ya resuelto en un caso similar, el cual goza de relevancia jurídica y de una referencia vinculante. En el precedente no importa el factor tiempo o la repetición de casos, como ocurre, por ejemplo, con la jurisprudencia. Basta que haya un precedente para invocarse la autoridad del mismo.

Entonces, cuando la ley se refiere a los precedentes vinculantes, compartimos en que no alude a otra condición que no sea el hecho de que el precedente es obligatorio o de forzoso cumplimiento. La mayor claridad en cuanto a la obligatoriedad del precedente vinculante lo asume el artículo 22 de la LOPJ, al señalar que las salas especializadas de la Corte Suprema, al publicar las ejecutorias, fijan los principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento (Castillo, 2008, p.34).

¹¹ En el sistema anglosajón, es muy conocido el aforismo que dice más o menos así, que es preferible que un delincuente ande suelto a que un inocente se encuentre preso.

Evidentemente, esto ayuda mucho a un mejor manejo en la administración de justicia, puesto que un caso que es resuelto de determinada manera y sobre el cual incluso se fija criterios a seguir como precedente vinculante, será más predecible su resultado, contribuyendo a una mejora en los resultados e imagen del Poder Judicial, toda vez que las posibilidades de corrupción se verán minimizadas.

Por esta razón, consideramos que un mismo hecho que es resuelto de determinada manera, pues debe resolverse igual en todos los casos, es lo que se llama principio de predictibilidad; incluso, en nuestra opinión, es una clara manifestación del principio de igualdad y no discriminación entre las personas, empero, como ya lo explicaremos al momento de hacer los comentarios a los resultados estadísticos, en los órganos jurisdiccionales no hay uniformidad en sus decisiones, a pesar de que se trataría de hechos similares.

2.1.2. De la pena

El principal medio de que dispone el Estado como reacción frente al delito es la pena en el sentido de restricción de derechos del responsable.¹² El orden jurídico prevé además las denominadas medidas de seguridad destinadas a paliar situaciones respecto de las cuales el uso de las penas no resulta plausible. De manera que el sistema de reacciones penales se integra con dos clases de instrumentos; penas y medidas de seguridad.

Es indiscutible que la justificación de la pena reside en su necesidad. La necesidad de la pena es un dato fáctico que aporta el conocimiento empírico, si bien con ello no se prejuzga el modo

¹² La polémica sobre la pena es complejísima, tanto desde el punto de vista fáctico, fenomenológico y valorativo. Al respecto, véase: Mir Puig (2005, p.51), Bustos Ramírez (1994, p.23), Cerezo Mir (1997, p.22), Zugaldía Espinar (1993, p.59).

de operar la pena, ni su esencia o fines. Pero su necesidad es un hecho real (García, 2006, p.121).

Frente a ello, Jescheck (1993) indica que la pena tiene una triple fundamentación: política, sociopsicológico y ético – individual. Desde un punto de vista político – estatal se justifica la pena porque sin ella el orden jurídico dejaría de ser un orden coactivo capaz de reaccionar con eficacia ante las infracciones del mismo. Desde un punto de vista sociopsicológico, porque satisface las ansias de justicia de la comunidad; si el Estado renunciase a la pena, obligando al perjudicado y a la comunidad a aceptar las conductas criminales como si no hubieran tenido lugar, se produciría inevitablemente un retorno a la pena privada y a la autodefensa, propias de etapas históricas ya superadas. Desde un punto de vista ético – individual, la pena se justifica en consideración al propio delincuente, ya que permite a este, como un ser moral liberarse de su sentimiento de culpa (p.44).

Seguimos a Bacigalupo cuando acota que la primera cuestión que debe abordar el estudio del Derecho penal es la concerniente a la función de las normas que lo integran. Se trata de responder a la pregunta: ¿para qué establece la sociedad organizada en el Estado, un conjunto de normas que amenazan con la aplicación de una pena la ejecución de determinadas conductas? En este sentido, función del derecho penal y teorías de la pena tienen una estrecha relación: toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el derecho penal (Bacigalupo, 1997, p.7).

Esta afirmación, que iniciaría cualquier comentario, análisis o estudio de la pena, solo se circunscribe a analizar un aspecto de la teoría de la sanción penal, el concerniente a los fines de la pena; esto es, del

significado del acto de castigar tanto para el propio condenado como para la sociedad que castiga. Ya no se estudia la legitimación y esencia de la pena, sino para qué se va a imponer la pena. Veamos seguidamente lo sustancial de lo que las distintas teorías explican sobre el tema.

2.1.2.1. Teoría absoluta o retribucionista

Son aquellas que sostienen que la pena halla su justificación en sí misma, sin que pueda ser considerada como un medio para fines ulteriores. Absoluta porque en esta teoría el sentido de la pena es independiente de su efecto social, en otras palabras, se suelta de él.

Para la retribución, el sentido de la pena estriba en que: ..."la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal... la pena, pues, no sirve para nada, sino que lleva su fin en sí misma. Tiene que ser, porque tiene que imperar la justicia" (Roxín, 1976, p.12). Esta teoría sucede a la expiación como fundamento de la legitimidad de la pena, propia de los estados absolutistas que implican una concentración total del poder y un uso ilimitado de él, necesario para el desarrollo posterior del capitalismo (Bustos, 1982, pp.115-119).¹³

La concepción liberal del Estado trae consigo, como respuesta al sentido de la pena, la teoría de la retribución como la necesidad de restaurar el orden jurídico interrumpido, *"la imposición de un mal por el mal cometido"* (Muñoz, 1975, p.34). La pena surge, entonces, como una

¹³ Bustos (1982, pp.115-119) considera al Estado absoluto como un estadio cuyo fin no es otro que la imposición del capitalismo, así la pena "no podía tener sino las mismas características y constituir un medio más para realizar el objetivo capitalista". Compartimos la opinión de no aceptar esta posición por dos razones fundamentales: la primera radica en el hecho que el Estado absoluto -como etapa histórica- no pretendió en ningún momento servirse intencionalmente como medio para la llegada del capitalismo, la segunda se funda en que el capitalismo se debe al proyecto moderno (resultado de la confluencia de la reforma protestante, la revolución francesa y la ilustración, que originaron a su vez los tres grandes núcleos organizativos de la modernidad: democracia, capitalismo e industrialismo). Sobre esto último, véase: Brunner (1993, pp.95-112).

necesidad moral derivada de un "imperativo categórico" como lo es la justicia para Kant, o bien para Hegel como una necesidad lógica: negación del delito y afirmación del derecho.

a. Teoría de Kant

En la concepción de Kant la pena es el resultado que se impone cada vez cuando se comete un delito. Es la retribución que siempre debe accionar, y debe ser equivalente al daño causado por delito *punitur quia peccatum est*. En su opinión el castigo no debe ser fundado en razones de utilidad social porque el hombre es fin en sí mismo y no un instrumento en beneficio de la sociedad. Entonces la pena debe basarse en el hecho de que el delincuente la merece según las exigencias de la ley penal.

Por eso, la ley penal se presenta como un imperativo categorico, una exigencia de la Justicia, como protección de la sociedad. La pena es un fin, y no un medio para conseguir un bien, ni en la situación en que ello se consigue, pues para la sociedad el hombre no puede ser tratado como un objeto al servicio de ciertos fines.

La teoría de la justa retribución fue desarrollada por Kant, para quien la pena es un deber ser, aun cuando el Estado y la sociedad ya no existan. Esta concepción recibe su característica de absoluta debido a que ve el sentido de la pena no en la prosecución de alguna finalidad social útil, sino que sostiene que dicho sentido radica en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal, o sea que agota todo el fin de la pena en la retribución misma, explicada por Kant como un imperativo categórico emergente de la idea de justicia. El mal de la pena está justificado por el mal del delito, es concebida como un mal que debe sufrir

el delincuente para compensar el mal causado con su comportamiento, pensamiento que reconoce como antecedente la Ley del Tali3n. Ella niega o aniquila al delito, restableciendo el derecho lesionado, ha de imponerse por el delito aunque resulte innecesaria para el bien de la sociedad, aunque no se logre un efecto intimidatorio ni exista riesgo alguno de reincidencia debe igualmente aplicarse.

De lo indicado por Kant, es la idea de proporcionalidad entre el delito y la pena la m3s v3lida. En efecto, seg3n Kant, una pena que no tuviese en cuenta el da1o causado por el delito no ser3a justa. La conciencia colectiva y la del infractor deben sentir como propia la igualdad que ha de existir entre el da1o causado por el delito y la pena merecida (Cuello, 1996, p.73).

b. Teor3a de Hegel

Otro representante de la teor3as absolutas es Hegel. 3l mira la pena como la afirmaci3n del Derecho. El delito es la negaci3n de orden jur3dico (tesis) y la pena (ant3tesis) es la negaci3n del delito. En esta construcci3n negaci3n de la negaci3n, la pena se concibe como reacci3n, como un instrumento que restablece el orden jur3dico sin tener fines utilitarios posteriores.

La pena es la restauraci3n ideal del orden jur3dico infringido, de la armon3a entre la voluntad general y la particular. Es m3s, a juicio de Hegel, solo as3 se trata al delincuente como a un ser racional y libre, solo as3 se le honra, d3ndole no ya algo justo en s3, sino su derecho. La justicia de la pena concreta, sin embargo, no vendr3 dada para Hegel por la rigurosa *ley del tali3n* kantiana, sino por un principio valorativo m3s flexible, que tenga en cuenta las caracter3sticas de la lesi3n concreta y las circunstancias de la sociedad civil.

c. Teoría de Binding

Kaufmann (1977) afirma: “Desde un planteamiento distinto, la postura de Binding conducirá también a una fundamentación absoluta de la pena, pues ella no perseguirá otra cosa que mostrar al delincuente su impotencia ante la ley y someterla a la fuerza absoluta o victoriosa del Derecho.” (pp.246-247).

d. Teoría de la Expiación

La teoría de la expiación es una variante de las teorías de la justicia. Por expiación se entiende una actividad anímica del penado, de carácter moral, para purificarse interiormente a través del arrepentimiento experimentado con ocasión del castigo, los reparos contra esta teoría son aún más serios.

2.1.2.2. Teoría relativa o preventiva

Las teorías relativas procuran legitimar la pena mediante la obtención de un determinado fin, o la tendencia a obtenerlo. Su criterio legitimante es la utilidad de la pena. Si este fin consiste en la intimidación de la generalidad, es decir, en inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados, se tratará de una teoría preventivo general de la pena (negativa o positiva). Si, por el contrario, el fin consiste en obrar sobre el autor del delito cometido para que no reitere su hecho, estaremos ante una teoría preventivo especial o individual de la pena (negativa o positiva).

a. Teoría de la prevención general negativa

Tiene origen científico en Feuerbach, concibe a la pena como una amenaza que por medio de las leyes se dirige a toda la colectividad con el fin de limitar al peligro derivado de la delincuencia latente en su seno. Esta coacción formulada en abstracto se concretiza en la sentencia, cuando el juez refuerza la prevención general al condenar al autor debido a que por este acto está anunciando a los demás lo que les ocurrirá si realizan idéntica conducta (por eso, la lógica de este criterio exige que las penas sean cumplidas, de lo contrario, el fin intimidatorio se ve afectado). Así, en su formulación pura, estas concepciones no se fijan en los efectos que la pena puede surtir sobre el autor mismo, de manera que, prevención general significa también evitación de los delitos mediante la producción de efectos sobre la generalidad.

Estas teorías suelen ser identificadas con el aspecto intimidatorio de las penas ya que su justificación estará dada por su fin de evitar la comisión de hechos punibles respecto de sus potenciales autores. La prevención general actúa no solo con la conminación general de penas, sino que adquiere mayor efectividad con su imposición y ejecución. La conminación penal debe intimidar y la ejecución penal debe confirmar la seriedad de la amenaza.

Según Feuerbach; La ejecución de la pena tiene lugar “para que la amenaza de la ley sea una verdadera amenaza”. Esta teoría parece presentar la ventaja de no tener que recurrir al criterio clásico de la culpabilidad sino al de motivabilidad del autor. Así, el tipo penal consiste en la descripción de la conducta prohibida y su fin es motivar (mediante la amenaza con una pena) para que esa conducta no se realice.

En una versión moderna de esta teoría (propio de la década de los sesenta en Alemania), entendió que, de la misma forma que el Derecho penal había de proteger eficazmente bienes jurídicos necesarios para la convivencia, la pena debía cumplir una función puramente social; esto es, que verdaderamente sirviera para evitar que se realizaran comportamientos lesivos de los bienes jurídicos tal como a partir de ahora entendían, alejándose de toda concepción de la pena que surgiera la idea de castigo o expiación.

No obstante, lo que esta teoría no ha logrado nunca ha sido fundamentar la pena en una teoría general de la sociedad dentro de la cual el Derecho penal sea un instrumento más entre otros. De hecho, es por eso por lo que el Derecho penal ha sido tan vulnerable a la crítica de las ciencias sociales. Y es que, si el Derecho penal se conforma con justificar la pena en el axioma, no comprobable por los demás, de que siempre habrá alguien que sí se deje motivar por la amenaza de la sanción, difícilmente será rebatible, aunque sea al precio de excluir toda consideración sobre otros mecanismos de control distintos a la pena que quizá proporcionaran que fuesen más, y por mejores cauces, los motivados a no dañar la convivencia que los motivados por la pena.

De esta forma, la pena así entendida instrumentaliza al hombre, lo convierte en medio al servicio de otros fines, en objeto de fines preventivos, porque no se le castiga por lo que ha hecho, sino para que los demás no delincan. Asimismo, esta teoría hace resaltar la ausencia de límites propios y la imposibilidad de trazar criterios que precisen los presupuestos de la intervención penal si se parte de este solo concepto.

b. Teoría de la prevención general positiva

La prevención general puede ser entendida de un modo diverso al precedentemente expuesto. Por una parte, puede manifestarse por la vía de la intimidación a los posibles delincuentes (prevención general negativa), y, por la otra, como prevalecimiento o afirmación del derecho a los ojos de la colectividad.

Así, Pérez (1986) sostiene que ...“se adjudica a la pena ya un fin de conservación del orden, o de conservación del derecho, o para fortalecer la pretensión de validez de las normas jurídicas en la conciencia de la generalidad, o bien reforzar las costumbres sociales y la fidelidad al derecho o como afirmación de la conciencia social de la norma.” (p.215).

Al respecto, Jakobs (1995) señala que: “Tarea del Derecho penal es el mantenimiento de la norma, como modelo orientador de las relaciones sociales” (p.9). De su parte, Kaufmann (1982), precisa que a esta teoría le corresponde tres cometidos: una función informativa, advirtiendo al ciudadano de lo que está prohibido y de lo que se debe hacer; la misión de reforzar y mantener la confianza en la capacidad del ordenamiento jurídico para imponerse y triunfar; y la tarea de fortalecer en la población una actitud de respeto hacia el Derecho (p.127).

Para esta teoría, destinatario de la pena no es el infractor potencial, ni el delincuente, sino el ciudadano honesto que cumple las leyes, la opinión pública, cuya confianza en el sistema hay que fortalecer. La protección de bienes jurídicos pasa a un segundo plano, a lo sumo como objetivo mediato.

La pena tiene, en este sentido, la función de ratificar las normas que han sido vulneradas y, de esta manera, reforzar la confianza general en las mismas. Esta confianza, sin embargo, no consiste en la creencia de que nunca más se cometerán hechos semejantes, sino que todas las personas tienen que saber lo que deben esperar en estas situaciones. Con esta formulación del problema se obvian, sin duda, las objeciones que, por lo general, han invalidado otras teorías de la pena, en la medida en que estas hacían referencia a ciertas consecuencias que requerían una verificación empírica.

Sin embargo, esta teoría ha sido objeto de críticas porque se considera que niega la ideología de la resocialización, sin acompañar su crítica de la creación de instrumentos alternativos a los del Derecho penal que ataquen los conflictos de la desviación en sus orígenes y que sean compatibles con la reintegración social del autor, de la víctima y del ambiente.

En efecto, a esta teoría se le imputa el de ser un modelo tecnocrático, legitimador y acrítico. El centro de gravedad de la pena pasa de la subjetividad del individuo y del mundo axiológico, de los valores, al sistema y a las expectativas institucionales, eludiendo cualquier reflexión crítica ajena a la funcionalidad del castigo para el sistema (Baratta, 1984, p.534). Se le ha criticado también que esta teoría desvincula la pena con la función protectora de bienes jurídicos, cuando define al delito no como lesión de estos, sino como expresión simbólica de falta de lealtad al Derecho que cuestiona la confianza institucional en el sistema.

c. Teoría de la prevención especial positiva

Desarrollada por diversas corrientes de pensamiento penal, como la escuela alemana de Liszt, el positivismo criminológico italiano, el correccionalismo y la escuela de la defensa social.

Aunque cada una de ellas presente matices, resulta factible enunciar sus principales formulaciones. Es la posición extrema contraria a la teoría de la retribución.

Según este punto de vista preventivo-especial, el fin de la pena es disuadir al autor de futuros hechos punibles, es decir, evitar las reincidencias (versión moderna de la teoría) y solo es indispensable aquella pena que se necesite para lograrlo, se procurará readaptar al autor mediante tratamientos de resocialización. Así, la necesidad de prevención especial es la que legitima la pena, de esta manera solo la pena necesaria es justa. Se habla de relativa porque su finalidad está referida a la evitación del delito.

La prevención especial no quiere retribuir el hecho pasado, no mira el pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir nuevos delitos del autor. Esta concepción, influenciada por el determinismo, no admite la libertad de voluntad, niega que la culpabilidad pueda ser fundamento y medida de la pena.

En Italia, la Escuela Positiva ha cambiado la imagen y promovido en el sistema del Derecho Penal y Criminología porque ha puesto en el centro de atención al delincuente. Sus principales representantes Lombroso, Ferri y Garófalo han hecho un estudio completo del delito como un hecho natural y social y han concluido que el delincuente es como un enfermo o inadaptado social, que no tiene libre albedrío. Porque el delincuente no tiene responsabilidad, la pena es ineficaz, razón para que ella debe ser recambiada con las medidas de seguridad.

En Alemania, la Escuela Sociológica conducida por Franz von Liszt ha establecido que la finalidad de la pena debe investigarse en función de las distintas categorías de delincuentes y no de manera uniforme para cualquier autor.

Von Liszt se dedicó a clasificar delincuentes considerando que la eficacia de la incriminación exige que ella se adapte a cada sujeto, procurando corregir, intimidar o inocuizar, según la personalidad de cada individuo sobre el que la pena deba cumplir su función preventiva, de modo que para dicho autor la prevención especial actúa de tres maneras:

- Corrigiendo al corregible: resocialización.
- Intimidando al intimidable
- Haciendo inofensivos a quienes no son corregibles ni intimidables.

La necesidad de la pena es la que fundamenta esta teoría de la imposición. Pese a que existen razones para considerarlo concepción dominante, este punto de vista también es vulnerable. El ideal de corrección explica el fin que persigue la pena, pero no contiene ninguna justificación del *ius puniendi*. No sirve para fundamentar la conminación de penas, sino en todo caso, para fundamentar la aplicación y ejecución de penas. No posibilitan una delimitación del *ius puniendi* en cuanto a su contenido. Pueden crear el riesgo de fundamentar el Derecho Penal contra los inadaptados –enemigos políticos- o los asociales –mendigos, vagabundos, prostitutas, etc.

Resulta válido cuestionar el derecho del Estado a someter a tratamiento contra su voluntad a una persona, especialmente si es adulta, porque puede traducirse en una manipulación de la personalidad para obligarla a dejar de ser lo que quiere. La imposición coactiva de un proceso

de resocialización entra en contradicción con la idea de un estado de derecho que exige pluralismo. Así, el fin de resocialización será de tan poca precisión que podría ampliar incontroladamente el poder del Estado en el campo del Derecho Penal. Incluso debería perseguirse un tratamiento hasta que se dé la definitiva corrección, aun a riesgo de que la duración sea indefinida.

En la mayoría de los casos, nuestros conocimientos empíricos no bastan para delimitar la necesidad de la pena, lo que resulta extensivo a lo relativo a naturaleza y *quantum* de la pena. En aquellos supuestos en que resulte posible determinar la falta de necesidad de prevención especial la única conclusión viable sería la impunidad, o sea:

- Delincuentes primarios y ocasionales: porque no manifiestan peligro de volver a delinquir.
- Delitos graves: en ciertos casos no hay peligro de repetición.
- Delitos cometidos en situaciones excepcionales: porque casi con seguridad no se volverán a repetir.
- Delincuentes habituales: a veces no hay posibilidad de resocializarlos.
- Delincuentes por convicción: se dificulta la resocialización debido a que para que la misma resulte viable es indispensable la colaboración del delincuente y no cabe su imposición coactiva, no podría aplicársele por la fuerza.

En el ámbito de individualización de la pena, surgen nuevas objeciones por la imposibilidad de predecir los efectos del tratamiento (si la pena se prolonga hasta que el tratamiento tenga éxito, el condenado queda a merced de la intervención estatal).

El Estado o la sociedad no tienen derecho alguno que les permita readaptar según las reglas socialmente impuestas, en forma coactiva, al autor de un delito determinado. No se puede, además, agotar el sentido de la pena en la readaptación social del condenado y el propósito de evitar la reincidencia. La razón por la cual la teoría de la prevención especial quedó detenida en su evolución, no logrando superar las críticas apuntadas, se relacionan con su prematuro abandono de los conocimientos de las ciencias sociales y de la investigación empírica para construir las categorías de autor que debían servir de base al sistema.

d. Teoría de la prevención especial negativa

Según Silva (2000), el término *inocuización* del delincuente viene de la teoría de Von Liszt (p.233) indicada en el anterior acápite. Su innegable vinculación al positivismo criminológico y su práctico abandono en la teoría de los fines del Derecho penal del último medio siglo hace que no se encuentren apenas referencias al mismo. Ello, con independencia de la existencia, en mayor o menor medida, de instituciones como, por ejemplo, la custodia de seguridad alemana, orientadas básicamente, aunque no exclusivamente, a la inocuización de delincuentes habituales.

La premisa mayor de la teoría de la inocuización es que resulta posible individualizar a un número relativamente pequeño de delincuentes, respecto de los cuales cabe determinar que han sido responsables de la mayor parte de hechos delictivos y predecir que lo seguirán siendo. De modo que la inocuización de los mismos (esto es, su retención en prisión el máximo tiempo posible) conseguiría una radical reducción del número de hechos delictivos y, con ello, importantes beneficios al menor coste.

Los métodos predictivos basados en el análisis psicológico individual de responsabilidad o peligrosidad han sido sustituidos por otros de naturaleza actuarial, de modo que el delito pasa a ser abordado con las mismas técnicas probabilísticas y cuantitativas que, en el ámbito de los seguros, por ejemplo, se utilizan para la gestión de riesgos. Ello supone recurrir al método estadístico, tomando como base determinados indicadores, cuya cuantificación es el punto de partida para emitir pronósticos de peligrosidad sobre grupos o clases de sujetos, sin necesidad de entrar en estudios de la psicología del individuo concreto.

Sin embargo, la búsqueda de criterios valorativos de distribución razonable de la carga de la inseguridad habría de ser el criterio de la reforma penal. Una reforma que descartaría cualquier concepto radical de la inocuización, como distribución desequilibrada de cargas en perjuicio del penado. Pues, una sociedad que quiere mantenerse en un Derecho penal respetuoso con la individualidad y los derechos fundamentales de la persona –incluyendo la del delincuente– es una sociedad que quiere conceder a todo autor la posibilidad de la resocialización, pero también debe estar dispuesta necesariamente a soportar un riesgo para la seguridad de la colectividad. En suma, cumplida la condena ajustada a la culpabilidad, la sociedad debe asumir siempre todo el riesgo de un delito futuro cometido por el sujeto imputable.

2.1.2.3. Teoría mixta o de la unión

La polémica entre teorías absolutas y relativas de la pena evidencia que existe más de un fin de la pena ya que ninguna de las mencionadas concepciones agota el fundamento para su explicación. De allí se derivan teorías de la unión que procuran articular una síntesis entre las doctrinas en pugna. Parten del supuesto realista de que no es posible adoptar una fundamentación desde las formas puras precedentemente señaladas porque ellas ofrecen varios flancos a la crítica. Surgen así teorías pluridimensionales de la pena que suponen una

combinación de fines preventivos y retributivos e intentan configurar un sistema que recoja los efectos más positivos de cada una de las concepciones puras hasta aquí analizadas.

Los intentos para presentar una fundamentación coherente de la pena, que contemple al mismo tiempo las teorías absolutas y las relativas, son variados. Además, estas teorías de la unión son dominantes en el Derecho penal contemporáneo. Algunos autores señalan que su existencia pone en evidencia una crisis cuya manifestación más evidente es la ausencia de respuestas doctrinarias y legislativas armónicas para justificar el *ius puniendi* estatal, con todas las consecuencias de inseguridad que de allí se derivan.

Comúnmente, las teorías mixtas le asignan al Derecho Penal la función de protección a la sociedad, sin embargo, tal función no reviste iguales características en todas las teorías. Pueden reconocerse dos grupos de fundamentaciones:

Aquellas que postulan que la protección de la sociedad ha de basarse en la retribución justa y que los fines de la prevención solo juegan un papel complementario dentro del marco de la retribución. Y las que sostienen que el fundamento de la pena es la defensa de la sociedad, siendo que a la retribución corresponde únicamente la función de límite máximo de las exigencias de la prevención, impidiendo que conduzcan a una pena superior a la merecida por el hecho cometido.

En ambos casos, la protección de la sociedad es entendida en el sentido de protección de bienes jurídicos y las conminaciones penales se justifican únicamente, y siempre, por la necesidad de protección de bienes jurídicos.

a. **La culpabilidad como fundamento de la pena.**

La dirección conservadora que encuentra en Alemania encaja en el Proyecto Oficial de 1962, ve en la retribución el fundamento de la pena. La pena tiene sentido en cuanto retribución de la culpabilidad del autor y reafirmación del orden jurídico, sin perjuicio de que además pueda cumplir determinados fines de política criminal, como el de prevención de futuros delitos, mediante la intimidación individual, la general y (de forma más duradera) mediante la recuperación del delincuente.

La función que se asigna al Derecho penal tiene su fundamento en la proporcionalidad de la pena con el delito. No se busca la realización de la justicia en la tierra, sino proteger la sociedad.

b. **La culpabilidad como límite de la pena**

La dirección progresista, en la doctrina alemana, se refleja en el Proyecto Alternativo de 1966, que fundamenta la pena en la necesaria defensa de la sociedad, en la protección de bienes jurídicos, operando la retribución y la culpabilidad como mero límite de las metas de prevención. La pena es una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son los hombres, y no un proceso metafísico para realizar la justicia sobre la tierra.

Dicho más brevemente para la dirección conservadora, la culpabilidad es fundamento de la pena, mientras para la progresista es mero límite. Para la primera, la función del Derecho penal

es retribución – preventiva; para los segundos, esencialmente preventiva, protectora de bienes jurídicos (Mir, 2002, p.73).

c. Teoría diferenciadora de Schmidhauser

Para el autor, las teorías monistas y las de la unión no contemplan con la necesaria sobriedad y objetividad el fenómeno de la pena estatal en el presente, óptica de la que hay que partir, sino que ponen el acento exclusivamente en aspecto parciales del mismo, absolutizándolos.

A juicio del autor, la pena sirve al fin de la lucha contra el delito y, con arreglo a la experiencia, es obvio que se trata de un medio adecuado para tal fin el de hacer posible la convivencia manteniendo la comisión de crímenes dentro de unos límites tolerables para aquella. Dicho de otro modo, se castiga por razones de prevención general y esta es la función que desempeña la pena como fenómeno social.

Schmidhauser ve, también, un particular sentido a la pena según las personas o instituciones que intervienen en su administración: el legislador, los órganos encargados de la persecución del delito, el juez penal, los funcionarios que tienen a su cargo la ejecución de la pena, el propio penado y la sociedad. Al legislador le preocuparía la justicia, pero más aún que la idea o valor de justicia, le preocuparía el bien de la sociedad. Para los órganos encargados de la persecución del delito, la pena tiene otro sentido: el de esclarecer los hechos y poner a sus autores a disposición de los tribunales, guiados por el principio de igualdad, sin perjuicio de contribuir al mantenimiento de la paz jurídica.

Para el Juez penal se trata de hacer justicia a través de una correcta valoración de los hechos, jugando un papel -también importante- las exigencias de prevención especial y no las de prevención general. Los funcionarios encargados de la ejecución, por su parte, ven en la pena hoy el modo de conducir al penado por el camino más adecuado a fin de que pueda serle provechosa su estancia en la prisión y de facilitar su posterior incorporación a la sociedad como miembro útil.

Resumiendo, para Schmidhauser, en el momento de la conminación legal abstracta predomina la idea de prevención general; en el judicial, la de justicia; en el de ejecución de la pena, la tutela del delincuente y la prevención especial (Mir, 2002, p.173).

d. Teoría dialéctica de Roxin.

Como ya se ha visto, ninguna de las teorías tradicionales resiste la crítica, debido a esto se ha intentado resolver el interrogante del sentido y límites de la pena acudiendo a una teoría ecléctica denominada teoría mixta o unificadora. Dicha teoría parte de la idea de retribución como base, a la que se añaden el cumplimiento de fines preventivos, tanto generales como especiales. Estas teorías, mixtas o unificadoras, resultan en un eclecticismo que, queriendo contentar a todos, no satisface totalmente a nadie, ya que la mera adición o yuxtaposición de teorías no responde a la inquietud propuesta, sino por el contrario multiplican a tres los efectos sometidos a crítica.

Claus Roxin intenta responder con su teoría unificadora dialéctica, sin caer en eclecticismos paradójicos. De esta manera, escribe lo siguiente: "El derecho penal se enfrenta al individuo de

tres maneras: amenazando, imponiendo y ejecutando penas; y que esas tres esferas de actividad estatal necesitan de justificación cada una por separado" (Roxín, 1976, pp.17-19).

Por su parte, Muñoz Conde nos describe la teoría en sus tres fases, la primera radica "en el momento de la amenaza penal, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general... pero si, a pesar de esta amenaza se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena la idea retributiva. Finalmente, durante la ejecución de la pena impuesta, prevalece, sobre todo si se trata de una pena privativa de la libertad, la idea de prevención especial" (Muñoz, 1975, p.35) y los peligros propios de cada teoría solo podrán ser superados con la integración armónica, progresiva y racional de los tres estadios del *ius puniendi* descritos por el Derecho Penal. Analícese, entonces, dichas instancias:

- i. Las conminaciones de pena: El Estado debe asegurar a los residentes de su territorio las condiciones de una existencia que satisfaga sus necesidades vitales, lo que se logrará con la protección de los bienes jurídicos y el aseguramiento del cumplimiento de las prestaciones públicas primarias. De esta forma encontramos dos consecuencias importantes: el derecho penal es de naturaleza subsidiaria, los recursos penales, por ser los más drásticos, tienen que ser los últimos; y la segunda radica en que el legislador no puede castigar conductas no lesivas ni perjudiciales de bienes jurídicos, sin importar de que dichos actos sean moralmente reprochables.

- ii. Imposición y medición de la pena: Lo que se pone a discusión no es la adecuación del fin, sino la conformidad a Derecho del medio. La pena, al momento de imponerse o graduarse, no debe considerarse como la efectividad de la amenaza legal, con lo que se excluye la finalidad de la prevención general en este estadio. El castigo debe ser conforme a Derecho, es decir, al momento de imponerse la pena lo que se busca es la inviolabilidad del ordenamiento jurídico, que se plasma con la conocida frase de Hegel: "La pena es la negación de la negación del derecho". En pocas palabras la pena se justifica en su imposición por la salvaguardia del orden jurídico en la conciencia de la colectividad, lo que no es más que lo ya dicho por la teoría de la retribución: la imposición de un mal por el mal cometido.

- iii. La ejecución de la pena sólo puede estar justificada "si persigue esta meta en la medida en que ello es posible, es decir, si tiene como contenido la reincorporación del delincuente a la comunidad. Así, pues, solo está indicada una ejecución resocializadora" (Roxín, 1976, p.31).

2.1.2.4. Toma de posición

En nuestro criterio, consideramos que en nuestro ordenamiento jurídico se ha constitucionalizado la denominada teoría de la función de prevención especial positiva, al consagrar el principio según el cual, el "régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad", en armonía con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que "el régimen penitenciario

consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados".

Se trata, naturalmente, de un principio constitucional-penitenciario que no por su condición de tal carece de eficacia. Comporta, por el contrario, un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea al momento de regular las condiciones de cómo se ejecutarán las penas o, por lo que ahora importa rescatar, al establecer el *cuántum* de ellas y que los jueces pueden aplicar para sancionar la comisión de determinados delitos.

Desde esa perspectiva, el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución constituye un límite al legislador, que incide en su libertad para configurar el *cuántum* de la pena: en efecto, cualquiera sea la regulación de ese *cuántum* o las condiciones en la que esta se ha de cumplir, ella debe necesariamente configurarse en armonía con las exigencias de "reeducción", "rehabilitación" y "reincorporación" del penado a la sociedad.

La única excepción a tal límite constitucional es la que se deriva del artículo 140° de la propia Constitución, según la cual el legislador, frente a determinados delitos, puede prever la posibilidad de aplicar la pena de muerte. Sin embargo, como se deduce de la misma Norma Fundamental, tal regulación ha de encontrarse condicionada a su conformidad con los tratados en los que el Estado peruano sea parte y sobre cuyos concretos alcances de aplicación la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse en la Opinión Consultiva N.º 14/94, del 9 de diciembre de 1994.

De las exigencias de "reeducación", "rehabilitación" y "reincorporación" como fines del régimen penitenciario se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo, tal libertad tiene un límite de orden temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad.

En resumen y en nuestra opinión, consideramos que la pena debe cumplir una función rehabilitadora y resocializadora, algo concordante con el artículo en comento de la Constitución del Estado, empero, de los medios de comunicación y de la propia actitud asumida por el legislador, actualmente, es fácilmente verificable que la pena en nuestro país ha asumido un carácter de venganza; es decir, ya no buscamos la rehabilitación y resocialización del delincuente, sino su simple sanción, por ello se busca el incremento de la pena, ya no pensando en fines de prevención, sino en el ánimo de venganza que se tiene.

Es importante también destacar que las penas alternativas a la privación de libertad no se vienen ejecutando, pareciera que solo existiera la prisión. Por ello, consideramos que debe también buscarse la aplicación de penas cortas pero efectivas, como en libramiento indebido, que tengan un efecto positivo o incluso la aplicación de penas comunitarias, algo que no se viene haciendo y que debería ser materia de otro estudio.

2.1.3. La prueba

2.1.3.1. Su reconocimiento y protección constitucional

El Tribunal Constitucional en el Exp. No.010-2002-AI/TC – Caso Marcelino Tineo Silva, tesis con la cual concordamos, ha establecido que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139º, inciso 3), de la Constitución Política del Perú.

En el Exp. No.6712-2005-HC/TC – Caso Magaly Medina Vela y otro, el Tribunal Constitucional sostiene que existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. Así, por ejemplo, el artículo 188º del Código Procesal Civil establece que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

Como vemos, se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida,

con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado.

2.1.3.2. Criterios para la actuación de la prueba

De otro lado, es necesario precisar que la actuación de la prueba está también regidas por criterios de oportunidad, utilidad, idoneidad y pertinencia respecto a los hechos denunciados, sea para acreditar o no la comisión del ilícito (si el hecho se cometió o no) y responsabilidad (si el denunciado es el autor o no del mismo). Al respecto, San Martín (2002) sostiene que: “En principio, las pruebas ofrecidas por las partes se pueden denegar cuando importen pedidos de medios probatorios que no sean pertinentes, conducentes, legítimos o útiles, así como manifiestamente excesivos” (p.817).

Desarrollando el tema, el máximo Tribunal en la mencionada sentencia recaída en el Exp. No.6712-2005-HC/TC, nos da las siguientes características respecto a los medios probatorios:

Así, entre otros, el medio probatorio debe contar con:

. Pertinencia: Exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso.

· **Conducencia o idoneidad:** El legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos deban ser probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o prohibido para verificar un determinado hecho.

· **Utilidad:** Se presenta cuando contribuya a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Sólo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, mas ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte; y, cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes.

· **Licitud:** No pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida.

· **Preclusión o eventualidad:** En todo proceso existe una oportunidad para solicitar la admisión de medios probatorios, pasado dicho plazo, no tendrá lugar la solicitud probatoria.

2.1.3.3. De la exigencia de mínima actividad probatoria para la expedición de sentencia condenatoria

Recordemos que a través del proceso penal se busca determinar las circunstancias en que se ha perpetrado un delito, identificar a sus autores y partícipes, así como los móviles que tuvieron los procesados.

En tal sentido se pronunciado desde hace algunos años atrás la Sala Penal de la Corte Suprema en el Exp. No.4173-98-Puno¹⁴ cuando afirmaba que:

“La instrucción tiene por objeto reunir la prueba de la realización del delito, de las circunstancias en que se ha perpetrado y sus móviles y establecer la participación de sus autores y cómplices.”

De lo señalado se desprende que -en resguardo del principio derecho a la presunción de inocencia contenido en el artículo 2, inciso 24, letra “e” de la Constitución del Estado- la expedición de una sentencia condenatoria requiere de un mínimo de actividad probatoria que de manera fehaciente, sin ningún tipo de dudas, establezca: i) la comisión de un hecho delictuoso; ii) la identificación plena del presunto o autores de ese hecho delictuoso. Tiene que darse necesariamente esta doble identidad. Así, puede existir un cadáver con huellas de haber sido victimado con arma blanca, pero no que se haya identificado a los autores de tales agresiones. Si existiera un mínimo de duda en cualquiera de estos supuestos, pues entonces

¹⁴ Extraído del *Código Penal*. Jurista Editores. Lima, diciembre 2005, p.359.

deberá absolverse al procesado del delito que se le imputa en aplicación del principio-derecho constitucional *indubio pro reo*.

Sobre el tema, Cubas Villanueva sostiene que este régimen de pruebas, a fin de condenar, exige para destruir la presunción de inocencia: “La inversión de la carga de la prueba, es decir, que quien acusa tiene que probar la culpabilidad y que nadie está obligado a probar su inocencia, pues ésta se encuentra presupuestada. El Ministerio Público, titular del ejercicio de la acción penal y de la carga de la prueba, debe demostrar la responsabilidad del imputado en la comisión de un delito, con las pruebas pertinentes logradas en una investigación apoyada en la ciencia, debiendo producir certeza en el juzgador; pues cuando existe duda el juzgador resolverá la situación absolviendo al imputado, en aplicación del principio universal del *in dubio pro reo*” (Cubas, 2006, p.47).

Del mismo modo, es de considerar lo expuesto por la Corte Suprema que en la sentencia recaída en el Exp. No.715-96-Ayacucho¹⁵, sostuvo que:

“La sentencia condenatoria debe fundarse en suficientes elementos probatorios que acrediten de manera indubitable la responsabilidad del imputado en la comisión de los hechos investigados.”

Para dictar una sentencia condenatoria, entonces, toda la actividad probatoria efectuada en un proceso penal debe acreditar, de manera indubitable:

¹⁵ Extraído de *Revista Peruana de Jurisprudencia*. Año I, No.2, Normas Legales, p. 368.

- a. Que el hecho delictuoso se ha cometido, incluyendo sus circunstancias: día, hora, lugar, modo, entre otros.
- b. Que sin ninguna duda se haya identificado a su autor o autores, su grado de participación de cada uno de ellos.

Al respecto, el profesor universitario y fiscal supremo, Pablo Sánchez, sostiene que: “El proceso penal tiene por objeto la determinación de la comisión del delito y la determinación de la persona de su autor para efectos de la aplicación de la ley penal. En tal sentido, toda la investigación realizada por la autoridad judicial debe estar ordenada primero, a la determinación de la realidad del delito; para ello hará uso de todos los medios que prevé la ley procesal con el auxilio de los técnicos y especialistas de la materia” (Sánchez, 2006, p.167).

En consecuencia, solo con una sólida actividad probatoria que lleve a la certeza sin ninguna duda sobre la responsabilidad del procesado, podremos dictar una sentencia condenatoria. La Corte Suprema ha establecido en la Sentencia Plenaria No.01.2017, que el estándar de prueba debe ser el siguiente según el estado del proceso:

*“Para iniciar diligencias preliminares solo se requiere elementos de convicción que sostengan lo que se llama una **sospecha inicial simple**. Para formalizar la investigación preparatoria se necesita **sospecha reveladora**. Para acusar y dictar el auto de enjuiciamiento se requiere **sospecha suficiente**. Y también hemos trabajado el grado de convicción para la prisión preventiva: exige **sospecha grave**, que es la sospecha más fuerte a momentos anteriores al pronunciamiento de una sentencia. La sentencia requiere de elementos de prueba más allá de toda duda razonable.”*

2.1.3.4. Valor probatorio de la declaración del imputado

Para que un tribunal de justicia penal declare la existencia de un delito e imponga la sanción que previene la ley, es necesario haber seguido un proceso penal que concluya con sentencia condenatoria, siendo preciso que el juzgador adquiriera certeza de que el procesado es el autor del delito, lo que justifica la imposición de la pena y el pago de la reparación civil.

Para adquirir esta certeza deben realizarse una serie de actos de procedimientos por el órgano jurisdiccional que reciben el nombre de actos de prueba. Las pruebas son los medios por los cuales el juez obtiene experiencias que le sirven para juzgar. Las pruebas son indispensables en todo proceso y sin ellas no puede darse condena alguna.

Mientras se desarrolla el proceso el inculpado tiene la condición de inocente, y goza de derechos que merecen respeto, con limitaciones que no afectan a su integridad física y psíquica. La persona humana sigue intacta, solo con recortes en la libertad ambulatoria, siempre que sea absolutamente necesario para los fines del proceso. Declarado culpable sufrirá la pena impuesta, pero siempre será considerado como persona humana, pues uno de los fines de la pena es procurar su readaptación; siendo que en todo el proceso se le considera inocente, mientras no se acredite lo contrario y la prueba tiene como finalidad destruir esa presunción.

El tema de fondo de la declaración inculpatoria del coimputado tiene en el terreno procesal penal -quedando al margen bajo qué título de imputación ostentan: si es autor o partícipe:

inductor o cómplice-, es si estas poseen aptitud suficiente para destruir o enervar el derecho fundamental de la presunción de inocencia.

2.1.3.5. La confesión sincera

La confesión es el reconocimiento que una persona hace contra sí misma sobre la verdad de un hecho. La confesión puede ser judicial o extrajudicial, según ante quién se haga; por la forma de la declaración puede ser expresa o tácita; por su complejidad simple o calificada y por su naturaleza lógica divisible e indivisible. La confesión pierde su eficacia probando que al hacerla se incurrió en error de hecho.

El término "confesión" proviene del latín *confessio*, que quiere decir declaración que uno hace de lo que sabe, espontáneamente o preguntado por otro o declaración al confesor de los pecados que uno ha cometido, o declaración del litigante o del reo en el juicio.

Del significado gramatical se tiene la noción de declaración espontánea o preguntada por otro de lo que sabe respecto de un hecho que la ley lo tiene como delito, en causa criminal. Sería un error creer que tal puede ser el concepto jurídico de la voz en examen, toda vez que aquel significado se acerca más bien al del testimonio de personas. No es tampoco la declaración del reo en el juicio, porque no siempre se identifica aquella con la confesión.

Lo cierto es que la confesión del delito no puede atribuirse a otro que no sea el acusado, si se quiere, al que se encuentra imputado de un delito en una causa criminal. El imputado, como

sujeto esencial de la relación procesal, tiene derechos y deberes, sobresaliendo entre aquellos los que se refieren a su defensa material.

A los fines de hacer valer esa defensa material, el acusado cuenta con su declaración, por el cual ejerce su defensa -razón por la que su declaración no es prueba- por medio de la cual expresa todas las razones que hacen a su defensa. Así considerada, su declaración se presenta como disculpa total del imputado. Puede ocurrir que, con ocasión de su declaración inicial, el investigado no niegue la imputación, sino que, por el contrario, la admita. En este supuesto, su declaración se presenta más bien como medio de prueba que de defensa. Estamos ya frente a la confesión. También es posible que el imputado niegue el hecho inicialmente y lo admita con posterioridad. De nuevo nos encontramos con la confesión.

En la exposición del acusado, la confesión es la manifestación que más se espera en el proceso penal. La confesión es la que atrae mayor interés, pero ni esta se produce frecuentemente, ni tampoco es dable que cuando esto ocurre, que la confesión por sí sola pueda inducir a pasar por alto otros importantes aspectos, dignos de ser tomados en consideración, bajo riesgo inminente de perder objetividad o llegar a conclusiones que se aparten de la verdad (Marcone, 1991, p.263).

Sin embargo, es pertinente señalar el sentir de Otto Schadek, quien indica: “A primera vista, la prueba más simple y clara parece ser la confesión y cuando el procesado mismo admita haber cometido un delito, da a conocer sus móviles, cuente y reconstruya lo que sucedió, por regla general se puede decir que queda resuelto el caso en cuanto atañe a la cuestión de la prueba. Empero, la solución resulta ser solo aparente cuando no es posible respaldar la confesión con

los demás resultados del procedimiento probatorio. Hay confesiones incompletas, otras que no se limitan al relato de los hechos y otras que son falsas” (Tshadek, 1982, p.4).

De esta manera, la confesión penal se nos presenta como la expresión voluntaria y libremente determinada del imputado, por la cual reconoce y acepta ante el Juez su participación en el hecho que se le atribuye. La aceptación puede ser total o parcial; simple o calificada, y referirse a cualquiera de los elementos integradores de la conducta incriminada o a otro cualquiera del cual ella pueda inferirse (indicio). Lo que se acepta no es propiamente la pretensión penal o delictiva, sino los hechos que sirven para justificar su sentido incriminador, hayan sido o no afirmados por el acusador (Claria, 1996, p.92).

Del mismo modo, deberá considerarse que ...“la confesión debe reunir determinadas condiciones que se clasifican en objetivas o subjetivas según se refieran al hecho o a la persona del confesante”, y por otro lado “el examen de la confesión, así parezca lógicamente inobjetable, forma parte de las obligaciones absolutas de un Juez concienzudo” (Cafetzóglus, 1973, p.92).

La confesión sincera, siendo un medio de prueba, queda sometida a las mismas críticas de la prueba en general, y en forma especial a la de la testimonial. En un sistema absolutamente acusatorio, la confesión tiene el valor del allanamiento, toda vez que frente a la aceptación de la acusación por el reo, el juez debe admitir la imputación. En ese sistema el proceso es una lucha entre el acusador y el acusado. Aquella procura la prueba de cargo, y este la de descargo. "El juez es un espectador silencioso, que se limita a resolver conforme a lo alegado y probado. La confesión termina con el juicio". En propiedad, debemos reflexionar que: “La confesión no

es más que un medio de prueba entre otros, que no predomina sobre los demás, ni da lugar a pretensiones de exactitud absoluta”. (Tshadek, 1982, p.146).

Sobre el tema, César San Martín sostiene que: “Es muy claro que la confesión importa admisión de un hecho tipificado como delictivo en la ley penal y por lo tanto, debe estimarse que no ha habido confesión si el imputado no ha reconocido ser autor o participe de hecho alguno tipificado por la ley penal. En severidad, no existe la denominada confesión parcial, pues toda confesión por definición siempre es total. El reconocer haber actuado de determinada manera, pero no el hecho típico objeto de proceso, no constituye en puridad confesión” (San Martín, 2003, p.842).

El juez no hace más que poner al acusado en conocimiento de los motivos alegados y en situación de articular la justificación. Él no debe arrancar una confesión sino el acusador, y si la obtiene este, el juicio termina como en lo civil, toda vez que nada debe probar el acusador ante la confesión del acusado.

En Inglaterra, si a la apertura del Tribunal el imputado se declara culpable, queda cerrado el procedimiento y no hay necesidad de un veredicto del jurado; el juez debe dictar la sanción correspondiente. En tal sentido, la confesión viene a ser un allanamiento del acusado. Hoy, la confesión es un medio de prueba y su valor depende de una serie de circunstancias, ello, en dicho país.

Sobre la eficacia de la confesión se dan por un lado razones lógicas y psicológicas. Existe una serie de motivos lógicos y psicológicos por los cuales el imputado se ve en la necesidad de

decir la verdad. Estos motivos son de un orden ordinario en la naturaleza humana. Cuando se confiesa falsamente, se lo hace por motivos extraordinarios.

En tal posición, Framarino enseña los motivos específicos por los cuales el imputado es conducido a la confesión cierta. En el hombre hay el instinto simpático hacia la verdad que se opone a la mentira; frecuentemente este instinto, ayudado por el remordimiento del delito cometido, se hace irresistible, venciendo la fuerza del interés contrario que impulsa a mentir.

Por otra parte, en el ánimo del reo se verifica generalmente una especie de conmoción psicológica ante el recuerdo del propio delito, lo que no le permite la necesaria tranquilidad para mentir, la mentira es hija de la reflexión. Podrá empezar mintiendo, pero pronto, ante un útil interrogatorio, descubrirá la inconsistencia de sus afirmaciones, terminando por confesar.

En tercer lugar, en el ánimo del imputado se aquieta el temor de verse perjudicado con las pruebas y la esperanza de mejorar su situación confesando. Por último, la necesidad de confesar la siente el acusado no solo por el temor de las pruebas ulteriores, sino por las actuales, hasta el punto que comprende la inutilidad de su negativa. En tal supuesto confiesa, esperando que así predispone el ánimo del juez a su favor.

Cuando se lo detiene confiesa, porque quiere dejar aclarado que quiso asesinar al jefe, en el caso de delincuentes políticos. Luego tenemos al delincuente ocasional, al que una serie de factores externos parecen constreñir a la delincuencia. Comete el delito, explica Altavilla, en un estado de daltonismo moral, influenciado por las circunstancias que no le permiten apreciar justamente la magnitud del delito cometido. Generalmente este delincuente confiesa la verdad,

porque privado muchas veces de su libertad, desaparecen esas circunstancias que lo dominaban.

Estudia después al delincuente débil mental o sugestionado. Luego de cometido el delito confiesa ampliamente. En todos estos tipos de delincuentes la confesión aparece como la verdad de lo ocurrido.

En cambio, la falsa confesión se da con frecuencia en los delincuentes que este autor denomina habituales y natos, en los dementes y en los alcohólicos. Después de lo expuesto, debe concluirse que la confesión sigue siendo una prueba importante, toda vez que por motivos muy excepcionales la misma se presenta falsamente: el padre puede confesarse autor para salvar a su hijo; el individuo que lo hace para preparar una coartada; el pobre diablo que se confiesa autor de un hecho del cual está imputado un adinerado, etc.

Ya expresaba Mitterniaier que nunca se muestra más convencido de la culpabilidad del acusado, que cuando sabe (el pueblo, jurado o juez) que ha emanado de él una confesión completa. Lo cierto es que la experiencia nos enseña que raramente el imputado confiesa falsamente, y que cuando lo hace, el juez, teniendo los conocimientos que le proporciona la lógica de la prueba y la psicología criminal, advertirá el engaño.

Antes, con el sistema de la prueba legal, para saber si una confesión hacía plena prueba era necesario que el juez verificara ciertas condiciones y si éstas estaban llenadas, esa confesión hacía plena prueba. Desde luego que en la apreciación de esa prueba actuada la conciencia del

juez, pero esta debía acomodarse, debía estar conforme con ciertos presupuestos establecidos por la ley.

Hoy, de problema legal se ha convertido en lógico y psicológico. El juez debe apreciar la confesión teniendo en cuenta el sujeto que la presta, la forma en que se recibió y el contenido de la misma.

2.1.3.6. Elementos definitorios de la confesión sincera

Es de observar que en el anterior artículo 136 del CdPP -que aún se encuentra vigente en Lima y otras provincias, aunque con fecha de caducidad- no se precisa en qué caso podemos estar ante una confesión sincera. Así, se aprecia que en el primer párrafo se dice: “La confesión del inculpado corroborado con prueba”..., igualmente, en el segundo párrafo se sostiene: “La confesión sincera debidamente comprobada”... es decir, que no basta la sola confesión del imputado, sino que las afirmaciones que realice el procesado en contra de su propia persona sea debidamente corroborada con otras pruebas, lo cual nos parece bien en atención a la evolución histórica del proceso penal y el respeto al debido proceso.

En el Código Procesal Penal se ha avanzado mucho sobre el tema, pues su artículo 160 nos parece más completo que el anterior:

“La confesión, para ser tal, debe consistir en la admisión de los cargos o imputación formulada en su contra por el imputado. Sólo tendrá valor probatorio cuando: a) Esté debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción, b) Sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas, c) Sea prestada ante el Juez o el Fiscal en presencia de su abogado, d) Sea sincera y espontánea.”

En el artículo 161 del mismo CPP se lee:

“El juez puede disminuir prudencialmente la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal, si se cumplen los presupuestos establecidos en el artículo 160. Este beneficio es inaplicable en los supuestos de flagrancia, de irrelevancia de la admisión de los cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso y cuando el agente tenga la condición de reincidente o habitual, de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal.”

Seguimos a Reyna (2006) cuando sostiene que los elementos de la confesión sincera, lo que implica un acercamiento con lo desarrollado últimamente por la jurisprudencia, deben ser:

- a. *Esponaneidad*. Significa voluntario, no presionado ni coaccionado ni nada que pueda condicionar la voluntad del imputado. Esta es una condición sine qua nom, esta manifestación debe brotar de la más absoluta libertad de voluntad del declarante.
- b. *Uniformidad de la confesión sincera*. Es decir, que no debe haber variaciones sustanciales entre las distintas manifestaciones brindadas por el procesado relacionados con las circunstancias de la comisión del hecho delictuoso o sus partícipes (día, hora lugar, forma, autores, complicidad). Pueden haber datos complementarios, si las declaraciones fueron fraccionadas, por ejemplo, pero no pueden darse contradicciones.

- c. *Veracidad y coherencia de la confesión sincera.* Lo que implica que la declaración del imputado debe ser contrastada con otros medios de prueba que corroboren sus afirmaciones.
- d. *Utilidad.* Conforme a los requisitos de prueba, la confesión que brinda el imputado debe contribuir a los fines del proceso penal, es decir, debe ayudar al esclarecimiento de los hechos que se investigan. Ello incluso es una demostración de su colaboración –lo que implicaría una suerte de arrepentimiento- que puede influenciar en el juzgador a una mayor reducción de la pena. (Reyna, 2006, p.52).

2.1.3.7. De la indivisibilidad de la confesión

No es pacífica en la doctrina respecto a si la confesión puede ser dividida o no. Así, Cafferata Norez sostiene que: “No es admisible, en el proceso penal moderno, la idea de la indivisibilidad de la confesión. De allí que se pueda tomar de ella la parte que aparezca sincera, rechazando las demás partes que no lo parezcan.” Del mismo modo, Lino Enrique Palacio sostiene: “La idea de la indivisibilidad de la confesión resulta ajena al derecho procesal penal, porque las declaraciones confesorias del imputado son separables y valorables en cada una de sus partes.”

No obstante, nos parece más acertado la posición de Bonet y Navarro –que es criterio dominante en la doctrina- quien destaca que la indivisibilidad de la confesión cumple una función de garantía, señalando al respecto: “Cuando se le exige que deponga sus conocimientos sobre determinado hecho, resultaría injusto que, de su declaración se tomaran aquellas cosas que interesasen al que propuso la prueba, desechando las que le pudieran perjudicar.” (citado por Reyna, 2006, p.69).

2.1.3.8. De los límites temporales de la confesión

Recordemos que la confesión sincera responde a criterios de política criminal y de contribuir a una mejora en la administración de justicia. La confesión sincera, puede producirse en cualquier momento previa a la definición del órgano jurisdiccional a favor de la responsabilidad penal del imputado; esto, evidentemente, con pleno respeto al principio de preclusión procesal, lo que supone que es posible emitir confesión hasta antes de la lectura de sentencia en el proceso penal ordinario.

Por esta razón, concordamos con el profesor sanmarquino y Vocal Supremo Víctor Prado cuando sostiene que “la sede natural de la confesión es la audiencia” y en base a ello critica la tendencia jurisprudencial de exigir la uniformidad de la confesión. En sentido similar, señala Sergio Ramírez, la corrección de una cláusula expresa (como la del artículo 177 del Código Federal de Procedimientos Penales en México) que permite la confesión “en cualquier estado del procedimiento, hasta antes de dictar sentencia irrevocable” (Reyna, 2006, pp.58-59).

Respecto al momento límite de la confesión, nuestra jurisprudencia parece establecer que la misma puede operar en cualquier fase del proceso penal: en diligencias de confrontación, durante el acto oral, etc.

La confesión sincera y la flagrancia

Es evidente que si la confesión debe contribuir al esclarecimiento de los hechos, pues es irrelevante si quien es detenido en plena flagrancia asume o no la imputación que se pueda hacer en su contra. La evidencia de su responsabilidad no cabe mayor discusión, por lo que en este caso

sería improcedente, bajo ningún concepto, pretenderse acogerse a los beneficios de la confesión sincera.

Ante esta circunstancia, la confesión sincera en los casos de flagrancia delictiva no genera ningún efecto favorable al sistema de administración de justicia penal y, por ello, no puede verse favorecida con un beneficio que tiene sustento esencialmente en la economía procesal.

La inadmisión de confesión sincera en casos de flagrancia delictiva ha sido constantemente expresada por nuestro Supremo Tribunal; así, las Ejecutorias Supremas del 02 de agosto de 2000 (Sala Penal TID-E, Exp. No.512-99-Lima), del 01 de diciembre de 2003 (Sala Penal Permanente, RN No.2724-2003), del 15 de enero de 2004 (Sala Penal Permanente, RN No.2830-2003-Lima); del 4 de mayo de 2004 (Sala Penal Permanente, RN No.3664-2003-Madre de Dios).

La exclusión del beneficio de confesión sincera para los supuestos de flagrancia delictiva ha sido reconocida en el nuevo CPP. Así, el artículo 161 del citado cuerpo de leyes, del 2004, prohíbe expresamente la reducción de la pena por confesión sincera en “supuestos de flagrancia” y de “irrelevancia de la admisión de los cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso por el Juez.”

Los mismos criterios son también de aplicación para la cuasiflagrancia, en la que los imputados no tendrían otra alternativa para su defensa que aceptar los cargos, distinto será el caso cuando tal confesión significa aportar nuevos elementos al esclarecimiento de los hechos o de otros partícipes en los mismos.

Al respecto, el Supremo Tribunal sostiene en la ejecutoria suprema del 01 de diciembre de 2003, que: ... “esta suprema instancia ya ha establecido que no puede calificarse como confesión sincera la admisión de hechos motivados por las circunstancias, o sea, cuando los encausados han sido descubiertos y perseguidos luego de sustraer los bienes que se les incautaron con motivo de su detención, por lo que no tenían otra alternativa que admitir los hechos o cuando los inculpados han sido detenidos en flagrancia, el reconocimiento de su conducta tampoco constituye supuesto de confesión sincera.”

2.1.3.9. Confesión sincera y responsabilidad civil *ex delicto*

Consideramos también que la confesión responde a criterios estrictamente de responsabilidad penal, es decir, en la comisión del hecho, por lo que tal aceptación no debe significar a su vez que necesariamente se deba disminuir también la reparación civil por sus efectos o daños causados, los cuales deben ser asumidos o resarcidos en toda su magnitud por quien ha ejecutado el hecho dañoso. Son temas totalmente diferenciados: se podrá aplicar una sanción menor, pero el monto de la reparación civil que finalmente se fije debe responder a la magnitud del daño ocasionado por el evento delictuoso, pero siempre sometido a prueba de ese daño.

La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema ha abordado también la problemática de los efectos de la confesión sincera en el ámbito de la responsabilidad civil *ex delicto*, descartando cualquier posible efecto de aquella en el ámbito de la determinación de la responsabilidad civil.

Así se lee en la sentencia de la Sala Penal Permanente del 07 de junio de 2005 (RN No.948-2005-Junín), destaca que los efectos de la confesión sincera se circunscriben al ámbito de la individualización judicial de la pena al sostener que “la confesión sincera (...) está reservada de

ser el caso para rebajar la penal del confeso a límites inferiores del mínimo legal”... consecuencia jurídica del delito que posee fundamentos y finalidades divergentes a las propias de la responsabilidad civil *ex delicto* (Reyna, 2008, p.622).

Este principio ha sido reconocido por el Acuerdo Plenario No.1-2005/ESV-22 que reitera la idea de que “la confesión sincera del imputado no constituye un factor para fijar la cuantía de la reparación civil.” En esa línea, el propio Tribunal Supremo en las ejecutorias en comento identifica como objetivo de la reparación civil “reparar el daño o efecto que el delito ha tenido sobre la víctima y, consecuentemente, debe guardar proporción con los bienes jurídicos que se afectan.” (RN No.948-2005, fundamento jurídico No.3).

2.1.3.10. Criterios para analizar declaración inculpatória de coimputados

Para apreciar la credibilidad de las declaraciones inculpatórias de los coimputados, estas estarán sujetas a ciertos condicionamientos: elementos de verificación intrínsecos o subjetivos de tipo negativo: la personalidad del delator, las relaciones precedentes que el sujeto mantuviese con el delator, la presencia de móviles turbios o espurios y el ánimo de autoexculpación; como de tipo positivo: la reiteración, precisión, seguridad, persistencia en la incriminación, espontaneidad, coherencia lógica, univocidad. Y los elementos de verificación extrínsecos u objetivos que se traducen en la presencia de otros elementos de prueba que confirmen la fiabilidad subjetiva.

Verificación subjetiva negativa. En la faceta solo de credibilidad subjetiva de carácter negativa debe valorarse un conjunto de factores tales como:

a) Personalidad del delator y relaciones precedentes con el designado como partícipe. Se tiene que tener en cuenta los rasgos del imputado delator como su carácter, antecedentes penales, edad, formación, propensión a la delincuencia, entre otros que hagan descartar una personalidad fantasiosa, propensa a la mentira o la confabulación. Asimismo, a juicio de la doctrina y la jurisprudencia española, la concurrencia de relaciones de amistad, enemistad, parentesco, etc. entre el sujeto que vierte las declaraciones inculpativas y aquel o aquellos acreedores de las mismas, restaría una fuerte dosis de credibilidad a las propalaciones y se constituiría, por ende, en un elemento indispensable para que aquellas fueran o no tenidas en cuenta como pruebas de cargo suficiente.

b) Examen riguroso de la posible existencia de móviles turbios e inconfesables. Este requisito consiste en que la declaración inculpativa del coimputado debe estar desprovisto de motivaciones particulares que permitan tildar la declaración de falso o espurio, o restarle verosimilitud como: i) dirigido a obtener un dato favorable que mejore su status procesal y, ii) dirigido a perjudicar al coimputado inculpativo por razón de odio personal, venganza, resentimiento, soborno o cualquier otro motivo. Estos sentimientos íntimos serán cuidadosamente calificados y calibrados por el juzgador, sobre todo en niveles cercanos a la decisión final del proceso, puesto que: iii) no pueda deducirse que la declaración inculpativa se haya prestado con ánimo de exculpación, toda vez que si se llega a la conclusión de que el coimputado inculpativo o delator lejos de procurar el descubrimiento de la verdad de los hechos, busca su propia exculpación o exclusión del proceso, a costa de la inculpativa del coimputado inculpativo, entonces, habrá que poner en tela de juicio esa inculpativa y someterlo a un análisis crítico y riguroso. Evidentemente se infiere que la mera sindicación es para

buscar su exculpación ya que en todo momento no ha admitido que esté arrepentido o haya confesado en relación a los hechos investigados. Dicha exculpación será entonces, tomada con un matiz eminentemente defensivo realizado por el coimputado en su propio descargo.

Verificación subjetiva positiva. En cuanto a los criterios de verificación intrínsecos positivos tenemos:

a) Reiteración de la declaración inculpatoria, que es la repetición prestada en el curso del proceso, en sus diversas fases, por parte de uno de los imputados inculpatores. Será la persistencia en la inculpatión en las diversas comparecencias, diciendo sustancialmente lo mismo. Esto se quiebra cuando el sujeto delator incurre en divergencias relevantes, imprecisiones, contradicciones o ambigüedades entre lo declarado en fase investigatoria y lo expresado por ejemplo en el juicio oral o en la etapa preliminar, rectificando o retractando, por lo tanto, su declaración.

b) Las declaraciones tienen que ser además precisas, entiéndase claras y contundentes, ya que el coimputado conoce directamente el desarrollo minucioso de los hechos y es más, la conducta de los intervinientes.

c) El requisito lógico tiene que superar positivamente una valoración lógica unida generalmente a un análisis sobre el plano psicológico, de tal manera que la declaración inculpatoria, luego de ser sometido al análisis del juez, esté presente sobre la base común de experiencia y de las reglas generales de la lógica, tiene que existir una coherencia interna, de tal forma que la declaración deberá ser “articulada”, “detallada”, “circunstanciada” o “particularizada”.

d) El elemento espontaneidad es apreciada en función de la condición de libertad o coerción física o moral, psicológica en la que se encontraba el declarante en el momento de la deposición, de tal manera que la narración inculpatoria sea como consecuencia no de una pregunta directa.

Verificación extrínseca objetiva. En cuanto a los criterios de verificación extrínsecos u objetivos, se refiere a que las declaraciones inculpatorias vengan apoyadas por otros medios probatorios de “corroboración”; en otras palabras, tienen como finalidad acreditar objetivamente la fiabilidad de la declaración; que formen un “corpus” o “acervo” de probanza causal e interrelacionado. Es más, la propia confesión sincera en sí misma no tiene efectos benignos sino viene corroborado con otras pruebas. Por tanto, se tiene que este criterio extrínseco, tendrá que desarrollarse progresivamente en las etapas sucesivas del proceso, en función al acopio de mayor información (existen varias fuentes), se entiende generalmente, que puede darse en el momento del juicio oral o momentos cercanos a la etapa decisoria.

Ahondando más, diremos que en la verificación objetiva ya no se trata de si tal declaración inculpatoria del coimputado resulta suficientemente concluyente que el “hecho imputado” o hechos que se hayan producido fácticamente, que puede ser subjetivamente creíbles, el mismo que daría lugar a una acusación fiscal de tipo formal con respecto al sujeto inculcado a través del delator coimputado, sino fundamentalmente que “participó” en ellos aquel o aquellos contra los que se declara, lo que daría lugar, ahora sí, a una acusación fiscal de tipo sustancial.

Finalmente, sobre este punto, es de tener en cuenta que la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116, de fecha 30 de setiembre de 2005, resolvió establecer como precedente vinculante que:

“Cuando declara un coimputado sobre un hecho de otro coimputado, y que a la vez se trata de hechos propios ya que ellos mismos los han cometido conjuntamente, por lo que su condición no es asimilable a la del testigo, aun cuando es de reconocer que tal testimonio puede ser utilizado para formar la convicción judicial –no existe por ese hecho descalificación procedimental-, corresponde valorar varias circunstancias, que se erigen en criterios de credibilidad -no de mera legalidad- y que apuntan a determinar si existen datos relevantes que las desnaturalizan, situaciones que explicarían que el coimputado pudiese mentir. Las cautelas que ha de tomarse en cuenta resultan del hecho que el coimputado no tiene obligación de decir la verdad, no se le toma juramento y declara sin el riesgo de ser sancionado, sin la amenaza de las penas que incriminan el falso testimonio.”

Las circunstancias que han de valorarse son las siguientes:

“Las circunstancias que han de valorarse son las siguientes:

a) Desde la perspectiva subjetiva, ha de analizarse la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con el afectado por su testimonio. También es del caso examinar las posibles motivaciones de su delación, que estas no sean turbias o espurias: venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo, incluso judiciales, que por su entidad están en condiciones de restarle fuerte dosis de credibilidad. Asimismo, se tendrá del cuidado de advertir si la finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad.

b) Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador.

c) Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada.”

2.1.3.11. La conclusión anticipada del proceso

Es de tener en cuenta la importancia que tiene la libertad para la persona humana, algunos incluso lo consideran como el sustento de los demás derechos fundamentales –como al trabajo, al libre tránsito, etc.- y que además permite la realización de su proyecto de vida. En la historia universal se observa que incluso hubo quienes prefirieron la muerte antes que perder su libertad, lo cual nos dice que esta es una añeja aspiración de la humanidad.

De otro lado, también a través de la historia, puede apreciarse que hubo un primer momento en que la condena de una persona se sustentaba principalmente en su confesión. Sin embargo, de manera contradictoria con la aspiración libertaria, esta confesión se obtenía –de manera generalizada- por la fuerza o en base a torturas cada vez más sofisticadas y relacionadas

muchas veces con concepciones religiosas. Solo el escuchar la Santa Inquisición era sinónimo de temores justificados.

Como fruto de la evolución del pensamiento humano y, principalmente, la separación de la ciencia de la religión, el Derecho –así como todas sus instituciones- fueron también evolucionando y cambiando, respetando e institucionalizando cada vez más –incluso a nivel de sendos tratados internacionales- los derechos inherentes a las personas, como son los Derechos Humanos, por lo que hoy no se concibe que en un Estado que se respete de Constitucional y Democrático se pretenda obtener la confesión sincera en base la fuerza, coacción, engaño, entre otros.

Insistimos en que la confesión es el reconocimiento que una persona hace contra sí misma de la verdad de un hecho. La confesión puede ser judicial o extrajudicial, según ante quién se haga; por la forma de la declaración puede ser expresa o tácita; por su complejidad simple o calificada y por su naturaleza lógica divisible e indivisible. La confesión pierde su eficacia probando que al hacerla se incurrió en error de hecho.

Lo cierto es que la confesión del delito no puede atribuirse a otro que no sea el acusado, si se quiere, al que se encuentra imputado de un delito en una causa criminal. El imputado, como sujeto esencial de la relación procesal, tiene derechos y deberes, sobresaliendo entre aquellos los que se refieren a su defensa material.

A los fines de hacer valer esa defensa material, el acusado cuenta con la declaración testimonial, por medio de la cual expresa todas las razones que hacen a su defensa. Así

considerada la instructiva, se presenta como disculpa total del imputado. Puede ocurrir, no obstante, que con ocasión de la instructiva, el reo no niegue la imputación, sino que, por el contrario, la admita. En este supuesto, su declaración se presenta más bien como medio de prueba que de defensa. Estamos ya frente a la confesión. También es posible que el imputado niegue el hecho en la instructiva y lo admita con posterioridad. De nuevo nos encontramos con la confesión. La confesión sincera, siendo un medio de prueba, queda sometida a las mismas críticas de la prueba en general, y en forma especial a la de la testimonial.

En un sistema absolutamente acusatorio, la confesión tiene el valor del allanamiento, toda vez que, frente a la aceptación de la acusación por el reo, el juez debe admitir la imputación. En ese sistema el proceso es una lucha entre el acusador y el acusado. Aquella procura la prueba de cargo, y este la de descargo. De este modo, el juez resulta ser un espectador silencioso, que se limita a resolver conforme a lo alegado y probado, siendo que la confesión termina con el juicio. El juez no hace más que poner al acusado en conocimiento de los motivos alegados y en situación de articular la justificación.

En el procedimiento inquisitivo, en cambio, es diferente, pues se busca la verdad real. La confesión es un medio importante de convicción, siempre que las circunstancias la ratifiquen. Como es un medio eficaz de prueba, el Juez puede usar cualquier medio para procurarla.

La confesión, entonces, es un acto de libertad, mediante la cual el procesado asume libremente ser responsable de un acto u omisión que se encuentra tipificado como delito en el ordenamiento jurídico de nuestro país, y es en función a una política criminal que ha asumido

el Estado que este procesado obtiene un beneficio, esto es, la posibilidad de ver reducida sustancialmente la pena que señala la norma penal para el delito que se le imputa.

En tal sentido, consideramos que una adecuada toma de posición sobre los supuestos exigidos permitirá una mejor aplicación de la confesión sincera, eliminando o disminuyendo el factor puramente discrecional de los magistrados, al establecerse determinados parámetros o criterios sobre el cual basarse, contribuyendo de esta manera al fortalecimiento de la seguridad jurídica.

Reitero que esta preocupación por el tema se deriva, precisamente, del ejercicio de mis funciones en una Sala Penal de Lima, siendo observadora directa de este problema, y, en tal sentido, esperamos contribuir a que otros investigadores vayan tomando conciencia sobre la importancia de esta materia.

2.1.3.12. La conclusión anticipada del juzgamiento o conformidad: jurisprudencia de la Corte Suprema

El artículo 5° de la Ley número 28122 incorporó al ordenamiento procesal penal nacional la institución de la conformidad, de fuente hispana. En su virtud, estipuló que una vez que el Tribunal de mérito inste al acusado si acepta ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil, si se produce su confesión, luego de la formal y expresa aceptación de su abogado defensor, se declarará la conclusión anticipada del debate oral y se emitirá, en el plazo correspondiente, la sentencia conformada respectiva.

Decíamos que esta expresión corresponde a una institución del derecho procesal penal español (conformidad del procesado) que Gimeno (2000) define como:

“(...) acto procesal, a través del cual el acusado, asistido por su abogado defensor, y en el ejercicio de su derecho a la defensa, acepta someterse voluntariamente a las consecuencias jurídicas solicitadas por la acusación, mediante el asentimiento al escrito de calificaciones provisionales que contenga pena de mayor gravedad, con la finalidad de vincular al órgano jurisdiccional al pronunciamiento de la sentencia inmediata que recoja la pretensión penal, siempre y cuando se hayan cumplido los presupuestos y requisitos que en la ley condicionan la eficacia del acto.” (p.51).

La “conformidad” así entendida, posee, entre otras, las siguientes características:

- 1) No existe “negociación entre el Fiscal y el imputado sobre “las circunstancias del hecho punible, pena, reparación civil y consecuencias accesorias”¹⁶, ni acerca de “la pena y reparación civil”¹⁷.
- 2) No se desencadena un incidente, sino que el evento se resuelve en el expediente principal, cuando la defensa formaliza su escrito de contestación a la acusación o, cuando al iniciarse el juicio oral, se pregunta al inculcado si se reconoce el responsable de los hechos que se le atribuyen.
- 3) Se circunscribe a delitos en los que la pena que en concreto se solicite en la acusación no exceda del límite legalmente impuesto (tres años).

¹⁶ Supuestos de Terminación Anticipada, artículo 468.5 del CPP.

¹⁷ Supuestos de la Conclusión Anticipada del Juicio Oral, artículo 372.3 del CPP.

- 4) En caso de pluralidad de acusados, cuando no todos reconozcan su responsabilidad, continuará el proceso para todos.
- 5) De haber conformidad con la pretensión penal, pero no con la pretensión civil, el proceso continuará únicamente para dilucidar este extremo.
- 6) Es un acto complejo, porque:
“(…) *su eficacia, no así el comportamiento procesal del acusado, asesorado por su abogado defensor, queda condicionada en la ley a que el abogado defensor exprese su parecer favorable en torno a la obtención de una sentencia inmediata*” (...) (Gimeno, 2000, p.53).

En este contexto, consideramos que la expresión “conformidad” no es aplicable a todos los supuestos de acuerdo entre las partes que sustentan la Terminación Anticipada del proceso en nuestro país. Sin embargo, es innegable que existen importantes similitudes, que permiten invocar la doctrina española para conocer mejor nuestro propio sistema.

Solo será posible, al margen de la denominada “conformidad absoluta” [hechos, responsabilidad penal, pena y reparación civil; es decir, la declaración de culpabilidad del imputado no se limita al hecho, también alcanza a las consecuencias jurídicas], pero siempre en ese marco de aceptación de los cargos, un cuestionamiento y ulterior debate procesal, que incluirá lectura de medios probatorios –prueba instrumental y alguna diligencia documentada preconstituida- acerca de la pena y reparación civil –de su entidad o de su cuantía- lo que se conoce como conformidad limitada o relativa.

Asimismo, el numeral 4) del citado precepto, a diferencia de la fuente española, autoriza la ruptura de la continencia de la causa para dar lugar a una “conformidad parcial”, según algún o algunos acusados la acepten y otros no, posibilidad condicionada a que ...*“la Sala estime que [no] se afectaría el resultado del debate oral”*.

La conformidad tiene por objeto la pronta culminación del proceso –en concreto, del juicio oral- a través de un acto unilateral del imputado y su defensa de reconocer los hechos objeto de imputación, concretados en la acusación fiscal, y aceptar las consecuencias jurídicas penales y civiles correspondientes.

Este acto procesal tiene un carácter expreso y siempre es unilateral –no es un negocio procesal, salvo la denominada “conformidad premiada” establecida en el artículo 372º, apartado 2), del Código Procesal Penal, en cuanto prescribe que ...*“el acusado también podrá solicitar por sí o a través de su abogado conferenciar previamente con el Fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena”*... Además, es un acto unilateral de disposición de la pretensión, claramente formalizado, efectuado por el acusado y su defensa -de doble garantía- que importa una renuncia a la actuación de pruebas y del derecho a un juicio público, que a su vez genera una expectativa de una sentencia conformada –en buena cuenta, constituye un acto de disposición del propio proceso, al renunciar a los actos del juicio oral, y del contenido jurídico material de la sentencia, al convenir, desde ya, la expedición de una sentencia condenatoria en su contra (véase Acuerdo Plenario de la Corte Suprema No.5-2008, del 18 de julio de 2008).

El Tribunal no puede mencionar, interpretar y valorar acto de investigación o de prueba preconstituida alguna, desde que el imputado expresamente aceptó los cargos y renunció a su

derecho a la presunción de inocencia, a la exigencia de prueba de cargo por la acusación y a un juicio contradictorio.

Los fundamentos de hecho o juicio histórico de la sentencia, en suma, no se forman como resultado de la valoración de la prueba, sino le vienen impuestos al juez por la acusación y la defensa, a través de un acto de allanamiento de esta última, que son vinculantes al Tribunal y a las partes. El relato fáctico aceptado por las partes no necesita de actividad probatoria, ya que la conformidad excluye toda tarea para llegar a la libre convicción sobre los hechos. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional no puede agregar ni reducir los hechos o circunstancias que han sido descritos por el Fiscal en su acusación escrita y aceptados por el acusado y su defensa, pues ello implicaría revisar y valorar actos de aportación de hechos, excluidos por la propia naturaleza de la conformidad procesal.

En consecuencia, es inaceptable que el Tribunal se pronuncie sobre la no presencia de pruebas, pues la conformidad del acusado –es de insistir– supone que ha quedado fijado el elemento fáctico, sin que exista propiamente prueba al no mediar juicio derivado de tal apreciación de hechos [es una previsión lógica precisamente por la inexistencia de prueba en este momento procesal]. Ello, además, como se establece en el citado Acuerdo Plenario, provocaría una indefensión a las partes frente al Tribunal sentenciador por introducir un tema que no fue objeto de discusión, y rebasar la vinculación fáctica que la institución importa (*vinculatio facti*).

Respetando los hechos, el Tribunal está autorizado a variar la configuración jurídica de los hechos objeto de acusación, es decir, modificar cualquier aspecto jurídico de los mismos, dentro de los límites del principio acusatorio y con pleno respeto del principio de contradicción

[principio de audiencia bilateral]. Por tanto, la Sala sentenciadora puede concluir que el hecho conformado es atípico o que, siempre según los hechos expuestos por la Fiscalía y aceptados por el acusado y su defensa técnica, concurre una circunstancia de exención –completa o incompleta- o modificativa de la responsabilidad penal, y, en consecuencia, dictar la sentencia que corresponda.

El ejercicio de esta facultad de control y la posibilidad de dictar una sentencia absolutoria –por atipicidad, por la presencia de una causa de exención de la responsabilidad penal, o por la no concurrencia de presupuestos de la punibilidad- o, en su caso, una sentencia condenatoria que modifique la tipificación del hecho, el grado del delito, el título de participación y la concurrencia de las circunstancias eximentes incompletas o modificativas de la responsabilidad penal, como es obvio, en aras del respeto al principio de contradicción –que integra el contenido esencial de la garantía del debido proceso- está condicionada a que se escuche previamente a las partes procesales [en especial al acusador, pues de no ser así se produciría una indefensión que le lesionaría su posición en el proceso] a cuyo efecto el Tribunal debe promover un debate sobre esos ámbitos, incorporando los pasos necesarios en la propia audiencia, para decidir lo que corresponda. Es evidente, que el Tribunal no puede dictar una sentencia sorpresiva en ámbitos jurídicos no discutidos por las partes [interdicción de resolver *inaudita parte*].

La posibilidad de introducir, jurídicamente, determinadas circunstancias no incorporadas en la acusación –solo desde sus perfiles jurídicos, mas no fácticos- y dictar una sentencia conformada, siempre es compatible con un control *in bonam partem*, respecto del que solo se exige audiencia a las partes. Empero, si se advierten otros errores, tales como omisión de considerar –a partir del relato fáctico- una circunstancia agravante o la posibilidad de un tipo

legal distinto, más grave, que requiere indagación, debate probatorio y discusión en sede de alegatos por todas las partes –control *in malam partem*- solo corresponderá denegar la conformidad y ordenar proseguir el juicio oral.

En cuanto a la individualización de la pena, el Tribunal –por configurar una tarea exclusivamente judicial, inherente a ella- tiene una amplia libertad, dentro del marco jurídico del tipo legal en cuestión [pena abstracta] para dosificarla conforme a las reglas establecidas por los artículos 45 y 46 del Código Penal, cuyo único límite, aparte de no introducir hechos no incluidos en la acusación ni aceptados por el imputado y su defensa, es no imponer una pena superior a la pedida por el Fiscal, ello es explicable por la propia ausencia de un juicio contradictorio y la imposibilidad de formularse, por el Fiscal o de oficio, planteamientos que deriven en una pena mayor a la instada en la acusación escrita (siguiendo siempre al referido Acuerdo Plenario No.5-2008, del 18 de julio de 2018).

La confesión, desde una perspectiva general, es una declaración autoinculpatoria del imputado que consiste en el expreso reconocimiento que formula de haber ejecutado el hecho delictivo que se le atribuye. Como declaración que es, debe reunir un conjunto de requisitos externos (sede y garantías) e internos (voluntariedad o espontaneidad y veracidad: comprobación a través de otros recaudos de la causa).

En la conformidad procesal el imputado, desde luego, admite los hechos objeto de acusación fiscal. Solo se le pide, si así lo estima conveniente y sin necesidad de una explicación o un relato circunstanciado de los hechos –que es lo típico de una declaración ante la autoridad de cara a la averiguación de los hechos o a la determinación de las afirmaciones de las partes, según la etapa procesal en que tiene lugar- aceptar los cargos y una precisión adicional acerca

de las consecuencias jurídico-penales, a fin de obtener un pronunciamiento judicial inmediato, una sentencia de conformidad. Ello ha permitido sostener a un sector de la doctrina procesalista que la conformidad es una forma de confesión prestada al inicio del juicio oral o una especie de confesión cuando concurren determinados requisitos.

La conformidad consta de dos elementos materiales: a) el reconocimiento de hechos: una declaración de ciencia a través de la cual el acusado reconoce su participación en el delito o delitos que se les haya atribuido en la acusación; y, b) la declaración de voluntad del acusado, a través de la cual expresa, de forma libre, consciente, personal y formal la aceptación de las consecuencias jurídico-penales y civiles derivadas del delito (véase Acuerdo Plenario 5-2008, del 18 de julio de 2008).

Si, como se ha dejado sentado, no puede equipararse de modo absoluto el artículo 136° de la Ley Procesal Penal con el artículo 5 de la Ley número 28122, ello en modo alguno impide apreciar determinados efectos atenuatorios o de reducción de la pena a quienes se acojan a la conformidad. Para ello es de invocar analógicamente el artículo 471 del Código Procesal Penal [es de aclarar que el proceso de terminación anticipada del citado Código está vigente en todo el territorio nacional]. Dicha norma prescribe: *“El imputado que se acoja a este proceso recibirá un beneficio de reducción de la pena de una sexta parte. Este beneficio es adicional y se acumulará al que reciba por confesión”*.

La viabilidad de la analogía, con la consiguiente aplicación a la conformidad del artículo 471 del referido Código, ante la presencia de una laguna jurídica en la conformación legal del artículo 5 de la Ley número 28122, tiene lugar ante una racionalidad que es sustantivamente igual o semejante en sustancia –que no identidad-entre ambas instituciones procesales, las mismas que están sujetas a una lógica encadenada.

Lo expuesto permite concluir que toda conformidad, si reúne los requisitos legalmente establecidos, tiene como efecto el beneficio de reducción de la pena, sin perjuicio de la confesión, que de presentarse se acumula al primero.

El principio de proporcionalidad que informa la respuesta punitiva del Estado, la individualización de la pena, impone una atenuación menor en los supuestos de conformidad. No es lo mismo culminar la causa en sede de instrucción, poniéndole fin anticipadamente, que esperar su culminación y el inicio del juicio oral, como sucede en la conformidad por oposición a la terminación anticipada. En consecuencia, la reducción de la pena no puede llegar a una sexta parte; ha de ser siempre menor de ese término (cfr. Acuerdo Plenario 5-2008, del 18 de julio de 2018).

2.1.3.13. Confesión sincera y determinación de la pena en la jurisprudencia de la Corte Suprema

- **Acuerdo Plenario 4-2016: Alcances de las restricciones legales de la imputabilidad relativa y confesión sincera**

*“9.º El artículo 22 del Código Penal se erige en una eximente imperfecta radicada en la categoría culpabilidad. El primer elemento sobre el que descansa el juicio de culpabilidad es la imputabilidad o capacidad de culpabilidad –condición previa e indispensable de la culpabilidad–. Esta tiene dos ámbitos: **a)** el sujeto debe alcanzar una edad determinada: dieciocho años; y, **b)** el sujeto no debe padecer graves anomalías psíquicas, que eliminen el grado mínimo de capacidad de autodeterminación exigido por nuestro ordenamiento jurídico.*

*Por razones de seguridad jurídica, nuestro legislador no solo fijó en dieciocho años la edad mínima para la capacidad de culpabilidad (artículo 20.2 del Código Penal), sino que, además, como un concepto específico, estableció que cuando el agente tenga más de dieciocho años y menos de veintiún años de edad, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción –el sujeto es capaz de comprender el injusto del hecho y de actuar conforme con esa comprensión–, corresponde la reducción prudencial de la pena, la cual –según línea jurisprudencial uniforme– siempre opera del mínimo legal hacia abajo [VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2006, pp. 606 y 608].*

*10.º El fundamento de esa configuración jurídica estriba, hasta cierto punto, en que el individuo no alcanza la madurez de repente y a los individuos entre dieciocho y veintiún años no se les considera titulares de una capacidad plena para actuar culpablemente, pues su proceso de madurez no ha terminado; y, además, en que la edad avanzada del agente expresa un periodo de decadencia, de disminución de las actividades vitales, que desemboca en una etapa de degeneración que afecta a las facultades vitales, por lo que la capacidad de culpabilidad debe ser considerada como limitada [HURTADO, JOSÉ /PRADO, VÍCTOR: *Manual de Derecho Penal. Parte General, I*, Lima, 2011, pp. 618-621].*

11.º Las restricciones que se iniciaron en 1998 y prosiguieron con la última reforma legislativa de 2015 (véase fundamento jurídico sexto), están referidas a la comisión de veintiún modalidades delictivas, que pueden calificarse de muy graves. Estas se encuentran en el injusto penal: antijuricidad, no en la categoría culpabilidad. Luego, es pertinente preguntarse si tales excepciones a la regla de disminución de la respuesta penal, son constitucionalmente admisibles desde el principio de igualdad ante la ley.

12.º La igualdad es un principio-derecho reconocido en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución. Es tanto un derecho fundamental de invocación directa sin necesidad de desarrollo legislativo previo, cuanto un valor constitucional que informa todo el ordenamiento jurídico infraconstitucional. La igualdad, como derecho público subjetivo, conlleva la alegación de discriminación, la cual implica una desigualdad que puede tener su origen en un hecho, en la diferenciación de tratamiento legal no justificado constitucionalmente o, finalmente, en la aplicación de una ley que produzca un resultado inconstitucional. Es, como todo derecho subjetivo garantizado por la Constitución, un derecho garantizado erga omnes, frente a todos, lo que implica, como resultado, que todos los jueces tienen el poder –y el deber– de aplicar directamente las normas constitucionales en las controversias sometidas a su juicio [GUASTINI, RICCARDO: *Lecciones de Derecho Constitucional*, Lima, 2016, p. 308].

La doctrina constitucionalista tiene expuesto que se está ante una desigualdad ante la ley cuando esta, ante dos supuestos de hecho idénticos, trata, de forma distinta, sin ninguna justificación, a diferentes sujetos. Los requisitos de la prohibición de discriminación, primero, no se trata de una lista cerrada de presupuestos, sino de todas aquellas situaciones que pueden producir un tratamiento diferenciado, que se traduzca en un perjuicio para personas o grupos; segundo, esta diferenciación no está justificada ni atiende a fines legítimos; y, tercero, no supera el test de la racionalidad [BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO y OTROS: *Manual de Derecho Constitucional*, I, Madrid, 2014, pp. 85-86].

En este último aspecto, es pertinente resaltar que rante al legislador el derecho a la igualdad impide que pueda configurar los supuestos de hecho de la norma, de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adaptable, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así

expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y por eso es discriminatoria (STCE número 96/1997, 19 de mayo).

La diferencia de trato será lícita si resulta objetivamente justificada y razonable. En este último aspecto, se actuará conforme a la Constitución si la diferencia de trato es conforme a la finalidad perseguida, de suerte que evite resultados excesivamente gravosos o desmedidos (STCE número 117/1998, de 2 de junio). El test empleado para aplicar el artículo 2.2 de la Constitución es el juicio de razonabilidad –distinto del principio de proporcionalidad–, es decir, aquel que determine que la norma no sea absurda, injustificada, arbitraria o falta de realismo [DÍEZ PICAZO, LUIS: Sistema de Derechos Fundamentales, Madrid, 2013, pp. 187-188].

*13.º En el presente caso, es necesario tomar en consideración: **primero**, que la disminución de la punibilidad está en función a la edad del agente cuando cometió el delito, para lo cual se fija un criterio objetivo: entre 18 y 21 años y más de 65 años de edad; **segundo**, que esta disminución de la punibilidad está residenciada en la capacidad penal como un elemento de la categoría culpabilidad; **tercero**, la referencia a delitos graves tiene como premisa, para la diferenciación, la entidad del injusto, esto es, la antijuridicidad penal de la conducta del agente, sin duda, una categoría del delito propia y distinta de la culpabilidad.*

¿Es posible, entonces, una discriminación en el supuesto de hecho del artículo 22 del Código Penal basado, como pauta de diferenciación, en la entidad del delito cometido? ¿Es decir, si la misma persona dentro de ese rango de edades comete un delito no excluido se le atenuará la pena por debajo del mínimo legal, pero si perpetra un delito excluido tal atenuación no será

posible? ¿Es un factor relevante, en sí mismo o con relevancia propia, para desestimar la atenuación de la entidad del delito cometido?

14. La respuesta, sin duda alguna, es negativa: la ley incluye una discriminación no autorizada constitucionalmente. La antijuricidad penal se refiere a las conductas que son contrarias a las normas que rigen el Derecho Penal -típicas y no amparadas en una causa de justificación- mientras que la culpabilidad se circunscribe al sujeto que comete esa conducta, respecto del que debe afirmarse que actuó pese a estar motivado por la norma que le impelía a adoptar un comportamiento distinto. Una atiende al hecho cometido -a su gravedad o entidad- y la otra a las circunstancias personales del sujeto.

Luego, si la edad del agente está referida a su capacidad penal, no es razonable configurar excepciones a la regla general en función de criterios alejados de este elemento, como sería uno centrado en la gravedad de ciertos delitos. La gravedad del hecho es un factor que incide en la entidad, importancia, relevancia social y forma de ataque al bien jurídico vulnerado, mientras que la culpabilidad por el hecho incide en factores individuales concretos del agente, al margen del hecho cometido, que tiene su propio baremo de apreciación.

15. El grado de madurez o de disminución de las actividades vitales de una persona en razón a su edad no está en función directa a la entidad del delito cometido. La disminución de la pena, según el presupuesto de hecho del artículo 22 del Código Penal, no tiene su fundamento causal y normativo en las características y gravedad del injusto penal, sino en la evolución vital del ser humano.

Por ende, este actor de diferenciación no está constitucionalmente justificado. En igual sentido, ya se ha pronunciado la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema

de Justicia en la Consultas números 1260-2011, de 7-6-2011, y 210-2012, de 27-4-2012. Las exclusiones resultan inconstitucionales y los jueces penales ordinarios no deben aplicarlas.

(...)

17.º Con carácter previo, es pertinente precisar sobre esta institución lo siguiente: (i) Se está ante un supuesto de menor punibilidad, contemplado en el Código Procesal Penal, lo cual, por cierto, no le resta su carácter sustantivo, y genérico para todas las figuras delictivas. (ii) Es, además, una institución de abolengo anglosajón que busca introducir un derecho premial supuestamente encaminado a fortalecer la justicia. (iii) La aminoración que prevé la norma debe computarse a partir de la pena final obtenida, pues de lo contrario perdería su razón de ser, cual es beneficiar a aquellos delincuentes que han mostrado su voluntad de colaborar con la justicia [VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: Derecho Penal. Parte General, Bogotá, 1997, p. 708].

18.º El fundamento de esta norma se encuentra en razones político-criminales, esto es, de pura utilidad, en el sentido de que, concretamente, la pena se atenúa porque se colabora con la administración de justicia. Se trata de razones pragmáticas y no éticas [COBO DEL ROSAL, MANUEL y OTRO: Derecho Penal. Parte General, Valencia, 1999, pp. 910-911]. El fundamento, es de insistir, no puede verse en ninguna característica del delito, ya consumado, sino en la conveniencia político-criminal de fomentar determinados comportamientos posteriores que faciliten la persecución judicial [MIR PUIG, SANTIAGO: Derecho Penal. Parte General, Barcelona, 2008, p. 617].

19.º La confesión, en su aspecto nuclear, importa el reconocimiento que hace el imputado de su participación en una actividad delictiva. Lo que se valora, en este supuesto, es la realización

de actos de colaboración a los fines de la norma jurídica, por lo que se facilita el descubrimiento de los hechos y de sus circunstancias y autores. La confesión supone una especie de “premio” a quien colabora con la justicia en el descubrimiento de un hecho que tiene relevancia penal y que le afecta como responsable. Como tal, es inaceptable una confesión no veraz (se proporciona una versión de lo ocurrido que no se corresponde con la realidad); por tanto, esta debe ajustarse a la realidad (no debe ser sesgada ni ocultar datos de relevancia), no debe contener desfiguraciones o falencias que perturben la investigación, y debe ser persistente (mantenerse a lo largo de todo el procedimiento). No es confesión cuando se reconoce lo “evidente”, cuando no se aporta dato alguno para el curso de la investigación; lo que se debe aportar, en suma, son datos de difícil comprobación (SSTSE números 43/2000, de 25 de enero; 1506/2002, de 19 de septiembre; 1346/2009, de 29 de diciembre; y, 817/1998, de 15 de junio).

20.º Las dos primeras excepciones, así catalogadas por la ley, son las de flagrancia delictiva y prueba evidente de los hechos y de la intervención del imputado en su comisión. En pureza, son más bien reglas esclarecedoras que integran la propia noción de confesión en clave de colaboración con la justicia. Se trata de formas de admisión de cargos irrelevantes para el curso de la investigación, pues sin necesidad de la confesión el hecho está probado sobre la base de las propias condiciones de la flagrancia delictiva o de una actividad probatoria ya consolidada. Tal confesión, por consiguiente, no aporta nada al esclarecimiento de los hechos: no hay confesión de lo evidente.

Estas precisiones están estrictamente vinculadas con el fundamento político criminal de la institución de la confesión sincera. Por ello, no es del caso formular reparo alguno al respecto, tanto desde el derecho fundamental a la igualdad como desde el principio de proporcionalidad.

21.º Distinto es el caso de exclusión de la disminución de la pena por confesión cuando se trata de un agente que “[...] tenga la condición de reincidente o habitual, de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal”.

La reincidencia o la habitualidad son ajenas por completo a la confesión de quien colabora con la justicia. El aporte de información relevante, difícil de encontrar sin la contribución del imputado en cuestión, es independiente de que este pueda ser primario o, de ser el caso, reincidente o habitual. La reincidencia y la habitualidad, más allá del debate jurídico existente acerca de su fundamento –que no es del caso plantear–, son circunstancias personales de naturaleza agravatoria, afincadas en la historia delictiva del imputado.

Entonces, ¿tiene fundamento constitucional excluir la disminución de la pena en función de la reincidencia o habitualidad del imputado que admite los cargos y colabora con la justicia?

22.º Desde el derecho fundamental a la igualdad ante la ley, no existe un factor o pauta de diferenciación objetiva y razonable entre la confesión y la condición de reincidente o habitual del confesante, que permita excluir a estos últimos de la atenuación de la pena. La agravación de la pena, en el segundo caso, está en función a un dato exclusivamente personal del imputado en relación con el delito cometido, mientras que la atenuación de la pena por confesión se sitúa en las exigencias pragmáticas de la colaboración del imputado con la administración de justicia. Esa ausencia de relación entre una y otra consecuencia jurídico penal –del criterio selectivo y diferenciador– torna injustificada constitucionalmente esta exclusión. No puede haber un tratamiento diferente si las circunstancias de exclusión responden a supuestos que no se refieren al objeto de la norma: colaborar con la justicia.

23.º De otro lado, desde el principio de proporcionalidad – que, al igual que el derecho fundamental a la igualdad, limita la discrecionalidad del legislador y lo obliga a que su potestad legislativa se realice dentro de los límites establecidos en la Constitución–, la norma examinada tampoco cumple con el estándar requerido. En efecto, y siguiendo las pautas metodológicas aceptadas por el Tribunal Constitucional en la STC número 12-2006-AI, FJ. 32, de 15-12-2006, la limitación que entraña el citado artículo 161 del Código Procesal Penal al derecho de los reincidentes y habituales de acogerse a una disminución de la pena por su cooperación con la justicia, no es idónea para lograr el apoyo del imputado al esclarecimiento de la justicia –que sea reincidente o habitual no dice nada respecto a su admisión de los cargos–, tampoco es necesaria porque el objetivo propuesto por la norma, por el contrario, se dificulta con ese impedimento y, finalmente, no es estrictamente proporcional porque no existe equivalencia entre el objetivo de atender a la colaboración con la justicia y la exclusión impuesta, pues desalienta esa finalidad sin beneficio tangible alguno para la sociedad.

En consecuencia, el artículo 161 del Código Procesal Penal, en cuanto excluye de la disminución de pena por confesión a los reincidentes y habituales, no debe ser aplicado por los jueces ordinarios por vulnerar el derecho a la igualdad y el principio de proporcionalidad en relación con los derechos afectados por una indebida exclusión de la aminoración de pena.”

RN No.370-2017-Lima: Confesión sincera y flagrancia delictiva.

En el fundamento jurídico vigésimo primero del Acuerdo Plenario número cinco-dos mil ocho/CJ- ciento dieciséis se precisa que la sinceridad de la confesión equivale “a una admisión **(1)**completa -con cierto nivel de detalle que comprenda, sin omisiones significativas, los hechos en los que participó-, **(2)** veraz -el sujeto ha de ser culpable sin ocultar datos relevantes del injusto investigado-, **(3)** persistente -uniformidad esencial en las oportunidades que le corresponde declarar ante la autoridad competente- y **(4)**oportuna -en el momento

necesario para garantizar y contribuir a la eficacia de la investigación-, a la que se aúna, a los efectos de la cuantificación de la pena atenuada, (5) su nivel de relevancia”. Por lo que, si se trata de un delito evidente o, lo que es lo mismo, si este sido descubierto flagrantemente, cualquier aceptación del hecho y colaboración del agente con la Policía o el Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones –así se produzca de forma concomitante o inmediatamente después de cometido–, resulta irrelevante para la investigación o esclarecimiento del hecho y, consecuentemente, no determina reducción de pena en virtud de la aplicación de la fórmula de derecho premial referida a la confesión sincera.” RN No.2426-2009-Lima: Valoración de la determinación de la pena se realiza en estos dos momentos

[...] La valoración en la determinación de la pena obedece a criterios expresados taxativamente en las normas o a criterios reflejados en los principios generales del Derecho; en todo caso, ambos son tomados a nivel legislativo y judicial. En este último, la valoración de la determinación de la pena se realiza en dos momentos:

i) Al momento de la aplicación considerando el principio de proporcionalidad, el cual se refleja en los siguientes juicios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

ii) El segundo momento se realiza cuando se toma en cuenta los criterios no específicos de la individualización; es decir, conforme a los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, pues estos aspectos no están definidos como circunstancias que impliquen un peso agravante o atenuante, sino que se trata de aspectos cuya relevancia penal solo puede decidirse en un hecho particular.” RN No.1596-2015-La Libertad: La individualización de la pena

“El principio de legalidad significa que solo se puede castigar al autor de un delito con las penas que previamente establece la Ley. Por tanto, cuando el juez aplica la pena se encuentra vinculado únicamente al principio de legalidad, esto es, castigara punitivamente al culpable dentro de los límites mínimo y máximo de la pena señalada en la Ley para el delito investigado y enjuiciado. Bajo esa perspectiva (de la aplicación de este principio), el artículo 285-A, del Código de Procedimientos Penales, autoriza al juez para que pueda aplicar al hecho delictivo una pena mayor a la solicitada por el fiscal.

En el caso concreto, el acusado Santos Justo Olivares Meza tenía la calidad de reo ausente y se presentó al juicio oral, donde se acogió a la conclusión anticipada del juicio oral y aceptó los cargos imputados por el representante del Ministerio Público. En ese sentido, esa conducta procesal del citado inculcado permite apreciar una confesión sincera relativa, en cuanto solo evito el juicio oral, pero no facilitó el esclarecimiento de los hechos delictivos ni brindó información esencial y oportuna en sede de investigación (características el instituto procesal de la confesión sincera).

En el fundamento jurídico número veinte, del ACUERDO PLENARIO, número 5-2009/CJ-I 16, emitido por las salas penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, se indicó que se apreciará una confesión sincera relativa cuando el reo ausente asista al juicio y acepte los cargos Incriminados; no obstante, se relativizará su entidad atenuatoria, pues solo aligera el trámite de las sesiones del plenario.”

- **RN No.3599-2012-Ancash: No se aplica reducción de pena por confesión sincera si el imputado es detenido en flagrancia**

“Que la sentencia es eficaz procesalmente porque conjuntamente con ella no cabe el planteamiento y votación de las cuestiones de hecho, según la doctrina legal fijada en la Ejecutoria Suprema vinculante, recaída en el Recurso de Nulidad número dos mil doscientos seis guión dos mil cinco oblicua Ayacucho [R.N. 2206-2005, Ayacucho], del doce de julio de dos mil cinco, tercer fundamento jurídico.

*Como el encausado **Ulloa Rodríguez** fue capturado mediando quasi flagrancia y se le incautó parte de los bienes robados no es de aplicación la reducción de la pena por confesión sincera. Dicho encausado no admitió, como corresponde a la institución procesal citada, la sustracción de los enseres descritos en la acusación en su instructiva de fojas cuarenta y cuarenta y ocho. El fundamento político criminal de la confesión sincera, de facilitar el esclarecimiento de los hechos y contribuir de modo decisivo a definir la causa prontamente, sin la cual no sería posible, no se presenta en supuestos de flagrancia delictiva, de ocupación de bienes robados y cuando la víctima claramente identificó al culpable y participó en las diligencias procesales.”*

CAPÍTULO III

Método

3.1. Tipo de investigación

Esta investigación es básicamente de carácter explicativa-descriptiva no experimental, pues busca identificar y explicar el por qué los jueces penales expiden sentencias condenatorias sin considerar criterios uniformes para valorar debidamente la confesión sincera en el Distrito Judicial de Lima durante el período 2015-2016, a fin de plantear soluciones que se puedan presentar ante las autoridades competentes.

3.2. Población y muestra

- **Espacial:** La investigación comprendió el Distrito Judicial de Lima (3 Salas Penales).
- **Temporal:** 2015 – 2016.
- **Cualitativa:** Procesos penales concluidos con sentencias condenatorias y en donde hay confesión sincera del acusado.
- **Cuantitativa:** 20 expedientes al año por cada Sala Penal, son: 60 expedientes en total.
- Entrevistas con 10 Magistrados, 20 Abogados especialistas.

3.3. Operacionalización de las variables

Variable independiente

No existencia de criterios uniformes para la fijación de la pena ante la confesión sincera.

Variables dependientes

- Afectación de las reglas del debido proceso penal.
- Afectación de la garantía y principio de motivación de las resoluciones judiciales, derecho de defensa y a la prueba.
- Afectación de la credibilidad y confianza del sistema judicial del país.

3.4. Instrumentos

- Documental (copias y fichas bibliográficas)
- Análisis de sentencias expedidas con aplicación de pena en la que hay confesión sincera.
- Entrevistas y encuestas con Magistrados y especialistas en el tema materia de investigación.

3.5. Procedimientos

Nos apersonamos a la sede de la Corte Superior de Lima, lugar de investigación, a fin de realizar el acopio de sentencias necesarias para la investigación, así como para las

entrevistas y encuestas con magistrados y especialistas. Previa y paralelamente se realizó lectura y fichaje de la bibliografía que utilizamos en la presente investigación.

3.6. Análisis de datos

Para la interpretación de las muestras ya procesadas se realizó:

- Estudio sistemático e integral de las muestras ya procesadas, teniendo como referentes las hipótesis, variables e indicadores del problema, los métodos y técnicas aplicadas, explicación de variables, según el tipo de investigación ejecutada.
- Argumentación.
- Contrastación de las hipótesis con la conclusión.

3.7. Consideraciones éticas

Es de reafirmar que los datos obtenidos para esta investigación son reales, tanto las resoluciones, como las entrevistas a magistrados, he analizado los resultados obtenidos con criterios de objetividad y rigurosidad.

CAPÍTULO IV

Resultados

Entrevistas a magistrados y justiciables

1. En su opinión, ¿considera usted que el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales no regula adecuadamente la confesión sincera?

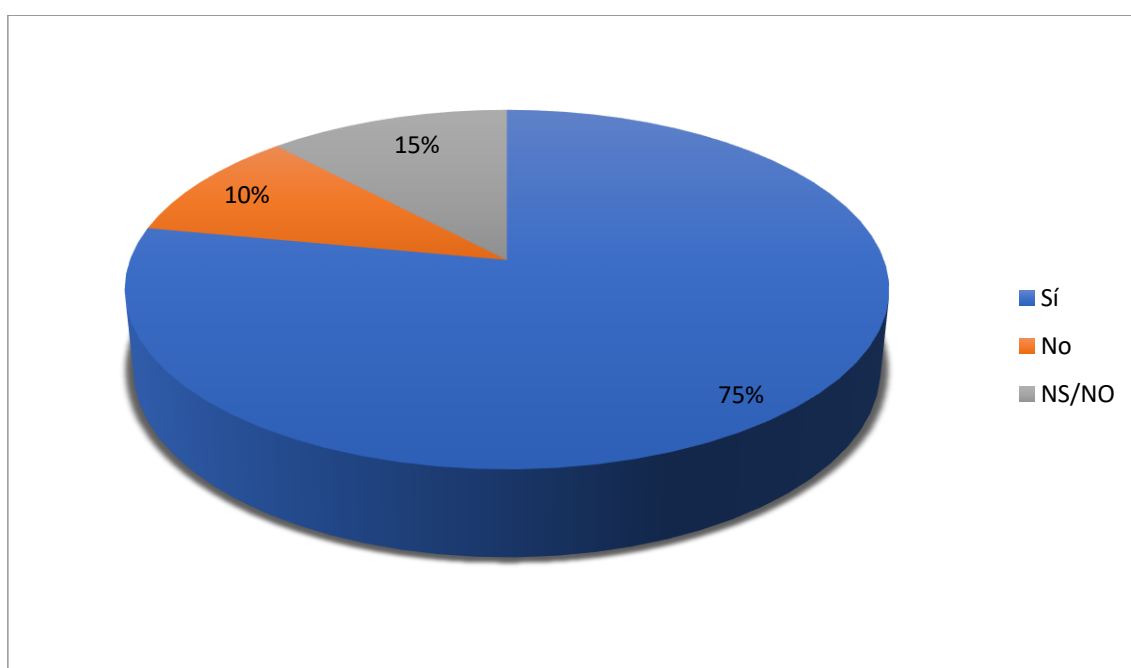


Figura 1: Resultados sobre si el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales regula adecuadamente la confesión sincera.

2. En su opinión, ¿considera usted pertinente adelantar la vigencia de los artículos 160° y 161° del Código Procesal Penal?

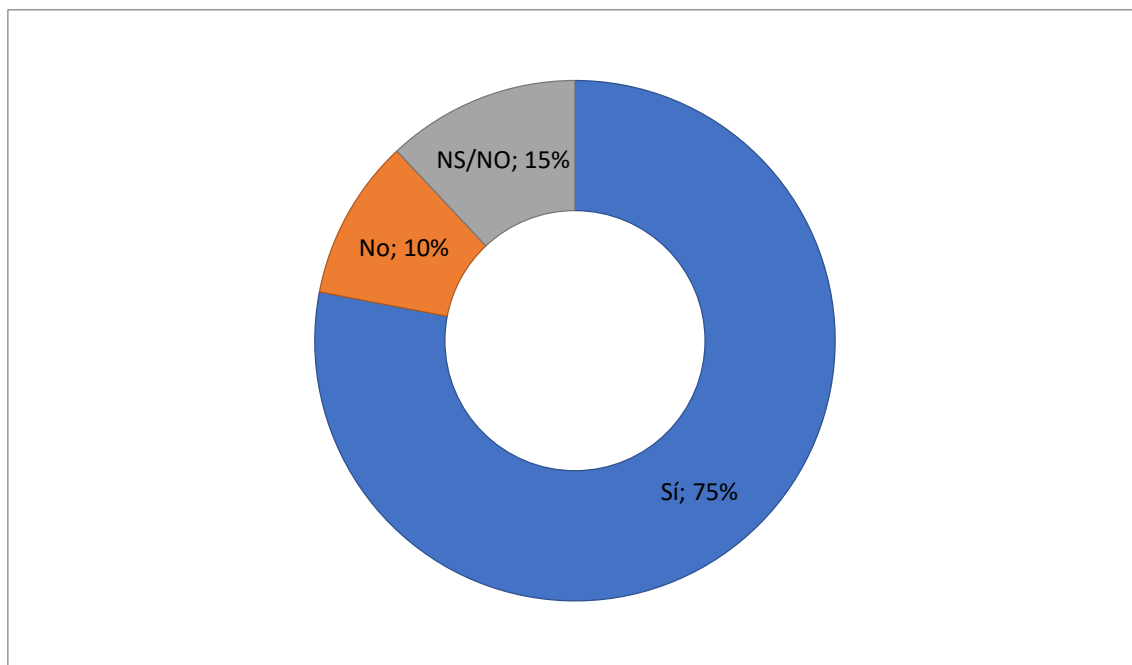


Figura 2: Resultados sobre la pertinencia de adelantar la vigencia de los artículos 160° y 161° del Código Procesal Penal.

3. ¿Cuáles son los supuestos exigidos para la confesión sincera?

- a) Que sea espontáneo: 85%
- b) Que pueda ser corroborado: 65%
- c) Que sea decidido por el fiscal: 30%
- d) Que sea veraz: 80%
- e) Que contribuya al esclarecimiento de los hechos: 85%
- f) Otros: 10%

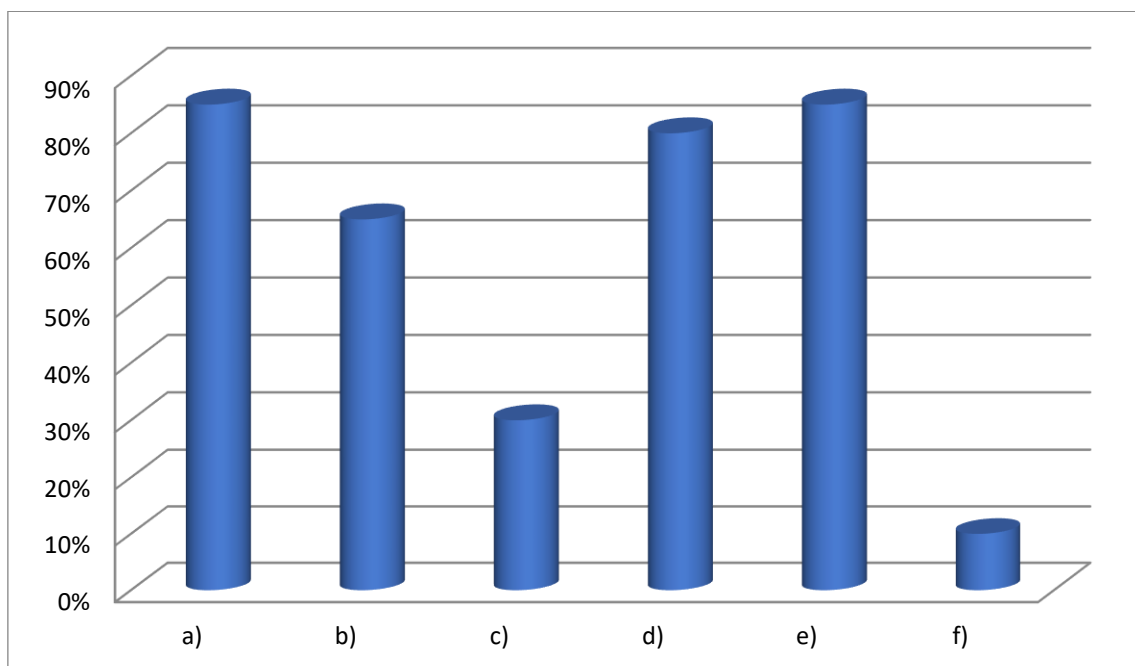


Figura 3: Resultados sobre los supuestos exigidos para la confesión sincera.

4. En su opinión, ¿la confesión sincera tiene algún efecto en la reparación civil?

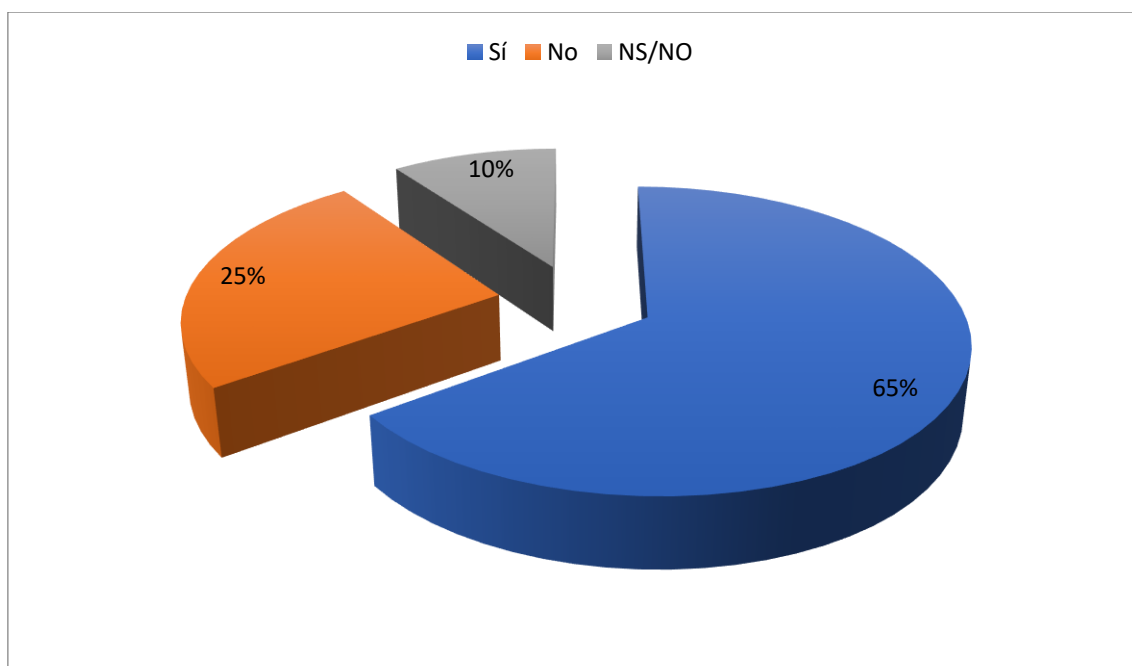


Figura 4: Resultados sobre si la confesión sincera tiene algún efecto en la reparación civil.

5. ¿La confesión sincera tiene un efecto de disminución en la pena?

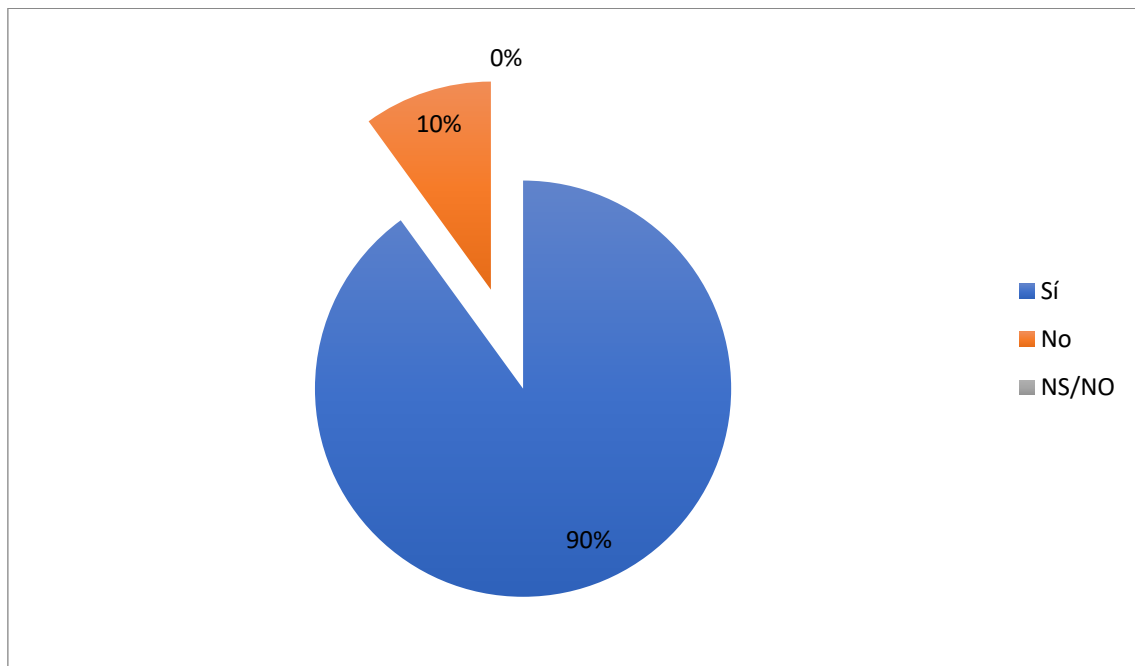


Figura 5: Resultados sobre si la confesión sincera tiene efecto en la disminución en la pena.

(Ese 10% que manifestaron un NO, está referido a que la confesión sincera no contribuyó al esclarecimiento de los hechos y por esa razón no tuvieron ningún efecto sobre la determinación de la pena)

6. ¿Considera usted que la confesión sincera debe tener el mismo efecto en la determinación de la pena?

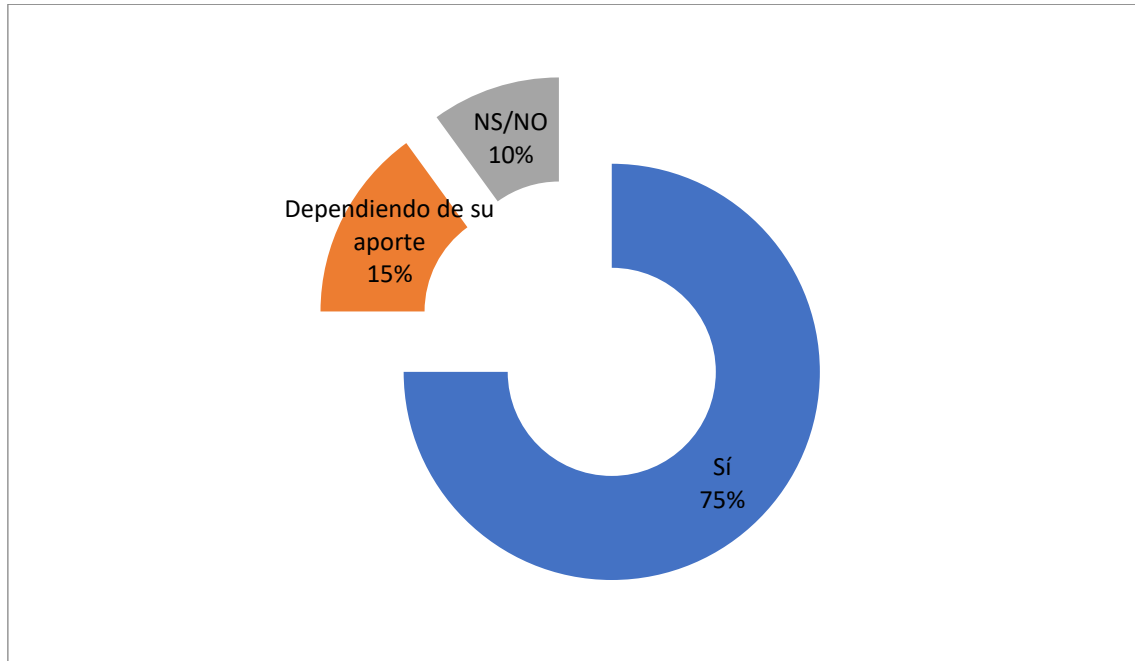


Figura 6: Resultados sobre si la confesión sincera debe tener el mismo efecto en la determinación de la pena.

7. En su opinión, ¿considera usted que la no uniformidad de criterios al aplicar la determinación de la pena por confesión sincera afecta la imagen del Poder Judicial?

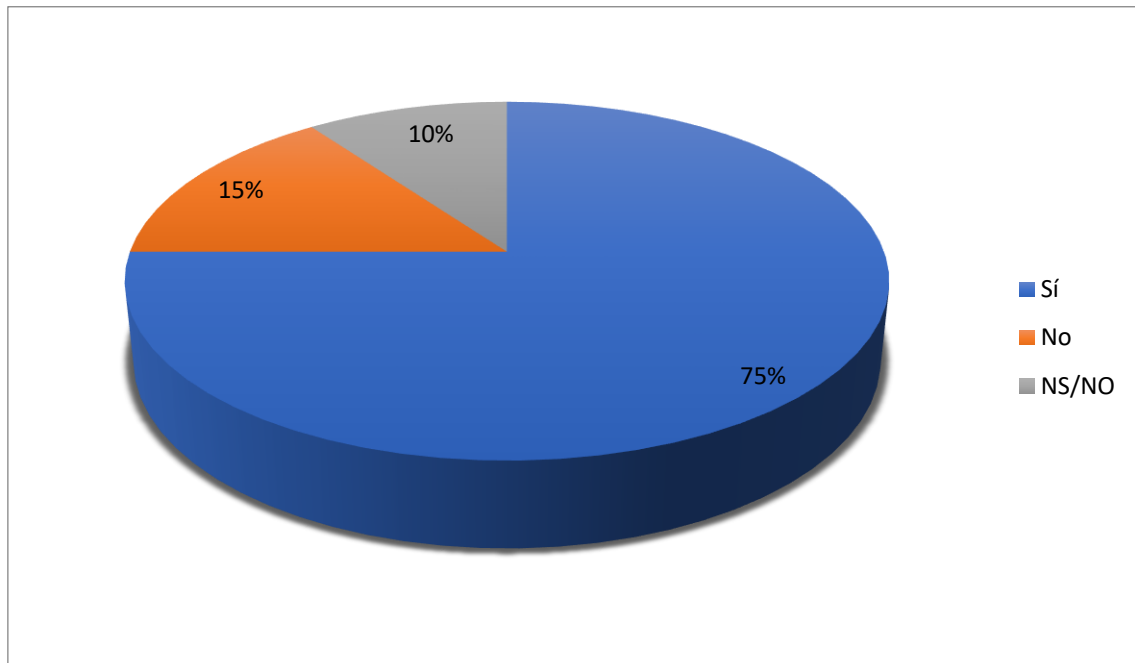


Figura 7: Resultados sobre si la no uniformidad de criterios al aplicar la determinación de la pena por confesión sincera afecta la imagen del Poder Judicial.

Análisis de resoluciones

1. Número de procesados

- 1-2: 70%
- 3-5: 30%
- Más de 5: 0%

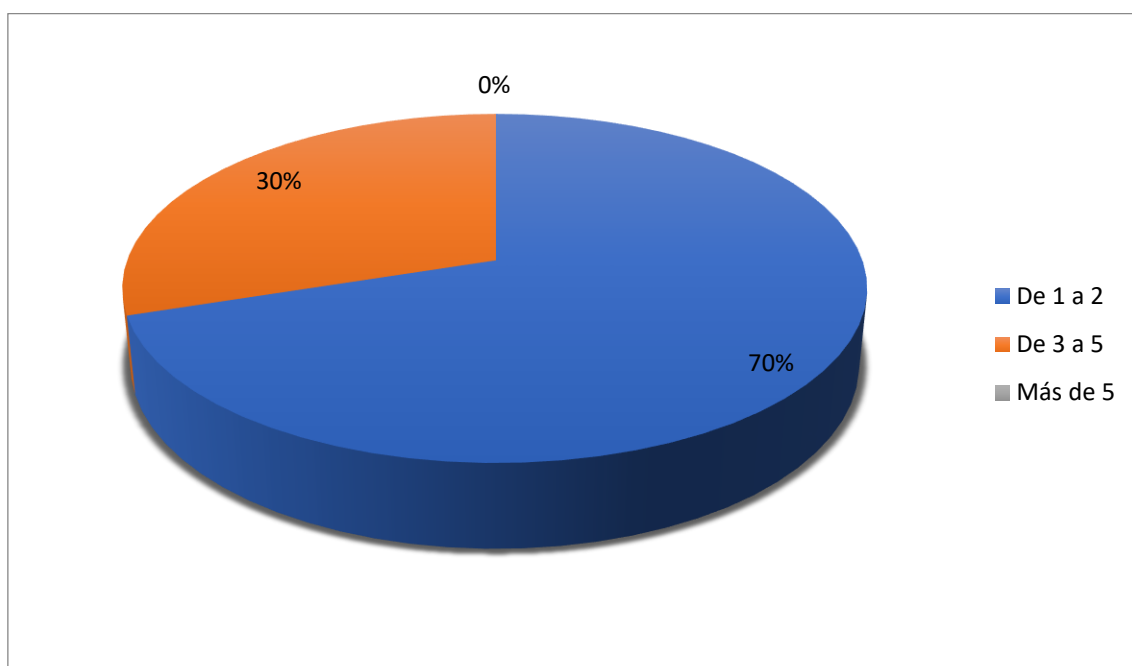


Figura 8: Resultados sobre número de procesados en el delito.

2. ¿Cuáles son los supuestos exigidos para la confesión sincera?

- a) Reconocimiento de hechos: 80%
- b) Voluntario: 50%
- c) Libre y consciente: 10%
- d) Aceptación de consecuencias: 80%
- e) Arrepentimiento: 60%
- f) Veracidad: 30%
- g) Espontáneo: 30%

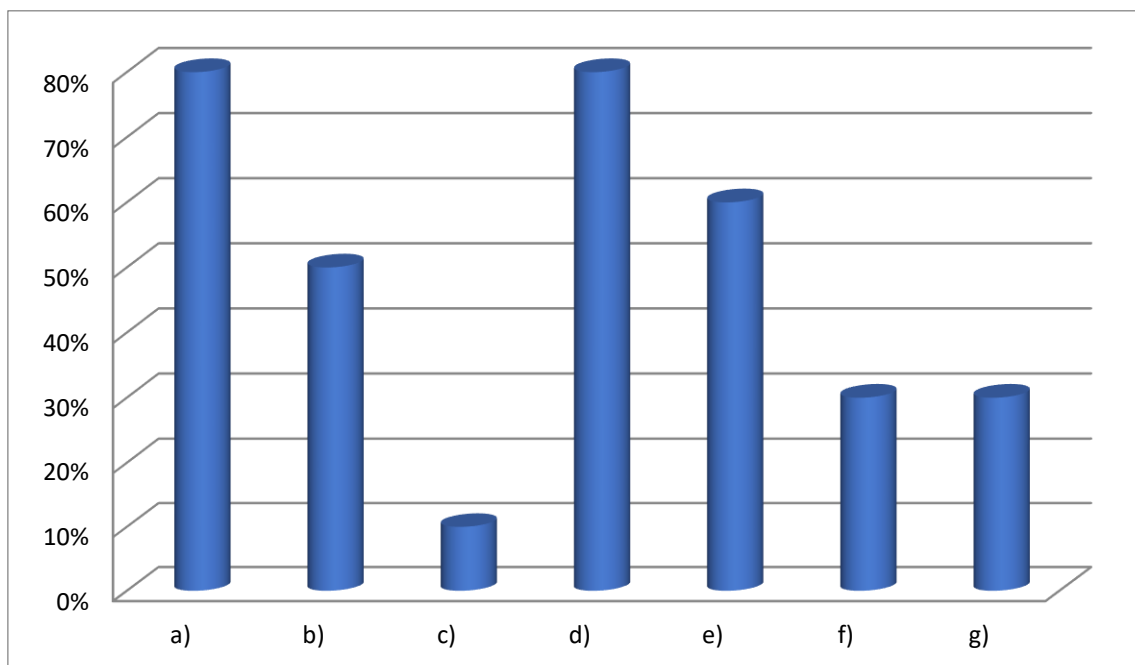


Figura 9: Resultados sobre los supuestos exigidos para la confesión sincera.

3. Conclusión anticipada del proceso

a) Se acogieron a conformidad parcial: 20%

b) Se acogieron a conformidad total: 80%

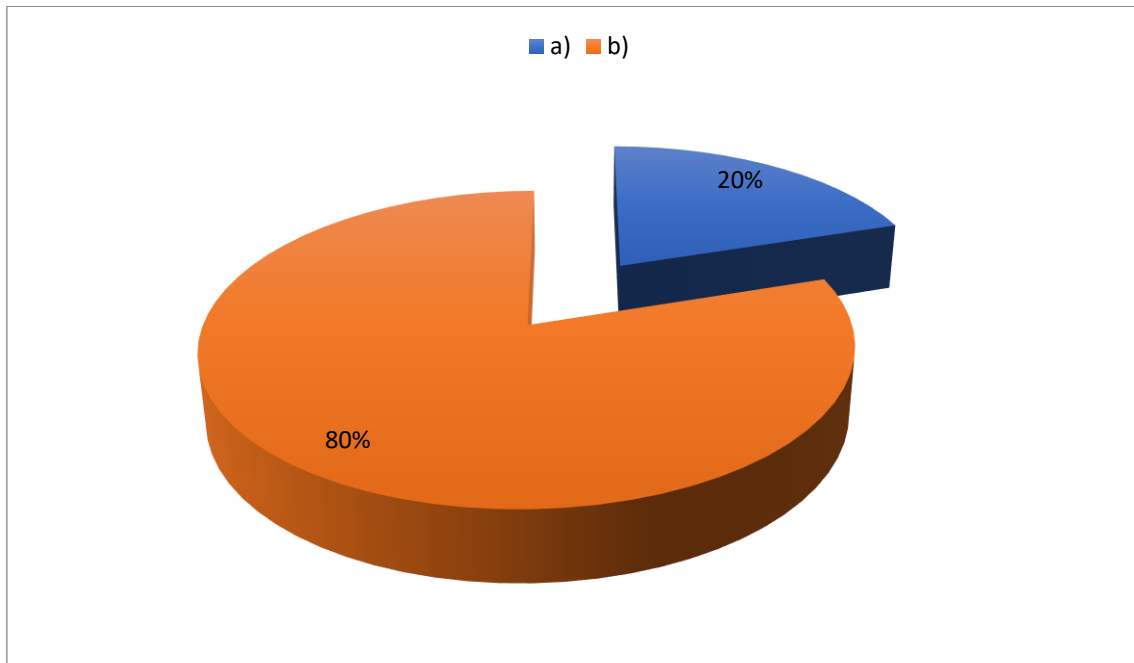


Figura 10: Resultados sobre la conclusión anticipada del proceso.

4. Influencia en la determinación de la pena

- Sí: 90%
- No: 10%

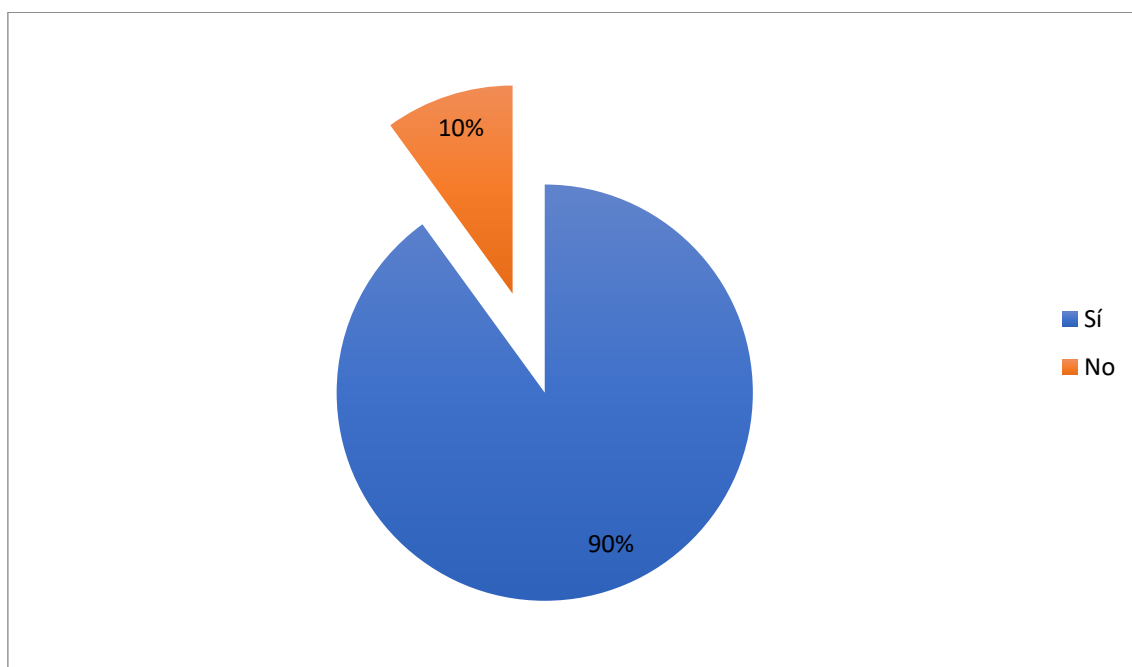
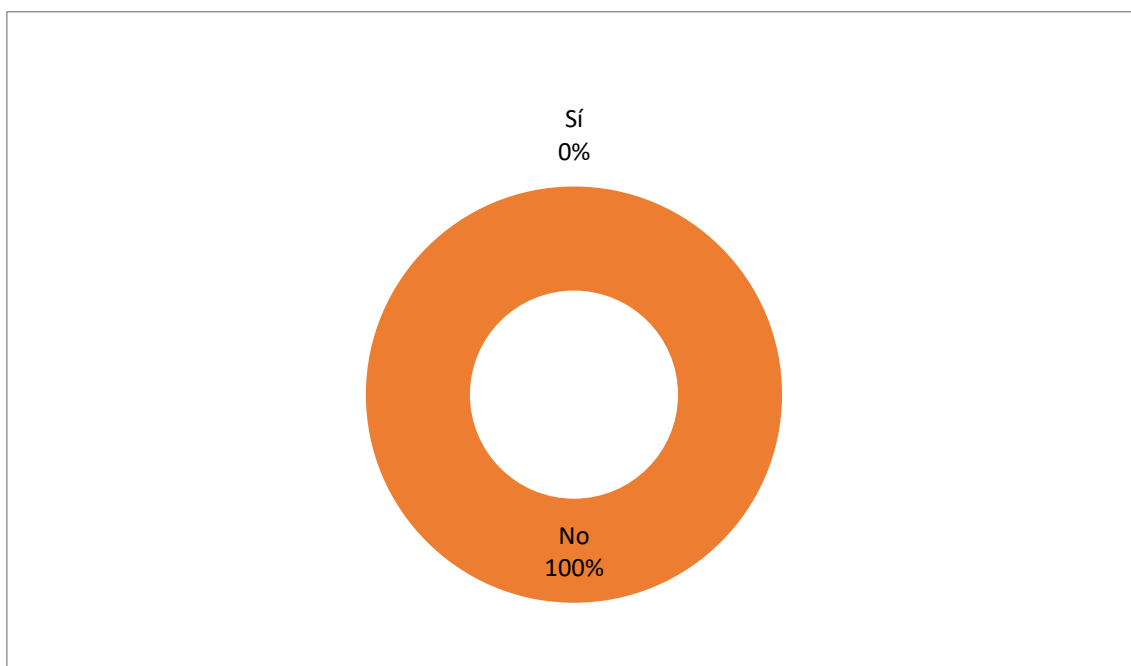


Figura 11: Resultados sobre la influencia en la determinación de la pena.

5. Influencia en la reparación civil

- Sí: 0%
- No: 100%



Cuadra 12: Resultados sobre la influencia en la reparación civil.

CAPÍTULO V

Discusión de resultados

Respecto a los resultados de entrevistas

Nuestros entrevistados sostuvieron que el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales no legisla adecuadamente la confesión sincera, pues lo hace de manera genérica. Así, el referido artículo señala que: *“La confesión del inculpado corroborada con prueba, releva al juez de practicar las diligencias que no sean indispensables, pudiendo dar por concluida la investigación siempre que ello no perjudique a otros inculpados o que no pretenda la impunidad para otro, respecto del cual existan sospechas de culpabilidad. La confesión sincera debidamente comprobada puede ser considerada para rebajar la pena del confeso a límites inferiores al mínimo legal”...*

Es de resaltar que la expresión “puede ser”, es un claro indicador que esta no constituye un mandato para reducción de la pena por debajo del mínimo legal, sino que es una facultad que puede ser utilizada por el juez penal, pero no indica sobre qué criterios puede aplicarlo, razón por la que se aprecia los distintos criterios que existen en la judicatura al resolver este tema.

En tal sentido, nuestros entrevistados recordaron que los artículos 160 y 161 del Código Procesal establecen el valor de prueba de la confesión, en qué consiste y cuáles son sus presupuestos, así como se señala los efectos que tal confesión acarrea, la extensión de la reducción de la pena, estableciendo los criterios en los que no puede aplicarse la reducción de la pena, reiterando que ello es una facultad y no una obligación del juzgador, pero se tiene criterios a los que el juez puede recurrir de manera objetiva. Esto último es lo que nuestros

entrevistados aprecian más, en tanto que existen reglas claras de cómo aplicarlo y en qué medida.

En el Acuerdo Plenario No.5-2008/CJ-116, ya se sostenía las graves falencias contenidas en el artículo 136 del CdPP; así, se sostiene que la confesión sincera ... *“genera determinados problemas interpretativos y aplicativos con la institución de la “conformidad procesal”...* razón por la que en dicho plenario se opta por equipararlo con el artículo 471 del nuevo Código Procesal Penal, que incluso está vigente a nivel nacional, sobre la terminación anticipada del proceso.

Esa es la razón por la que nuestros entrevistados son de la opinión de adelantar la vigencia de los artículos 160 y 161 del CPP, a efectos de tener mejores herramientas para resolver en este supuesto de confesión sincera, criterios que incluso se manifiestan en las respuestas dadas, en el sentido de que la confesión sincera debe ser espontánea, es decir, no presionado y en plena libertad para decidir que debe aportar al esclarecimiento de los hechos, veraz, entre otros.

Y es que no habrá confesión sincera si esta es consecuencia del material probatorio que corrobora la vinculación de los hechos con su autor; en otras palabras, si el procesado siempre invocó no responsabilidad o inocencia en los hechos imputados, pero por la fuerza y convicción que genera la actividad probatoria sobre su responsabilidad se ve obligado a aceptarla, pues, la posible confesión que realice resultará irrelevante y se rechazará, igual en los casos de flagrancia, salvo que tal confesión contribuya a esclarecer completamente los hechos y la participación que tuvieran otras personas no comprendidas en la investigación, por ejemplo.

En una gran mayoría, pero que consideramos no significativa, nuestros entrevistados comentaron que la confesión sincera solo tiene efectos en la disminución de la pena, pero no en la fijación del monto de la reparación civil; ello en virtud de que en el RN No.948-2005, la Sala Penal de la Corte Suprema fijó que la confesión sincera “no puede ser valorada como presupuesto para establecer la cuantía de la reparación civil -que no es una pena- en tanto que está reservada, de ser el caso, para rebajar la pena del confeso a límites inferiores del mínimo legal.”

Ahora bien, es de público conocimiento que la labor del Poder Judicial es mal percibida por la población peruana, su imagen es pésima, agravada por todos los temas de corrupción en que se vieron involucrados varios magistrados de muy alto rango, lo que incluso motivó que el Presidente de dicho poder del Estado admitiera que el tema de la Corte Superior del Callao se ha replicado en otras jurisdicciones.

En tal sentido, el hecho de que existan resoluciones en la que se aprecie que no existen criterios uniformes para la determinación de la pena, no ayuda a la mejora de esta percepción tan deteriorada, por lo que se hace necesario adoptar una decisión que mejore la predictibilidad de las mismas, sustentado en razones objetivas y no en la simple subjetividad de los magistrados.

Respecto a los resultados de las resoluciones

En principio, es menester sostener que las resoluciones analizadas todas fueron de robo agravado, ello en la medida de que consideramos que es el delito más frecuente en nuestra sociedad, todo lo cual concuerda con los resultados del observatorio criminal, así como para confirmar o rechazar de manera más objetiva nuestras hipótesis.

Igualmente, concuerda que la mayoría de estos delitos se realiza en grupos de 2 o más personas, siendo que en la mayoría de los casos analizados lo robado eran cosas personales: celulares, billeteras, etc. Hay que agregar, además que, en algunos de estos casos, si bien aparece un procesado, empero, de los hechos imputados y declaraciones de agraviados, se evidencia la presencia de otros involucrados, pero que no han sido identificados.

En cuanto a los criterios exigidos para la confesión sincera, que en el presente caso se aplicaba al momento de acogerse a la conclusión anticipada, los resultados nos muestran las veces en que se repiten en las resoluciones analizadas; así, por ejemplo, el reconocimiento de los hechos y la aceptación de sus consecuencias son los criterios que más veces se indican al aceptar la conformidad, alcanzando un 80%.

Entre los otros criterios que se tienen en cuenta tenemos: el arrepentimiento 60%, que sea voluntario 50%, que sea veraz y espontáneo 30% y libre y consciente 10%. Sí nos preocupa el hecho de que en las resoluciones analizadas no se precise si se ha verificado si tales confesiones se encuentran corroboradas o no, puesto que siempre existe la posibilidad de estar encubriendo

a otras personas, máxime cuando en la mayoría de los casos estos delitos son cometidos por pluralidad de personas y que no han sido identificadas. Consideramos que el solo reconocimiento y aceptar participar en los hechos imputados no es suficiente, sino que este debe ser corroborado por otras pruebas que se hayan actuado y que deben explicarse en las resoluciones.

En cuanto a la determinación de la pena, es manifiesto que la confesión sincera y su acogimiento a la terminación anticipada del proceso sí influyen en el momento de su fijación (hasta un 90% se evidenció que sí), siendo que hubo un 10% en la que estas instituciones no se aplicaron, ello en virtud de que estos casos fueron de manifiesta flagrancia, por lo que esta figura -que tiene sus efectos como premio al aporte- no eran de aplicación en dichos casos.

Sí es importante explicar que en aquellos casos en que se determinó la pena en aplicación de la confesión sincera y conclusión anticipada, es de resaltar que un 70% se fijó por debajo del mínimo y un 30% fue superior al mínimo. Identificamos ocho casos muy similares -por responsabilidad restringida y carecer de antecedentes penales- en que se evidenció con mayor claridad una disparidad en el tratamiento, puesto que a uno se fijó por debajo del mínimo y en el otro fue superior, a pesar de que en ambos se trataba de robo agravado con pluralidad de personas aún no identificadas, siendo también de considerar que en dos casos había reincidencia; empero, en todos los demás casos esta disparidad no se encontraba justificaba y consideramos que se respondía a criterios más subjetivos que en ese momento no se aprecia, pero sí luego de contrastarlos cómo se resolvió en otros casos muy similares, todo lo cual -así lo consideramos- corrobora nuestra tesis.

Es importante también destacar que en el acogimiento a la conclusión anticipada, un 80% fue total hacia los hechos y solo un 20% estuvimos en casos de acogimiento parcial, que estaban referidos a que procesados solo reconocían determinados hechos y cuestionaban algunos extremos de la imputación y de la reparación civil.

En cuanto a la reparación civil, sí pudimos comprobar que la confesión sincera no tenía mayor incidencia en fijar la reparación civil; pero sí pudimos apreciar que ello era porque la defensa no cuestionó los montos solicitados (40%), mientras que en otros casos sí hubo una reducción de la pena, pero por criterios de magnitud del daño ocasionado y criterios de proporcionalidad, pero no por razones que tengan que ver con la conexión sincera.

CAPÍTULO VI

Conclusiones

En atención a los resultados de la presente investigación, llegamos a las siguientes conclusiones:

- a. El artículo 136 del Código de Procedimientos Penales resulta ser una norma muy laxa, en tanto que no establece de manera concreta cuáles son los supuestos exigidos en casos de confesión sincera.
- b. Actualmente, en las salas penales en donde aún no se aplica o no está vigente el Código Procesal Penal, no existen criterios uniformes para la fijación de la pena ante la confesión sincera.
- c. Consideramos que esta ausencia de criterios uniformes afecta las reglas del debido proceso penal en el Distrito Judicial de Lima durante el período 2015-2016, puesto que se dan decisiones dispersas o distintas entre casos muy similares.
- d. Es evidente que se afecta la garantía de motivación de las resoluciones judiciales, derecho de defensa y a la prueba de los procesados en el Distrito Judicial de Lima durante el período 2015-2016, afectando también la credibilidad y confianza en el sistema judicial del país y muy específicamente en el Distrito Judicial en donde se desarrolló la investigación.

CAPÍTULO VII

Recomendaciones

En atención a las conclusiones arribadas, consideramos que es necesario adelantar la vigencia de los artículos 160 y 161 del Código Procesal Penal, para lo cual deberá expedirse una norma cuya propuesta es la siguiente:

“Adelántese la vigencia de los artículos 160 y 161, de la Sección II, La Prueba, Título II, Los medios de prueba, Capítulo I, La confesión, del Código Procesal Penal en todo el territorio de la República, a partir de la publicación de la presente ley en el diario oficial El Peruano.”

CAPÍTULO VIII

Referencias

- Andrés, P. (2009). *La prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, España: Hammurabi.
- Bacigalupo, E. (1997). *Principios de Derecho Penal parte general*. Madrid, España: Editorial Akal.
- Baratta, A. (1984). Integración – Prevención, una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. *Cuadernos de Política Criminal*, N° 24. Madrid-España.
- Bernales, E. (1999). *La Constitución de 1993 – Análisis comparado*. Lima, Perú. RAO Editora.
- Bertolino, P. (1985). *El funcionamiento del Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires – Argentina: Editorial Depalma.
- Brunner, J. J. (1993). América Latina en la encrucijada de la modernidad. *Revista Foro*, No. 20. Lima – Perú.
- Bustos, J. (1982). *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Bustos, J. (1994). *Manual de Derecho Penal - Parte General*. Barcelona, España: Editorial Ariel.
- Cafetzóglus, A. (1973). La confesión en el proceso penal. *Revista Jurídica de San Isidro*, N° 5. Buenos Aires – Argentina.
- Carnelutti, F. (1950). *Lecciones sobre el Proceso Penal* (traducción de Sentis Melendo), Volumen I. Buenos Aires – Argentina: Editorial Bosch.
- Carrió, A. (1997). *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Buenos Aires, Argentina. Ed. Hammurabi.
- Castillo, J. (2004). *Razonamiento Judicial*. Lima, Perú: Ed. Gaceta Jurídica. 1ª. Edición.

- Castillo, J. (2008). *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*. Lima, Perú: Ed. Grijley.
- Castillo, L. (2004). *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Lima, Perú. Universidad de Piura: ARA Editores.
- Cerezo, J. (1997). *Curso de Derecho Penal español, parte general*. Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Cerda, R. et al (2011). *Constitucionalización, principios y racionalidad probatoria*. Lima, Perú: Ed. Grijley.
- Cid, J. (1997). *Penas alternativas a la prisión*. España, Barcelona: Editorial Bosch.
- Claria, J. (1996). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediar.
- Colomer, I. (2003). *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Valencia, España: Ed. Tirant lo Blanch.
- “Constitución y garantías penales.” En: *Cuadernos de Derecho Judicial, Revista del Consejo General del Poder Judicial*. Madrid – España 2004.
- Cubas, V. (1995). “La función del Fiscal en el nuevo Código Procesal Penal”. *Rev. Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses*, No. 02, Lima – Perú.
- Cubas, V. (2006). *El proceso penal – Teoría y jurisprudencia constitucional*. Lima, Perú: Palestra Editores.
- Cubas, V. (1999). *Código de Procedimientos Penales*. Lima, Perú: Palestra Editores.
- Cuello, J. (1996). *El Derecho Penal Español. Curso de Iniciación. Parte General*. Madrid, España: Editorial Civitas.
- Eguiguren, F. (2002). *Estudios constitucionales*. Lima, Perú. ARA Editores.
- Eser, A. (1998). Una justicia penal a la medida del ser humano. *Revista de derecho penal y criminología*, N° 1. Madrid, España.

- Espinoza, C. (2018). “La utilización de la declaración del colaborador eficaz y su debida corroboración en el mismo proceso especial”. *Revista Actualidad Penal*, No.51, Lima, Perú.
- Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid – España: Marcial Pons Editores.
- Figuerola, E. (2012). *La exigencia constitucional del deber de motivar*. Lima, Perú: Ed. ADRUS.
- Florián, E. (1934). *Elementos de Derecho Procesal Penal*, Barcelona, España: Ed. Bosch.
- García, A. (2006). *Introducción al Derecho Penal*, Madrid, España: Editorial Areces.
- Gimeno, V. et al. (2000). *Los Procesos Penales: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Barcelona, España: Ed. Bosch SA.
- Gómez, J. La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, No. 01, Lima, Perú.
- Gonzales, J. (2001). *El Derecho a la Tutela Judicial Jurisdiccional*. Madrid, España: Ed. Civitas.
- Heydegger, F. (2018). *Código Penal y Nuevo Código Procesal Penal*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Herrera, M. (Coordinadora). (2017). *El proceso inmediato*. Lima, Perú: Ed. Instituto Pacífico.
- Herrero, M. y Villegas E. (Coordinadores). (2015). *La prueba en el proceso penal*. Lima, Perú: Ed. Instituto Pacífico.
- Jaén, M. (2002). *Justicia penal contemporánea*. Lima, Perú: Ed. Portocarrero.
- Jakobs, G. (1995). *Tratado de Derecho Penal - Parte General*. Madrid, España: Ed. Pons.
- Jescheck, H. (1993). *Tratado de Derecho Penal - Parte General*. Traducción de Rodríguez Manzanares. Granada, España: Editorial Comares.

- Kaufmann, A. (1977). *Teoría de las normas*, Traducción de Bacigalupo. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.
- Kaufmann, A. (1982). *Política Criminal y Reforma Penal*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Landa, C. (2004). *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Lima, Perú: Palestra Editores.
- Landrove, G. (1996). *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Maier, J. (1996). *Derecho Procesal Penal: Fundamentos*, Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Editorial Del Puerto.
- Mapelli, B. y Terradillos, J. (1996). *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid, España: Editorial Civitas.
- Marcone, J. (1991). *Tratado de la prueba penal*. Lima, Perú: Ed. ARA.
- Mir, S. (2002). *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Montevideo, Uruguay: Editorial B de F.
- Mir, S. (2005). *Derecho Penal Parte General*, Montevideo, Uruguay. Editorial B de F.
- Miranda, M. (2012). *La prueba en el proceso penal acusatorio*. Lima, Perú: Jurista Editores.
- Muñoz, F. (1975). *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona, España: Editorial Bosch.
- Navarro, M. (1999). El sistema de penas en el Código Penal peruano de 1991. *Anuario de Derecho Penal*. Lima – Perú.
- De Toledo, O. y Ubieto, E. (1981). *Sobre el concepto del Derecho Penal*. Madrid – España: Universidad Complutense, Facultad de Derecho.
- Oré, A. (1994). El Código Procesal Penal de 1991. *Derecho & Sociedad*, No. 08-09, Lima – Perú.
- Peláez, J. (2013). *La prueba penal*. Lima, Perú: Ed. Grijley.
- Peña, S. (1999). El juicio oral: la práctica de la prueba durante la vista. *Rev. JUSDE*, No. 02, Lima – Perú.
- Pérez, M. (1986). *Culpabilidad y Prevención*. Madrid, España: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid.

- Prado, V. (2000). *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica.
- Quiroga, A. (2000). *El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos*. Lima, Perú: Jurista Editores.
- Revilla, J. A. (2000). *El interrogatorio del imputado*. Valencia, España: Ed. Tirant lo Blanch.
- Reyna, L. (2006). *La confesión del imputado en el proceso penal*. Lima, Perú: Jurista Editores.
- Reyna, L. (2008). Confesión sincera y responsabilidad civil ex delicto. *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*. Castillo, J., Director. Lima, Perú: Ed. Grijley.
- Reyna, L. (2006). *El proceso penal aplicado*. Lima, Perú: Ed. Gaceta Jurídica.
- Rodríguez, O. (2014). *Prueba ilícita penal*. Bogotá, Colombia: Ed. Doctrina y Ley.
- Rosas, J. (2002). El modelo procesal peruano. *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, No. 03, Lima, Perú.
- Roxín, C. (1976). *Problemas básicos del Derecho Penal*, Traducción de Diego Manuel Luzón Peña. Madrid, España: Editorial Reus.
- Roxín, C., Günther A. y Tiedemann K. (1989). *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. Barcelona, España: Ed. Ariel.
- Sánchez, P. (2006). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima, Perú: Ed. Idemsa.
- San Martín, C. (1993). *Estudio crítico del Nuevo Código Procesal Penal. Estudios de Derecho Procesal Penal*. Lima – Perú: Ed. Grijley.
- San Martín, C. (2003). *Derecho Procesal Penal*, Volúmenes I y II. Lima, Perú: Editorial Grijley.
- Santa Cruz, J. (2000). Notas sobre Interpretación y Dogmática en la aplicación de la ley penal. *Revista de la Academia de la Magistratura*, No 4. Lima - Perú.
- Schmidt, E. (1957). *Fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina.

- Silva, J. (2000). *El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos. Estudios de Derecho Penal*. Lima, Perú. Editorial Grijley.
- Silva, J. (2001). *Problemas de la determinación judicial de la pena. La Dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública*. Lima, Perú. Ed. Grijley.
- Superti, H. (1998). *Derecho Procesal Penal (Temas Conflictivos)*. Rosario, Argentina: Editorial Juris.
- Talavera, P. (2017). *La prueba penal*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Talavera, P. (2010). *La sentencia penal en el nuevo Código Procesal Penal*. Lima, Perú: GTZ Cooperación Alemana.
- Taruffo, M. (2013). “Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos.” En: Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México.
- Tiedemann, K. (2003). *Constitución y Derecho Penal*. Lima, Perú: Palestra Editores.
- Tshadek, O. (1982). *La prueba: estudio de los medios de prueba y la apreciación de la prueba*. Bogotá, Colombia: Ed. Temis.
- Urs, K. y Mañalich, J. (2009). *Pena y culpabilidad en el estado democrático de Derecho*. Lima, Perú: ARA Editores.
- Zugaldía, J. (1993). *Fundamentos de Derecho Penal*, Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.

CAPÍTULO IX

Anexos

Anexo 01

Matriz de consistencia

Tema:

Ausencia de criterios uniformes para la fijación de la pena ante la confesión sincera que afectan el debido proceso penal en el Distrito Judicial de Lima durante el período 2015-2016.

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES E INDICADORES	MARCO TEÓRICO	METODOLOGÍA
Problema Principal: ¿Es posible afirmar que no existen criterios uniformes para la fijación de la pena ante la confesión sincera que afectan las reglas del debido proceso penal en el Distrito Judicial de Lima durante el período 2015-2016? Problemas Secundarios: 1. ¿Es posible afirmar que no existen criterios uniformes para la fijación de la pena ante la confesión sincera que afectan la garantía y principio de motivación de las resoluciones judiciales, derecho de defensa y a la prueba	Objetivo General: Demostrar que no existen criterios uniformes para la fijación de la pena ante la confesión sincera que afectan las reglas del debido proceso penal en el Distrito Judicial de Lima durante el período 2015-2016. Objetivos Específicos: 1. Demostrar que no existen criterios uniformes para la fijación de la pena ante la confesión sincera que afectan la garantía y principio de motivación de las resoluciones judiciales, derecho de defensa y a la prueba de los procesados en el Distrito Judicial de Lima durante el período 2015-2016.	Hipótesis General: Si no existen criterios uniformes para la fijación de la pena ante la confesión sincera, entonces, se afectan las reglas del debido proceso penal en el Distrito Judicial de Lima durante el período 2015-2016. Hipótesis Derivadas: • Si no existen criterios uniformes para la fijación de la pena ante la confesión sincera, entonces, se afecta la garantía de motivación de las resoluciones judiciales, derecho de defensa y a la prueba de los procesados en el Distrito Judicial de Lima durante el período 2015-2016.	Variable Independiente: * No existencia de criterios uniformes para la fijación de la pena ante la confesión sincera. Variables Dependientes: • Afectación de las reglas del debido proceso penal. • Afectación de la garantía y principio de motivación de las resoluciones judiciales, derecho de defensa y a la prueba. • Afectación de la credibilidad y	Estudios doctrinarios relacionados al tema de investigación Estudio de la legislación nacional e internacional Acopio y análisis de las resoluciones recaídas sobre el tema materia de investigación	Tipo de Investigación: Explicativa-descriptiva Nivel de Investigación: - Descriptiva - Explicativa - Analítica Método: - Cuali-cuantitativo Técnicas de Recolección de Información: - Documental - Entrevistas - Encuestas Instrumentos: Fichas bibliográficas

del procesado en el Distrito Judicial de Lima durante el período 2015-2016? 2. ¿Es posible afirmar que no existen criterios uniformes para la fijación de la pena ante la confesión sincera que afecta la credibilidad y confianza en el sistema judicial del país en el Distrito Judicial de Lima durante el período 2015-2016?	2. Explicar que no existen criterios uniformes para la fijación de la pena ante la confesión sincera que afectan la credibilidad y confianza en el sistema judicial del país en el Distrito Judicial de Lima durante el período 2015-2016.	• Si no existen criterios uniformes para la fijación de la pena ante la confesión sincera, entonces, se afecta la credibilidad y confianza en el sistema judicial del país en el Distrito Judicial de Lima durante el período 2015-2016.	confianza del sistema judicial del país. Indicadores * Entrevistas con Magistrados y especialistas en el tema materia de investigación. * Sentencias expedidas con fijación de pena ante confesión sincera.	Guías para entrevistas y análisis de sentencias Fuente: Bibliográficas Normas Tratados Docentes/Especialistas.
--	---	--	---	---

Anexo 02

Encuesta para medir acerca de la ausencia de criterios uniformes para la fijación de la pena ante la conclusión anticipada y su afectación al debido proceso

Nota: Agradecemos anticipadamente su colaboración, y al ser un instrumento de un trabajo científico, la información que nos proporcione es de carácter estrictamente reservado, no requiere de identificación, por lo que agradecemos su respuesta objetiva y sincera.

DATOS INFORMATIVOS:

() Magistrados

() Abogado

()

1. ¿Cuáles son los supuestos exigidos para una confesión sincera?

.....
.....
.....
.....

2. ¿Cuáles son los supuestos exigidos para la conclusión anticipada del proceso?

.....
.....
.....
.....

3. ¿Cuáles son los efectos de la confesión sincera en la aplicación de la pena y la reparación civil?

.....
.....
.....
.....

4. ¿Conoce usted algún o algunos precedentes vinculantes relacionados con la confesión sincera y la conclusión anticipada del proceso? De ser así, puede explicarnos en dos líneas de qué trata.

.....
.....
.....
.....
.....
.....

5. ¿Considera a la confesión sincera como una importante estrategia de defensa?

.....
.....

6. ¿Qué opina usted de las últimas modificaciones dadas por el Gobierno y/o el Congreso de la República en el tema materia de investigación?

.....
.....
.....
.....