

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



**INTERPRETACIÓN DE LA HABITUALIDAD SEGÚN EL DECRETO
LEGISLATIVO N° 1181 EN CONCORDANCIA CON EL ACUERDO
PLENARIO 1-2008**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE:

ABOGADO

AUTORA

CUSTODIO CHONTO, KATTERIN RUTH

Chiclayo, 16 de noviembre de 2018

**INTERPRETACIÓN DE LA HABITUALIDAD SEGÚN EL
DECRETO LEGISLATIVO N° 1181 EN CONCORDANCIA
CON EL ACUERDO PLENARIO 1-2008**

PRESENTADA POR:

KATTERIN RUTH CUSTODIO CHONTO

A la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de
Mogrovejo para optar el título de:

ABOGADO

APROBADO POR:

Mtra. Gladys Yolanda Patricia Ramos Soto Cáceres

PRESIDENTE

Abg. José Alberto Guerrero Saavedra

ASESOR / SECRETARIO

DEDICATORIA

A papá y mamá, por su amor incondicional, quienes son mi principal motor y motivo. A ellos y a mis hermanos, Jessica y Junior. Y a aquellas personas que hoy en día se encuentran en el cielo pero sé que iluminan mi día a día.

AGRADECIMIENTO

A Dios, porque de la mano de él, todo es posible. A mis padres, por su esfuerzo y apoyo incondicional. Al Dr. José Luis Fernández Sirlopú y al Dr. José Alberto Guerrero Saavedra, quienes con sus conocimientos, experiencia y paciencia me ayudaron durante la elaboración de esta investigación.

RESUMEN

Este trabajo de investigación tiene como fin, proponer distintos fundamentos por los cuales creemos que la interpretación de la figura de habitualidad debe ser entendida de manera diferente, sustentado nuestra postura bajo determinados supuestos. Debido a que de la redacción que se tiene tanto en el decreto legislativo N° 1181 que modifica al artículo 46 C de nuestro código Penal como en el acuerdo plenario 1-2008 se entiende a esta figura como aquella que se produce en el caso de que los tres delitos se hayan cometido en un lapso de cinco años y no medie condena sobre alguno de ellos en dicho plazo, además que todos los delitos cometidos sean dolosos y de igual naturaleza.

Razón por la cual tiene aquí fundamento este tema de investigación, ya que no estamos de acuerdo con la interpretación que se le da a esa figura; es por ello que la cuestionaremos, a fin de proponer y sugerir una óptica distinta para su aplicación en un caso en concreto, a fin de obtener de manera proporcional la determinación judicial de la pena. Aspecto que consideramos de gran relevancia, para de esta manera no se vea vulnerado así, uno de sus derechos constitucionales del que está siendo investigado y de este modo protegerlo de toda intromisión ilegítima a su derecho, ya que al ser la figura de la habitualidad una agravante en nuestro Código Penal, deberá tenerse como elemento esencial para su aplicación.

PALABRAS CLAVE

Interpretación de la habitualidad - Acuerdo Plenario 1-2008 - Decreto Legislativo 1181 - Determinación Judicial de la Pena - Derechos Constitucionales

ABSTRACT

This research work aims to incorporate the necessary and corresponding foundations by which we believe that the interpretation of the figure of Habitualidad should be different, supported our position under certain assumptions. Therefore, this research includes a progressive development of three different chapters. In this sense, the first chapter presents the conceptual beginnings of the habituality and its scope in the Peruvian legal system, taking into account its requirements and differences with other penal figures. Next, a development on the importance and role of each criminal law operator, that is, the fulfillment of their functions or specific roles, being necessary to briefly explain the various reforms that our Peruvian Procedural System has had. Concluded with the support of our position, objecting what has already been established by law, proposing and suggesting a different perspective for its application of the usual in a specific case in order to obtain proportionally the judicial determination of the punishment of the investigated.

KEYWORDS

Interpretation of Habituality - Plenary Agreement 1-2008 - Legislative Decree 1181
- Judicial Determination of the Penalty - Constitutional Rights

ÍNDICE

| | |
|--|-----|
| DEDICATORIA | III |
| AGRADECIMIENTO | IV |
| RESUMEN | V |
| ABSTRACT..... | VI |
| INTRODUCCIÓN..... | IX |
| CAPÍTULO 1: | 12 |
| LA HABITUALIDAD Y SUS ALCANCES EN EL ORDENAMIENTO PERUANO | 12 |
| 1.1 Habitualidad desde el punto de vista criminológico..... | 12 |
| 1.2 La habitualidad y sus requisitos..... | 15 |
| 1.3 Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116..... | 18 |
| 1.3.1 Exposición de motivos del Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116..... | 19 |
| 1.4 Diferencias entre otras figuras penales | 23 |
| 1.4.1 Habitualidad y reincidencia | 23 |
| 1.4.2 Habitualidad y concurso real de delitos..... | 27 |
| CAPÍTULO 2: | 31 |
| FUNCIONES Y CARACTERÍSTICAS DE LOS OPERADORES DEL DERECHO PENAL EN LA FIGURA DE LA HABITUALIDAD..... | 31 |
| 2.1 Sistema procesal penal peruano | 31 |
| 2.1.1 Sistema acusatorio | 34 |
| 2.1.2 Sistema inquisitivo..... | 35 |
| 2.1.3 Sistema mixto | 38 |
| 2.2 Reforma del Código Procesal Penal..... | 42 |
| 2.3 Normativa y función de los operadores de derecho en el proceso penal | 51 |
| 2.3.1 Juez penal..... | 52 |
| 2.3.1.1 Etapas del proceso penal y las funciones del juez penal | 53 |
| 2.3.2 Ministerio Público..... | 55 |
| 2.3.3 El abogado | 60 |
| CAPÍTULO 3: | 65 |
| INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE HABITUALIDAD PARA LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA | 65 |
| 3.1 La determinación judicial de la pena | 65 |
| 3.2. Criterios a considerar para determinar la habitualidad | 71 |

| | |
|--|----|
| 3.3. Propuesta de modificación del contenido del artículo 46. C del Código Penal que se refiere a la habitualidad..... | 82 |
| CONCLUSIONES | 89 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 91 |

INTRODUCCIÓN

Actualmente nuestro Código Penal Peruano ha presentado un sin número de propuestas, debates y proyectos por parte del pleno del Congreso, que han dado lugar a nuevos cambios, modificatorias e incorporaciones; sin embargo, muchas veces estas generan un gran vacío en la norma al momento de su interpretación, y a consecuencia de ello da origen a la existencia de acuerdos plenarios o acuerdos vinculantes para su mejor comprensión e interpretación, con la finalidad de que nuestro juzgador constituya una válida aplicación de la norma y de los artículos modificados.

Una de las figuras que ha estado inmersa a las modificaciones es la habitualidad, la cual se constituye como “la comisión reiterada de delitos, usualmente los mismos”¹ y que en su acepción legal, la habitualidad implica la reiteración de más de tres delitos, en tiempo diversos e independientes unos de otros. Que se encuentra regulada en nuestro Código Penal artículo 46 inciso C, que establece: “*será considerado delincuente habitual, siempre que se trate al menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años*”. Ante esta norma se originaba un vacío, ya que no se tenía claro en qué consistía esta figura de habitualidad, existiendo así distintas formas de interpretación por parte de los operadores de derecho.

Es por ello que ante este vacío, apareció el 18 de julio del 2008 el Acuerdo Plenario 1-2008, creado por la deficiencia técnica legislativa que se detecta en la redacción

¹ LA LEY EN EL PERÚ. Legislación, Precedentes Vinculantes, Comentarios, Información sobre Derecho, en laces de interés. Reincidencia y Habitualidad. [Ubicado el 15. X 2016]. Obtenido en <http://laleyenelperu.blogspot.pe/2014/03/reincidencia-y-habitualidad.html>.

para la mejor interpretación de su artículo, que sin lugar a duda, pudo descartar y excluir toda duda generada, en el que señala de manera literal: “En cuanto a la habitualidad, ella se produce solamente en el caso de que los tres delitos se hayan cometido en un lapso de cinco años y no medie condena sobre alguno de ellos en dicho plazo. Además que todos los delitos cometidos sean dolosos y de igual naturaleza”².

Entonces, ante la interpretación del artículo 46 inciso C del Código Penal, que corresponde a la figura de la habitualidad, ya no quedó duda alguna que diera lugar a una mala interpretación de la norma, y así ayudó a nuestros operadores de derecho a su mejor comprensión y aplicación frente a distintos casos que dieran lugar a esta figura.

Por otro lado, en julio del año 2015 aparece la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1181³, una nueva modificación a este artículo de la figura de la habitualidad, incurriendo a nuevas interpretaciones, pero no originando la desnaturalización del acuerdo plenario 1-2008.

Sin embargo, la interpretación de esta figura, habitualidad, nos ha generado cuestionamientos y posturas diferentes, razón por la cual tiene aquí fundamento este tema de investigación.

La presente investigación está estructurada de la siguiente manera:

En el capítulo I, denominado la habitualidad y sus alcances en el Ordenamiento Peruano, se presentan los inicios conceptuales de la habitualidad y sus alcances en el Ordenamiento Peruano, teniendo en cuenta sus requisitos y diferencias con otras figuras penales.

En el capítulo II, denominado funciones y características de los operadores del Derecho Penal en la figura de la habitualidad, tiene como desarrollo la importancia y el papel que desempeña cada operador del Derecho Penal, esto es, el

² Acuerdo Plenario N° 1-2008/ CJ-116, de fecha 18 de Julio de 2008.

³ Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1181, de fecha 27 de Julio de 2015.

cumplimiento de sus funciones o roles en específico, siendo necesario explicar brevemente las diversas reformas que ha tenido nuestro sistema Procesal Peruano.

En el capítulo III, denominado la interpretación de las normas sobre la habitualidad para la determinación judicial de la pena, tiene como desarrollo la determinación judicial de la pena, criterios a considerar para determinar la habitualidad y el sustento de nuestra postura, objetando lo ya plasmado por ley.

En conclusión, dada la complejidad y especiales características del tema abordado, incorporaremos los fundamentos necesarios y correspondientes por los cuales creemos que su interpretación de tal figura debe ser de manera diferente, puesto que, no basta la ejecución o perpetración de tres hechos punibles para poder constituirlo como un delito, pues para ello, se requiere no solo hechos que a consecuencia de una denuncia se encuentren en plena investigación, sino también el saber a plena certeza en base a dicha investigación que el agente es realmente quien cometió tal delito y que en realidad es culpable.

CAPÍTULO 1:

LA HABITUALIDAD Y SUS ALCANCES EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

A lo largo del presente capítulo se busca resaltar los rasgos más relevantes de la institución jurídica: habitualidad, la cual es considerada como aquella agravante cualificada, constituyéndose como la comisión reiterada de delitos, usualmente de la misma naturaleza; siendo una de las figuras que ha quedado inmersa a distintas modificaciones.

1.1 Habitualidad desde el punto de vista criminológico

La habitualidad constituye una institución jurídica que se encuentra regulada en nuestro Código Penal Peruano en el artículo 46 C, en cuyo texto normativo hace referencia a la constante reiteración de una acción por parte del sujeto activo. Así, desde el punto de vista criminológico, “la habitualidad tiene su fundamento en aquella ley biológica en virtud de la cual un acto, a medida que se repite, exige menos esfuerzo para ser realizado. Por ello no basta una multiplicidad de actos delictivos. Es decir, que la repetición se haya incorporado al carácter del sujeto, surtiendo el efecto propio de todo hábito”⁴. Llamándose hábito a la costumbre, rutina y habituación de una acción o conducta que se desarrolla y constituye de manera cotidiana.

Estas conductas que se constituyen en el curso de la vida por la repetición constante de un hecho, y que cumplen un notable papel en la vida psíquica, muchas veces alivian la conciencia de estos sujetos que tienen como hábito realizar este tipo de conductas y hacen de ella una forma normal y habitual de su actividad o

⁴ HESBERT BENAVENTE, Chorres. *Reincidencia y habitualidad en el proceso penal peruano: Aspectos legislativos, jurisprudenciales y doctrinales*. 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica, 2011, p. 72.

labor, por ello, “para la criminología la delincuencia es habitual cuando el sujeto hace de su conducta una forma habitual de su actividad, por ejemplo, el carterista, que vive de robar carteras”⁵, esto es, considerar a un sujeto que reincide en cometer un determinado número de delitos.

En consecuencia, el hábito criminal puede describirse como “la condición personal del individuo que con su persistente actividad criminal demuestra haber adquirido una notable aptitud para cometer delitos”⁶, el conocimiento de la personalidad del delincuente es de gran trascendencia en el aspecto penal, esto es, se debe tener en cuenta para el logro de una verdadera y razonable justicia por parte de nuestros operadores del derecho, ante la víctima y el acusado, siendo éste último en el que recaerá la responsabilidad delictiva y criminal del delito.

Existen conceptos en que se define a la peligrosidad criminal y, por otro lado, la peligrosidad del autor, que sin lugar a duda son conceptos sumamente diferentes, pero que tienen algún tipo de relación, por un lado: “...se afirma que la peligrosidad criminal no puede ofrecer un fundamento jurídico adecuado para la agravación de la pena. La pena, simple o agravada, sólo puede tener su fundamento en la gravedad del hecho y debe ser proporcional a esa gravedad...”, mientras que “...frente a la peligrosidad del autor, la respuesta adecuada no es la pena, sino las medidas de seguridad”⁷.

Por ello, desde esta línea doctrinal lo que Sanz Diez propone es prescindir de la agravante de reincidencia y recurrir a ese tipo de consecuencias jurídicas; sin embargo la habitualidad no se podría tomar como base para que se hable de una medida de seguridad, porque de ser así, ya perdería su real esencia de esta figura penal.

⁵ CRIMINALISTICA.MX. SITIO DEDICADO A PROMOVER LA INVESTIGACIÓN FORENSE. *Teoría del delincuente.2013*. [ubicado el 24.X 2016]. Obtenido en <http://www.criminalistica.mx/areas-forenses/criminologia/382-teordel-delincuente3>.

⁶ ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*. Sexta edición, Giuffré, Miliano, 1969. p.523.; Citado por HESBERT BENAVENTE, Chorres. *Reincidencia y habitualidad en el proceso penal peruano*. *Op. Cit*, p. 72.

⁷ SANZ DIEZ, Marina. *Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales, especial referencia a la delincuencia patrimonial*. *Estudios Penales y criminológicos*. Vol. XXXIII, 2013, p.14. [ubicado el 20.X 2016]. Obtenido en www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/download/1353/1665.

“Todos los delitos tienen o deberían tener como consecuencia una pena ajustada a la culpabilidad por el hecho, mientras que las medidas de seguridad solamente son necesarias cuando exista una peligrosidad relevante...”⁸. Esta diferencia entre pena y medida de seguridad permite que ambas puedan ser impuestas conjuntamente sin que se refiera y produzca una infracción del principio conocido como *ne bis in ídem*, lo cual no da lugar a la vulneración de este principio.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que, desde el punto de vista criminológico la habitualidad trata de la forma de vida delictiva del procesado, en la que se tendrá en cuenta la imposición de una mayor punición de este, siendo preciso mencionar que: “en criminología se debate la existencia o no de un “tipo reincidente” y de un “tipo habitual”. Los que adoptan la posición en torno a la existencia de esta tipología reclaman que son tipos criminológicos legalmente recogidos en efecto, y de acuerdo con esta primera posición, tanto en la “habitualidad” como en la “reincidencia”, se está en presencia de una “tipología” de autores llamada “habituales”, “delincuentes reincidentes”. Ambas gozan con carta de naturaleza ganada a fuerza, por desgracia de su lamentable existencia en la vida real en el ámbito de la criminología”⁹.

Si bien, en la personalidad de este individuo nace el crimen de manera, como si para él no existiera ordenamiento jurídico o una sociedad organizada, e incurre en un accionar delictivo, no respetando y transgrediendo la norma, transforma este proceder en un hábito y/o costumbre.

ROMEO CASABONA¹⁰ refiere que la figura de habitualidad se caracteriza por la realización de una pluralidad de delitos, constituyendo el delito un hábito para el sujeto, existiendo una inclinación al mismo, en la que es posible poder afirmar que la criminología nos muestra la intervención punitiva como fijadora de roles

⁸ SANZ DIEZ, Marina. *Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales*. Op. Cit, p. 37.

⁹ HESBERT BENAVENTE, Chorres. Op. Cit, p.p. 74-75.

¹⁰ ROMEO CASABONA, Carlos María. *Las transformaciones del Derecho penal en un mundo en cambio*. Volúmen 1. Arequipa, 2004. p.9. Sostiene que: “[...] la visión integradora que aporta la conjunción de la Dogmática y de la Política Criminal ha contribuido en el plano conceptual a una moderación de las tesis intervencionistas en las últimas décadas. Por el contrario, cuando tal conjunción no ha sido posible, por la propia naturaleza de las cosas, como sucede con los fines de las penas, la tendencia intervencionista no encuentra frenos, si no tal vez al contrario, estímulos”.

criminales y condicionante de tales conductas, donde los criterios de clasificación están ligados por el número de delitos cometidos, la clase de pena impuesta, y en el último caso, por la declaratoria de peligrosidad, donde incluso se valora el género de vida del delincuente. “Así mismo, la criminología, desde esta perspectiva, trata de estudiar la forma de operar de estos sistemas, cuales son aquellas conductas que promueven y los efectos que estas provocan”¹¹.

Por tanto, desde el punto de vista criminológico se logra discernir que es considerado habitual, el delincuente que adquirió la tendencia a delinquir y ha hecho de este delito su forma de vida, obedeciendo a una interna conducta criminal, ya que la habitualidad recae en la costumbre adquirida por la repetición de actos delictivos, que viene a originar una determinada facilidad para la comisión de hechos punibles.

1.2 La habitualidad y sus requisitos

Desde mediados de los años 90, el Perú ha quedado marcado por diferentes sucesos de gran relevancia para la sociedad, siendo uno de ellos la necesidad de reformar nuestro Código Penal o el actualizar plenamente sus disposiciones, presentando un sin número de propuestas, debates y proyectos por parte del Pleno del Congreso, que han dado lugar a nuevos cambios, modificatorias e incorporaciones.

Una de las figuras que ha estado inmersa a estos cambios es la habitualidad, la cual se constituye como “la comisión reiterada de delitos, usualmente los mismos”¹². En su acepción legal, la habitualidad implica la reiteración de más de tres delitos, en tiempo diversos e independientes unos de otros. Se encuentra regulada en nuestro Código Penal artículo 46 inciso C, que textualmente establece: “*será considerado delincuente habitual, siempre que se trate al menos de tres*

¹¹ Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso; BENAVENTE CHORRES, Hesbert; y otros. *El derecho penal y Procesal Penal en la constitución*, 1ªed, Lima, Gaceta Jurídica, 2009, p.108.

¹² LA LEY EN EL PERÚ. *Legislación, Precedentes Vinculantes, Comentarios, Información sobre Derecho, en laces de interés. Reincidencia y Habitualidad*. [Ubicado el 15. X 2016]. Extraído en: <http://laleyenelperu.blogspot.pe/2014/03/reincidencia-y-habitualidad.html>.

hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años”.

La habitualidad implica una tendencia o inclinación a delinquir, adquirida por la reiteración en la comisión de delitos, constituye un hábito: tendencia estable del carácter, adquirida a través de la práctica y el ejercicio que inclina a la realización de un tipo de acciones¹³. Se relaciona con aquella persona que infringe una norma penal y comete de manera frecuente o redundante un ilícito penal.

En cuanto al delincuente habitual será necesario un número más o menos grande de reincidencias, según la especie y las circunstancias de los hechos criminosos cometidos¹⁴, sosteniendo que la habitualidad constituye un elemento revelador de un mayor grado de culpabilidad en el agente, en la que el juzgador deberá considerarla como agravante cualificada al momento de la determinación de la pena.

La habitualidad es una institución jurídica que hoy en día es considerada como una agravante en nuestro Código Penal Peruano, al igual que la figura de reincidencia; “... Siendo la habitualidad una circunstancia agravante cualificada, se deberá aplicar sus efectos punitivos solo en el tercer delito cometido en el lapso de cinco años, y luego se sumará la pena resultante a las penas concretas correspondientes a los otros delitos del concurso real, pero respetando siempre los límites punitivos fijados por los arts. 50 y 51...”¹⁵.

La habitualidad en palabras de PEÑA CABRERA “...sin duda, es una conducción fenoménica propia del conductivismo, que importa el análisis de ser delincuente, de identificar los factores internos que inciden en esta conducta antisocial...”¹⁶, es decir, se debe tener en cuenta la historia de la personalidad así como también evaluar el carácter del acusado.

¹³ SANZ DIEZ, Marina. *Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales*. Op. Cit, p.3.

¹⁴ VIDE FERRI, Enrico. *Sociología criminal*. Valleta Ediciones, Argentina, 2006, p.114.

¹⁵ HURTADO POZO, José; y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal*. Parte General, 4ª ed, TOMO II, 2011, Lima, Editorial Moreno, p. 336.

¹⁶ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Estudios sobre Derecho Penal y Procesal Penal*. 1ª ed, 2013, Lima, Gaceta Jurídica, p. 27.

Ahora bien, a fin de que se configure la habitualidad como agravante cualificada para la determinación de la pena, según nuestro ordenamiento peruano deberán concurrir los siguientes requisitos:

- a)** *La comisión de tres hechos punibles*; quiere decir, que el agente debe haber perpetrado una pluralidad de delitos en el tiempo y en el espacio, pero unidos por una identidad personal¹⁷. Es decir, la comisión reiterada y constante en el campo de la delincuencia, en el que ha hecho de su conducta un hábito o costumbre en su vida diaria.

- b)** *La perpetración de los tres hechos punibles tiene que haber tenido lugar en un lapso que no exceda de cinco años*; de no ser así, la figura aplicable sería la de un concurso real de delitos¹⁸. Este requisito radica en la comisión reiterada de hechos delictivos en el lapso de cinco años.

Otro de sus principales requisitos es, que se trate de delitos dolosos, que sean de igual naturaleza y que al haberse perpetrado en un lapso de cinco años, no debe mediar condena, todo ello según lo establecido el Acuerdo Plenario 1-2008/ CJ-116.

En su acepción legal, la habitualidad en el delito constituye una circunstancia agravante, que el juez autoriza a aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el verdadero tipo penal. La base de la medición de la pena ya no es la gravedad del hecho, sino la manifestación de una particular

¹⁷ El legislador no ha señalado expresamente que deba tratarse de delitos reprimibles con pena privativa de libertad, pero esta condición se deduce del segundo párrafo del articulado, por ende, se excluyen la posibilidad de que las penas restrictivas y limitativas de derecho puedan comprenderse en este precepto. A diferencia de la reincidencia, no se exige que sobre los hechos punibles cometidos recaiga una sentencia condenatoria firme y consentida. En tanto se trate de delitos objeto de condena anterior, deberá aplicarse la reincidencia; se excluye la posibilidad de que ambas instituciones puedan aplicarse en forma conjunta, lo que significaría una vulneración al principio de non bis in ídem. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Estudios sobre Derecho Penal y Procesal Penal*. Op. Cit, p.31.

¹⁸ Se excluye la posibilidad de fundar la habitualidad delictiva en un delito continuado, pues esta figura parte de una unidad de resolución criminal que no se agote en el tiempo, cuya prosecución material supone una identidad de realización típica. El precepto no lo dice, pero consideramos que puede tratarse en delitos consumados o tentados (tipos de imperfecta ejecución), siempre y cuando la modalidad no acabada sea punible según la particularidad de cada tipo penal en concreto. Al igual que en el caso de la reincidencia los tres hechos punibles cometidos deben revelar una esfera subjetiva del injusta únicamente al dolo, por lo que los delitos culposos no ingresan a este ámbito de valoración, tampoco las faltas. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Estudios sobre Derecho Penal y Procesal Penal*, Op.Cit, p.31.

condición de vida del agente. La remisión a las características personales del autor como fundamento de pena importa una vulneración al concepto mismo de dignidad humana y a su libertad como contenido del principio de culpabilidad; el autor debe ser reprimido punitivamente por lo que ha hecho y no por lo que es¹⁹.

La reincorporación de las circunstancias agravantes cualificadas que conciernen a la reincidencia y habitualidad (artículos 46.B y 46.C), las cuales han sido objeto de modificaciones orientadas todas a hacer más sensibles sus efectos punitivos²⁰, ocasionando así de una u otra manera un vacío en la que no se tenía claro en qué consistía estas figuras penales, existiendo distintas formas de interpretación por parte de los operadores de derecho.

Es por ello que ante este vacío, aparece un Acuerdo Plenario, para la mejor interpretación de este artículo, en el que señala de manera literal que: “En cuanto a la habitualidad, ella se produce solamente en el caso de que los tres delitos se hayan cometido en un lapso de cinco años y no medie condena sobre alguno de ellos en dicho plazo. Además que todos los delitos cometidos sean dolosos y de igual naturaleza”²¹.

Por tanto, la habitualidad es una de las figuras importantes del Código Penal Peruano, razón por la cual tiene gran relevancia el sustentar su interpretación para así ya no constituya un grave defecto e insuficiencia en cuanto a su aplicación y de esta manera no vulnere los derechos fundamentales de la persona que está siendo investigada.

1.3 Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116

En julio del 2008, a través de un Pleno Jurisdiccional, se reunieron las salas penales de la Corte Suprema de Justicia con la finalidad de establecer un mejor ámbito en el aspecto normativo peruano respecto a las figuras jurídicas tales como la

¹⁹ Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte General. Teoría del delito y de la pena y sus consecuencias jurídicas*. Lima, Editorial Rodhas, 2007, p.30.

²⁰ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. “El código Penal de 1991 20 años después”, Apuntes sobre sus antecedentes, evolución y futuro, p, 18 [Ubicado el 12.IX 2016]. Obtenido en https://app.vlex.com/#WWW/search*/EL+C%C3%93DIGO+PENAL+DE+1991%3A+20+A%C3%91O+S+DESPU%C3%89S/WW/vid/370505914/graphical_version.

²¹ Acuerdo Plenario N° 1-2008/ CJ-116, de fecha 18 de Julio de 2008.

reincidencia y habitualidad, considerándolas y definiéndolas de forma idónea para su adecuada aplicación.

1.3.1 Exposición de motivos del Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116

Del Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116, se desprenden aquellos alcances hermenéuticos de las leyes 28726 y 28730, en lo que concierne a las circunstancias de reincidencia y habitualidad, particularmente en lo relacionado a sus presupuestos y requisitos legales, así como también sus efectos en la determinación de la pena.

El acuerdo es consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional 0014-2006-PI/TC, de fecha diecinueve de enero de dos mil siete, en el proceso de inconstitucionalidad interpuesta por el Decano del Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra la Ley N° 28726, la cual incorpora y modifica algunas normas, siendo una de los artículos el 46 de nuestro Código Penal.

Por un lado, la parte demandante alega que la mencionada ley al incorporar institutos procesales tales como la reincidencia y la habitualidad a efectos de la determinación de la pena, transgrede el derecho constitucional al debido proceso, por cuanto para determinar la pena en un proceso a un reincidente o un habitual, la aumenta tomando en consideración hechos por los cuales ya se recibió una pena, lo que atenta contra el principio "*ne bis in ídem*"²².

Con fecha 21 de marzo de 2006, el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que se la declare infundada en todos sus extremos. Sostiene que si existe una doble sanción en el supuesto en que el juez tenga en consideración "la habitualidad del agente del delito" y la

²² Se define el *ne bis in ídem* como: "Nadie puede ser enjuiciado por los mismo hecho que hayan sido juzgado por resolución firme en un tribunal penal", mientras que la definición de *non bis in ídem* "Nadie puede ser juzgado doblemente por un delito". En ese sentido, se entiende que el *ne bis in ídem* tendría un mayor alcances, pues se refiere de los mismos hechos, mientras tanto en el *non bis in ídem* los alcances son más restrictivos, pues solo se refiere a delitos. Cabe señalar, que la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional utilizan ambos conceptos de forma indistinta, en razón que sus efectos tiene la misma connotación "no dos veces de lo mismo", nosotros utilizaremos indistintamente ambos términos. LIZARRAGA GUERRA, Víctor. *Fundamento del "ne bis in ídem" en la potestad sancionadora de la administración pública*, p.1. [Ubicado el 8.XI 2016]. Obtenido en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120908_02.pdf.

“reincidencia”; que, en consecuencia, sólo podrá hablarse de reincidencia o de habitualidad partiendo de la comisión de un “nuevo delito doloso”, lo que quiere decir que la pena a imponerse no está dirigida a sancionar a alguien “por un delito por el cual ya ha sido sancionado o absuelto”; y que el Estado está ejerciendo su función punitiva sobre ese nuevo delito doloso que ha cometido el agente, lo cual no representa una nueva sanción²³.

En la presente sentencia, el Colegiado Constitucional luego de realizar un examen de los distintos dispositivos de la Ley N.º 28726 que incorporan y modifican las normas del Código Penal y del Código Procesal Penal, confirmó su Constitucionalidad. En tal sentido, establece que la reincidencia no afecta el principio del *ne bis in idem*, en tanto no se trata de una doble sanción, debido a que la agravación de la pena recae sobre un ilícito penal distinto. Igualmente se advierte que la reincidencia no afecta el principio de culpabilidad, pues la legislación cuestionada satisface el test de proporcionalidad. Y, en general, se señala que los dispositivos impugnados procuran velar por distintos bienes constitucionales como la paz y la seguridad ciudadana.

Retomando el Acuerdo Plenario N.º 1-2008/CJ-116, se desprende que la *reincidencia* es sin duda alguna, una institución muy polémica. La finalidad de su inclusión responde a la necesidad de una mayor represión penal por razones de prevención especial ²⁴, en tanto que, el reincidente será quien por la repetición de hechos delictivos revela su inclinación a cometerlos; de otro lado, define a la *habitualidad*, “...como una circunstancia agravante cualificada y el accionar delictuoso producido solamente en el caso de que los tres delitos se hayan cometido en un lapso de 5 años y no medie condena sobre alguno de ellos en dicho plazo, requiriendo que los delitos cometidos sean dolosos y de igual naturaleza”²⁵.

Según el Acuerdo Plenario, para abordar la determinación judicial de la pena, que trata de “...un juicio de imposición de pena, que hace el juzgador para adecuar la pena genérica con que el legislador conmina la conducta subsumida en el tipo, al

²³ STC del 19 de Enero del 2007. (Expediente número 0014-2006- PI/TC).

²⁴ Considerando 12 del acuerdo plenario 1-2008/CJ-116.

²⁵ Considerando 13 c y d del acuerdo plenario 1-2008/CJ-116.

caso específico que ha juzgado...”²⁶, es aquí donde nuestro legislador establece un mínimo y un máximo de pena correspondiente a cada delito.

Seguido de ello, el juzgador debe realizar la individualización de la pena concreta, que “...está sometida al principio constitucional de la proporcionalidad, el cual se encuentra concretado en un conjunto de criterios específicos establecidos en el código penal que el juez debe observar de manera especial”²⁷. El principio de proporcionalidad deberá tomar en cuenta el juez al momento de determinar una pena exacta frente al autor del ilícito penal.

Es aquí donde se evaluará las diferentes circunstancias como aquellas que se encuentran contenidas en los artículos 46, 46.A, 46.B y 46.C de nuestro Código Penal, denominándose circunstancias a “...aquellos acontecimientos que están presentes en la comisión del delito, que sin modificar la naturaleza del mismo influyen en la punibilidad ya sea agravándola o atenuándola..”²⁸, sin embargo, frente a la reincidencia y habitualidad su función primordial es coadyuvar a la graduación del quantum de pena aplicable al hecho punible cometido.

Frente a este contexto, la reincidencia como la habitualidad, son circunstancias calificadas de agravación, y al momento de aplicarse deben tomar en cuenta su función represiva diferenciada, así como también la distinta construcción normativa y de efectividad punitiva que a cada una de ellas les ha dado el legislador, en la que además el juez debe en lo posible armonizar la eficacia de tales circunstancias²⁹.

El Acuerdo Plenario, señalado líneas arriba, da lugar a la operatividad de la agravante calificada del artículo 46.C que refiere a la habitualidad, aplicando sus efectos punitivos a partir del tercer delito cometido en el lapso de cinco años, y en la comisión de los tres delitos cometidos no debe mediar condena, lo cual radica en que estos hechos punibles solo se encuentren en investigación, pudiendo ser en denuncia, inicio de diligencias o en formalización, no lográndose saber con

²⁶ VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte General*. 3ª ed, Lima, Grijley, 2008, p. 503.

²⁷ GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Lima, Editora y Librería Jurídica Grijley, 2008, p. 710.

²⁸ MACHICADO, Jorge. *Apuntes Jurídicos en la web* [Ubicado el 9.XI 2016]. Obtenido en <https://jorgemachicado.blogspot.pe/2009/03/circunstancias-del-delito.html>.

²⁹ Cfr. Considerando 10 del acuerdo plenario 1-2008/CJ-116.

exactitud si el denunciado por un delito sea realmente el culpable de tal ilícito penal, y de esta manera llamar habitual al denunciado del cual no se ha determinado su responsabilidad, generando así la vulneración de uno de sus principales derechos fundamentales.

Por otro lado, este Acuerdo Plenario también se refiere a que los tres delitos cometidos sean de una misma naturaleza, limitando a que se trate de delitos homogéneos y por ende, no heterogéneos; sin embargo en nuestro Código Penal no menciona ni refiere a este requisito de manera expresa, dando lugar a distintas maneras de interpretación del supuesto mencionado.

Al haber narrado brevemente la exposición de motivos y su interpretación clara del Acuerdo Plenario, han quedado especiales características del tema abordado, en el que incorporaremos los fundamentos necesarios por los cuales creemos que para la interpretación de tal figura no basta la ejecución o perpetración de tres hechos punibles para poder constituirlo como un delito, pues para ello, se requiere no solo hechos que a consecuencia de una denuncia se encuentren en plena investigación, sino también saber certeramente si el agente es realmente quien cometió tal delito y que es responsable, dando lugar a una condena suspendida.

En concordancia con la doctrina, “el intérprete debe incurrir a todos los medios que le permitan escoger, entre los posibles sentidos que puedan adscribirse al texto legal, el que le parezca más conforme al caso a resolver”³⁰. Para de este modo interpretar la norma de manera adecuada y su aplicación sea la debida por parte de nuestros operadores del derecho.

Es por ello que esta figura se debe tener en cuenta para poder evaluar bajo qué circunstancias de peligro se encuentra el detenido y de esta manera poder dictar una debida resolución. Es decir, sirve de base para su aplicación al momento de dictar tal resolución, buscando proteger de una u otra manera a la víctima y al imputado, teniéndose en cuenta si el detenido es realmente culpable.

³⁰ HURTADO POZO, José. *Manual de derecho Penal*. Parte General I, 3ª ed, 2005, Lima, Editorial Grijley, p.220.

1.4 Diferencias entre otras figuras penales

Es preciso mencionar que existió una típica confusión entre el sujeto habitual y el reincidente, así como también frente a otra figura jurídica, por ello, se emprendieron estudios para de esta manera encontrar lo común y lo diferente en estas instituciones jurídicas y su correcta aplicación frente a una determinada circunstancia.

1.4.1 Habitualidad y reincidencia

Una de las clásicas confusiones es la que existe entre la reincidencia y la habitualidad, ambas figuras tipificadas en el artículo 46 inciso B y C respectivamente de nuestro Código Penal, consideradas como aquellas agravantes cualificadas para la determinación judicial de la pena, pero sin lugar a duda esta gran confusión pudo llegar a ser superada en la que, "...la habitualidad toma carta de independencia, basada en la comisión de un determinado número de delitos, así como el estado de peligrosidad que evidenciaba su autor (o se presumía de su carácter reincidente)" ³¹, siendo aquel habitual el que cometa de manera reiterada un ilícito penal.

Y, en cuanto a la reincidencia se resalta uno de sus aspectos más relevantes, infiriendo que: "...sobre la reincidencia nuestros juzgadores reconocieron la polémica en la doctrina, por lo que reconocen que la finalidad de su inclusión responde a la necesidad de una mayor represión penal por razones de prevención especial, basada en la mayor peligrosidad del sujeto. Por tal razón, el plus de pena para el reincidente se orienta a la reforma de esa especial inclinación al delito del reincidente"³², en tanto que, se refiere a una agravante cualificada que está por encima del máximo legal.

³¹ HESBERT BENAVENTE, Chorres. *Reincidencia y habitualidad en el proceso penal peruano: Aspectos legislativos, jurisprudenciales y doctrinales. Op. Cit*, p. 68

³² PANTA CUEVA, David; ALDANA RAMIREZ, Roger; y otros. *La reincidencia y la habitualidad. Especial referencia a su tratamiento en los acuerdos plenarios*. 1ª ed, 2010, Lima, Gaceta Jurídica. p.15.

RODRÍGUEZ MOURULLO, precisa que la noción de reincidencia y la noción de habitualidad deben mantenerse separadas. Por un lado “la reincidencia puede engendrar o no hábito criminal. Por otro lado, la habitualidad no presupone la reincidencia, no solo porque es incluso posible la existencia de habitualidad en delitos integrados por una pluralidad de acciones que forman una sola infracción punible, sino además, por la sencilla razón de que si el autor habitual no ha sido anteriormente condenado, no se le puede calificar de reincidente”³³, por tanto, no se puede llegar al extremo de confundir y considerar estas figuras como iguales, ya que cada una tiene un real significado y sentido distinto.

Es preciso mencionar que la reincidencia, habitualidad y la profesionalidad delictiva son también conceptos distintos que tienen en común el dato de la repetición o reiteración en el delito y también la idea de peligrosidad criminal. Pero, mientras la reincidencia es un concepto jurídico que exige una serie de requisitos establecidos en la ley; la habitualidad y la profesionalidad son, en principio, conceptos en todo su sentido, criminológicos³⁴.

Siendo la habitualidad aquella figura jurídica que implica una tendencia o inclinación a delinquir, generada por la reiteración en la comisión de delitos, en lo que realmente se hablaría de un hábito, que significa la tendencia estable del carácter, adquirida a través de la práctica y el ejercicio que inclina a la realización de un tipo determinado de acciones; y, a su vez la profesionalidad se predica del sujeto que vive en todo o en parte de la comisión de delitos. Dentro de esta familia de conceptos, se encuentra también el delito habitual que no descansa en la idea de peligrosidad, sino en la lesividad que adquieren ciertas conductas, por el hecho de realizarse de forma repetida y constante³⁵.

³³ RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. “Aspectos Críticos de la elevación de pena en casos de multirreincidencia”. En: *Anuario de derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXV, Fascículo II, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1972, p. 298.

³⁴ Cfr. SANZ DIEZ, Marina. *Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales, especial referencia a la delincuencia patrimonial. Estudios Penales y criminológicos. Op.Cit*, p. 3.

³⁵ Cfr. SANZ DIEZ, Marina. *Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales, especial referencia a la delincuencia patrimonial. Estudios Penales y criminológicos. Op.Cit*, p. 3.

Al ser consideradas tanto la habitualidad como la reincidencia circunstancias agravantes para la determinación judicial de la pena, "...procesalmente debe tomarse en cuenta en consideración dos requisitos, en cuanto a la primera, para la calificación de un imputado, ha de tener a la vista el boletín de condenas y, en su caso, la hoja carcelaria respectiva que establece la fecha exacta de la excarcelación, así como también por el imperio del principio acusatorio, ha de ser solicitada por el Fiscal en la acusación..."³⁶, por tanto, debe tener en cuenta estos requisitos para la calificación adecuada de un reincidente.

Se debe asumir que la reincidencia opera sólo hasta los cinco años posteriores al cumplimiento parcial o total de pena privativa de libertad por condena anterior. Además se considera que el nuevo delito puede ser de igual o distinta naturaleza; a diferencia de la habitualidad, que se produce solo en el caso de que los tres delitos se hayan perpetrado en un lapso de cinco años y no medie condena, y necesariamente los tres delitos sean de igual naturaleza, además de su especialidad en la reiteración delictiva indica el hábito delictivo del agente, justificando así su mayor punibilidad.

Ahora bien, en cuanto al marco punitivo que actualmente presentan estas agravantes, se han configurado estándares diferentes, en el caso de reincidencia se incrementará la pena conminada hasta en una mitad por encima del máximo legal previsto para el nuevo delito cometido. Sin embargo, cuando se trate de la figura de habitualidad, se deberá elevar la pena conminada hasta un tercio por encima del máximo legal previsto para el delito que configura el agravante, que en este caso vendría a ser el tercer delito cometido³⁷.

JIMÉNEZ DE ASÚA, se refiere a la habitualidad en cuanto que es más y menos que la reincidencia, más porque no solo basta la repetición de las infracciones, es preciso que esta reiteración constituya además de una costumbre se incorpore al modo de ser o de obrar por parte del sujeto, y menos en cuanto no hace falta para

³⁶ HURTADO POZO, José; y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. *Op. Cit*, p. 336.

³⁷ Cfr. HURTADO POZO, José; y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. *Op. Cit*, p. 338.

que se configure la habitualidad que se haya dado la reincidencia o sea la existencia de una condena ejecutoriada³⁸.

Una clara diferencia entre estas figuras jurídicas con relación al agente da lugar a que "...mientras que la reincidencia se refiere a una culpabilidad por el hecho cometido, la habitualidad encarna una caracterización propia del autor, incidiendo en su carácter o mejor dicho en su conducción de vida³⁹, todo ello radica en cuanto al sujeto que comete el ilícito penal que da lugar a cualquiera de estas dos figuras jurídicas agravantes, es decir al autor propiamente dicho.

No debemos confundir un delincuente habitual y un delincuente reincidente, porque otra de las diferencias entre ambos es que la reincidencia es un concepto puramente penal, pues hablamos de una circunstancia agravante contemplada en el Código Penal cuando se habla de reincidencia al momento de delinquir, en el que el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza⁴⁰.

Mientras que al referimos a la habitualidad se hablaría de un concepto criminalístico, en la que son delincuentes habituales todos aquellos que por una comisión reiterada de hechos delictivos han creado un hábito de delinquir. Hacemos hincapié en el hecho fáctico del "hábito" y no en el jurídico de "condena" que pesa sobre el del reincidente. En palabras de CEREZO MIR: "El delincuente habitual puede ser reincidente pero no todo reincidente es delincuente habitual"⁴¹.

Si bien es cierto, la reincidencia como la habitualidad pueden tener una relación en cuanto a su significado real; sin embargo, no da lugar a que se esté hablando de una misma figura, ya que ambas instituciones jurídicas presentan parámetros

³⁸ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La ley y el delito*. 3ª ed, Editorial Hermes, Buenos Aires, 1959, p.542.

³⁹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Estudios sobre Derecho Penal y Procesal Penal*. Op. Cit, p. 28.

⁴⁰ Cfr. GONZALES CEDRUN, Héctor. *Las diferencias entre la reincidencia y la habitualidad en el Derecho Penal* [Ubicado el 9.XI 2016]. Obtenido en <http://queaprendemoshoy.com/las-diferencias-entre-la-reincidencia-y-la-habitualidad-en-el-derecho-penal/>.

⁴¹ Ibídem.

meramente distintos en cuanto se refieren a su naturaleza, así como también a su interpretación, y entre las diferencias expuestas líneas arriba.

1.4.2 Habitualidad y concurso real de delitos

Así como existen grandes confusiones frente a las instituciones jurídicas de la reincidencia y habitualidad es preciso mencionar que esta confusión también habita respecto a una nueva figura de nuestro Código Penal Peruano, esto es, el concurso real de delitos, es por ello que se ha creído conveniente definir y diferenciar estas dos figuras para su mejor comprensión y en tanto para su correcta aplicación frente a un determinado caso.

El concurso real de delitos, regulado en el artículo 50 del Código Penal, tiene lugar cuando a un mismo sujeto se le atribuye varios hechos delictivos, cometidos antes de que ninguno de ellos haya sido objeto de juzgamientos, y que deben serlo en un mismo proceso; o a cuyo aspecto debe unificarse la pena en una misma sentencia⁴².

El concurso real de delitos en nuestro Código Penal Peruano, en sus líneas literalmente expresa: "Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta", todo ello comprende a que si varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder los treinta y cinco años.

Existen dos formas de concurso real de delitos: el homogéneo y el heterogéneo: "El concurso real es homogéneo si la pluralidad de delitos cometidos corresponde a una misma especie; por ejemplo, cuando en diversas ocasiones y de modo independiente se cometieron varios robos. El concurso real es heterogéneo cuando

⁴² Cfr. CAMARUTI. Carlos. *Concurso de delitos. Unidad y pluralidad de delitos. Teorías. concurso de delitos y de infracciones. Concurso real, ideal y aparente. Delito continuado. Sistema y límite de penas. Unificación de penas y de condenas. Jurisprudencia seleccionada*. 2ª ed, 2011, Editorial Hammurabi, p. 247.

los delitos realizados por el mismo autor constituyen infracciones de distinta especie, es decir, si en distintas oportunidades se cometieron un hurto, lesiones y una falsificación de documentos”⁴³.

Frente a estas dos formas el concurso real de delitos, ya sea homogéneos o heterogéneos, tenemos que tener en cuenta, que a diferencia de la habitualidad no comprende de estas dos formas, pues su aplicación de esta figura penal consiste en que los delitos cometidos sean de una misma naturaleza, he aquí una de las diferencias relevantes.

El Código Penal, determina notas características, para lo cual se impone como condición, que es esté concurriendo varios hechos punibles independientes, todo ello radica en que se trata de delitos cometidos generalmente en momentos distintos aunque pueden estar temporalmente tan próximos como se quiera, que concurren un mismo sujeto activo y son juzgados en un mismo proceso⁴⁴.

Por otro lado son presupuestos y requisitos legales del concurso real de delitos los siguientes⁴⁵:

- A. Unidad del sujeto a quien se le atribuye, como autor y participe, la comisión o intervención en varios hechos.
- B. Pluralidad de hechos cometidos en forma simultánea o sucesiva.
- C. Independencia de los hechos, es decir que no estén de una u otra manera vinculados con otros.
- D. Pluralidad de infracciones o lesiones jurídicas, es decir que cada uno de los hechos deben encuadrar independientemente en un tipo delictivo.
- E. Inexistencia de sentencia condenatoria por alguno de los hechos que concurren.

El agente en el concurso real de delitos debe ser objeto de enjuiciamiento en un mismo proceso penal conjunto, lo que, por consiguiente, da lugar a una imputación

⁴³ ACUERDO PLENARIO N° 4-2009/CJ-116 CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL ART. 116° TUO LOPJ. [Ubicado el 9.XI 2016]. Obtenido en http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_4.pdf.

⁴⁴ Cfr. VERA BARROS, Oscar. *Teoría del concurso de delitos. Unidad y pluralidad delictiva*. 1ª ed, 2014, Córdoba, Lerner Editora, p. 396.

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio. Tratado de derecho penal. Parte general, Tomo IV, 2006, Buenos Aires, Lerner, p. 540.

acumulada al agente de todos los delitos perpetrados en un determinado espacio de tiempo.

A diferencia de la habitualidad en la que sus requisitos⁴⁶ principales son los siguientes:

- La comisión de tres hechos punibles; es decir, la comisión reiterada y constante en el campo de la delincuencia, en el que ha hecho de su conducta un hábito o costumbre en su vida diaria.
- La perpetración de los tres hechos punibles; este requisito radica en la comisión reiterada de hechos delictivos en el lapso de cinco años.
- Así como también, otros de sus principales requisitos es, que se trate de delitos dolosos, que sean de igual naturaleza y que al haberse perpetrado en un lapso de cinco años, no debe mediar condena, todo ello en cuanto lo estable de esa manera el Acuerdo Plenario 1-2008/ CJ-116.

Por último, solo para efectos prácticos podríamos decir que nuestro legislador hace referencia a las figuras de habitualidad y reincidencia, las ha configurado como supuestos de agravación de la pena ante casos de reiteración delictiva. Es por ello que "...en el concurso real se procede a sumar las penas fijadas por el juez para cada hecho punible, mientras que en la reincidencia o habitualidad se incrementa o agrava la pena por encima del marco de la pena abstracta o conminada"⁴⁷. Quizá sea esta la principal diferencia con la figura del concurso real, pues ésta última establece criterios o reglas para la determinación de la pena en el caso de una pluralidad de delitos cometidos por un agente, sin que ello importe una agravación de la pena.

⁴⁶ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Estudios sobre Derecho Penal y Procesal Penal*. Op. Cit, p.31.

⁴⁷ ORÉ SOSA, Eduardo. Determinación de la Pena. Reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la ley 30067.p, 15 [Ubicado el 9.XI 2016]. Obtenido en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20131108_03.pdf.

Ante ello podemos decir que, pueda que guarden algún tipo de relación estas típicas figuras jurídicas, sin embargo cada una tiene requisitos que hacen propia y única a cada una de ellas.

CAPÍTULO 2:

FUNCIONES Y CARACTERÍSTICAS DE LOS OPERADORES DEL DERECHO PENAL EN LA FIGURA DE LA HABITUALIDAD

En este capítulo trataremos sobre la importancia y el papel que desempeña cada operador del Derecho Penal, esto es, el cumplimiento de sus funciones o roles en específico, siendo necesario explicar brevemente las diversas reformas que ha tenido nuestro sistema Procesal Peruano con la finalidad de llegar a una de sus principales características; la delimitación de roles de los operadores del Derecho Penal, que servirá para la aplicación de la habitualidad.

2.1 Sistema procesal penal peruano

El Sistema Procesal Penal Peruano debido a las implicancias y los efectos en los justiciables, que son el imputado y la víctima; era necesario un cambio esencial y fundamental que vaya más allá de una simple modificación de normas penales, razón por la cual, se dio esta reforma significativa, promulgado mediante Decreto Legislativo N° 957 y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 29 de julio de 2004. Este nuevo cuerpo normativo marca el inicio del nuevo modelo procesal penal de “orientación acusatoria con características esenciales: oral y contradictorio”⁴⁸, con ello la transformación del sistema de justicia penal, siendo necesario detallar lo concerniente al Nuevo Código Procesal Penal Peruano (NCP), pero sin antes

⁴⁸ ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 3ª ed, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 38.

explicar brevemente la historia del Derecho Procesal Penal y los sistemas de enjuiciamiento que se sucedieron a través de la historia.

Ello es de suma importancia, porque en el presente trabajo es imprescindible dejar sentadas dichas diferencias para así realizar un análisis acerca del sistema procesal asumido por el legislador de 1940⁴⁹, en el que podemos notar la clara intervención y preeminencia de un operador de derecho como lo es el Juez, el cual actúa en todas las etapas procesales como Juez instructor y Juez que acusa, es decir como Juez y parte. Así como también el sistema procesal asumido por el legislador, en el que se estableció una “delimitación de roles de los operadores de derecho, y el Juez actúa en el proceso pero como tercero imparcial, el Ministerio Público como acusador y el Abogado en defensa del acusado o procesado”⁵⁰.

La historia del derecho procesal penal, ha demostrado que éste ha oscilado principalmente entre dos modelos: el inquisitivo y el acusatorio, estos sistemas han recibido referidas denominaciones como consecuencia del diferente papel y ubicación de dos modelos que en ambos sistemas se han presentado, estos son: el Juez y la acusación⁵¹. Estos sistemas han pasado por todas las etapas evolutivas en las que se ha escrito mucho de su devenir histórico.

Siendo necesario que se realice un análisis de las características de aquella evolución que se da a través de los tiempos antes de pasar a explicar las actuales y existentes características del Sistema de Derecho Procesal Penal, es por ello que es indispensable referirnos a los sistemas procesales que han determinado la configuración externa del proceso penal. “...Tratándose de los sistemas que resultan universalmente conocidos como acusatorio, inquisitivo y sistema mixto, lo que sucede en su aparición y como es que responden a criterios dispares”⁵². Es decir responden a ideologías y a concepciones diferentes, de tal manera que con sus rasgos distintos han llegado hasta esta época.

⁴⁹ NEYRA FLORES, José; GIMENO SENDRA, Vicente; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; y otros. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I, 1ªed, Editorial Moreno, Lima, 2015, p.38.

⁵⁰ Cfr. NEYRA FLORES, José; GIMENO SENDRA, Vicente. *Op. Cit*, p. 116.

⁵¹ NIEVA FENOLL, Jordi. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Edisofer, Madrid, 2012, p.2.

⁵² SAN MARTIN CASTRO, Cesar. *Derecho Procesal Penal*. Vol. I. 2ªed. Editora GRIJLEY, Lima, 2006, p. 42.

LUIGGI FERRAJOLI hace una síntesis de los sistemas procesales: “De acuerdo con los historiadores, durante los últimos tres mil años de la humanidad se han experimentado tres sistemas judiciales en materia procesal penal. El primero fue el sistema acusatorio, que nació en Atenas Grecia, hace dos mil o dos mil quinientos años, de donde pasó a Roma y luego a Europa central y occidental de aquel entonces...El sistema acusatorio oral de los griegos se perdió en las obscuridades de la Edad Media, en la cual, a cambio, se desarrolló el sistema inquisitivo hace doscientos años, la Revolución Francesa derogó el sistema inquisitivo y puso en vigencia el sistema mixto, que se caracterizó, básicamente por el predominio del tema inquisitivo en la etapa de la instrucción que llamamos sumario, y por el predominio del sistema acusatorio en la etapa del juicio que llamamos plenario. Este es el sistema procesal penal mixto, que algunos le ha agregado el calificativo de moderno”⁵³.

El sistema acusatorio se caracteriza por una estructura tripartita del proceso, con la presencia de un acusador, un acusado y un juez que posee como objetivo garantizar la imparcialidad, por otro lado el sistema inquisitivo, permite aunar la función acusadora y enjuiciadora en un solo sujeto, eliminando de esta forma la necesidad que exista un acusador, quedando tal función asumida por el órgano enjuiciador, y finalmente una síntesis de ello es el sistema mixto que como tal, combina los elementos caracterizadores de ambos sistemas⁵⁴. Es aquí donde podemos apreciar las distintas funciones que desempeñaban los operadores de derecho penal según los sistemas.

Pasaremos a desarrollar el estudio de los sistemas y establecimiento de la reforma Procesal Penal en el Perú, para luego concluir con las funciones y características de los operadores del derecho, a consecuencia de la principal característica de la reforma; la delimitación de roles.

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo penal*. 6ª ed, Trotta, Madrid, 2004, p.p. 564 - 565.

⁵⁴ Cfr. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El Nuevo Código Procesal Penal Peruano: Teoría y práctica de su implementación*, 1ªed, Palestra Editores Perú, Lima, 2009, p.29.

2.1.1 Sistema acusatorio

Históricamente el primer sistema fue el acusatorio, pese a que actualmente se le otorguen características que en realidad no fueron comunes a todo este sistema, puesto que tenía una diferente configuración anteriormente.

En ese sentido LEONE⁵⁵ señala que este sistema responde a la índole de todos los juicios, esto es, una discusión entre dos partes opuestas, resuelta por un Juez, fundándose en los siguientes principios: a) el poder de decisión que pertenece a un órgano estatal: el magistrado, b) el poder de iniciativa que corresponde a persona distinta al Juez, c) el proceso penal no podía incoarse sin acusación aunque, como dice Manzini, aun si este se desistía del proceso, se continuaba con él, d) el Juez no tenía libertad de investigar ni seleccionar las pruebas, solo examina la alegada por la acusación, e) el proceso se desarrolla según los principios del contradictorio y f) la libertad personal del acusado se vincula a una concepción democrática y tan es así que fue adoptado por los antiguos regímenes democráticos y republicanos⁵⁶.

El proceso penal era concebido como una contienda entre partes, situadas en pie de igualdad, frente a un tercero imparcial, que debía responder al ejercicio de un derecho subjetivo por el acusador contra el acusado. El acusador era el ciudadano ofendido por el delito que afirmaba su derecho subjetivo, a que al acusado al que imputaba ser autor del delito, se le impusiera una pena. Deducimos que el proceso se daba en marcha exclusivamente cuando solo la persona afectada (víctima) formulaba la acusación, siendo esta última (la acusación) la que podía determinar los ámbitos objetivos que correspondían al hecho que se imputaba y en cuanto al ámbito subjetivo se refería a la persona que realmente se acusaba⁵⁷.

Asimismo en este sistema, el Juez como operador de derecho estaba impedido de poder investigar los hechos materia de investigación, ni mucho menos podía practicar prueba que no le hubiera sido solicitada por las partes. Por otro lado, la sentencia tenía que ser congruente, es decir que no podía condenarse a persona

⁵⁵ GIOVANNI LEONE, citado por NEYRA FLORES, José; GIMENO SENDRA, Vicente; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; y otros, *Op. Cit.*, p.47.

⁵⁶ MANZINI VICENZO, citado por GONZALES NAVARRO, Antoni. *Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio*. Editorial LEYER. Bogotá, 2005, p.p. 8 - 9.

⁵⁷ ARBULÚ MARTINEZ, Víctor. *La investigación preparatoria: En el nuevo Procesal Penal*. 1ª ed. Instituto Pacífico, Lima, 2014, p.p. 17-18.

distinta de la acusada por el particular, ni por hechos distintos, ni a pena diferente de la que se había solicitada por el acusador, así como también la actividad jurisdiccional era un verdadero proceso, razón por la cual se encontraba sujeta a los principios tales como la dualidad, contradicción e igualdad⁵⁸.

En resumidas cuentas, este primer sistema “se caracteriza por la división de funciones, que vienen a ser claramente la acusación y la decisión, la primera es aquella que compete solo al ofendido y sus parientes, pero poco después se amplía a cualquier ciudadano, y la segunda corresponde meramente al Juez, que era aquel que estaba sometido a las pruebas que presentaran las partes, sin poder establecer una selección de las mismas ni investigar”⁵⁹. Y su sentencia emitida por uno de los operadores de derecho; el Juez o jurado era totalmente inapelable.

El sistema acusatorio hubo de desaparecer cuando se llegó a la conclusión de que la persecución de los delitos no podía abandonarse en manos de los particulares, hubieran sido ofendidos o no por el delito, sino que se trataba de una función que debía asumir el Estado y ejercitarla conforme a la legalidad⁶⁰.

2.1.2 Sistema inquisitivo

Se origina durante los regímenes monárquicos, se perfecciona con el derecho canónico *inquisitio ex - officio* y permite recordar los tiempos de la venganza, el absolutismo⁶¹. Es decir el poder prevalecía en una sola persona. “La palabra inquisición deriva del verbo latino inquirir que significa averiguar, preguntar, indagar, siendo de esta forma, la nota característica de este sistema identificable a la sola investigación”⁶².

ODERIGO sostiene que bajo este sistema los particulares no fueron privados del derecho de acusar, pero el Estado compartió y ejerció la autorización a proceder de oficio, sin necesidad de que mediara acusación de otra persona, observándose

⁵⁸ *Ibidem*, p.19.

⁵⁹ Cfr. CALDERON SUMARRIVA, Ana. *El nuevo sistema procesal penal: Análisis Crítico*. Egacal, Perú, 2011, p. 22 [Ubicado el 02.V 2017]. Obtenido en <http://www.anitacalderon.com/images/general/vgya204lw.pdf>.

⁶⁰ ARBULÚ MARTINEZ, Víctor. *Op. Cit*, p.18.

⁶¹ CALDERON SUMARRIVA, Ana. *Op. Cit*, p. 22.

⁶² NEYRA FLORES, José; GIMENO SENDRA, Vicente. *Op. Cit*, p. 66.

la concentración de funciones acusatorias y decisorias⁶³. Es decir, el Juez como operador de derecho ya no necesitaba la iniciativa de acusar, ya que de árbitro pasó a instructor, produciéndose una nueva concentración.

En la misma línea NIEVA FENOLL⁶⁴ refiere que ciertamente podrían haber existido otros sistemas para clasificar los procesos penales. Este, en concreto centra el objeto del análisis, en el fondo, en un único dato: el Juez, es decir el principal protagonista de la jurisdicción. El Juez no acusa, sino que precisa de un acusado para mantener su imparcialidad, el modelo es acusatorio. Si, por el contrario, el Juez acusa al mismo tiempo que juzga, el proceso será inquisitivo.

Las características esenciales que componían este sistema inquisitivo fueron:

- La finalidad del procedimiento penal que se erigió como el método para averiguar la verdad histórica, era la prueba testimonial, siendo preciso mencionar que los testigos de la acusación debían permanecer ocultos para el acusado, y hasta sus nombres se ocultaban en los expedientes con una sola letra del alfabeto, para así no identificarlos claramente. Es por ello que el objetivo primordial de este procedimiento era el poder descubrir la verdad, de tal manera que el acusado confesase, se arrepintiera y finalmente fuera castigado⁶⁵.
- Otra característica imperante de este sistema⁶⁶ es la concentración de funciones existente, así el Juez (el inquisidor) era un técnico, ya que se trataba de un funcionario designado por autoridad pública, que representa al Estado que era superior a las partes y que no estaba sujeto a recusación de estas. Se encargaba de dirigir el proceso de inicio a fin, con iniciativa propia, y con poderes muy amplios y discrecionales para la correcta investigación, teniendo a su vez como facultad exclusiva el tema de la prueba, en cuanto a su ubicación, recepción y valoración. Resaltándose además que en este

⁶³ Cfr. ODERIGO, Martín. *Lecciones de Derecho Procesal*, Tomo 1, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1982, p.p. 60-61.

⁶⁴ Cfr. NIEVA FENOLL, Jordi. *Op. Cit*, p.2.

⁶⁵ BOVINO, Alberto. *Víctima y Derecho Penal* [Ubicado el 03.VI. 2017]. Obtenido en: <<http://www.derechopenal.com.ar/archivos.php?op=13&id=171>>.

⁶⁶ Cfr. NEYRA FLORES, José; GIMENO SENDRA, Vicente. *Op. Cit*, p.74.

sistema el Juez no solo juzga, sino que también antes de juzgar, investiga los hechos, dirige la indagación, busca culpables, acumula pruebas contra él o los imputados de ser el caso. Razón por la cual esta actividad inquisitiva, indagadora al estar dirigida por quien ha de juzgar disminuye plenamente la imparcialidad del Juez.

- Prima la idea del procedimiento como pura investigación, secreta y escrita, Así tenemos que el proceso se realiza en el mayor secreto posible y tanto los procesados como sus acusadores y los propios funcionarios y servidores de la inquisición se veían obligados a no revelar nada de lo sucedido. Durante toda la investigación, los reos ignoraban qué cargos se acumulaban contra ellos, suelen ser encarcelados y sin comunicación con nadie, no saben qué delitos se los supone autores y por consiguiente se hallan en este sentido enteramente indefensos hasta la apertura del juicio⁶⁷.

- En cuanto al derecho a tener un abogado defensor, en un inicio este era elegido, por el reo, pero luego fue designado por el propio Tribunal, lo que, como es lógico, reportó menos garantías. La actuación del abogado se hallaba limitada por dos condiciones: no debía poner cavilaciones ni dilaciones maliciosas; y, si descubría que su defendido era culpable, debía informar tal hecho a los inquisidores y abstenerse de seguir ejerciendo su defensa. Los honorarios del abogado debían ser pagados de los bienes secuestrados al acusado. Finalmente, se llegó a señalar que no era necesario asignar abogado defensor porque si el imputado era culpable no merecía ser defendido y si era inocente el inquisidor lo descubrirá⁶⁸.

⁶⁷ LLORENTE, ha señalado que “ningún preso ni acusado ha visto jamás su proceso propio, cuanto menos los de otras personas. Ninguno ha sabido de su causa más que las preguntas y reconvenciones a que debía satisfacer, y los extractos de las declaraciones de testigos, que se le comunicaban con ocultación de nombres y circunstancias de lugar, tiempo y demás capaces de influir al conocimiento de las personas, ocultándose también lo que resulte a favor del mismo acusado, porque se seguía la máxima que al reo toca satisfacer la carga, dejando a la prudencia del Juez el combinar después sus respuestas con lo que produzca el proceso a favor del procesado”. Cfr. LLORENTE, Juan. *Historia Crítica de la Inquisición en España*. Tomo I, Imprenta del censor, Madrid, 1822, p.p. 2-3.

⁶⁸ Cfr. NEYRA FLORES, José; GIMENO SENDRA, Vicente. *Op. Cit*, p.76.

- Si el acusado insiste en mantener hasta el final su inocencia, tal declaración de inocencia no equivale a una prueba de ésta, y el reo podía ser condenado en virtud de otras pruebas. Si el acusado confesaba ser culpable de tal hecho ilícito, esta se considera probada, con tal que el mismo ratifique su confesión de culpabilidad horas después de haber cesado el juicio.
- En este sistema sí existía la apelación⁶⁹, solía proceder cuando las sentencias se habían basado en pruebas insuficientes o si involucraban a personas de notoriedad, tanto la defensa como el fiscal estaban facultados de poder utilizar estos recursos.

En síntesis, de lo antes expuesto, las características propias del sistema inquisitivo, podemos deducir que “la figura del ciudadano si no desapareció quedó disminuida, pues la iniciación de la actividad necesaria para la actuación del derecho penal quedó en manos del Juez, razón por la cual la determinación de los ámbitos objetivos y subjetivos de la acusación correspondían a la persona que, al mismo tiempo acusaba y juzgaba. La investigación de los hechos y la determinación de las pruebas a practicar correspondían a la misma persona que asumía los papeles de acusador y el Juez- acusador. Los poderes del acusador que actúa también como Juez son absolutos frente a un acusado que está indefendido ante él, pues claramente se asume que el acusado no es sujeto, sino objeto de la actuación del Juez.”⁷⁰. Es aquí donde podemos observar que las funciones de los operadores del derecho cambiaron radicalmente, ya que la actuación procesal la ejercía solo el Juez, a diferencia del sistema acusatorio, en el que se estableció una delimitación de roles entre el Juez, Ministerio Público y abogado defensor.

Finalmente, al comprobar que este sistema meramente era anti garantista e ineficiente, surgieron esfuerzos tendientes al cambio. Es así que nacen los sistemas mixtos que buscaron un retorno a las bases acusatorias.

2.1.3 Sistema mixto

También conocido como acusatorio - formal, recoge los aspectos más ventajosos de los sistemas acusatorio e inquisitivo, buscando conciliar los intereses del Estado

⁶⁹ Cfr. NEYRA FLORES, José; GIMENO SENDRA, Vicente, p.78.

⁷⁰ Ibídem, p.19.

y del particular⁷¹, siendo aquí donde surge un debate que precedió a la Revolución Francesa, en el que apareció el espíritu renovador de los libertadores, "...generando una conciencia crítica frente a todo lo que venía sucediendo, pues en este sistema se hablaba de la importancia de la dignidad humana del ser humano y la necesidad de un nuevo sistema republicano de gobierno, en contraposición al absolutismo monárquico, generaron nuevos postulados para el enjuiciamiento penal"⁷². Por tal razón la mejor transformación que podía darse era el complementar los dos sistemas mencionados anteriormente, y así extraer las características positivas y provechosas de cada uno de ellos, dando inicio a lo que se denominaría el sistema mixto.

Para LEONE el sistema mixto se basa en que:

- El proceso no puede nacer sin una acusación, que viene de un órgano estatal. Del proceso acusatorio deriva la necesidad de la separación entre el Juez y acusador, del proceso inquisitivo deriva la atribución del poder de acusación de un órgano estatal.
- El proceso se despliega de acuerdo a los dos sistemas opuestos: instrucción inspirada en el proceso inquisitorio, con preponderancia de la escritura en la primera etapa y el juicio inspirado a su vez en el proceso acusatorio informado con los principios de contradicción, oralidad y publicidad.
- La selección de las pruebas, la adquisición y la crítica de ellas quedan a la libre facultad del Juez⁷³.

El legislador dio origen a una forma procesal mixta como resultado de las combinaciones de las ventajas tanto del sistema acusatorio como del inquisitivo. Se percibe que según este procedimiento procesal mixto el proceso está organizado en dos fases, la primera denominada la fase de instrucción, con grande predominio e influencia del sistema inquisitivo, esto es; el secreto la escritura y la laboriosidad y diligencia judicial, la segunda denominada juicio o plenario y para otros autores

⁷¹ SANCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 1ªed, Lima, Editorial Moreno, 2004, p.179.

⁷²CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *Op. Cit*, p.28.

⁷³ LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal: Doctrinas generales*. Tomo I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 2000, p. 27.

etapa de juzgamiento, donde prevalece el método acusatorio, con la publicidad, la oralidad y el contradictorio⁷⁴.

La etapa de instrucción comprende ciertas características de las cuales es preciso mencionar las más esenciales:

- 1) La instrucción o investigación judicial es escrita y secreta.
- 2) Se faculta el encarcelamiento preventivo como forma de segregación del imputado.
- 3) La defensa del imputado está restringida.
- 4) La dirección de la investigación está a cargo del Juez instructor, con mayor o menor subordinación a los requerimientos del Ministerio Público (MP).
- 5) Decisión secreta, o sin defensa o solo con defensa escrita, acerca de la remisión del imputado a juicio o sobre su encarcelamiento provisional⁷⁵.

Por otro lado, las características que comprenden la etapa de juzgamiento⁷⁶ son las siguientes:

- 1) El Ministerio Público presenta un libelo en que formula la acusación contra el reo, que así pasa de la condición de imputado a la de acusado.
- 2) En el juicio se desarrolla la actividad probatoria en presencia del acusado y su defensor que indefectiblemente debe asistirlo.
- 3) La parte central del proceso es la audiencia en la que se produce el debate contradictorio entre los argumentos de la acusación y de la defensa.
- 4) La audiencia se desarrolla bajo los principios de publicidad y oralidad.
- 5) Se da comunicación libre de todos los actos de la indagación, al procesado y a su defensor.
- 6) Los actos procesales deben efectuarse sin interrupción, es decir, sin desviaciones a otros actos.

⁷⁴ Cfr. NEYRA FLORES, José; GIMENO SENDRA, Vicente. *Op. Cit*, 81.

⁷⁵ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *Op. Cit*, p.31.

⁷⁶ Al concluir el primer periodo con el derecho de remisión a juicio, esto es; la etapa de instrucción, el proceso pasa a su segunda etapa, que comprende el juicio o juzgamiento desarrollado con las características del sistema acusatorio. Siendo así que entre las dos fases que comprende el proceso mixto se encuentra la etapa intermedia que sobre la base de la instrucción, ya se prepara terreno para el juicio. Cfr. NEYRA FLORES, José; GIMENO SENDRA, Vicente. *Op. Cit*, p.83.

- 7) La duda le favorece al reo, *indubio pro reo*, para que el Estado sea el que tenga la carga de la prueba, mientras tanto el imputado es considerado inocente.
- 8) El fallo del Tribunal del juicio es recurrible, aunque esto está bastante limitado.

Así mismo, postularon un Nuevo Proceso Penal bajo la influencia de que se debían cumplir con la publicidad y oralidad de los debates, la libertad de defensa y el juzgamiento por jurados. Siendo así que para MONTESQUIEU⁷⁷, “el procedimiento penal debía representar todas la garantías de las libertades: la defensa del imputado, repudio a la tortura, simpatía abierta por los tribunales populares, certeza para condenar reflejado en la alabanza a la prueba legal o tasada, creación del Ministerio Público como órgano de persecución penal”. Así como también se reconoce la importancia de la imparcialidad del juzgador cuando se refiere a que en los Estados monárquicos, el príncipe es el acusador y el que ha de castigar o absolver al acusado; si fuere así realmente quien juzgaría sería Juez y parte a la vez.

En este sistema aparece el principio de publicidad cuando señala que “públicos deben ser los juicios y públicas las pruebas del delito. También hace mención a la importancia de la imparcialidad del juzgador cuando señala que “en un delito hay dos partes: el soberano, afirmando la violación del contrato social, y el acusado, negando que haya habido violación. Es indispensable que haya un tercero para decidir. Este tercero es el magistrado, quien dirá simplemente si hubo delito o no lo hubo”⁷⁸.

En este sistema mixto, claramente podemos notar las funciones y características que desempeñaban cada uno de los operadores de derecho, de manera individual

⁷⁷ Todas estas características las podemos encontrar en su obra “El espíritu de la Ley”, donde señala que “en los gobiernos moderados, en los que el más humilde de los ciudadanos es atendido, a nadie puede privársele de su honor ni de sus bienes sin un detenido examen; a nadie puede quitársele la vida si la patria misma no lo manda, y aun dándole todos los medios de defensa, reconociendo la garantía de debido proceso”. Montesquieu. El espíritu de las leyes. Capítulo II. NEYRA FLORES, José; GIMENO SENDRA, Vicente. *Ob. Cit.* p.82.

⁷⁸ *Ibíd.*, p.84.

y autónoma, es decir abarca una estructura de 3 roles distintos e indispensables para el proceso penal.

2.2 Reforma del Código Procesal Penal

El 28 de julio de 2004, luego de más de seis décadas de vigencia del Código de Procedimientos Penales del año de 1940, con su Ley N° 9024, fue promulgado el Código Procesal Penal mediante el Decreto Legislativo N° 957⁷⁹, como resultado de varios intentos de reforma de la justicia penal, y luego de un largo periodo marcado por una serie de cambios y transformaciones ya sea en los ámbitos políticos, sociales y económicos, que en nuestro país llevó cerca de casi quince años aproximadamente.

El Código Procesal Penal fue inspirado y adscrito en un sistema acusatorio a diferencia del Código de 1940 que era de carácter inquisitivo, es por ello que la recepción de este sistema en el proceso penal, “trae consigo un profundo descreimiento de la sociedad civil hacia la justicia penal, porque la idea de publicidad que se traduce en el acercamiento y control de la sociedad en la forma de administrar justicia –y en este caso la justicia penal- ha sido desterrada en la práctica (...). Asimismo, se traduce en falta de garantías para el imputado, porque si se asume dicho sistema, la forma de producción de la prueba también tiene que seguir esa lógica”⁸⁰. Razón por la cual la obtención de la verdad quedaría relegada y resultaría ser a cualquier precio, siendo las facultades del juez injustas y desproporcionales al momento de acusar y juzgar, ya que recaen en manos de una misma y sola persona, siendo juez y órgano acusador a la misma vez, dando lugar a que este operador de derecho no sea neutral, ya que su trabajo al mismo tiempo es acusar y no ser una especie de observador externo. Por tanto la lógica inquisitiva

⁷⁹ De conformidad con los Numerales 1 y 2 de la Primera Disposición Complementaria - Disposición Final del Decreto Legislativo N° 957, fue promulgado el 22-07-2004 y publicado el 29-07-2004, el presente Código Proceso Penal entró en vigencia progresivamente en los diferentes Distritos Judiciales según un Calendario Oficial, aprobado por Decreto Supremo, dictado de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo que estableció las normas complementarias y de implementación del Código Procesal Penal, precisándose además que, el día 1 de Julio de 2006 se pondrá en vigencia este Código en el Distrito Judicial designado por la Comisión Especial de Implementación creada por el Decreto Legislativo N° 958, de conformidad con la modificación introducida por el Artículo 1 de la Ley N° 28671, publicada el 31 enero 2006.

⁸⁰ NEYRA FLORES; José. *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*, Editorial Moreno, Lima, 2010, p.p.105-106.

siempre iría en contra del imputado y se presumirá que este es culpable hasta que no se demuestre lo contrario. Y resumiendo lo anterior con una frase de Ricardo Levene⁸¹: “Cuando se mezclan las funciones, cuando se mezclan los órganos, cuando tenemos Fiscal que hace de Juez, nos encontramos frente a un sistema inquisitivo”.

A continuación, detallaremos un cuadro comparativo de los sistemas; el inquisitivo y el acusatorio, para de esta manera tener una mejor perspectiva de las diferencias que presentan.

| DIFERENCIAS⁸² | |
|--|--|
| INQUISITIVO | ACUSATORIO |
| <ol style="list-style-type: none"> 1. Acumulación de funciones. 2. Inmediación judicial en todo el proceso. 3. Escriturismo. 4. Formalismo, ritualismo 5. Secreto. 6. Contradicción durante todo el proceso. 7. Sistema de prueba de tarifa legal e íntima convicción. 8. Detención, regla general. 9. Imputado como objeto del proceso. 10. Objeto del proceso: imponer una pena. | <ol style="list-style-type: none"> 1. Separación de funciones. 2. Inmediación judicial en el debate oral. 3. Oralidad. 4. Flexibilidad, formalidades. 5. Publicidad. 6. Contradicción a partir de una acusación. 7. Sistema de libertad de prueba y de libre convicción. 8. Libertad, regla general. 9. Acusado como sujeto de derechos. 10. Objeto del proceso: solucionar conflicto. |

⁸¹ (Buenos Aires, 1885- 1959) Historiador y jurista argentino. Realizó una importante labor investigadora y ejerció diversos cargos universitarios en su país. Entre sus obras destacan Introducción a la historia del derecho indiano (1924), Lecciones de historia argentina (1924) y, sobre todo, Historia del derecho argentino (1945).

⁸² OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. *Los mecanismos de investigación criminal* [Ubicado el 10. VI. 2017]. Obtenido en http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2257_modulo1_tema1.pdf.

| | |
|--|---|
| 11. El Juez procede de oficio. | 11. El fiscal inicia la investigación. |
| 12. El Juez dirige la investigación. | 12. El fiscal y la policía investigan. |
| 13. El Juez decreta pruebas de oficio. | 13. El fiscal y las partes aportan pruebas. |
| 14. Dejar constancia, sistema de desconfianza. | 14. Solo tienen razón si garantizan debido proceso. |
| 15. Juez falla sobre la base del expediente. | 15. Juez falla lo realizado en público. |

A partir de ello diremos que las características fundamentales del sistema acusatorio son la separación de las funciones procesales, pues en el sistema inquisitivo los papeles se confunden y se reúnen en la persona del Juez⁸³, mientras que en el sistema acusatorio se separan en absoluto todos y cada uno de los roles, derivándose las debidas funciones a sujetos procesales de manera independiente, para de esta manera garantizar un debido equilibrio procesal y un juicio por medio de la contradicción de las partes, esto es acusación y defensa, frente a un tribunal imparcial.

En el sistema acusatorio que contamos hoy en día, se fortalecen las funciones del Ministerio Público, dotándosele de aquellas atribuciones que le permiten una participación mucho más eficaz y activa, razón por la cual el Ministerio Público asumirá la instrucción y tendrá aquel poder de investigar el delito, y por otro lado el Juez Penal asumirá el control de la legalidad de los actos procesales que ha realizado el fiscal, fortaleciendo de la mejor manera el principio de imparcialidad judicial, lo cual da lugar a una mejor aplicación del principio de exclusividad en la función jurisdiccional.

Por otro lado refiere NIEVA FENOLL, quien argumenta que en distintas y múltiples ocasiones, en eventos, conferencias y seminarios, le han preguntado si el modelo del Nuevo Código Procesal Penal Peruano de 2004 es ejemplo de un “sistema

⁸³ PEREZ SARMIENTO, Eric. *Fundamentos del sistema Acusatorio de Enjuiciamiento Penal*, Temis, Bogotá, 2005, p.14. Las posiciones fundamentales de toda forma de procedimiento penal son tres:

1. El acusador, persecutor.
2. El defensor del imputado o inculcado.
3. El Juez o Tribunal.

acusatorio mixto”, de un “sistema acusatorio puro”, “acusatorio con rasgos adversariales”, o “adversarial”, etc. Y la respuesta de Nieva siempre ha sido la misma hasta el día de hoy, pues refiere que es un modelo garantista respetuoso del debido proceso – aunque ello no quiere decir que no exista espacio para la crítica de algunas instituciones⁸⁴.

Ante lo expuesto, podemos deducir que nuestro actual sistema de Proceso Penal, no obedece a una sola imposición de un modelo o sistema concreto, sino que es fruto de un crisol de factores, de una concurrencia y convergencia de esfuerzos y propuestas que nacieron en el seno de cada uno de los países, adaptados a sus respectivos contextos ya sea culturales, jurídicos, políticos y sociales, con el único y principal objetivo de poder transformar y mejorar nuestro sistema procesal, que como bien sabemos algunos de ellos han sido ineficaces y que sin lugar a duda no se podría garantizar en su mayoría los derechos fundamentales del ser humano.

El Código Procesal Penal⁸⁵ contiene un título preliminar de 10 reglas y 566 artículos, incorporando un fiscal como director de la investigación, un juez para la investigación preparatoria, que es de garantías, y preside también la etapa intermedia, etapa donde se realizaran las audiencias previas al juzgamiento como tutela de derechos, prisión preventiva, cesación de prisión, control de plazos, requerimiento de acusación. Asimismo una etapa intermedia donde el Juez controla formal y sustancialmente la acusación, pudiendo sobreseer el caso y para todos los delitos el juzgamiento, por un juzgado unipersonal o colegiado, cuando la pena no supere los 6 años respectivamente.

Y de ello se deriva otra de las características principales que aborda este nuevo sistema, que viene a ser el inicio del proceso por un sujeto distinto del Juez, así como también la llamada carga de prueba que la tiene la parte acusadora, ya que recordando el sistema inquisitivo la carga de la prueba de exculpación pesa sobre el acusado traduciéndose ello en la falta de garantías para el imputado, a diferencia de este nuevo sistema que está diseñado como una lucha entre el procesado y el

⁸⁴ NIEVA FENOLL, Jordi. *Op. Cit*, p.18.

⁸⁵ NEYRA FLORES, José; GIMENO SENDRA, Vicente. *Op. Cit*, p. 105.

investigador⁸⁶, siendo el fiscal aquel operador de derecho que se encargará de la investigación correspondiente.

Es por ello que el sistema de valoración de prueba es de sana crítica, con sus tres componentes: *conocimientos científicos o técnicos*, que da lugar de ser el caso en concreto a un examen pericial, a la realización de un examen psicológico y físico, al examen corporal, al dosaje ético cuantitativo y cualitativo, al peritaje dactilar, entre otros, así como también reglas de la experiencia y reglas de la lógica, debiendo el Juez motivar suficientemente para así poder establecer que hechos se probaron o no, es decir pronunciarse sobre las pretensiones razonablemente y argumentadas en los hechos y en el derecho.

En este sistema, se cuenta con salidas alternativas o fórmulas de simplificación procesal como el principio de oportunidad, acuerdos reparatorios, terminación anticipada del proceso, conclusión anticipada del debate y colaboración eficaz, que permite establecer los avances que hemos logrado con la reforma penal, logrando un equilibrio entre garantías y eficiencia⁸⁷. Es decir, con la estructura de este sistema contamos con alternativas que pueden resolver el conflicto generado por la comisión de un ilícito penal, y así tratar de abreviar los procedimientos a quienes realmente acepten los cargos que se le están atribuyendo, evitando al Estado una persecución penal costosa que tenga una larga duración en el tiempo.

La orientación del Nuevo Código Procesal Penal es que el menor porcentaje de casos lleguen a juicio, para ello, busca las salidas alternativas a fin de que se pueda resolver el conflicto surgido por la trasgresión de una norma penal. Por es, es necesario poner énfasis en las salidas alternativas, o si se quiere en la negociación en la que participan el Ministerio Público, la parte denunciada y la parte civil⁸⁸. Asimismo, la orientación del Nuevo Código Procesal Penal es atribuir mayor importancia a las partes involucradas en el proceso para que en ciertos casos se puedan privilegiar con los diversos mecanismos alternativos en la solución de los conflictos.

⁸⁶ Cfr. NEYRA FLORES, José; GIMENO SENDRA, Vicente. *Op. Cit*, p.112.

⁸⁷ NEYRA FLORES, José; GIMENO SENDRA, Vicente. *Op. Cit*, p. 106.

⁸⁸ ARBULÚ MARTINEZ, Víctor. *Op. Cit*, p. 117.

Una característica de gran importancia viene a ser el mayor reconocimiento de los derechos de la víctima y del imputado, su efectivo posicionamiento como actores claves en los procesos, a diferencia de lo que ocurre bajo los sistemas de enjuiciamiento inquisitivo. Asimismo, en la mayoría de los casos la implementación de la reforma ha coincidido con el fortalecimiento de la defensa pública como un actor importante en el sistema de justicia criminal, sea porque ha supuesto la creación de un sistema institucional completamente nuevo para proveerla⁸⁹.

Es decir, todo lo expuesto en el párrafo anterior se debía principalmente a que, a diferencia del sistema inquisitivo, el nuevo modelo exige la presencia de abogados defensores a lo menos en cada una de las audiencias, teniendo en cuenta los principios de oralidad y publicidad de estas. Así como también una mejora en la calidad del desempeño frente a los otros operadores del sistema de justicia y a la sociedad en general, teniendo en cuenta que la reforma no sólo implica un cambio de procedimiento sino que se trata de una transformación integral del sistema.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que el sistema procesal adoptado por el código procesal penal no es solo acusatorio, sino que en él tiene especial importancia la contradicción de las partes, por ello podemos hablar de un sistema acusatorio contradictorio, buscándose con esta determinada unión poner mayor énfasis e interés a la importante labor que desempeñarían las partes en el proceso penal.⁹⁰ Ya que lo contradictorio comprende en sí una clara delimitación del desempeño de papeles o roles para los operadores de derecho; el Fiscal, el juzgador y el abogado.

El modelo procesal vigente, nos presenta a los diferentes sujetos que concurren y se interrelacionan para contribuir en el desarrollo de determinados fines. Los jueces, buscan impartir la justicia, restablecer el orden social y la paz social. Los fiscales, quienes a través de su labor en la investigación, logren realizar una formulación de acusación que cumpla con todos y cada uno de los requisitos

⁸⁹ Plan de implementación del Nuevo Código Procesal Penal, aprobado por D.S. 013-2005-JUS. p.12 [Ubicado el 02.V 2017]. Obtenido en <http://sistemas3.minjus.gob.pe/sites/default/files/documentos/cpp/documentos/PLAN-DE-IMPLEMENTACION-DEL-NUEVO-CPP.pdf>.

⁹⁰ NEYRA FLORES, José; GIMENO SENDRA, Vicente. *Op. Cit*, p. 114.

solicitados. Y por últimos los abogados, quienes deberán defender a sus patrocinados, buscando y solicitando una medida o medio de defensa que vaya acorde con lo suscitado. De tal manera que tanto el juez como el fiscal y el abogado, dotados de eficacia y eficiencia lograrían el producto real y final esperado de un proceso acorde con la ley⁹¹.

Así como también la base de este modelo se rige por aquellas grandes líneas rectoras a considerar, las cuales son:

1. Determinación de los roles: Se da una separación de funciones y roles en la etapa de investigación que es dada por el Fiscal, la etapa de juzgamiento que le es atribuida al Juez, así como la defensa que es ejercida por el abogado del acusado. “La distribución de este trabajo en el sistema de justicia penal era impostergable, no solo por el fundamento constitucional, sino porque era la única forma de hacer operativo en la práctica y que esto obtenga un resultado eficaz, en cumplimiento del principio de la imparcialidad”⁹². Razón por la cual es necesario explicar brevemente la determinación de estos roles:
 - a. Rol fundamental del Ministerio Público; la figura del fiscal se fortalece asumiendo una acción protagónica como director de la investigación, que liderará trabajando en equipo con sus fiscales adjuntos y la Policía, diseñando las estrategias a ser aplicadas para la formación del caso y, cuando así corresponda, someterlo a la autoridad jurisdiccional, esta nueva actitud conlleva a que en el proceso ya no se repitan las diligencias⁹³. Siendo así, que el nuevo Despacho Fiscal requiere y toma elementos de un modelo corporativo de trabajo, el mismo que permite el trámite e interacción de todos sus actores, incorporando criterios

⁹¹ Plan de implementación del Nuevo Código Procesal Penal, aprobado por D.S. 013-2005-JUS. p.12 [Ubicado el 02.V 2017]. Obtenido en <http://sistemas3.minjus.gob.pe/sites/default/files/documentos/cpp/documentos/PLAN-DE-IMPLEMENTACION-DEL-NUEVO-CPP.pdf>.

⁹² UNIVERSIDAD JOSE CARLOS MARIATEGUI. *Derecho Procesal Penal I. Op. Cit*, p. 11.

⁹³ UNIVERSIDAD JOSE CARLOS MARIATEGUI. *Derecho Procesal Penal I. Op. Cit*, p. 12.

importantes para el control y seguimiento de todas y cada una de sus carpetas fiscales asignadas.

- b. Rol fundamental del Juez asume las funciones del control de garantías de todos los derechos fundamentales que le son atribuidas a los sujetos en el proceso. Efectivamente, “el nuevo Código Procesal Penal le encomienda el control de la investigación que es realizada por el Fiscal, en tanto se cumplan con los plazos y el tratamiento digno y adecuado a las normas procesales de los sujetos procesales”⁹⁴. De modo que la víctima o el imputado que crea que se han vulnerado sus derechos procesales durante la investigación, puede acudir al Juez para que proceda de acuerdo a ley. Es por ello que el juez, en cuanto a sus funciones atribuidas no debe limitarse a convalidar formalmente solo las solicitudes por parte del órgano autónomo; el Ministerio Público, sino que también debe asumir un papel activo en defensa de los derechos del imputado y de las demás partes del proceso.
 - c. Rol fundamental del abogado, consiste en aquella defensa en la que pueda contradecir todos los argumentos o en su mayoría que han sido atribuidos por el fiscal a su patrocinado, “cuyo papel fundamental es garantizar todos y cada uno de los derechos de su defendido, y, sobre todo garantizar la realización de un debido proceso”⁹⁵. Y de esta manera pueda existir un plano de igualdad procesal tanto de quien acusa como de quien defiende, equilibrando la balanza, demostrando el juzgador su absoluto respeto y cumplimiento al principio de la imparcialidad.
2. El proceso penal común se divide en tres fases: investigación preparatoria, etapa intermedia y juzgamiento. La primera fase la conduce el Ministerio Público. La segunda y tercera fase le corresponden al Juez. Este modelo de

⁹⁴ *Ibíd*em, p. 13.

⁹⁵ ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Derecho Procesal Peruano: Análisis y comentarios al Código Procesal Penal*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2016, p. 263.

proceso penal llamado común es el proceso único que contempla el Código Procesal Penal⁹⁶.

3. El juzgamiento se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad de armas. Esta fase la conduce el Juez y permite que el Fiscal sustente su acusación, permitiendo asimismo que la defensa pueda contradecir dicho argumento en un plano de igualdad procesal, equilibrando la balanza, demostrando el juzgador su absoluto respeto y cumplimiento al principio de la imparcialidad⁹⁷.
4. La libertad del imputado es la regla durante todo el proceso, siendo la excepción la privación de la libertad del imputado. En el marco de un auténtico Estado de Derecho, la privación de la libertad ambulatoria anterior a la sentencia condenatoria, sólo puede revestir carácter excepcional. Junto al derecho a la presunción de inocencia y como lógica consecuencia de éste aparece que la prisión preventiva debe regirse por el principio de excepcionalidad⁹⁸. Por tanto la excepcionalidad emerge de la combinación entre el derecho a la libertad y la prohibición de aplicar una pena que elimine radicalmente dicho derecho.
5. Se establece la reserva y el secreto en la investigación⁹⁹. Entendemos como reserva de la investigación cuando esto implica el mantenimiento en la esfera particular de los sujetos procesales del contenido de la investigación, con exclusión de los demás que no son considerados como sujetos procesales, mientras que el secreto de la investigación significa el desconocimiento de una diligencia o documento de la investigación de los sujetos procesales por un tiempo prudencial.

⁹⁶ UNIVERSIDAD JOSE CARLOS MARIATEGUI. *Derecho Procesal Penal I. Op. Cit.*, p. 11.

⁹⁷ JAÉN VALLEJO, Manuel. *Los principios de la prueba en el proceso penal español*. Medellín, Editorial Jurídica Colombia, 2005, p.21.

⁹⁸ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *En busca de la prisión preventiva*, Instituto Pacífico, Lima, 2006, p.153.

⁹⁹ ROSAS YATACO, Jorge. *Manual de Derecho procesal penal*, Grijley, Lima 2003, p.59.

Teniendo en cuenta lo descrito líneas arriba, una de las principales características del sistema procesal, es la delimitación de roles y funciones que hacen propio a cada sujeto procesal, da lugar a poder referir en el siguiente acápite aquellas funciones y características que asisten a cada uno de los que concurren en el proceso penal, siendo los operadores de derecho quienes tienen plena participación en ello.

2.3 Normativa y función de los operadores de derecho en el proceso penal

El sistema procesal nos presenta a los diferentes sujetos que concurren y se interrelacionan para contribuir en el desarrollo de determinados fines, y así llegar a una justicia anhelada, restableciendo el orden y la paz social, de tal manera que proporcionando eficacia y eficiencia al proceso, se lograría el producto final esperado. ORÉ GUARDIA¹⁰⁰ considera que “son sujetos procesales indispensables, el Juez Penal, el Ministerio Público y el imputado”, quien este último se encontrará representado por su abogado defensor.

Los operadores del derecho también llamados operadores de justicia son aquellos que han sido elegidos en un espacio laboral o profesional para desarrollar una actividad acotada o específica. “...Esta actividad puede no ser rutinaria pero siempre tiene que ver con elementos más o menos definidos que no varían en grandes términos. Además, un operador es alguien que requiere contar con ciertas destrezas y capacidades, pero por lo general las mismas pueden ser adquiridas a través de la práctica más que de la formación que puede aportar una carrera...¹⁰¹.

Hablaremos de cada operador del derecho, quienes cumplen con una función en específica y que le son atribuidas de manera individual, pues tenemos al Juez Penal, al Ministerio Público, y por último, al abogado defensor.

¹⁰⁰ ORÉ GUARDIA. Citado por CALDERON SUMARRIVA, Ana. *Op. Cit.*, p. 129.

¹⁰¹ BAZAN BARRERA, Samanta Yusilu; VERGARA CABRERA, Elma Sonia. *Principio de oportunidad aplicado por los operadores de justicia en las fiscalías provinciales penales corporativas de la provincia de Maynas, Distrito Judicial de Loreto, Octubre 2012-Abril 2013*, Tesis para optar el grado académico de Magister en derecho Penal, San Juan, Perú, Universidad Nacional de la Amazonia Peruana, 2014 [Ubicado el 10. VI. 2017]. Obtenido en <http://dspace.unapiquitos.edu.pe/bitstream/unapiquitos/438/1/tesis%20completa%20bazan.pdf>.

2.3.1 Juez penal

Etimológicamente¹⁰² la palabra Juez proviene de las voces latinas << Ius >> (Derecho) y << Vincere >> (vinculador). De ahí que Juez equivalga a “vinculador del derecho”. CARNELUTTI siempre ponía de relieve la función judicial y especialmente la figura del juez. Afirmaba textualmente lo siguiente: “No existe un oficio más alto que el suyo ni una dignidad más imponente. Está colocado, en el aula, sobre la cátedra; y merece esta superioridad”¹⁰³.

Actualmente, la función del Juez ha cambiado totalmente, pues el proceso acusatorio que instaura e innova el Código Procesal Penal le atribuye funciones que van acorde con los fundamentos estrictamente de un Estado Democrático de Derecho. Ya que en virtud del sistema acusatorio, garantista y adversarial que rige en nuestro sistema penal, la función que refiere el investigar y juzgar, se le atribuye y encomienda a los distintos órganos públicos, tales como el Ministerio Público y el Poder Judicial, prohibiéndose al órgano juzgador realizar las funciones debidas de la parte acusadora¹⁰⁴.

Cuyas funciones atribuciones “...necesariamente están vinculadas con la ejecución de medidas alternativas, esto es, el Juez controla, o el Juez de ejecución, se dedica básicamente a ejecutar la pena en los términos que son de su competencia...”¹⁰⁵. Es decir, la función que desempeña el Juez se caracteriza por resolver una controversia, decidiendo el destino de un procesado, tomando en cuenta las evidencias o pruebas presentadas durante el proceso.

El Juez Penal es la autoridad judicial con facultades jurisdiccionales y exclusivas de la administración de justicia, rigiéndose por la Constitución Política, por su ley orgánica y por las normas de procedimiento¹⁰⁶, así como de aquellas disposiciones

¹⁰² CALDERON SUMARRIVA, Ana. *Op. Cit*, p. 130.

¹⁰³ CARNELUTTI, F. *Las miserias del proceso penal*, Temis, Bogotá, 1989, p.27.

¹⁰⁴ CARNELUTTI, F. *Las miserias del proceso penal*, Temis, Bogotá, 1989, p.27.

¹⁰⁵ CONSEJO EJECUTIVO DEL PODER JUDICIAL. *Nuevos criterios para la determinación judicial de la pena*: Editora Jurídica Grijley, Lima, 2008, p. 127 [Ubicado el 10. VI. 2017]. Obtenido en https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/496f12804794f8c99f4c9fd87f5ca43e/CriteriosJudDePena_07052009.pdf?MOD=AJPERES.

¹⁰⁶ Cfr. SANCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*, 1ªed, Idemsa, Lima, 2004, p.125.

administrativas que nacen de esta última. Su ámbito de competencia está igualmente regulado por la ley y se rige por los principios de la función jurisdiccional.

El Juez es un funcionario del Estado que ejerce un determinado poder denominado “poder jurisdiccional”¹⁰⁷. Este poder consiste en aquella potestad de lograr solucionar un litigio que otras personas llevan a su consideración, teniendo en cuenta que no se trata de cualquier solución, sino de aquella solución investida por el orden jurídico para ese conflicto o hecho en concreto.

En tal sentido, SAN MARTIN CASTRO¹⁰⁸ señala que el juez no interviene en la investigación preparatoria ni define el objeto del proceso, siendo las partes las que la delimitan e introducen los hechos y asumen la carga de la prueba. El juez pasa a ser exclusivamente, un órgano jurisdiccional que garantiza los derechos humanos fundamentales y procesales de las personas que se encuentran involucradas en la investigación preparatoria, luego decide el paso al juicio oral a través del control jurisdiccional que realiza en la etapa intermedia y finalmente, otro juez, dirige la etapa de juzgamiento.

Durante la primera fase de investigación preliminar, el juez interviene decidiendo los pedidos del fiscal respecto de las medidas coercitivas o cautelares que fueran necesarias; y en la fase de investigación preparatoria es el mismo Juez de control de dicha investigación que controla la misma y que en esencia constituye un juez de garantías en el proceso penal.

2.3.1.1 Etapas del proceso penal y las funciones del juez penal¹⁰⁹

El Juez de la Investigación Preparatoria tiene funciones específicas, señaladas en la ley y se rige por los principios de su ley orgánica y de aquellos que inspiran en nuevo proceso penal, entre ellos el principio de independencia, imparcialidad, contradicción, acusatorio. Se pueden señalar los siguientes aspectos resaltantes:

¹⁰⁷ ROSAS YATACO, Jorge. *Op. Cit.*, p. 359.

¹⁰⁸ SAN MARTIN CASTRO, Cesar. “Acerca de la función del juez en la investigación preparatoria”. En revista *Actualidad Jurídica* N° 146, Lima, enero 2006, p. 277.

¹⁰⁹ SAN MARTIN CASTRO, Cesar. Citado por SANCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo Proceso Penal*. 1ª ed, Idemsa, Lima, 2009, p. 69.

- a. Dicta las medidas cautelares o coercitivas solicitadas por el fiscal y las partes. También las medidas limitativas de derechos y las medidas de protección
- b. Realiza las diligencias solicitadas por el fiscal y las partes, de acuerdo a la ley procesal
- c. Autoriza la constitución de las partes procesales
- d. Resuelve las excepciones, cuestiones previas y prejudiciales.
- e. Dirige las diligencias sobre prueba anticipada, conforme a la forma prevista por la ley.
- f. Controla el cumplimiento de los plazos procesales a pedido de las partes

Además, en la etapa intermedia del proceso el juez de la investigación preparatoria asume importantes funciones:

- a. Dirige la audiencia preliminar cuando el fiscal emite su acusación y esta es objeto de observación o cuestionamientos por las partes.
- b. Resuelve el pedido de sobreseimiento total o parcial del proceso a pedido del fiscal y previa audiencia con intervención de las partes.
- c. Dirige la diligencia de prueba anticipada, con intervención de las partes acreditadas.
- d. Dicta el auto de enjuiciamiento, cuyo contenido radica en la citación a juicio, la fecha y hora del mismo, la sede judicial, las personas que deben concurrir y los apercibimientos que correspondan.

En la etapa de juzgamiento, sea el juez unipersonal o colegiado le corresponde:

- a. La dirección del juzgamiento, cuidando el respeto al debido proceso y demás principios constitucionales.
- b. La dirección y control del juicio y de la actividad probatoria.
- c. El uso de medios disciplinarios si fuere el caso
- d. La resolución de las incidencias que se presenten en el juicio
- e. La deliberación y resolución final o sentencia.
- f. La concesión de los medios impugnatorios, cuando corresponda.

Naturalmente, en el nuevo proceso penal las funciones que asume el Juez Penal en sus distintos niveles de actuación no son nuevas, pero sí muy importantes pues

como se ha dicho, controla la investigación preparatoria, dicta las medidas cautelares y realiza audiencias con tal propósito, dispone el apersonamiento al proceso, dirige la etapa intermedia del proceso, puede decidir el archivo del proceso, dirige el juzgamiento y dicha sentencia.¹¹⁰ Además conocer en instancia de apelación de las incidencias que se promueven durante el proceso e interviene en los procedimientos especiales.

2.3.2 Ministerio Público

El Ministerio Público o Fiscal, como también se le conoce, es la institución encargada de la defensa de la legalidad y de los intereses tutelados por el Derecho¹¹¹. Teniendo en cuenta que estos intereses no son creados por el derecho, sino que éste los reconoce, y como bienes jurídicos que son, deben ser protegidos y salvaguardados.

Esta institución es considerada por el artículo 158 de la Constitución Política del Perú y por el artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público¹¹²,...como un órgano autónomo de derecho constitucional, lo que significa un complejo orgánico propio y distinto, de naturaleza pública, que no depende de poder alguno o de otra institución estatal¹¹³. Es decir, es un órgano independiente, y que tanto la Constitución como la ley orgánica del Ministerio Público le confieren “un conjunto de funciones específicas radicadas en la promoción de la acción de la justicia en defensa de los intereses públicos tutelados”¹¹⁴.

En palabras de RAUL NUÑEZ¹¹⁵, la existencia de la investigación preliminar está a cargo de este órgano; Ministerio Público, siendo solo posible en el marco de un

¹¹⁰ SANCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo Proceso Penal. Op. Cit*, p. 70.

¹¹¹ SANCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal, Op. Cit*, p.129.

¹¹² Ley Orgánica del Ministerio Público, dada por el Decreto Legislativo N° 052.

Artículo 1.- El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación.

¹¹³ SAN MARTIN CASTRO, Cesar. *Derecho Procesal Penal. Lecciones. Conforme el Código Procesal Penal de 2004*, 1ªed, Ceneles, Lima, 2015, p. 202.

¹¹⁴ SAN MARTIN CASTRO, Cesar. *Op. Cit*, p.234.

¹¹⁵ Cfr. NUÑEZ OJEDA, Raúl. *La Instrucción del Ministerio Público o fiscal. Un estudio comparado entre la situación de Chile y España*. Doctrina y Jurisprudencia Penales, Lima, 2000, p. 252.

sistema penal inspirado en el principio acusatorio. Asimismo, de manera muy precisa el artículo 159 de la Constitución Política del Perú nos describe las atribuciones que le corresponden a este órgano, las cuales son:

1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.
2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.
3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad.
4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.
5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.
6. Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla.
7. Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso, o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación.

Ahondando en el papel del fiscal, como protagonista de la investigación en el proceso, es propio del sistema acusatorio¹¹⁶. Pues como ya lo hemos mencionado anteriormente, esta institución en el sistema inquisitivo estaba relegado, pues cumplía solo la función de supervisar las actuaciones del juez instructor, quien se encargaba de la investigación de acusar y de juzgar.

Sin embargo en la actualidad, en el Ministerio Público recae la dirección y control de la investigación, sin desplazar a la policía su rol investigador que tiene por su experiencia y conocimiento técnico¹¹⁷. Esto es, que si bien, el Ministerio Público es un ente autónomo que actúa con independencia de criterio, no significa que no va

¹¹⁶ NEYRA FLORES, José; GIMENO SENDRA, Vicente. *Op. Cit*, p.352.

¹¹⁷ Cfr. NEYRA FLORES, José; GIMENO SENDRA, Vicente. *Op. Cit*, p.353.

a relegar o apartar la ayuda de la policía, pues ésta también cumple funciones que son de gran ayuda para la investigación.

Este cambio, ha significado un resurgimiento de la institución al habersele agregado nuevas facultades a la ya conocida de ser el titular del ejercicio público de la acción penal, en la que destacaremos solo dos, por ser las funciones más esenciales para el proceso penal; la función de dirección de la investigación y la función requirente.

A. Función de dirección de la investigación¹¹⁸.

El Ministerio Público en un primer momento, puede realizar la investigación preliminar que consiste en los actos urgentes e inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la ley, brindarles la debida seguridad, todo ello en aras de determinar, al finalizar las diligencias preliminares, si debe o no formalizar la investigación preparatoria.

En un segundo momento, después de formalizada la investigación preparatoria, tenemos que el fiscal debe desenvolver actos de investigación tendientes a la preparación del juicio, encaminados a recoger y materializar todos aquellos elementos de convicción, así como a identificar a los presuntos responsables contra los que ha de formular acusación.

Habiendo precisado la dirección de la investigación y el ámbito de su ejercicio, las funciones que, entre otros, regulan nuestro ordenamiento consiste en:

- Disponer la concurrencia de quien se encuentra en posibilidad de informar sobre los hechos investigados (art. 3. CPP.)
- Ordenar en caso de inasistencia injustificada su conducción compulsiva (art. 337.3 CPP).
- Exigir información de cualquier particular o funcionario público (art. 337.3 CPP).

¹¹⁸ Cfr. ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Op. Cit*, p.p. 280-281.

- Ordenar actos especiales de investigación, tales como, la circulación y entrega vigilada de bienes delictivos (art. 340 CPP) y agente encubierto (art.341 CPP).

B. Función Requirente¹¹⁹.

Esta función se traduce como la facultad que el ordenamiento reserva al fiscal de solicitar la actuación de la ley penal al juzgador que, finalmente, será quien decida su aplicación. Del presente concepto desprendemos lo siguiente:

- Que la función jurisdiccional no procede ex officio; es decir, que, mientras no se ejercite la función requirente, el juez se encuentra impedido de dar inicio al proceso penal. Ello guarda relación con el sistema acusatorio que se encuentra ya más delimitado.
- Que existe una relación inversamente proporcional entre ambas funciones en la medida de que, respecto de la función requirente, primero se exige actuar para luego emitir un juicio (juzgar); a la vez de que, respecto de la función jurisdiccional, primero se debe juzgar para luego actuar.

Dicho de otro modo en el primer caso, el fiscal debe desenvolver una serie de actos de investigación, a través del cual haya acopiado material probatorio suficiente para poder decidir si ejercita o no la acción; mientras que, en el segundo caso, el juez primero debe juzgar, es decir, valorar todo el material probatorio actuado por las partes para luego decidir sobre el fondo, y, en este sentido, disponer la ejecución o no de lo resuelto¹²⁰.

Es de tener en cuenta que la doctrina ha desarrollado los principios por los cuales se guía el Ministerio Público para gobernar su actuación, siendo preciso hablar de cada uno de ellos:

- a. Principio de Legalidad¹²¹: Conforme a este principio, toda conducta delictiva debe ser objeto de investigación, persecución penal y sanción. Es decir

¹¹⁹ ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Op. Cit*, p.p. 282-283.

¹²⁰ ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Op. Cit*, p.p. 282-283.

¹²¹ Cfr. SANCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo Proceso Penal. Op. Cit*, p. 72.

desde una perspectiva procesal, todo hecho debe ser investigado y sancionado, razón por la cual esta persecución está a cargo de la autoridad oficial que es el Ministerio Público, bajo el principio de investigación oficial, ya que es el Estado a partir de la Constitución quien le ha delegado dicha función.

- b. Principio de Objetividad¹²²: Señala DUCE, que a este principio se le puede dar tres alcances concretos, en primer lugar indica que en virtud de éste el Ministerio Público debe corroborar, mediante su investigación, las hipótesis fácticas de exclusión o atenuación de responsabilidad plausibles y serias argumentadas por la defensa, con el objetivo de confirmarlas o descartarlas, pero solo aquellas que tengan sustento en su propia investigación. En segundo lugar, este principio debiera imponer un deber de lealtad del Ministerio Público para con la defensa, no escondiendo ninguna información disponible que puede favorecer a esta. Y por último, señala que en este principio está inmerso el deber de actuar de buena fe por parte del Ministerio Público, en el inicio de la investigación y durante todo el procedimiento.
- c. Principio de Imparcialidad¹²³: El fiscal debe actuar con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le están encomendados; no debe tener ningún interés subjetivo ni objetivo en la dilucidación de un caso determinado. Cualquier motivo de sospecha de un interés concreto, distinto de la persecución objetiva del delito, obliga al Fiscal a excusarse de la causa, y quien se considere lesionado por ese comportamiento, puede acudir al Fiscal Superior a fin de que ejerza las medidas disciplinarias.
- d. Principio de Jerarquía¹²⁴: Por este principio se admite la creación o mantenimiento de relaciones de subordinación al interior del Ministerio Público, a fin de asegurar la actuación uniforme de la mencionada institución; esto es, resguardar la unidad funcional respecto de los órganos que la

¹²² DUCE, Mauricio; Riego, Cristian. Citado por NEYRA FLORES, José; GIMENO SENDRA, Vicente. *Op. Cit*, p. 355.

¹²³ Cfr. SAN MARTIN CASTRO, Cesar. *Op. Cit*, p.238.

¹²⁴ Cfr. ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Op. Cit*, p. 276.

conforman (fiscales supremos, fiscales superiores, fiscales provinciales). Esta dependencia jerárquica es un principio *ad intra*, lo que significa que opera solamente en el ámbito interno del Ministerio Público, por lo que no es correcto entender que esta puede trascender más allá de la propia institución, ya que esta no depende ni puede depender de ningún otro poder.

- e. Principio de Unidad¹²⁵: puede ser entendido desde dos puntos de vista: Orgánico y Funcional. Desde el primero, la institución es considerada como un organismo único e indivisible, en este sentido, toda persona que haya sido nombrada como fiscal de forma regular puede actuar como su representante ante cualquier tribunal; actuación que implica el cumplimiento de sus obligaciones de forma coordinada, para que en cualquier caso cualquiera de sus iguales pueda continuar con su labor. Desde el punto de vista funcional, supone uniformidad u homogeneidad en la actuación y coordinación de todos los miembros de la institución. De este modo, con la vigencia del principio de unidad se pretende que la decisión de los integrantes del Ministerio Público se base en idénticas instrucciones las que resultan clave para garantizar una actuación única y coherente.

2.3.3 El abogado

Por último, hablaremos del abogado defensor, cuya palabra proviene de la voz latina *advocatus*. Esta palabra está formada por la partícula *ad* o “para” y el participio *vocatus* o “llamado”, es decir “llamado para la defensa”¹²⁶.

En palabras de ORÉ GUARDIA, “es aquel sujeto profesional del derecho que brinda asesoría jurídica a todo sujeto que lo requiera, cuyo papel fundamental es garantizar el respeto de los derechos de su defendido, y, sobre todo garantizar la realización de un debido proceso”¹²⁷. Para de esta manera no se vea vulnerado algún derecho fundamental del acusado dentro y durante todo el proceso.

¹²⁵ *Ibíd*em, p. 278.

¹²⁶ ARBULU MARTINEZ, Víctor. *Op. Cit*, p. 245.

¹²⁷ ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Op. Cit*, p. 263.

El derecho a contar con abogado defensor se encuentra regulado en el artículo 139 inciso 14 de nuestra Constitución. En consecuencia, absolutamente es impensable concebir el proceso penal sin asistencia letrada en beneficio del imputado, pues ello sin duda alguna ocasionaría que este se encuentre en un estado de indefensión insalvable, debido a que es fácilmente constatable que una persona que no tiene el mínimo conocimiento de derecho no puede defenderse adecuadamente del hecho delictivo que se le imputa¹²⁸, por lo cual necesitará de la asesoría de un especialista en leyes, esto es un abogado, que argumente en pro de sus intereses, desde el inicio hasta la conclusión del proceso penal.

Si bien, este derecho es reconocido constitucionalmente, es preciso señalar que también se encuentra regulado y reconocido en el Código Procesal Penal en su artículo IX¹²⁹ del título preliminar como el “derecho de defensa”, y en el capítulo II del mismo código.

Es por ello que resulta de gran importancia la presencia de un abogado defensor en el proceso penal, siendo necesario poder diferenciar entre el abogado que ha sido elegido por la parte acusada, o el abogado de oficio, quien es designado por el juez. Sin embargo ambos cumplen las mismas funciones dentro del proceso penal hasta que éste culmine.

La defensa particular se refiere a la posibilidad que tiene el imputado de elegir libremente al defensor que lo representará en el proceso, pues resulta de gran importancia que el acusado tenga la posibilidad de designar a un defensor que sea de su total confianza. Y en vista de que no todos los que se encuentran inmersos en el proceso penal, bien en calidad de autor o participe de un hecho delictivo, tienen la posibilidad de nombrar abogados particulares, pues este es proveído por el Estado para aquellas personas que no están en la capacidad económica de

¹²⁸ *Ibíd*em, p. 264.

¹²⁹ Artículo IX del título preliminar: 1. Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala.

designar uno particular, y les designan a los denominados abogados de oficio o el defensor público¹³⁰.

Sin embargo tanto el abogado particular como el abogado de oficio tienen y cumplen las mismas funciones, deberes y derechos, los cuales son de gran importancia en el proceso penal y conciernen en: “defender la inocencia, hacer valer el derecho, hacer triunfar la justicia”¹³¹.

El abogado defensor goza de todos los derechos que la ley le confiere para el ejercicio de su profesión, especialmente de los siguientes¹³², las cuales se encuentran reguladas en el artículo 84 del Código Procesal Penal:

- Prestar asesoramiento desde que su patrocinado fuere citado o detenido por la autoridad policial.
- Interrogar directamente a su defendido, así como a los demás procesados, testigos y peritos.
- Recurrir a la asistencia reservada de un experto en ciencia técnica o arte durante el desarrollo de una diligencia, siempre que sus conocimientos sean requeridos para mejor defender. El asistente deberá abstenerse de intervenir de manera directa.
- Participar en todas las diligencias, excepto en la declaración prestada durante la etapa de investigación por el imputado que no defienda.
- Aportar los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes.
- Presentar peticiones orales o escritas para asuntos de simple trámite.
- Tener acceso al expediente fiscal y judicial para informarse del proceso, sin más limitación que la prevista en la ley, así como de obtener copia simple de las actuaciones en cualquier estado o grado del procedimiento.
- Ingresar a los establecimientos penales y dependencias policiales, previa identificación, para entrevistarse con su patrocinado.
- Expresarse con amplia libertad en el curso de la defensa, oralmente y por escrito, siempre que no se ofenda el honor de las personas, ya sean naturales o jurídicas.

¹³⁰ Cfr. ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Op. Cit*, p.p. 264-265.

¹³¹ SANCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal. Op. Cit*, p.147.

¹³² NEYRA FLORES, José; GIMENO SENDRA, Vicente. *Op. Cit*, p.p. 378-380

- Interponer cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones, recursos impugnatorios y los demás medios de defensa permitidos por la ley.

Todos estos derechos mencionados son irrenunciables a la defensa técnica que a su vez es parte del derecho de defensa, y que por tanto le son atribuidas al abogado. Y de los derechos mencionados, es necesario destacar especialmente tres: “el derecho de comunicación con su defendido en cualquier estado del proceso, el derecho de asistir a todos los actos que se realizan durante el desarrollo del proceso, pues la realización de los mismos sin la presencia de un abogado defensor no habilita la emisión de una sentencia válida, y por último el derecho a tener acceso a leer las actas que documentan ciertos actos”¹³³.

Por otro lado entre sus funciones y deberes, “tiene la obligación de asistir a todas las diligencias que se practiquen, a fin de obtener la mayor cantidad de información que le permita preparar sus estrategia de defensa de manera adecuada. Del mismo modo, el abogado defensor tiene el deber y derecho de guardar el secreto profesional”¹³⁴, es decir, bajo ningún motivo puede ser obligado a revelar lo que su cliente le ha confesado, tal y como lo establece el Código de Ética del Colegio de Abogados del Perú en su artículo 10.

En suma, el abogado debe tener siempre presente la alta función que la sociedad le encomienda y confía, que supone la defensa efectiva de los derechos individuales y colectivos, “cuyo reconocimiento y respeto constituye la espina dorsal del propio Estado democrático y social de Derecho”¹³⁵. Por tanto este operador de derecho debe de ir acorde con lo que realmente se le atribuye, sin vulnerar los derechos de su patrocinado.

La honradez, probidad, rectitud, diligencia, lealtad y veracidad; son virtudes que el abogado debe cultivar con el ejemplo. Ellos son la causa de las necesarias relaciones de confianza entre abogado y cliente. Recuérdese que el juez y el fiscal

¹³³ ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Op. Cit*, p. 267.

¹³⁴ *Ibíd*em, p.268.

¹³⁵ ROSAS YATACO, Jorge. *Ob. Cit*, p. 415.

son antes que magistrados, abogados, de manera que también les asiste actuar con ética en el desempeño de sus funciones¹³⁶.

¹³⁶ ROSAS YATACO, Jorge. *Ob. Cit*, p. 415.

CAPÍTULO 3:

INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE HABITUALIDAD PARA LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

En este último capítulo se brindará nuestra interpretación sobre la figura penal de la habitualidad para su aplicación a un caso en concreto; a fin de obtener de manera proporcional la determinación judicial de la pena del investigado.

3.1 La determinación judicial de la pena

La imposición de la pena importa la comisión de un injusto penal reprochable a un sujeto con capacidad de responsabilidad penal: injusto y culpabilidad constituyen la fuente material y espiritual de todo el sistema de punición que no puede ser vulnerado en aras de afianzar fines políticos- criminales¹³⁷. Así, no puede existir una pena sin que exista un delito que haya cumplido los requisitos para que se configure como tal. Tampoco puede existir una determinada pena sin que haya una responsabilidad atribuida a una determinada persona o personas que son parte del hecho delictivo.

Señala FEIJO SANCHEZ: “Si se asume que el delito es un injusto culpable y graduable, la determinación de la pena no es más que la graduación del injusto culpable”¹³⁸. Por ello la determinación judicial de la pena tiene la principal función de identificar y valorar de manera proporcional las consecuencias jurídicas que

¹³⁷ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Estudios críticos de Derecho Penal y Política Criminal*. Op. Cit, p. 75.

¹³⁸ Cfr. FEIJO SÁNCHEZ, Bernardo. “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 23, Lima, 2008, p.199.

realmente corresponde atribuir y aplicar al autor o partícipe de un determinado delito.

El órgano jurisdiccional en una sentencia penal emite hasta tres juicios importantes: En un primer momento, se pronuncia sobre la tipicidad o relevancia penal de la conducta atribuida al procesado (juicio de subsunción)¹³⁹. Es decir, los operadores del derecho deben observar la existencia de una tipicidad formal, ya que el hecho realizado por un determinado sujeto se debe encontrar subsumido en la norma penal. Es preciso mencionar uno de los principios que da lugar a ello, el “principio de legalidad, que es un axioma de valoración de lo justo por una sociedad en virtud del cual no se puede aplicar una sanción si no está escrita previamente en una ley cierta”¹⁴⁰.

El principio de legalidad es conocido universalmente con el apotegma latino “*nullum crimen, nulla poena, sine lege*”; es decir “no hay delito, no hay pena, sin ley”. Es por ello que, el principio de legalidad penal es el fundamento en virtud del cual ningún hecho puede ser considerado como delito sin que una ley anterior lo haya previsto como tal¹⁴¹.

El principio de legalidad penal establece que la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regida por el “imperio de la ley”, entendida ésta como expresión de la “voluntad general”. En consecuencia, al principio de legalidad penal se le puede, igualmente, denominar como principio de intervención legalizada; ello atendiendo a que constituye un parámetro o un límite al poder punitivo estatal, en la medida que le impone al Estado la obligación de intervenir en asuntos penales, haciendo uso de un solo instrumento normativo, como lo es la ley; esto es para determinar

¹³⁹ PRADO SALDARRIAGA, Víctor; CRESPO, Demetrio y VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Determinación Judicial de la pena*. 1ª ed, 2015, Breña, Instituto Pacífico S.A.C, p.48.

¹⁴⁰ MACHICADO, Jorge. *Apuntes jurídicos: Principio de legalidad penal*. [Ubicado el 15.X 2017]. *Op. Cit.*

¹⁴¹ POLAINO NAVARRETE, Manuel. *Derecho Penal. Moderna Bases Dogmáticas*, Grijley, Lima, 2004, p.201.

infracciones penales, para fijar en abstracto las sanciones penales, y para todo aquello en lo que se requiera una intervención legalizada¹⁴².

Asimismo, en el Art. II del Título Preliminar del Código Penal respecto al principio de legalidad expresa que nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella. Por último, podemos reafirmar que el principio de legalidad es una garantía fundamental de la libertad de las personas frente al derecho a castigar del Estado.

Luego, en un segundo momento a la luz de la evidencia existente el órgano jurisdiccional decide la inocencia o culpabilidad de este en base a los hechos probados (declaración de certeza)¹⁴³. En efecto, ahora se realiza un juicio contradictorio, en el que entra a tallar la presunción de inocencia o principio de inocencia del presunto autor del hecho delictivo, en el que se llega a sostener si la persona es culpable o inocente. Y es que “la afirmación de que toda persona es inocente mientras no se declare judicialmente lo contrario, es una de las más importantes conquistas humanas de los últimos tiempos”¹⁴⁴.

La presunción de inocencia ha sido calificada como un derecho fundamental poliédrico, en tanto se manifiesta de distintas maneras, y a través de otros tantos derechos, para lograr su concretización, ya sea a nivel extraprocesal como intraprocesal. Sobre este último aspecto, y específicamente en el campo del proceso penal, la doctrina y la jurisprudencia consideran que la presunción de inocencia encuentra las siguientes formas de manifestación: en primer lugar, actúa como criterio o principio informador del proceso penal. En segundo lugar, determina el tratamiento que debe recibir el imputado durante el procedimiento; en tercer lugar, la presunción de inocencia constituye una importante regla con efectos en el ámbito de la prueba y, desde este último punto de vista, si bien se le suele estudiar conjuntamente, la presunción de inocencia desempeña dos importantes funciones

¹⁴² PEÑA CABRERA; Raúl. *Tratado de Derecho Penal, Estudio Programático de la Parte General*, Grijley, Lima, 1994, p.201.

¹⁴³ Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor; CRESPO, Demetrio, *Op. Cit*, p.49.

¹⁴⁴ QUISPE FARFÁN, Fany. *El Derecho a la Presunción de Inocencia*. Palestra Editores, Lima, 2003, p. 15.

que son analizadas de forma separada: por un lado, exige la presencia de ciertos requisitos en la actividad probatoria para que esta pueda servir de base a una sentencia condenatoria (función de regla probatoria) y, por otro lado, actúa como criterio decisorio en los casos de incertidumbre acerca de la *Quaestio facti* (función de regla de juicio)¹⁴⁵.

Por tanto, este principio no supone que el imputado sea inocente (como si se tratase de describir una determinada situación), sino de que no sea considerado ni tratado como culpable mientras una sentencia no lo declare así. Es pues una verdad interina que el legislador concede a priori a todos los justiciables mientras no se demuestre ni exponga suficientemente y válidamente lo contrario¹⁴⁶. Ante lo expuesto, es preciso hacer mención que frente a la figura que estamos analizando, la habitualidad, en resumidas cuentas, al encontrarse los 3 hechos punibles en plena denuncia, inicio de diligencias o formalización (etapas del procedimiento penal), no daría lugar a que el investigado ya sea considerado como culpable, cuando en realidad aún no existe una total claridad de su responsabilidad y por ende un fallo que lo califique como tal, de no ser así sin lugar a duda se estaría vulnerando uno de los derechos fundamentales del que está siendo investigado.

Finalmente, el tercer momento el órgano jurisdiccional si declaró la responsabilidad penal del imputado deberá definir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicarle como autor o participe de la infracción penal cometida (individualización de la sanción)¹⁴⁷. Este es el último filtro, siendo aquí donde se ve la existencia de una responsabilidad atribuida a un determinado sujeto, sosteniéndose como autor o participe a una persona por la comisión de un hecho punible, dando lugar a una determinación judicial de la pena.

El órgano jurisdiccional debe definir de modo cualitativo y cuantitativo, cuál es la sanción que corresponde aplicar al autor o partícipe de un hecho punible, pero no solamente se trata de llegar a una determinación formal, sino que debe responder a un razonamiento lógico, que a partir de silogismos principales y complementarios

¹⁴⁵ VILLEGAS PAIVA, Elky. *La presunción de inocencia. En el proceso penal Peruano.* . 1ªed, 2015, Lima, Gaceta Jurídica, p.p. 71-72.

¹⁴⁶ ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal.* Tomo I, Reforma, Lima, 2011, p.p.123 - 124.

¹⁴⁷ Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor; CRESPO, Demetrio. *Op. Cit*, p.49.

permita justificar de manera interna, pero también de manera externa la decisión adoptada¹⁴⁸.

Al hablar de silogismos, hacemos referencia al silogismo judicial, que es aquella tesis según la cual la decisión optada por el órgano correspondiente es el resultado de la subsunción de determinados hechos bajo una norma jurídica. “La norma jurídica que establece un hecho (caso genérico) debe tener o tiene (según las diferentes formulaciones) determinadas consecuencias jurídicas. La premisa menor es una proposición factual según la cual el hecho (caso individual) ha tenido lugar en un determinado momento y lugar y pertenece a la clase de hechos previstos por la norma que constituye la premisa mayor. La conclusión es la decisión judicial, en la que el caso concreto se vincula a las consecuencias jurídicas establecidas por la norma jurídica”¹⁴⁹. Se deduce que ello tiene relación con el principio de proporcionalidad, lo cual implica un juicio lógico o una ponderación que compara y valora la gravedad del hecho delictivo con la pena.

La pena puede tener dos significados distintos; como retribución y como prevención, como su primera acepción, la pena puede concebirse mirando al pasado, al hecho ya cometido, buscándose en el mal que la misma entraña una compensación o restauración de la infracción del Derecho producida por el delito, y como principio de prevención, mira hacia el futuro, al peligro de que el autor del delito o un tercero vuelvan a cometer un nuevo hecho criminal. Por tanto, la pena debe ser equivalente al injusto culpable según el principio de la justicia distributiva, lo que tiene que ver exclusivamente con “medida”, ya que el hecho cometido se convierte en fundamento y medida de la pena; y ésta ha de ajustarse, en su naturaleza y *quantum* a aquél¹⁵⁰.

Ante lo expuesto, el principio de retribución recae sobre dos principios sumamente importantes del Derecho Penal, esto es: el reconocimiento de que existe la

¹⁴⁸ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *La determinación Judicial de la Pena. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.* p, 5 [Ubicado el 15.X 2017]. Obtenido en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/01999a8046ed23428cfbec199c310be6/T1-la+determinacion+judicial+de+la+pena.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=01999a8046ed23428cfbec199c310be6>.

¹⁴⁹ ITURRALDE, Victoria. *Sobre el Silogismo Judicial.* p, 4 [Ubicado el 01.XI 2017]. Obtenido en <https://ru.scribd.com/document/344474018/Dialnet-SobreEISilogismoJudicial-142201-pdf>.

¹⁵⁰ HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Op. Cit*, p. 193.

culpabilidad, que puede medirse y graduarse; y el de que pueda armonizarse o se adopte el principio de la proporcionalidad en la gravedad de la culpa y la de la pena. Teniendo en cuenta que la pena es un resorte para prevenir delitos futuros, el delito no es la causa, sino la ocasión de la pena, tampoco su medida, porque no se castiga con arreglo a lo que merece, sino según lo que se necesite para evitar otros hechos criminales¹⁵¹.

La determinación de la pena al que alude el artículo 46.c del Código Penal, en el que se encuentra tipificado la habitualidad; es un procedimiento técnico y valorativo que importa un proceso intelectual por parte del juzgador, en el que la fijación de la pena a imponer debe ser consecuencia de una decisión debidamente razonada, ponderada y ajena de toda consideración subjetiva¹⁵². En tal sentido, la determinación de la pena ciertamente implica la fijación exclusiva de los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad, y todo ello a la par con el deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, criterios que sin lugar a duda son estipulados en el acuerdo plenario N° 1-2008/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 18 de julio de 2008.

Asimismo, la individualización de la pena concreta consiste en llegar a la pena judicial. Si el primer momento de la determinación de la pena, lo fija el legislador con ese mínimo y ese máximo, y el juez lo reconoce a través de la pena básica; el segundo paso que corresponde a la pena concreta, es un ejercicio estrictamente judicial, que no puede ser el resultado de una actividad empírica rutinaria, sino de un proceso técnico, que justamente permita justificar los resultados obtenidos; vale decir, la pena concreta, la pena judicial, la pena que va aparecer en la sentencia condenatoria¹⁵³.

Cabe recordar que el Derecho Penal importa el núcleo más duro del Derecho Público sancionador, por lo que el principio de proporcionalidad adquiere vital importancia, con el fin de cautelar que la sanción punitiva no desborde los

¹⁵¹ HURTADO POZO, José, *Op. Cit*, p.195.

¹⁵² ACOSTA CASCO, Natalia. *Tratamiento de la Reincidencia y la Habitualidad en la Jurisprudencia Nacional*, 2002., p. 53 [Ubicado el 05. IX 2017]. Obtenido en http://wold.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/reincidencia-y-habitualidad_informe-final.pdf.

¹⁵³ PRADO SALDARRIAGA. Víctor. *La determinación Judicial de la Pena. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema*, *Op. Cit*, p.9.

márgenes de razonabilidad que trasuntan desde las coordenadas de un orden democrático de derecho¹⁵⁴. Por tal razón, se sostiene que el principio de proporcionalidad se encuentra ligado al principio de culpabilidad y por tanto al principio de dignidad humana.

3.2. Criterios a considerar para determinar la habitualidad

Una de las figuras muy importantes en las que ha incurrido en diversas modificaciones nuestro Código Penal Peruano, *la habitualidad*; figura que: En el campo del Derecho Penal "... implica la comisión reiterada de delitos, generalmente del mismo orden. El delincuente habitual es el que incursiona reiteradamente en el campo de la delincuencia.¹⁵⁵ De tal manera que es aquella persona la cual infringe una norma penal y comete de manera frecuente o redundante un ilícito penal, abordando así tal figura.

La habitualidad implica una tendencia o inclinación a delinquir, adquirida por la reiteración en la comisión de delitos, constituye un hábito: tendencia estable del carácter, adquirida a través de la práctica y el ejercicio que inclina a la realización de un tipo de acciones¹⁵⁶. Se relaciona con aquella persona que infringe una norma penal y comete de manera frecuente o redundante un ilícito penal.

En cuanto al delincuente habitual será necesario un número más o menos grande de reincidencias, según la especie y las circunstancias de los hechos criminosos cometidos¹⁵⁷, sosteniendo que la habitualidad constituye un elemento revelador de un mayor grado de culpabilidad en el agente, en la que el juzgador deberá considerarla como agravante cualificada al momento de la determinación de la pena.

Según nuestro ordenamiento jurídico a fin de que se configure la habitualidad como agravante cualificada para la determinación de la pena, deberán concurrir los siguientes requisitos:

¹⁵⁴ GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Op. Cit*, p.89.

¹⁵⁵ Enciclopedia Jurídica. Habitualidad Penal. Edición 2014 [Ubicado el 12. X]. Obtenido en <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/habitualidad-penal/habitualidad-penal.htm>.

¹⁵⁶ SANZ DIEZ, Marina. *Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales. Op. Cit*, p. 3.

¹⁵⁷ VIDE FERRI, Enrico. *Sociología criminal. Op. Cit*, p. 114.

- *La comisión de tres hechos punibles*; quiere decir, que el agente debe haber perpetrado una pluralidad de delitos en el tiempo y en el espacio, pero unidos por una identidad personal¹⁵⁸. Es decir, la comisión reiterada y constante en el campo de la delincuencia, en el que ha hecho de su conducta un hábito o costumbre en su vida diaria.
- *La perpetración de los tres hechos punibles tiene que haber tenido lugar en un lapso que no exceda de cinco años*; de no ser así, la figura aplicable sería la de un concurso real de delitos¹⁵⁹. Este requisito radica en la comisión reiterada de hechos delictivos en el lapso de cinco años.

Cabe resaltar también en estas líneas, al Acuerdo Plenario 1-2008 que fue creado por la deficiencia técnica legislativa que se detecta en la redacción del supuesto de habitualidad definidos en el artículo 46.c del ya mencionado Código Peruano, y así los operadores del derecho puedan aplicar de manera pertinente la interpretación de esta norma penal, en el que se reconoce a la habitualidad en el caso del tercer delito que se haya cometido en un lapso de 5 años y no medie condena; además, esta figura requiere que todos los delitos cometidos sean de igual naturaleza.

Tales supuestos mencionados en el Acuerdo Plenario 1-2008 nos ha generado distintos cuestionamientos y posturas diferentes frente la aplicación de un caso en concreto, razón por la cual es aquí donde puntualizaremos y detallaremos la interpretación de esta figura penal, la habitualidad, según nuestra postura. Dada su

¹⁵⁸ El legislador no ha señalado expresamente que deba tratarse de delitos reprimibles con pena privativa de libertad, pero esta condición se deduce del segundo párrafo del articulado, por ende, se excluyen la posibilidad de que las penas restrictivas y limitativas de derecho puedan comprenderse en este precepto. A diferencia de la reincidencia, no se exige que sobre los hechos punibles cometidos recaiga una sentencia condenatoria firme y consentida. En tanto se trate de delitos objeto de condena anterior, deberá aplicarse la reincidencia; se excluye la posibilidad de que ambas instituciones puedan aplicarse en forma conjunta, lo que significaría una vulneración al principio de non bis in ídem. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Estudios sobre Derecho Penal y Procesal Penal. Op. Cit.*, p.31.

¹⁵⁹ Se excluye la posibilidad de fundar la habitualidad delictiva en un delito continuado, pues esta figura parte de una unidad de resolución criminal que no se agote en el tiempo, cuya prosecución material supone una identidad de realización típica. El precepto no lo dice, pero consideramos que puede tratarse en delitos consumados o tentados (tipos de imperfecta ejecución), siempre y cuando la modalidad no acabada sea punible según la particularidad de cada tipo penal en concreto. Al igual que en el caso de la reincidencia los tres hechos punibles cometidos deben revelar una esfera subjetiva del injusta únicamente al dolo, por lo que los delitos culposos no ingresan a este ámbito de valoración, tampoco las faltas. *Ibidem*, p.31.

complejidad y especiales características, se incorporará fundamentos necesarios por los cuales creemos que la interpretación de tal figura debe ser de manera diferente.

Iniciando por el primer supuesto que refiere el Acuerdo Plenario 1-2008 que da lugar a la operatividad de la agravante cualificada del artículo 46.C, la habitualidad, en la que se aplica sus efectos punitivos a partir del tercer delito cometido en el lapso de cinco años, y en la comisión de estos tres delitos cometidos no debe mediar condena alguna.

Este primer supuesto deja de alguna u otra manera una idea muy abierta, dado que su interpretación no precisa con exactitud bajo qué supuestos se aplicará la figura penal; habitualidad, pues si bien hace referencia a tres hechos punibles, no establece en que momento o etapa del proceso penal debe encontrarse el hecho delictivo para que se configure la habitualidad, y más aún al no mediar condena se asume que estos hechos punibles solo se encuentren en investigación, dando lugar a que no se logre saber con exactitud si el agente denunciado por un delito sea realmente el culpable de tal ilícito penal, y de esta manera llamar habitual al agente del cual no se ha determinado su responsabilidad, generando así la vulneración de uno de sus principales derechos fundamentales del ser humano, siendo en el presente caso el del investigado.

El hecho punible es aquella acción sancionada por el derecho con una determinada pena. “Se establece que el hecho resultante, además de ser causado por la infracción del deber de cuidado, debe ser susceptible de imputársele objetivamente a la imprudencia del autor; circunstancia que contempla una doble exigencia: a) la relación de causalidad entre acción y resultado; y, b) que la causación del resultado esté dentro de la finalidad de protección de la norma de prudencia vulnerada; faltando este supuesto cuando, pese al riesgo creado, el resultado no era previsible o cuando el resultado no tenga nada que ver con la infracción cometida”¹⁶⁰.

Por tanto, se deduce que toda conducta punible da lugar a un comportamiento que merece ser castigado, y ese castigo viene a ser una sanción o una pena que se

¹⁶⁰ (Ejecutoria del 14-12-98. Exp. N.º 4988-98. Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima).

impone sobre el individuo que incumplió una norma o ley legalmente descrita. Teniendo en cuenta que para la configuración de la figura de la habitualidad, además de que se requiere la existencia de los tres delitos, según su interpretación, el delito debe ser “doloso”¹⁶¹ y no medie condena para que se configure como tal.

Al hablar de esos tres delitos es necesario que se precise ese extremo, porque si bien el acuerdo plenario habla de delitos, sin embargo esos delitos al momento o bajo la interpretación que le atribuyen los operadores de derecho no sabrían con exactitud frente a qué supuestos se debe aplicar la habitualidad y cuando se refiere a un hecho punible que no medie condena, pues podrían entenderse como aquellos casos que se encuentren archivados, o los que están en diligencias preliminares, los que están formalizados o los que están en acusación; ello hace más vaga, ambigua o inequívoca la interpretación que hace el Acuerdo Plenario.

Entonces, cómo podremos saber con certeza en qué etapa del proceso penal se habla ya de un hecho que se configure punible y que por tanto el supuesto investigado es realmente el autor del hecho delictivo, si bajo los supuestos mencionados nos encontramos aún en investigaciones o recabándolas y todavía no se ha determinado fehacientemente la responsabilidad del autor. Y que de alguna u otra manera se puede estar llevando una investigación en la que al final del proceso penal la persona investigada no es culpable, debiendo tenerse en cuenta el literal e) del numeral 23 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú en la que se establece que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

El derecho a la presunción de inocencia es uno de los derechos fundamentales sobre los cuales se construye el derecho sancionador en el Derecho Penal y este derecho tiene como objeto garantizar que sólo los culpables sean sancionados y ningún inocente sea castigado¹⁶².

¹⁶¹ El dolo es un aspecto que atañe a la culpabilidad del autor, y no a la tipicidad de los hechos denunciados, por lo que la situación jurídica del procesado debe resolverse en la secuela del juicio. Exp. N° 6500-97. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Derecho Penal, Jueces y Jurisprudencia*. Palestra Editores, Lima, p.112.

¹⁶² HIGA SILVA, César. *El derecho a la Presunción de Inocencia desde el punto de vista Constitucional*. p. 2 [Ubicado el 05. XI 2017]. Obtenido en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/12793/13350>.

Según ANDRÉS IBAÑEZ¹⁶³, el derecho a la presunción de inocencia es una regla que garantiza lo siguiente:

- (i) El tratamiento que debe recibir el acusado durante el proceso, esto significa que el acusado debe ser tratado como inocente sin que pueda imponérsele algún tipo de medida que afecte esa condición hasta que el Juez declare su culpabilidad respecto de los hechos imputados; y,
- (ii) Las reglas probatorias que deben seguirse en un proceso para determinar cuando una persona puede ser considerada como culpable del delito que se le imputa, lo cual significa que el Juez sólo podrá condenar al imputado cuando la acusación ha sido demostrada más allá de toda duda razonable.

Por su parte, FERNÁNDEZ LÓPEZ señala que la presunción de inocencia encuentra las siguientes formas de expresión en el proceso penal¹⁶⁴:

- (i) La presunción de inocencia actúa como criterio o principio informador del proceso penal de corte liberal;
- (ii) El tratamiento que debe recibir el imputado durante el procedimiento;
- (iii) La presunción de inocencia constituye una importante regla con efectos en el ámbito.

Volviendo a la interpretación que el Acuerdo Plenario establece, si bien se va a configurar la habitualidad recién en el tercer delito cometido no mediando condena, entonces qué realmente ha ocurrido con los dos delitos anteriores, que aparentemente son delitos, decimos aparentemente porque al ser considerados o llamados delitos los dos anteriores, debería previamente existir al menos una condena suspendida en alguno de ellos, siempre y cuando la condena no sea superior a cuatro años.

¹⁶³ HIGA SILVA, César. *El derecho a la Presunción de Inocencia desde el punto de vista Constitucional. Ob, Cit, p. 2.*

¹⁶⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid, Iustel, 2005, p. 118.

Es por ello que nosotros proponemos que para que realmente se constituya como culpable de un ilícito penal una determinada persona y por ende se configure una agravante cualificada como lo es la habitualidad (46.c del Código Penal), es que a través de las investigaciones se haya determinado fehacientemente su responsabilidad en los dos hechos punibles anteriores y que en alguno de ellos al menos medie condena suspendida, “tratándose de uno de los procedimientos tradicionales de limitación de las penas cortas privativas de libertad. Se le conoce con distintas denominaciones, pero las más admitidas en el Derecho Penal comparado son condena condicional y suspensión de la ejecución de la pena”¹⁶⁵.

La suspensión de la ejecución de la pena es uno de los procedimientos más tradicionales para el cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad de corta o mediana duración. Intercambian la ejecución de la pena privativa de libertad por un período de prueba donde el condenado queda sujeto a un régimen de restricciones o reglas de conducta. Se le conoce en el derecho penal comparado como condena condicional o suspensión de la ejecución de la pena. No obstante, no se trata de medidas iguales, ya que “entre ellas cabe identificar diferencias conceptuales y formales, sobre todo en lo que concierne a sus presupuestos y efectos”¹⁶⁶.

La suspensión de la ejecución de la pena también pertenece a lo que determinados autores califican como formas de tratamiento en régimen de libertad. Su operatividad consiste en suspender la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia condenatoria. De esta manera, pues, el sentenciado no ingresa a un centro carcelario para cumplir la pena fijada por la autoridad judicial, él queda en libertad pero sometido a un régimen de reglas de conducta y a la obligación de no delinquir¹⁶⁷.

¹⁶⁵ ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. *Medidas Alternativas a la Pena Privativa de la Libertad*, p. 3 [Ubicado el 05. XI 2017]. Obtenido en http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere_pen_proce_penal/aplica_pena/61-75.pdf.

¹⁶⁶ PRADO, V. *Determinación de la Pena y Acuerdos Plenarios*. Lima, Idemsa, p. 247.

¹⁶⁷ MERINO SALAZAR; Carlos Eduardo. *La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y fin de prevención general positiva en las sentencias condenatorias por delitos contra el patrimonio en los juzgados unipersonales de la provincia de Trujillo en el año 2010*, Tesis para optar el grado de Doctor. Universidad Privada Antenor Orrego – UPAO – Escuela de Postgrado sección de Postgrado de Derecho, 2014. p. 9 [Ubicado el 05. XI 2017]. Obtenido en

Por otro lado, refiriéndonos a aquellos casos que se encuentren archivados, ya sea porque el caso materia de investigación no se ha configurado como delito, o porque no se encontraron los suficientes elementos de convicción que generen en el representante del Ministerio Público una prognosis favorable que al final de las mismas se cuente con elementos necesarios que fundamenten una eventual formalización de la investigación, o por aplicación de un principio de oportunidad, este último aspecto necesariamente implica un reconocimiento oficial de cargos por parte del investigado que pasaría a ser el autor y responsable del hecho delictivo que venía siendo investigado, siendo el principio de oportunidad una salida procesal que da lugar a que sí existe la comisión de un delito, pero se archiva porque se acoge al mencionado principio.

La función del principio de oportunidad hay que decir que ha de servir para que pueda decidirse sobre un hecho que presenta características de delito y sobre su presunto autor sin necesidad de juicio e incluso sin necesidad de instrucción, pues ha de operar desde el origen. La decisión, en todo caso, supone el reconocimiento de culpabilidad por parte del acusado y la facultad del Ministerio Público para alcanzar acuerdos con el acusado, evitando todo un camino probatorio de instrucción o al menos el juicio contradictorio. Así pues, el objeto del principio de oportunidad se fija en el acortamiento del proceso de tal modo que arribe a una casi inmediata o pronta finalización del proceso¹⁶⁸.

Por ende, este último motivo si debe contar para el cómputo de la habitualidad, y donde se pueden observar más estos supuestos, es en los casos de los delitos de omisión a la asistencia familiar y en los delitos de conducción en estado de ebriedad. A continuación brevemente se planteará un caso hipotético:

- "A" comete un primer delito pero se acoge al principio de oportunidad en sede fiscal.

http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/728/1/MERINO_CARLOS_PENA_PRIVATIVA_CONDENATORIAS.pdf.

¹⁶⁸ COLPAERT ROBLES, Reymier. *El principio de oportunidad en el nuevo Código Procesal Peruano*, p. 2 [Ubicado el 05. XI 2017]. Obtenido en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20110807_01.pdf.

-Luego, "A" vuelve a cometer un segundo delito en el que se da el proceso inmediato.

- Por último, al darse un tercer hecho punible, a nuestro criterio "A" ya debe ser considerado habitual. Dado que, cuando se aplica el principio de oportunidad ya es considerado como un delito, puesto que existe un acogimiento por parte del imputado en el que está aceptando su responsabilidad como consecuencia del hecho cometido.

Se rescata de lo planteado anteriormente, que no basta la ejecución o perpetración de tres hechos punibles, no mediando condena, para poder constituir a una persona como habitual, para ello, se requiere no solo hechos que a consecuencia de una denuncia se encuentren en plena investigación o recabándolas, sino también el saber a plena certeza en base a dicha investigación que el agente es realmente quien cometió tal delito y que en realidad es culpable.

Ante lo expuesto, también debemos tener en consideración que para demostrar la responsabilidad penal no basta las simples declaraciones y afirmaciones de los supuestos agraviados, sino que realmente se requiere de otras pruebas fehacientes que den lugar a la credibilidad de los hechos y llegar con los responsables del ilícito penal cometido. Una vez esclarecido los hechos, contar con las pruebas totalmente suficientes, y saber a certeza quienes son los responsables del ilícito penal y como consecuencia se deberá establecer una determinada pena. El solo desarrollo de la investigación no puede dar lugar a que el investigado sea realmente el culpable del ilícito penal, sino que para llegar a tal conclusión también se requieren de pruebas que lo incriminen.

Entonces, frente a la figura que estamos analizando, la habitualidad, en resumidas cuentas, al encontrarse los 3 hechos punibles en plena denuncia, inicio de diligencias o formalización (etapas del procedimiento penal), no daría lugar a que el investigado ya sea considerado como culpable, cuando en realidad aún no existe una total claridad de su responsabilidad y por ende un fallo que lo califique como tal, de no ser así sin lugar a duda se estaría vulnerando uno de los derechos fundamentales del que está siendo investigado.

Otro de los supuestos que contempla y hace referencia el Acuerdo Plenario ya mencionado, reside que para la configuración de la habitualidad se requiere que los tres delitos cometidos sean de igual naturaleza, restringiendo y limitando a que se trate solo de delitos homogéneos y no heterogéneos, por tanto se analizará la interpretación que le atribuye el Acuerdo Plenario a la habitualidad.

Sin embargo, bajo nuestra postura no hace referencia a tal requerimiento, razón por la cual creemos que genera un vacío en el que no se sabría delimitar la figura penal frente a tres hechos punibles de distinta naturaleza, (delitos heterogéneos); en consecuencia ya no se estaría hablando de la habitualidad, y se cuestionaría el qué hacer ante tal supuesto.

Primero debemos tener en cuenta en qué consisten los delitos homogéneos y los delitos heterogéneos. Es homogéneo cuando la pluralidad de delitos se relaciona con infracciones de la misma naturaleza jurídica. Por ejemplo, cuando el agente realizó en diversas ocasiones y de modo independiente varios delitos contra el patrimonio (robo, hurto, abigeato, receptación, estafa, extorsión, etc.). Será heterogéneo, en cambio, cuando la pluralidad de delitos cometidos se relaciona con infracciones de distinta naturaleza jurídica. Ese es el caso de quien realiza en diferentes oportunidades delitos contra el patrimonio (hurto), delitos contra la vida el cuerpo y salud (lesiones), etc.

Se distingue el de carácter homogéneo del heterogéneo, según sea el delito o delitos que entran en juego. Serán homogéneos cuando se aprecian varios delitos de la misma especie; mientras que serán heterogéneos cuando se aprecien delitos de diversa especie¹⁶⁹.

Por ende, al explicar en qué consiste los delitos de igual y distinta naturaleza, no vemos algún tipo de inconveniente o problema que dé lugar a que la configuración de la figura de habitualidad, en la perpetración de los tres delitos cometidos en el lapso de cinco años que requiere; sean de distinta naturaleza, razón por la cual éste viene a ser un nuevo criterio planteado por nosotros. En el que la figura penal a la que hacemos referencia en este trabajo de investigación, a nuestro criterio, si debe

¹⁶⁹ Unidad y pluralidad de los delitos. Concurso de normas, p. 13 [Ubicado el 05. XI 2017]. Obtenido en <https://www.unav.es/penal/iuspoenale/lecciones/2013%207%20Iuspoenale%20Concursos.pdf>.

configurarse cuando el autor cometa delitos que sean de distinta naturaleza o especie y no solamente como el Acuerdo Plenario lo establece, esto es, solo se configure con delitos de igual naturaleza.

Sumado a ello, según nuestra postura, sostenemos que no se debe restringir o limitar a que los delitos cometidos por el sujeto activo sean de igual naturaleza, pues si este sujeto será considerado habitual, no solo lo debe ser por la reiterada comisión de delitos homogéneos, dado que si este comete en el lapso de cinco años delitos de distintos bienes jurídicos protegidos (heterogéneos) no daría lugar a la configuración de la agravante cualificada para la determinación judicial de la pena, vulnerándose así el principio de proporcionalidad, y consecuentemente el sujeto responsable gozaría plenamente de este beneficio, por el simple hecho de haberse configurado el supuesto que dispone el Acuerdo Plenario.

Todo ello da lugar a nuestra interpretación, distinta a la que establece el Acuerdo Plenario 1-2008; pues hemos sustentado nuestras posturas bajo determinados supuestos, objetando lo ya plasmado por ley, proponiendo y sugiriendo una óptica distinta para su aplicación en un caso en concreto, con la finalidad que la "habitualidad", no constituya un nuevo panorama en cuanto a su interpretación y aplicación de su artículo (46.C del CP), dando lugar a los jueces a adherirse o aplicar de manera incorrecta tal figura frente a casos concretos que puedan perjudicar de una u otra manera a la sociedad y más aún al agente en el que recae la responsabilidad, vulnerando así de alguna manera sus derechos fundamentales.

Es por ello que esta figura se debe tener en cuenta para poder evaluar bajo qué circunstancias se encuentra el investigado y de esta manera dictar una debida resolución. Y sirva de base para la aplicación al momento de dictar una resolución, buscando proteger de una u otra manera a la víctima y al imputado, teniéndose en cuenta si el investigado es realmente responsable y culpable del ilícito.

Por tanto para considerar una persona habitual según nuestro criterio, es necesario determinar que los hechos se encuentren debidamente probados y haya existido una declaración de responsabilidad, es decir, no es posible admitir la figura de habitualidad con la simple denuncia, con la disposición de formalización de la

investigación preparatoria o acusación fiscal, pues esto afectaría el principio de presunción de inocencia detallado anteriormente.

Asimismo para considerar una persona habitual, es necesario determinar que los hechos se encuentren debidamente probados a través de una sentencia, aunque esta tiene que ser de carácter suspendida, para poder diferenciarla de la figura de reincidencia (46.b del Código Penal), o de ser el caso, decisiones donde se haya demostrado motivadamente la calificación jurídica de los hechos y su vinculación con el imputado, dando lugar al principio de oportunidad considerándolo como un hecho punible ya que existe una vinculación del hecho con el imputado a través de los elementos de convicción.

Por último para considerar una persona habitual, consideramos que no es necesario que los delitos cometidos por el imputado sean de igual naturaleza, dado que si se pueden existir supuestos en que los delitos sean de distinta naturaleza, es decir puedan ser delitos heterogéneos.

En este orden de ideas, se ha narrado y explicado los criterios que tiene en cuenta el Acuerdo Plenario 1-2008 frente a los criterios que nosotros creemos conveniente adoptar para su interpretación de la figura penal: la habitualidad, todo ello a fin de alcanzar un resultado hermenéutico razonable y legítimo al momento de expedir una debida resolución. Y en concordancia con la doctrina, que hace referencia en que: “El intérprete debe incurrir a todos los medios que le permitan escoger, entre los posibles sentidos que puedan adscribirse al texto legal, el que le parezca más conforme al caso a resolver”¹⁷⁰. Para de este modo interpretar la norma de manera adecuada y su aplicación sea la debida por parte de nuestros operadores del derecho, y más aún, por aquellos encargados de decidir por la responsabilidad o no del que viene siendo investigado.

¹⁷⁰ HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Op. Cit*, p.220.

3.3. Propuesta de modificación del contenido del artículo 46. C del Código Penal que se refiere a la habitualidad

Proyecto de Ley: Ley que reforma el artículo 46. C del Decreto Legislativo N° 1181 del Código Penal Peruano.

La Bachiller Katterin Ruth Custodio Chonto, de conformidad con la Constitución peruana, presenta la siguiente iniciativa legislativa:

I. FÓRMULA LEGAL.

LEY QUE REFORMA EL ARTÍCULO 46. C DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1181 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO.

Artículo 1.- Objeto y finalidad de la ley.

La presente Ley tiene por objeto reformar el artículo 46.C del Decreto Legislativo N° 1181 del Código Penal Peruano a fin de establecer cuándo una persona que está siendo investigada es habitual, para de esta manera no vulnerar el principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena ni mucho menos la vulneración de alguno de sus derechos del que está siendo investigado. De manera que todos los operadores del derecho tendrían claros los criterios de aplicación en la figura de la habitualidad, creándose así criterios uniformes por parte de los mismos, existiendo seguridad jurídica y predictibilidad.

Artículo 2.- Modificación del artículo 46. C del Código Penal:

Artículo Único: Modificase el artículo 46. C del Código Penal, quedando redactado de la siguiente manera:

“Artículo 46. C.- La habitualidad”

*Si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, **siempre que haya sido condenado a pena no efectiva, en por lo menos dos oportunidades anteriores, por hechos de igual o distinta naturaleza, que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años.***

II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Una de las figuras que ha estado inmersa a las modificaciones es la habitualidad, la cual se constituye como “la comisión reiterada de delitos, usualmente los mismos”¹⁷¹ y que en su acepción legal, la habitualidad implica la reiteración de más de tres delitos, en tiempo diversos e independientes unos de otros. La cual en principio se encuentra regulada en nuestro Código Penal artículo 46 inciso C, como todo agente: “*será considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años*”.

Lo antes descrito, generó un vacío legal, razón por la cual apareció en el año 2008 el acuerdo plenario 1-2008, creado por la deficiencia técnica legislativa que se detecta en la redacción para la mejor interpretación del referido artículo, pero que a nuestro criterio no excluyó en su totalidad los vacíos que presentaba esta figura, quedando señalado y de manera literal que: “En cuanto a la habitualidad, ella se produce solamente en el caso de que los tres delitos se hayan cometido en un lapso de cinco años y no medie condena sobre alguno de ellos en dicho plazo. Además que todos los delitos cometidos sean dolosos y de igual naturaleza”¹⁷².

En julio del año 2015 aparece la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1181¹⁷³, una nueva modificación a este artículo de la figura de la habitualidad, incurriendo a nuevos contextos, pero sin originar la desnaturalización del acuerdo plenario 1-2008, no quedando desfasado.

Teniendo en cuenta la redacción del artículo 46. C y los criterios que se encuentran expresos en el Acuerdo Plenario 1-2008, identificamos que no se llegó a establecer en su totalidad cuándo realmente se debía aplicar la figura de la habitualidad, de tal manera que su interpretación genera cuestionamientos, criterios y posturas diferentes ante los operadores del derecho frente la aplicación de un caso en concreto, así como también una clara vulneración al derecho del investigado,

¹⁷¹ LA LEY EN EL PERÚ. Legislación, Precedentes Vinculantes, Comentarios, Información sobre Derecho, en laces de interés. Reincidencia y Habitualidad. [Ubicado el 15. X]. Extraído en: <http://laleyenelperu.blogspot.pe/2014/03/reincidencia-y-habitualidad.html>

¹⁷² Acuerdo Plenario N° 1-2008/ CJ-116, de fecha 18 de Julio de 2008.

¹⁷³ Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1181, de fecha 27 de Julio de 2015.

debilitando la seguridad jurídica y existiendo la posibilidad de una total vulneración al principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena.

Dada la complejidad y especiales características de esta figura, se debe tener en cuenta que dentro del primer criterio abordado, no basta la ejecución o perpetración de tres hechos punibles para poder constituirlo como un delito, pues para ello, se requiere no solo hechos que a consecuencia de una denuncia se encuentren en plena investigación, sino también el saber a plena certeza en base a dicha investigación que el agente es realmente quien cometió tal delito y que en realidad es culpable, dando lugar a una condena suspendida.

Así mismo, otro de los criterios que aborda el Acuerdo Plenario 1-2008, es que para su configuración todos los delitos cometidos sean de igual naturaleza”, lo cual da lugar a que el citado acuerdo restringe y limita la comisión de tres hechos punibles a una sola naturaleza, sin embargo, cabe decir, que la norma no hace referencia a tal requerimiento, razón por la cual genera así un vacío en el que no se sabría delimitar frente a tres hechos punibles de distinta naturaleza, en la que ya no se estaría hablando de tal figura y el qué hacer ante ello.

Todo ello genera distintas interpretaciones por parte de los operadores del derecho, pues no existe un criterio uniforme de cuándo y cómo aplicar esta figura frente a un caso en concreto, de tal manera que afecta gravemente uno de los principios constitucionales del investigado, esto es, la presunción de inocencia, así como también el principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena, debido a que esta figura es una agravante cualificada de nuestro Código Penal.

Dando lugar a los jueces a adherir o aplicar de manera incorrecta tal figura que puedan perjudicar de una u otra manera a la sociedad y más aún al agente en el que recae la responsabilidad, vulnerando así de alguna manera sus derechos fundamentales.

El primer criterio deja de alguna u otra manera una idea muy abierta, dado que su interpretación no precisa con exactitud bajo qué supuestos se aplicará la figura penal; habitualidad, pues si bien hace referencia a tres hechos punibles, no establece en que momento o etapa del proceso penal debe encontrarse el hecho

delictivo para que se configure la habitualidad, y más aún al no mediar condena se asume que estos hechos punibles solo se encuentren en investigación, dando lugar a que no se logre saber con exactitud si el agente denunciado por un delito sea realmente el culpable de tal ilícito penal, y de esta manera llamar habitual al agente del cual no se ha determinado su responsabilidad, generando así la vulneración de uno de sus principales derechos fundamentales del ser humano, siendo en el presente caso el del investigado.

Al hablar de esos tres delitos es necesario que se precise ese extremo, porque si bien el Acuerdo Plenario habla de delitos, esos delitos al momento o bajo la interpretación que le atribuyen los operadores de derecho no sabrían con exactitud frente a qué supuestos se debe aplicar la habitualidad y cuando se refiere a un hecho punible que no medie condena, pues podrían entenderse como aquellos casos que se encuentren archivados, o los que están en diligencias preliminares, los que están formalizados o los que están en acusación; ello haciendo más vaga, ambigua o inequívoca la interpretación que hace el referido acuerdo.

Entonces, cómo podremos saber con certeza en qué etapa del proceso penal da lugar ya a un hecho que se configure punible y que por tanto el supuesto investigado es realmente el autor del hecho delictivo, si bajo los supuestos mencionados nos encontramos aún en investigaciones o recabándolas y todavía no se ha determinado fehacientemente la responsabilidad del autor. Y que de alguna u otra manera se puede estar llevando una investigación en la que al final del proceso penal la persona investigada no es culpable, debiendo tenerse en cuenta el literal e) del numeral 23 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú en la que se establece que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

Según ANDRÉS IBAÑEZ¹⁷⁴, el derecho a la presunción de inocencia es una regla que garantiza lo siguiente: El tratamiento que debe recibir el acusado durante el proceso, esto significa que el acusado debe ser tratado como inocente sin que

¹⁷⁴ HIGA SILVA, César. *El derecho a la Presunción de Inocencia desde el punto de vista Constitucional*. p. 2 [Ubicado el 05. XI 2017]. Obtenido en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/12793/13350>.

pueda imponérsele algún tipo de medida que afecte esa condición hasta que el Juez declare su culpabilidad respecto de los hechos imputados.

Para que realmente se constituya como culpable de un ilícito penal una determinada persona y por ende se configure una agravante cualificada como lo es la habitualidad (46.c del Código Penal), es que a través de las investigaciones se haya determinado fehacientemente su responsabilidad en los dos hechos punibles anteriores y que en alguno de ellos al menos medie condena suspendida. Debido a que el solo desarrollo de la investigación no puede dar lugar a que el investigado sea realmente el culpable del ilícito penal, sino que para llegar a tal conclusión también se requieren de pruebas que lo incriminen.

Por tanto, para considerar una persona habitual, es necesario determinar que los hechos se encuentren debidamente probados y haya existido una declaración de responsabilidad, es decir, no es posible admitir la figura de habitualidad con la simple denuncia, con la disposición de formalización de la investigación preparatoria o acusación fiscal, pues esto afectaría el principio de presunción de inocencia.

Asimismo para considerar una persona habitual, es necesario determinar que los hechos se encuentren debidamente probados a través de una sentencia, aunque esta tiene que ser de carácter suspendida, para poder diferenciarla de la figura de reincidencia (46.b del Código Penal), generando así de esta manera predictibilidad o seguridad jurídica.

La predictibilidad también es conocida con los principios de seguridad jurídica o de certeza. Con ella se pretende eliminar parte de la inseguridad jurídica y generar confianza en la ciudadanía para que tenga certeza o predictibilidad de cuál será el resultado final de su caso planteado ante el sistema de justicia. Se busca disminuir la emisión de sentencias discordantes y contradictorias frente a situaciones similares¹⁷⁵.

¹⁷⁵ La predictibilidad en la Justicia Peruana. [Ubicado el 20. X 2018]. Obtenido en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4a11c6004795d9cb9670f61f51d74444/20110220.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4a11c6004795d9cb9670f61f51d74444>.

Por ello, como refiere el Tribunal Constitucional Español, “entendida en su sentido más amplio, la seguridad jurídica supone la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del derecho” (STC 36/ 1991).

Por último para considerar una persona habitual, consideramos que no es necesario que los delitos cometidos por el imputado sean de igual naturaleza, dado que sí pueden existir supuestos en que los delitos sean de distinta naturaleza, es decir puedan ser delitos heterogéneos.

Teniendo en cuenta que: “El intérprete debe incurrir a todos los medios que le permitan escoger, entre los posibles sentidos que puedan adscribirse al texto legal, el que le parezca más conforme al caso a resolver”¹⁷⁶. Para de este modo interpretar la norma de manera adecuada y su aplicación sea la debida por parte de nuestros operadores de derecho.

El presente proyecto de ley tiene por objeto modificar el artículo 46° C del Decreto Legislativo N° 1181 del Código Penal Peruano, pues su redacción actual y literal presenta la ausencia de criterios uniformes para su aplicación. La norma al no ser expresa deja desprotegido el derecho del investigado, afectando la seguridad jurídica y predictibilidad y existiendo la posibilidad de una total vulneración al principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena.

Por esta razón, resulta imprescindible proponer la modificación del artículo, en el sentido de que en los 2 hechos punibles (anteriores al nuevo delito investigado), exista de por medio una condena por lo menos suspendida y que estos delitos puedan ser de distinta naturaleza.

¹⁷⁶ HURTADO POZO, José. *Manual de derecho Penal*. Parte General I, Tercera Edición, 2005, Lima, Editorial Grijley., p.220.

III. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El presente proyecto no va en contra a la Constitución Política del Perú ni colisiona con la legislación vigente, solo modifica el artículo 46. C del Decreto Legislativo N° 1181 del Código Penal.

IV. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente propuesta no genera costo alguno al erario nacional ni es una iniciativa de gasto; por el contrario, la idea genera un impacto social favorable, dado que lograría uniformidad en los criterios adoptados por los operadores del derecho frente a la figura penal de la habitualidad, creando así seguridad jurídica y de esta manera cumplir con los principios de proporcionalidad al momento de la determinación judicial de la pena que llevará el investigado no vulnerando así sus derechos fundamentales del mismo.

CONCLUSIONES

1.- La habitualidad es una agravante cualificada que se encuentra regulada en nuestro Código Penal Peruano (46.C), implica una tendencia o inclinación a delinquir, constituyéndose como aquella reiteración en la comisión de delitos por parte del sujeto activo; pues esta figura penal es un hábito en la persona que delinque o infringe la norma penal, siendo una de las figuras que ha quedado sujeta a distintas modificaciones debido a los vacíos que contemplaba la norma. Es por ello que ante este vacío, aparece el Acuerdo Plenario 1-2008, refiriendo que la habitualidad se produce solamente en el caso de que los tres delitos se hayan cometido en un lapso de cinco años y no medie condena sobre alguno de ellos en dicho plazo. Además que todos los delitos cometidos sean dolosos y de igual naturaleza.

2.- Los operadores de derecho también llamados operadores de justicia son aquellos que han sido elegidos en un espacio laboral o profesional para desarrollar una actividad específica. Siendo una de las principales características del sistema procesal, la delimitación de roles y funciones que hacen propio a cada sujeto procesal, en el que nuestro sistema presenta a los diferentes sujetos que concurren y se interrelacionan para contribuir en el desarrollo de determinados fines, llegando a una justicia anhelada, restableciendo el orden y la paz social, de tal manera se

deben entender como aquellos instrumentos que proporcionan eficacia y eficiencia al proceso, lográndose así el producto final esperado.

3.- Para considerar cuándo una persona es habitual en la configuración de un delito; se deberá determinar que los hechos se encuentren debidamente probados a través de una condena suspendida, es decir, no es posible admitir la figura de habitualidad con la simple denuncia, el inicio de las diligencias o la disposición de formalización de la investigación preparatoria (etapas del proceso penal), de no ser así esto afectaría el principio de presunción de inocencia. No será necesario que los delitos cometidos por el imputado sean de igual naturaleza, dado que pueden existir supuestos en los que los delitos sean heterogéneos. Es necesaria, por tanto, una correcta regulación en la figura de la habitualidad, que debe tener como requisito indispensable que medie condena al menos suspendida y que sean bajo los supuestos de cualquier delito. Por ello consideramos que el artículo 46. C del Código Penal, deberá quedar redactado de la siguiente manera: *Si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, **siempre que haya sido condenado a pena no efectiva, en por lo menos dos oportunidades anteriores, por hechos de igual o distinta naturaleza, que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años.***

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*. Sexta edición, Giuffré, Miliano, 1969, p.523.; Citado por HESBERT BENAVENTE, Chorres. *Reincidencia y habitualidad en el proceso penal peruano: Aspectos legislativos, jurisprudenciales y doctrinales*. 1ª ed, Lima, Gaceta jurídica S.A., 2011.
2. ARBULÚ MARTINEZ, Víctor. *La investigación preparatoria: En el nuevo Procesal Penal*. 1ªed, Lima, Instituto Pacífico, 2014.
3. CARNELUTTI, F. *Las miserias del proceso penal*, Bogotá, Temis, 1989.
4. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El Nuevo Código Procesal: ¿Revolución Penal?* Lima, Justicia Viva, 2004.
5. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El Nuevo Código Procesal Penal Peruano: Teoría y práctica de su implementación*. 1ªed, Perú, Lima, Palestra Editores, 2009.
6. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid, Iustel, 2005.
7. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*. 6a Ed. Madrid, Trotta, 2004.

8. GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Lima, Editora y Librería Jurídica Grijley, 2008.
9. GONZALES NAVARRO, Antoni. *Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio*. Bogotá, Editorial LEYER, 2005.
10. HESBERT BENAVENTE, Chorres. *Reincidencia y habitualidad en el proceso penal peruano: Aspectos legislativos, jurisprudenciales y doctrinales*. 1ª ed, Lima, Gaceta jurídica S.A, 2011.
11. HURTADO POZO, José; y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed, TOMO II, Lima, Editorial Moreno S.A, 2011.
12. HURTADO POZO, José. *Manual de derecho Penal. Parte General I*, 3ª ed, Lima, Editorial Grijley, 2005.
13. JAÉN VALLEJO, Manuel. *Los principios de la prueba en el proceso penal español*. Medellín Editorial Jurídica Colombia, 2005.
14. LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal: Doctrinas generales*. Tomo I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 2000.
15. LLORENTE, Juan. *Historia Crítica de la Inquisición en España*. Tomo I. Imprenta del censor, Madrid, 1822.
16. MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal Argentino*. Tomo I, Vol.B, Buenos Aires, Editorial Hamurabi, 1998.
17. NEYRA FLORES, José; GIMENO SENDRA, Vicente; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; y otros. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I, 1ª ed. Lima, Editorial Moreno, 2015.
18. NEYRA FLORES; José. *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*. Lima, Editorial Moreno, 2010.
19. NIEVA FENOLL, Jordi. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Madrid, Edisofer, 2012.
20. NÚÑEZ OJEDA, Raúl. *La Instrucción del Ministerio Público o fiscal. Un estudio comparado entre la situación de Chile y España*. Lima, Doctrina y Jurisprudencia Penales, 2000.
21. ODERIGO, Martin. *Lecciones de Derecho Procesal*. Tomo 1, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1982.
22. ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Derecho Procesal Peruano: Análisis y comentarios al Código Procesal Penal*. Tomo I, Lima, Gaceta Jurídica, 2016.

23. ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Reforma, Lima, 2011.
24. PANTA CUEVA, David; ALDANA RAMIREZ, Roger; y otros. *La reincidencia y la habitualidad. Especial referencia a su tratamiento en los acuerdos plenarios*. 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica, 2010.
25. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Estudios sobre Derecho Penal y Procesal Penal*. 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A, 2013.
26. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso; BENAVENTE CHORRES, Hesbert; y otros. *El derecho penal y Procesal Penal en la constitución*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica, 2009.
27. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte General. Teoría del delito y de la pena y sus consecuencias jurídicas*. Lima, Editorial Rodhas S.A.C, 2007.
28. PEÑA CABRERA; Raúl. *Tratado de Derecho Penal, Estudio Programático de la Parte General*, Grijley, Lima, 1994,
29. PEREZ SARMIENTO, Eric. *Fundamentos del sistema Acusatorio de Enjuiciamiento Penal*. Temis Bogotá, 2005.
30. PRADO SALDARRIAGA, Víctor; CRESPO, Demetrio y VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Determinación Judicial de la pena*. 1ª ed, 2015, Breña, Instituto Pacífico S.A.C,
31. POLAINO NAVARRETE, Manuel. *Derecho Penal. Moderna Bases Dogmáticas*, Grijley, Lima, 2004.
32. QUISPE FARFÁN, Fany. *El Derecho a la Presunción de Inocencia*. Palestra Editores, Lima, 2003.
33. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *En busca de la prisión preventiva*. Lima, Instituto Pacífico, 2006.
34. RODRIGUEZ MOUROLLO, Gonzalo. "Aspectos Críticos de la elevación de pena en casos de multirreincidencia". En: *Anuario de derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XXV, Fascículo II, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1972.
35. ROMEO CASABONA, Carlos María. *Las transformaciones del Derecho penal en un mundo en cambio*. Volumen 1, Arequipa, 2004.
36. ROSAS YATACO, Jorge. *Manual de Derecho procesal penal*, Lima, Grijley, 2003.

37. SANCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo Proceso Penal*. 1ªed, Lima, Idemsa, 2009.
38. SANCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 1ª ed, Lima, Editorial Moreno, 2004.
39. SAN MARTIN CASTRO, Cesar. *Derecho Procesal Penal. Lecciones. Conforme el Código Procesal Penal de 2004*. 1ªed, Lima, Cenesa, 2015.
40. SAN MARTIN CASTRO, Cesar. *Derecho Procesal Penal*. Vol. I. 2ªed, Lima, Editora GRIJLEY, 2006.
41. VERA BARROS, Oscar. *Teoría del concurso de delitos. Unidad y pluralidad delictiva*. 1ªed, Córdova, Lerner Editora, 2014.
42. VIDE FERRI, Enrico. *Sociología criminal*. Valleta Ediciones, Argentina, 2006.
43. VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte General*. 3ªed, Lima, Grijley, 2008.
44. VILLEGAS PAIVA, Elky. *La presunción de inocencia. En el proceso penal Peruano*. 1ªed, 2015, Lima, Gaceta Jurídica.
45. ZAFFARONI, Eugenio. *Tratado de derecho penal. Parte general, Tomo IV*, Buenos Aires, 2006.

TESIS

1. MARCELO MORALES, Víctor Hugo. *El peligro de reiteración delictiva como fundamento para dictar el mandato de prisión preventiva*, Tesis para optar el grado de Abogado. Universidad Privada Antenor Orrego-UPAO, 2014.
2. MERINO SALAZAR; Carlos Eduardo. *La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y fin de prevención general positiva en las sentencias condenatorias por delitos contra el patrimonio en los juzgados unipersonales de la provincia de Trujillo en el año 2010*, Tesis para optar el grado de Doctor. Universidad Privada Antenor Orrego – UPAO – Escuela de Postgrado sección de Postgrado de Derecho, 2014. p. 9 [Ubicado el 05. XI 2017].
Obtenido en http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/728/1/MERINO_CARLOS_PENA_PRIVATIVA_CONDENATORIAS.pdf.

ARTÍCULOS DE REVISTA

1. CARRION RAMIREZ, Roxana. *Precisiones sobre la reincidencia y habitualidad en el ámbito penal*. [Ubicado el 9.XI 2016] .Obtenido en:

<http://jmanayalle5.blogspot.pe/2010/05/precisiones-sobre-la-reincidencia-y.html?m=1>.

2. FEIJO SÁNCHEZ, Bernardo. "Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 23, Lima, 2008.
3. GONZALES CEDRUN, Héctor. *Las diferencias entre la reincidencia y la habitualidad en el Derecho Penal*. [Ubicado el 9.XI 2016] .Obtenido en: <http://queaprendemoshoy.com/las-diferencias-entre-la-reincidencia-y-la-habitualidad-en-el-derecho-penal>.
4. ORÉ SOSA, Eduardo. Determinación de la Pena. Reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la ley 30067. [Ubicado el 9.XI 2016]. Obtenido en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20131108_03.pdf,
5. SAN MARTIN CASTRO, Cesar. "Acerca de la función del juez en la investigación Preparatoria". En revista *Actualidad Jurídica* N° 146, Lima, enero 2006.
6. SANZ DIEZ, Marina. *Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales, especial referencia a la delincuencia patrimonial. Estudios Penales y criminológicos*. Vol. XXXIII, 2013 [Ubicado el 9.XI 2016]. Obtenido en www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/download/1353/1665
7. VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, Miguel. *Derecho Procesal Penal y otros temas de derecho en genera*, la reincidencia – análisis del artículo 46-b del código penal modificado mediante la ley 30076 [Ubicado el 9.XI 2016] .Obtenido en <https://detorquemada.wordpress.com/2015/12/25/la-reincidencia-analisis-del-articulo-46-b-del-codigo-penal-modificado-mediante-la-ley-30076/>.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

1. ACOSTA CASCO, Natalia. *Tratamiento de la Reincidencia y la Habitualidad en la Jurisprudencia Nacional, 2002.*, p. 53 [Ubicado el 05. IX 2017]. Obtenido en http://wold.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/reincidencia-y-habitualidad_informe-final.pdf.
2. ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. *Medidas Alternativas a la Pena Privativa de la Libertad*, p. 3 [Ubicado el 05. XI 2017]. Obtenido en http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere_pen_proce_penal/aplica_pena/61-75.pdf.
3. ACUERDO PLENARIO N° 4-2009/CJ-116 CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL ART. 116° TUO LOPJ. Obtenido en: http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_4.pdf.

4. BAZAN BARRERA, Samanta Yusilu; VERGARA CABRERA, Elma Sonia. Principio de oportunidad aplicado por los operadores de justicia en las fiscalías provinciales penales corporativas de la provincia de Maynas, Distrito Judicial de Loreto, Octubre 2012-Abril 2013, Tesis para optar el grado académico de Magister en derecho Penal, San Juan, Perú, Universidad Nacional de la Amazonia Peruana, 2014 [Ubicado el 9.XI 2016]. Obtenido en <http://dspace.unapiquitos.edu.pe/bitstream/unapiquitos/438/1/tesis%20completa%20bazan.pdf>.
5. BOVINO, Alberto. Víctima y Derecho Penal [Ubicado el 03.VI. 2017]. Obtenido en <http://www.derechopenal.com.ar/archivos.php?op=13&id=171>.
6. CALDERON SUMARRIVA, Ana. *El nuevo sistema procesal penal: Análisis Crítico*. Egacal, Perú, 2011, 129. [Ubicado el 05.V 2017]. Obtenido en: <http://www.anitacalderon.com/images/general/vgya204lw.pdf>.
7. CRIMINALISTICA.MX. SITIO DEDICADO A PROMOVER LA INVESTIGACIÓN FORENSE. *Teoría del delincuente.2013*. [Ubicado el 24.X 2016]. Obtenido en <http://www.criminalistica.mx/areas-forenses/criminologia/382-teordel-delincuente3>.
8. COLPAERT ROBLES, Reymer. *El principio de oportunidad en el nuevo Código Procesal Peruano*, p. 2 [Ubicado el 05. XI 2017]. Obtenido en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20110807_01.pdf.
9. CONSEJO EJECUTIVO DEL PODER JUDICIAL. *Nuevos criterios para la determinación judicial de la pena*: Editora Jurídica Grijley, Lima, 2008, p. 127 [Ubicado el 10.V 2017]. Obtenido en https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/496f12804794f8c99f4c9fd87f5ca43e/CriteriosJudDePena_07052009.pdf?MOD=AJPERES.
10. Enciclopedia Jurídica. Habitualidad Penal. Edición 2014 [Ubicado el 12. X]. Ubicado de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/habitualidad-penal/habitualidad-penal.htm>.
11. HIGA SILVA, César. *El derecho a la Presunción de Inocencia desde el punto de vista Constitucional*. p. 2 [Ubicado el 05. XI 2017]. Obtenido en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/12793/13350>
12. ITURRALDE, Victoria. *Sobre el Silogismo Judicial*. p, 4 [Ubicado el 01.XI 2017]. Obtenido en: <https://ru.scribd.com/document/344474018/Dialnet-SobreEISilogismoJudicial-142201-pdf>.
13. LA LEY EN EL PERÚ. *Legislación, Precedentes Vinculantes, Comentarios, Información sobre Derecho, en laces de interés. Reincidencia y Habitualidad*.

- [Ubicado el 15. X]. Obtenido en <http://laleyenelperu.blogspot.pe/2014/03/reincidencia-y-habitualidad.html>.
14. LIZARRAGA GUERRA, Víctor. *Fundamento del “ne bis in idem” en la potestad sancionadora de la administración pública* [Ubicado el 8.XI 2016] .Obtenido en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120908_02.pdf.
 15. MACHICADO, Jorge. *Apuntes Jurídicos en la web* [Ubicado el 9.XI 2016] .Obtenido en <https://jorgemachicado.blogspot.pe/2009/03/circunstancias-del-delito.html>.
 16. OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. *Los mecanismos de investigación criminal*. [Ubicado el 10. VI. 2017]. Obtenido en http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2257_modulo1_tema1.pdf.
 17. Plan de implementación del Nuevo Código Procesal Penal, aprobado por D.S. 013-2005-JUS. p.12 [Ubicado el 02.V 2017] .Obtenido en: <http://sistemas3.minjus.gob.pe/sites/default/files/documentos/cpp/documentos/PLAN-DE-IMPLEMENTACION-DEL-NUEVO-CPP.pdf>
 18. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. “*El código Penal de 1991 20 años después*”, *Apuntes sobre sus antecedentes, evolución y futuro.*, p, 18 [Ubicado el 12.IX 2016] .Obtenido en https://app.vlex.com/#WW/search*/EL+C%C3%93DIGO+PENAL+DE+1991%3A+20+A%C3%91OS+DESPU%C3%89S/WW/vid/370505914/graphical_version.
 19. PRADO SALDARRIAGA. Víctor. *La determinación Judicial de la Pena. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema*. p, 5 [Ubicado el 15.X 2017] .Obtenido en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/01999a8046ed23428cfbec199c310be6/T1-la+determinacion+judicial+de+la+pena.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=01999a8046ed23428cfbec199c310be6>.
 20. Unidad y pluralidad de los delitos. Concurso de normas, p. 13. [Ubicado el 05. XI 2017]. Obtenido en <https://www.unav.es/penal/iuspoenale/lecciones/2013%207%20iuspoenale%20Concursos.pdf>.
 21. UNIVERSIDAD JOSE CARLOS MARIATEGUI. *Derecho Procesal Penal I*, Moquegua, 2010. [Ubicado el 9.XI 2016] .Obtenido en http://bv.ujcm.edu.pe/links/cur_derecho/MODULO%20DERECHO%20PROCESAL%20PENAL%20I.pdf

REFERENCIA A UNA JURISDPRUDENCIA

1. STC del 19 de Enero del 2007. (Expediente número 0014-2006- PI/TC)