

## V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

**ACUERDO PLENARIO N° 8-2009/CJ-116  
CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL.  
ART. 116° TUO LOPJ**

**Asunto:** La prescripción de la acción penal en el art. 46 y art. 49 del CP.

**PRECEDENTE VINCULANTE:** Fundamentos Jurídicos 6° y 13°

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

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

### ACUERDO PLENARIO

#### I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 05 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante. LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

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

Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre los alcances de la aplicación del artículo 46°-A y el artículo 49° del Código Penal –en adelante, CP- en la prescripción de la acción penal. en específico, el problema a tratar incide en la implicancia cuantitativa que tienen las circunstancias agravantes previstas en los artículos 46°-A y 49°, último inciso del primer párrafo, CP a efectos de su cómputo en el plazo de la prescripción de la acción penal, por cuanto, éstas incrementan, en el primer caso: en un tercio la pena por encima del máximo legal de pena fijado para el delito cometido; y en el segundo: en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

4°. En cumplimiento de lo debatido y acotado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que corresponda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor CALDERÓN CASTILLO, quien expresa el parecer mayoritario del Pleno.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### **& 1. Los artículos 46°-A y 49° CP.**

6°. EL artículo 46°-A CP regula una circunstancia agravante genérica por la condición del sujeto activo –funcionario público-. EL texto legal de dicha norma fue introducido por la Ley número 982, del 14 de marzo de 1997, modificado por el Decreto Legislativo número 982. del 22 julio de 2007. el referido artículo 46°-A CP posibilita al Juez incrementar la pena hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido –segundo párrafo del artículo mencionado-. Asimismo fija un límite, al precisar que ésta no puede exceder del máximo de pena privativa de libertad temporal establecida en el artículo 29° CP -35 años-.

La norma penal, que es de naturaleza *abstracta – concreta*, fija criterios adicionales propios y legitimadores del incremento de una mayor culpabilidad por el hecho – con la consiguiente agravación de la pena-. Así la ostentación de una determinada condición profesional, incrementará la culpabilidad, cuando existe una relación interna (*innere Beziehung*) entre la profesión o posición del sujeto y el propio hecho delictivo. Empero, no existe un principio jurídico general según el cual los integrantes de determinados grupos profesionales tengan un deber intensificado de comportarse de conformidad con la norma. [JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ: *Teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): Un primer esbozo*, página 4]. Acorde con dicho criterio nuestra norma penal –artículo 46°-A CP-, se sujetará a dichas exigencias: subjetivo y objetivo. Se incrementara la pena, sólo si el sujeto activo se aprovecha de su condición de *miembro* de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, para *cometer* un hecho punible, o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público o cuando el sujeto haya desempeñado cargos –haber sido autoridad, funcionario o servidor público- y se aprovecha de los conocimientos adquiridos en el ejercicio de su función para cometer el hecho punible. Y cuando el sujeto activo, desde un establecimiento penitenciario –se entiende privado ya de su libertad-, comete en calidad de autor o partícipe el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro (de conformidad al segundo y tercer párrafo de la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo número 982). Aunque con los criterios fijados, se tendrá que tener especiales consideraciones con la última referencia.

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

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

No todos los delitos admiten la figura del delito continuado. En este sentido, “sólo es viable, entonces en los delitos cuyo injusto sea cuantificable, susceptible de agravación con actos que se realizan en sucesión progresiva (...). No tiene cabida allí donde el injusto se agota necesariamente con un acto único e indivisible, como es el caso de la vida o de los llamados bienes personalísimos, de cuyo inacumulables cuando la lesión pasa de un titular a otro” [JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, autor citado por FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS, *Obra citada*, página 689].

Lo que determina la diferencia entre uno y otro instituto jurídico es que el delito masa la denomina “pena de arranque” será la pena base del delito continuado [ROCÍO CANTARERO BRANDES, autora citada por IGNACIO GÓNZALES AYALA: *El delito masa*. En Consejo General del Poder Judicial: Unidad y Pluralidad de delitos, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, página 14], y que podría elevarse hasta un tercio de la máxima prevista para el delito más grave, por lo que sigue considerándose al delito masa como un “subespecie del delito continuado” [ROCÍO CANTARERO BRANDES, autora citada por IGNACIO FÓNZALES AYALA: *Obra citada*, página 16]. El fundamento de la agravación punitiva del delito masa se construye sobre la existencia de un *injusto de mayor gravedad* [IGNACIO GÓMEZ AYALA, *Obra citada*, página 10] al que informa, según nuestra legislación, la pluralidad de personas a las que afecta. El efecto *plus* punitivo de esta figura radica, precisamente, en la posibilidad de aglutinar distintos resultados o perjuicios a fin de erigir una “unidad” sustrayendo de este modo el supuesto a las reglas de los concursos de cuya naturaleza no participa el delito masa. Son elementos del delito masa:

- a) la realización de un delito continuado; y,
- b) pluralidad de personas perjudicadas por el delito.

Cabe descartar que, al igual que en el delito continuado, la ley excluye la aplicación de las reglas sobre delito masa, en caso de que “resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos”. Se estima como tales a la vida y la salud individual (VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, editorial Gaceta Jurídica, Lima 2000, página 144).

De modo que, el delito viene a ser una circunstancia agravante específica del delito continuado. Se basa en la pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado que ejecuta el agente. En este caso, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

## **& 2. La determinación Judicial de la Pena.**

8°. La determinación judicial de la pena viene a ser un procedimiento técnico y valorativo que ha de permitir la concreción cualitativa, cuantitativa y, a veces, ejecutiva de la sanción penal [VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA: *Obra citada*, página 95]. Dicha actividad se realiza al final del proceso, es decir, una vez que se

han actuado y contradicho las pruebas; sobre este fundamento el Juez considera el hecho acusado como típica antijurídico y culpable. En base a estos dos criterios el Juez se abocará, tal como explica la doctrina, primero, a construir el ámbito abstracto de la pena –identificación de la pena básica-, sobre el que tendrá esfera de movilidad; y segundo, a examinar la posibilidad de una mayor concreción en la pena abstracta –individualización de la pena concreta-. Finalmente entrará en consideración la verificación de la presencia de las “circunstancias” que concurren en el caso concreto.

9°. Las circunstancias del delito son elementos accidentales nominados o innominados dentro de la estructura del delito que influyen en la determinación de la pena. Su carácter accidental implica entonces que no constituyen (ni son co-constitutivas) del injusto ni de la responsabilidad del sujeto. Por eso hay que diferenciarlas de aquellas que han pasado a formar parte del injusto del respectivo delito como en el asesinato, y en general de la mayoría de los delitos, ya que un tipo legal, como es la descripción de un ámbito situacional, requiere ser circunstanciado [JUAN BUSTOS RAMÍREZ: *Derecho Penal - Parte General*, Obra Completas, Tomo I, Ara Editores, Lima, 2004, página 1192]. En virtud a ello es que se señala que sólo se pueden considerar las circunstancias (agravantes o atenuantes) a efectos de la individualización de la pena, cuando no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad.

Entre las clases de circunstancias, encontramos:

- a) Las “circunstancias comunes o genéricas”, que son aquellas que operan en el proceso de determinación de la pena de cualquier delito -como es el caso de las previstas en el artículo 46° y el artículo 46°-A del CP-, con la salvedad de que sólo se pueden considerar dichas agravantes a efectos de la individualización de la pena, cuando no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, es decir, que a veces por la propia estructura del tipo legal no se pueden aplicar. Con ello se respeta la prohibición del principio de la doble valoración del injusto y del reproche penal. En el caso específico del artículo 46° - A del CP, su aplicación es exclusivamente para delitos donde no se requiera una cualidad especial en el sujeto activo -miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público-.
- b) Las “circunstancias especiales o específicas” que son aquellas que están señaladas para un delito determinado o un grupo de delitos solamente. Así por ejemplo, las previstas en el artículo 189° CP, que operan únicamente con el delito de robo; en el artículo 186° que operan solamente con el delito de hurto; en el artículo 297° que operan solamente con el delito de tráfico ilícito de drogas; y el “delito masa” - regulado en el último inciso del primer párrafo del artículo 49° del CP-, que opera únicamente con el delito continuado. Y,

- c) Las circunstancias denominadas “elementos típicos accidentales”, son aquellas que concurren con una conducta típica. Ésta (la circunstancia) se anexa a una conducta típica y forma un tipo penal derivado, prototipo es el parricidio [VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA: *La determinación judicial de la pena. Nuevos criterios para la determinación judicial de la pena*, Centro de Investigaciones Judiciales, Investigación y Publicaciones, Lima, páginas 35 - 37].

Las circunstancias tienen, pues, por objeto una mayor precisión del injusto, es decir, están dirigidas a una mejor consideración graduacional de las valoraciones que lo componen e, igualmente, están en relación al sujeto responsable, se trata de una mejor graduación de su responsabilidad, sobre la base de determinar las circunstancias que han influido en su conciencia y en sus estados motivacionales [JUAN BUSTOS RAMÍREZ/HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉ: *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen II, Editorial Trotta, Madrid, 1999, páginas 396-397].

La función de las circunstancias es determinar el *quantum* de la pena, es decir, afectan su medida, ya sea para aumentarla o disminuirla. Por eso mismo, aquellas que por sí mismas constituyen ya un delito (un injusto) o son cofundantes del injusto, no pueden ser tenidas en cuenta, ya que han servido para fijar el marco penal y, por tanto, no podrían nuevamente ser consideradas para su medida [JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Obra citada*, página 1195].

### § 3. *La prescripción de la acción penal.*

10°. El CP reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal. La presencia de la prescripción en el ordenamiento jurídico solamente puede explicarse de manera satisfactoria si se tiene en cuenta la función del Derecho penal, es decir aquellas razones que explican la creación y el mantenimiento a lo largo del tiempo del sistema de normas y sanciones penales del Estado [RAMÓN RAGUÉS Y VALLÉS, *Obra citada*, página 126].

Mediante la prescripción de la acción penal se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores. Su justificación no se encuentra en la imposibilidad de generar determinados efectos futuros castigando hechos pretéritos, como pretenden los planteamientos basados en la función de la pena, sino por la falta de lesividad de tales hechos: los acontecimientos que ya forman parte del pasado no ponen en peligro el modelo social vigente y, por tanto, carecen de contenido lesivo que justifique su sanción [RAMÓN RAGUÉS Y VALLES, *Obra Citada*, página 45].

Dicha institución jurídica se encuentra regulada en el artículo 80° CP, que fija el plazo en el que prescribe la acción penal, el mismo que será igual “...*al máximo de la pena -abstracta- fijada por la ley para el delito*” -prescripción ordinaria-, mientras que el artículo 83° CP reconoce la denominada prescripción extraordinaria de la acción penal, que se produce cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

Como es sabido, la regulación de la prescripción de la acción penal está vinculada a la política criminal que adopta el Estado a través del órgano competente –el Congreso o en su caso el Poder Ejecutivo vía facultades delegadas por aquél– conforme a sus potestades. El legislador a la hora de regular la prescripción de los delitos escogió ciertos parámetros objetivos como el tipo de pena y el extremo mayor de la sanción, todo con el fin de procurar, de acuerdo a las características propias de cada delito, un normal desarrollo de la prosecución de la acción penal y del proceso en caso llegue a ejercerse. En nuestra legislación se ha optado que para efectos de la prescripción de la acción penal se ha de tomar en cuenta la pena abstracta fijada para el delito. Dicho factor, en términos de legitimación, servirá de parámetro para conciliar los intereses del Estado en la persecución del delito y los derechos del ciudadano frente a su poder punitivo.

Así entendido, no hay un derecho a la prescripción, sino más bien el derecho a la seguridad jurídica, a la legalidad, a la tutela jurisdiccional y a la igualdad –como consecuencia de la regulación de la prescripción–, principios que no resultan lesionados por el Estado en tanto los plazos establecidos para la denuncia, investigación y juzgamiento de los delitos establecidos por el legislador sean razonables y estén definidos y limitados por la ley.

Desde el punto de vista material la prescripción importa la derogación del poder penal del Estado por el transcurso del tiempo, en consecuencia, dicho instrumento jurídico es el realizador del derecho fundamental a la definición del proceso penal en un plazo razonable, confirmando el vínculo que tiene este instituto con el Estado de Derecho. Por tanto, la interpretación de la prescripción siempre partirá de criterios de favorabilidad [JOSÉ HURTADO POZO: *Manual de Derecho Penal - Parte General I*, 3ª Edición, Editorial Grijley, Lima, 2005, página 330].

**11º.** Estando a lo expuesto, queda por determinar si al plazo de prescripción de la acción “...fijado por la ley para el delito” [artículo 80º CP], es posible adicionarle el incremento de pena prevista en la circunstancia agravante genérica por condición del sujeto activo (artículo 46º-A CP) o la circunstancia agravante específica por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado (artículo 49º CP).

Según se ha indicado precedentemente, para efectos de determinar la prescripción de la acción penal nuestra legislación ha optado por tomar en cuenta la pena abstracta fijada para el delito. Esta se configura como la respuesta preconstituida a un conjunto de hechos que coinciden en construir un determinado tipo de injusto penal, culpable y punible, en el que se contienen los elementos que fundamentan el merecimiento y necesidad de aquella pena-marco. Por ende, su determinación sucede en un estadio previo al hecho delictivo mismo, propio de un sistema penal garantista, regido por el principio de legalidad. Este principio constituye una garantía básica de todo ciudadano en un Estado de Derecho, que abona el derecho a saber no solo qué está prohibido: conductas que constituyen delito, sino las consecuencias que tendrá la realización de la conducta delictiva: forma y característica de la reacción penal, lo que deriva en dos garantías puntuales: la criminal –que exige que

la conducta este prevista en la ley con suficiente precisión o determinación– y la penal –que exige la previsibilidad de las penas en la ley y que sean determinadas–.

La pena concreta, por el contrario, sucede en un estadio posterior y final. Por ello se señala que la determinación judicial de la pena es el acto por el cual el Juez pondera la infracción a la norma y la transforma en una medida de pena determinada (pena concreta), y su magnitud es siempre expresión de la ponderación del ilícito culpable (cuantificación de la culpabilidad) [PATRICIA S. ZIFFER. En: *Determinación judicial de la pena*, (CLAUS ROXIN, MARY BELOFF, MARIO MAGARIÑOS, PATRICIA S. ZIFFER, EDUARDO ANDRÉS BERTONI y RAMÓN TEODORO RÍOS), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, página 91]. Es recién en este momento en el que actuarán las denominadas “circunstancias” (agravantes o atenuantes), siempre y cuando por sí mismas no constituyan ya un delito (un injusto), sean cofundantes del injusto, y en general no estén ya descritas en el tipo penal, puesto que de ser así, debe entenderse que ya habrían servido al legislador para fijar el marco penal abstracto; y, por tanto, no podrían nuevamente ser consideradas para la medida de la pena concreta.

**12°.** En este sentido, la circunstancia prevista en el artículo 46°-A CP viene a ser una agravante genérica del delito por la condición del sujeto activo –funcionario público– y, como tal, se trata de un elemento accidental dentro de la estructura del delito, que influye en la determinación judicial de la pena –pena concreta–, mas no en la pena abstracta. Su carácter accidental implica que no constituye el injusto ni la responsabilidad del sujeto. Por eso hay que diferenciarla de aquellas circunstancias que han pasado a formar parte del injusto del respectivo delito.

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

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

**13°.** Situación distinta se presenta en el caso de la denominada agravante por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado –delito masa–, porque si bien se la cataloga como una circunstancia agravante específica del delito continuado, debe tenerse en cuenta que por la forma como ha sido regulada en el artículo 49° CP, constituye ya un delito en sí –delito masa–. Por consiguiente, en su regulación se ha creado un nuevo marco penal abstracto –la pena correspondiente al delito más grave más el incremento de un tercio de la máxima prevista para dicho



delito-, por lo que para determinar la prescripción de la acción penal en esta clase de delitos debe tomarse como base dicho marco punitivo abstracto.

### III. DECISIÓN

**14°.** En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, con una votación de diez Jueces Supremos por el presente texto y cinco en contra respecto del artículo 46°-A CP, y de 11 Jueces Supremos por el presente texto y 4 en contra en lo concerniente al artículo 49° CP, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

#### **ACORDARON:**

**15°.** **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 13°.

**16°.** **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.

**17°.** **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

Ss.

GONZALES CAMPOS  
SAN MARTÍN CASTRO  
LECAROS CORNEJO  
PRADO SALDARRIAGA  
RODRÍGUEZ TINEO  
VALDEZ ROCA  
BARRIENTOS PEÑA  
BIAGGI GÓMEZ  
MOLINA ORDOÑEZ  
BARRIOS ALVARADO  
PRÍNCIPE TRUJILLO  
NEYRA FLORES  
BARANDIARÁN DEMPWOLF  
CALDERÓN CASTILLO  
ZEVALLOS SOTO

## **VOTO SINGULAR DE LOS SEÑORES SAN MARTÍN CASTRO, PRADO SALDARRIAGA Y PRÍNCIPE TRUJILLO RESPECTO DEL ARTÍCULO 46°-A CP Y DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL:**

Los señores Jueces Supremos que suscriben discrepan del análisis del artículo 46°-A CP en orden a la prescripción de la acción penal. Expresa el parecer de los suscritos, cuya ponencia se suscribe íntegramente, el señor PRADO SALDARRIAGA.

### ***FUNDAMENTOS JURÍDICOS***

#### **§ 1. *Sobre la función y eficacia del artículo 46°-A CP.***

1°. El artículo 46°-A CP fue introducido por la Ley número 26758, del 14 de marzo de 1997. Inicialmente reguló una circunstancia agravante genérica, pero cualificada, que tenía como supuesto calificante la condición especial del sujeto activo quien debía ser un funcionario público. Posteriormente el contenido legal de dicha norma fue ampliado en sus circunstancias y alcances por el Decreto Legislativo número 982, del 22 julio de 2007. Sin embargo, desde su texto original, el aludido dispositivo producía como efecto punitivo un incremento de la pena conminada hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido. Es decir, el efecto de la configuración de los supuestos agravantes contemplados en el artículo 46°-A CP fue siempre una modificación formal del marco de conminación de la pena prevista para el delito cometido, posibilitando y que se expresaba en un nuevo máximo legal cuyo límite final se extendía a un tercio por encima del máximo original.

Así, por ejemplo, en el delito de cohecho activo genérico, tipificado en el artículo 397° *ab initio* CP la pena conminada tiene un máximo legal original de seis años de pena privativa de libertad. Sin embargo, si dicho delito es cometido por un funcionario público aprovechándose de su condición, el nuevo máximo legal de la pena conminada, para dicho caso, será de ocho años, al extenderse aquel un tercio (dos años) por encima del límite máximo original (seis años). Igual modificación de la extensión máxima de la pena conminada se produciría de presentarse los demás supuestos de agravación regulados en el texto vigente del artículo 46°-A CP. Por ejemplo, si el agente desde un establecimiento penitenciario, donde se encuentra recluso, resulta involucrado, como autor o partícipe, en delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro.

#### **§ 2. *La prescripción de la acción penal y el artículo 46°-A CP.***

2°. De manera concreta, la prescripción de la acción penal puede definirse como el transcurso del tiempo que extingue la persecución de un delito. No obstante, en un plano más técnico se le identifica como la pérdida, por parte del Estado, de la facultad de ejercitar en un caso concreto el *ius puniendi*. Otros conceptos de prescripción aluden más bien a los efectos que aquella produce sobre la antijuricidad de un hecho punible y sobre la culpabilidad o responsabilidad de su autor.

Señalándose que aquella tendría la condición de circunstancia que invalida el delito y sus consecuencias.

Tradicionalmente en el Derecho penal peruano, el legislador ha elaborado un sistema normativo sobre la prescripción, en el cual se han diferenciado los plazos de extinción en función de la naturaleza de las penas conminadas y de su duración legal. Ese fue, por ejemplo, el criterio que predominó en el Código Penal de 1924, y que era coherente con la pluralidad de tipos de penas privativas de libertad que en él coexistían (Confrontar: artículos 119° y siguientes ACP). En el Código Penal de 1991 se adoptó un régimen legal diferente e inspirado en el derecho penal colombiano y alemán. Según él, la regla general dispone que para la determinación del plazo de prescripción de la acción penal debe tomarse en cuenta al límite máximo de la pena privativa de libertad conminada en la ley para el delito cometido. Esto es, dicho límite máximo de pena legal identifica al término del plazo de la prescripción ordinaria. Sin embargo, se ha establecido que, en ningún caso, dicho plazo será superior a veinte años. Ahora bien, tratándose de penas conminadas no privativas de libertad (multas, limitativas de derechos, restrictivas de la libertad), conjuntas o alternativas, el plazo ordinario de prescripción será de dos años.

3°. Estando a lo antes expuesto queda, pues, por determinar, si al plazo de vencimiento de la prescripción de la acción penal y que corresponde, según el precitado artículo 80° CP, al *“fijado por la ley para el delito”* imputado, materia del proceso penal incoado, es posible adicionarle el incremento de pena la conminada que dispone la concurrencia en el caso de una circunstancia agravante genérica y cualificada contemplada por el artículo 46°-A. CP.

Al respecto, es pertinente señalar que las circunstancias agravantes y sus efectos están también sometidos a iguales principios y garantías, que derivan del principio de legalidad (taxatividad, regulación expresa y previa, certeza en la descripción legal de sus componentes). Sobre todo aquéllas que como las reguladas en los artículos 46°-A CP modifican los estándares de la pena máxima abstracta o conminada originalmente para el delito. Esto es, por imperio del principio de legalidad, las circunstancias agravantes cualificadas y sus efectos punitivos deben tener una presencia formal o abstracta igual que la prevista y regulada en la penalidad de cada hecho punible. Esta exigencia garantista demanda que, de antemano, el delincuente y el juez deben tener siempre previsto por la ley un espacio potencial de sanción o pena básica.

Por consiguiente, no puede haber pena concreta posterior que difiera de los límites precedentes de una pena conminada o básica. El juez sólo puede evaluar y aplicar procesalmente la pena que la ley considera (en abstracto) como posibilidad cierta y previamente regulada para el caso global imputado (delito y circunstancias). En tal sentido, si la posibilidad de extensión de la pena se amplía por las circunstancias agravantes cualificadas también debe ampliarse el plazo de persecución del delito circunstanciado cometido. Siendo así, resulta coherente y legal sostener que la presencia formal en la imputación de las circunstancias agravantes del artículo 46°-A

CP crean un nuevo marco penal abstracto o conminado cuyo extremo máximo corresponde a un tercio por encima del máximo de la pena fijada para el delito imputado. Por tanto, para determinar la prescripción de la acción penal en tales supuestos deberá tomarse también como base ese nuevo marco punitivo abstracto o conminado.

Ahora bien, será menester exigir que el Fiscal en su denuncia o acusación escrita refiera expresamente que le son también imputadas al procesado las circunstancias del artículo 46º-A CP, para que el juez evalúe, en tales casos, la prescripción de la acción penal en función a los efectos que aquellas producen en la pena conminada del delito.

4º. Por otro lado, es del caso reiterar que similares razonamientos corresponde al artículo 49º *in fine* CP. Ambas circunstancias agravantes, por la manera como han sido reguladas por el legislador, han creado un nuevo marco penal abstracto -la pena abstracta o conminada en estos casos corresponde a un tercio por encima del máximo de la pena fijada para el delito imputado- o del delito más grave en el delito masa cuando los actos realizados por el agente fueran de diferente naturaleza-.

En tal virtud, para determinar la prescripción de la acción penal en tales supuestos debe tomarse como base dicho nuevo marco punitivo abstracto o conminado.

Por estos fundamentos; **NUESTRO VOTO:** es porque se considere como doctrina legal los fundamentos jurídicos alternativos precisados en los párrafos 1º al 4º precedentes.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO  
PRADO SALDARRIAGA  
PRÍNCIPE TRUJILLO