

La ejecución provisional de la pena privativa de libertad

Giulliana Aracelli Loza Avalos*

Universidad Inca Garcilaso de la Vega

Sumario: 1. Introducción - 2. Los sistemas de ejecución de la pena privativa de libertad efectiva - 3. La ejecución provisional: el procesado se encontraba con mandato de prisión preventiva - 4. La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad efectiva: cuando el procesado estuviere en libertad - 5. La suspensión de la ejecución provisional

Resumen: En este ensayo nos referimos a la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta de manera efectiva, no a la suspensión de esta regulada en el artículo 57 del Código Penal que comprende una sentencia condenatoria sometida a condición resolutoria, por la que la pena se suspende durante un periodo de prueba sujeta al cumplimiento de determinadas reglas de conducta.

Palabras claves: Ejecución provisional, prisión preventiva y sentencia condenatoria

1. Introducción

Los derechos fundamentales no son completamente incondicionales ni ilimitados, están sujetos a diversas restricciones o limitaciones que impiden que su titular pueda ejercer plenamente ciertas prerrogativas en situaciones específicas. Uno de ellos, el derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 2º, inciso 24 de la Constitución Política, garantiza el derecho de toda persona a su libertad y seguridad personal. Sin embargo, es importante destacar que este derecho no es absoluto y puede ser restringido en circunstancias específicas, en tanto colisiona con el normal ejercicio de otros derechos.

Estas restricciones están claramente definidas por la ley y su validez, en particular, de la libertad personal, depende de que se encuentren conforme con los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En este contexto, la sentencia condenatoria que impone una pena privativa de libertad conlleva, como su nombre lo indica, una decisión sancionadora que priva de la libertad individual al procesado.

Empero, siendo esta una sentencia de instancia es posible de ser impugnada a fin de ser revisada por la instancia superior. Este derecho a los medios impugnatorios “es un derecho de configuración legal, mediante el cual se posibilita que lo resuelto por un órgano jurisdiccional pueda ser revisado por un órgano jurisdiccional superior” (Exp. N° 05194-2005-PA/TC, F.J. 4) que encuentra su fundamento en la necesidad humana al Debido Proceso, entendiendo este como el mecanismo racional conformado por una serie de elementos que tienden a asegurar en la mayor medida de lo posible la consecución y ejecución de una decisión justa.

* Abogada penalista de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Con estudios en Litigación Oral en Temple University, California Western y University of San Diego School of Law. Exbecaria en CEJA. Con cursos concluidos en la maestría con mención en Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en Derecho Constitucional en la Universidad San Martín de Porres, y en Sistema de Justicia y Racionalidad en la Universitat de Girona.

2. Los sistemas de ejecución de la pena privativa de libertad efectiva

El tema en cuestión surge, entonces, en determinar si la ejecución de la pena impuesta requiere como presupuesto la firmeza de dicha sentencia (sistema suspensivo) o, si por el contrario es de cumplimiento inmediato (sistema de ejecución provisional). Este es el tema que desarrollaremos en el presente ensayo.

Abordaremos como temas, cuál es el sistema o modelo que acoge nuestro ordenamiento procesal penal vigente, de ser el caso, cuándo procede una ejecución provisional de la pena o cuándo la suspensión de esta, cuál es el efecto de la apelación que se interpone en contra de la sentencia de instancia, para finalmente analizar los presupuestos que se exigen para cada una de estas circunstancias.

Hasta antes de la entrada en vigor del Código procesal Penal (en adelante CPP) la cuestión no implicaba mayor problema, pues conforme al artículo 330 del Código de Procedimientos Penales de 1939 (en adelante ACPP) ésta se ejecutaba, sin excepciones, aunque se hubiera interpuesto el recurso de nulidad, lo que conllevaba el ingreso inmediato a un establecimiento penitenciario. Esto es, la impugnación no tenía efecto suspensivo, no hacía falta esperar la firmeza de la sentencia de instancia para comenzar a ejecutar la pena. Este código acogía así, el sistema de ejecución provisional de la pena.

El ordenamiento procesal penal vigente se decanta también por el sistema de ejecución provisional de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia condenatoria, así esta hubiera sido impugnada, esto es, así como el ACPP se hace efectiva inmediatamente sin necesidad de esperar que la apelación sea resuelta por la Sala Penal Superior. Se establece, así, la regla general que el medio de impugnación no suspende la ejecución de la resolución.

En esta línea lo establecido en el artículo 402° inciso 1 del CPP cuando dispone que “la sentencia condenatoria, en su extremo penal, se cumplirá provisionalmente aunque se interponga recurso contra ella, salvo los casos en que la pena sea de multa o limitativa de derechos”, así como en lo estipulado en el artículo 412° inciso 1 cuando dispone que “Salvo disposición contraria de la Ley, la resolución impugnada mediante recurso se ejecuta provisionalmente, dictando las disposiciones pertinentes si el caso lo requiere”. Así también, la regla especial¹ referida al efecto no suspensivo de la apelación contenida en el inciso 2° del mismo artículo 418 establece que *“si se trata de una sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad efectiva, este extremo se ejecutará provisionalmente”*.

Así, el Tribunal Constitucional en consonancia con esta base normativa ha indicado que el cumplimiento de la ejecución de la pena “no se encuentra supeditado a lo que se resuelva en el recurso de casación” (Expediente 01986-2017-PHC/TC, FJ 3).

Empero, el vigente ordenamiento procesal establece como excepción a la aplicación de esta regla aquellos casos en donde el procesado se encuentre

¹ La regla general es el efecto suspensivo de la apelación, contenida en el artículo 418.1° del CPP: *“El recurso de apelación tendrá efecto suspensivo contra las sentencias y los autos de sobreseimiento, así como los demás autos que pongan fin a la instancia”*, esto es, la apelación interpuesta genera un efecto suspensivo en su cumplimiento. Sin embargo, el inciso 2 de este dispositivo contiene la regla especial de efecto no suspensivo en caso se trate de pena privativa de libertad.

en libertad al momento de dictarse la sentencia condenatoria. En estos casos, conforme a lo dispuesto en el artículo 402.2° del CPP, “Si el condenado estuviere en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez Penal según su naturaleza o gravedad y el peligro de fuga, podrá optar por su inmediata ejecución o imponer algunas de las restricciones previstas en el artículo 288° del CPP mientras se resuelve el recurso”. Algo similar ocurre con la segunda parte del inciso 2 del artículo 418° del CPP, conforme con el cual: “en todo caso, el Tribunal Superior, en cualquier estado del procedimiento recursal, decidirá mediante auto inimpugnable, atendiendo a las circunstancias del caso, si la ejecución provisional de la sentencia debe suspenderse”.

En suma, en nuestro país, en aquellos casos en los que se imponga una pena privativa de la libertad donde el procesado se encuentre en prisión (entiéndase cumpliendo un mandato de prisión preventiva) se ejecutará provisionalmente la pena mientras se resuelve el recurso impugnatorio interpuesto, no hay excepción. Empero, cuando al momento de emitirse la sentencia condenatoria el procesado se encontraba en libertad, el Juez podrá, atendiendo a la naturaleza o gravedad y el peligro procesal, optar por ejecutar provisionalmente la pena (caso en el que tendrá que motivar cualificadamente su decisión) o suspenderla hasta que la sentencia de instancia adquiera firmeza, caso en el cual impondrá reglas de conducta de comparecencia mientras se resuelve el recurso.

Como menciona el profesor San Martín Castro (2020, p. 961), siempre ha parecido claro que una resolución impugnada debía esperar su confirmación para ser ejecutada, debido a la posibilidad de error en el juez por su propia condición humana, de tal forma que, cuando se recurre una resolución, se suspende su ejecución hasta que se confirme por el Tribunal de Apelación. Sin embargo, el artículo 412° CPP establece como regla el carácter no suspensivo del recurso, salvo que la ley disponga lo contrario. La excepción viene dada por el recurso de apelación contra las sentencias -salvo el supuesto de imposición de penas privativas de libertad efectivas, que se ejecutará inmediatamente—, autos de sobreseimiento y demás autos equivalentes, que pongan fin a la instancia (artículo 418.1 CPP). En todo caso, la no suspensión, necesariamente, alcanza al extremo de la sentencia que disponga la libertad del imputado y a todas las resoluciones o autos interlocutorios que la dispongan.

En este ensayo nos referimos a la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta de manera efectiva, no a la suspensión de esta regulada en el artículo 57 del Código Penal² que comprende una sentencia condenatoria sometida a condición resolutoria, por la que la pena se suspende durante un

² Artículo 57 CP: El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.
2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación.
3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.

El plazo de suspensión es de uno a tres años.

La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código, así como para las personas condenadas por el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar del artículo 122-B, y por el delito de lesiones leves previsto en los literales c), d) y e) del numeral 3) del artículo 122

periodo de prueba sujeta al cumplimiento de determinadas reglas de conducta. En estos casos, conforme al artículo 418.1 del CPP, si contra la sentencia de primera instancia que impone una suspensión de la ejecución de la pena se interpone recurso de apelación la sentencia suspende su ejecución, no pudiendo iniciarse el período de prueba hasta que quede firme la sentencia-. (Casación 601-2019/Lima Norte, F.J. 2 y Casación N°291-2020/Piura, F.J. 2.3).

En esa línea respecto a la pena de inhabilitación, el Acuerdo Plenario N°10-2009, estableció como doctrina legal que esta pena, conforme al artículo 402.1° del CPP, no se ejecuta hasta que la sentencia condenatoria adquiera firmeza. Rige plenamente, en este dominio, el denominado sistema suspensivo (F.J. 8). Este dispositivo señala que “La sentencia condenatoria, en su extremo penal, se cumplirá provisionalmente, aunque se interponga recurso contra ella, salvo los casos en que la pena sea de multa o limitativa de derechos”, y, conforme al artículo 31.3° del CP la inhabilitación es una pena limitativa de derechos. Empero, para aquellos casos en los que se aplique el ACPP se ejecuta provisionalmente, no hace falta esperar la firmeza de la sentencia condenatoria que la imponga para comenzar a ejecutar la pena de inhabilitación. El sistema que para esta clase de pena sigue el ACPP, ante la interposición de un recurso, es el de la ejecución provisional (F.J. 8).

En los países de la región, Chile en el artículo 468° de su Código Procesal Penal sostiene respecto a la ejecución de la sentencia penal que las sentencias condenatorias penales no podrán ser cumplidas sino cuando se encontraren ejecutoriadas. Cuando la sentencia se hallare firme, el tribunal decretará una a una todas las diligencias y comunicaciones que se requirieren para dar total cumplimiento al fallo.

El Código de Procedimiento Penal de Bolivia, por su parte, hace mención a la ejecución de pena provisional en su artículo 431°, estableciendo lo siguiente: “antes de la ejecución de una pena privativa de libertad, el juez o tribunal que dictó la condena diferirá la ejecución de la pena y dispondrá las medidas cautelares convenientes que aseguren su ejecución, en los siguientes casos: 1. Cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de un año al momento de la ejecutoria de la sentencia, 2. Cuando el condenado se encuentre gravemente enfermo y la inmediata ejecución ponga en peligro su vida, según el dictamen médico forense. Cuando cesen estas condiciones, la sentencia se ejecutará inmediatamente”. Si bien se estipulan dos tipos de situaciones respecto a la ejecución provisional de la pena. Es necesario señalar que, esta ley a diferencia de los otros códigos determina casos específicos en los cuales puede materializarse la sustitución de la pena con medidas cautelares distintas. Cabe resaltar que estos presupuestos están orientados más a las características que posean las personas sobre las cuales recaería la sanción que, a la gravedad o tipo de delito que se ha cometido.

De acuerdo con el Código de Procedimiento Penal de Ecuador se señala en su artículo 407° (Reformado por el Art. 119 de la Ley s/n, R.O. 555-S, 24-III-2009) que “Las condenas son ejecutables cuando la sentencia ha causado estado”.

3. La ejecución provisional: el procesado se encontraba con mandato de prisión preventiva

La ejecución provisional de la pena es aplicable, así, a los casos en los que el procesado se encuentre cumpliendo una prisión preventiva y sobre el que al dictarse la sentencia condenatoria se dispone, como facultad del juez, la prolongación de la prisión preventiva. Esto es, la ejecución provisional de la condena tiene sustento ahí donde existe una prolongación de prisión preventiva al amparo de lo establecido en el artículo 274.5° del CPP.

Este ha sido el razonamiento empleado por la Corte Suprema en la Casación N° 545-2020/Arequipa cuando dispuso que “la ejecución provisional de la sentencia condenatoria autorizada por el artículo 402° del NCPP tiene su fundamento en la posibilidad de la prolongación de la prisión preventiva mencionada precedentemente. La interpretación de esta norma no debe ser aislada, sino sistemática y conjunta con las mencionadas precedentemente” (FJ 1.8), refiriéndose en este caso a los artículos 274.5° y 399.5° del CPP.

En esa oportunidad, ahondó indicando que, “La condición jurídica de condenado surte efecto cuando la condena está firme; mientras tanto, para efectos del derecho a la libertad del imputado, su condición jurídica sigue siendo la de procesado; por lo tanto, su restricción es en virtud de la prolongación de la medida cautelar de prisión preventiva”. Esto sin perjuicio de que el cómputo final de la pena incluya todos los tiempos privados de libertad, cualquiera sea la condición jurídica. Afirmar que la ejecución provisional de una condena no firme tiene un fundamento distinto al de la prisión preventiva no solo es atentar contra el derecho a la presunción de inocencia del procesado —consagrado en el artículo 2, numeral 24, literal e), de la Constitución Política del Perú—, sino que contradice lo establecido en las normas procesales sobre prisión preventiva antes señaladas” (F.J. 1.9 y 1.10).

En efecto, el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 2, inciso 24 e) de la Constitución se garantiza en dos niveles: a) como regla de juicio o prueba; y, b) como regla de trato. Como regla de juicio o prueba, se debe atender que no puede trasladarse la carga de la prueba a quien precisamente soporta la imputación, pues eso significaría que lo que se sanciona no es lo que está probado en el proceso o procedimiento, sino lo que el imputado, en este caso, no ha podido probar como descargo en defensa de su inocencia. (Exp. N° 156-2012-HC, FJ 12). En tanto que, como regla de trato, se precisa que a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad, es decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario que derrote su inocencia y se expida la sentencia definitiva. (Exp. N° 01768-2009-PA, FJ 5)

En la sentencia del Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, la Corte Interamericana destacó que en el derecho a la presunción de inocencia “*subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada*”. De este principio se deriva “*la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva*”. (párrafo 77)

Por ello, debe considerarse que el derecho a la libertad solo se restringe definitivamente con una sentencia condenatoria firme, sólo ahí tiene la condición de condenado, sentenciado o reo, antes de ello su condición es la de procesado. Y en tanto procesado (imputado o acusado), así se le imponga una sentencia condenatoria, decidiéndose la prolongación de su prisión

preventiva, esta tiene el carácter de preventivamente hasta que se defina su situación de manera definitiva y firme.

Por ello, en la Casación N°545-2020/Arequipa se dispuso que “el espíritu del artículo 402.1 del NCPP no es el establecer la naturaleza jurídica de la privación de libertad del procesado cuando se ejecuta provisionalmente una sentencia condenatoria que aún no se encuentra firme; su objetivo es solo autorizar la ejecución provisional de esta, bajo la condición jurídica de procesado. Por lo tanto, dicha ejecución es provisional y se sustenta en el carácter preventivo de la medida cuando se dan las condiciones que la norma determina (artículo 399.5 del NCPP), tanto así que puede disponerse lo contrario, esto es, la suspensión de la ejecución, hasta que quede firme” (FJ 2.8).

Si bien la decisión de ejecutar provisionalmente la pena es distinta a la decisión que puede asumir el juez al momento de emitir la sentencia condenatoria de prolongar la prisión preventiva hasta la mitad de la pena impuesta, cuando ésta hubiera sido recurrida (artículo 274.5 del CPP) o de imponer la prisión preventiva por considerar que existen bases para estimar razonablemente que no se someterá a la ejecución una vez firme la sentencia (artículo 399.5 del CPP), en tanto responden a presupuestos y procedimientos distintos, ambas ostenta similar naturaleza y finalidad. Constituyen, como lo indicó la Sala Penal Transitoria en la Apelación 11-2020/San Martín, “medidas cautelares de carácter personal destinadas al aseguramiento del proceso penal, en virtud de que en ninguno de los dos casos existe una sentencia firme que haya enervado el principio de presunción de inocencia y, en esa lógica, la culpabilidad de una determinada persona. No existe razón suficiente ni constitucional para discernir entre el carácter cautelar de la prisión preventiva que sufre un procesado y la prisión de un condenado en primera instancia en mérito de la ejecución provisional de su condena” (FJ 10).

La disposiciones contenidas en los artículos 274.5° y 399.5° del CPP, más allá que ambas impliquen la permanencia o ingreso del procesado en prisión, representan una potestad autónoma del juez de juzgamiento que procede de oficio mientras se resuelve el recurso interpuesto, esto es, no necesita ser instado por el Ministerio Público para precisar la imposición de una prisión preventiva o su prolongación al encontrarse frente a una sentencia condenatoria (Casación N°778-2015/Puno, FJ 18 y Casación N° 545-2020/Arequipa, FJ 1.7).

En estos casos, la prolongación de la prisión preventiva es de aplicación automática, no necesita una solicitud del Ministerio Público (Casación N°328-2012/Ica, F.J. 9), mientras que la imposición de la prisión preventiva al momento de emitirse la sentencia condenatoria representa una facultad excepcional de aplicación de la prisión como corolario del juzgamiento al concluir éste, mientras se resuelva el recurso, que responde a la máxima posibilidad de la imputación al haberse declarado responsable, a diferencia de la que se impone conforme al artículo 268° del CPP que exige fundados y graves elementos de convicción, pues se busca asegurar la plena eficacia y ejecución de la sanción de primera instancia a la que se ha llegado valorando individualmente y en conjunto la prueba actuada durante el juzgamiento a través de la sana crítica y con motivación suficiente (Aclaración a sentencia de Casación N°328-2012/Ica, FJ 9). Los días en reclusión sean posteriormente computados como parte de la pena impuesta (artículo 47 del CP).

4. La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad efectiva: cuando el procesado estuviere en libertad

Sin perjuicio de ello, mi parecer, conforme también lo apunta el profesor Arsenio Oré Guardia (2016, p. 354), es que cuando se emite una sentencia condenatoria efectiva y la persona estuviera en libertad, lo que se debe hacer es, cuando el caso lo amerite, ejecutar provisionalmente la sentencia impugnada, pues establecer que la prisión preventiva proceda, a pesar de la existencia de una sentencia de primera instancia, e incluso de oficio, desnaturaliza el sentido de esta medida cautelar de carácter personal.

En caso el procesado se encontrase en libertad al momento de emitirse la sentencia condenatoria, no se impone el sistema de ejecución provisional, sino que se le permite al Juez, atendiendo a las circunstancias del caso y de cumplirse los presupuestos contenidos en el artículo 402.2° del CPP (naturaleza y gravedad del hecho, así como el análisis del peligro procesal) a que pueda inclinarse por aplicar el sistema suspensivo.

En estos casos, conforme a lo dispuesto en el artículo 402.2° CPP, “Si el condenado estuviere en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez Penal según su naturaleza o gravedad y el peligro de fuga, podrá optar por su inmediata ejecución o imponer algunas de las restricciones previstas en el artículo 288³ del CPP mientras se resuelve el recurso”.

Esta facultad, de decidir si ejecuta o no provisionalmente la pena, no queda, conforme lo ha establecido el Tribunal Constitucional en el Exp N°02271-2018-PHC/TC (F.J. 6), a la discrecionalidad del juez, sino que, de acuerdo con el art. 402.1° CPP, lo obliga a que atienda a la naturaleza o gravedad, así como al peligro de fuga. Exigiéndose por ello que, en tanto incide en la libertad individual, si el juez opta por ejecutar provisionalmente la pena de quien se encontraba en libertad, deberá exigirse una motivación cualificada.

4.1. Respecto a la naturaleza y gravedad de los hechos y el peligro de fuga

En relación con la naturaleza de los hechos, se valora la importancia del bien jurídico protegido, cuál es la trascendencia social del hecho imputado y el posible daño que se cause a las víctimas. Es por ello que, conforme lo indicó la Sala Penal Transitoria en la Apelación N°21-2019/Lima: “tiene singular relevancia los hechos vinculados a los delitos contra la Administración Pública, al crimen organizado, y violencia contra la mujer, respecto de los cuales, Perú asumió compromisos internacionales al suscribir las convenciones específicas”, resaltándose que, “en lo concerniente a la naturaleza y gravedad de los hechos, se debe analizar la intensidad de la pena impuesta al procesado (en caso de ser aplicable el sistema de tercios, se debe verificar en cuál de ellos se determinó la pena). Además, el título de imputación bajo el cual realizó la conducta ya sea como autor o cómplice. A lo que agregamos, el tiempo que reste de cumplimiento de la pena, como un

³ Artículo 288 del CPP: Las restricciones. Las restricciones que el Juez puede imponer son las siguientes:

1. La obligación de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente en los plazos designados.
2. La obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, de no concurrir a determinados lugares, o de presentarse a la autoridad en los días que se le fijen.
3. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no afecte el derecho de defensa.
4. La prestación de una caución económica, si las posibilidades del imputado lo permiten. La caución podrá ser sustituida por una fianza personal idónea y suficiente.

factor a asociar con un eventual peligro de fuga. En conclusión, se valora la importancia del bien jurídico tutelado, la gravedad y trascendencia social del delito; y, en consecuencia, la magnitud del interés general en su ejecución” (F.J. 19 a 20).

Así, por ejemplo, en la resolución emitida por la Sala Penal Transitoria en la Apelación N° 16-2019/Piura se concluyó que, en cuanto a la gravedad de los hechos que en tanto la pena conminada por el delito imputado de cohecho pasivo era no menor de ocho ni mayor de quince años de pena privativa de libertad (F.J. 8)

4.2. Riesgo procesal: peligro de fuga

En cuanto al riesgo o peligro procesal, el artículo 418.2° del CPP tan solo hace referencia al peligro de fuga, por lo que, para ello se deben valorar los indicadores establecidos en el artículo 269° del CPP, así como lo indicado en el Acuerdo Plenario N° 1-2019 (sobre prisión preventiva) en atención de tener como objetivo culminar con éxito la etapa recursiva.

En la Apelación N°16-2019/Piura antes referida, la Sala Penal Transitoria consideró que la peligrosidad que el recurrente no había postulado que la modificación de alguna de las circunstancias habilitará la provisionalidad de la ejecución de la condena (pese a la obligación procesal de comparecer ante el llamamiento del órgano jurisdiccional ésta incumplió con apersonarse a la audiencia programada, fecha en que tampoco se presentó su abogado defensor) (F.J. 8).

4.3. La motivación cualificada

Conforme lo hemos anotado anteriormente, en el Exp N°02271-2018-PHC/TC (F.J. 6), el Tribunal Constitucional consideró que, en tanto incide en la libertad individual, si el juez opta por ejecutar provisionalmente la pena de quien se encontraba en libertad, deberá exigirse una motivación cualificada, esto es, resulta indispensable una especial justificación como producto de la decisión jurisdiccional que, como en este caso, afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal (Exp. N°728-2008-PHC/TC, FJ. N.° 7).

En la práctica el problema no ha sido ajeno. Incluso, dejando de lado su propio pronunciamiento (aunque no vinculante) el Tribunal Constitucional en el Exp. N°01974-2018-PHC/TC declaró infundada una demanda de HC a favor de un procesado que se encontraba en libertad y a quien se le aplicó la ejecución provisional de la pena, por considerar que ésta *“no se encuentra supeditada a lo que se resuelva en el recurso de apelación”* (F.J. 4), teniendo como sustento lo establecido en los artículos 402.1° y 412.1° del CPP, sin atender a la excepción regulada en el artículo 402.2° CPP en tanto se trataba de un caso con procesado en libertad, cuestión que si fue advertida por una magistrada quien en su voto singular consideró que era necesario *“motivar las razones por las que se ordenaba la ejecución anticipada de la sentencia”* (FJ 7) .

El artículo 418.2° del CPP dispone en su parte final que “en todo caso, el Tribunal Superior en cualquier estado del procedimiento recursal decidirá

5. La suspensión de la ejecución provisional

mediante auto inimpugnable, atendiendo a las circunstancias del caso, si la ejecución provisional de la sentencia debe suspenderse”. El Tribunal de apelaciones, conforme a la resolución emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la Apelación 9-2019/Arequipa “i) no tiene un límite derivado de la exigencia de que el imputado ha de haber estado en libertad (al momento de emitirse la condena), ii) el pedido de excarcelación puede presentarse en cualquier estado del procedimiento impugnativo y iii) el criterio que servirá para decidir son las circunstancias del caso, aunque, por la naturaleza contracautelar de la decisión, es de tener como norte la ausencia de riesgo de fuga o de obstaculización” (F.J. 5).

La naturaleza contracautelar de la decisión del Tribunal de Apelaciones de suspender la ejecución provisional del extremo condenatorio de la sentencia, fue resaltada por la Sala penal Transitoria de la Corte Suprema en la Apelación N°11-2020/San Martín, cuando indicó que “esta no debe ser arbitraria y debe guardar coherencia con nuestro ordenamiento procesal, teniendo como parámetros de valoración las circunstancias del caso en particular y los principios de proporcionalidad, necesidad e idoneidad, relacionados necesariamente con la ausencia de fuga u obstaculización” (F.J. 10).

En estos casos, la determinación de la suspensión o ejecución provisional de la pena requiere, conforme lo indicó en su momento la Sala Penal Transitoria en la resolución recaída en la Apelación N°21-2019/Lima (F.J. 18): “conciliar el derecho a la libertad personal y del otro la ejecución de las resoluciones judiciales, ambos consagrados con rango constitucional (inciso 24, artículo 2 e inciso 2, artículo 139)”.

6. Conclusiones

1. El ordenamiento procesal penal vigente tiene como regla general que la apelación no suspende la ejecución de la pena.
2. En aquellos casos en los que se imponga una pena privativa de la libertad donde el procesado se encuentre en prisión (entiéndase cumpliendo un mandato de prisión preventiva) se ejecutará provisionalmente la pena mientras se resuelve el recurso impugnatorio interpuesto, no hay excepción.
3. Cuando al momento de emitirse la sentencia condenatoria el procesado se encontraba en libertad, el Juez podrá, atendiendo a la naturaleza o gravedad y el peligro procesal, optar por ejecutar provisionalmente la pena (caso en el que tendrá que motivar cualificadamente su decisión) o suspenderla hasta que la sentencia de instancia adquiera firmeza, caso en el cual impondrá reglas de conducta de comparecencia mientras se resuelve el recurso.
4. Cuando se emite una sentencia condenatoria efectiva y la persona estuviera en libertad, lo que se debe hacer es, cuando el caso lo amerite, ejecutar provisionalmente la sentencia impugnada, pues establecer que la prisión preventiva proceda, a pesar de la existencia de una sentencia de primera instancia, e incluso de oficio, desnaturaliza el sentido de esta medida cautelar de carácter personal.
5. La Sala penal de Apelaciones puede suspender la ejecución provisional del extremo condenatorio de la sentencia teniendo como parámetros de valoración las circunstancias del caso en particular y los principios de proporcionalidad, necesidad e

idoneidad, relacionados necesariamente con la ausencia de fuga u obstaculización.

Lima, 8 de noviembre de 2023.

Lista de referencias

San Martín, C. (2020). *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. INPECCP.

Oré Guardia, A. (2016). *Derecho Procesal Penal Peruano. Tomo III*. Gaceta Jurídica.