



FACULTAD DE DERECHO

UNIDAD DE POSGRADO

**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA
DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA PRIVATIVA
DE LIBERTAD, EN EL DISTRITO JUDICIAL DE
AREQUIPA, AÑO 2019**

**PRESENTADO POR
CRISTAL HELEN SANDY VELÁSQUEZ FERNÁNDEZ**

**ASESOR
JUAN ELÍAS CARRIÓN DÍAZ**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA EN
DERECHO EN CIENCIAS PENALES**

LIMA – PERÚ

2021



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



FACULTAD DE DERECHO

UNIDAD DE POSGRADO

**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA DETERMINACIÓN
JUDICIAL DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD, EN EL
DISTRITO JUDICIAL DE AREQUIPA, AÑO 2019**

Tesis para optar:

El Grado Académico de Maestra en Derecho en Ciencias Penales

Presentada por:

Cristal Helen Sandy Velasquez Fernandez

Asesor:

Mg. Juan Elías Carrión Díaz

LIMA, PERÚ

2021

DEDICATORIA:

A Dios y mi familia.

AGRADECIMIENTOS

A mi familia por su motivación, apoyo y comprensión.

A la Universidad y docentes por los conocimientos brindados.

ÍNDICE

ÍNDICE	iv
ÍNDICE DE TABLAS	viii
ÍNDICE DE FIGURAS	ix
RESUMEN	x
ABSTRACT	xii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	4
MARCO TEÓRICO.....	4
1.1 Antecedentes de la investigación.....	4
1.1.1 Antecedentes nacionales.....	4
1.1.2 Antecedentes internacionales.....	7
1.2 El Principio de Proporcionalidad	9
1.2.1 Nociones preliminares	9
1.2.2 El principio de proporcionalidad en el derecho penal	13
1.2.3 Estructura del principio de proporcionalidad	14
1.2.4 El principio de proporcionalidad y el Tribunal Constitucional.....	32
1.3 La pena.....	50
1.3.1 Generalidades	50
1.3.2 Teorías de la Pena	53
1.3.3 Los fines de la pena en el Perú	66
1.3.4 Los fines de la pena en la determinación de la pena.....	69
1.3.5 Principios para la determinación de la pena	70
1.3.6 Determinación legal de la pena	84

1.3.7	Determinación judicial de la pena	96
1.3.8	Determinación judicial de la pena según los criterios de la Corte Suprema	133
1.3.9	Jurisprudencia de la Corte Suprema	142
1.4	Definición de términos básicos	191
CAPÍTULO II		194
HIPÓTESIS Y VARIABLES		194
2.1	Hipótesis	194
2.1.1	Hipótesis general	194
2.1.2	Hipótesis específicas	194
2.2	Variables	194
CAPÍTULO III		195
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN		195
3.1	Diseño de la investigación	195
3.1.1	Tipo de investigación	195
3.1.2	Población y muestra	196
3.1.3	Operacionalización de variables	197
3.1.4	Técnicas para la recolección de datos.....	198
3.1.5	Descripción de los instrumentos	198
3.1.6	Técnicas para el procesamiento y análisis de los datos	198
3.2	Aspectos éticos.....	199
3.3	Justificación de la investigación.....	199
3.3.1	Importancia de la investigación.....	199
3.3.2	Viabilidad de la investigación.....	201
3.4	Limitaciones de la investigación.....	202

CAPÍTULO IV	203
RESULTADOS	203
4.1. Sentencias en las que se aplicó el principio de proporcionalidad para justificar la reducción de la pena privativa de libertad	203
4.2. Sentencias en las que se aplicó el principio de proporcionalidad	204
4.3. Determinación judicial de la pena según los criterios de los Juzgados Colegiados	206
4.4. Criterios para la reducción de la pena concreta en aplicación del principio de proporcionalidad en las sentencias emitidas por los Juzgados Colegiados de Arequipa	208
4.4.1 Fundamento 01: El pago de la reparación civil	215
4.4.2 Fundamento 02: Lesividad mínima	225
4.4.3 Fundamento 03: Grado de reproche menor	237
4.4.4 Fundamento 04: Test de proporcionalidad	239
4.4.5 Fundamento 05: Consentimiento imperfecto	243
4.4.6 Fundamento 06: Autopuesta en peligro	247
4.4.7 Fundamento 07: Edad de los imputados	249
4.4.8 Fundamento 08: Colaboración en la investigación	250
4.4.9 Fundamento 09: Grado del injusto	251
4.4.10 Fundamento 10: Grado de culpabilidad	255
4.4.11 Fundamento 11: Arrepentimiento	262
4.4.12 Fundamento 12: Gravedad del delito	264
4.4.13 Fundamento 13: Personalidad del agente	268
4.5. Medida de reducción de la pena concreta parcial en aplicación del principio de proporcionalidad	271

CAPÍTULO V	279
DISCUSIÓN	279
ANEXOS	303

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Sentencias condenatorias en que se aplicó el Principio de Proporcionalidad para la reducción de la pena privativa de libertad	203
Tabla 2. Delitos en que se aplicó el Principio de Proporcionalidad para la reducción de la pena privativa de libertad	205
Tabla 3. Fundamentos de la aplicación del Principio de Proporcionalidad	209
Tabla 4. Fundamentos de la aplicación del Principio de Proporcionalidad	212
Tabla 5. Quantum de reducción de la pena privativa de libertad – Principio de Proporcionalidad	273
Tabla 6. Quantum de reducción de la pena privativa de libertad – Principio de Proporcionalidad	276

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1. Porcentaje de casos en los que se aplicó el principio de Proporcionalidad para la reducción de la pena	204
Figura 2. Delitos en los que se aplicó el Principio de Proporcionalidad para la reducción de la pena privativa de libertad	206

RESUMEN

El objetivo de esta investigación consistió en analizar la implicancia del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena, en especial cuando por su aplicación se permite la reducción de la pena concreta. Se procedió al estudio de doctrina, normas y jurisprudencia para determinar el fundamento constitucional y legal que habilita la aplicación del principio de proporcionalidad en un caso específico. A través del análisis de las sentencias penales condenatorias expedidas entre enero a julio del 2019 por el Primer y Segundo Juzgados Penales Colegiados de Arequipa se pretende conocer cómo se aplica el principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena, los fundamentos expuestos y su procedimiento para la determinación judicial de la pena. La conclusión principal es que los jueces deben aplicar el principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena a fin de lograr una pena justa y proporcionada, pudiendo inclusive apartarse del extremo mínimo del marco penal concreto cuando se afecte desproporcionadamente los derechos fundamentales. Asimismo, se ha encontrado que los criterios utilizados por los jueces colegiados de Arequipa para la aplicación de este principio han sido distintos, pero con mayor prevalencia en los casos en los que se ha procurado la reparación del daño, entendida la reparación civil como una sanción del derecho penal reparador. Finalmente, se ha establecido que la aplicación del principio de proporcionalidad ha tenido como resultado la reducción de la pena privativa de libertad, determinándose en la mayoría de los casos una reducción que posibilite una pena concreta de cuatro años de pena privativa de libertad, la que fue convertida a jornadas de prestación de servicio a la comunidad.

Palabras claves: Principio de proporcionalidad, determinación legal de la pena, determinación judicial de la pena, pena concreta.

ABSTRACT

The objective of this investigation was to analyze the implication of the principle of proportionality in the judicial determination of the penalty, especially when its application allows the reduction of the specific penalty. The doctrine, norms and jurisprudence were studied to determine the constitutional and legal foundation that enables the application of the principle of proportionality in a specific case. Through the analysis of the criminal convictions issued between January and July 2019 by the First and Second Collegiate Criminal Courts of Arequipa, it is intended to know how the principle of proportionality is applied in the judicial determination of the penalty, the grounds set forth and its procedure for the judicial determination of the penalty. The main conclusion is that judges must apply the principle of proportionality in the judicial determination of the sentence in order to achieve a fair and proportionate sentence, and may even deviate from the minimum extreme of the specific criminal framework when fundamental rights are disproportionately affected. Likewise, it has been found that the criteria used by the collegiate judges of Arequipa for the application of this principle have been different, but with greater prevalence in the cases in which reparation of the damage has been sought, understanding civil reparation as a sanction. of reparative criminal law. Finally, it has been established that the application of the principle of proportionality has resulted in the reduction of the custodial sentence, determining in most cases a reduction that enables a specific sentence of four years of custodial sentence, which was converted to days of rendering service to the community.

Keywords: Principle of proportionality, legal determination of the penalty, judicial determination of the penalty, concrete penalty.

INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de la presente investigación consistió en analizar la implicancia del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena, en especial cuando por su aplicación se permite la reducción del extremo mínimo de la pena en un caso en concreto.

En la primera parte de la investigación, a través del análisis de la doctrina, se profundiza en el estudio del principio de proporcionalidad, la pena y la determinación judicial de la pena; asimismo, se analiza el principio de proporcionalidad desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y la determinación judicial de la pena desde la jurisprudencia de la Corte Suprema.

En la segunda parte de la investigación se realiza un análisis de las sentencias penales expedidas por los Juzgados Colegiados de Arequipa en las que se aplicó el principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena, y que han implicado la reducción del extremo mínimo del marco penal concreto. Se examina los fundamentos esgrimidos por los jueces y el procedimiento realizado en la determinación judicial de la pena en cada caso en concreto, con la finalidad de determinar los alcances y consecuencias del principio de proporcionalidad.

La conclusión principal es que los jueces aplican el principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena a fin de lograr una pena justa y proporcionada, pudiendo apartarse del extremo mínimo del marco penal concreto cuando se afecte desproporcionadamente los derechos fundamentales.

Se ha identificado que el procedimiento de determinación judicial de la pena empleado por los Juzgados Penales Colegiados es distinto al aplicado por la Corte Suprema.

Asimismo, que los criterios utilizados por los jueces colegiados de Arequipa para la aplicación del principio de proporcionalidad han sido distintos y discrecionales, pero con mayor prevalencia en los casos en los que se ha procurado la reparación del daño, entendida la reparación civil, como una sanción del derecho penal reparador. Finalmente, se ha establecido que la aplicación del principio de proporcionalidad ha tenido como resultado la reducción de la pena privativa de libertad, determinándose en la mayoría de casos una reducción que posibilitó una pena concreta de cuatro años de pena privativa de libertad, la que fue convertida a jornadas de prestación de servicio a la comunidad.

La idea de que las sanciones penales deben imponerse sólo en proporción a los delitos a los que tratan de responder está bien reconocida y se aplica ostensiblemente en la mayoría de los sistemas jurídicos modernos. Sin embargo, al examinar el papel de la proporcionalidad en las sentencias judiciales reales, es evidente que su aplicación es muy conflictiva.

En nuestro país el proceso de determinación de la pena se rige principalmente por un sistema legalista; es dentro de los márgenes de la pena del delito en que el juez debería determinar su decisión judicial, teniendo en cuenta el principio de legalidad. No obstante, al encontrarnos dentro de un Estado Constitucional de Derecho, la determinación judicial de la pena también debe considerar los principios que sustentan su imposición como el de proporcionalidad, culpabilidad, lesividad, entre otros, además que deberá tener en cuenta los fines de la pena, que en nuestro

país (influenciadas por las teorías de la unión) tiene fines funcional, preventiva y retributiva.

El principio de proporcionalidad se presenta como una garantía de racionalidad de los derechos fundamentales, acorde con un Estado Constitucional de Derecho, que implica que no puede haber normas que consagren delitos sin fundamento alguno, ni tampoco penas excesivas. Por consiguiente, el principio de proporcionalidad no puede ser un ideal objetivo por alcanzar, sino más bien una meta a la que se aspira continuamente.

Todo lo expresado sentó las bases para la necesidad de indagar sobre el principio de proporcionalidad en la determinación e individualización judicial de la pena, específicamente cuando permite una reducción por debajo del extremo mínimo del marco concreto.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

1.1 Antecedentes de la investigación

1.1.1 Antecedentes nacionales

Rojas (2017) llevó a cabo la investigación “El principio de proporcionalidad constitucional en la regulación de las penas en el código penal peruano – 2017” en el que planteó como objetivo principal determinar la influencia del principio de proporcionalidad constitucional en la regulación de las penas en el Código Penal peruano. Para ello, propuso en la metodología una investigación básica no experimental, con un nivel descriptivo – explicativo, bajo un esquema tipo relacional, cuya población se circunscribió en el Libro II del Código Penal de 1991, que comprende desde el artículo 106 al 439 (un total de 333 artículos), cuyo análisis e interpretación se desarrolló bajo la técnica de la investigación documental en una muestra de 40 artículos. Entre sus conclusiones resaltan que, el Estado Constitucional de Derecho se caracteriza por la supremacía de la Constitución y por el respeto irrestricto de los derechos fundamentales, por tanto, su rol constitucional del Estado o entes que la conforman, entre ellos, la labor del legislador tiene como límite la Constitución, la defensa de la persona y el respeto de su dignidad. Además, la aplicación del principio de proporcionalidad constitucional en el rol del legislador lleva consigo el análisis de forma individual, conjunta y copulativa de los tres sub principios que la componen, como son: el sub principio de idoneidad, necesidad y de ponderación, pues los mismos expresaran condiciones de racionalidad en la función productora de normas legales, tanto más

si se pretende limitar derechos fundamentales a través de la imposición de penas. Finalmente agregó que, el legislador antes y durante la aprobación debe ser respetuoso del principio de proporcionalidad, ya que dicho proceder indicará positivamente cuando se tengan que restringir derechos fundamentales, lo que indudablemente tendría un impacto en la calidad de las leyes y en la seguridad jurídica del país, en particular, en el ámbito penal al regular las penas en forma proporcional a los bienes jurídicos tutelados y en forma sistemática teniendo en referencia el conjunto de bienes jurídicos tutelados en el libro II del Código Penal.

Gonzales (2017) desarrolló la investigación titulada “La cadena perpetua y la vulneración a los principios de humanidad y proporcionalidad, distrito judicial de Ancash, años 2012-2014” en la cual propuso como objetivo analizar si con la aplicación de la pena de cadena perpetua se vulnera los principios de humanidad y proporcionalidad, en el departamento y periodo referido. El desarrollo del estudio aplicó una investigación de tipo cualitativa con un diseño de estudio de caso, un análisis exploratorio en el que se realizó un trabajo de campo, realizando el consecuente análisis de datos y la exploración respectiva, con un diseño flexible y emergente. Aplicó la entrevista como técnica de recolección de datos a una población de 10 personas entre ellos, jueces, fiscales y sentenciados. Entre sus conclusiones indicó que: se demostró la vulneración del principio de humanidad porque con la aplicación de la pena de cadena perpetua se lesiona de manera directa la dignidad del condenado, en razón a que esta pena es permanente, intemporal fijada y tasada, dando como consecuencia la eliminación del derecho fundamental máspreciado por la humanidad que es el de la libertad ambulatoria; y proporcionalidad, porque la pena aludida no es proporcional a la puesta en peligro o lesión del bien jurídico protegido por el derecho penal, siendo esta pena la más

gravosa, y teniendo como fin supremo eliminar al condenado de la sociedad; impidiendo a que el condenado se reincorpore y resocialice a la vida comunitaria, en el departamento de Ancash.

Valderrama (2016) desarrolló un estudio sobre “La Determinación Judicial de la Pena de acuerdo al artículo 45-A del Código Penal y el Principio de Proporcionalidad” con la finalidad de demostrar que, los parámetros que establece el artículo 45-A –sistema de tercios– no guardan correspondencia con el principio de proporcionalidad de las penas que consagra el artículo VIII del Código Penal. El desarrollo del estudio comprendió una investigación de tipo descriptiva - explicativa con un enfoque cuantitativo, cuya población se conformó por 50 sentencias del Segundo Juzgado Penal Unipersonal del Cusco, su sede principal, de los años 2014 y 2015, de las cuales se obtuvo una muestra no probabilística de 6 sentencias, que fueron posteriormente analizadas mediante técnicas de análisis jurisprudencial, doctrinal y documental con una encuesta como instrumento de recolección de datos. Posterior al análisis, el autor expuso como conclusiones las siguientes: El artículo 45-A del Código Penal es una herramienta que coadyuva a la labor de los jueces al determinar la pena; empero, no puede ser aplicada de manera mecánica en todos los casos; en ese sentido, será del análisis del caso en concreto que los jueces decidirán preferir los principios constitucionales a la aplicación literal o gramatical de la ley. Evidenció que, no todos los jueces han internalizado adecuadamente el procedimiento para aplicar la pena de conformidad con los parámetros del artículo 45-A del Código Penal. Asimismo, criticó a los jueces que efectuaron la dosificación de la pena según el artículo 45-A de manera innecesaria, como en aquellos en que concurrían eximentes incompletas o causales de disminución de punibilidad, entre otros. Finalmente concluyó que, en los casos

examinados se demostró que los jueces determinaron la pena de manera desproporcionada, ya sea por exceso o por defecto; mientras que, por su parte la Corte Suprema invocando el principio de proporcionalidad justificó la disminución sustancial de las penas en los principios constitucionales.

1.1.2 Antecedentes internacionales

Fuentes (2008) desarrolló el tema “El principio de proporcionalidad en el derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena”, su análisis consistió en “depurar los criterios que sean idóneos para recoger aquellas circunstancias objetivas y subjetivas que rodearon al hecho, desde un enfoque eminentemente retrospectivo” (p.15). El origen de la investigación yace en la ausencia de una expresa manifestación del principio de proporcionalidad en la Constitución de Chile; por lo que, examinó las directrices axiológicas supremas del ordenamiento jurídico, para exigir que, entre el delito y pena rija una relación de proporcionalidad, y con ello se fundamente su presencia y operatividad en el sistema penal. Durante el análisis, el autor citó al profesor Humberto Nogueira Alcalá, el cual sostuvo que, el principio de proporcionalidad se fundamenta en la prohibición de la arbitrariedad, y opera como límite a todas las restricciones de los derechos fundamentales; precisa que este principio al derivarse del principio de Estado de Derecho, alcanza rango constitucional.

Entre sus consideraciones finales presentó los criterios que definen la gravedad del hecho y que el juez puede tener en consideración para individualizar la medida de la pena; según el principio de proporcionalidad se clasifican en

criterios objetivos y subjetivos. Los criterios objetivos, no considerados en la configuración de la pena, varían desde la lesión o el grado de peligro al que se expuso el bien jurídico protegido, la intensidad del daño causado, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, como las modalidades de su comisión. Y los criterios subjetivos, referido a la calidad de los motivos determinantes y el valor o desvalor ético de los motivos de actuación (como lo señalado en Alemania respecto a la valoración de la persona del autor, sobre inclinación criminal u otro).

Arias (2012) presentó la investigación “Proporcionalidad, pena y principio de legalidad” en la que planteó como objetivo general analizar los fundamentos legales y las implicaciones que tiene la aplicación del principio de proporcionalidad en la imposición judicial de la pena. La metodología empleada supuso agotar los siguientes pasos: se partió de la tesis doctoral “Principio de proporcionalidad y ley penal”, en la que se explora la posibilidad de emplear tal principio en el control constitucional abstracto de las normas penales. Para determinar el fundamento constitucional y legal, que habilita en Colombia el uso del principio de proporcionalidad en el caso concreto, se emplearon fuentes documentales: doctrina, normas y jurisprudencia. Se elaboraron algunos casos para evaluar la proporcionalidad en la determinación de la pena, estableciendo así las implicaciones y los límites de tal tarea. La conclusión principal es: los jueces tienen la obligación constitucional y legal (artículos 3, 13 y 59 del Código Penal) de apartarse de las leyes relativas a la pena cuando la pena prevista por el legislador afecta de manera desproporcionada derechos fundamentales, ya sea por su calidad o cantidad y proceder a prescindir de la pena, seleccionar una diferente (dentro del catálogo de penas que contiene el ordenamiento jurídico) o tasar la pena por debajo del mínimo previsto legalmente, que sean proporcionadas, necesarias y razonables

y porque, además, ha consagrado expresamente la posibilidad de emplear la analogía *in bonam partem*.

1.2 El Principio de Proporcionalidad

1.2.1 Nociones preliminares

El principio de proporcionalidad también es denominado como prohibición de exceso, razonabilidad o racionalidad, proporcionalidad de medios, proporcionalidad del sacrificio o proporcionalidad de la injerencia.

“En el actual panorama constitucional se puede encontrar bastante arraigada la idea de que los derechos fundamentales entran en conflicto cuando se trata de su vigencia o ejercicio práctico” (Burga, 2011, p.253).

Un criterio de solución ante dicha problemática es el denominado *balancing test* o test de ponderación de derechos o test de proporcionalidad, que consiste en hacer una suerte de comparación entre los derechos en conflicto, sin dejar de lado las características especiales de cada caso en concreto, a fin de determinar cuál derecho es más importante o tienen un peso superior. El principio ligado a este criterio es el principio de proporcionalidad (Burga, 2011).

“El principio de proporcionalidad no tiene una naturaleza autónoma (de contenido propio), sino que, en gran medida, constituye una herramienta interpretativa respecto de la posible vulneración del resto de derechos fundamentales” (Bernal, como se citó en Montoya, 2020, p.140).

Según Alexy (2011) los principios son mandatos de optimización; cuando los principios entran en colisión, debe recurrirse al principio de proporcionalidad para establecer entre éstos una relación de precedencia condicionada, que “consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente” (p.92).

Así, “la ponderación es la forma más específica de aplicación de los principios” (Alexy, 2011, p.12). “Optar por la maximización de un principio o derecho fundamental en lugar de su contrario depende de que se hallen mayores y mejores razones para establecer cual derecho deberá prevalecer y cuál deberá ser postergado” (Castillo, 2020, p.561).

Burga (2011) sobre la teoría de Alexy señala que, si bien la ley de ponderación no formula pauta alguna que pueda ayudar a resolver casos; sin embargo, el modelo de ponderación proporciona un criterio al vincular la ley de ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional. La ley de ponderación dice qué es lo que tiene que ser fundamentado racionalmente.

Bernal (2011) define al principio de proporcionalidad como un criterio metodológico que sirve para determinar si la intervención en un derecho fundamental es o no contraria a la Constitución; dicha constitucionalidad dependerá de que esté justificada por su contribución para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.

Rojas (2015) lo considera como límite de límites en su afán de pretender “preservar la proporcionalidad de las leyes, ligándolo con el principio de Estado de Derecho y, por ende, con el valor justicia” (p.86).

El Estado de Derecho Constitucional contemporáneo contempla como teoría de justicia, el reconocimiento de la dignidad humana y el respeto a los derechos fundamentales; no obstante, ante el conflicto entre estos, o principalmente cuando se restringe uno para preservar otro, surge el principio de proporcionalidad, presentado por Alexy, como un instrumento jurídico capaz de controlar que las medidas restrictivas no generen excesos o arbitrariedades (Núñez y Flores, 2016).

La vigencia del principio de proporcionalidad es expresión genuina del Estado constitucional, ello significa que su radio de acción alcanza a todo el ordenamiento jurídico. En tal sentido, todas las intervenciones estatales (de índole penal, civil, administrativa, etc.) que afectan la esfera de libertad de un ciudadano están sometidas al imperativo cualitativo y cuantitativo de proporcionalidad. (Salazar y Llamoya, 2020, p. 69)

Este principio se consagra “como principio general del ordenamiento jurídico en su conjunto con la finalidad básicamente de limitar, en cualquier ámbito, la discrecionalidad en el ejercicio estatal de la actividad de control de toda clase de facultades de actuación” (Martínez Micó, como se citó en De La Mata, 2014, p.203).

En este punto corresponde aclarar que no siempre la aplicación del principio de proporcionalidad determinará el mismo resultado, pues ello puede variar dependiendo del caso en concreto. Al respecto, Dworkin (como se citó en Baquerizo, 2009) señaló que:

Ante la situación específica de concurrencia de derechos, uno prevalecerá sobre otro sin perjuicio de que el derecho derrotado siga perteneciente coherentemente al sistema jurídico, porque en un

siguiente caso las consideraciones contrarias pueden desaparecer o no tener el mismo peso. (p. 33)

En nuestra Constitución, este principio se encuentra recogido en el artículo 200 último párrafo, y establece que, por el principio de proporcionalidad, los jueces pueden evaluar las medidas restrictivas de los derechos fundamentales dictados en estados de excepción, a través de los procesos de amparo y hábeas corpus. Sin embargo, cabe precisar que esta norma no alcanza sólo a los supuestos de excepción, sino que, conforme ha señalado el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia este principio al tener connotación constitucional comprende todo el ámbito del derecho, constituyendo un principio angular del sistema jurídico en el Estado Constitucional de Derecho. En ese sentido, el principio de proporcionalidad “tiene por función, controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales” (Núñez y Flores, 2016, p. 111).

El Tribunal Constitucional ha acogido la técnica alemana de la ponderación o test de proporcionalidad de los derechos fundamentales y, con ello la tesis de que los derechos fundamentales pueden entrar en conflicto, siendo necesario aplicar el test o principio de proporcionalidad (Burga, 2011). Así, en la sentencia del 15 de diciembre del 2006, citada por Vivanco (2020) señaló:

31. El principio de proporcionalidad se constituye como un mecanismo jurídico de trascendental importancia en el Estado Constitucional y como tal tiene por función controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales, entre otros bienes constitucionales. (fundamento 31).

1.2.2 El principio de proporcionalidad en el derecho penal

El principal ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales; en el ámbito del derecho penal las normas penales conllevan a una restricción de la libertad individual, por lo que se afectará el principio de proporcionalidad cuando se sacrifique innecesaria o excesivamente el derecho a la libertad (STC Español, 105-1988, Aguado, 2014).

“El principio de proporcionalidad sirve pues como una herramienta argumentativa orientada a fundamentar los juicios de validez constitucional de las leyes que intervienen en derechos fundamentales, entre ellas las penales” (Lopera, 2008, p.291). “En resumidas cuentas, la exigencia de justificación o razonabilidad supone examinar las disposiciones legislativas a la luz del juicio de ponderación” (Castillo, 2020, p.561).

“El principio de proporcionalidad implica que en el derecho penal de un Estado constitucionalizado, no puede haber normas que consagren delitos sin fundamento alguno, ni tampoco penas excesivas” (Coté-Barco, 2008, p.133). En ese sentido, el Derecho penal debe operar como última ratio en la protección de derechos fundamentales; y en caso hacerlo, que esta intervención no sea excesiva; así el principio de proporcionalidad servirá como un criterio que fundamentará la prohibición de exceso (Coté-Barco, 2008).

La proporcionalidad exige un equilibrio entre los presupuestos y la reacción penal, tanto en la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta) (Fuentes, 2008); “Así, la justa medida de la pena se configura como un principio rector de todo el sistema penal” (Fuentes, 2018, p.19).

Finalmente, el principio de proporcionalidad tiene relevancia en tres momentos en el derecho penal: primero, cuando la norma penal trasgrede la prohibición de exceso, segundo, cuando el marco penal abstracto no está en armonía con el injusto, y por último, cuando se impone una condena desproporcionada (Zipe, como se citó en Aguado, 1999).

1.2.3 Estructura del principio de proporcionalidad

Siguiendo a Alexy (2011) el principio de proporcionalidad exige examinar los subprincipios de adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Al respecto, Lopera (2008) señala:

Aunque no puede afirmarse que se trata de la única estructura de argumentación útil para resolver las colisiones entre derechos fundamentales y otros principios constitucionales, sí constituye la más satisfactoria de la que hasta ahora se dispone, pues es la que posibilita en mayor medida vincular la interpretación constitucional con la teoría de la argumentación jurídica, lo que a su vez contribuye, si se emplea bien, a dotar de mayor racionalidad las decisiones del Tribunal, no porque elimine la inevitable discrecionalidad que depara la determinación del contenido definitivo de los derechos fundamentales en los casos difíciles, sino porque, al acosar y hacer explícitas tales valoraciones, obliga al Tribunal a dar buenas razones que respalden sus elecciones valorativas.

(p.273)

En definitiva, el principio de proporcionalidad representa una estructura argumentativa que permite al Tribunal (y en general a todo intérprete constitucional), fundamentar la interpretación de lo que los derechos fundamentales ordenan, prohíben o permiten al legislador en los casos difíciles, esto es, aquellos en los que se plantea una colisión entre principios constitucionales que suministran razones a favor y en contra de una determinada intervención legislativa en derechos fundamentales (Lopera, 2008).

Aguado (2014) nos explica cómo es la estructura del principio de proporcionalidad en sentido amplio:

Se puede hablar de un principio de proporcionalidad en sentido amplio que se descompone en tres subprincipios o, en la terminología del Tribunal Constitucional, hablar de un principio cuya aplicación es regida por tres condiciones: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto... en virtud del primer subprincipio, la medida ha de ser apta para alcanzar el fin pretendido. La necesidad de la medida implica que no se podía optar por otra igualmente eficaz, que no gravase o lo hiciese en menor medida los derechos afectados. En último lugar, el sacrificio que se impone al derecho correspondiente debe guardar un razonable equilibrio o proporción con los bienes jurídicos que se pretenden salvaguardar. (p.37)

La misma autora, sobre la estructura del principio de proporcionalidad en el derecho penal nos señala que, el derecho penal debe ser apto para la protección del bien jurídico (idoneidad), debe exclusivamente tutelar bienes jurídicos y actuar conforme a los principios de última *ratio* y mínima intervención (necesidad), y debe

respetar el principio de proporcionalidad de las penas y medidas de seguridad (proporcionalidad en sentido estricto) (Aguado, 2014). Estos subprincipios se aplicarán de forma sucesiva y escaolanda (Bernal, 2014).

Klatt y Meister (2017) señalan que, además de los tres subprincipios, “hay quien añade uno o dos pasos previos a lo anterior: la existencia de un conflicto constitucional y la exigencia de que la medida restrictiva de un derecho fundamental persiga un fin legítimo” (p.21). Al respecto, deberá entenderse que el conflicto constitucional debe producirse entre dos derechos fundamentales (cuyo valor constitucional es el mismo), y sobre el fin legítimo, que debe ser, además, constitucional.

A continuación, explicaremos en qué consiste cada subprincipio:

1.2.3.1 Idoneidad

También llamado de Adecuación, según este principio “Toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo” (Bernal, 2014, p. 875). Este subprincipio exigirá que toda medida de intervención en los derechos fundamentales tenga: un fin constitucionalmente legítimo y que sea idonea (Bernal, 2014).

“Mediante el juicio de adecuación o idoneidad se determina que la limitación de un derecho fundamental (u otro principio constitucional) solo es constitucionalmente admisible si, efectivamente, sirve para favorecer a otro derecho fundamental (u otro principio constitucional)” (García Amado, como se citó en Burga, 2011, p.256).

En sentido negativo, Alexy (2011) refiere que este subprincipio “Excluye la adopción de medios inidóneos que obstruyan la realización de los principios o fines para los cuales ha sido adoptado” (p.12). Y en el mismo sentido, Baquerizo (2009) refiere:

Este requisito de idoneidad representa asimismo un criterio negativo en razón de que su finalidad es determinar qué medios no son idóneos; no se trata, luego de fijar en sede jurisdiccional los medios que serían más idóneos o aptos para alcanzar un particular fin, sino de excluir aquellas medidas consideradas como inconsistentes o ineptas. (p.38)

La idoneidad en el ámbito penal:

“El principio de idoneidad requiere que el Derecho penal sea apto para la tutela del bien jurídico y que la medida adoptada, tanto la pena como la medida de seguridad, sea adecuada para conseguir la finalidad que se persigue” (Aguado, 1999, p.147). En ese contexto, “el Derecho penal únicamente puede y debe intervenir cuando sea mínimamente eficaz e idóneo para prevenir el delito” (Gunther, como se citó en Aguado, 1999, p.153).

La norma penal o “la medida de intervención punitiva debe ser adecuada al fin legítimo perseguido con tal medida –esto es la protección de bienes jurídicos–” (Montoya, 2020, p.147). Es decir, el objetivo constitucionalmente legítimo buscado por la norma penal es la protección de bienes jurídicos, protección que se producirá “a través de la prevención, tanto general como especial” (Aguado, 2014, p.38).

Asimismo, la idoneidad se exigirá sobre la conducta prohibida y sobre la consecuencia jurídica (pena o medida de seguridad). “La idoneidad se proyecta

tanto sobre la norma de conducta, como sobre la norma de sanción” (Crespo, 2010, p.81); sobre la norma de conducta debe comprobarse si la conducta descrita en el tipo penal es susceptible de afectar al bien jurídico que se pretende proteger, exigiendo verificar en cuanto a la norma de sanción si la conminación penal representa un medio apto para prevenir la realización de la conducta prohibida (Lopera, como se citó en Crespo, 2013).

Otro aspecto importante lo expresa Montoya (2020) al referirse a que en la fase legislativa, el juicio de idoneidad no se realiza “entre la pena prevista y el hecho delictuoso ya cometido, sino entre la pena prevista y el perseguido con la incriminación prevista” (p.147). Explica el autor que, un derecho penal asentado en fines preventivos cuyo fin es la protección de bienes jurídicos, no puede establecer la idoneidad de la medida en hechos pasados, sino en una expectativa futura.

1.2.3.2 Necesidad

Según este subprincipio de necesidad “toda medida de la intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto” (Bernal, 2014, p.932).

Es decir, exige que “entre dos medios igualmente idóneos, deberá ser elegido aquel que sea menos lesivo. Si existe un medio que intervenga en menor medida y que sea igualmente idóneo, será posible realizar una posición sin tener que perjudicar a la otra” (Alexy, 2011, p.12). “Este subprincipio implica, entonces, una comparación entre la medida adoptada y otras medidas alternativas disponibles” (Bernal, 2011, p.1).

“El juicio de necesidad está condicionado por la voluntad o capacidad del juzgador para introducir alternativas de análisis comparativo entre derechos positiva y negativamente afectados por la acción normativa que se enjuicia” (García Amado, como se citó en Burga, 2011, p.256). “Lo cual significa que es necesario establecer si la medida en cuestión es la menos restrictiva de las posibles, y además si es absolutamente necesaria para alcanzar el bien colectivo en cuestión” (Martínez y De Domingo, como se citó en Burga, 2011, p.256).

La necesidad en el ámbito penal:

En el ámbito penal, Bernal (2014) nos señala que de acuerdo con este subprincipio:

Para que una intervención penal en los derechos fundamentales sea necesaria no debe existir ningún otro medio alternativo que revista por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. (p.111)

Aguado (1999) nos refiere que, en el derecho penal se manifiesta “por una parte, en el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y, por otra, en el principio de intervención mínima con los dos postulados que lo integran: ultima ratio y carácter fragmentario del Derecho penal” (p.147). Enseguida expresa “Este principio adquiere relevancia en el momento legislativo, al seleccionar las conductas a incriminar, y en el momento de la aplicación de la ley penal; ambas se justifican en la necesidad de protección de bienes jurídicos” (p.159).

“Tanto el hecho de recurrir a la amenaza a través de la conminación penal como en su caso la gravedad de la pena ha de justificarse en la necesidad de

protección de bienes jurídicos” (Aguado, 2014, p.41). En ese sentido, “Sólo son merecedores de tutela penal los bienes constitucionalmente legítimos y socialmente relevantes frente a comportamientos que los lesionen o los pongan en peligro” (Aguado, 2014, p.42).

Según la fragmentariedad, en la norma conducta, “el Derecho penal no debe proteger los bienes jurídico-penales frente a cualquier tipo de ataque, sino exclusivamente frente a los que resulten más graves o peligrosos” (Crespo, 2013, p.82). Según la subsidiariedad, en la norma sanción, “tan sólo están necesitados de protección penal aquellos bienes jurídicos merecedores de la misma que no pueden ser tutelados por otros medios lesivos” (Crespo, 2013, p.82).

En los casos que no exista necesidad de pena o que no se necesite de una pena muy grave, “el Código Penal ha de prever mecanismos que permitan prescindir de la pena o que permitan sustituirla por otros menos graves o incluso por medidas de otra índole” (Aguado, 2014, p.54).

1.2.3.3 Proporcionalidad en sentido estricto

“Conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa” (Bernal, 2014, p.962).

Este principio es idéntico a la regla llamada ley de la ponderación que estatuye: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”, y “Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor

debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención” (Alexy, 2011, p.12). “La importancia de los fines perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho que es objeto de la intervención” (Bernal, 2011, p.1).

La ponderación implicará llevar a cabo una comparación entre dos intensidades: de un lado, la realización del fin (objetivo) que persigue la medida examinada (protección del bien jurídico), y del otro, la intervención en el derecho fundamental (libertad u otro derecho fundamental). Luego, los resultados de esta comparación son relevantes para el juicio de constitucionalidad de las intervenciones en los derechos fundamentales (Bernal, 2011). La intervención penal será legítima, si el grado de realización del objetivo de la intervención es por lo menos equivalente al grado de afectación (Bernal, 2014).

Alexy (como se citó en Baquerizo, 2009, p.40) sobre la Ley de Ponderación señaló que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto puede desglosarse en tres etapas:

- a) La intensidad de la intervención: definir el grado de insatisfacción o de afectación de alguno de los principios;
- b) La importancia de las razones para la intervención: definir la importancia de satisfacción del principio que juega en sentido contrario;
- c) La justificación de la intervención: definir si la importancia de la satisfacción de principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

Las dos primeras etapas de la operación consisten en establecer un grado de afectación o no satisfacción –del primer principio– y de importancia en la

satisfacción –del segundo principio–; luego la determinación del grado se logra a partir de una escala triádica de tres intensidades, propuesta por Alexy, en donde el grado de afectación de un principio en un caso concreto puede ser leve, medio o intenso (Baquerizo, 2009).

Este subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto coincide con el principio de proporcionalidad de las penas que expresa que “la gravedad de la pena ha de ser proporcionada a la gravedad del hecho antijurídico, a la gravedad del injusto” (Luzón Peña, como se citó en Aguado, 2014, p.277).

El principio de proporcionalidad en sentido estricto se manifiesta en dos momentos: legislativo (proporcionalidad abstracta) que exige una relación de proporcionalidad de la gravedad del injusto con la gravedad de la pena; y judicial (proporcionalidad concreta) que exige una relación de proporcionalidad entre la pena y la gravedad del hecho (Aguado, 2014). Así, “la pena habrá de aparecer, en abstracto y en concreto, tanto merecida como necesitada y proporcionada” (Aguado, 1999, p.276).

**a) El principio de proporcionalidad en sentido estricto:
proporcionalidad abstracta**

Aguado (1999) precisa que “La libertad del legislador penal se encuentra sujeta al respeto del valor justicia del Estado de Derecho, de la interdicción de la arbitrariedad y de la dignidad de la persona, pero siempre que los respete posee un amplio poder de decisión” (p.285).

Por ello, en cada fase de la labor del legislador, se aplicará el principio de proporcionalidad y sus subprincipios. En la primera, de creación de la norma, se

verificará si el Derecho penal constituye la medida idónea para lograr la estabilización social, o si existen otros métodos, igual o más eficientes, para lograr dicho control. Y, en la segunda, para determinar el tipo de pena con que se sancionará la conducta y la cuantía de la misma (Caro y Huamán, 2014).

En ese sentido, “La pena que establezca el legislador al delito deberá ser proporcional a la importancia social del hecho” (Mir Puig, como se citó en Rojas, 2009); por lo que, “no deben de admitirse penas o medidas de seguridad exageradas o irracionales en relación con la prevención del delito” (Rojas, 2009, p.88).

El principio de proporcionalidad en sentido estricto, en su momento legislativo, exigirá el equilibrio de la gravedad de la pena prevista legislativamente con: a) la importancia del bien jurídico a proteger, b) la afectación del bien jurídico (gravedad), y c) la subjetividad con que actuó el delincuente (Castillo-Córdova, 2004).

Bernal (2014) aprecia que el principio de proporcionalidad depara al Tribunal Constitucional un amplio margen de subjetividad en la catalogación del grado de intervención o de protección como leve, medio o intenso. Por lo que señala, existen por lo menos dos criterios que lo limitan: la gravedad del delito y el grado de culpabilidad. En el caso del primero, cuánto más grave es un delito, más afecta al bien protegido, y por lo tanto mayor debe ser la protección legislativa y mayor la pena a imponer. En el caso del segundo, a mayor sea la culpabilidad más razones existirán para que la conducta prohibida y sancionada con una pena más severa; y cuando la culpabilidad sea menor, menos intensa deberá ser la pena.

Los criterios para llenar de contenido al principio de proporcionalidad en este ámbito de aplicación han sido desarrollados por la doctrina partiendo de la

importancia del bien jurídico protegido, el grado de ejecución, la nocividad social del hecho delictivo, el grado de participación, entre otros (Caro y Huamán, 2014, p.43).

Para Aguado (2014) “El principio de proporcionalidad de las penas es una fórmula vacía en tanto no se establezcan los criterios de proporcionalidad que son constitucionalmente legítimos” (p.56). Así, Aguado (1999) considera debe seguirse las siguientes pautas:

a) La importancia del bien jurídico protegido: Con lo cual la pena debe corresponder a la importancia del bien jurídico que se busca tutelar.

Ya que en virtud del principio de proporcionalidad en sentido estricto debe existir una relación de proporcionalidad entre la gravedad de la sanción y la gravedad de la ofensa, si la ofensa no reúne un cierto nivel de gravedad, es decir, si es exigua, no puede seguir considerándose proporcional a la sanción penal. Por este motivo, es por el que hemos sostenido que el principio de insignificancia responde fundamentalmente a la exigencia del respeto del principio de proporcionalidad en sentido estricto: no se puede seguir considerando proporcional la pena prevista por el legislador para determinados comportamientos, cuando nos encontremos ante supuestos en los que el contenido de injusto es mínimo. Para estos supuestos se debe prever la posibilidad de que el Juez deje de aplicar la pena por desproporcionada. (p.289)

b) El elemento subjetivo del desvalor de la acción: Con lo cual si el hecho fue doloso o culposo, debe considerarse al momento de determinar la proporcionalidad entre delito y pena. No puede sancionarse igual una conducta dolosa o culposa.

c) La importancia social del hecho: Con lo cual la trascendencia social debe considerarse al momento de establecer la gravedad de la pena.

d) El grado de ejecución y las formas de participación en el delito: Con lo cual se diferencia un delito consumado de la tentativa, y por lo mismo con diferentes penas, correspondiente una menor al delito tentado. Y sobre las formas de participación, se diferencia cómplices de autores, con una pena inferior a los primeros de los segundos.

En consecuencia, el legislador, para la determinación de la pena abstracta, no sólo aplicará criterios de proporcionalidad entre injusto y pena, sino que además tendrá en cuenta los criterios de prevención general y especial (Aguado, 2014). De otro lado, “la exigencia de proporcionalidad es de carácter constitucional..., constituyendo por consiguiente un límite constitucional a la función preventiva de la pena” (Aguado, 2014, p.60).

No obstante, de producir la pena un sacrificio excesivo al derecho fundamental, podrá recurrirse a la instancia constitucional para el control y corrección respectivos (Vogel, como se citó en Aguado, 2014).

El autor Luna Castro (2012) señala que:

El principio de proporcionalidad o de prohibición de “exceso”, exige la existencia de un marco punitivo coherente y basado en una armónica articulación del total sistema de penas y medidas de seguridad en el estado que se jacte de ser democrático de derecho y aspire a mantener el respeto a la constitucionalidad. Este principio contiene a su vez dos aspectos principales: una proporcionalidad abstracta (prohibición de

conminaciones desproporcionadas al momento de legislar) y una proporcionalidad concreta (prohibición de imposición efectiva de penas desproporcionadas por parte del juzgador).

Gonzales-Cuellar Serrano (2017) al respecto refiere:

Es en la fase de la individualización legal donde el principio de proporcionalidad de la pena despliega fundamentalmente su eficacia, como criterio para la ordenación de los delitos en virtud de las sanciones previstas en abstracto para su comisión, determinándose las penas en atención a la gravedad de los hechos punibles tipificados (p.40).

Rodríguez (citado por Nicolás Gonzales-Cuellar Serrano) precisa que “la ley hace un esfuerzo por proporcionar la pena abstracta a las circunstancias del delincuente, pero es el juez quien, en definitiva, ha de fijar la pena concreta que ha de cumplir quien ha cometido el delito” (p.42).

**b) El principio de proporcionalidad en sentido estricto:
proporcionalidad concreta**

Adalah (como se citó en Barak, 2017) precisa:

La determinación de la política nacional y su transformación en legislación es la función que le corresponde desempeñar al poder legislativo; el control de la constitucionalidad de la legislación, es decir la decisión acerca de si ella restringe de manera desproporcionada los derechos fundamentales, es la función que le corresponde desempeñar al poder judicial. (p.455)

En ese sentido, Barak (2017) nos dice que “Los límites de la zona de la proporcionalidad son una expresión del principio de la separación de poderes” (p.455), y con ello, la zona de proporcionalidad “supone que toda acción legislativa dentro de sus límites es constitucional y es precisamente por esta razón que el juez interviene a través del control de la legislación y determina si ésta es constitucional” (p.455).

El ámbito donde por excelencia opera el principio de proporcionalidad es en la determinación judicial de la pena. A diferencia del legislador, el ámbito de libertad del juez es reducido, pues tiene un rango ya prefijado por el legislador dentro del cual debe determinarse la pena a aplicar (Caro y Huamán, 2014).

Aguado (2014) al respecto señala “la pena aplicada al autor por el Juez ha de ser proporcionada a la gravedad del hecho cometido... y, por ello, el juez deberá atender tanto a la gravedad del injusto como a la culpabilidad concreta” (p.63), ambos que se corresponden, en su orden, con el principio de proporcionalidad y principio de culpabilidad (Mir Puig, como se citó en Aguado, 2014).

Aguado (1999) nos señala que, en el momento judicial, se distingue una doble proyección del principio de proporcionalidad:

a) “Cuando el legislador deja en manos del Juez un... margen de discrecionalidad en la imposición de la pena, debiendo... ajustar la medida exacta de la pena un juicio sobre la gravedad del injusto y sobre el grado de culpabilidad” (p.315). Así, luego de que el Juez determina la pena cualitativamente, le toca determinarla cuantitativamente, ésta última deberá ser proporcional a las circunstancias objetivas y subjetivas del delito (gravedad del hecho y condiciones personales del reo).

b) “Cuando dicha facultad no le es atribuida al juez, sino que la pena viene explícita e inequívocamente asignada en el Código Penal... el juez no puede dejar de aplicarla aduciendo la vigencia del principio de proporcionalidad” (p.316). En este punto critica la autora que el Código español, en virtud del principio de legalidad, prefiere la antijuricidad formal a la material; pero en todo caso, cuando el juez considere que la pena a aplicar no es justa debe plantear su inconstitucionalidad; así precisa “el supuesto de pena notablemente excesiva por desproporción con el mal causado y las circunstancias personales del autor es directamente contrario a la Constitución y a su sistema de división de poderes” (Bacigalupo, como se citó en Aguado, p.319).

Crespo (2013) sobre este subprincipio señala que:

El principio de proporcionalidad se formula como la expresión de la necesidad de que la gravedad de la pena sea proporcional a la gravedad del hecho antijurídico, exigencia que debe verse satisfecha mediante un juicio de ponderación entre ambas, teniendo a la vista el objeto de tutela y la consecuencia jurídica. Debe respetarse la medida de la pena que corresponde en función de la gravedad de la conducta, lo contrario vulneraría el necesario equilibrio valorativo del sistema penal de acuerdo con el marco constitucional. En ese sentido el principio de proporcionalidad entra a valorar si la pena resulta excesiva con relación a la conducta y el fin de la norma. (p.82)

Rojas (2015), considera que, existe una tendencia exagerada del legislador penal al incremento de las penas, lo que contraviene a las garantías de un Estado

de Derecho, entre ellas la proporcionalidad en sentido estricto, por lo que, con razón expone:

El principio de proporcionalidad no impide que pueda disminuirse o renunciarse a la pena por razones de prevención especial y, más concretamente, para impedir la desocialización o facilitar la socialización. Debería preverse la posibilidad de que el juez o el tribunal prescindiera de la pena cuando resulte desproporcionada o innecesaria. (p.94)

En la misma forma Mata Barranco (2014) señala que, “ya se ha afirmado que si la disminución de pena por debajo de dicha proporción obedece a algún motivo, lógicamente preventivo, la pena sí será proporcionada, pero claro está atendiendo a este motivo” (p.228). Considera el autor que, el principio de proporcionalidad permite disminuir, o hasta renunciarse a la pena, ya sea por razones de prevención especial (para evitar la desocialización o facilitar la socialización del delincuente), o de prevención general.

También Bernal (2014) sostiene que, los derechos fundamentales prohíben que las medidas que adopte el legislador penal –la tipificación de los delitos y la fijación de las penas– sean excesivas. No obstante, lo excesivo no es algo que pueda ser determinado en abstracto, sino sólo en el caso concreto, habida cuenta de la protección que exijan para sí los bienes jurídicos que las leyes penales garantizan. En ese sentido, el principio de proporcionalidad se constituye como un criterio para controlar la constitucionalidad de la ley.

De la misma manera Mir Puig (como se citó en Aguado, 1999) consideró que, “el principio de proporcionalidad en sentido estricto... se opone a ser vulnerado hacia arriba, pero no hacia abajo, es decir, constituye un límite máximo, pero no un

límite mínimo” (p.321). Es decir, “el principio de proporcionalidad no impide que pueda disminuirse o incluso renunciarse a la pena por razones de prevención especial y, más concretamente para impedir la desocialización o facilitar la socialización” (Silva Sánchez, como se citó en Aguado, 1999, p.321). En estos casos “la proporcionalidad ha de ser entendida conforme a los requerimientos de la finalidad de tutela, que es el único objeto de ponderación, y no según la gravedad de la de delito, que es sólo un criterio genérico para efectuarla” (Cobo/Vives, como se citó en Aguado, 1999, p.322).

Por ello, concluye que “ante la insuficiencia del mecanismo previsto para asegurar la proporcionalidad concreta de una determinada pena, sería deseable..., que se previese la posibilidad de que el Juez o Tribunal prescinda de la pena cuando resulte desproporcionada o innecesaria” (Aguado, 2014, p.65).

La proporcionalidad en la aplicación de las penas o proporcionalidad concreta es función del juez penal, quien, según las circunstancias del delito en un caso concreto, definirá la pena. En primer momento, sancionará con pena la conducta que previamente esté expresamente prevista como delito; en segundo momento, tomará en cuenta las circunstancias (como el grado de participación, si es consumado o tentado, si concurren otras figuras delictivas, entre otras); y en tercer momento, debe tener en cuenta que la proporcionalidad que se exige es uno garantista; esto es que el juez pueda disminuir la pena por debajo del mínimo legal establecido, o sustituir la pena de prisión por otra más benigna (Castillo-Córdova, 2004).

La función del juez es la de examinar si la elección del legislador es proporcional (en sentido estricto). Una vez que el juez llega a la

conclusión según la cual el medio es proporcional (en sentido estricto), él debe determinarlo como tal. Esto no es una expresión de la “no intervención” judicial. Tampoco es una expresión de la deferencia judicial al legislador. Esto es simplemente una declaración judicial según la cual el legislador ha actuado de manera constitucional. Si el juez concluye que el medio no es proporcional, él debe determinarlo. Esto hace parte de su función. (Barak, 2017, p.454).

Cote-Barco (2008) nos plantea la interrogante de “¿qué sucede si al concretar los criterios que establece el código para la individualización de la pena, siguiendo el principio de proporcionalidad, el juez concluye que la sanción no está justificada desde el punto de vista constitucional?” (p.137). La respuesta señala, dos opciones:

1. Imponer la pena pese a la carencia de una justificación constitucional –aunque la puede tener desde el punto de vista sistémico-dogmático– seguramente para mantener incólume el principio de legalidad formal o,
2. prescindir de la pena o incluso imponerla por debajo del mínimo legal, buscando adoptar una justificación constitucional de la decisión judicial, siguiendo el principio de estricta legalidad. (p.138)

Un ejemplo de lo que estamos tratando, lo señala Cote-Barco (2008) al citar la Sentencia C-647 de 2001 de la Corte Constitucional de Colombia, que considera que, en un Estado democrático constitucional no deben imponerse penas desproporcionadas, en ese sentido, el principio de proporcionalidad quedará satisfecho en cuanto se determine la pena dentro de los márgenes punitivos fijados por la norma penal; en ese sentido, el extremo mínimo de la pena puede ser

relativizado con la finalidad de evitar una afectación injustificada a los derechos fundamentales de la persona condenada. (Cote-Barco, 2008, p.138)

1.2.4 El principio de proporcionalidad y el Tribunal Constitucional

Nuestro Tribunal Constitucional reconoce al principio de proporcionalidad como un principio general del Derecho cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del Derecho. En nuestro ordenamiento jurídico, se halla institucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución (Burga, 2011).

Para el Tribunal, el principio de proporcionalidad se vincula con el valor justicia, vigente dentro de un Estado Constitucional de Derecho; que se manifiesta como:

Mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de las facultades discrecionales, y exige que las decisiones que se toman en ese contexto, respondan a criterios de racionalidad, y que no sean arbitrarias. (STC Exp. N° 01803-2004-AA/TC, Burga, 2011, p.257)

Rubio (2018) señala:

Durante el siglo XXI, la jurisprudencia constitucional peruana utilizó en varios casos de trascendencia, el denominado test de proporcionalidad, un elemento metodológico tomado de la disciplina jurídica europea que ha sido significativamente transformado por nuestro Tribunal Constitucional. (p.09)

En ese sentido, el Tribunal Constitucional acepta la tesis sobre la existencia de conflictos entre derechos fundamentales, por lo que es necesario aplicar el test o principio de proporcionalidad a fin de determinar cuál es el derecho que predomina en cada caso concreto (Burga, 2011).

“Todos reconocen que, en el Perú, fue la sentencia 0045-2004-PI-TC la que dio forma final al test de proporcionalidad” (Rubio, 2018, p.25). La cita textual, reproducida por Rubio, es la siguiente:

Estructura del principio de proporcionalidad en el análisis de la infracción de la igualdad:

33. Este principio ha de emplearse a través de sus tres subprincipios, de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Conforme a esto, los pasos que se han de efectuar para ello son los siguientes:

- a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación;
- b) Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad;
- c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin);
- d) Examen de idoneidad;
- e) Examen de necesidad;
- f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

En pocos casos, el Tribunal Constitucional aplica los incisos a) y b). En algún caso dijo que el test de igualdad sólo contiene los pasos de la idoneidad, necesidad

y proporcionalidad *strictu sensu*. En todo caso, la experiencia práctica indica que la parte sustantiva son los incisos c) al f) (Rubio, 2018).

Importante la precisión de Rubio (2018) en el sentido de que “Los conceptos y la metodología que ha trabajado el Tribunal Constitucional en los últimos años a propósito del test de proporcionalidad no han variado. En las sentencias se repiten las mismas ideas originalmente planteadas” (p.26).

El Tribunal, en la STC Exp. N° 003-2005-PI/TC, fundamento jurídico 69 (reproducida por Burga, 2011), define los tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, de la siguiente manera:

- a) Idoneidad, definido como una relación de causalidad, del medio a fin, ambos elegidos por el legislador; supone “(...) de un lado, que ese objetivo sea legítimo; y, de otro, que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el objetivo, es decir, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante” (p.259).
- b) Sobre la necesidad, definido como el análisis de la existencia de otros medios alternativos al previsto por el legislador que no sean graves o, lo sean en menor medida al utilizado. Se trata del “análisis de una relación medio-medio; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos” (p.259).
- c) Principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación “consiste en una comparación entre el grado de realización u

optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental” (p.260)

“En caso de que un determinado paso del test se encuentre una inconstitucionalidad, el razonamiento concluye sin realizar las etapas siguientes, pues la inconstitucionalidad encontrada es motivo suficiente para dictar el fallo consiguiente” (Rubio, 2018, p. 31). Véase al respecto la STC Exp. 0016-2009-PI-TC, f.j, 11.

Rubio (2018) en su obra el Test de Proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano aporta los siguientes datos:

El test de proporcionalidad no tiene demasiada aplicación en la jurisprudencia constitucional: de casi 123000 casos resueltos por el Tribunal Constitucional, solo hemos detectado 89 en los que se aplicó (en tres de ellos se aplicó dos veces). La importancia numérica de aplicación del test es reducida. Sin embargo, muchos casos se resuelven mediante él. Por ello, tiene una importancia conceptual muy grande. (p.143)

A continuación, veremos algunos de los casos más importantes resueltos por el Tribunal Constitucional.

1.2.4.1 STC Exp. N° 0006-2017-PI-TC. Test de proporcionalidad

La resolución impugnada establece la prohibición de poder conformar nuevos grupos parlamentarios, o adherir a grupos ya existentes, para aquellos congresistas que se retiren, renuncien, sean separados o expulsados de sus grupos parlamentarios, partidos políticos o alianzas políticas. El Congreso defiende la decisión diciendo que tiene por finalidad impedir la fragmentación de los grupos parlamentarios al interior del Congreso. Los impugnantes consideran que las normas impugnadas afectan la igualdad de los congresistas entre sí, la no existencia del mandato imperativo, la libertad de conciencia, la libre asociación, la participación en la vida política y el principio de legalidad al aplicar sanciones (Rubio, 2018).

La sentencia fundamenta:

- a) La prohibición de conformar nuevos grupos parlamentarios o adherirse a grupos ya existentes, para aquellos congresistas que se retiran, renuncian, son separados o expulsados de sus grupos parlamentarios originales, tiene como fin garantizar los principios de democracia representativa y representación proporcional, al buscar que los grupos parlamentarios originales mantengan su nivel de representatividad inicial. Por tanto, la medida cuestionada es evitar que los congresistas renuncien o sean expulsados de sus grupos parlamentarios, manteniéndose en los mismos. Por lo que, la medida cuestionada tiene un fin constitucional y cumple con el subprincipio de idoneidad.
- b) No obstante, no se cumple con el subprincipio de necesidad, pues existen otras medidas alternativas que pueden reemplazar la prohibición

cuestionada, a fin de evitar la fragmentación de los grupos parlamentarios originales, sin incidir en la libertad de conciencia. Por ejemplo, los grupos parlamentarios pueden brindar a los congresistas la libertad para que, en determinados casos sensibles, puedan votar de acuerdo a un criterio de conciencia. O se podría haber establecido que los congresistas separados, puedan retornar al grupo parlamentario luego de un periodo determinado cuando haya nuevamente coincidencia de intereses.

- c) Tampoco se cumple con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, pues la limitación del derecho a la libertad de conciencia es grave con respecto al grado de satisfacción de los principios de democracia representativa y representación proporcional. Además de que, la prohibición afecta el normal ejercicio del mandato parlamentario, ya que los congresistas estarían impedidos de poder ejercitar su voto a conciencia por temor a represalias por parte de sus grupos parlamentarios.

Por lo que, el Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda, declarando inconstitucional el artículo 37, inciso 5) del Reglamento del Congreso, por vulnerar los derechos de libertad de conciencia, a la participación política, entre otros.

1.2.4.2 STC Exp. N° 01010-2012-PHC/TC. Proporcionalidad de las penas

En esta sentencia, si bien no se realiza un test de proporcionalidad, consideramos importante resaltar los fundamentos que expone el Tribunal Constitucional respecto del principio de proporcionalidad de las penas.

Fundamentos 4 al 7:

4. El principio de proporcionalidad de las penas es un valor constitucional implícitamente derivado del principio de legalidad penal, así reconocido en el artículo 2º, inciso 24, literal d) de la Constitución, en interpretación conjunta con el último párrafo del artículo 200º de la Constitución en el que se reconoce explícitamente el principio de proporcionalidad.

5. En su relación con las penas, el principio de proporcionalidad usualmente ha sido enfocado como una “prohibición de exceso” dirigida a los poderes públicos. De hecho, esta es la manifestación que se encuentra recogida en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, en la parte en la que dispone que “(l)a pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho”. No obstante, si se reconoce que, en razón del principio de lesividad, el derecho penal tipifica atentados contra bienes de relevancia constitucional y; singularmente, contra derechos fundamentales, procurando su protección (STC 0019-2005-PI/TC, fundamento 35); el principio de proporcionalidad de las penas, *prima facie*, también implica una “prohibición por defecto”, es decir, la prohibición –cuando menos como una regla general no exenta de excepciones– de que la pena sobredisminuya la responsabilidad por el hecho (cfr. Clérico, Laura, “La prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad”, en Jan-R Sieckman (editor), La Teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, Marcial Pons, Madrid / Barcelona / Buenos Aires, 2011, p.169 y ss).

6. Por ello, el Tribunal Constitucional ha determinado “que ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos. Pero a su vez, ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer a toda costa la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material” (STC 0019-2005-PI/TC, fundamento 41).

7. Sí, así entendido, el principio de proporcionalidad de las penas es un valor constitucional, y el artículo 138° de la Constitución, establece que “(l)a potestad de administrar justicia (...) se ejerce por el Poder Judicial (...) con arreglo a la Constitución”, existe una presunción de que el *quantum* de las penas privativas de libertad impuestas por el juez penal guarda una relación de proporcionalidad con el grado de afectación del bien constitucional a que dio lugar la realización de la conducta típica (STC 0012-2010-PI/TC, fundamento 3).

1.2.4.3 STC Exp. N° 0014-2006-PI/TC. Habitualidad y reincidencia

En esta sentencia, el Tribunal, citando la Sentencia 0010-2002-AI/TC, resalta la función del legislador al establecer penas, que se exige sean proporcionales y justas al delito cometido; o proporcional al comportamiento que se pretende evitar.

Sobre si los artículos modificados, sobre habitualidad y reincidencia, de la Ley N° 28726 respetan o no el principio de proporcionalidad, el Tribunal afirma que la intervención de un derecho fundamental exige la justificación del otro derecho fundamental, bien o valor constitucional.

En ese sentido, al realizar el control constitucional de estos artículos a través del principio de proporcionalidad, el Tribunal señala: Se cumple con el subprincipio de idoneidad, pues las normas emitidas son idóneas para cumplir con el objetivo constitucional del Estado de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales de las personas, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general. Se cumple con el subprincipio de necesidad, pues no se advirtió otras medidas menos gravosas, más aún si la reincidencia y habitualidad cuestionan los fines constitucionales de la pena y la protección de la seguridad y la paz, como bienes constitucionales que también deben de ser protegidos por el Estado. Y finalmente, se cumple con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, pues además de tutelarse el derecho a la libertad personal, también lo hace respecto de la seguridad y la paz.

En tal sentido, el Tribunal distingue dos aspectos en el principio de proporcionalidad, de un lado, la necesidad de que la pena sea proporcional al delito, y del otro, la necesidad que la medida de proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (a su nocividad social). En el caso del delito de

terrorismo, siendo que se afecta el orden público constitucional y otros derechos fundamentales como la vida, la integridad personal, la paz, el Tribunal consideró que las disposiciones modificatorias de la Ley N° 28726 (que afectan la libertad personal) son legítimas al no infringir el principio de proporcionalidad.

1.2.4.4 STC Exp. N° 007-2006-PI/TC. Caso Calle de las Pizzas

En esta sentencia el Tribunal Constitucional realizó dos análisis de proporcionalidad:

El primer análisis, trató de establecer la constitucionalidad de las Ordenanzas N° 212-2005 y N° 214-2005 cuyo objeto era el resguardo de la tranquilidad y seguridad de los vecinos de Miraflores, y por lo cual se estableció una restricción en los horarios de atención de los establecimientos; entonces la ponderación se realizó entre la vida e integridad de los vecinos mirafloresinos, versus el garantizar la vida, seguridad e integridad de los trabajadores y asistentes a los establecimientos de la zona bajo restricción; concluyéndose sobre la inidoneidad del medio para el objetivo perseguido por el Municipio de Miraflores.

En el segundo, el Tribunal consideró la existencia de un conflicto entre el derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud de los vecinos de Miraflores, frente a la libertad de trabajo y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de los propietarios de los establecimientos y de los concurrentes, respectivamente, concluyéndose siendo el resultado de la ponderación que el grado de limitación de la libertad de trabajo y del libre desenvolvimiento de la personalidad es leve, mientras que el grado de protección del derecho al medio ambiente, a la

tranquilidad y a la salud es elevado. Por consiguiente, la medida adoptada satisface la ley de ponderación, en consecuencia, es constitucional (Burga, 2011).

1.2.4.5 STC Exp. N° 06712-2005- PHC/TC. Caso Mónica Adaro vs. Magaly Medina

En este caso, el Tribunal Constitucional consideró necesario aplicar el test de proporcionalidad por considerar la existencia de un conflicto entre libertad de información y el derecho a la vida privada. Se analizó si el derecho a la información protege la preparación, filmación y divulgación de imágenes que demostrarían una supuesta prostitución ilícita, o si, por el contrario, ello configura una vulneración del ámbito de protección del derecho a la vida privada de una persona.

Ante la exhibición explícita de imágenes en el reportaje, el Tribunal concluyó que se trataba de una medida innecesaria, puesto que, para denunciar un caso de prostitución clandestina, bastaba hacer un seguimiento de la persona que se estaba investigando o mostrar el momento en que se hacía el trato. Pero, no es aceptable, que una cámara se introduzca subrepticamente en la habitación de un hotel para que luego las imágenes captadas muestren públicamente las partes íntimas del cuerpo de una persona, lo que calificó de excesivo, y que sobrepasó el motivo alegado sobre reportaje televisivo (presumible prostitución clandestina) (Burga, 2011).

1.2.4.6 STC Exp. N° 003-2005- PI/TC. Caso de Apología al Terrorismo y Reincidencia

Esta sentencia emitida por el Tribunal Constitucional analiza el delito de apología al terrorismo y su conflicto con las libertades de opinión y expresión, asimismo, examina si la pena conminada es acorde o no con el principio de proporcionalidad.

El delito de apología de terrorismo, previsto en el artículo primero del Decreto Legislativo 924, sanciona la conducta del que, incita a la comisión de un nuevo delito terrorista, o hacer loa, alabanza o exaltación de un delincuente terrorista, ya sea en su condición de autor o partícipe. El Tribunal consideró que las libertades de opinión y expresión no son absolutas, pudiendo ser limitadas cuando su ejercicio incite a comportamientos ilícitos que pretendan afectar la vida humana o a la sociedad; por lo que su finalidad es constitucional.

Analizado el subprincipio de idoneidad, consideró que el *quantum* de la pena es idóneo para prevenir o combatir las conductas prohibidas. Sobre el subprincipio de necesidad, consideró que el *quantum* de la pena no es manifiestamente excesivo comparado con los delitos de apología de delitos contra la seguridad y tranquilidad pública, contra el Estado y la defensa nacional, o contra los poderes del Estado y el orden constitucional. Y sobre el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, sobre la validez constitucional del *quantum* de la pena, consideró evaluar la gravedad del delito que se sancionará a partir de los bienes jurídicos tutelados por la ley penal y la intensidad de la privación de la libertad que la ley contempla como pena. Concluyendo que al ser la intervención de intensidad media,

el artículo analizado no trasgrede el principio de prohibición de exceso, es decir no es desproporcionado, y no es inconstitucional.

Luego, sobre la pena de cadena perpetua establecida para la reincidencia en el delito de terrorismo, previsto en el artículo 3 del Decreto Legislativo 921, específicamente si la pena conminada por el legislador se encontraba acorde o no con el principio de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional señaló: Sí se cumple con el subprincipio de idoneidad pues la pena cuestionada es idónea para alcanzar el objetivo constitucional de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales y promover el bienestar general. Se cumple con el subprincipio de necesidad, pues no existen otras medidas menos gravosas, si se tiene en cuenta que la reincidencia en el delito de terrorismo cuestiona los fines constitucionales de las penas y otros bienes como la seguridad y la paz, que también deben protegerse. Y finalmente, se cumple con el subprincipio de proporcionalidad, pues la pena se ajusta a la gravedad del delito; precisando que el principio de proporcionalidad de las penas considera dos aspectos: a) La necesidad de que la pena sea proporcional al delito, y b) La exigencia de que la medida de la proporcionalidad sea en base a la importancia social del hecho (nocividad social).

Concluye el Tribunal señalando que la intervención del legislador en el derecho a la libertad personal, a través del artículo 3 del Decreto Legislativo 921, no infringe el principio de proporcionalidad, en su variante de prohibición o interdicción de exceso; siendo dicha disposición constitucionalmente legítima.

1.2.4.7 STC Exp. N° 04677-2004- PA/TC. Caso Trabajadores del Perú (CGTP)

En este caso, el Tribunal Constitucional analizó un proceso de amparo demandado por la Confederación General de Trabajadores del Perú en contra de un decreto municipal que prohibió las manifestaciones públicas en el Centro Histórico de Lima. Según el Tribunal se presentó un conflicto entre los derechos de manifestación y reunión, versus la exigencia de protección del patrimonio histórico (como parte del contenido constitucionalmente protegido de las libertades culturales). Así, sobre la medida de restricción analizada estableció:

(...) si bien persigue un fin constitucionalmente válido (proteger el centro histórico como patrimonio cultural) y utiliza un medio idóneo para ello (prohibir las reuniones en el área que lo configura); sin embargo, al proscribir en abstracto toda reunión en el Centro Histórico de Lima (con la salvedad hecha de los eventos tradicionales), incurre en una medida absolutamente innecesaria, puesto que el mismo objetivo podría alcanzarse evaluando, caso por caso, las razones objetivas, suficientes y fundadas que puedan justificar la adopción de medidas restrictivas del ejercicio del derecho de reunión, siendo la prohibición la última ratio a la que debe acudir la autoridad administrativa. (fundamento 27, como se citó en Burga, 2011)

1.2.4.8 STC Exp. N° 0010-2002- AI/TC. Caso sobre la legislación contra el terrorismo

El Tribunal Constitucional en esta sentencia analizó la pena de cadena perpetua, concluyendo es una medida desproporcionada por contravenir a los fines constitucionales de la pena, que debe “orientarse hacia la resocialización del condenado y no a su cosificación, en el que terminaría siendo considerado como un objeto de la política criminal del Estado, sin posibilidades de ser objeto de medidas de su resocialización” (Burga, 2011, p.259).

Precisa el Tribunal que, el principio de proporcionalidad “impone al legislador el que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer” (fundamento 197).

1.2.4.9 STC Exp. N° 0012-2006-PI/TC. Test de proporcionalidad

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional hace referencia a la facultad del legislador para crear normas, consideramos importante reproducir los fundamentos jurídicos siguientes:

14. Conforme a lo antes expuesto, en el Estado democrático y social de derecho el legislador no tiene una “discrecionalidad absoluta” para establecer las conductas que pueden resultar punibles o los límites máximos o mínimos de la pena, pues debe respetar las garantías materiales y procesales ya mencionados, dentro de la que destaca el principio de proporcionalidad, entre otros bienes constitucionales, los

mismos que se constituyen en el fundamento y límite del poder punitivo del Estado.

15. Ello, sin lugar a dudas no implica que la Norma Fundamental haya previsto de modo completo y detallado los contenidos del derecho penal, pues tal cometido sería de difícil realización. Por ello, el legislador conforme a sus atribuciones constitucionales, goza de una “discrecionalidad relativa”, según la cual posee un determinado nivel de autonomía, pero, a diferencia de la discrecionalidad absoluta que poseía en el Estado legal de derecho, se encuentra vinculado por las mencionadas garantías, así como por los principios y valores de la Constitución.

16. En efecto, si bien ha sido común entender que el legislador penal, en función al contexto social y dentro de la política criminal del Estado, gozaba de la más absoluta discrecionalidad para establecer qué conductas debían resultar punibles, cuáles debían ser las penas que correspondían a estas conductas, cuáles podían ser las circunstancias agravantes o cuáles las atenuantes de las conductas penalizadas, entre otros aspectos, hoy en día, debido a la fuerza vinculante de la Constitución, el legislador ve disminuida su discrecionalidad debido a la consagración constitucional de garantías tales como el principio de legalidad, el principio de igualdad, el principio de lesividad o el ya mencionado principio de proporcionalidad. Así, por ejemplo, en la tipificación de conducta el legislador encuentra prohibido de discriminar a las personas cuando tipifica determinadas conductas; asimismo,

cuando determina los límites máximos o mínimos de la pena, no puede establecer penas que resulten desproporcionadas respecto del ilícito cometido.

31. El principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo jurídico de trascendental importancia en el Estado Constitucional y como tal tiene por función controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales, entre otros bienes constitucionales. Como tal, el principio de proporcionalidad se encuentra contenido en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución, por lo que teniendo en cuenta los principios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, según los cuales la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un todo armónico y sistemático a partir del cual se organiza el sistema jurídico, evitándose en todo caso las contradicciones, entonces debe entenderse que cuando los poderes públicos pretendan la limitación de los derechos fundamentales o la imposición de sanciones, entre otros aspectos, deben observar el principio de proporcionalidad.

32. Debido a la propia naturaleza del principio de proporcionalidad (es un mecanismo de control), su eficacia siempre va a estar relacionada con la afectación de un derecho fundamental o un bien constitucional (en tanto estos últimos son fines en sí mismos). En otros términos, si se determina que una medida estatal es desproporcionada no se está afectando solamente el principio de proporcionalidad, sino

principalmente el derecho fundamental o bien constitucional comprometido en la referida medida estatal.

Para el Tribunal, este principio exige examinar adecuadamente los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; sobre los que explica:

a) Examen de idoneidad “exige, en primer término, la identificación de un fin de relevancia constitucional, y, una vez determinado tal fin, verificar si la medida legislativa es idónea o adecuada para lograr tal fin” (fundamento 32).

b) Examen de necesidad “para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado” (fundamento 32). Así, el examen de necesidad exigirá se analice el principio de fragmentariedad en el ámbito penal.

c) El examen de proporcionalidad en sentido estricto exige que “el grado de limitación de un derecho fundamental por parte de la medida estatal es proporcional con el grado de realización del fin constitucional que orienta la medida estatal” (fundamento 32).

El legislador penal, en su función legislativa, cuando pretenda limitar derechos fundamentales o establecer sanciones, o el juez penal, en su función de administrar justicia, cuando imponga una pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria en un determinado caso, éstas “deben resultar idóneas, necesarias y ponderadas respecto de la conducta que ponga en peligro o lesione el bien jurídico protegido” (fundamento 32).

1.3 La pena

En este capítulo analizaremos la pena, las teorías desarrolladas en función al fin de la pena, y los principios que la limitan. También se abordará las etapas de la determinación de la pena, las teorías de la individualización de la pena y la determinación judicial de la pena en el sistema peruano. Considero importante este análisis en razón a que, en un Estado Constitucional como el nuestro, el fin de la pena debe orientarse hacia sus fines resocializador, reeducador y rehabilitador.

1.3.1 Generalidades

La pena es la consecuencia jurídica del delito. Horn (como se citó en Ziffer, 1993) la define como “la reacción frente a un quebrantamiento de la norma” (p.90); y, Mir Puig (2019) como “un mal con el que amenaza el Derecho penal para el caso de que se realice una conducta considerada como delito” (p.12).

La pena históricamente ha sustituido a la venganza privada. El derecho penal nace cuando la relación punitiva entre ofendido y ofensor es reemplazada por una relación que incorpora como tercero imparcial al Estado, con la autoridad para sancionar, y con ello despojando a las partes de dicha facultad (Ferrajoli, 1995). En ese contexto, el Derecho penal surge como uno de los medios de control social, tendiente a evitar determinadas conductas previstas como delitos; previendo sanciones (penas o medidas de seguridad) en el caso se cometan, y que pueden imponerse previo proceso judicial penal (Mir Puig, 2019).

No obstante, el *ius puniendi* no es ilimitado, por lo que, la pena no deberá ir más allá de lo estrictamente necesario para cumplir con su finalidad, y deberá ser proporcionada al daño social ocasionado por el delito. Así, la pena encuentra su

legitimidad en los fines que persigue un Estado de derecho. “La legitimación de la pena como institución jurídica depende de que sea una reacción necesaria, idónea y proporcional frente al delito cometido, con independencia de su concreta modalidad” (Meini, 2013, p.141).

Así, en un Estado Constitucional, la pena tendrá como fin la prevención; entendida no sólo como la prevención de delitos, sino también como la prevención de reacciones informales públicas o privadas frente al delincuente; la pena no sirve únicamente para prevenir los injustos delitos, sino también los injustos castigos. El derecho penal tiene la doble función de prevenir delitos y prevenir penas privadas o arbitrarias o desproporcionadas, la primera indica el límite mínimo, la segunda el límite máximo de las penas (Ferrajoli, 1995). Este es el “fin del derecho penal en el marco constitucional” (Crespo, 2013, p.63).

La Constitución peruana establece que la pena tiene una función preventiva, así el artículo 139, numeral 22, de la Constitución establece: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”; lo que se pretende con su imposición es disuadir tanto al autor del delito como a la sociedad de cometer nuevos delitos (efecto social). En la misma forma, el Código Penal, en su artículo IX del Título Preliminar, establece que: “La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora...”, y el Texto Único Ordenado del Código de Ejecución Penal en el Art. II del Título Preliminar establece que “La ejecución penal tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad...”.

Internacionalmente, también se reconoce la función preventiva de la pena, así, el Art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala: “3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados...” y el artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos precisa que: “6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

El Estado peruano, como uno social y democrático de derecho, establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 de la Constitución Política del Perú), así, el principio de respeto a la dignidad humana se configura como límite al poder penal del Estado. “El derecho penal encuentra su razón de ser en la limitación de la intervención punitiva estatal, para evitar que en el ejercicio de dicha actividad se desconozcan las exigencias de un trato humano y digno conforme al modelo constitucional” (Tamayo Arboleda & Sotomayor Acosta, 2018, p.24).

Luego, siendo que, la pena va dirigida al autor del delito, ésta “no puede superar el límite de la culpabilidad del individuo y su función preventiva debe orientarse a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad” (Mir Puig, como se citó en Chang, 2013, p.508).

El Derecho penal se caracteriza por “intervenir de manera especialmente intensa en la libertad del individuo. Por esta razón necesita de una justificación material especial frente a otros instrumentos de actuación del Estado” (Bosé, como se citó en Cote-Barco, 2008, p.139). En un Estado de Derecho “tal justificación

material se encuentra en la proporcionalidad de la sanción penal con miras a la prevención” (Cote-Barco, 2008, p.139).

1.3.2 Teorías de la Pena

El Derecho Penal tiene como fin la protección subsidiaria de bienes jurídicos, y la pena para que cumpla con dicha misión debe tener en cuenta la teoría del fin de la pena (Roxin, 1993). Si se parte de la idea de que el Derecho penal debe garantizar una libre y segura convivencia en la sociedad, entonces, las teorías de la pena determinarán las vías por las cuales puede alcanzarse este objetivo (Roxin, 2016).

Los fines y funciones de la pena constituyen la base del Estado para su intervención legítima, de allí su importancia y su constante discusión. A fines del siglo XIX el tratadista Von Liszt expresó “la pena es una espada de doble filo: protección de bienes jurídicos mediante lesión de bienes jurídicos” (Baurmann como se citó en Chang, 2013).

La finalidad de la teoría de la pena es definir la metodología de la ciencia del Derecho penal, y a partir de ello, definir el modo en que el derecho penal mismo es entendido (Wilenmann, 2017). En ello, radica la importancia de conocer las mismas. “En definitiva, las teorías de la pena no sólo legitiman o justifican la imposición de una pena, sino que, además orientan su aplicación práctica” (Marín, 2014, p.120)

En tal sentido, corresponde tratar los fines de la pena, que tradicionalmente se le han reconocido:

1.3.2.1 Teorías Absolutas (teoría de la justicia, de la expiación):

También llamadas teorías clásicas o retributivas. Para esta teoría “La pena debe retribuir el hecho imponiendo un mal y, con ello, servir a la justicia”, es “una teoría independiente de sus efectos sociales que encuentra su sentido no en alguna finalidad práctica, sino solamente en la producción de justicia” (Roxin, 2016, p.80).

“La concepción más tradicional de la pena reclama para ella la función de retribución exigida por la justicia, por la comisión de un delito” (Mir Puig, 2019, p.27). Esta teoría señala que “la función de la pena consiste en infligir un mal a quien ha infringido un mal” (Rodríguez Horcajo, como se citó en Prado, 2018, p.17).

Entre las teorías absolutas encontramos la teoría justa de la retribución moral de Immanuel Kant, para quien la pena no tiene una finalidad social útil, sino que se justifica en sí misma (la culpabilidad se compensa mediante la pena); la teoría de la retribución jurídica de Hegel, para quien tampoco la pena tiene una finalidad preventiva (ni de amenaza ni de disuasión), señala debe existir equivalencia entre delito y pena (define a la pena como la negación de la negación); y la teoría de la retribución divina seguida por Santo Tomás, para quien la justicia es un mandamiento de Dios, por lo que, la pena significará la justicia de Dios en las manos del hombre (Chang, 2013).

La teoría de la retribución considera a la pena como la imposición de un mal al autor, que le es retribuida de manera justa; “la pena debe ser justa, y esto presupone que en su duración e intensidad se corresponda con la gravedad del hecho dañoso, la pena compensa” (Roxin, 1993, p.16).

A pesar de la negación a utilidad social alguna, esta teoría atribuye “la función de realización de la justicia”, y ve en la proporcionalidad entre la pena y el delito, un límite de garantía para el ciudadano, al no poderse castigar más allá de la gravedad del delito cometido, ni siquiera por consideraciones preventivas, porque la dignidad humana se opone que el individuo fuese usado como instrumento de consecución de fines sociales a él trascendentes (Mir Puig, 2019).

En la misma línea Crespo (como se citó en Prado, 2018) califica de positiva de estas teorías la exigencia de una pena proporcionada a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor, lo cual señala constituye una “garantía que eleva la dignidad humana a valor supremo, prohibiendo la utilización del hombre en aras de fines instrumentales” (p.24).

Roxin (1993) enfatiza en que “La ventaja de la teoría de la retribución reside en su fuerza de impresión socio-psicológica, y en que ofrece un principio de medida para la magnitud de la pena” (p.18). De allí la importancia de esta teoría, al imponer un límite al poder del Estado (Roxin, 1993).

En ese sentido, la proporcionalidad entre la sanción y el grado de culpabilidad se convierte “en una garantía para la libertad del individuo, en tanto impediría penas excesivas a las que se podría fácilmente llegar en el afán de imponer castigos intimidadores” (Cote-Barco, 2008, p.140).

De lo anterior se puede inferir que, los principales aportes de esta teoría a la dogmática penal son: la garantía de proporcionalidad en la imposición de una pena con la gravedad del hecho cometido y la garantía de que el hombre sea considerado como un fin en sí mismo, y no como un instrumento social.

Sobre lo negativo de esta teoría se destaca la ausencia de utilidad social en la imposición de la pena; siendo duramente criticada. Así, Roxin (1997) resalta que el Derecho penal tiene por finalidad la protección subsidiaria de bienes jurídicos, pero que para el logro de la misma:

No está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescindiera de todos los fines sociales... Una ejecución de la pena que parte del principio de la imposición de un mal no puede reparar los daños en la socialización. (p.84)

Chang (2013) también señala que el problema de esta teoría es que, “en la medida en que el proceso de expiación es interno, resulta imposible verificarlo de manera objetiva” (p.510).

Esta teoría no responde a los fines de la pena establecidos en nuestro ordenamiento jurídico peruano; pues la mera retribución contraviene la dignidad de la persona, y no genera aporte alguno a la sociedad o al autor del delito. En ese sentido, el Tribunal Constitucional en su STC Exp. 0019-2005-PI/TC, fundamento 30, consideró que esta teoría contraviene el principio - derecho a la dignidad humana, reconocido en el artículo 1 de la Constitución que establece que “la defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”.

1.3.2.2 Teorías Relativas o Preventivas:

Estas concepciones teóricas parten de reconocerle a la sanción penal una utilidad, que va más allá de una retribución. Evolutivamente sus principales tesis se han ido diseñando sobre la base de asignar a la pena fines preventivos, que pueden

ser de eficacia colectiva o individual, destacándose así la prevención general y especial (Prado, 2018). “La prevención especial y general son teorías relativas, es decir, vinculadas a una finalidad, las cuales quieren alcanzar efectos sociales a través de la pena influyendo en el autor o en la generalidad con la finalidad de impedir delitos” (Roxin, 2016. p.80).

Mir Puig (2016) afirma:

Las teorías de la prevención asignan a la pena la misión de prevenir delitos como medio de protección de determinados intereses sociales. Se trata de una función utilitaria... La pena no se justificaría como mero castigo del mal, como pura respuesta retributiva frente al delito (ya) cometido, sino como instrumento dirigido a prevenir delitos futuros. Mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro. (p.88)

El antecedente más antiguo lo encontramos en el Protágoras de Platón, filósofo griego, en el que en uno de sus diálogos expresó:

El que intenta castigar con razón no se venga a causa del crimen cometido -pues no se lograría hacer que lo hecho no haya acontecido—, sino con vistas al futuro, para que no obren mal de nuevo ni éste mismo ni otros, al ver que éste sufre el castigo. (1985, p.529)

Las teorías de la prevención especial y general, como teorías relativas de la pena “explican la sanción penal teniendo en cuenta su efecto futuro, es decir, para que no se vuelva a delinquir... en función de la utilidad que con ella se pretende lograr con posterioridad a su aplicación” (Cote-Barco, 2008, p.141).

A) La teoría de la prevención especial

Se acentuó en el Derecho Penal moderno a partir del siglo XIX con la escuela positivista italiana y la escuela sociológica del derecho penal, su principal representante es el alemán Franz Von Liszt; esta teoría sustenta que la pena tiene por finalidad la prevención de delitos futuros por parte de su autor, es decir, la tarea del Derecho será impedir que el delincuente cometa otros delitos.

La misión de la pena es únicamente disuadir al autor de futuros hechos punibles. El fin de la pena, es de acuerdo con esto, la prevención, dirigida al autor individual (especial). (Roxin 1993, p.20)

Como prevención especial positiva, esta teoría pretende la resocialización o reinserción social del delincuente, “la pena es un bien para quien la sufre, sea de carácter moral o psicofísico” (Zaffaroni, 2002, p.63).

Mir Puig (2016) sobre la prevención especial señala que “tiende a prevenir los delitos que puedan proceder de una persona determinada... la pena busca, según ella, evitar que quien la sufre vuelva a delinquir” (p.91). Así, la prevención especial operará en dos momentos, a su imposición y en la ejecución de la pena.

Cote Barco (2008) nos señala que “La pena se determinaba no en función del delito sino en función del delincuente, así, si la persona podía ser corregida y necesitaba dicha corrección, la pena se orientaría en este sentido (resolución-prevención especial positiva)” (p.142).

Para Roxin (1993) esta teoría se adapta excelentemente a la misión del derecho penal, pues ayuda al autor, es decir, no lo rechaza, sino que quiere integrarlo. No obstante, también advierte sus problemas, su falencia más grave, en

contraposición a la teoría retributiva, es que no ofrece una medida para la pena, lo cual podría conllevar a que el condenado permaneciera detenido hasta que se haya logrado su resocialización.

Cote Barco (2008) considera que la prevención especial y su finalidad de resocializadora es coherente con los postulados de un Estado social de Derecho, en razón a que la finalidad útil de la sanción es la no comisión de delitos futuros. Sin embargo, también expone las principales críticas a esta teoría, cuales son: a) La inexistencia de parámetros para la medida de la pena, con lo cual el Estado no tendría un tope al momento de imponer la sanción penal, b) El no sustento del Estado para intervenir en la persona del delincuente, imponiéndole un tratamiento resocializador sin su consentimiento ni respeto de su autonomía, y, c) La no posibilidad de acudir a mecanismos adecuados para conseguir la resocialización del delincuente. Por lo que, concluye esta teoría es una utopía.

Mir Puig (2016) también refiere que la prevención especial por sí sola no ha podido justificar el recurso a la pena, pues en algunos casos no será necesaria para la prevención especial, en otros no será posible y finalmente, en ocasiones no será lícita, y, sin embargo, sería absurda la impunidad del sujeto.

Chang (2013) resalta como ventaja de esta teoría la búsqueda de la seguridad de la sociedad y la resocialización del delincuente para su reincorporación a la sociedad. No obstante, la autora también advierte que, una propuesta legislativa que sólo considere la resocialización del penado podría determinar una pena sin límite (hasta la resocialización del condenado), lo que haría que en otros casos se carezca de pena por innecesaria. Por lo que, concluye, en nuestro diseño

constitucional esta teoría debe de tenerse en cuenta los principios limitadores del *ius puniendi*: legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, entre otros.

Sobre esta teoría, el Tribunal Constitucional en la STC Exp. 0019-2005-PI/TC, fundamento 31, señala tiene dos fases: a) Al momento de la imposición de la pena, con la finalidad de evitar que el delincuente cometa nuevos delitos a futuro (disuasión), y b) Al momento de la ejecución de la pena, con la finalidad de lograr su rehabilitación, reeducación y reinserción a la sociedad. Esta última, que se sustenta en el artículo 139, inciso 22, de la Constitución que señala “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”.

B) La teoría de la prevención general:

Esta teoría no considera como fin de la pena la retribución ni en la influencia sobre el autor, “sino en la influencia sobre la comunidad, que mediante amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación” (Roxin, 1997, p.89).

Tiene por finalidad prevenir el delito mediante normas penales, por lo mismo es considerada como una teoría de la amenaza penal; al depender su eficiencia de la amenaza, es también una teoría de imposición y ejecución de pena (Roxin, 1993).

Mir Puig (2016) señala que esta teoría:

Concibe la pena como medio para evitar que surjan delincuentes de la sociedad... opera como “coacción psicológica” en el momento abstracto de la incriminación legal. La ejecución de la pena sólo tiene sentido, en esta construcción, para confirmar la seriedad de la amenaza legal. (p.88)

Prado (2018) señala que, en esta teoría “la pena persigue internalizar en la comunidad un mensaje de intimidación disuasiva que determine a sus integrantes a abstenerse de cometer delitos. La pena, así, cumple un fin de prevención general innominada” (p.19).

La teoría de la prevención general se desarrolló de dos formas: prevención general negativa (intimidación) y prevención general positiva (motivación). La primera, prevención general negativa, se refiere a la prevención de delitos futuros por la comunidad en general, el mensaje ya no se enfoca en el delincuente en concreto. (Cote-Barco, 2008). La segunda, prevención general positiva, se refiere a la imposición de pena, la cual tiene como efectos fundamentales: a) ejercitar la confianza hacia la norma, b) ejercitar la fidelidad al derecho, y c) ejercitar la aceptación de las consecuencias por el quebrantamiento de la norma. (Günter Jakobs, como se citó en Villarreal, 2017).

Roxin (1993) además precisa:

El aspecto negativo se puede describir con “el concepto de la intimidación de otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes... El aspecto positivo de la prevención general “comúnmente se busca en la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico”. (p.91)

Muñoz (como se citó en Cote-Barco, 2008) refiere que: “El principal medio de coacción jurídica es la pena, que sirve para motivar comportamientos en los individuos y que es, además, elemento integrante de la norma penal” (p.44). Con ello la función de la pena (preventivo general) es la motivación.

Roxin (1993) destaca su efectividad en que, pese a toda la criminalidad, la mayoría de la población permanece fiel al derecho. No obstante, también resalta entre sus falencias, el no tener parámetros que limiten la medida de la pena (como también sucede con la prevención especial); asimismo, que, la prevención general negativa, se expone al peligro constante de transformarse en terror estatal; con lo que, la pena impuesta al autor se dará solamente en beneficio de la generalidad (es decir, de otros).

Al respecto, Cote-Barco (2008) refiere que, por la dignidad humana, ninguna persona puede ser tratada como un medio, sino que debe ser considerada con un fin en sí misma; por lo que, al castigarse a una persona con la finalidad de lograr la intimidación o motivación de terceras personas de no delinquir, el mismo no es considerado un fin, sino un medio, utilizado para determinar el comportamiento de terceros.

Para Mir Puig (2016) la prevención general positiva debe entenderse como una forma de limitar la tendencia de una prevención general puramente intimidatoria a caer en un terror penal, por la vía de una progresiva agravación de la amenaza penal. Este es el camino correcto. Y, así, exigir que la prevención general no sólo se intente por el miedo a la pena, sino también por una afirmación del Derecho en un Estado social y democrático, lo que supondrá tener que limitar la prevención

general por una serie de principios que deben restringir el Derecho penal. Entre tales principios cuenta la exigencia de proporcionalidad entre delito y pena.

1.3.2.3 Teorías de la unión:

Las teorías de la unión recogen postulados retribucionistas sobre la pena justa y preventivos sobre la utilidad de la pena. Luego, en la medida que se asigne mayor importancia a una de éstas, se diferenciará entre la teoría aditiva de la unión y la teoría dialéctica de la unión, las que a continuación desarrollaremos:

A) Las teorías unificadoras retributivas (teoría aditiva de la unión)

Consideran la retribución y la prevención (especial y general) como fines de la pena que se persiguen simultáneamente. Así y todo, el fin retributivo tenía originariamente la función absolutamente dominante. (Roxin, 1993).

B) La teoría unificadora preventiva (teoría dialéctica de la unión de Claus Roxin)

Para esta teoría la finalidad de la pena debe ser de tipo preventivo; de un lado la norma penal sólo se justificará cuando se pretenda lograr la protección de la libertad individual y un orden social (prevención general), y de otro lado, la pena concreta sólo perseguirá un fin preventivo del delito (prevención especial). Así, tanto la prevención especial como la general deben figurar conjuntamente como fines de la pena (Roxin, 1993); no obstante, la pena se encontrará limitada por una pena justa, en ese sentido, los fines de la pena cumplen un rol recíproco.

De acuerdo a la etapa de determinación de la pena en que se encuentre, se priorizará el fin preventivo general o especial. En su etapa legislativa, de creación de la norma penal, cuando el legislador pretenda lograr con la pena la intimidación de los ciudadanos y disuación de realizar conductas dañinas a la sociedad, la pena tendrá como función una preventivo general. En la etapa judicial, al individualizarse la pena en el caso concreto y se pretenda la resocialización del agente, primará la prevención especial; y en el mismo sentido debe primar en la etapa de ejecución (Roxin, 1993). De ambas etapas, la de determinación judicial de la pena será la más difícil, pues en ella se pretenderá conciliar las exigencias de justicia, prevención general y prevención especial (Mir Puig, 2016).

En esta teoría, se destaca la importancia del principio de culpabilidad (elemento de la retribución) entendido como medio de limitación de la pena, con lo cual la pena no deberá sobrepasar en su duración la culpabilidad, a pesar de los fines preventivos (aunque intereses de tratamiento, de seguridad o de intimidación revelen como deseable una detención más prolongada); sin embargo, la pena podría no alcanzar el mínimo referido por la culpabilidad, lo cual obedecerá a razones preventivas. En base a dicho principio, la cuantía de la culpabilidad se determina en factores internos de la persona del autor y por la dimensión de los daños ocasionados (Roxin, 1993). El principio de culpabilidad, es considerado por la mayoría en Alemania como garantizada incluso por la Constitución; una pena que por razones preventivas se determine fuera de la medida de la culpabilidad (más allá) es contraria a la dignidad de la persona (Roxin, 2016).

Al respecto Coté-Barco, en la misma línea de Roxin, hace dos precisiones trascendentes: Primero "1. Si no hay necesidad de prevención especial en el caso

concreto, de todas maneras la necesidad de prevención general justifica la imposición de la pena” (2008, p.145), ello obedece a la utilidad social que debe tener la pena, en este caso, para la comunidad; y, en segundo lugar “2. La pena que se imponga de acuerdo con la prevención especial, no puede reducirse a tal punto que ya no sea tomada en serio por la comunidad, minándose así la confianza general en el ordenamiento jurídico” (2008, p.145), sin duda, teniendo la pena un fin preventivo general, si la sociedad no ve la seriedad de la pena, no se cumplirá el efecto intimidatorio y disuasorio .

Prado (2018) hace una fuerte crítica a esta teoría, precisando:

Las Teorías de la Unión ponen de manifiesto el fracaso teórico, político y filosófico de los intentos por dar una explicación satisfactoria sobre el “fin de la pena”. En su expresión fundamental estas teorías procuran demostrar que la pena va hacia varios “fines”, los cuales tienden a una interrelación y complementación que se produce en el marco de un proceso dialéctico de límite y utilidad. Surge de esta manera una contradictoria vinculación entre retribución, prevención general y prevención especial. La cual, pese a su aparente comodidad expositiva, ha mantenido el hasta ahora insoluble problema científico e ideológico de las “antinomias de los fines de la pena”. (p.29 y 30)

No obstante, pese a las críticas, la teoría propuesta por Roxin es la que mejor se adecua al modelo de Estado de derecho de nuestra Constitución, y que establece como funciones de la pena, la resocialización, rehabilitación y reeducación de la persona. Según la tesis de Roxin (2016) “una pena solamente resulta legítima cuando es preventivamente necesaria y, al mismo tiempo, es justa

en el sentido de que evita al autor cualquier carga que vaya más allá de la culpabilidad del hecho” (p.81).

1.3.3 Los fines de la pena en el Perú

La Constitución Política del Perú contiene las bases del Derecho penal, y en ese sentido el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, reconoció al Derecho penal como la rama del Derecho que regula el *ius puniendi*, con lo cual se le permite regular la libertad de una persona (derecho fundamental); empero, también señala que dicha atribución del Estado no es arbitraria, sino que se encuentra limitada por la Constitución y normas internacionales (Pleno Jurisdiccional, Exp. 0019-2005-PI/TC, fundamento 35).

La plena vigencia del derecho fundamental a la libertad personal es un elemento vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, pues no sólo es una manifestación concreta del valor libertad implícitamente reconocido en la Constitución, sino que es presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales. Sin embargo, como es doctrina reiterada de este Colegiado, ningún derecho fundamental es ilimitado. En efecto, por alta que sea su consideración dogmática y axiológica, ningún derecho fundamental tiene capacidad para subordinar, en toda circunstancia, el resto de derechos, principios o valores a los que la Constitución también concede protección. (Pleno Jurisdiccional, Exp. 0019-2005-PI/TC, Fundamento 12)

En consecuencia, tal como señala el Tribunal Constitucional, para establecer los fines de la pena, debe partirse del ordenamiento Constitucional y las normas

internacionales. Así, nuestra Constitución, atendiendo a las concepciones que garantizan a la persona un tratamiento penitenciario acorde a su condición de ser humano, ha tomado la teoría de la prevención especial de la pena, siendo que el artículo 139 inciso 22 establece “El principio de que el Régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala “(e)l régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”. Así, la justificación de la pena privativa de la libertad es, a la vez la protección de la sociedad contra el delito, pues se pretende que el delincuente resocializado quiera y sea capaz de respetar la ley (Pleno Jurisdiccional, Exp. 0033-2007-PI/TC, Fundamentos 28, 29 y 33).

De otro lado, nuestro ordenamiento constitucional también reconoce la finalidad preventivo general de la pena, así el artículo 44 de la Constitución establece como deberes primordiales del Estado “...proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia...”.

Se entiende por fin preventivo general que, el Estado tiene la obligación de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, lo que incluye el trazar las políticas criminales otorgando una finalidad intimidatoria o integrativa de la pena. Ello permitiría justificar la necesidad de pena, aun cuando el condenado no requiera ser resocializado (Pleno Jurisdiccional, Exp. 0033-2007-PI/TC, Fundamento 37).

En conclusión, las teorías preventivas, especial y general, gozan de protección constitucional, siendo “el mejor medio de represión del delito, el cual ha

sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática” (Pleno Jurisdiccional, Exp. 0019-2005-PI/TC, Fundamento 38); sin embargo, precisa que “ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente”, resaltando que ésta “es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos” (fundamento 41). En el mismo sentido, Roxin (2016) concluye que, las teorías de la prevención especial y la prevención general son las que prevalecen en relación a los fines de la pena, teniendo como límite a la pena justa, la que es definida mediante el principio de culpabilidad.

Es importante precisar que, el Tribunal Constitucional rechaza a la retribución absoluta como fin de la pena, siendo si bien considera que la pena tiene consigo un elemento retributivo, ello no significa que el Estado tenga como parte de su política criminal el retribuir un mal al penado, ello atentaría contra la dignidad de la persona (Pleno Jurisdiccional, Exp. 0019-2005-PI/TC, Fundamento 37).

Sobre la posibilidad de tensión entre la prevalencia de los fines de la pena (general y especial), el Tribunal considera debe prevalecer la finalidad preventivo especial; y citando a Roxin señala:

La pena sirve a las finalidades de prevención especial y general. Está limitada en su intensidad por la medida de la culpabilidad, pero puede quedar por debajo de este límite, en la medida en que las necesidades de prevención especial lo hagan necesario y no se opongan a ello

necesidades de prevención general. En caso de entrar en contradicción ambos fines, la finalidad preventivo especial de resocialización pasa al primer lugar. Aun teniendo en cuenta esto, la prevención general domina las amenazas penales y justifica por sí sola la pena aun cuando falle o fracase la finalidad de prevención especial. Sin embargo, no podría darse una pena preventivo especial carente de toda finalidad preventivo general, a pesar del absoluto dominio del fin de resocialización de la ejecución. (Pleno Jurisdiccional, Exp. 0033-2007-PI/TC, Fundamento 41)

Y finalmente, haciendo referencia a jurisprudencia internacional, el Tribunal advierte que el Perú no es el único país que ha ponderado estos bienes constitucionales en conflicto, así, la Corte Constitucional de Italia en su Sentenza 306/1993 señala que, entre las finalidades de la pena –prevención general y especial– “no puede establecerse... una jerarquía estática y absoluta... El legislador puede –en los límites de lo razonable– hacer prevalecer tendencialmente cada vez una u otra finalidad de la pena, pero con la condición de que ninguna de ellas desaparezca” (Pleno Jurisdiccional, Exp. 0033-2007-PI/TC, Fundamento 43).

1.3.4 Los fines de la pena en la determinación de la pena

Dependiendo del momento en que se encuentre transitando la pena para su aplicación, los fines de la pena tendrán distinto peso.

Según Roxin (2016) la primera etapa es la de conminaciones penales, con su función exclusivamente preventivo general, en esta etapa actuarán por igual el efecto intimidador y el de aprendizaje. La segunda etapa es la de imposición de

sanciones, que se produce al culminar el proceso penal, en esta etapa en la que actuarán por igual los fines de la prevención general y preventivo especial. Precisó el autor que, dependiendo de la gravedad del delito se exigirá mayor precisión de la medida de culpabilidad; ello porque “cuando se trata de delitos gravísimos, la confianza en el ordenamiento jurídico solamente puede mantenerse y la paz jurídica sólo puede restablecerse cuando se produzca una represión adecuada a la culpabilidad” (p.92); en cambio, “en los delitos leves o de mediana gravedad... puede practicarse más tolerancia cuando esto sea necesario por razones de prevención especial... aquí... la pena puede quedarse por debajo de la medida de la culpabilidad” (p.93); la razón señala es que “los delitos menores conmueven la paz social de manera comparativamente leve, y una reintegración social del delincuente sirve más a la seguridad pública que un rigor promotor de la reincidencia” (p.93). Por último, la tercera etapa es de la ejecución de la pena, la cual sólo busca la resocialización.

1.3.5 Principios para la determinación de la pena

En un Estado constitucional la pena tendrá como fin no sólo la prevención de delitos, sino también la prevención de penas privadas o arbitrarias o desproporcionadas; la pena no sirve únicamente para prevenir los injustos delitos, sino también los injustos castigos (Ferrajoli, 1995). Por ello, el *ius puniendi* no es ilimitado, y en ese sentido, la pena no deberá ir más allá de lo estrictamente necesario para cumplir con su finalidad, y deberá ser proporcionada al daño social causado por el delito (Meini, 2013).

La aceptación de un concepto de persona con una base ontológica determina por otra parte, que la pena no pueda configurarse de cualquier modo, aunque sea muy funcional para la sociedad de la que se trate. En primer lugar, la dignidad humana absoluta, reconocida en las diversas constituciones políticas contemporáneas (en el Perú se hace en su artículo primero) y en las declaraciones internacionales sobre derechos humanos, limita la posibilidad de asumir cualquier clase o cuantía de pena. Hasta el villano más reprochable no pierde su dignidad humana absoluta por sus actos delictivos, y por lo tanto, no puede ser tratado por el sistema penal como una simple fuente de peligro que debe neutralizarse de cualquier modo. (García, 2019, p.98)

“Los principios constitucionales se erigen en buena cuenta en auténticas garantías para la persona que legitiman no sólo el proceso de creación de la norma penal, sino también el proceso de aplicación de la norma en una decisión judicial” (Silva como se citó en Caro y Huamán, 2014, p.30). “El ejercicio de la potestad punitiva debe sujetarse a un conjunto de principios o garantías que forman parte esencial del sistema penal” (Silva, como se citó en García, 2019, p.111).

Por ello, en el procedimiento de determinación de la pena concreta no sólo se tomará en cuenta las normas operativas para su concreción; sino que además, se deberá considerar los principios de legalidad, proporcionalidad, humanidad, entre otros Guevara (2021).

En este contexto, los principios del Derecho penal se constituyen como los límites a la potestad sancionadora del Derecho penal.

A continuación, desarrollaremos los principios más importantes en el momento de la determinación de la pena.

1.3.5.1 Principio de legalidad

El principio de legalidad se expresa con el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege* (no hay delito, no hay pena sin ley), acuñado por Paul Johann Anselm von Feurbach. Por lo que, no sólo el delito, sino que también la pena deben estar previamente contempladas en la legislación penal (Guevara, 2021).

El principio de legalidad “sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva” (Roxin, 1997, p.137); garantiza que “sólo la ley puede señalar cuáles son las penas que se pueden imponer al autor o partícipe de un delito... Asimismo, determina que las penas sólo podrán ejecutarse del modo establecido por la ley” (Prado, 2010, p.123).

El respeto al concepto de legalidad debe ser en todo momento la exigencia de una interpretación “conforme” o “desde” la Constitución, tomándola siempre como garantía y nunca como fundamento (Mendoza, 2018, p. 50).

Por consiguiente, el principio de legalidad se constituirá como una exigencia de seguridad jurídica, pero además como una garantía política, con la cual no se podrá imponer una pena que no esté prevista en la ley (Mir Puig, 2016, p.115).

Entonces, el principio de legalidad como principal límite al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, también es garantía de que el Estado no pueda intervenir fuera de lo señalado por la ley. Luego, según los momentos en que opera el principio de legalidad contendrá las garantías criminal y penal, que actuarán en

el momento de la definición legal de los delitos y las penas, y la decisión sobre la responsabilidad penal y pena aplicable. Asimismo, contendrá las garantías procesal y jurisdiccional que exigirán que la decisión sobre la pena y responsabilidad se realice en un debido proceso y por los órganos judiciales competentes. Y, la garantía de ejecución que exigirá que la pena se ejecute con arreglo a las disposiciones vigentes. (Muñoz y García, 2015).

El Tribunal Constitucional reconoce al principio de legalidad como un derecho fundamental, así en la STC Exp. 5815-2005-HC/TC, fundamento 4, señala: “El principio de legalidad penal, que tutela el derecho a no ser sancionado por supuestos no previstos en una norma jurídica, en tanto derecho fundamental es pasible de tutela a través del proceso constitucional de hábeas corpus”.

El principio de legalidad se encuentra plasmado en los artículos II y III del Título Preliminar del Código Penal, y en la Constitución en los literales a), b) y d) del inciso 24 del artículo 2; en el inciso 9 del artículo 139, y en el párrafo segundo del artículo 103. Pero, también goza de reconocimiento internacional, así está previsto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950 y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York del 19 de diciembre de 1966.

En cuando a la determinación de la pena, debe considerarse que si bien la pena se encuentra establecida en la ley como expresión del principio de legalidad, al igual que la regla de los tercios; sin embargo, su aplicación no se limita al marco punitivo básico, sino que va más allá, conforme a los principios y valores de un Estado Constitucional de Derecho (Guevara. 2021).

Sobre las manifestaciones del principio de legalidad, la doctrina señala que son: La reserva de ley, el mandato de certeza o determinación, la ley previa y la prohibición de analogía (Kuhlen, como se citó en García, 2019).

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en diversos fallos, ha delimitado el contenido de este principio, así, en la STC Exp. 0012-2006-AI/TC sobre acción inconstitucional del Código de Justicia Militar y Policial precisó que el principio de legalidad garantiza:

- La prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*);
- La prohibición de la analogía (*lex stricta*);
- La prohibición de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*); y
- La prohibición de aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*).

En seguida, desarrollaremos estos:

A) Reserva de ley: Lex scripta

“La llamada reserva de ley establece que solamente por ley se pueden crear delitos y establecer penas. En este sentido, la ley se constituye en la única fuente directa del Derecho penal” (García, 2019, p. 143). Cuando se dice que la ley penal debe ser “escrita”, significa que el Derecho Penal es exclusivamente derecho positivo (Muñoz y García, 2015). Con ello se excluye la posibilidad que la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho establezcan delitos y penas.

Conviene precisar que, en nuestro sistema penal, la ley comprenderá mucho más que la ley ordinaria, es decir la reserva de ley alcanzará además a las normas jurídicas con rango de ley como los decretos leyes y decretos legislativos, ello mediante delegación de facultades del Congreso al Poder Ejecutivo (García, 2019).

B) Taxatividad de la ley: *Lex certa*

“El principio de legalidad impone al legislador el deber de precisar en la ley penal todos los presupuestos que configuran la conducta penalmente sancionada y la pena aplicable” (Hassemer, como se citó en García, 2019, p.147). Es decir, deberá de precisarse de forma escrita la forma de la conducta y el marco abstracto de la pena.

El principio de taxatividad o determinación de la ley penal es la exigencia de que las normas sancionadoras describan con suficiente precisión qué conductas están prohibidas y qué sanciones se impondrán a quienes incurran en ellas. Este principio satisface la exigencia de que todo ciudadano conozca lo que está penalmente prohibido (seguridad jurídica), y de otro lado, que sea el poder legislativo quien decida qué conductas merecen sanción jurídico penal (De Vicente, 2004).

C) Prohibición de retroactividad: *Lex praevia*

El principio de legalidad señala que las leyes penales son irretroactivas, ello significa que la determinación de la conducta delictiva y la pena correspondiente deben ser previas a su realización (García, 2019).

La ley debe ser “previa” a los hechos que se pretende sancionar, es decir, debe haber sido promulgada con anterioridad a la comisión de tales hechos (Muñoz y García, 2015). “La prohibición de retroactividad impide la fundamentación y la agravación retroactivas de la punibilidad” (Roxin, 2016, p. 431).

La excepción a la regla se produce cuando la ley penal emitida posteriormente resulta más favorable al reo, es decir, cuando la ley despenaliza una conducta o reduce la penalidad de ésta (De Vicente, 2004). La evaluación de las leyes penales que pueden ser más favorables se extiende a las que rigen con posterioridad a la vigente al momento de la realización del delito hasta el cumplimiento total de la pena impuesta (García, 2019).

D) Prohibición de analogía: *Lex stricta*

La aplicación de la ley requiere que el intérprete establezca el sentido de las normas para determinar qué supuestos se encuentran recogido por éstas; en ese sentido, el intérprete o el juez, no pueden desbordar los límites de los términos de la ley y aplicarla a supuestos no previstos en la misma (Muñoz y García, 2015). Así, la aplicación de una Ley por analogía vulnera los principios de legalidad y de irretroactividad, el primero por crear un nuevo delito, y el segundo porque la aplicación analógica se hace posterior a la realización del hecho (De Vicente, 2004).

Engisch (como se citó en Caveró, 2019) explica que la ley en su forma literal no es un método de interpretación, pero constituye un límite a la interpretación de la ley penal.

1.3.5.2 Principio de lesividad

“Para que una conducta sea considerada ilícita no sólo se requiere una realización formal, sino que además es necesario que dicha conducta haya puesto en peligro o lesionado a un bien jurídico determinado” (Villavicencio, 2006, p.94).

Entonces, la pena se impondrá únicamente a conductas que lesionen o, por lo menos, pongan en peligro el bien jurídico protegido. Sin esa lesividad de la conducta, no podrá sustentarse la imposición de la sanción penal (García, 2019).

El Tribunal Constitucional, en la STC Exp. N° 0014-2006-AI precisó la importancia de que el bien jurídico afectado sea uno relevante; así señaló “sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental” (fundamento 11). Explica el Tribunal Constitucional que los bienes jurídicos que tutela el Derecho penal están desarrollados en la Constitución; además, de otros que se derivan del desarrollo de los primeros y que no están expresamente establecidos en la norma fundamental; “puede decirse, en fin que detrás de cada precepto penal debe haber un valor con relevancia constitucional” (fundamento 11).

Este principio se identifica con la máxima *nullum crimen sine iniuria*, y se encuentra plasmado en nuestro Código Penal en su artículo IV del Título Preliminar que prescribe “la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.

Al respecto, la Corte Suprema en el R.N° N° 3763-2011-Huancavelica señaló:

No cualquier lesión o puesta en peligro tiene aptitud para activar el sistema penal, sino solo aquellos comportamientos sumamente

reprochables y no pasibles de estabilización mediante otro medio de control social menos estricto, en ese sentido, para la materialización de un delito se requiere que el sujeto activo haya cometido un hecho lo suficientemente grave como para ser objeto de represión penal.

Este principio, además de exponer la función del Derecho penal, también limita la intervención punitiva del Estado. Así, en un Estado de Derecho comprende las siguientes consecuencias: a) Todos los preceptos deben proteger bienes jurídicos (puesta en peligro o lesión), b) Las penas no deben recaer sobre el ejercicio de la libertad (moral, política, religión, etc.), y c) Debe tutelar intereses de la sociedad y no de un grupo determinado (Villavicencio, 2006).

1.3.5.3 Principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad significa que sin culpabilidad no hay pena. Este principio tiene una doble dimensión: actúa determinando los presupuestos de la pena y, en el marco de la individualización de la pena; es decir, tanto significa que no hay pena sin culpabilidad, como que la pena no puede superar la gravedad de la culpabilidad. En el primer sentido sobre los presupuestos de la pena, el principio de culpabilidad impone que la pena sólo sea aplicada si, el autor pudo conocer la antijuridicidad de su hecho, si pudo comprenderla y si pudo comportarse de acuerdo con esa comprensión; asimismo, exige que el autor haya actuado con dolo o culpa y que el error, inclusive sobre la antijuridicidad, sea relevante. En el segundo sentido sobre individualización de la pena, el principio de culpabilidad determinará los límites de una pena legítima aplicable al autor, es decir, la proporcionalidad entre la gravedad del reproche y la gravedad de la pena (Bacigalupo, 1999).

Sobre la primera dimensión, García (2019) señala que, el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal establece que la pena requiere la responsabilidad del autor, “eso debe entenderse como la exigencia de una culpabilidad del autor por un hecho propio (Derecho penal de acto) y no como culpabilidad por su modo de vida (Derecho penal de autor)” (p.177).

Según Mir Puig (como se citó en Crespo, 2013) el principio de culpabilidad se vincula a los siguientes sub-principios:

- a) Personalidad de las penas: Impide el castigo a una persona por un hecho ajeno, excluyendo formas de responsabilidad colectiva.
- b) Responsabilidad por el hecho: Con lo que no puede sancionarse a una persona por su carácter, forma de ser, o su modo de conducirse en la vida (personalidad, ideología, orientación sexual, etc.).
- c) Responsabilidad subjetiva: Prohíbe la responsabilidad objetiva o la responsabilidad por el resultado, de modo que sólo se impute responsabilidad penal por la causación de una lesión si ésta se produjo dolosamente o, al menos, por imprudencia.
- d) Imputación personal del hecho: Sólo debe examinarse una vez haya sido constatada un hecho antijurídico. Cuando corresponda sancionarse al autor de un hecho antijurídico; pero, que por sus condiciones mentales, debe recurrirse a la imposición de una medida de seguridad.

Sobre la segunda dimensión, Roxin (2006) señala:

No debe pensarse sin culpabilidad y no se debe penar más allá de la medida de la culpabilidad, pero tampoco debe pensarse sin necesidad

de prevención especial o general. La culpabilidad y la prevención se limitan recíprocamente: sólo puede buscarse prevención a través de la pena bajo el presupuesto y la medida de la culpabilidad, pero también la culpabilidad justifica la pena solamente en el marco de lo preventivamente exigible (p.304).

La tarea de la pena es igualmente preventiva, pues ella no debe retribuir sino impedir la comisión de futuros delitos... la pena no debe ser impuesta nunca sin una legitimación preventiva, pero tampoco puede haber pena sin culpabilidad o más allá de la medida de ésta (p.53)

Caro y Huamán (2014) nos aclara que, si bien el principio de culpabilidad no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución, no por ello deja de ser un principio constitucional del Derecho penal, y en ese sentido cita al Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 014-2006-AI/TC, que señala: “De este modo, el principio de culpabilidad guarda estrecha relación con los principios de legalidad penal y de proporcionalidad de las penas, derivándose aquél de estos” (fundamento 36). Es decir, al derivar el principio de culpabilidad de los principios constitucionales de legalidad y proporcionalidad se infiere que también el principio de culpabilidad es uno constitucionalizado y por ende “es un principio rector de nuestro ordenamiento jurídico” (fundamento 36).

Villavicencio (2006) identifica tres significados del término culpabilidad: a) Como fundamento de la pena, referida a si procede imponerse una pena al autor de un hecho típico y antijurídico, b) Como determinación o medición de la pena, su gravedad y duración (que impide se imponga una pena por inferior o superior de

los límites de la culpabilidad, lesividad y otros), y c) Como contrario a la responsabilidad del resultado imprevisible, reduciendo la imputación a un resultado por dolo o culpa.

1.3.5.4 Principio de proporcionalidad

Llamado también principio de prohibición de exceso o de la pena justa; significa que “la potestad punitiva no puede ser ejercida a través de sanciones desproporcionadas” (García, 2019, p.183) “Este principio demanda que la pena debe guardar relación con el grado de responsabilidad del agente, con la magnitud del daño ocasionado y con la trascendencia del bien jurídico lesionado” (Prado, 2010, p.128).

Villarreal (2017) citando a Mir Puig, Zaffaroni y otros, refiere que:

El principio de proporcionalidad señala que la gravedad de la pena debe ser proporcional al hecho cometido, para lo cual debe ponderarse la importancia del hecho. Asimismo, este principio obliga a jerarquizar las lesiones y a establecer un grado de mínima coherencia entre las magnitudes de penas asociadas a cada conflicto criminalizado, no pudiendo tolerar, por ejemplo, que las lesiones a la propiedad tengan mayor pena que las lesiones de vida.

Peña (2016) señala que, el principio de proporcionalidad se encuentra íntimamente ligado con el principio de culpabilidad (en cuanto se refiere a un Derecho penal de acto) y con el principio de legalidad; además se identifica con las potestades del legislador y del juzgador.

El principio de proporcionalidad, en la doctrina, se entiende en una concepción amplia y otra restringida, la primera que abarca un juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (desarrollado por la doctrina y jurisprudencia constitucional), y la segunda que sólo engloba el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Asimismo, este principio cuenta con una manifestación doble: la primera sobre la observancia de la proporcionalidad de las penas en la creación o aprobación de las leyes penales (proporcionalidad abstracta), y la segunda a nivel de la actividad judicial cuando al juez le corresponda determinar la pena o sanción a imponer (proporcionalidad concreta) (García, 2019).

Este principio está plasmado en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal que señala: “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni habitualidad del agente del delito. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes”. Sobre este articulado, Castillo (como se citó en García, 2019) enfatizó que el mismo no establece, en estricto, una observancia absoluta entre la proporcionalidad de la pena y la gravedad del hecho penalmente relevante, sino que se contempla, en todo caso, como un límite máximo (prohibición de exceso).

Prado (2010) nos señala que nuestro sistema penal ha evolucionado con una vocación sobrecriminalizadora y preventivo general negativa; lo cual ha originado que algunos jueces hayan acudido al principio de proporcionalidad para justificar la imposición una pena inferior al mínimo legal, ello sin que concurra alguna atenuante específica o privilegiada; práctica que, considera el autor, es ilegal y arbitraria si es que no se motiva suficientemente.

En el aspecto de determinación de la pena, destaca Guevara (2021) al señalar que, “A nivel de la determinación de la pena en el espacio punitivo derivado destaca la aplicación del principio de proporcionalidad al irse más allá de la pena abstracta establecida en los tipos penales” (p.431). Así, explica el autor que, si bien el Art. 45-A del Código Penal dispone la disminución o incremento de la pena fuera del marco abstracto de la pena, el principio que justificará dicha modificación será por excelencia el principio de proporcionalidad.

1.3.5.5 El Principio de humanidad:

El principio de humanidad “sostiene que el Estado no puede diseñar, aplicar ni ejecutar sanciones penales que afecten la dignidad de la persona, ni que dañen la constitución psicofísica de los condenados” (Prado, 2010, p.125). El Principio de Humanidad se constituye como límite a las penas crueles. “No sólo se busca reducir el quantum o marco penal de las sanciones, sino además, determinar la clase de pena a crear e imponer, adecuándola a la humanidad del hombre (Castillo, como se citó en Prado).

Sobre la determinación de la pena, Guevara (2021) diferencia en que, si el principio de proporcionalidad justifica la disminución de la pena por debajo del extremo inferior de la pena, el principio de humanidad operará a nivel de la disminución de la pena, proyectando el extremo mínimo hacia el mínimo legal (de dos días, según el artículo 29 del Código Penal), completando y cerrando el espacio punitivo.

Este principio se encuentra reconocido en el Artículo 2, inciso 24, literales g y h, y el artículo 139, incisos 21 y 22 de la Constitución, asimismo, en el Título Preliminar del Código de Ejecución Penal.

1.3.6 Determinación legal de la pena

Mir Puig (2016) refiere que “se entiende por determinación de la pena la fijación de la pena que corresponde al delito”. (p.759). En el proceso para determinar la pena se distingue tres momentos: la individualización legal, la individualización judicial y la individualización penitenciaria (o administrativa).

En nuestro ordenamiento jurídico, el legislador establece la clase de pena aplicable al delito, así como el parámetro máximo o mínimo (marco penal abstracto); dentro de ella el juez establece la pena concreta según el sistema de tercios (incorporado por la Ley N° 30076); también el legislador prevé ciertas circunstancias que inciden en la mayor o menor responsabilidad y que permite la modificación del marco punitivo abstracto, en este supuesto, el juez determinará la pena dentro del marco nuevo (García, 2019).

“En la determinación legal de la pena el legislador determina en abstracto las penas correspondientes a los delitos, fijando unas penas máximas y otras mínimas para cada delito, conforme a la gravedad del mismo” (Crespo, 2015, p.77).

El legislador, a través de la ley, es quien se encarga de la determinación de los hechos punibles y de las penas correspondientes, en ese sentido, es correcta la frase del “monopolio del legislador” (Vigano, 2014, p.430). Aunque, conviene aclarar que, si bien sólo la ley establece las penas para los delitos, en nuestro sistema penal, el término ley va más allá de la ley ordinaria, aplicando también a

las normas jurídicas con rango de ley como los decretos leyes y decretos legislativos (García, 2019).

Luego, sobre cómo limitar el arbitrio del legislador en materia criminal, ha sido y es una preocupación constante; al respecto Crespo (2013) señala que “La libertad del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial de los Derechos Fundamentales” (p.72); y en el mismo sentido, Chang (2013) nos refiere que, la determinación del marco penal hecha por el legislador encuentra su límite en los principios de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos.

Lamentablemente como señala Cancio Meliá (como se citó en Prado, 2013) “el abuso de los efectos preventivo generales en coyunturas de incremento de la sensación de inseguridad ciudadana, ha dado lugar a disposiciones legales abiertamente inconstitucionales y a la radicalización de modelos de reacción penal como el denominado Derecho Penal del Enemigo” (p.28).

Sánchez (como se citó en Fuentes) nos refiere que, en la determinación de la pena, además de las razones que motiva el delito, se toma en cuenta “una argumentación asentada directamente en la teoría de los fines de la pena (esto es, principios político criminales)” (p.20).

Para Bernal (2014) los derechos fundamentales constituyen ser el marco de la legislación penal, por lo que, al respecto precisa:

La idea es que los derechos fundamentales imponen al legislador ciertos mandatos y prohibiciones, implícitos y explícitos, que este no puede transgredir, pero que dentro de estos límites, al legislador le está permitido fijar con libertad la política criminal que considere pertinente.

Si lo decimos con la terminología de Alexy, los derechos fundamentales establecen lo constitucionalmente necesario (los mandatos) y lo inconstitucionalmente imposible (las prohibiciones) y a la vez, deparan al legislador el amplio terreno de lo constitucionalmente posible (lo permitido). (p.104)

El problema, sin embargo, estriba en saber cómo deben determinarse estos elementos. ¿Con qué criterios metodológicos debe precisarse lo que desde el punto de vista constitucional es imposible, necesario y lo que es meramente posible? (p.105)

En relación con esta pregunta las respuestas se pueden polarizar en dos concepciones: la tesis del mínimo de los derechos fundamentales y la tesis del principio de proporcionalidad. (p.105)

Ziffer (como se citó en García, 2019) señala que la determinación de la pena es, sin lugar a duda, un proceso complejo. Primero, el legislador establece la clase de pena aplicable al delito, y luego el parámetro máximo o mínimo (marco penal abstracto), además de las circunstancias que pueden incidir en una mayor o menor responsabilidad penal. En ese sentido, Chang (2003) nos refiere que, “el legislador debe establecer un marco legal con máximos y mínimos que deben ser acordes con los fines preventivos y reeducadores de la pena que impone el modelo de Estado recogido en la Constitución peruana” (p.518).

La Corte Suprema, en la Casación N° 1422-2018-Junín del 12 de agosto del 2020, analizó la importancia de la labor del legislador en la determinación de la pena, lo que conlleva al principio de legalidad, al que le reconoce su importancia en dos aspectos “es la garantía tuitiva más importante de los derechos fundamentales

y, al mismo tiempo, constituye un límite inexorable en el ejercicio de la facultad coercitiva estatal y, por ende, de la función jurisdiccional” (p.06).

En ese sentido, enfatiza lo manifestado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú del 25 de noviembre del 2005) que señala que:

Corresponde al juez penal, al aplicar la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta, y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona inculpada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico. (p.07)

En la misma sentencia, citando la Casación N° 724-2018/Junín del 10 de junio del 2019, la Sala Suprema, reiteró que por el principio de legalidad los ciudadanos “son informados previa y claramente sobre qué comportamientos están prohibidos y ordenados y qué consecuencias punitivas han de afrontar en caso los realicen o los omitan, según corresponda”; asimismo, constituirá un límite a los organismos persecutor y juzgador, para quienes las reglas de determinación de la pena constituirán un límite al *ius puniendi*.

En ese sentido concluye que la ley “vincula funcionalmente a los jueces en el quehacer jurisdiccional. Sirve como mecanismo de control, seguridad y predictibilidad de sus decisiones, y cumple el propósito de generar estabilidad y confiabilidad en el derecho”. Por lo que, el juez está prohibido de aplicar una pena que no esté expresamente prevista en la norma penal.

Veamos a continuación, las clases de pena establecidas en nuestro ordenamiento jurídico, y los máximos y mínimos de la pena.

1.3.6.1 Clases de pena

El Código Penal, en su artículo 28, señala los tipos de penas: privativa de libertad, restrictiva de libertad, limitativa de derechos y multa. “Con este artículo, se hace una primera delimitación legal de la consecuencia jurídico-penal del delito... Se trata, por tanto, de una norma que asume un sistema de *numerus clausus* de las clases de pena” (García, 2019, p.957). Ello constituye una expresión del principio de legalidad.

a) Pena privativa de libertad

“Consiste en la limitación coactiva de la libertad de movimiento mediante el internamiento del condenado en un establecimiento penitenciario” (Prado, como se citó en García, 2019, p.957). Según el artículo 29 del Código Penal, esta pena puede ser temporal o atemporal. La pena temporal establece 02 días como duración mínima y 35 años como máxima. Respecto de la pena atemporal, se establece la pena de cadena perpetua.

En opinión de Chang (2013) ni la pena mínima ni la máxima, así como la cadena perpetua, cumplen con el fin resocializador, pues considera son meramente retributivas, por lo que, para ser coherentes con el modelo constitucional peruano, deberían ser replanteados por el legislador.

Sobre la pena de cadena perpetua, el Tribunal Constitucional, en la STC Exp. N° 010-2002-AI/TC precisó la necesidad de contar con un mecanismo de temporalización, lo que derivó a que el legislador estableciera su revisión a los 35 años.

Además de la pena temporal y atemporal, el legislador ha previsto la vigilancia electrónica personal, regulada en el artículo 29-A del Código Penal (incorporado por el artículo. 4 de la Ley N° 29499, publicado el 19/01/2010), cuya ejecución se realiza en el domicilio del sentenciado u otro distinto que señale éste, bajo las reglas que considere el juez son idóneas para asegurar la idoneidad de la medida. La aplicación de esta medida es a razón de un día de privación de libertad por un día de vigilancia electrónica personal. Para Chang (2013), esta pena se encuentra más cerca de la función constitucional de la pena (la resocialización del individuo), pero presenta problemas en su aplicación.

b) Restrictiva de libertad - Expulsión del país de extranjero:

Está prevista en el artículo 30 del Código Penal, y se aplica a extranjeros que después de haber cumplido la pena privativa de libertad o la concesión de beneficio penitenciario, quedan prohibidos de su reingreso al país. Constituye una limitación a la libertad de tránsito (García, 2019, p.959), prevista para delitos especialmente graves; es una pena complementaria a la pena privativa de libertad (Prado, como se citó en García, 2019, p.959).

c) Limitativa de derechos:

La pena limitativa de derechos lo constituyen la prestación de servicios a la comunidad, la limitación de días libres y la inhabilitación, y se encuentran previstas en el artículo 31 del Código Penal. Sobre su forma de aplicación se tiene que, la prestación de servicios a la comunidad y la limitación de días libres se aplican de forma autónoma según estén específicamente previstas en la norma penal; o también como sustitutivas o alternativas de la libertad, cuando a criterio del juez, la pena no sobrepase los 4 años de pena privativa de libertad.

c.1) La prestación de servicios a la comunidad:

Esta pena “fue diseñada para afectar la discrecionalidad en la disposición del tiempo libre del condenado” (Prado, 2018, p.93). Obliga al condenado a trabajos gratuitos a entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras, siempre que sean públicas; también puede ejecutarse en instituciones privadas con fines asistenciales o sociales. Los servicios se asignan, en lo posible, conforme a las aptitudes del condenado y deben cumplirse en jornadas de diez horas semanales entre sábados, domingos o feriados (para no perjudicar la jornada normal de su trabajo habitual). Esta pena se extiende de 10 a 156 jornadas de servicios semanales, salvo disposición distinta de la ley (artículo. 34 del Código Penal). Puede ser impuesta en conversión o sustitución de una pena privativa de libertad de hasta 4 años, con la finalidad de evitar el internamiento del condenado en prisión.

García (2019) señala que “La pena de prestación de servicios a la comunidad está contemplada, por lo general, para delitos de mediana o escasa gravedad” (p.961).

c.2) La limitación de días libres:

Esta pena limita el tiempo libre del condenado para comprometerlo con dinámicas personales e interacciones colectivas que le ayuden a superar de modo proactivo su vinculación con hechos delictivos (Prado, 2018, p.103). Consiste en la obligación de permanecer los días sábados, domingos y feriados, hasta por un máximo de diez horas semanales, a disposición de una institución pública para participar en programas educativos, psicológicos, de formación laboral o culturales; también permite se ejecute en instituciones privadas que tengan fines sociales o asistenciales. Tiene como duración de 10 a 156 jornadas de limitación semanales, salvo disposición distinta de la ley. Durante este tiempo el condenado recibe orientaciones realiza actividades adecuadas e idóneas para su rehabilitación y formación (artículo 35 del Código Penal).

“La pena de limitación de días libres está contemplada, por lo general, para delitos de escasa gravedad, en especial para aquellos en los que el conflicto penal se puede superar con la sola reeducación del condenado”. (García, 2019, p.963). Esta pena es una “frustrada forma de castigo penal” (Prado, 2018, p.103), ello debido a que sus presupuestos no lograron difundirse ni asimilarse en nuestra comunidad jurídica nacional.

c.3) La inhabilitación:

Es la privación al condenado de algunos derechos (personales, profesionales o políticos) o la incapacitación para el ejercicio de diversas funciones o actividades (públicas inclusive) (Acuerdo Plenario N° 10-2009). Puede ser principal o accesoria (artículo 37 del Código Penal). La inhabilitación principal puede extenderse de 6 a

10 años, de 5 a 20 años y perpetua según la gravedad del delito (artículo 38 del Código Penal).

d) Pena de Multa:

“Implica la privación de una parte del patrimonio del autor de un delito mediante la imposición de una obligación de realizar un pago dinerario en favor del Estado” (De León, como se citó en García, 2019, p.969). Según el artículo 41 del Código Penal, esta pena obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días-multa. El importe del día multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza. La pena de multa se extenderá desde un mínimo de 10 días-multa a un máximo de 365 días-multa, salvo disposición distinta de la ley (artículo 42 del Código Penal). El importe del día-multa no podrá ser menor del veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento diario del condenado cuando viva exclusivamente de su trabajo. Deberá pagarse dentro de los diez días de pronunciada la sentencia; sin embargo, el juzgador puede permitir se pague en cuotas mensuales.

De la revisión de nuestro Código Penal se puede verificar que la pena predominante es la privativa de libertad, aspecto duramente criticado, en tanto autores como Chang (2013) consideran que ello sólo demuestra que el Código peruano es uno carcelario, lo cual contraviene el fin resocializador establecido por nuestra Constitución, planteando por ello la necesidad de una reforma legislativa. Así, la autora, identifica problemas en las normas penales como: marcos mínimos y máximos muy amplios; delitos sancionados con penas mínimas de dos días;

delitos culposos con sanciones de pena privativa de libertad; penas alternativas de prisión o multa, prisión o prestación de servicio comunitario, prisión o limitación de días libres dejadas, dejadas a elección del juez; penas simbólicas (como la del aborto sentimental y eugenésico que prevé una pena de dos días a tres meses), etc.

1.3.6.2 Marco penal abstracto

“En el marco penal el legislador establece los límites de la pena en el caso individual para cada delito” (Ziffer, 1993, p.105). “El marco penal abstracto está constituido por una extensión cuantitativa de una clase de pena prevista como sanción para un tipo penal” (García, 2019, p.972), existiendo un extremo mínimo y otro máximo.

Muñoz y García (2015) afirman que:

En el establecimiento de dicho marco penal, propio de la conminación, predominan criterios de prevención general y proporcionalidad. El legislador señala una cantidad genérica de pena que considera necesaria y suficiente para la intimidación, esto es, para evitar que los ciudadanos cometan el hecho en cuestión; y para lograrlo, debe tratarse de una pena proporcionada a la gravedad abstracta del mismo. (p.573)

La determinación del marco general es producto del legislador y sus límites no pueden ser sobrepasados por el juez; el marco abstracto está definido con la pena conminada del delito, pero en algunos casos, la ley solo ha previsto el umbral mínimo o máximo; en estos casos el marco abstracto será determinado judicialmente dentro del límite del marco general (Mendoza, 2019).

1.3.6.3 El legislador y los principios de legalidad y proporcionalidad:

García (2019) señala:

La fijación del marco penal abstracto de un delito por parte del legislador no opera arbitrariamente, sino que debe estar orientada por el conjunto de principios informadores que limitan el ejercicio del *ius puniendi*. En especial, deben ser considerados el principio de legalidad y el principio de proporcionalidad. (p.971)

a) Principio de legalidad:

Para Ziffer (como se citó en García, 2019), según este principio, el tipo penal debe precisar la conducta delictiva y la pena aplicable a los responsables del delito (mandato de certeza o determinación).

b) Principio de proporcionalidad:

Al fijarse el marco penal abstracto es necesario se tenga en cuenta el principio de proporcionalidad, lo que implica los tres juicios del test de razonabilidad o proporcionalidad (García, 2019).

b.1) Juicio de idoneidad:

Según el principio de idoneidad el marco penal previsto en la ley debe ajustarse a la función asignada al Derecho penal (Stree, como se citó en García, 2019). Este principio “implicará la necesidad de que la pena sea apta para la tutela

del bien jurídico –para evitar conductas que lo pongan en peligro o lo lesionen– , que la pena sea cualitativamente adecuada para conseguir la finalidad” (García, 2019).

b.2) Juicio de necesidad:

La medida de la pena debe ser “necesaria para alcanzar los fines de protección que se persigue, por no existir otras penas menos afflictivas de la libertad o de otros derechos” (STC Exp. N° 010-2002-AI, como se citó en García, 2019). El Derecho penal como *última ratio* debe sancionar solamente las afectaciones a los bienes jurídicos más importantes (subsidiariedad), y dentro de ellas, a las más intolerantes (fragmentariedad); con lo cual se pretende determinar la pena menos lesiva y que cumple suficientemente la función atribuida al sistema penal (García, 2019).

b.3) Juicio de proporcionalidad *strictu senso*:

Consiste en determinar si existe un desequilibrio, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma. Se trata de establecer una relación de proporcionalidad entre un hecho concreto y una pena abstracta, siendo sus referentes el bien jurídico protegido y la modalidad de ataque contemplado (Bustos, como se citó en García, 2019).

1.3.7 Determinación judicial de la pena

También llamada en la doctrina como dosificación de la pena, individualización judicial de la pena, aplicación de la pena, imposición de la pena o métrica penal (Prado, 2018).

Gonzales (2019) lo llama como concreción del castigo, al que define como “el proceso decisorio del juez sentenciador que culmina con esa elección de una consecuencia jurídica específica: el *quantum* de la pena –sea o no ésta finalmente ejecutable– adecuada a las circunstancias personales del autor, y a los condicionamientos del ilícito” (p.49).

Horn (como se citó en Ziffer, 1993) define la individualización de la pena como el acto por el cual el juez pondera la infracción a la norma y la transforma en una medida de pena determinada.

Prado (2018) nos da la siguiente definición “La determinación judicial de la pena alude a un procedimiento técnico y valorativo cuya función esencial es servir al órgano jurisdiccional para llevar a cabo la individualización de los castigos penales” (p.188). Este procedimiento comprenderá la identificación de una pena para el autor del delito, desde la clase de pena, cuánto de pena y cómo se ejecutará la pena.

“En nuestro sistema penal no se deja la individualización de la pena a la absoluta discreción del juez, sino que debe seguir ciertas pautas legalmente establecidas” (García, 2019, p.1020). El legislador ha definido los criterios de individualización de la pena, por medio de circunstancias concretas. Es decir, la ley no sólo indica al juez penal sobre las circunstancias concretas que debe tener en

cuenta en la individualización de la pena, sino también si su efecto es atenuatorio o agravatorio (García, 2019).

En ese sentido, la Ley 30076 implementó un sistema que, por un lado, define el sentido de la valoración de las circunstancias, y del otro utiliza un procedimiento por tercios para individualizar la pena concreta (García, 2019). De acuerdo al artículo 45-A del Código Penal se identifica el espacio punitivo que corresponde al marco abstracto; luego se divide el espacio punitivo en marcos concretos (inferior, intermedio y superior), enseguida se determinará el marco concreto según concurren circunstancias de atenuación o circunstancias de agravación genéricas previstas en el artículo 46 del Código Penal; finalmente, fijado el marco concreto, recién el juez procederá a individualizar la pena, actividad judicial que debe ser llevado con criterios de racionalidad (Mendoza, 2019).

No obstante, como bien apunta Prado (2018) “cabe reconocer la existencia de algunas lagunas o incompatibilidades normativas que no fueron detectadas por el legislador nacional al elaborar aquellas reformas legislativas” (p.255), así, señala: se omitió regular las circunstancias atenuantes privilegiadas, se mantiene una redacción equivocada de la consecuencia de disminución de punibilidad producida por el error de prohibición vencible u omisión impropia, y no adaptó la tentativa y demás causales de disminución de punibilidad a las reglas de los artículos 45-A y 46 del Código Penal. Todo lo cual generó diversos problemas.

Mendoza (2019) también señala como problema en esta etapa de la determinación de la pena la doble valoración, cuando se pretende utilizar nuevamente las circunstancias modificativas que determinaron el marco concreto, ahora para fijar la pena concreta, lo cual afecta el *non bis in ídem*, y degenera en

un mero procedimiento de aritmética, ajeno a un proceso valorativo de individualización de la pena desde la Constitución.

García (2019) adiciona como problema el que, la legislación penal no estableciera un orden para la aplicación de las circunstancias previstas para la individualización de la pena, y que tampoco exista una jerarquización legal que asigne un peso específico a cada una de las circunstancias específicas.

Otro problema, y muy importante, al momento de determinar la pena es la tensión que se produce entre el principio de legalidad y el principio de proporcionalidad. Al respecto, la Corte Suprema, en la Casación N° 1422-2018-Junín del 12 de agosto del 2020, enfatizó que el juzgador en su labor de determinación judicial de la pena se encuentra vinculado al principio de legalidad; con ello, el juez está prohibido de imponer una sanción que no esté taxativamente establecida en la norma penal. Precisa, además la sentencia, que los principios de legalidad y proporcionalidad no siempre entran en conflicto, en todo caso, el juez debe lograr su compatibilidad. “Debido a que no son principios absolutos, la pena debe satisfacer tanto la legalidad como la proporcionalidad”, así explica que, para imponer una sanción al autor de un hecho ilícito debe “cumplirse con la legalidad (situarse en la pena abstracta) y, seguidamente, ha de verificarse la proporcionalidad según las circunstancias del caso... tomando en cuenta la menor o mayor gravedad del hecho y el nivel de culpabilidad”, con lo cual se logra la determinación de la pena concreta.

Su trasgresión, conllevaría a decisiones arbitrarias, que vulnerarían los principios de legalidad y proporcionalidad (este último que puede afectarse tanto por exceso como por defecto).

1.3.7.1 Etapas de la determinación judicial de la pena

Son dos etapas las que se identifican en la determinación judicial de la pena, las cuales son secuenciales, la primera en la que se identifica de la pena básica y la segunda en la que se individualiza de la pena concreta. Cada una tiene una finalidad y dinámica distinta a la vez que responden a la orientación político criminal de dos principios rectores: el Principio de legalidad que controlará el ejercicio de la primera etapa (El juez sólo podrá aplicar la pena en la forma y magnitud que le autoriza la ley) y el Principio de pena justa que limita el resultado de la segunda (El juez sólo podrá imponer la pena que corresponde a las circunstancias concurrentes en el caso) (Prado, 2018).

a) Determinación del marco abstracto o identificación de la pena básica

Es la primera etapa del procedimiento de individualización judicial de la pena. El Juez a través de su sentencia expresa cuáles son los límites legales de la pena, parte desde la pena conminada prevista en la ley para cada delito. Se trata entonces de configurar en base a esa regulación legal un espacio punitivo el cual siempre debe contar con dos extremos: uno mínimo o inicial y otro máximo o límite final. En aquellos delitos en donde la pena conminada sólo establezca uno de sus límites (mínimo o máximo), el juez considerará lo dispuesto en el artículo 29 del Código Penal, esto es integrará el límite faltante con la pena mínima de 2 días o con la máxima de 35 años (Prado, 2018). En consecuencia, todos los tipos penales tienen un mínimo y un máximo, algunos de modo expreso y otros, de modo implícito. Ejemplos de penas conminadas sin límite son el delito de lesiones que no prevé

límite mínimo, y el delito de homicidio calificado que no prevé límite máximo; por lo que, en dichos supuestos el marco abstracto se determinará con el marco general del artículo 29 del Código Penal.

El extremo mínimo marca el límite a partir del cual comienza el espacio de punición, pero también posibilitará aplicar las consecuencias de las denominadas causales de disminución de punibilidad (en línea descendente). En la misma forma, el extremo máximo designa el límite final de la pena conminada, pero también señalará el punto de inicio de los efectos agravantes de la penalidad que producen las circunstancias agravantes cualificadas (en línea ascendente) (Prado, 2018).

Mendoza (2019) señala que, la determinación del marco legal en abstracto tiene dos efectos: el primero que es identificar el espacio punitivo en el que se aplicará el sistema de tercios, y el segundo, la prohibición de considerar otra vez el hecho punible para la concreción de la pena.

b) Individualización de la pena concreta

Es la segunda etapa del procedimiento de individualización judicial de la pena. Corresponde alcanzar el resultado punitivo o pena concreta que deberá cumplir el autor o partícipe culpable del delito y que representa la realización material del *jus puniendi* estatal en la sentencia condenatoria. La característica fundamental de esta segunda estación radica en el desplazamiento que hace el juez dentro del espacio punitivo prefijado como pena básica en la primera etapa (quehacer exploratorio y valorativo), indagando, identificando y calificando la presencia de circunstancias concurrentes en la realización del delito (Prado, 2018).

“Los procedimientos previstos en el artículo 45-A del Código Penal regulan el proceso para la determinación judicial del marco concreto; se trata de una determinación cuantitativa en función de la concurrencia de las circunstancias genéricas” (Mendoza, 2019, p.169). La finalidad es identificar el marco legal concreto en su límite inferior y superior. Precisa Mendoza (2019) que la determinación judicial del marco concreto es presupuesto del procedimiento de individualización judicial de la pena, no debiéndose confundir éstos, pues la determinación del marco concreto permitirá reducir los márgenes de discrecionalidad o arbitrariedad en la determinación judicial de la pena.

Con la promulgación de la Ley 30076 se estableció un marco normativo de dosimetría del castigo penal, contenidos en los artículos. 45, 45-A y 46 del Código Penal (Prado, 2018). El texto normativo es el siguiente:

Artículo 45.- Presupuestos para fundamentar y determinar la pena

El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta:

- a. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad.
- b. Su cultura y sus costumbres.
- c. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad.

Artículo 45-A.- Individualización de la pena

Toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.

Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad.

El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas:

1. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes.
2. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas:
 - a) Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior.
 - b) Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio.
 - c) Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior.
3. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera:

- a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior.
- b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y
- c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito.

Artículo 46.- Circunstancias de atenuación o agravación

1. Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible los siguientes:

- a) La carencia de antecedentes penales;
- b) El obrar por móviles nobles o altruistas;
- c) El obrar en estado de emoción o de temor excusables;
- d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible;
- e) Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias;
- f) Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado;
- g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad;

h) La edad del imputado en tanto ella hubiere influido en la conducta punible.

2. Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

a) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad;

b) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos;

c) Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria;

d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación, tales como el origen, raza, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión, condición económica, o de cualquier otra índole.

e) Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común;

f) Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe;

g) Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumar el delito;

- h) Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función;
- i) La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito;
- j) Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable;
- k) Cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional;
- l) Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales;
- m) Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumento o procedimiento de similar eficacia destructiva;
- n) Si la víctima es un niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad, adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia o al ordenamiento vigente en la materia o tuviere deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente o si padeciera de enfermedad en estado terminal, o persona perteneciente a un pueblo indígena en situación de aislamiento y contacto inicial.

Prado (2018) plantea el siguiente esquema operativo para facilitar la utilización ordenada de las disposiciones vigentes en la determinación de la pena:

- Determinación judicial de la pena con circunstancias genéricas.
- Determinación judicial de la pena con circunstancias específicas.
- Determinación judicial de la pena con circunstancias agravantes cualificadas.
- Determinación judicial de penas conjuntas.
- Determinación judicial de la pena en casos de tipos penales derivados calificados o privilegiados
- Determinación judicial de la pena en casos de delitos con sólo una circunstancia atenuante o agravante específica.
- Aplicación de la pena con causales de disminución o incremento de punibilidad.
- Aplicación de la pena con reglas de reducción por bonificación procesal.
- Aplicación de la pena en casos de penas conminadas de cadena perpetua y concurrencia de causales de disminución de punibilidad o de reglas de bonificación procesal.
- Aplicación de la pena en casos con causales de disminución de punibilidad, reglas de reducción por bonificación procesal y circunstancias agravantes específicas.
- Aplicación de la pena en casos con causales de disminución de punibilidad, reglas de reducción por bonificación procesal y circunstancias agravantes cualificadas.
- Aplicación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias agravantes cualificadas y causales de incremento de punibilidad.

Prado (como se citó en García, 2019) nos dice que, en la llamada concreción legal del marco abstracto, se tiene en consideración ciertas situaciones especiales

previstas por el legislador que inciden en la extensión del marco punitivo. Estas producen la modificación del marco penal previsto en el tipo penal correspondiente, y son: las circunstancias, las causales de disminución o incremento de punibilidad, las reglas de reducción por bonificación procesal y concurso de delitos. Así, dependiendo de éstas, la medida de la pena va a variar según el caso.

No obstante, apunta Mendoza (2019) que, los procedimientos para la determinación judicial de la pena produjeron posiciones discrepantes en la interpretación de las disposiciones normativas de la determinación judicial de la pena, y a nivel judicial generó prácticas diferentes. Los principales problemas, señala, son: los procedimientos en supuestos de concurrencia de circunstancias genéricas, procedimientos en supuestos de concurrencia de circunstancias específicas, procedimiento en supuestos de concurrencia de circunstancias de atenuación privilegiada y procedimientos en supuestos de concurrencia de circunstancias de agravación cualificada. Problemas que inclusive han alcanzado a la jurisprudencia de la Corte Suprema, como veremos más adelante.

1.3.7.2 Las circunstancias

Las circunstancias indican si un delito es más o menos grave, “su función esencial es la de ayudar a la medición judicial de la intensidad de un delito y a la decisión sobre la calidad o extensión del castigo que aquel merece” (Prado, 2018, p.193). Se denominará circunstancias agravantes cuando éstas justifiquen una pena mayor, y circunstancias atenuantes y cuando fundamenten una pena menor.

También se las define, desde el punto de vista jurídico, como “supuestos de hecho, –distinto del supuesto de hecho punible–, previstos por el legislador, cuyo efecto jurídico es modular la pena” (Mendoza, 2019, p.139).

En ese orden, definimos provisionalmente a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, como aquellos hechos no vinculados a la realización formal de los elementos del tipo –ajenos a la estructura del tipo–, que el legislador ha considerado directamente vinculados con la intensidad del injusto, y la modulación de la culpabilidad y; por tanto, tienen el efecto jurídico de determinar el marco concreto de la pena, y aún de individualizar la pena exacta, en cada caso concreto. (Mendoza, 2019, p.139)

Por medio de las circunstancias es posible determinar si un delito es más grave o menos grave, según la magnitud del injusto y culpabilidad modulada del agente, siendo que del resultado de ambas magnitudes se determinará la concreción de la pena (Mendoza, 2019).

La Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 1886-2018-Lima las definió como externas o accesorias al delito, cuya presencia servirá para valorar qué tan grave es el delito, y con ello poder establecer la reducción o aumento de la pena; por que, concluye señalando que las circunstancias son factores de medición o graduación de la pena.

a) Circunstancias agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas

Estas circunstancias afectan el marco punitivo de la pena conminada; “sus efectos alteran o modifican los límites mínimos o máximos de la pena legal prevista para el delito, configurando así un nuevo marco de conminación penal” (Prado, 2018, p.221). El Acuerdo Plenario N° 1-2008 las llamó circunstancias cualificadas o privilegiadas; dejando el término “genéricas” para las circunstancias que no modifican el marco penal abstracto, sino que sirven solo para determinar la pena concreta (García, 2019).

Nuestro Código Penal regula las siguientes circunstancias agravantes cualificadas: Por la calidad del agente o lugar y modo de comisión del delito (artículo 46-A), por reincidencia (artículo 46-B), por habitualidad (artículo 46-C), por el empleo de menores de edad (artículo 46-D), y por parentesco (artículo 46-E).

“Si se trata de circunstancias agravantes cualificadas se produce una modificación ascendente que se proyecta por encima del máximo legal original, el cual ahora se convierte en mínimo.” (Prado, 2018, p.221); así lo dispone el artículo 45-A, numeral 3, del Código Penal. Al respecto, Mendoza (2019) se adhiere a otro sector de la doctrina que considera que el mínimo legal no se modifica y que se mantiene el mínimo original, ello porque es *favor rei* y porque observa el principio de legalidad y el mandato normativo de que la pena debe ser determinada dentro del marco legalmente establecido, siendo que “no existe posibilidad de integrar judicialmente un nuevo mínimo, tampoco la posibilidad de interpretar analógicamente y contra reo para fijar un nuevo mínimo más gravoso” (p.157).

Las circunstancias atenuantes privilegiadas reducen el marco penal abstracto, “lo que varía de modo descendente es el mínimo legal original que será sustituido por uno nuevo e inferior. Sin embargo,... no existe, de momento, en la legislación penal vigente ninguna circunstancia atenuante privilegiada” (Prado, 2018, p.234). Resalta el profesor Prado (2018) que las causales de disminución de punibilidad y de reducción punitiva por bonificación procesal no tienen la condición de atenuantes privilegiadas, y si bien tienen como efecto la reducción de la pena por debajo del mínimo legal su naturaleza es distinta.

En contraposición a lo antes señalado, García (2019) considera que son atenuantes privilegiadas las que reducen la pena por debajo del extremo mínimo legal, como por ejemplo la confesión sincera que permite una rebaja de la pena de hasta una tercera parte por debajo del mínimo legal (artículo 161 del Código Procesal Penal), las eximentes incompletas del artículo 21 del Código Penal que posibilitan una disminución prudencial de la pena hasta límites inferiores al mínimo legal (artículo 20 del Código Penal), la tentativa que permite una disminución prudencial de la pena (artículo 16 del Código Penal), o la colaboración eficaz que también permite la disminución de la pena (artículo 475 del Código Procesal Penal). Postura que es compartida por Guevara (2021) para quien las atenuantes privilegiadas rompe el extremo mínimo de la pena abstracta, esto es el tercio inferior del espacio punitivo original, siendo éstas de naturaleza sustantiva y procesal, las primeras referidas a los artículos 14 segundo párrafo, 21, 22 y 25 segundo párrafo del Código Penal, y las segundas, previstas en los artículos 160 del Código Procesal Penal, 212 del Código Penal, entre otras.

Mendoza (2019) coincide en que, el efecto de las circunstancias privilegiadas configura un nuevo marco punitivo, en el que el mínimo legal se convertirá en el nuevo máximo legal; pero, respecto del nuevo mínimo plantea una tesis nueva al considerar que el nuevo mínimo es el previsto en el artículo 29 del Código Penal (de dos días), y equiparar las circunstancias de atenuación privilegiadas con las causas de disminución de la punibilidad. Así, señala que el problema parte de la expresión “por debajo del mínimo legal” lo que condiciona a que muchos jueces estimen discrecionalmente “un nuevo mínimo judicial”, el cual fijan en un tercio o por tercios acumulados según la cantidad de circunstancias privilegiadas que concurren, bajo el fundamento (dice mal entendido) del principio de proporcionalidad; práctica que cuestiona pues atenta contra el principio de legalidad de las penas, las que no pueden ser creadas por el juez, pues corresponde sólo al legislador establecer los límites mínimos y máximos del delito. Concluye señalando que “considerando el límite legal de los dos días, se atenúa de alguna manera la exasperación de los marcos punitivos” (p.161).

No obstante, la Corte Suprema mediante la Casación 66-2017-Junín (del 18 de junio del 2019) ha definido el tema, señalando que nuestro Código Penal no ha fijado cuáles son las circunstancias atenuantes privilegiadas, es decir no han sido establecidas aún; y que el error de prohibición vencible (artículo 14 del Código Penal), el error culturalmente condicionado vencible (artículo 15 del Código Penal), la tentativa (artículo 16 del Código Penal), responsabilidad restringida por las eximentes imperfectas de responsabilidad penal (artículo 20 del Código Penal), la responsabilidad restringida por razón de la edad (artículo 22 del Código Penal), y la complicidad secundaria (artículo 25 del Código Penal), “no son atenuantes privilegiadas, sino que son causales de disminución de punibilidad”.

b) Circunstancias agravantes y atenuantes genéricas:

Están regulados en la Parte General del Código Penal y operan en la determinación e individualización de la pena de los delitos que no tienen un catálogo de circunstancias específicas. Estas circunstancias se vinculan funcionalmente a los tipos básicos en general (Mendoza, 2019).

Son circunstancias genéricas las que operan en la determinación de la pena concreta de cualquier tipo de delito que carezca de circunstancias propias o específicas. Permiten al Juez individualizar la pena concreta dentro del espacio punitivo generado entre los límites inicial y final de la pena básica. Estas circunstancias representan una menor o mayor antijuridicidad del hecho, o menor o mayor culpabilidad de su autor; y su eficacia produce como consecuencia una menor o mayor punibilidad o posibilidad de sanción penal (Prado, 2018). Estas circunstancias están previstas en el artículo 46 del Código Penal.

c) Circunstancias agravantes y atenuantes específicas:

“Se identifican como tales a las circunstancias agravantes específicas que generan escalas punitivas diferentes y ascendentes entre sí” (Prado, 2018, p.235). Están reguladas en la Parte Especial del Código Penal como párrafos adicionales o catálogos insertos en ciertos delitos; por el ejemplo las circunstancias del delito de robo agravado (artículo 189 del Código Penal) que guardan relación con el delito de robo simple (artículo 188 del Código Penal). También tienen esta condición las circunstancias específicas contenidas en el derecho complementario o accesorio, por ejemplo, el artículo 10 de la Ley 28008 sobre delitos aduaneros (Prado, 2018).

“En estos supuestos no son de aplicación las circunstancias genéricas, precisamente por el principio de especialidad” (Mendoza, 2019, p.151).

Sobre la dosimetría, Prado (2018) refiere que, en el caso de catálogos compuestos de circunstancias agravantes específicas del mismo nivel, sucederá que cada circunstancia será representada por un porcentaje cuantitativo del espacio de la pena básica. Así, en estos casos, la pena representará el total porcentual acumulado, que integrarán sus efectos a partir del mínimo hacia el extremo máximo según el número de agravantes específicas. Al respecto, Mendoza (2019) difiere de la determinación de porcentajes según la cantidad de agravantes específicas, pues señala, no existe una determinada proporción para el incremento gradual de la pena; por lo que, la discrecionalidad del juez está vinculada al principio de proporcionalidad (cuyo recorrido empieza desde su mínimo al máximo del marco agravado). En este punto indica “Una vez realizado todo el recorrido, se verifica la existencia de alguna circunstancia de atenuación genérica, a fin de descender la pena alcanzada” (p.190).

Respecto de las circunstancias atenuantes específicas, señala Prado (2018) que, en caso de catálogos de circunstancias atenuantes específicas la operación para la determinación de la pena concreta sería a la inversa del procedimiento para las circunstancias agravantes específicas. Al respecto, Mendoza (2019) precisa que el legislador no ha regulado las circunstancias específicas de atenuación; en todo caso, esta sería la razón por la cual no es posible la división del espacio punitivo en tercios.

d) Circunstancias agravantes de diferente grado o nivel

Son las que “generan escalas punitivas diferentes y ascendentes entre sí” (Prado, 2018, p.235). Por ejemplo, en el caso del robo agravado previsto en el artículo 189 del Código Penal existen hasta tres niveles, cada una más severa que el anterior (las agravantes del primer grado tienen como marco la escala de 12 a 20 años de pena privativa de la libertad, del segundo grado tienen la escala de 20 a 30 años, y del tercer grado que tiene sólo la cadena perpetua).

e) Concurrencia de circunstancias

Prado (2018) explica:

En la legislación y en la doctrina, se ha formulado, con relativo consenso, que una alternativa dogmática idónea y pertinente, para proyectar de modo razonable la plena eficacia en la definición punitiva de la concurrencia heterogénea de circunstancias, pasa por una exigencia de compensación racional entre los factores de aumento y disminución de la sanción penal. (p.237)

Sobre la concurrencia de circunstancias señala los siguientes criterios: El primero referido a que la decisión del resultado punitivo o pena concreta debe comprender un ámbito intermedio entre los límites inicial y final de la pena básica, precisando que, los efectos de las circunstancias concurrentes se verán limitados, en razón a: primero, que ellas tengan la misma naturaleza y eficacia operativa (artículo 45-A, literal b, del Código Penal, que establece que, ante la concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes, la pena concreta se determinará dentro del tercio intermedio); segundo criterio, referido a que es incompatible la

conurrencia de circunstancias referidas al mismo indicador o factor de agravación o atenuación o que ya integren el tipo penal del delito (ver artículo 46 del Código Penal que establece que, sólo tienen eficacia las circunstancias que no hallen previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible); y tercer criterio, en relación a la concurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto grado o nivel, en los cuales la circunstancia de mayor grado absolverá a las de inferior grado (ver Acuerdo Plenario N° 2-2010/CJ-116).

Luego, cuanto más sean las circunstancias agravantes concurrentes se podrá alcanzar el límite máximo del tercio superior de la pena básica; cuanto más sean las circunstancias atenuantes se podrá llegar al extremo mínimo; y cuando concurren circunstancias agravantes y atenuantes, se efectúa un proceso de compensación, ubicándose la sanción en el término medio del tercio intermedio de la pena básica (Mendoza, 2019).

f) Compensación de circunstancias

Mendoza (2019) señala que, determinar el marco concreto exige otorgar racionalidad al supuesto de la concurrencia de atenuantes y agravantes. No se trata de una compensación matemática, sino que las circunstancias atenuantes tienen un efecto nulificante de los efectos que producen las circunstancias agravantes. Por lo que, en caso de concurrir varias circunstancias atenuantes y una agravante, determinaría que la pena se individualice en el marco inferior.

De otro lado, enfatiza el autor, la prohibición de considerar dos veces las circunstancias comunes para determinar el marco concreto y otra para

individualizar la pena (aún que se considere para valorar la magnitud o entidad de la circunstancia y su incidencia en el injusto o culpabilidad), pues ello afecta la proscripción de la doble valoración.

1.3.7.3 Causales de disminución o incremento de punibilidad

Señala Prado (2018) que “ellas no están fuera del delito, sino que se construyen dentro de él como parte de su estructura, de su grado de realización, o desde los niveles de intervención de los autores o partícipes o desde su presencia plural” (p.243).

“La justificación de los efectos de disminución o incremento de la punibilidad guardan conexión directa con la observancia a la vez que con la eficacia formal y material del principio de lesividad” (Prado, 2018, 245).

Según la Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad N° 1886-2018-Lima precisó que, las causales (de disminución o incremento de punibilidad) son forman parte del delito, “integran su estructura desde su presencia plural (concurso de delitos), desde la exclusión de sus componentes (tipicidad, antijuricidad o culpabilidad), desde el grado imperfecto de su realización (tentativa) y desde el menor nivel de intervención punible (complicidad secundaria)”.

Las causales de disminución de punibilidad previstas en nuestra normatividad penal son: la tentativa (artículo 16 del Código Penal), las eximentes imperfectas (artículos 21 y 22 del Código Penal), y la complicidad secundaria (artículo 25 in fine del Código Penal). Y las causales de incremento de punibilidad son: el delito continuado y delito masa (artículo 49 del Código Penal), el concurso ideal de delitos, y el concurso real de delitos (artículos 50 y 51 del Código Penal).

Las causales de disminución afectan la extensión mínima de la punibilidad establecida para el delito por debajo del mínimo legal. “Su límite final será en principio la pena concreta que decida el órgano jurisdiccional de modo discrecional, pero observando la proporcionalidad adecuada al caso (“hasta límites inferiores al mínimo legal”) (Prado, 2018, p.246).

La justificación de dicha reducción no es arbitraria, en tanto al ser la proporcionalidad su límite, lo que pretenderá el juez será determinar una pena justa al sujeto del ilícito, así “La degradación punitiva tendrá como único límite la proporcionalidad que acuerde el Juez luego de una lectura y valoración razonable y prudente del suceso fáctico, de sus dimensiones antijurídicas, así como de los niveles de intervención de las personas implicadas” (Prado, 2018, 267).

Refiere, además que, otro supuesto de disminución de punibilidad, es el referido al “interés superior del niño”, de naturaleza supralegal y que fue reconocido en el Recurso de Nulidad N° 761-2018-Apurímac; se trata, de una causal posdelictiva, porque es intrínseca al delito desde la exclusión parcial de la culpabilidad.

Una importante observación realiza García (2019), quien sobre las causales de disminución de punibilidad que no especifican el quantum de reducción de la pena prudencial, de manera explícita, sino sólo una atenuación de la pena (por ejemplo: la tentativa previsto en el artículo 16 del Código Penal), formula la interrogante de si ésta debe operar por debajo del marco penal mínimo o dentro del marco abstracto. Al respecto el autor señala que, si se debe permitir una reducción por debajo del mínimo legal, por cuanto las leyes penales que favorecen al reo no pueden ser interpretadas restrictivamente. Sobre hasta dónde debe reducirse el

marco mínimo, señala el autor, debe ser aquella que otorga los mayores márgenes de discrecionalidad para que el juez pueda encontrar luego la pena concreta que sea proporcional al hecho, siendo que el extremo mínimo que señala nuestro ordenamiento es de dos días.

Conviene recordar, que para Mendoza (2019) las causales de disminución de punibilidad tienen los mismos efectos que las circunstancias atenuantes privilegiadas; por lo que, considera que el nuevo extremo mínimo del marco concreto debe ser el límite legal previsto en el artículo 29 del Código Penal, esto es de dos días.

En caso de concurso de delitos (como causales de incremento de punibilidad), se afecta el marco penal abstracto; así, en el concurso ideal se produce el incremento de la pena más grave hasta en una cuarta parte con el límite de 35 años; en el concurso real se produce la sumatoria de penas hasta el doble del máximo de la pena más grave sin superar los 35 años; en el delito continuado ocurre la absorción de penas por la del delito más grave, y en el delito masa se produce el criterio de la exasperación.

1.3.7.4 Reglas de reducción por bonificación procesal

Prado (2018) señala:

Se trata de premios o recompensas que inciden en la pena concreta reduciendo porcentualmente su extensión. Se justifican por la eficacia motivadora que ejercen para generar efectos de abreviación de la actividad procesal que demanda el caso sub judice o de una conducta

proactiva de colaboración con la administración de justicia que ejerce el autor o partícipe de un delito (Prado, 2018, p.249).

En este caso, la reducción por beneficio premial está regulado en cada uno de los supuestos, cálculo que se realizará sobre la pena concreta obtenida luego de realizado el proceso de determinación de la pena.

Los supuestos previstos en nuestro ordenamiento procesal son: la confesión sincera (artículo 161 del Código Procesal Penal), la terminación anticipada (artículo 471 del Código Procesal Penal), la colaboración eficaz (artículo 474.2 del Código Procesal Penal), y la conclusión anticipada de juicio (artículo 372 del Código Procesal Penal).

1.3.7.5 El principio de culpabilidad en la determinación judicial de la pena

Finalmente, “Una vez asignado el marco penal concreto que corresponde al delito -o delitos, en casos de concurso-, el juez dispone de arbitrio para moverse dentro de dicho marco” (Mir Puig, 2016, p.768), arbitrio que no puede confundirse con la arbitrariedad (Mir Puig, 2016).

“Pero, la imposición de una cuantía determinada de pena, por ser un caso difícil, no puede ser producto de una elemental subsunción” (Mendoza, 2019, p.253). El procedimiento para individualizar la pena exacta “exige un mínimo de racionalidad y razonabilidad valorando las razones a favor y en contra de la imposición de una determinada cuantía de pena, pero sobre la base de un filtro analítico de la culpabilidad” (Mendoza, 2019, p.253). “La culpabilidad opera como

medida de la pena exacta o la crueldad estatal en su justa medida” (Mendoza, 2019, p.267).

1.3.7.6 El principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena

La determinación judicial se orienta por los principios de legalidad y de proporcionalidad. Este último, resulta ser decisivo en la labor del juez penal al momento de determinar la pena (Ziffer, como se citó en García, 2019).

Muñoz y García (2015) al respecto señalan:

En todo este proceso, el juez o tribunal toma en consideración las reglas establecidas en la ley, por tanto, pertenecen a la individualización legal, pero que, en la medida en que dejan márgenes de ejercicio del arbitrio, configuran el ámbito de la individualización judicial. (p.574)

Para llevar a cabo esta individualización, el Código proporciona algunos criterios, no obstante, no se desvincula de las finalidades propias de la pena. Así, en la individualización judicial debe tenerse en cuenta tanto el criterio de proporcionalidad de la pena respecto al hecho concreto, como las necesidades preventivo-especiales (Muñoz y García, 2015).

Garrido Montt (como se citó en Fuentes, 2008) sostiene que “los límites operativos en el proceso de individualización en dicho espacio de discrecionalidad relativa estarían dados por el respeto a los principios jurídicos que la orientan y los fines que esta persigue (prevención general, especial, merecimiento y necesidad de pena)” (p.35). En el mismo sentido, Durán (2011) señala que, el punto de partida

para la individualización judicial de la pena es determinar los fines de la pena, por lo que, resulta importante y necesario establecer los criterios con los que el operador jurídico pueda justificar la imposición de una pena al caso concreto. Igualmente, Jescheck (como se citó en Bombini, 2014) consideró que la fijación de la pena, dentro de los límites que impone el marco penal, es un acto discrecional del juez; pero que, aunque esa discrecionalidad está jurídicamente vinculada por la culpabilidad y los fines de la pena, existe un campo no controlable de la discrecionalidad judicial, ello en tanto “se trata de convertir justamente la cantidad de culpabilidad en magnitudes penales y los principios que rigen la determinación de la pena son sólo pautas que no muestran la misma concreción que los elementos legales del tipo” (p.35).

De la Mata (2014) señala que, en cuanto a qué criterios en concreto deben atenderse, en qué sentido y con qué trascendencia para poder individualizar la pena de modo proporcionado, en función de los objetivos que con ella deben entenderse conseguir, ha de rechazarse los factores que ya fueron considerados en la delimitación típica de la conducta o en la determinación del marco legal. En el caso del Código español los criterios a tener en cuenta son la gravedad del hecho y las circunstancias personales del delincuente. Luego señala:

La principal dificultad de su apreciación es, en todo caso, que no se concretan legalmente cuáles son las circunstancias a tener en cuenta ni el sentido y la medida de su valoración, algo que queda totalmente encomendado a la estimación del juez, pero que es también lógico dada la tremenda heterogeneidad de circunstancias personales que pueden ser estudiadas al enjuiciar comportamientos delictivos y el hecho de que

nos encontremos con datos de marcado carácter individual, que pueden ser valorados de forma diferente según el sujeto a quien afecten. (p.233)

El único límite de la vinculación judicial al principio de proporcionalidad es el que marca el principio de legalidad, que impide a los Tribunales aplicar consecuencias jurídicas no previstas por la ley penal o dejar de aplicar las que se prevén, o por encima o debajo del máximo y mínimo cuantitativos que aquella determina –una vez interpretada conforme a los principios que informan el derecho penal– ya en su marco penal relativamente determinado. (p.234)

García (2019), contrario a las opiniones de remisión a los fines de la pena para determinar si la pena es teleológicamente legítima, opina que:

(...) el nivel de abstracción de los principios de legitimación de la pena mantiene amplios márgenes de discrecionalidad judicial. Por esta razón, los actuales estudios doctrinales consideran necesario dejar el plano de los principios y entrar, más bien, a definir criterios concretos para la determinación de la pena, lo cual se puede alcanzar satisfactoriamente con la incorporación de la sistemática de la teoría del delito. Desde esta perspectiva, la individualización de la pena no sería más que la dimensión cuantitativa o de grado del sistema del delito. (p.996)

En la actualidad, las consideraciones precedentes han dado pie a que la doctrina penal plantee un modelo de individualización de la pena que ponga la mirada en el delito concretamente cometido. Es así como se ha ido consolidando la llamada teoría de la pena proporcional al hecho, cuyo punto de partida es que la individualización de la pena debe depender

únicamente de la gravedad del hecho. Para determinar esta gravedad debe atenderse a la responsabilidad objetiva (el daño producido), a la responsabilidad subjetiva (intenciones, grado de negligencia), así como a la culpabilidad individual del autor. (p.996)

Mendoza (2019) señala:

La individualización judicial de la pena tiene dos pasos: i) obtener la cuantía exacta de pena; y ii) aplicar el test de proporcionalidad constitucional a la cuantía exacta de pena privativa de libertad propuesta.

El producto del primer paso es una pena exacta, resultado del juicio de culpabilidad como “medida de la pena exacta” o la crueldad estatal en su “justa” medida; esa individualización de la culpabilidad se realiza dentro de un marco concreto. Como segundo paso, se somete a esta pena exacta, el test de proporcionalidad para evaluar la razonabilidad constitucional de la cuantía concreta determinada. (p.269)

La única forma de hacer menos irracional una privación de libertad, es aplicando como correctivo el principio de proporcionalidad. Así, los jueces deben evaluar si la cuantía de la pena privativa de libertad es idónea y necesaria para alcanzar el fin constitucional, y evaluar si existe un desequilibrio de la cuantía de una pena excesiva, por su irrazonabilidad entre la sanción y la finalidad constitucional. La tensión se produce entre el fin constitucional de la pena y el derecho fundamental de la libertad, en ese sentido, el juez valorará los dos principios desde el impacto de su aplicación en el caso concreto, entre razones a favor y en contra de la cuantía de la pena a imponerse (Mendoza, 2019).

Continúa Mendoza (2019) señalando que:

En ese orden, fijada la pena exacta, se debe evaluar la razonabilidad constitucional de la pena. El factor a evaluar es la proporcionalidad de la pena en función del individuo, como magnitud del impacto negativo que generará su encierro, considerando el estado de vulnerabilidad del seleccionado; por eso la individualización de la pena es un juicio personalizado. (p.277)

Esta individualización está vinculada al programa constitucional de prevención general positiva de la pena; pero, dada la imposibilidad de su realización positiva, se debe optimizar en un sentido inverso; esto es propender a una menor desocialización. (p.278)

Terragni (2017) explica que, si bien corresponde al legislador determinar los hechos punibles y las penas correspondientes, y a los jueces determinar las penas cuando se concreten dichos hechos; puede ocurrir divergencias que motiven a los jueces a decidir por su cuenta contra la ley o crear normas con contenido distinto al de la propia ley. Así, el magistrado, al realizar el control de constitucionalidad, puede declarar que una determinación legal aplicada al caso concreto no se ajusta con el principio de proporcionalidad, fundamentando el porqué. Situación que es criticada por el autor en tanto, un magistrado podría declarar que una ley es inconstitucional y otro no, lo que generaría inseguridad jurídica. Por ello destaca lo resuelto por el Tribunal Constitucional de España: 161/1997, que expresa:

Cualquier tacha de desproporción (...) debe partir inexcusablemente del recuerdo de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente

reprehensibles, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. (p.193)

Y en ese sentido explica el autor que, “el principio de proporcionalidad no constituye en ese ordenamiento un canon de constitucionalidad autónomo, sino que su alegación debe producirse después de señalar en qué medida la desproporción afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados” (p.194).

El autor, precisa que el problema surge por el enfoque distinto que tienen el legislador y el juzgador al determinar la pena, pues el legislador cumple su rol de legislar para una multitud de personas; mientras el juez lo cumple respecto de una persona, con las propias particularidades del caso en concreto. Por ello, concluye en que, “si las opiniones del legislador y del juez fuesen divergentes y el riesgo lo corriesen los derechos fundamentales del justiciable, la decisión obraría teniendo en cuenta la Constitución Nacional” (p.195).

Al respecto, Ziffer (1993) nos señala que, el legislador, en el área penal, se encarga de delimitar los límites de la pena respecto de cada delito (pena abstracta), las valoraciones de éstas que se expresan en la pena son vinculantes para el operador jurídico, pese a sus consideraciones personales; no obstante, “la cuestión se torna problemática cuando se plantea la posible inconstitucionalidad de un marco penal. Según Bruns, las valoraciones judiciales deben ceder paso a las del legislador aun en caso de duda respecto de la constitucionalidad de la escala” (p.105).

Continúa el autor explicando que, sin perjuicio de las dificultades que rodean al principio de proporcionalidad, el juez no debe partir negando la constitucionalidad

de una pena y su marco punitivo, sino que le corresponderá realizar una interpretación armoniosa del ordenamiento jurídico; ello dejando de lado sus valoraciones personales y aplicando las valoraciones legales.

El principio de proporcionalidad se manifiesta en sus tres dimensiones: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

a) Juicio de idoneidad:

Exige precisar la función que cumple la pena en este contexto específico. La pena no puede sustentarse en elementos puramente preventivos o restabilizadores; sino que, debe tener en cuenta la culpabilidad del autor por el hecho concretamente realizado (García, 2019).

Ante un marco punitivo concreto que vincula al juez y la inminente efectividad de la imposición de una determinada cuantía de pena privativa de libertad, el juez debe considerar el efecto desocializador que supone el sufrimiento de la privación de la libertad y, atender al programa resocializador de la Constitución; empero, dado su carácter contrafáctico, corresponderá idóneamente la imposición de una pena privativa de libertad propendiendo a alcanzar el umbral mínimo del marco punitivo –las razones que el caso concreto provea– pues será la más idónea para no producir un mayor efecto desocializador. (Mendoza, 2019, p. 284)

b) Juicio de necesidad:

“El juez penal, al imponer la sanción penal, debe tener en cuenta también la exigencia de recurrir, dentro de las sanciones penales de las que legalmente dispone, a aquella que resulte menos lesiva para el autor, siempre que sea idónea” (García, 2019, p.998). En ese sentido, nuestro Código Penal pone a disposición del juez medidas alternativas a la pena privativa de libertad como la suspensión de la ejecución de la pena (artículo 57 del Código Penal), la reserva del fallo condenatorio (artículo 62 del Código Penal), la sustitución de penas (artículo 32 del Código Penal) y la conversión de penas (artículo 52 del Código Penal); estas sanciones resultan mejor aplicables en delitos no muy graves.

“La necesidad debe de realizarse en función de la medida más favorable posible jurídicamente para el derecho intervenido: la libertad individual” (Mendoza, 2019, p.287); por lo que, sólo si no es posible imponer una medida alternativa y se esté ante la necesidad de imponer una pena privativa de libertad efectiva, debe ser con el criterio de necesidad, dentro del umbral mínimo para el logro de una menor desocialización (Mendoza, 2019).

c) Proporcionalidad en sentido estricto:

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto significa que la cuantía de la pena debe ajustarse a la gravedad del hecho delictivo, ello quiere decir que el Juez debe apreciar las circunstancias concretas que incidirán en la gravedad del hecho. Para determinar la gravedad del delito la doctrina recurre a la culpabilidad (García, 2019).

La proporcionalidad estricta, viene exigida por la Constitución, por un juicio de ponderación entre la carga afflictiva de la pena, esto es la afectación al derecho fundamental a la libertad personal y el fin constitucional de la menor desocialización. Es en concreto, considerando al sentenciado que se evalúa la proporcionalidad de la cuantía de la pena que se pretende imponer. (Mendoza, 2019, p. 289)

Un ejemplo que proporciona Mendoza (2019) al respecto, es de la condena a una persona de 70 años acusado por delito de violación sexual de menor previsto en el artículo 173.2 del Código Penal, a quien le correspondería una pena de entre 30 años y 35 años, que afectaría su proyecto de vida; señalando que si bien el marco punitivo puede ser proporcional en abstracto, empero resultaría desproporcionado en el caso concreto. Por lo que, en el caso, el juez previa ponderación, pudiera apartarse de la previsión punitiva legislativa, ello en razón de que el operador penal no está obligado a imponer penas desproporcionadas sólo por mera legalidad (desde un criterio de estricta legalidad no se debe comprender en el sentido de que tal pena deba imponerse imperativamente en todo caso). “Vencer el marco penal punitivo para la individualización judicial operando con el principio de proporcionalidad, no es sino reconocer el principio de vinculación del juez a la ley, pero interpretada conforme a la Constitución” (Mendoza, 2019, p. 293).

1.3.7.7 Teorías de la individualización judicial de la pena

En la doctrina se han desarrollado diversas teorías para determinar cómo el criterio de la culpabilidad se emplea en la individualización de la pena, como son la teoría de la pena exacta o puntual, la teoría de la prohibición de sobrepasar la

culpabilidad, teoría del libre espacio de juego y la teoría del valor posicional, los que desarrollaremos a continuación.

“Sólo a partir de una determinada teoría de I.J.P. que sea coherente con los principios de un determinado ordenamiento jurídico, es posible llegar a una solución interpretativa adecuada y racional acerca de la pena final a imponer en un caso concreto” (Crespo, 2015, p.89).

A) Teoría de la pena exacta o puntual

Según la cual el juez debe hallar la pena que resulte exactamente ajustada a la culpabilidad del sujeto (García, 2019). “Se trata de una postura retribucionista, que considera que es posible determinar el punto exacto de la pena que corresponde a lo merecido por el delincuente” (Mir Puig, 2016, p.769).

Magariños (1993) señala “Los partidarios de esta teoría afirman que el juez debe determinar la pena conforme a aquella que resulte exactamente ajustada a la culpabilidad del sujeto, sin atender a los fines de la pena”. Esta teoría no atiende a los fines utilitarios o de prevención de la pena, sino que busca retribuir con la pena el delito cometido por el delincuente, se trata de una concepción retribucionista.

Chang (2013) critica esta teoría al referir que “Esta postura contraviene los postulados de un Estado social y democrático de derecho, en tanto descarta cualquier fin preventivo de la sanción” (p.525).

B) Teoría del espacio del juego o del margen de libertad

“Conforme a esta teoría, el juez determina la pena con base en criterios de prevención dentro de un marco de culpabilidad constituido por un mínimo ya adecuado y por un máximo todavía adecuado a ella” (Ziffer, como se citó en García, 2019). Se trata de una prevención en el marco de la culpabilidad (García, 2019).

La pena ajustada a la culpabilidad, no es una pena exacta, sino que comprende un marco determinado entre un máximo y un mínimo. Dicho marco habría de constituir para el juez un “espacio de juego” dentro del cual podría moverse para graduar la pena más precisamente según las necesidades preventivas (Mir Puig, 2016).

BGHSt (como se citó en Crespo, 2015) precisó “Existe un espacio de juego, que está delimitado, por arriba, por la pena ya adecuada a la culpabilidad y, por debajo, por la pena todavía adecuada a la culpabilidad. El juez no puede sobrepasar el límite superior” (p.90). En ese sentido, el juez deberá decidir la medida de la pena a aplicar dentro del espacio de juego.

La crítica formulada por Chang (2013) es que, el problema de esta teoría “es que la culpabilidad como medida para la determinación del marco máximo resulta vaga, imprecisa y abstracta para el objetivo de ir precisando hacia abajo la pena a imponer; es decir, no establece fronteras definidas sino sólo límites flexibles” (p.526).

C) Teoría del valor posicional o del valor de empleo

Esta teoría resuelve el dilema entre culpabilidad –en sentido amplio– y prevención; asigna a la primera la misión de decidir la duración de la pena (determinación de la pena en sentido estricto) y a la segunda la misión de definir si debe suspenderse o sustituirse la pena por otra medida. Es en esta segunda fase que importará sólo la prevención especial (Mir Puig, 2016).

Roxin (1993) sobre esta teoría manifiesta que, se presenta “como una solución a la antinomia de los fines de la pena, al pretender tener en cuenta, tanto el punto de vista de la retribución de la culpabilidad, como el de la prevención”, pero aclara que, cada uno tiene valores de empleos diferentes.

D) Teoría del acto de gestación social

Dreher (como se citó en Crespo, 1999) sostiene que “no existe una pena adecuada a la culpabilidad, sino que el juez tiene que determinarla en el interior del marco penal típico mediante un acto de gestación creador, que tiene que orientarse en las pautas valorativas del ordenamiento jurídico” (p.177).

E) Teoría del valor jerárquico del empleo

Esta teoría señala que la determinación de la pena se da en dos niveles; en el primer nivel, el juez determina la pena (quantum de la pena) en su duración y gravedad, valorando la proporción entre la culpabilidad y la gravedad del hecho; en el segundo nivel, el juez establece el tipo de pena a imponer y el modo de su cumplimiento, considerando los fines preventivos de la pena. Las críticas a esta

teoría, según Jescheck, se orientan en que también la culpabilidad tiene incidencia en la clase de pena (de la segunda etapa), y a su vez que la prevención especial también tiene relevancia en la duración de la pena (de la primera etapa) (Ziffer, 1993).

F) Teoría de la proporcionalidad con el hecho

Se propone concretar la medición de la pena atendiendo a la gravedad del hecho según la nocividad del comportamiento y la culpabilidad del autor, a fin de alcanzar los objetivos de igualdad y de justicia, antes que los objetivos preventivos (Von Hirsch, como se citó en Crespo, 1999). La proporcionalidad entonces exige la equivalencia entre el hecho y sanción.

Explica Crespo (1999) que, la nocividad del comportamiento dependerá según el daño ocasionado o peligro provocado, y la culpabilidad considerará la forma de ésta, los motivos e intenciones del autor, ánimo o móvil en el hecho. Teoría que, al derivarse de consideraciones de justicia y no de fines preventivos, es rechazada por dicho autor.

G) Teoría de la retribución de la culpabilidad por el hecho

Esta teoría rechaza la postura de que el Derecho Penal se convierta en instrumento de la violencia; asimismo, se caracteriza por considerar de ilegítimos los fines preventivos generales y preventivos especiales (Crespo, 1999); así la medición de la pena se circunscribirá a la compensación de la culpabilidad por el hecho. "Para la solución de la contradicción entre los factores de determinación de

la pena ha de partir,... del acogimiento legal de la libertad o compensación de la culpabilidad por el hecho” (Crespo, 1999, p.210).

1.3.8 Determinación judicial de la pena según los criterios de la Corte Suprema

En nuestra jurisprudencia, el esquema operativo manejado por la Corte Suprema no es del todo uniforme; sin embargo, del estudio de sus resoluciones podemos evidenciar con mayor recurrencia el siguiente esquema:

Primero: Determinar el marco punitivo de la pena prevista en la ley para el delito.

Segundo: Verificar si hay circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, que modificarán el marco punitivo.

Cuando concurre una agravante cualificada, el nuevo mínimo será el máximo de la pena conminada, y el nuevo máximo será el incremento como consecuencia de la agravante cualificada, según corresponda. Así, por ejemplo: en la agravante por la condición del sujeto activo (artículo 46-A del Código Penal) se aumentará hasta en una mitad o hasta en un tercio, dependiendo del tipo penal; en la reincidencia (artículo 46-B del Código Penal) se incrementará hasta en una mitad o en no menos de dos tercios, dependiendo del tipo penal; en la habitualidad (artículo 46-C del Código Penal) el incremento es hasta en un tercio o una mitad, dependiendo del tipo penal; en la agravante por el uso de menores de edad (artículo 46-D del Código Penal) la pena se aumentará hasta en un tercio o hasta a mitad o hasta el doble, dependiendo del tipo penal; y en la agravante por el

aprovechamiento del abuso de parentesco (artículo 46-E del Código Penal) la pena se incrementará hasta en un tercio.

Sobre cómo se calcula el nuevo marco punitivo por la concurrencia de una circunstancia agravante cualificada, la Corte Suprema, en el Recurso de Casación N° 1459-2017/Lambayeque (del 20 de setiembre del 2018) precisó

2. A los efectos del marco punitivo correspondiente, la reincidencia importa la asignación de nuevo extremo máximo para la pena conminada del nuevo delito cometido que, para el delito de hurto con agravantes, será equivalente a “(...) no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal”; la pena básica se extenderá del nuevo mínimo legal –que es el máximo fijado en el tipo penal, ahora convertido en mínimo– hasta este nuevo máximo legal: de seis años a diez años de pena privativa de libertad.

En el mismo sentido, las circunstancias atenuantes privilegiadas también modifican el marco punitivo, reduciéndolo, de modo que el extremo máximo de la pena será el extremo mínimo de la pena conminada y el extremo mínimo quedará reducido en un tercio a partir de la pena conminada. Sobre la existencia de dichas circunstancias, en el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal realizado en la ciudad de Moquegua el 9 y 10 de junio del 2017, se debatió y por mayoría se acordó que sí existen dichas circunstancias; no obstante, posteriormente la Corte Suprema, en la Casación 66-2017-Junín (del 18 de junio del 2019) corrigió dicho criterio, señalando que nuestro Código Penal no ha fijado cuáles son las circunstancias atenuantes privilegiadas, aclarando que el error de prohibición vencible (artículo 14 del Código Penal), el error culturalmente condicionado vencible

(artículo 15 del Código Penal), la tentativa (artículo 16 del Código Penal), responsabilidad restringida por las eximentes imperfectas de responsabilidad penal (artículo 20 del Código Penal), la responsabilidad restringida por razón de la edad (artículo 22 del Código Penal), y la complicidad secundaria (artículo 25 del Código Penal), no son atenuantes privilegiadas, sino que son causales de disminución de punibilidad; por lo tanto, no resulta aplicable la consecuencia contenida en la norma penal artículo 45.3 inciso a) del Código Penal (esto es que la pena concreta se determine por debajo del tercio inferior); aunque con la aclaración de que, en la mayoría de estas causales se prevé una reducción de la pena por debajo del mínimo legal de la pena conminada. En este Recurso de Casación se expresó:

Con el fin de establecer qué pena concreta corresponde por debajo de este mínimo, se debe atender a los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la pena... En tal sentido, ...cuan mayores causales de disminución de punibilidad concurren, la pena deberá disminuirse prudencialmente en mayor grado hacia su extremo mínimo (fundamento décimosexto).

Tercero: Determinado el marco punitivo (con o sin las circunstancias agravantes cualificadas), se procederá a aplicar el sistema de tercios, con el cual se dividirá el marco punitivo en tercios. Luego, según la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes genéricas, se identificará en cuál de los tercios deberá determinarse la pena. La norma penal (artículo 45-A, inc. 2 del Código Penal) señala que, si no hay atenuantes ni agravantes o sólo concurren atenuantes, la pena concreta se fijará en el primer tercio; si hay circunstancias atenuantes y agravantes la pena se determinará en el tercio intermedio; y si sólo

hay circunstancias agravantes, la pena se determinará en el tercio superior; siendo 8 las atenuantes genéricas y 14 las agravantes genéricas, con la precisión de que sólo son aplicables cuando no forman parte de la estructura del tipo penal.

En este punto es importante señalar que la Corte Suprema indicó que, cuando existe alguna causal de disminución de punibilidad, el sistema de tercios no resultará aplicable. Tampoco resultará aplicable cuando el tipo penal incorpore circunstancias agravantes específicas. Así, el Recurso de Nulidad 1886-2018-Lima (del 17 de junio del 2019) nos refiere: “cuando se está frente a tipos penales que incorporan circunstancias agravantes específicas, no se aplica el “sistema de tercios”, sino que se toma en cuenta el número de circunstancias para determinar, proporcionalmente, el marco punitivo”. En ese sentido, al concurrir agravantes específicas, se excluirán las agravantes genéricas, con lo cual no se valora dos veces la misma agravante y no se lesiona el principio *non bis in idem*.

Entonces, el sistema de tercios sólo será aplicable cuando no haya una modificación del marco punitivo de la pena conminada, o cuando existe dicha modificación, pero a partir de las circunstancias agravantes cualificadas o atenuantes privilegiadas (éstas últimas, que como se precisó anteriormente, aún no existen).

Cuarto: Ubicado el tercio en que se determinará la pena, aun cuando la ley no establece cómo se determinará la pena dentro de dicho nuevo marco, la jurisprudencia señala como criterio a tener en cuenta lo señalado en el artículo 45 del Código Penal. El resultado será la pena concreta.

Quinto: En caso no se aplique el sistema de tercios, por la concurrencia de circunstancias agravantes específicas, según la Corte Suprema, se tomará en

cuenta el número de circunstancias para determinar proporcionalmente el marco punitivo.

En el Recurso de Nulidad 1886-2018-Lima la Corte Suprema realizó un análisis a partir de la pena abstracta, que en el caso oscilaba de entre 10 a 34 años; siendo el espacio punitivo de veinticuatro años. Luego, considerando en el caso que, el delito de robo agravado previsto en el artículo 189, primer párrafo del Código Penal prevé 8 circunstancias agravantes específicas del mismo nivel, entonces “a cada una de ellas, en clave de equivalencia, ha de asignársele un porcentaje cuantitativo similar, para lo cual atañe efectuar una división. El cociente o resultado obtenido estriba en que cada agravante específica posee un valor de tres años”. Enseguida, se verificó que en el caso concurría la circunstancia agravante específica: “Durante la noche”, prevista en el numeral 2, primer párrafo, artículo 189 del Código Penal. En consecuencia, en línea ascendente desde el extremo mínimo legal, se tiene como resultado de la pena concreta 13 años.

No obstante, esta interpretación no es uniforme, pues en otras sentencias de la Corte Suprema, se ha podido apreciar la aplicación del sistema de tercios cuando concurren circunstancias específicas, así, en el R.N. 1300-2019-Lima Norte (28 de octubre del 2019) señaló:

3.5 Conforme a la Ley número 30076 –Ley que modifica el Código Penal con la finalidad de combatir la seguridad ciudadana–, publicada en el diario oficial *El Peruano* el diecinueve de agosto del dos mil trece, el sistema de tercios fue incorporado al ordenamiento a efectos de delimitar de manera adecuada la determinación judicial de la pena.

3.7 Según el inciso 1 del artículo 45-A del Código Penal – individualización de la pena–, se debe identificar el espacio punitivo de la pena prevista en el delito de robo agravado y dividirse en tres partes. De esta manera, el tercio inferior se fija entre doce a catorce años con ocho meses; el tercio medio entre el *quantum* máximo del tercio inferior a diecisiete años con cuatro meses, y el tercio superior entre el *quantum* máximo del tercio medio a veinte años.

Sexto: En el caso de concurrencia entre agravantes cualificadas y causales de disminución de punibilidad, éstas no se compensan; sino que, en primer lugar, el juez fijará prudencialmente la pena correspondiente a la causa de la disminución de punibilidad (por ejemplo la tentativa), lo que implica operar por debajo del mínimo de la pena conminada para el delito; esta pena es la que se tendrá en cuenta como nuevo mínimo o límite inicial; en segundo lugar, se construye el límite final con el establecido para la circunstancia agravante cualificada (por ejemplo la reincidencia); y en tercer lugar, se determinará la pena concreta dentro del nuevo espacio punitivo, teniendo en cuenta las agravantes o atenuantes genéricas, o agravantes específicas concurrentes.

En el Recurso de Nulidad 1886-2018-Lima (del 17 de junio del 2019), la Corte Suprema reconoce que aún la jurisprudencia no había abordado el problema en la determinación de la pena cuando en un caso concurren simultáneamente una causal de disminución de punibilidad y una circunstancia agravante cualificada, siendo que ambas tienen efectos punitivos contrapuestos, al alterar sus extremos mínimos y máximos legales de la pena abstracta. Ante ello realiza el siguiente análisis: Primero, el juez deberá fijar prudencialmente la pena que corresponda a

la causal de disminución de punibilidad, que en el caso es la tentativa, ello por debajo del mínimo legal (según lo previsto por el artículo 16 del Código Penal). La pena fijada será el límite inicial para luego determinar la pena concreta. Segundo, para determinar el límite final o máximo, se tendrá en cuenta la circunstancia cualificada agravante que en el caso es la reincidencia por delito de robo agravado, por lo que, el nuevo máximo o límite será el equivalente a no menos de dos tercios del máximo legal de la pena abstracta y se extenderá en línea ascendente por encima de él, según lo prevé el artículo 46-B, tercer párrafo, del Código Penal. Tercero, la pena concreta se determinará dentro del nuevo espacio punitivo, teniendo en cuenta el juez, las agravantes, atenuantes genéricas o agravantes específicas según concurren en el caso.

Importante la precisión que realiza la Sala sobre el *quantum* a reducir por la tentativa como causal de disminución de punibilidad, al señalar que ésta “no responde a criterios legales, tasados o predeterminados, sino que atiende a la prudencia del juzgador. Se otorga un amplio margen de discrecionalidad, por lo que ha de seguirse criterios racionales y motivados”. De otro lado, considera que esta “reducción penológica se efectúa en virtud del principio de proporcionalidad y de la gravedad del hecho. No son amparables aminoraciones excesivas y arbitrarias, que varían de contenido el mandato normativo que emana del artículo 16 del Código Penal”.

Sétimo: La pena determinada obtenida (pena concreta parcial) podría excepcionalmente ser modificada cuando, a ésta le corresponda aplicarse los efectos de una regla de reducción por bonificación procesal en los términos y alcances autorizados por la ley; sólo después de ello, se obtendrá la pena concreta

definitiva (Prado, 2018); las bonificaciones procesales son: la confesión sincera que permite la reducción de la pena hasta en un tercio de la pena concreta, la terminación anticipada que permite una reducción de la pena de un sexto y la conclusión anticipada que permite la reducción de la pena hasta en un séptimo. Así se definió en el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116. Importante resaltar que, estas reducciones no están vinculadas a juicios de valor, pues son operaciones aritméticas simples, siendo que sus efectos reductores no pueden exceder los límites establecidos, y lo que se reduce es la pena concreta, no la conminada.

Octavo: Otro paso, se producirá en los casos de concurso real (sea homogéneo o heterogéneo) en los que se vayan determinando las penas concretas de cada delito integrante del concurso; la sumatoria de las mismas determinará la pena concreta total. Ello fue analizado en el Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116 que estableció que esta pena concreta resultante tendrá que ser sometida a un doble examen de validación:

En primer lugar, será del caso verificar que la pena no exceda de treinta y cinco años si es pena privativa de libertad temporal, así como que tampoco exceda el equivalente al doble de la pena concreta parcial establecida para el delito más grave de los comprendidos por el concurso real. En caso de que el resultado de la pena concreta supere cualquiera de esos dos límites legales, su extensión deberá de reducirse hasta el límite correspondiente (treinta y cinco años o el que representa el doble de la pena concreta parcial fijada para el delito más grave).

Finalmente, el artículo 50 CP incorpora una última verificación de carácter excepcional. Ésta implica cotejar que ninguno de los delitos

integrantes del concurso real haya obtenido como pena parcial la de cadena perpetua, ya que de darse tal supuesto dicha sanción punitiva sería la única que tendría la condición de pena concreta. Suprimiéndose, el tal caso, las demás penas concretas parciales.

Noveno: Un último aspecto a considerar en la determinación de la pena concreta, es la aplicación del principio de proporcionalidad. Como hemos ido señalando anteriormente, lamentablemente el legislador ha usado la pena como un mecanismo para combatir la criminalidad, tratando a través del Derecho penal controlar los problemas de inseguridad ciudadana. Producto de ello se advierte el incremento de penas que no corresponden a criterios objetivos de valoración de los bienes jurídicos que se pretenden proteger. Ello ha producido que cuando se aplica el sistema de tercios, la pena resulte desproporcionada, lo que conllevaría a que por el principio de legalidad deba imponerse la misma.

Sin embargo, considerando que nos encontramos en un Estado Constitucional de Derecho, en donde los principios contenidos en nuestra Constitución se encuentran por encima de las demás normas de nuestro ordenamiento jurídico, corresponde entonces que, en algunos casos en los que se advierta la desproporcionalidad de una pena en un caso específico, se pueda aplicar el control difuso, como un criterio para inaplicar el marco punitivo, y con ello aplicar una pena mucho más cercana al injusto o hecho cometido. Claro está, este procedimiento merece su revisión y aprobación por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

Importante considerar que, la nueva pena concreta puede fijarse inclusive por debajo del mínimo legal establecido, tomando en cuenta circunstancias atenuantes,

como el interés superior del niño, entre otras. Asimismo, también vale la pena recordar que la aplicación del control difuso corresponde realizarla a todos los jueces de todas las instancias, quienes están obligados de conocer y aplicar estos criterios, no debiendo esperarse a los pronunciamientos supremos para su aplicación.

1.3.9 Jurisprudencia de la Corte Suprema

La Corte Suprema, a través de su jurisprudencia, ha emitido parámetros sobre cómo debe determinarse la pena, qué criterios se deben seguir, en qué orden, entre otros, pero, de manera especial, cómo aplica el principio de proporcionalidad en la determinación de la pena, veamos a continuación algunos casos:

1.3.9.1 Casación N° 814-2017/Junín (08 de setiembre del 2020). No concurren causales de disminución de punibilidad, ni reglas de bonificación procesal.

La Casación analiza un caso de violación sexual de menor, imputado a César Máximo Suazo Llamuco, quien aprovechando que la menor agraviada vivía sin el cuidado de su madre, que era su sobrina y vivía en casa del imputado, se ganó su confianza, y entre julio a agosto del 2013, en tres oportunidades, la llamaba a su cuarto, donde la hacía echarse en la cama, para luego meter su mano por debajo de la ropa, tocando su trasero y luego introducir sus dedos en la vagina de la agraviada. Hechos por los cuales se le impuso pena de cadena perpetua, siendo que al ser apelada, la Sala Superior el extremo de la pena, y reformándola, le impuso quince años de pena privativa de libertad.

Sobre la determinación judicial de la pena la Sala Penal Transitoria analizó la pena de quince años, que señaló fue impuesta sin que se presente alguna “circunstancia atenuante privilegiada” que la justifique (precisa no debe confundirse las circunstancias atenuantes privilegiadas con las causales de disminución de punibilidad). De otro lado, refirió que, según establece la Sentencia Plenaria N° 1-2018/CIJ-433 ante situaciones excepcionales se puede imponer una pena privativa de libertad temporal, siendo algunas de éstas las causales de disminución de punibilidad y reglas de reducción por bonificación procesal. Preciso:

La Sala superior se limitó a señalar que se tuvo en cuenta sus carencias sociales y su medio social (sin brindar información alguna que dé contenido o explique qué carencias se encontraron en el presente caso) e invocó la condición de reo primario, lo cual no permite la reducción por debajo del mínimo legal. En consecuencia, corresponde imponer al acusado César Máximo Suazo Llamuco la pena privativa de cadena perpetua.

Por lo que, casó la sentencia de segunda instancia, la declaró nula, y actuando en sede de instancia confirmó la sentencia de primera instancia que le impuso pena privativa de libertad de cadena perpetua.

1.3.9.2 Casación N° 818-2017/Junín (8 de setiembre del 2020).

Se analizó un caso de violación sexual de menor imputado a Antonio Esteban Bautista Eulogio, a quien se le imputó que, en su condición de empleador de los padres de la agraviada, quienes además vivían en casa de éste, en Junín, y que la menor se quedaba sola al cuidado de sus hermanos menores, la ultrajó en

reiteradas oportunidades vaginalmente, durante los meses de setiembre, octubre, noviembre, el 22 de diciembre del 2014 y el 16 de enero del 2015, cuando la menor tenía 13 años y un mes de edad. Hechos por los que fue condenado por delito de violación sexual a quince años de pena privativa de libertad.

La Sentencia de Vista consideró que:

Es imposible que con una pena de treinta años la sociedad y el Estado por intermedio del INPE puedan cumplir con la obligación de reformar, readaptar, reeducar, rehabilitar y resocializar al penado. Si bien, es imposible establecer una pena tasada (...) una represión penal de treinta años resulta cruel, inhumana y degradante (...).

Luego, sobre el test de proporcionalidad señaló que:

La pena no es idónea para los fines constitucionales.

No es necesaria, pues se sabe por estudios especializados que quince años son suficientes para inocular o desadaptar a un ser humano.

No es proporcional, los fines constitucionales de la pena tienen mayor peso sobre el principio de legalidad, puesto que la cárcel lejos de favorecer a la reinserción se convierte en una universidad de la delincuencia.

Al respecto, la Sala Penal Transitoria consideró importante citar su jurisprudencia emitida al respecto, en especial la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018/CIJ-433 del 18 de diciembre del 2018, en sus fundamentos 11, 15, 19 y 29, y la Consulta N° 14711-2015/Cajamarca del 23 de marzo del 2016 que, entre otros señala:

La Sentencia consultada que se limita en invocar el principio de proporcionalidad –que debe ser entendido como prohibición de exceso como defecto– (...), argumentando que la pena fijada en el artículo 173, numeral 173, numeral 2, del Código Penal, es un exceso y no guarda coherencia con los fines preventivos de la pena, así como se mellaría a considerar las circunstancias personales del condenado. Así el *Ad quem*, no ha reparado que todos los fundamentos esgrimidos se encuentran establecidos en el CP, que brinda al juez pautas, a seguir para la dosificación de la pena que ha de fijarse (...).

Luego, se apoyó en la doctrina de Abeo (como se citó en la Sentencia 818-2017-Junín) quien expresó:

Al realizar el test de proporcionalidad es necesario analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha de la norma cuestionada. Para entender a la idoneidad, resulta indispensable establecer de antemano el fin que la ley pretende favorecer y corroborar que se trate de un fin constitucionalmente legítimo. Y, para aplicar adecuadamente la medida es necesario analizar el subprincipio de necesidad (complementado por los criterios de subsidiariedad y fragmentariedad). Con el principio de subsidiariedad, se busca proteger aquellos bienes merecedores de protección penal que no pueden ser tutelados con medios menos lesivos; y, con el de fragmentariedad, la intervención penal por ataques graves contra bienes jurídicos que, por su importancia, sean merecedores de tutela penal. Finalmente, cuando se analiza al subprincipio proporcionalidad, se deben evaluar los

distintos parámetros del caso, por ejemplo, los antecedentes penales, el grado de participación, el daño causado a la víctima, entre otros a efectos que la sanción sea proporcional y no restrictiva de derechos fundamentales. Esto es, buscar ponderar la intervención penal sobre el derecho afectado, y los bienes jurídicos que se pretenden proteger en función a la vulneración de la norma.

En dicho sentido consideró que, los fundamentos del Tribunal Superior –que con una pena de treinta años no se puede cumplir con la obligación de reformar, readaptar, reeducar, rehabilitar y resocializar al penado, y que la magnitud de la pena resultaría cruel, inhumana y degradante– son criterios abolicionistas de la pena privativa de libertad ajenas al derecho positivo establecido en el Código Penal peruano, y aunque el parlamento debe hacer precisiones y el sistema penitenciario tiene falencias, ello no deriva en la declaración de exención de penas o en la ausencia de necesidad de tratamiento penitenciario (así se entendió en la SPC 1-2018/CIJ-433). Por lo que, señala las consideraciones del Tribunal son insuficientes.

En ese sentido, valoró que, que el procesado carecía de antecedentes penales, por lo que la pena se ubica en el primer tercio; y asimismo, al no concurrir alguna causal de disminución de punibilidad, no es posible reducir la pena por debajo del límite mínimo legal. Por lo que, casó la sentencia de segunda instancia, la declaró nula, y actuando en sede de instancia confirmó la sentencia de primera instancia que le impuso treinta años de pena privativa de libertad.

1.3.9.3 Casación N° 1508-2018/Lambayeque (2 de setiembre del 2020). Habitualidad, Tentativa, Responsabilidad Restringida y Conclusión Anticipada.

La Casación analiza un caso de hurto agravado tentado, imputado a Deybi Raydin Cerna Yereny (de 20 años) y otro, ocurrido el 13 de noviembre del 2015, a las 09:30 horas, cuando por inmediaciones de la Av. Grau y la calle Dall'Orso, el primer imputado interceptó al transeúnte agraviado Jorge Panta Cosmópolis y le arrebató su celular, para enseguida fugar a bordo de un mototaxi conducido por el segundo imputado, los que luego fueron intervenidos policialmente. Hechos por los cuales se impuso a Deybi Raydin Cerna Yereny cuatro años, siete meses y dieciocho días de pena privativa de libertad.

Sobre la determinación judicial de la pena la Sala Penal Permanente valoró para el caso la habitualidad como circunstancia cualificada agravante, por la que señala corresponde aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, siendo el nuevo marco entre seis años y un día y nueve años de privación de libertad. Luego, considerando la entidad del injusto y la culpabilidad por el hecho cometido, determinó que la pena legal aplicable al imputado Cerna Yereny es de siete años de privación de libertad. Sobre esta base consideró aplicar la causal de disminución de punibilidad: tentativa (que permite la reducción de la pena prudencialmente por debajo del mínimo legal), la causal de disminución de punibilidad de: minoría relativa de edad y la bonificación procesal por conclusión (que importa rebajar la pena concreta final). En consecuencia, redujo un año y seis meses por cada una de las causales: tentativa y minoridad relativa de edad, y un año adicional por la conformidad procesal, determinando como pena

final concreta tres años de privación de libertad, con naturaleza de efectiva, ello porque el imputado registraba antecedentes y fracasó la perspectiva de los jueces de estimar suficiente la suspensión de la ejecución de la condena para impedir la comisión de nuevos delitos; además que por prevención general y especial, no corresponde aplicar una pena convertida. En consecuencia, casó la sentencia recurrida.

1.3.9.4 Casación N° 237-2019-Puno (2 de setiembre del 2020).

Responsabilidad restringida.

La Casación analiza un hecho de violación sexual imputado a Yheral Lenin Bravo Calcina, por la cual se le impuso seis años de pena privativa de libertad, sanción que fue confirmada por Sentencia de Vista.

Considera la Sala Penal Permanente que, en reiterada y uniforme jurisprudencia ha fijado criterios interpretativos sobre los agentes con responsabilidad restringida, esto es cuando el sujeto activo tiene más de 18 años y menos de 21 años, según lo previsto en el artículo 22 primer párrafo del Código Penal, cuyo segundo párrafo señala es discriminatorio; siendo que al respecto, el Acuerdo Plenario 4-2016/CIJ-116 de carácter vinculante estableció que las exclusiones contenidas en el referido artículo son inconstitucionales.

En el caso, la Sala señaló que el agente del ilícito, en el momento de ocurridos los hechos, tenía diecinueve años, por lo que se afectó los derechos de igualdad y motivación de las resoluciones judiciales. Luego, considerando que la pena mínima prevista por el legislador para el delito de violación sexual del artículo 170 del Código Penal es de seis años y la concurrencia de la eximente imperfecta de la

responsabilidad restringida, corresponde reducir prudencialmente la pena en un año; en consecuencia, debe imponerse al imputado cinco años de pena privativa de libertad. La Sala casó la Sentencia de Vista.

1.3.9.5 Recurso de Nulidad N° 438-2020/Lima Sur (24 de agosto del 2020). Responsabilidad restringida, ebriedad y Conclusión Anticipada.

Se analiza un caso de robo agravado, imputado a Eric Melgar Baldeón y Andrés Alonso Torres Pariacuri, ocurrido el 23 de setiembre del 2013 a las 18:00 horas, cuando por el Asentamiento La Rinconada los agraviados Sergio Salas Pillaca y Joel Edison Ccorahua Durán al encontrarse a bordo del vehículo D7Q703 transportando materiales de trabajo, fueron sorprendidos por los imputados quienes con piedras y palos les bloquearon el paso, y tras lanzar piedras al citado vehículo, obligaron a los agraviados entregarles dinero, entregando Ccorahua Durán S/. 10.00 soles. Hechos por los cuales, fueron condenados a cuatro años de pena privativa de libertad, efectiva para Torres Pariacuri, y suspendida por tres años para Melgar Baldeón.

La Sala Penal Permanente inicia su análisis comparando el presente caso con otros similares, como el Recurso de Nulidad 1300-2019 y el Recurso de Nulidad 1298-2019/Callao, en los cuales se estableció como pena mínima cinco y seis años, por lo que, no existiría justificación para imponer una pena inferior a dichos mínimos.

En ese sentido, señala que para la individualización de la pena, según el sistema de tercios, al carecer ambos sentenciados de antecedentes penales, la pena debe ubicarse en el tercio inferior, de manera concreta en los doce años.

Luego, al presentarse el supuesto de responsabilidad restringida de ambos imputados, es potestad discrecional la reducción de la pena, precisando que estando a la Casación N° 66-2017/Junín del 18 de junio del 2019 que remite al Recurso de Nulidad N° 154-2016/Ancash del 9 de abril del 2019 en casos de tentativa la pena puede reducirse por debajo del mínimo hasta en una tercera parte; por lo que, al ser la responsabilidad restringida (al igual que la tentativa) una causal de disminución de punibilidad puede reducirse la pena individualizada hasta en un tercio (la que puede ser menos según las circunstancias del caso), así, en el caso se establece la sanción en ocho años.

Enseguida, concurriendo la eximente imperfecta por ebriedad relativa la pena de ocho años se reduce en un octavo, quedando la pena establecida en siete años.

Y finalmente, estando a la reducción de un sétimo de la pena por bonificación procesal de conclusión anticipada, la sanción final para los imputados debe ser de seis años.

Razones por las que, declaró nula la sentencia, y reformándola, les impuso seis años de pena privativa de libertad a cada uno de los acusados.

1.3.9.6 Casación N° 1422-2018-Junín (12 de agosto del 2020). Hecho grave, personalidad del agente, y sin ninguna atenuante.

La Casación analiza un hecho de violación sexual de menor, imputado a Wilfredo Ramos Escobar, quien estuvo abusando sexualmente de su hijastra, la menor de iniciales R.Q.A.X. desde que ésta tenía 09 años, en reiteradas oportunidades. Hechos por los que le impuso una pena privativa de libertad de treinta años.

Sobre la determinación de la pena se examina la pena de cadena perpetua fijada para el delito violación sexual de menor de edad previsto en el artículo 173, primer párrafo, numeral 1, concordado con el segundo párrafo, del Código Penal (modificado por Ley 28704), la cual fue inaplicada por la Sala Penal Superior.

La Sala Penal Permanente, a lo alegado por la defensa señaló que, es errado haber determinado la pena para este delito comparándolo con el marco abstracto del delito de homicidio del artículo 106 del Código Penal, pues “la indemnidad sexual y la vida no están sujetos a una estricta relación de prevalencia axiológica (una no es más importante que la otra y viceversa), ambos bienes jurídicos poseen la misma relevancia y merecen similar resguardo normativo” (p.08).

Precisó que los sistemas de penas no son infalibles, pero ello es un problema legislativo, no jurisdiccional, “A los jueces les incumbe respetar los márgenes punitivos formalizados en la ley y, sólo cuando converjan razones extraordinarias de menor necesidad de pena, podrán apartarse de esos contornos e imponer una sanción inferior” (p.09).

Así, la Sala realizó una valoración respecto de la personalidad del imputado (instrucción superior en ingeniería, actividades laborales en minería, de cuarenta y cuatro años, con capacidad de conocer de la ilegalidad y reprochabilidad de su conducta) y que no se dedujo atenuantes. Tampoco se verificó la presencia de alguna causal de disminución de punibilidad ni bonificación procesal; por lo que, no se justifica la reducción de la pena por debajo de la pena conminada.

Sobre el principio de proporcionalidad, se valoró la gravedad de los hechos (fueron varias violaciones sexuales consumadas, hubo continuidad, la víctima era hijastra del imputado y existía una diferencia etaria muy significativa). En consecuencia, concluyó que la Sala Superior aplicó erróneamente los criterios de medición de la pena y contravino los principios de legalidad y proporcionalidad; siendo que, la pena de cadena perpetua es la que resulta acorde con los principios de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad. Por lo que, casó la sentencia de vista.

1.3.9.7 Recurso de Nulidad N° 163-2020-Arequipa (06 de agosto del 2020). Hecho grave y sin ninguna atenuante.

La resolución analiza un hecho de violación sexual de menor, imputado a Mauro Sarkca Álvarez, quien habría mantenido relaciones sexuales con la menor de iniciales J.M.H. en reiteradas oportunidades, desde junio del 2005 al 11 de febrero del 2006, cuando la menor tenía 13 años. Hechos por los que, la Sala Superior le impuso cuatro años de pena privativa de libertad, convertida a prestación de servicios a la comunidad.

Sobre la determinación de la pena se tomó en cuenta que este delito prevé una pena no menor de veinte años de pena privativa de libertad según lo establecía el artículo 173, primer párrafo, inciso 3, del Código Penal (modificado por Ley 28251).

La Sala Superior justificó la pena impuesta en la concurrencia de un error de prohibición vencible (artículo 14 del Código Penal) sustentado en la relación sentimental que mantuvo el imputado con la menor agraviada, sin tener cabal conocimiento sobre la ilegalidad de su accionar debido a su nivel de instrucción (secundaria completa) y sus labores de obrero.

No obstante, la Sala Suprema cuestionó dicha valoración, precisando que en el caso no concurre el error de prohibición aludido, pues el imputado nunca aceptó haber sostenido relaciones sexuales con la menor sin saber de su ilegalidad; por lo que, la indebida subsunción generó una incorrecta determinación de la pena. Asimismo, precisó que la sanción penal reducida a límites significativamente menores al mínimo legal (veinte años) deslegitima y desnaturaliza el principio de legalidad y la finalidad de las penas; además que, calificó de error que se haya convertido la pena a una de prestación de servicios a la comunidad, pues no corresponde para este tipo de delitos como de violación sexual. Por lo que, la Sala Suprema declaró nula la sentencia en el extremo de la condena y reformando la misma, impuso una pena de veinte años.

1.3.9.8 Casación N° 936-2018/Ayacucho (03 de julio del 2020).

Terminación Anticipada, no concurre ninguna causal de disminución de punibilidad.

La Casación analiza un caso de tráfico ilícito de drogas, imputado a Valentín Quispe Curo, ocurrido el 28 de marzo del 2016 a las 13:00 horas, cuando personal policial realizó un operativo de interdicción terrestre, interviniendo el vehículo del imputado, en el que se transportaba de forma acondicionada alcaloide de cocaína, en paquetes tipo ladrillos, con un peso total de 89.975 kilogramos. Hechos por los cuales, mediante proceso de Terminación Anticipada, el imputado fue condenado por el delito de Tráfico Ilícito de Drogas agravado, previsto en el primer párrafo del artículo 296, con la agravante del numeral 7 del artículo 297 del Código Penal.

Sobre la pena, las partes acordaron una pena de quince años de privación de libertad, que con la reducción del sexto por el beneficio de terminación anticipada, se determinó una pena de doce años y seis meses de privación de libertad. No obstante, el Juez de investigación preparatoria, sustentado en el principio de proporcionalidad, razonabilidad de la pena y principio de humanidad, consideró que el imputado había reconocido su responsabilidad, lo que le daba la posibilidad de resocialización o prognosis favorable, determinando fijar la pena de doce años de pena privativa de libertad, a la que aplicó la reducción del sexto, obteniendo una pena final de diez años. Sentencia que apelada, fue confirmada en todos sus extremos.

Sobre la determinación judicial de la pena la Sala Penal Permanente consideró que, las decisiones judiciales se adoptaron sin verificar alguna circunstancia de atenuación privilegiada adicional que justifique la fijación de un

nuevo marco punitivo en favor del encausado; razones por las que casó la sentencia de segunda instancia, ordenando se dicte nueva sentencia en nueva audiencia de apelación.

1.3.9.9 Recurso de Nulidad N° 1960-2019/Lima Sur (02 de marzo del 2020). Tentativa y Conclusión Anticipada.

Se analiza un caso de robo agravado, imputado a Pepe Manuel Naveda Marchena y Pedro Luis Villacorta Atahua, ocurrido el 11 de enero del 2014 a las 16:00 horas, cuando por la Av. Revolución, el imputado Pepe Naveda interceptó a la agraviada Gissela Margot Camarena Aguirre y su menor hijo quienes esperaban un vehículo de transporte, sorprendiendo a la agraviada por la espalda y colocándole un cuchillo en el cuello, para enseguida despojarle de su bolso de tela que contenía sus pertenencias, y enseguida intentar darse a la fuga en la motocicleta del imputado Pedro Villacorta, siendo detenidos por taxistas del lugar. Hechos por los cuales, fueron condenados a seis años de pena privativa de libertad.

Analizada la pena, se advirtió que la Sala Penal Superior utilizó el sistema de tercios previsto en el artículo 45-A del Código Penal, lo cual calificó de incorrecto pues colisiona la jurisprudencia de la Sala Suprema, pues cuando se está ante tipos penales que tienen circunstancias agravantes específicas, no se aplica el sistema de tercios, sino que deberá considerarse el número de circunstancias para determinar proporcionalmente el marco punitivo. Preciso “Existe una relación normativa de exclusión entre circunstancias genéricas y específicas, en que priman estas últimas. Con ello se evita la duplicidad valorativa y la lesión al principio *non bis in idem*” (p.03).

La Sala Penal Permanente, verificó el esquema de dosificación penal, contrastándolo con la legalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la sanción impuesta. Así, parte en precisar que la pena prevé un marco punitivo de 12 a 20 años; luego, sobre la ocupación de los imputados (uno en lavado de autos y el otro mototaxista), su instrucción secundaria, y que no registran antecedentes penales; indicó que estas circunstancias no fundamentan una rebaja de la señalada por la norma penal, puesto que se tratan de circunstancias generales. Sobre la paternidad de los agentes delictivos, dependencia económica de sus familiares y actividades laborales, indicó no se tiene base normativa para considerar que éstas influyan en una aminoración punitiva. Luego, al verificarse la concurrencia de la tentativa como causal de disminución de punibilidad (en la pena abstracta), corresponde reducir la pena, siendo que sobre la cantidad a reducir señaló:

El *quantum* de lo que corresponde disminuir por la tentativa no responde a criterios legales, tasados o predeterminados, sino que atiende a la prudencia del juzgador. Al otorgársele un amplio margen de discrecionalidad, han de seguirse criterios racionales y motivados. La reducción penológica se efectúa en virtud del principio de proporcionalidad y de la gravedad del hecho. No son amparables aminoraciones excesivas y arbitrarias, que vacían de contenido la disposición normativa que emana del artículo 16 del Código Penal.

En ese sentido, se consideró discrecionalmente una rebaja de cuatro años por debajo del mínimo, determinando que la pena abstracta nueva oscilará entre los ocho y veinte años. Por lo que, al ser el espacio punitivo de doce años y las circunstancias agravantes específicas ocho, “en clave de equivalencia y

proporcionalidad, ha de asignársele un porcentaje cuantitativo similar, para lo cual atañe efectuar una división” (p.06), concluyendo que cada agravante específica tendrá un valor de un año y seis meses. En ese sentido, al ser dos agravantes específicas, y partiendo del nuevo mínimo legal, en línea ascendente, se determina como pena concreta once años. Finalmente, al concurrir como regla de reducción la conclusión anticipada corresponde reducirse hasta en un sétimo (o menos), siendo el resultado penal final diez años de privación de libertad.

Razones por las que, declaró nula la sentencia, y reformándola, le impusieron diez años de pena privativa de libertad a cada uno de los acusados.

1.3.9.10 Recurso de Nulidad N° 88-2019/Lima Sur (20 de enero del 2020). Responsabilidad restringida y Conclusión Anticipada.

Se analiza un caso de robo agravado, imputado a Jhojan Saycco Jiménez y Bryan Joseph Ramírez Ampuero, ocurrido el 14 de junio del 2015 a las 17:40 horas, cuando por la Av. El Sol, los imputados interceptaron a los agraviados Luz Lizana Ventura y Fabrizio Reyes Luna quienes se encontraban caminando, amenazándolos Ramírez Ampuero con un cuchillo, mientras que Saycco Jiménez derribó a la agraviada Lizana Ventura arrebatándole su mochina, para luego darse a la fuga, siendo que el primer imputado ocasionó lesiones con el arma al agraviado Reyes Luna. Hechos por los cuales, fueron condenados a cuatro años de pena privativa de libertad, con ejecución suspendida por el término de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta.

Analizada la pena, se advirtió que la Sala Penal Superior utilizó los principios de proporcionalidad, lesividad, humanidad y los fines de la pena, además de las

condiciones socioeconómicas de los acusados, y los criterios jurisprudenciales de la Sentencia Casatoria 335-2015/Del Santa, en cuanto a responsabilidad restringida.

La Sala Penal Permanente, verificó el esquema de dosificación penal, contrastándolo con la legalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la sanción impuesta. Así, parte en precisar que la pena prevé un marco punitivo de 12 a 20 años, enseguida consideró la ocupación de los imputados (uno ayudante de carpintería y el otro laqueador de muebles), sus ingresos e instrucción secundaria, además de no registrar antecedentes penales; haciendo la precisión que estas circunstancias no fundamentan una rebaja por debajo del mínimo legal, pues se tratan de circunstancias genéricas que permiten ubicar la sanción dentro de los márgenes de la pena abstracta. Luego, al verificar que los imputados tenían menos de 21 años al momento de los hechos, el Supremo Tribunal consideró la pena privativa de libertad concreta debe ser nueve años. Finalmente, al concurrir el beneficio por conclusión anticipada, debe reducirse la pena hasta un sétimo, lo cual viene a ser siete años y seite meses aproximadamente. Concluyendo, se debe imponer a los imputados siete años de pena privativa de libertad, pena que considera responde a la medida justa de culpabilidad y responsabilidad por los hechos (principios subyacentes a la proporcionalidad). Asimismo, precisó que la pena de cuatro años suspendida, antes impuesta, vulneraba los principios de legalidad y proporcionalidad, y que se interpretó erróneamente los principios de lesividad, humanidad y proporcionalidad.

Razones por las que, declaró nula la sentencia, y reformándola, le impusieron siete años de pena privativa de libertad a cada uno de los acusados.

1.3.9.11 Casación N° 359-2018-Lambayeque (05 de noviembre del 2019): Responsabilidad restringida, tentativa, conclusión anticipada.

Se analiza un caso de Robo Agravado imputado a Manuel Antonio Hoyos Santa María, quien junto a otros dos sujetos, el 2 de junio del 2015, a las 11:30 horas, por la Av. Belaunde Silva interceptaron a la menor de iniciales L.S.R.M., siendo que uno de los imputados la abrazó por la espalda, y a su vez le rebuscó los bolsillos junto a otro de los imputados, haciendo que la menor se tumbe al suelo, logrando arrebatarse su mochila, para enseguida huir ambos sujetos a bordo de una mototaxi, que conducía el tercer imputado; más tarde fueron intervenidos policialmente. Hechos por los que, Manuel Antonio Hoyos Santa María fue condenado con una pena privativa de libertad de siete años, ocho meses y diecisiete días.

La Sala Penal Transitoria, sobre la pena, resaltó como doctrina jurisprudencial que, el artículo 22 segundo párrafo del Código Penal, contempla un acto discriminatorio no sustentado en una causa constitucionalmente válida; por lo que no es razonable configurar excepciones a la reducción de la pena por responsabilidad restringida en función de la gravedad de ciertos delitos. Es más, señala que, no reducir prudencialmente la pena por la eximente imperfecta de responsabilidad restringida significaría nuevamente afectar el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley del impugnante.

Entonces, en el caso, se consideró la concurrencia de la tentativa y la eximente imperfecta de responsabilidad restringida, por lo que, redujo por la primera tres años y por la segunda dos años; en consecuencia, debía imponerse al

imputado Manuel Antonio Hoyos Santa la pena de siete años. Finalmente, al haberse acogido el imputado la conclusión anticipada del proceso, corresponde una reducción a su favor de un sétimo, esto es un año, siendo que se determinó la pena concreta final en seis años. Por lo que, se casó la sentencia.

1.3.9.12 Recurso de Nulidad N° 1300-2019-Lima Norte (28 de octubre del 2019). Sistema de tercios, circunstancia atenuante genérica (carencia de antecedentes penales), conclusión anticipada y responsabilidad restringida.

Se analiza un caso de Robo Agravado imputado a Danfer Joseph Gálvez Grados y otros dos sujetos, quienes el 07 de junio del 2018, a las 12:45 horas, por inmediaciones del grifo Octano, en la Av. Tomás Valle, interceptaron al agraviado Steve Eduardo Bramosio Zarpán, uno de los imputados le apuntó con una réplica de pistola a la altura del estómago, y le requirieron entregue su celular, a lo que el agraviado así lo hizo; posteriormente los agresores huyeron del lugar. Más tarde, a las 17:00 horas, al retornar el agraviado a su domicilio, observó nuevamente a los imputados, solicitando ayuda policial, los que, al intervenir al imputado Danfer Joseph Gálvez Grados, le encontraron el celular del agraviado.

Sobre la individualización judicial de la pena, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema consideró se debe identificar el espacio punitivo de la pena prevista en el delito de robo agravado y dividirse en tres partes. De esta manera, el tercio inferior se fija entre doce a catorce años con ocho meses; el tercio medio entre el quantum máximo del tercio inferior a diecisiete años con cuatro meses, y el tercio superior entre el quantum máximo del tercio medio a veinte años. Luego la pena

concreta aplicable al impugnante Gálvez Grados se ubica en el tercio inferior –doce años–; pues, carece de antecedentes penales –circunstancia de atenuación–. Enseguida se considera el beneficio procesal de conclusión anticipada. En consecuencia, la sanción concreta a aplicar es de once años con cinco meses. Empero, siendo que el impugnante, a la fecha de los hechos contaba con diecinueve años, se encuentra inmerso en el supuesto de responsabilidad restringida que habilita la reducción prudencial de la pena. Así “Si bien el mencionado artículo penal no precisa cuánta es la pena que debe reducirse por responsabilidad restringida, ello no significa que su reducción sea arbitraria” (p.04). La Sala redujo la pena individualizada –once años con siete meses– en más de seis años. *Quantum* que señala es razonable si se considera que el impugnante cometió el robo con la participación de dos o más personas y con un arma de fuego.

Si bien el imputado pretendía que, a los cinco años de pena impuesta se le reduzca un año más y con ello aplicar la conversión de la pena –artículo 52 del Código Penal– por jornadas de prestación de servicios a la comunidad. Empero, manifiesta que no se advierte por qué la Sala Suprema debería reducir en un año la pena individualizada, cuando ésta ya fue reducida en más de seis años. Ello, señala, no sería proporcional- con la gravedad de la conducta –el recurrente participó junto con otras dos personas y una de ellas hizo uso de un arma–. Precisó:

3.15. Por ello, para considerar la proporcionalidad no sólo se evalúa las condiciones del agente, así como las atenuantes y la forma cómo se produjo el delito; sino también los daños ocasionados que no se circunscriben únicamente a la pérdida del patrimonio, sino que se extiende a su vez tanto a la afectación psicológica del agraviado como a

los límites legales de la pena. En consecuencia, la proporcionalidad no implica solo la disminución de la pena sino, eventualmente, su incremento. (p.04)

En base a lo expuesto, la Sala declaró no haber nulidad en la Sentencia impugnada que condenó al imputado a cinco años de pena privativa de libertad como coautor por el delito de robo agravado.

1.3.9.13 Recurso de Nulidad N° 114-2019-Lima Este (07 de octubre del 2019): Sistema de tercios (circunstancia atenuante genérica: carencia de antecedentes penales) y responsabilidad restringida,

El recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en el caso que se imputó a Ronald Andrés Antonio Rojas, quien junto a otros sujetos, el 23 de febrero del 2017, a las 05:30 horas, a la altura del paradero 15 de Las Flores, abordaron el vehículo del agraviado Enrique Arroyo Infantes, circunstancias en las que los otros sujetos redujeron al agraviado, pero que, al resistirse, el imputado Ronald Andrés le disparó en la región lumbar derecha; ante ello intervino un policía de civil quien efectuó varios disparos, uno de los cuales impactó al imputado Ronald Andrés, y los otros sujetos huyeron.

La Sala Penal Permanente empieza su análisis señalando que el artículo 45-A del Código Penal no expresa una aplicación diferenciada entre los delitos base y los agravados; por ello, no se advierte justificación para inaplicar el sistema de tercios en el ilícito de robo agravado. Posición que no es uniforme, dado que otra posición sostiene que el esquema operativo diseñado en el artículo 45-A (de los

tercios) opera exclusivamente en los delitos que carecen de circunstancias específicas reguladas en la Parte Especial, y no en los que, como el robo agravado, cuentan con su catálogo de circunstancias agravantes específicas.

Ante estas dos posturas, la Sala se alinea a la primera, y siendo que en el caso se imputó el delito de robo agravado que tiene un marco punitivo de veinte a treinta años, divide el espacio punitivo en tres espacios punitivos que posibilita reducir la discrecionalidad del operador jurisdiccional al momento de individualizar la sanción. Para determinar la pena concreta, se consideró la circunstancia atenuante de la carencia de antecedentes penales (artículo 46 inciso 1 del Código Penal), por lo que, establece que el tercio aplicable es el tercio inferior y la pena individualizada debe fijarse en veinte años.

Luego de dicha operación, recién se aplica una reducción de la pena individualizada, ya sea por causales de disminución de punibilidad, por circunstancias atenuantes privilegiadas (aunque precisa éstas últimas no han sido previstas por la ley) y bonificaciones procesales. Para el caso, concurre la responsabilidad restringida por la edad, como causal de disminución de punibilidad (eximente imperfecta de la categoría de la culpabilidad), precisando que dicha circunstancia no prescribe que la disminución de la pena sea inferior al mínimo legal, sino establece una disminución prudencial de la pena individualizada, que en este caso es veinte años. Asimismo, la Sala expresa que no es posible indicar la disminución de un *quantum* uniforme porque cada caso es distinto, lo contrario distorsionaría la proporcionalidad de la pena para cada uno. De otro lado, considera que para el caso de los agentes primarios la prisión puede resultar incompatible con el mandato constitucional de resocialización, así señala “En tal sentido, si la

pena individualizada para un agente primario que presenta un supuesto de responsabilidad restringida es de por sí grave, prolongar su estado en una cárcel en nada atenúa dicha situación” (p.08). Por ello, la Sala consideró debe disminuirse la pena de catorce años, reformándola le impuso una pena de once años y seis meses.

1.3.9.14 Casación N° 37-2018-Cusco (20 de agosto del 2019):

Responsabilidad restringida y conclusión anticipada.

Se analiza un caso de robo agravado imputado a Rodrigo Pérez Chacón (de 18 años), ocurrido el 24 de setiembre del 2016, a la 01:00 hora de la mañana, en la intersección de las calles Nueva y Concebidayoc, cuando la agraviada Gladys Amachi Huamaní fue interceptada por el imputado, a la que agredió físicamente para arrebatarle su bolso, siendo intervenido posteriormente por personal policial. Hechos por los cuales le impusieron una pena privativa de libertad de seis años.

La Sala Penal Transitoria explica el procedimiento de determinación de pena señalando que, comprende dos momentos: El primero, en el que se identifica el espacio punitivo temporal (esto es la pena establecida por el legislador), y el segundo, en el que se verificará si concurren causales de disminución de punibilidad (que permitan imponer una sanción inferior al mínimo legal), o causales de incremento de punibilidad o circunstancias agravantes calificadas (que conlleven a proyectar la pena por el límite superior del marco penal). De no existir dichas circunstancias, se observará en estricto el marco punitivo o pena abstracta que señala la norma penal. Luego corresponderá individualizar la pena identificando la concurrencia de circunstancias genéricas según el sistema de

tercios; pero, en caso existan circunstancias específicas, se asignará un valor compensando las condiciones personales del agente y circunstancias del hecho. El resultado será una pena concreta parcial al cual se aplicarán criterios de bonificación o reducción procesal.

En ese sentido, al concurrir únicamente la responsabilidad restringida como causal de disminución de punibilidad, se habilita la reducción de la pena a límites inferiores al mínimo legal, que, ponderada con las circunstancias personales del acusado de dieciocho años, valida la reducción de cinco años; a ello se acumula un sétimo por la conclusión anticipada. Así, la pena impuesta, de siete años, es una legal, proporcional y observa el principio de culpabilidad del agente. Por lo que, el recurso de casación se declaró infundado.

1.3.9.15 Casación N° 724-2018-Junín (10 de julio del 2019): Principio de Legalidad, Concurso Real y Principio de Proporcionalidad.

Se analiza un caso de actos contra el pudor y violación imputado a Jhon Carlos Yance Salazar, quien, en abril del 2016, realizó tocamientos en la vagina de la menor de iniciales P.G.P.A. de 12 años (quien era su cuñada), y en mayo del 2016, en horas de la noche, en tres ocasiones, abusó sexualmente vía vaginal de dicha menor. Hechos por los cuales se le impuso doce años de pena privativa de la libertad.

La Sala Penal Permanente resalta la importancia del principio de legalidad; Luego analizado el caso, señaló se produce un concurso real de delitos homogéneos (no ideal como señaló la Sentencia de Vista) pues los hechos se suscitaron en diferentes oportunidades, por lo que corresponde aplicar el delito más

grave que es el de violación sexual de menor de catorce años en la modalidad agravada del artículo 173 del segundo párrafo, numeral 2, del Código Penal, por el vínculo familiar con el sujeto pasivo, que le dio particular autoridad o que deposite su confianza (en el caso el imputado era cuñado de la agraviada y vivía en su casa), por lo que la sanción a imponérsele sería de cadena perpetua. En ese sentido, señala que lo decidido por el superior, de imponer 12 años, sin que concurra alguna circunstancia que lo autorice vulnera el principio de legalidad de la pena. Preciso “las exigencias que determinan la dosificación de la pena no se agotan en el principio de culpabilidad, sino que además debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad... límite al *Ius Puniendi*”, con lo cual se pretende lograr una correspondencia entre el injusto y la sanción penal, además que deben cumplirse los fines de la pena (prevención, protección y resocialización).

Para dosificar la pena se consideró que el imputado es un agente primario, carece de antecedentes penales, de instrucción secundaria, y que tenía 24 años en el momento de los hechos; por lo que señala la pena debe incrementarse en forma proporcional y racional al injusto cometido, atendiendo a los fines intrínsecos que persigue la pena. Por lo que, casó la sentencia de vista que le impuso doce años de pena privativa de libertad, revocaron la sentencia de primera instancia que le impuso cadena perpetua, reformándola le impuso una pena privativa de libertad de treinta años.

1.3.9.16 Recurso de Nulidad 2418-2018-Lima Norte (08 de julio del 2019): Circunstancia atenuante genérica y Principio de Proporcionalidad.

Se analiza un caso de tráfico ilícito de drogas imputado a Giraldo Zanabria Ccoscco, siendo que el 19 de febrero del 2013, en los ambientes de Serpost S.A. personal policial inspeccionó un envío postal que consignaba como remitente al imputado, siendo que en el interior del mismo había una caja de cartón con objetos que tenían acondicionados envoltorios plastificados de clorhidrato de cocaína.

La Sala Penal Permanente, sobre la pena señaló que el delito imputado tiene un marco abstracto de ocho a quince años de pena privativa de libertad. Evaluado el caso, no concurren circunstancias agravantes cualificadas, pero sí la circunstancia atenuante genérica de la carencia de antecedentes penales, por lo que la pena se ubica en el tercio inferior que va entre los ocho a diez años y tres meses. Luego, por el principio de razonabilidad y proporcionalidad de la pena y por la edad del imputado (de 63 años) debió imponerse una pena de ocho años, y no cuatro años (como se le impuso); pero que, al no haber sido apelada por el Ministerio Público, no puede ser modificada. Por lo que, declararon no haber nulidad en la sentencia emitida.

1.3.9.17 Recurso de Nulidad N° 1465-2018-Lima Este (27 de junio del 2019): Circunstancias específicas, principio de Proporcionalidad y responsabilidad restringida por la edad.

Se analiza un caso de robo agravado imputado a Cristofer Mujica Marroquín y otros sujetos, a quienes se les imputó que, el 06 de junio del 2014, a las 00:50

horas, por la Av. La Cultura, interceptaron al agraviado Peralta Cuyubamba, uno de ellos lo empujó, luego lo rodearon y golpearon, sustrayéndole su porta documentos que contenía su DNI y una tarjeta de débito; el agraviado logró sujetar al imputado Mujica Marroquín, el cual luego fue intervenido por personal policial. Hechos por los cuales se le impuso cinco años de pena privativa de libertad.

La Sala Penal Transitoria consideró que el Colegiado Superior no cumplió con efectuar una correcta determinación de la pena, al haberle impuesto al acusado sólo cinco años de privación de libertad, aplicar el sistema de tercios y la atenuante genérica de carencia de antecedentes penales; además que no se aplicó la causal de disminución de punibilidad de responsabilidad restringida por la edad. En ese sentido, señala que al ser el delito imputado uno con circunstancias agravantes específicas no debe aplicarse el sistema de tercios establecido en el artículo 45-A del Código Penal; pues cuando se incurre en un delito con dichas agravantes, la penalidad estará determinada en razón de cuantas agravantes señaladas en el tipo penal se hayan realizado, y se contará desde la pena mínima hacia la máxima; ello en razón de que la conducta ilícita merece un mayor reproche jurídico penal, lo que considera está en armonía con el principio de proporcionalidad señalado del artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal.

En consecuencia, estando a que el delito de robo agravado tiene una pena abstracta de no menor de doce ni mayor de veinte años, que concurren dos agravantes específicas (durante la noche y el concurso de dos o más personas), y que no se causó un perjuicio físico ni patrimonial grave, la pena en concreto debe ser de trece años de privación de libertad. Luego, existiendo la circunstancia de disminución de punibilidad por la responsabilidad restringida por la edad, debe

reducirse la pena en seis años, siendo la pena final de siete años. No obstante, al no haberse impugnado el extremo de la pena, se declaró no haber nulidad en la sentencia.

1.3.9.18 Recurso de Nulidad N° 1706-2018-Lambayeque (24 de junio del 2019): Principio de Proporcionalidad.

Se analizó un caso de violación sexual de menor imputado a David Heredia Arias, quien a principios de mayo del dos mil siete, inició una relación de enamorados con la menor de iniciales N.P.G.S. de trece años, luego la llevó a su vivienda ubicada en el lugar El Chorrillo, Caserío Túpac Amaro, San Ignacio, Cajamarca, donde la violó y la mantuvo retenida por espacio de dos meses (de junio a agosto). Hechos por los que fue condenado a cinco años de pena privativa de libertad.

La Sala Penal Transitoria sobre la pena señaló que “las exigencias que determinan la dosificación de la pena no se agotan en el principio de culpabilidad, sino que además debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad... límite al *Ius Puniendi*”, con lo cual se pretende lograr una correspondencia entre el injusto y la sanción penal, además que deben cumplirse los fines de la pena.

Si bien se valoró la gravedad del hecho, también se resaltó que esto ocurrió en una relación de enamoramiento / convivencia, y que el imputado a la fecha de los hechos tenía 18 años y que es padre de familia, lo que permite concluir que los fines de la pena, de prevención y resocialización, se cumplirían en un tiempo menor a lo establecido en la sentencia materia de alzada. Por lo que, en atención a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, y los fines de la pena, señala debe

reducirse la pena de cinco a cuatro años de privación de la libertad con la calidad de efectiva.

1.3.9.19 Casación N° 66-2017-Junín (18 de junio del 2019): Tentativa, responsabilidad restringida por la edad, conclusión anticipada.

Se analiza un caso de robo agravado tentado imputado a Rafael Gaspar Córdova y otro sujeto, quienes el 03 de setiembre del 2015, a las 23:00 horas, en la intersección del Jr. Narcico Poma y la Av. Torre Tagle, interceptaron al agraviado Anderson Gálvez, siendo que mientras el segundo imputado lo tomó del cuello, Gáspar Córdova lo amenazó con un cuchillo y le rebuscó los bolsillos, ante lo cual el agraviado pidió auxilio, huyendo sus atacantes, siendo capturado Gáspar Córdova. Hechos por los cuales a este último se le impuso en primera instancia ocho años de privación de la libertad, y en segunda instancia la pena se reformó a seis años, diez meses y nueve días de pena privativa de libertad.

La Sala Penal Transitoria sobre la determinación de la pena precisó que las clases de pena reguladas en nuestro ordenamiento penal, tienen una función preventiva, protectora y resocializadora, cuya sustento se encuentra en el artículo 139, inciso 22, de la Constitución. En ese sentido, la sanción penal debe “guardar una equivalencia razonable en sus dimensiones cualitativas o cuantitativas, con la magnitud del daño ocasionado y la trascendencia del bien jurídico lesionado” (p.05). En consecuencia, las penas “deben ser impuestas con base en los principios de responsabilidad, proporcionalidad y racionalidad, pues el derecho a la libertad personal puede restringirse por una pena bien aplicada, mas no cuando, la misma sea una excesiva o errada” (p.05).

En ese sentido, consideró que, en el caso concurren causales de disminución de punibilidad que son: la tentativa, la responsabilidad restringida por la edad y la eximente incompleta por alteración de la conciencia por estado de ebriedad.

Respecto de la tentativa, precisó que se tiene sentado el criterio de que la reducción debe ser por debajo del mínimo legal, hasta en una tercera parte del marco penal (Recurso de Nulidad N° 154-2016-Ancash), y que, no resultará aplicable las reglas de los tercios previstos en el artículo 45-A del Código Penal, el cual sólo es para las penas previstas en la parte especial (Casación N° 1083-2017-Arequipa). Sobre la responsabilidad restringida por la edad, considera puede disminuirse la sanción penal prudencialmente hasta por debajo del mínimo legal. Sobre la conclusión anticipada, señaló permite reducir la sanción penal por bonificación procesal, éste es el último paso de la individualización de la pena. La Sala aclaró que cuando concorra alguna causal de disminución de punibilidad referido a los supuestos de los artículos 21 y 22 del CP –eximentes imperfectas–, se permite la reducción de la pena a límites inferiores al mínimo legal. “Debe interpretarse el precepto como una regla en que si se presenta tal situación, puede hacerlo en un ámbito discrecional, sin dejar de considerar el principio de proporcionalidad” (p.07).

La Sala apreció las causales de disminución de punibilidad que concurrieron en el caso, siendo que todas éstas posibilitaban una sanción penal por debajo del mínimo legal. Luego, a fin de establecer qué pena concreta correspondería señaló que, debe atenderse a los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la pena. Finalmente, la Corte Suprema estableció que, en caso concurren circunstancias agravantes específicas, “cuan mayor número se verifiquen, mayor será la

posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena básica..., cuan mayores causales de disminución de punibilidad concurren, la pena deberá disminuirse prudencialmente en mayor grado hacia su extremo mínimo” (p.08).

Entonces, en atención a las causales de disminución consideró que la pena debe imponerse por debajo del mínimo legal (doce años de pena privativa de libertad). Con base al principio de proporcionalidad se disminuye prudencialmente la pena por cada causal concurrente de disminución de punibilidad: tres años por tentativa, un año y diez meses por responsabilidad restringida en razón de la edad y un año por la eximente incompleta de estado de ebriedad, determinando como pena concreta: cinco años y diez meses de privación de libertad. Asimismo, se reduce un sétimo por bonificación procesal por conclusión anticipada. En consecuencia, revocando la pena impuesta, la reformó imponiéndole cinco años.

1.3.9.20 Recurso de Nulidad N° 2027-2018-Lima Norte (18 de junio del 2019): Principio de proporcionalidad.

Se analiza un caso de robo agravado imputado a Luis Gamboa Navarro y Jimmy Gamboa Navarro, quienes el 14 de marzo del 2017, en el distrito de San Martín de Porres, en un vehículo interceptaron al agraviado Emiliano Trinidad Rojas, el primero que bajó del auto y le apuntó con un arma de fuego y despojó al agraviado de su celular, pero que al resistirse el agraviado, le disparó en el pie derecho y se dio a la fuga en el vehículo que conducía Jimmy Gamboa; siendo luego intervenidos por personal policial. Hechos por los cuales se les impuso veinte años de privación de la libertad.

La Sala Penal Permanente consideró que el delito de robo agravado atribuido a los imputados prevé una pena de cadena perpetua (ello considerando las agravantes acreditadas) de la que debe valorarse su carácter resocializador. Que, si bien el juez tiene la facultad de imponer una sanción acorde con la magnitud del evento, también debe considerarse que “el carácter rehabilitador de la pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad” (p.08). Entonces, si bien la pena de cadena perpetua es la que correspondería aplicar; sin embargo, también para su graduación debe tenerse en cuenta los criterios de determinación judicial de la pena que establece nuestro Código Penal en sus Arts. 45 y 46, y además el principio de proporcionalidad. Lo que fue considerado por el Colegiado Superior. Así expresó:

Respecto a la imposición de la pena, a fin de graduarla de manera proporcional con el daño causado y en función de las condiciones personales de los agentes, también deben tomarse en cuenta otros aspectos –como la educación y el medio social en el que interactuaron– y ha de procurarse, siempre que las circunstancias lo permitan, que la sanción penal ponga de manifestó alguna posibilidad de reinserción social. (p.08)

Con lo anterior, expresó que, corresponde al caso imponer una sanción elevada, no obstante, considerando que los imputados Luis Gamboa Navarro y Jimmy Gamboa Navarro no registran antecedentes judiciales, que al momento de los hechos contaban con 22 y 26 años e instrucción secundaria completa e incompleta, respectivamente, se faculta al juzgador reducir la pena concreta, considerando las finalidades de recuperación y reincorporación de los sentenciados

a la sociedad, otorgándosele la oportunidad de enmendar sus actos. En consecuencia, declaró la no nulidad de la sentencia.

1.3.9.21 Casación N° 352-2018-Lambayeque (13 de junio del 2019):

Tentativa y responsabilidad restringida

Se analiza un caso de robo agravado en grado de tentativa, imputado a Raúl Baca Garboza y otros sujetos, quienes el 02 de junio del 2015, a las 11:30 horas, cuando por la Av. Belaunde transitaba la agraviada Leslie Rosado Merino, fue interceptada por Nilton Hoyos Altamirano, quien la abrazó por la espalda impidiéndole el movimiento para rebuscarle los bolsillos; coadyuvando Manuel Altamirano Santoyo; siendo que, al resistirse la agraviada la tumbaron al piso, logrando sustraerle su mochila; luego se dieron a la fuga en un mototaxi que los esperaba, conducido por el imputado Raúl Baca Garboza; los que luego fueron intervenidos policialmente. Hechos por los que le impusieron nueve años de privación de la libertad.

La Sala Penal Permanente valoró la edad del imputado Baca Garboza (18 años al momento de cometer el ilícito), reafirmando su posición en relación al artículo 22 del Código Penal el cual es aplicable a todos los delitos como causa de disminución de la punibilidad, ello justifica la aplicación de una sanción penal por debajo del mínimo legal. Así, por la tentativa se redujeron tres años, desde una perspectiva de igualdad, por la responsabilidad restringida se redujo tres años más; pero precisando que la rebaja punitiva dependerá de cada caso concreto y está sujeta a discrecionalidad del juzgador. Razones por las que, casó la sentencia,

revocó la pena y la reformó, imponiendo una pena de seis años de privación de libertad.

1.3.9.22 Recurso de Nulidad N° 2437-2018-Lima Sur (10 de junio del 2019): Circunstancias agravantes específicas, condiciones personales del agente, conclusión anticipada, y principio de proporcionalidad.

Se analiza un caso de robo agravado, imputado a Victoria Aranguren Ynocente, quien el 12 de marzo del 2015, a las 22:30 horas, abordó el taxi del agraviado Luis Marchena Mendoza, solicitándole la lleve a la Comisaría de Nueva Esperanza y luego al detenerse en el parque Bellavista, aprovechó la imputada para apoderarse del celular del agraviado; pero que al darse cuenta el agraviado le exigió su devolución, forcejando ambos hasta recuperar el agraviado su teléfono; en dichas circunstancias aparecieron el procesado Luis Huamán Mendoza y otros siete sujetos, quienes amenazaron al agraviado con un cuchillo, mientras los otros lo despojaron del celular; asimismo Aranguren Ynocente sustrajo la máscara del autorradio, billetera con dinero y otros. Posteriormente, los imputados fueron intervenidos policialmente.

La Sala Penal Permanente, precisa que cuando se está frente a tipos penales que incorporan circunstancias agravantes específicas, como el presente, no se aplica el sistema de tercios, sino que se toma en cuenta el número de circunstancias para determinar proporcionalmente el marco punitivo. Siendo que la pena del delito de robo agravado tiene un marco abstracto de doce a veinte años de privación de la libertad y que las circunstancias agravantes específicas son cuatro, la pena a

imponer sería de dieciséis años; empero, considerando que la encausada carece de antecedentes penales, la pena se reduce a quince años. Luego, considerando la conclusión anticipada debe reducirse un sétimo, disminuyendo la pena a trece años de privación de libertad. Finalmente, consideró el principio de proporcionalidad para la reducción de la pena, así:

Empero, también debe considerarse las condiciones personales de la inculpada, se trata de una joven madre de familia, de veintitrés años de edad, sin bienes de fortuna y de escasos recursos económicos. Si bien es cierto, no es aplicable la confesión sincera, dado que en el presente caso la inculpada fue detenida dentro de las veinticuatro horas de haber perpetrado el ilícito penal que se le imputa también lo es que, por el principio de proporcionalidad, la pena a imponer no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho, advirtiendo que la impuesta por la Sala Penal Superior es diminuta y debe ser incrementada prudencialmente, en atención al principio de lesividad, esto es que la pena se impone necesariamente en razón a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido por la ley. (p.05)

En consecuencia, declararon la nulidad de la condena fijada de cinco años y un mes, y reformando la misma, le impusieron una pena de privación de libertad de ocho años.

1.3.9.23 Casación N° 308-2018/Moquegua (05 de junio del 2019):

Circunstancia atenuante genérica (carencia de antecedentes penales).

Se analiza un caso de violación sexual de menor de edad imputado a Julio Manchego Juárez, quien abusó sexualmente de la menor agraviada de iniciales V.R.M.T (de 13 años y 10 meses de edad). Hechos por los cuales se le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por tres años.

La Sala consideró la pena establecida para este delito de no menor de treinta años ni mayor de treinta y cinco años de privación de libertad, asimismo que concurre la circunstancia atenuante genérica de la carencia de antecedentes penales del imputado, que no consta la presencia de alguna causal de disminución de punibilidad, ni bonificación procesal, que permita la reducción de la pena concreta. Luego, precisó:

En el caso concreto no existe oposición entre los principios de legalidad penal y de proporcionalidad, ambos de jerarquía constitucional. Salvo los supuestos en los que la pena es absolutamente desproporcionada, las penas fijadas por el legislador deben aplicarse dentro de los márgenes legalmente previstos, que sin duda importan en su determinación por el juez la aplicación razonada y razonable, del principio de proporcionalidad o prohibición del exceso. En todo caso, debe estarse –si correspondiere– a las posibles excepcionalidades apuntadas en el párrafo veintinueve de la mencionada Sentencia Plenaria. (p.07)

Concluyó señalando que la Sala Superior aplicó erróneamente los criterios de medición de la pena y el principio de proporcionalidad penal, lo que determinó la

fijación de una pena ilegal e injustificada. Por lo que, casó la sentencia de vista, y confirmó la sentencia de primera instancia que impuso al autor treinta años de pena privativa de libertad.

1.3.9.24 Recurso de Nulidad N° 2145-2018-Lima Norte (04 de junio del 2019): Principio de Proporcionalidad.

Se analiza un caso de parricidio en grado de tentativa, imputado a Joselyne Mitma Cano, quien el 11 de noviembre del 2017, a las 08:00 horas, luego de libar licor con su conviviente y agraviado Jhosimar Cristhian Payano Ramírez, en su domicilio, y sostener una discusión y agredirse mutuamente, luego la imputada cogió un cuchillo de mesa y se lo introdujo al agraviado en el abdomen, causándole tres heridas.

La Sala Penal Permanente consideró que la pena para este delito establece un marco abstracto de quince a treinta y cinco años de privación de la libertad. Que, según el principio de legalidad, el quantum punitivo sólo puede ser establecido dentro de los márgenes de la pena básica; sin embargo, a favor de la imputada concurren dos causales de disminución de punibilidad: la tentativa y la eximente de responsabilidad imperfecta. Los cuales señalan que la reducción es prudencial. Precisa:

La prudencialidad es un concepto jurídico indeterminado, por ello, para establecer cuánto es lo que ha de reducirse en mérito a ella es preciso recurrir a criterios normativos y racionales, en aras de evitar cálculos penológicos arbitrarios o excesivos derivados del simple voluntarismo judicial. (p.09)

La Sala, citando a Prado Saldarriaga, explicó que para la reducción de pena por dichas causales de disminución de punibilidad, se requiere de dos procesos: el primero que partirá de “ubicar la posibilidad punitiva siempre en un punto inmediato inferior al que corresponde al límite mínimo de la pena conminada para el delito” (p.10), y en segundo lugar, se realizará “una degradación punitiva, siempre en línea descendente, que tendrá como único límite la proporcionalidad acordada luego de una lectura y valoración razonable y prudente del suceso fáctico” (p.10).

De otro lado, en la fase de individualización de la pena concreta se evalúan las condiciones personales del agente y la gravedad (mayor o menor) del injusto cometido. La culpabilidad es graduable y la gravedad del hecho, jurisprudencialmente, considera lo siguiente: a) La presencia del dolo o culpa, b) Las circunstancias que aumenten o disminuyan el desvalor de la acción o desvalor del resultado, c) La absoluta o relativa culpabilidad del sujeto activo derivada del grado de comprensión de la ilicitud de su conducta o del acaecimiento de algún elemento que haya rescindido o disminuido su capacidad para comprender el mandato prohibitivo de la norma penal infraccionada, d) el perjuicio materialmente irrogado y la conducta del imputado luego de haber ejecutado el delito (colaboración procesal, actitud hacia la víctima, reparación del daño).

En el caso, aun cuando la imputada tuvo plena capacidad de imputabilidad y su accionar doloso generó daño físico al agraviado, es de resaltar que posteriormente mostró un comportamiento positivo y tendiente a la reparación de este último. Visitó al agraviado en el hospital e incluso pagó parte de los medicamentos, lo que demuestra una actitud de resarcimiento. Es decir, procuró reducir los efectos perniciosos de resultado sobrevenido.

Lo siguiente considerado es la “compensación de culpabilidad” que engloba dos sentidos: compensación socialmente constructiva y compensación destructiva. La primera que tiene fundamento en el arrepentimiento y la reparación, y la segunda cuando el autor recibe como consecuencia de la comisión del delito un mal grave que se debe abonar en el cumplimiento de la pena.

En el caso, se consideró que el intento de parricidio no es un hecho aislado, sino que es producto de un clima de violencia familiar que incluía agresiones físicas y psicológicas hacia la imputada; su dignidad fue mellada y existió violencia de género previa. Por lo que resulta idóneo, necesario y proporcional compensar su culpabilidad con una aminoración adicional de la pena. Se precisa:

El principio de proporcionalidad autoriza que en aquellos supuestos como el suscitado, a diferencia del resto de los casos, la pena sea morigerada, en tanto y en cuanto existan motivos suficientes y plausibles para justificar la dispensa del distinto tratamiento punitivo.

Concluye señalando que, a fin de mantener la proporcionalidad de la pena dentro de la lógica de prevención, la sanción que finalmente corresponde aplicar a la imputada, en virtud de las causales de disminución de la punibilidad apuntadas y de la compensación, es de seis años. De otro lado, no se verifica ninguna regla de reducción por bonificación procesal, además que registra antecedentes por otros delitos. Por lo que, declararon la nulidad de la sentencia que la condenó a diez años, la reformaron e impusieron seis años de privación de la libertad.

1.3.9.25 Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018/CIJ-433 (18 de diciembre del 2018). Alcances de la determinación de la pena en los delitos sexuales.

Los jueces supremos de lo penal, integrantes de las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República realizaron un análisis de la Sentencia Casatoria vinculante 335-2015/El Santa emitida el 01 de junio del 2016, la cual a efectos de determinar el *quantum* de la pena aplicable a un caso concreto aplicó el denominado control de proporcionalidad de la atenuación que ponderó cuatro factores:

- a) Ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual, en que medió consentimiento de la agraviada.
- b) Proximidad de la edad del sujeto pasivo a los catorce años de edad.
- c) Afectación psicológica mínima de la víctima.
- d) Diferencia etaria entre el sujeto activo y pasivo.

El nuevo análisis dejó sin efecto los criterios antes señalados; pues reconoce que, no es posible crear circunstancias, causales de disminución o reglas por bonificación procesal al margen de la legalidad (constitucional, convencional y ordinaria). Señala que es la ley la que establece estas circunstancias, causales o reglas; así, el artículo 46 del Código Penal señala cuáles son las circunstancias a tener en cuenta para determinar la pena concreta aplicable al condenado dentro del sistema de tercios establecido por el artículo 45-B del Código Penal.

Entonces, determinado el tercio de la pena aplicable, la individualización dentro del tercio que corresponda debe "(i) asumir los lineamientos fijados por el artículo 45 del Código Penal, (ii) mensurar la entidad de cada circunstancia

aplicable, así como (iii) incorporar criterios admisibles jurídico-constitucionalmente en orden a la gravedad del hecho y a la condición personal del agente delictivo” (p.17).

Precisa que, “Es aquí donde la individualización de la pena atiende al concepto de proporcionado, debiendo atenderse no solo a los márgenes legalmente establecidos sino también a todos los factores concurrentes en el hecho” (p.18).

Señala además que, que el legislador valoró a la indemnidad sexual como uno de los bienes jurídicos más importantes, de allí la respuesta del Estado tan drástica, al haber fijado como pena, para este delito en agravio de menores de catorce, la cadena perpetua; pena al que no le ve problema alguno, pues el legislador pretende prevenir los daños que estos delitos generan en la niñez, dada su reiteración y la especial vulnerabilidad de las víctimas además de su afectación en todos los niveles.

La Sentencia, dejó sin efecto el carácter vinculante de la Sentencia Casatoria 335-2015/El Santa, y establece como doctrina legal que:

- a) La pena del artículo 173 (sobre cadena perpetua) no es una inconstitucional,
- b) Corresponde al juez penal ser riguroso en la determinación e individualización de la pena,
- c) No son aplicables los factores para la determinación del control de proporcionalidad de la atenuación, y
- d) La pena de cadena perpetua debe ser aplicada en sus justos términos; aunque pueden haber situaciones excepcionales.

De otro lado, la sentencia, aporta un importante contenido dogmático en relación al principio de proporcionalidad. Así, citando a Berdugo Gómez de la Torre, precisó:

El principio de proporcionalidad, en el Derecho penal, en sentido amplio, despliega sus efectos en la selección de la zona penal, es decir, de la clase de conductas que han de configurarse como delitos; y, en sentido estricto opera primordialmente en la puesta en relación de esas conductas con las consecuencias jurídicas de las mismas, las penas y las medidas de seguridad, y que a su vez se proyecta en la fijación legislativa de éstas, y dentro de ella y de cada delito, en su determinación concreta por el juez al aplicar la Ley –dos momentos que, por lo demás, plantean problemas distintos–.

Luego, citando a García Pablos de Molina, expresó:

El principio de proporcionalidad, en sentido estricto, visto genéricamente, rechaza el establecimiento de conminaciones legales (proporcionalidad en abstracto) y la imposición de penas (proporcionalidad en concreto) que carezcan de relación valorativa con el hecho cometido, contemplado éste desde su significación global –es decir, relación entre la gravedad del injusto y la de la pena–.

Finalmente, admite que ante situaciones especiales se permita una pena temporal, para lo cual precisa: “La excepcionalidad se podría presentar, primero, cuando concurre al hecho una causa de disminución de punibilidad o es aplicada una regla de reducción de la pena por bonificación procesal; y, segundo, cuando se presentan circunstancias especialmente relevantes” (p.20). Sobre este último

explica ocurrirá en casos extraordinarios, por criterios preventivos, debiendo la pena ser mayor al del primer caso.

“Pueden servir para ubicar estas situaciones extraordinarias el desarrollo psicológico concreto del agente... y, entre otros, las condiciones sociales extremos que padeció... de suerte que permitan reducir sensiblemente la necesidad y, en su caso, el merecimiento de pena” (p.20), ello significará, acreditar con pruebas (pericias psicológicas, informes sociales, entre otros) la historia de vida del imputado, y/o su grado de sociabilidad (compleja y diferenciada).

1.3.9.26 Casación N° 1083-2017-Arequipa (14 de agosto del 2018):

Tentativa.

La Casación analiza un caso de violación sexual de menor tentado, imputado a Erick Carlos Cruz Peláez, quien el 29 de mayo del 2016, a las 22:40 horas, en el inmueble donde vivía la menor agraviada de iniciales J.J.S.A. (de 12 años), intentó abusar sexualmente de la misma, lo que fue impedido por el primo de la agraviada. Hechos por los cuales se le impuso quince años de privación de libertad al imputado

Sobre la determinación de la pena, la Sala señaló que, la tentativa es una causal de disminución de punibilidad, la cual posibilita la disminución prudencial de la sanción (en ese sentido, estando a que el Código Penal regula sanciones para conductas consumadas, no pueden equipararse a una tentativa, siendo que la proporcionalidad establece diferencias) al que no le es aplicable el sistema de tercios previsto en el artículo 45-A. En ese sentido, la Sala desestimó la propuesta de la defensa de que se determine la pena dentro del marco punitivo: de dos días a veintinueve años y trescientos sesenta y cuatro días, con la aplicación de la regla

de los tercios. En su lugar, considera corresponde aplicar al caso el artículo 45, segundo párrafo, del Código Penal que establece “Para determinar la pena de los límites fijados por la ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas de delito o modificatorias de responsabilidad”.

Sobre la reducción prudencial, explica que prudencial “no implica la fijación de una sanción simbólica, pues en la penetración del hecho se realizaron todos los actos tendientes a la consumación; la voluntad criminal del agente se ejecutó, sin lograr el resultado por causas ajenas a su voluntad” (p.07). Luego, sobre cómo se realiza la disminución prudencial, señala es facultad del juez “evaluar las circunstancias concretas del caso, en el que se analicen los efectos generados en el sujeto con la acción antijurídica desplegada por el sentenciado” (p.08).

En consecuencia, no se casó la sentencia que le impuso quince años de pena privativa de libertad al imputado.

1.3.9.27 Recurso de Nulidad N° 101-2018/Lima (23 de octubre del 2018): Tentativa, responsabilidad restringida por la edad, circunstancias agravantes específicas.

Se analiza un caso de robo agravado tentado, imputado a Rodríguez Molina y Rosas López, quienes el 29 de setiembre del 2011, a las 1:50 horas, por inmediaciones de la cuadra ocho del Jr. Leoncio Prado, interceptaron a los agraviados Cristhian Loayza Castillo y Fiorella Cáceda Berenguel, y les exigieron les den dinero, pero como los agraviados se negaron, los atacaron, forcejeando con éstos para robarles sus pertenencias; siendo luego intervenidos policialmente.

Hechos por los que se les impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de tres años.

La Sala Penal Permanente consideró que, en el caso, concurren dos causales de disminución de la punibilidad: tentativa y minoría relativa de edad (este último, sobre el cual no se admiten excepciones a su aplicación), y dos circunstancias agravantes específicas. Asimismo, consideró que para la reducción de pena debe partirse del mínimo legal de doce años de privación de libertad; luego, sobre cuánto disminuir, precisó “El nivel de disminución debe respetar el contenido del injusto y de la culpabilidad por el hecho” (p.03). En consecuencia, al valorar en el caso, que no es razonable una pena condicional, la declararon nula, y le impusieron cinco años de pena privativa de libertad.

1.3.9.28 Recurso de Nulidad N° 761-2018/Apurímac (28 de mayo del 2018): Interés superior del niño (causal de disminución de punibilidad supra-legal) y confesión sincera.

El recurso de nulidad analiza un caso de violación sexual de menor de edad imputado a López Huamán (21 años), quien en marzo del 2013 conoció a la agraviada A.C.P. (de 13 años), a quien luego de enamorarla, desde abril de ese año mantuvo relaciones con la misma; siendo que, a consecuencia de ello, la menor resultó embarazada, y el veinticuatro de febrero del dos mil catorce alumbró a su hijo, e inició una relación de convivencia con el imputado, teniendo una segunda hija el veintitrés de mayo del dos mil dieciséis. Hechos por los que se le impuso a López Huamán siete años de pena privativa de libertad.

La Sala Penal Permanente sobre la determinación de la pena señaló:

1. Los criterios de determinación de la pena, desde el espacio punitivo fijado por el tipo penal, están desarrollados, básicamente, por los artículos 45, 45-A y 46 del Código Penal, a partir de los cuales se hace uso del principio de proporcionalidad, en tanto garantía constitucional, de carácter transversal, anclada en cada derecho fundamental –la libertad personal en este caso– que guía el ámbito de restricción del mismo. A esa pauta legal, de los preceptos del Código Penal, sin embargo, corresponde igualmente determinar si se presentan circunstancias atenuantes privilegiadas –que no han sido recogidas positivamente en nuestra legislación–, causales de disminución de la punibilidad y/o reglas de reducción de la pena por bonificación procesal, en cuyo caso será posible la imposición de una pena por debajo del mínimo legal.

Se considera que el literal c) del artículo 45 del Código Penal impone como criterio de fundamentación y determinación de la pena a tomar en cuenta: “*Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan...*”, así, valora como relevante que el imputado y agraviada conforman una unidad familiar y que tienen dos hijos menores de edad, éstos que están en dependencia económica del imputado, quien cumple sus obligaciones de padre. También considera el principio del derecho del niño previsto en el artículo 3, apartado 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño, que importa que cuando sus derechos están comprometidos deben tomarse en cuenta sus intereses superiores: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen (...) los tribunales (...), una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. En ese sentido, señala que, la pena privativa de libertad afecta la unidad familiar y

reprime a quien lo mantiene y protege; ante ello, el interés superior del niño se erige como una causal de disminución de la punibilidad supra-legal.

Continuando su análisis, refiere es una causal post delictiva, intrínseca al delito “desde la exclusión parcial de la categoría culpabilidad, en atención a su relación familiar positiva y, especialmente al efecto lesivo sobre sus hijos menores de edad –quienes dependen del imputado y han venido siendo acogidos y cuidados por él–” (p.04).

En este supuesto la culpabilidad por el hecho disminuirá, lo que posibilitará la reducción de la pena por el juez de forma discrecional y razonable a límites inferiores del mínimo legal.

De otro lado, se tuvo en cuenta para el caso, la bonificación procesal por confesión sincera (previsto en el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales, vigente para el caso, por lo que no le era aplicable lo resuelto en el Acuerdo Plenario 4-2016/CIJ-116 que imponía limitaciones o exclusiones a la aplicación de la confesión sincera).

Entonces, considerando el interés superior del niño, más la bonificación procesal por confesión sincera, la Sala consideró como razonable la sanción de cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida.

1.3.9.29 Recurso de Nulidad N° 502-2017-Callao (31 de agosto del 2017): Responsabilidad restringida por la edad y principio de proporcionalidad.

Se analiza un caso de robo agravado imputado a Ricardo Martín Tello Pariona y otros sujetos, quienes el 4 de octubre del 2014, a las 01:30 horas, por inmediaciones del Parque La Bomba de San Juan Macías, interceptaron a los agraviados, ante quienes se hicieron pasar por efectivos policiales y les solicitaron sus documentos, sacando a relucir armas de fuego y los amenazaron, para finalmente despojarlos de sus pertenencias y fugar del lugar; siendo posteriormente capturados por personal policial. Hechos por los cuales le impusieron a Tello Pariona diez años de pena privativa de libertad.

La Sala Penal Transitoria consideró la responsabilidad restringida por la edad (pues el procesado tenía 19 años al momento de los hechos) la cual es causal de disminución de punibilidad, luego precisó que la pena de diez años impuesta por la Sala Superior, no es congruente con el principio de proporcionalidad, contraviniendo el principio constitucional de reincorporación del sentenciado a la sociedad, previsto en el artículo 139 inciso 22 de la Constitución.

Explica que, por el principio de proporcionalidad de las penas, el legislador al fijar las penas no debe excederse en su regulación, ello vulneraría la dignidad de la persona. “Por ello la determinación judicial de la pena debe ser producto de una decisión debidamente razonada y ponderada, ajena de toda consideración subjetiva, toda vez que la pena implica una sanción por la comisión de un hecho punible” (p.10), en atención a ello, considera la pena debe propender a la resocialización y reinserción del condenado a la sociedad, y la pena debe guardar

coherencia con el principio de proporcionalidad, aspecto principal que el juez debe considerar para determinar la pena concreta.

Fundamento por el cual la Sala declaró la nulidad de la condena y reformándola le impuso al imputado cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el término de tres años.

1.3.9.30 Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CIJ-116 (01 de junio del 2016): La agravante del delito de Violencia y Resistencia contra la Autoridad Policial: Tipicidad y Determinación Judicial de la Pena.

Los Jueces Supremos de lo Penal de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, realiza un análisis del delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial y las penas previstas por el legislador para dicho delito.

Sobre el principio de proporcionalidad señalaron que, el juzgado debe realizar una evaluación de la validez de la norma al interior del sistema jurídico, esto es su conformidad con la Constitución. Para dicha labor se aplica el principio de proporcionalidad (principal método para determinar la validez de una norma en relación con la Constitución Política del Estado), el cual recae sobre dos ámbitos: la proporcionalidad del tipo penal y la proporcionalidad de la pena a imponer. Una vez realizada la validez constitucional, corresponde analizar si la misma es conforme a los principios del Derecho Penal (los fundamentales: legalidad, lesividad y culpabilidad).

1.4 Definición de términos básicos

- **Pena:** “Es una consecuencia jurídica del delito materializada en la privación o restricción de bienes jurídicos. Ella es aplicada por la Autoridad Judicial observando las formas y dimensiones que establece la ley, al autor o partícipe de un hecho punible o falta” (Prado, 2010, p.39).
- **Circunstancias:** Son aquellos hechos o elementos accidentales, accesorios, que están alrededor del delito, en torno al mismo o fuera de él, e implican la idea de accesoriedad, a la par que adoptan la forma de factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito. Estos, no son necesarios para la existencia del delito, pero inciden sobre su gravedad e interesan como índices de la capacidad de delinquir del sujeto, comportando una modificación, cuantitativa o cualitativa, de la pena (Mantovani, 2015).
- **Determinación legal de la pena:** Es la fijación por el legislador de un marco penal genérico para un delito, que implica la configuración de grupos valorativos especiales que vinculan al juez y la guían en la individualización de la pena (Jescheck, citado por Crespo, 2015).
- **Determinación judicial de la pena:** Es un procedimiento técnico y valorativo que sirve al juez para llevar a cabo la individualización del castigo penal. A través de este procedimiento, el órgano jurisdiccional determina de modo cualitativo y cuantitativo, en ocasiones también ejecutivo, la pena a imponer al autor o partícipe de un delito (Prado, 2018).

- **Pena privativa de libertad:** Consiste en la limitación coactiva de la libertad de movimiento mediante el internamiento del condenado en un establecimiento penitenciario (Prado, como se citó en García, 2019).
- **Principio de legalidad:** Garantiza que “sólo la ley puede señalar cuáles son las penas que se pueden imponer al autor o partícipe de un delito. Asimismo, determina que las penas sólo podrán ejecutarse del modo establecido por la ley” (Prado, 2010, p.123).
- **Principio de lesividad:** Implica que la pena sólo se impondrá a conductas que lesionen o, por lo menos, pongan en peligro el bien protegido. Sin esa lesividad de la conducta, no podrá sustentarse la imposición de la sanción penal (García, 2019).
- **Principio de proporcionalidad:** Es un criterio metodológico que sirve para determinar si la intervención en un derecho fundamental es o no contraria a la Constitución; dicha constitucionalidad dependerá de que esté justificada por su contribución para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo (Bernal, 2011).
- **Principio de proporcionalidad en sentido estricto:** O principio de prohibición de exceso o de la pena justa. “Implica una relación de proporcionalidad entre la gravedad del injusto y la gravedad de la pena en el momento legislativo; en el momento judicial, que la pena resulte proporcionada a la gravedad del hecho cometido” (Aguado, 1999, p.278).
- **Proporcionalidad abstracta:** Consiste en la semejanza o armonía de las sanciones legales con relación al bien jurídico tutelado y el daño causado

o peligro de daño, sin hacer referencia concreta a circunstancias de tiempo, modo o lugar. La proporcionalidad abstracta es propia del procedimiento legislativo, y compete a los sujetos que intervienen en él (Piña Reyna, 2006).

- **Proporcionalidad concreta:** Es la semejanza o armonía entre las sanciones impuestas por los tribunales, tomando en cuenta –entre otros factores– el bien jurídico tutelado, y el daño causado o peligro de daño, en un contexto de referencias concretas a circunstancias de tiempo, modo y lugar. La proporcionalidad concreta es propia del proceso judicial, y compete a los tribunales que resuelven sobre la individualización de las sanciones que corresponden a una persona determinada, por un hecho ocurrido en circunstancias temporales, espaciales y condicionales concretas (Piña Reyna, 2006).

CAPÍTULO II

HIPÓTESIS Y VARIABLES

2.1 Hipótesis

2.1.1 Hipótesis general

El juez al determinar la pena privativa de libertad en un caso específico puede reducir la pena concreta establecida en aplicación del principio de proporcionalidad en caso constate el exceso de la misma.

2.1.2 Hipótesis específicas

- Los criterios que utiliza el juez para reducir la pena concreta por debajo del mínimo legal en aplicación del principio de proporcionalidad, son por la concurrencia de alguna causal de disminución de punibilidad o en casos excepcionales.
- El juez para determinar el *quantum* a reducir de la pena privativa de libertad, en aplicación del principio de proporcionalidad, utiliza un criterio discrecional.

2.2 Variables

- **Variable independiente**

Principio de Proporcionalidad.

- **Variable dependiente**

Determinación judicial de la pena privativa de la libertad.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Diseño de la investigación

Para alcanzar los objetivos establecidos se utilizó la estrategia de un diseño no experimental, por cuanto no se manipularon las variables, sino que se observó la realidad tal cual.

Además, se aplicó una investigación descriptiva y correlacional, la cual estuvo basada en las sentencias seleccionadas, las mismas que fueron analizadas y permitieron describir cómo se determinan las penas concretas de privación de la libertad en dichas sentencias y que a su vez permitieron esgrimir una explicación sobre cómo se aplica el principio de proporcionalidad para la individualización de la pena de las sentencias referidas.

3.1.1 Tipo de investigación

Este trabajo utilizó una investigación aplicada con enfoque cualitativo (Hernández, Fernández y Baptista, 2014); y el método empleado fue el inductivo. Es de tipo aplicada, considerando que se obtendrá un conocimiento jurídico a partir de la revisión de la doctrina jurisprudencial de las Salas Penales Colegiadas de Arequipa, la cual permitió contestar las preguntas determinadas. Las variables, determinación judicial de la pena privativa de libertad y el principio de proporcionalidad, fueron estudiadas considerando los argumentos de las sentencias analizadas, realizando una adecuada caracterización del problema en cuestión.

3.1.2 Población y muestra

- **Población**

Los autores Hernández, Fernández y Baptista (2014) señalan que la población se constituye por un total de elementos que van a ser sometidos a investigación. En ese sentido, la población estuvo conformada por las sentencias penales condenatorias expedidas entre enero a julio del 2019 por el 1er y 2do Juzgados Penales Colegiados del Distrito Judicial de Arequipa.

- **Muestra**

Para delimitar la muestra en estudio se seleccionó de las sentencias condenatorias emitidas entre enero a julio del 2019 por el 1er y 2do Juzgados Penales Colegiados del Distrito Judicial de Arequipa, 50 sentencias aleatorias (25 de cada Juzgado), las que fueron analizadas considerando los indicadores establecidos en las variables, en el extremo de la aplicación del principio de proporcionalidad para disminuir de la pena privativa de libertad, revisando qué criterios han sido utilizados por los juzgadores y cuál es el procedimiento para dicha reducción.

Los criterios de inclusión y exclusión considerados son:

De inclusión: Sentencias Condenatorias a pena privativa de libertad emitidas por los Juzgados Penales Colegiados del Distrito Judicial de Arequipa, durante el periodo de enero a julio del 2019, en las que se aplicó el principio de proporcionalidad para reducir de la pena privativa de libertad.

De exclusión: Sentencias absolutorias y Sentencias Condenatorias emitidas por los Juzgados Penales Colegiados del Distrito Judicial de Arequipa, comprendidas durante el periodo de enero a junio del 2019, en las que no se aplicó el principio de proporcionalidad para la reducción de la pena privativa de libertad.

3.1.3 Operacionalización de variables

Para la variable Determinación de la pena privativa de libertad, se establecieron las siguientes dimensiones:

- Pena legal. Fijada por el legislador.
- Pena concreta. Determinada por el juez.

Su análisis se realizará a partir de las sentencias establecidas como muestra.

Para la variable Principio de Proporcionalidad, se establecieron las siguientes dimensiones:

- Regulación del principio de proporcionalidad.
- Sub Principio de idoneidad, pues las penas privativas de libertad tienen que buscar un fin constitucional.
- Sub Principio de necesidad, pues las penas privativas de libertad tienen que ser necesarias para lograr un fin constitucional.
- Proporcionalidad en sentido estricto pues se tiene que ponderar.

Su análisis se realizará a partir de las sentencias establecidas como muestra.

3.1.4 Técnicas para la recolección de datos

Para llevar a cabo la recolección de datos se aplicó la técnica de revisión documental. En el caso, se recogió las sentencias condenatorias expedidas por los Juzgados Penales Colegiados del Distrito Judicial de Arequipa de enero a julio del 2019, en las que se aplicó el principio de proporcionalidad para la reducción de la pena privativa de la libertad.

3.1.5 Descripción de los instrumentos

Recolectados los datos (sentencias condenatorias) se procedió a emplear el método analítico a fin de estudiar en cada sentencia su motivación en la individualización judicial de la pena y el principio de proporcionalidad. El método empleado es el comparativo, a través del cual se podrá identificar las relaciones de similitud, identidades y diferencias entre las sentencias analizadas.

También se empleará el método deductivo ya que se relacionará los conceptos (principios) y los confrontaremos con la realidad.

Las técnicas de recolección de datos son: el análisis de material bibliográfico tanto nacional como extranjero, y el análisis de las sentencias condenatorias.

3.1.6 Técnicas para el procesamiento y análisis de los datos

El procesamiento de la información recopilada se realizó a través del análisis documental de las sentencias condenatorias emitidas por los Juzgados Penales Colegiados del Distrito Judicial de Arequipa; de las cuales se seleccionó 50 sentencias al azar (25 de cada juzgado), en las que se determinó la aplicabilidad

del principio de proporcionalidad para la individualización concreta de la pena privativa de la libertad y se analizó cómo se justificó su disminución de la pena concreta por debajo del mínimo legal.

3.2 Aspectos éticos

La presente investigación contiene información teórica sobre la cual se basó para analizar los resultados obtenidos a partir de la aplicación del instrumento de recolección de datos. La información teórica presentada ha sido tomada de fuentes fiables las cuales fueron citadas en el desarrollo del estudio. En cuanto al uso de la información, toda la que fue recolectada en este estudio es verídica; refiriendo que en ninguna sección del trabajo se tergiversarán o inventarán datos, todo lo que se expone en esta investigación y se presenta de forma sensata.

3.3 Justificación de la investigación

3.3.1 Importancia de la investigación

La importancia del principio de proporcionalidad como limitador de la intervención punitiva del Estado, trasciende a la exigencia de la justificación de las normas sancionadoras. Su aplicación debe permitir al legislador penal concientizarse en su función de legislar normas penales, las cuales deben ser respetuosas de los derechos fundamentales, tanto del dispositivo como de las penas establecidas. No obstante, en estos tiempos de incremento de la criminalidad, el legislador no sólo ha creado nuevos delitos, sino que también ha incrementado las penas, ello con el fin de lograr un efecto negativo en la comisión

de delitos.

El no contar con penas proporcionadas en abstracto, puede conllevar a un problema en el momento de la determinación judicial de la pena; podría incluso ocasionar su inaplicación por los demás operadores del derecho, en este caso por los jueces penales. Al realizarse la motivación de la decisión judicial, en la determinación de la pena, el principio de proporcionalidad en sentido estricto, entendido como principio que limita la finalidad preventiva de la pena, impide que sea vulnerado hacia arriba, pero no hacia abajo; en este caso la disminución de la pena deberá obedecer a algún motivo.

En ese sentido, importa conocer qué ocurre en nuestro sistema jurídico penal, cómo aplican los jueces el principio de proporcionalidad en la individualización judicial de la pena y los criterios que utilizan cuando se desvinculan de la pena abstracta. La motivación y justificación coadyuvará a la predictibilidad de las decisiones judiciales y generar estabilidad y confiabilidad en el derecho (seguridad jurídica).

La investigación es importante pues, en primer lugar, a través del estudio de las sentencias condenatorias de los Juzgados Penales Colegiados de Arequipa se identificará los criterios que en la práctica utilizan los jueces cuando invocan el principio de proporcionalidad para reducir la pena concreta, y si dichos criterios son compatibles con el principio de proporcionalidad.

En segundo lugar, identificados los fundamentos jurídicos empleados para la determinación judicial de la pena, se podrá analizar cómo fue el proceso de su determinación (esto es la reducción de la pena concreta) para lograr determinar la pena final.

En tercer lugar, luego de realizar un análisis dogmático de la pena, sus teorías y principios, así como del principio de proporcionalidad en la determinación abstracta y concreta de la pena, se podrá responder al problema principal de si puede reducirse la pena concreta en aplicación del principio de proporcionalidad.

La investigación tiene relevancia dentro de las siguientes dimensiones:

- **Dimensión social**

La presente investigación permitirá conocer la jurisprudencia arequipeña en la individualización de la pena y aplicación del principio de proporcionalidad; contribuyendo a la predictibilidad y al conocimiento de las decisiones judiciales por la comunidad jurídica.

- **Dimensión teórica**

La presente investigación permitirá desarrollar una comprensión significativa acerca de la aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena.

- **Dimensión metodológica**

La presente investigación sirve de inspiración y base a otros investigadores para evaluar la importancia del principio de proporcionalidad y cómo se viene aplicando en las decisiones judiciales sobre la pena por los jueces penales de Arequipa.

3.3.2 Viabilidad de la investigación

La presente investigación fue viable desde los siguientes aspectos:

- **Viabilidad técnica**

Se contó con la disponibilidad y accesibilidad de la información del Poder Judicial para la aplicación de los instrumentos de recolección de datos.

- **Viabilidad operativa**

En el aspecto operacional, la realización de la investigación fue viable debido a que la investigadora contó con los conocimientos y experiencia necesarios para llevar a cabo la recolección de datos, su procesamiento y análisis respectivos.

- **Viabilidad económica**

La investigadora contó con la experiencia académica, recursos económicos y de tiempo para realizar la investigación. El acceso a la información se desarrolló a través del estudio de libros y artículos relacionados al tema, así como las sentencias condenatorias emitidas por los Juzgados Colegiados de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

3.4 Limitaciones de la investigación

La investigación tuvo una limitación temporal, pues se realizó en el periodo de enero a julio del 2019.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1. Sentencias en las que se aplicó el principio de proporcionalidad para justificar la reducción de la pena privativa de libertad

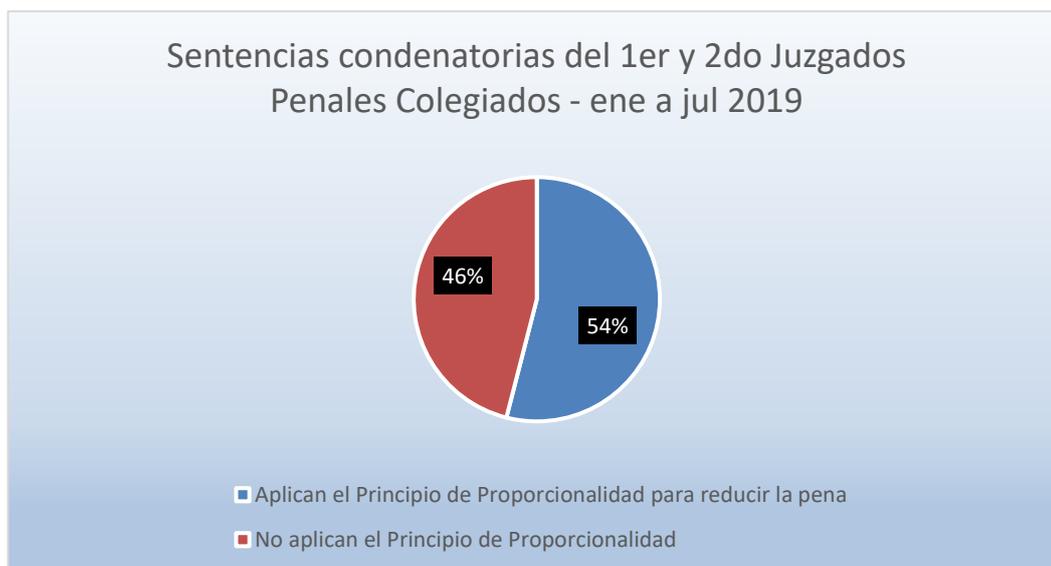
Los resultados de la investigación se describen a continuación mediante el abordaje sistemático de los objetivos propuestos. En ese sentido se observó que, del total de sentencias condenatorias emitidas por el 1er y 2do Juzgados Penales Colegiados del Distrito Judicial de Arequipa de enero a julio del 2019, ambos han acudido al Principio de Proporcionalidad para justificar la reducción de la pena concreta, esto ocurrió en alrededor del 50% de sus casos. Las sentencias provienen de los archivos de la Corte Superior de Justicia de Arequipa 2019.

Tabla 1. Sentencias condenatorias en que se aplicó el Principio de Proporcionalidad para la reducción de la pena privativa de libertad

Juzgados Penales Colegiados del Distrito Judicial de Arequipa	Sentencias condenatorias Enero - Julio 2019	Principio de Proporcionalidad para reducción de pena	
		Se aplicó	No se aplicó
1er Juzgado	112	71	41
2do Juzgado	102	44	58
Totales	214	115	99

Fuente: Sentencias del Distrito Judicial de Arequipa 2019

Figura 1. Porcentaje de casos en los que se aplicó el principio de Proporcionalidad para la reducción de la pena



Fuente: Sentencias del Distrito Judicial de Arequipa 2019

4.2. Sentencias en las que se aplicó el principio de proporcionalidad

Los Juzgados Penales Colegiados por competencia material y funcional conocen delitos que, en su extremo mínimo prevén una pena privativa de libertad mayor de seis años; es decir delitos graves, que implicaría una prisión efectiva (esto es reclusión). En ese sentido, las sentencias en las que se aplicó el principio de proporcionalidad para justificar la reducción de la pena concreta, comprenden diversos delitos, con prevalencia de los delitos contra el patrimonio (robo agravado), en segundo lugar los delitos contra la libertad sexual (en sus modalidades de violación sexual, violación de persona en estado de inconsciencia, violación sexual de menor de edad, tocamientos sin consentimiento y tocamientos en agravio de menores), y en tercer lugar los delitos contra la administración pública (en sus modalidades de violencia contra un funcionario público, violencia para impedir el ejercicio de sus funciones y sus formas agravadas).

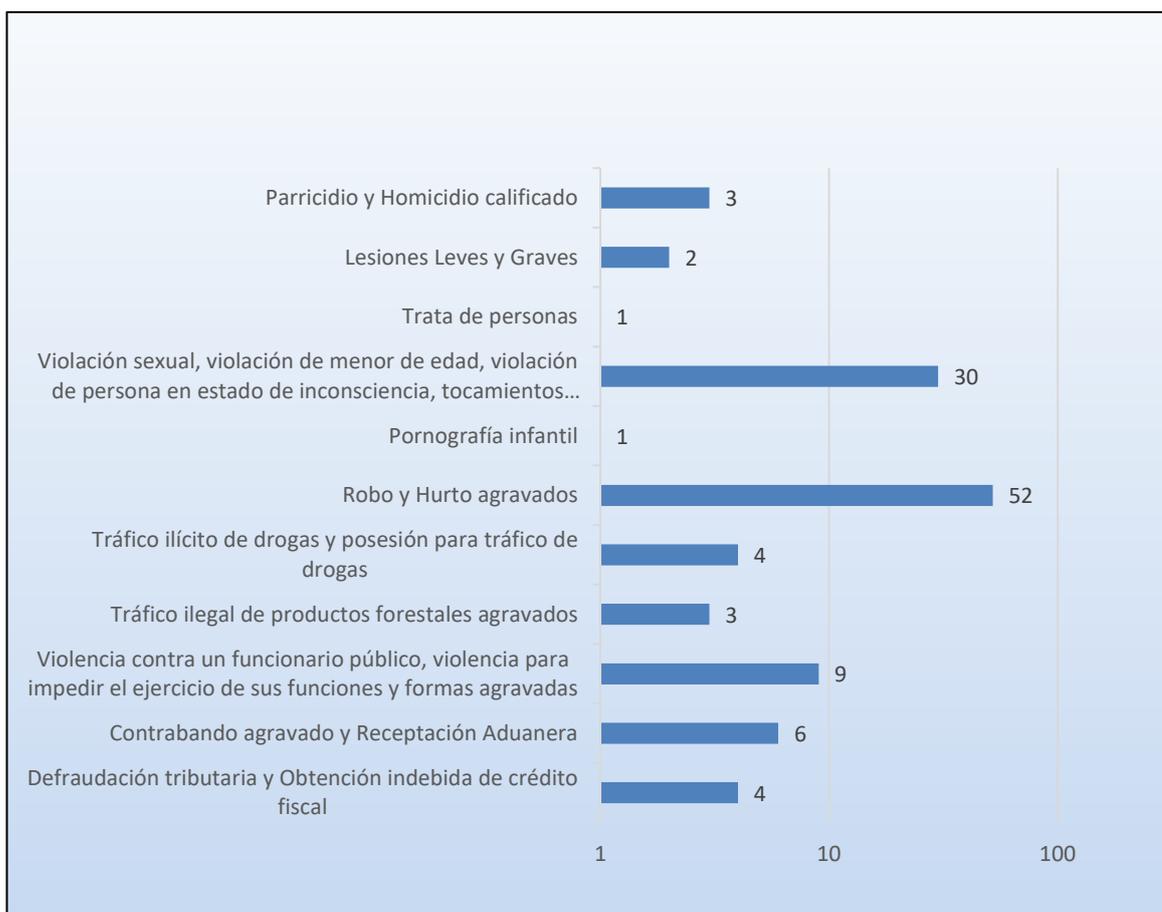
Se observó que, la aplicación ha sido menor en los delitos contra la vida el cuerpo y la salud (como el parricidio, homicidio calificado, lesiones leves y graves), delitos contra la seguridad pública (tráfico ilícito de drogas y posesión para su tráfico), así como delitos ambientales en la modalidad de tráfico ilegal de productos forestales en su modalidad agravada, entre otros. Veamos la siguiente tabla:

Tabla 2. Delitos en que se aplicó el Principio de Proporcionalidad para la reducción de la pena privativa de libertad

Delitos	Normatividad	1er Juzgado	2do Juzgado	Subtotal
Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud (Parricidio y Homicidio calificado)	107 y 108	3	0	3
Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud (Lesiones Leves y Graves)	121 y 122	1	1	2
Delitos contra la libertad (Trata de personas)	153	0	1	1
Delitos contra la libertad (Violación sexual, violación de persona en estado de inconsciencia, violación sexual de menor de edad, tocamientos sin consentimiento y tocamientos en agravio de menores)	170, 171, 173, 176 y 176-A	20	10	30
Delitos contra la libertad (Pornografía infantil)	183-A	1	0	1
Delitos contra el patrimonio (Robo y Hurto agravados)	188 cc. 189 y 185 cc. 186	28	24	52
Delitos contra la seguridad pública (Tráfico ilícito de drogas y posesión para tráfico de drogas)	296 y 297	1	3	4
Delitos ambientales (Tráfico ilegal de productos forestales agravados)	310-A y 310-C	3	0	3
Delitos contra la administración pública (Violencia contra un funcionario público, violencia para impedir el ejercicio de sus funciones y formas agravadas)	365, 366 y 367	4	5	9
Delitos Aduaneros (Contrabando agravado y Receptación Aduanera)	Ley 28008	6	0	6
Delitos Tributarios (Defraudación tributaria y Obtención indebida de crédito fiscal)	Dec. Leg. 813	4	0	4
Totales		71	44	115

Fuente: Sentencias del 1er y 2do Juzgados Penales Colegiados del Distrito Judicial de Arequipa – enero a julio 2019

Figura 2. Delitos en los que se aplicó el Principio de Proporcionalidad para la reducción de la pena privativa de libertad



Fuente: Sentencias del 1er y 2do Juzgados Penales Colegiados del Distrito Judicial de Arequipa – enero a julio 2019

4.3. Determinación judicial de la pena según los criterios de los Juzgados Colegiados

Se ha seleccionado 50 sentencias (25 de cada Juzgado Penal Colegiado), en las que se ha analizado el proceso que realiza el juez para individualizar la pena, el mismo sigue las siguientes pautas:

Primero: Se identificó la pena básica (pena legal abstracta); esto es la legalmente conminada por el tipo penal imputado, con sus extremos mínimo y máximo.

Segundo: Se evaluó la concurrencia de circunstancias cualificadas (como la reincidencia, habitualidad, delito continuado, concurso real, concurso ideal, entre otros) o atenuantes privilegiadas (aún no establecidas en nuestro ordenamiento jurídico), o causales de disminución de punibilidad (cuyos efectos se equiparan a las circunstancias atenuantes privilegiadas), que puedan modificar el marco punitivo hacia arriba o hacia abajo, según lo establecido en el artículo 45-A, inciso 3, del Código Penal, o que concurriendo ambas se compensen y se determine la pena dentro de los límites del marco abstracto de la pena básica.

Tercero: Establecido el nuevo marco punitivo, se aplicó el sistema de tercios que consiste en dividir el marco punitivo entre tres; y luego, atendiendo a la concurrencia de circunstancias genéricas agravantes o atenuantes, se determinará en qué tercio se ubicará la pena a imponer, según artículo 45-A, inciso 2, del Código Penal. El sistema de tercios, en la mayoría de los casos, fue aplicado a los casos con agravantes específicas. La excepción se produjo en pocos casos, en los que se estableció que cuando concurren circunstancias agravantes específicas no corresponde aplicar el sistema de tercios, sino que, se asigna un porcentaje por cada agravante específica. Lográndose una pena determinada.

Cuarto: Dentro del nuevo marco concreto, a continuación, se determinó la pena correspondiente según los criterios señalados en el artículo 45 del Código Penal.

Quinto: Enseguida se efectuó los descuentos respectivos por el beneficio de la confesión sincera y además por los beneficios de terminación anticipada o conclusión anticipada, que permitirán una reducción de la pena de hasta un sexto,

un sétimo o hasta un tercio, respectivamente, con lo cual se obtendrá una pena concreta parcial.

Sexto: El último paso es la aplicación del principio de proporcionalidad respecto de la pena concreta parcial, el cual permitirá su reducción sólo si concurre alguno de los criterios especiales que consideran los jueces sirven para dicho propósito; siendo el *quantum* de la reducción discrecional, con lo que se logrará la pena concreta final.

Es importante precisar, que el procedimiento realizado para la determinación judicial de la pena es muy diferente al realizado por la Corte Suprema, quien efectúa una reducción por debajo del mínimo legal, sólo si concurre alguna causal de disminución de punibilidad, circunstancias privilegiadas o reglas de reducción por bonificación procesal, disminución que realiza atendiendo al principio de proporcionalidad; o en su caso, de manera excepcional atendiendo a los fines de la pena. La excepción se produce, cuando determinada la pena concreta, considera que es desproporcional, en consecuencia, efectuará una reducción adicional a fin de lograr su proporcionalidad con la gravedad del injusto y culpabilidad del autor.

4.4. Criterios para la reducción de la pena concreta en aplicación del principio de proporcionalidad en las sentencias emitidas por los Juzgados Colegiados de Arequipa

De las Sentencias analizadas, se han recogido los fundamentos sobre la determinación judicial de la pena, y de manera específica los criterios que han justificado la aplicación del principio de proporcionalidad para la reducción de la pena privativa de libertad concreta. Como se podrá apreciar estos fundamentos son

muy variados y empleados con criterio discrecional por el juzgador dependiendo del caso en concreto:

Tabla 3. Fundamentos de la aplicación del Principio de Proporcionalidad

Nº	Expediente y Sentencia	Imputado	Delito	Fundamentos del Principio de Proporcionalidad
1	02540-2018-8-0401-JR-P-01 Sent. 7/01/2019 Conformada	Julio César Urquizo Ybárcena	Robo Agravado - Tentativa	- Pago de la Reparación Civil
2	07346-2018-88-0401-JR-PE-04 Sent. 7/02/2019 Conformada	Salvador Richard Flores Mamani	Robo Agravado – Tentativa	- Pago de la Reparación Civil - Lesividad mínima
3	0175-2017-81-0401-JR-PE-04 Sent. 12/02/2019 Conformada	Rubén Sabino Huanca Hanco	Lesiones Leves y Desobediencia la Autoridad	- Pago de la Reparación Civil
4	01071-2013-12-0401-JR-PR-04 Sent. 5/03/2019 Conformada	Yoni Arana Cutire Arenas	Contrabando Agravado	- Pago de la Reparación Civil - Lesividad mínima - Reproche menor
5	00163-2015-80-0401-JR-PE-01 Sent. 20/03/2019 Conformada	Daniel Eduardo Falcón Contreras	Violación Sexual de menor de edad	- Pago de la Reparación Civil - Test de Proporcionalidad - Consentimiento Imperfecto
6	05217-2018-12-0401-JR-PE-01 Sent. 25/03/2019 Conformada	César Augusto Aytara Yucra	Robo Agravado	- Pago de la Reparación Civil
7	09173-2018-66-0401-JR-PE-03 Sent. 2/04/2019 Conformada	Danahi Yashira Capatinta Agramonte	Tráfico Ilícito de Drogas	- Pago de la Reparación Civil
8	04268-2018-49-0401-JR-PE-05 Sent. 3/04/2019 Conformada	Lindolfo Hermógenes Bejarano Malgarejo	Tráfico Ilegal de Productos Forestales Maderables	- Pago de la Reparación Civil - Lesividad mínima - Reproche menor
9	04709-2018-94-0401-JR-PE-01	Daniel Santos Garavito Ollancaya	Robo Agravado	- Pago de la Reparación Civil

	Sent. 4/04/2019 Conformada			
10	04324-2014-29-0402-JR-PE-02 Sent. 16/04/2019 Conformada	Jorge Medina Riveros (autor) y otros (cómplices)	Defraudación Tributaria	- Pago de la Reparación Civil
11	00576-2018-41-0401-JR-PE-01 Sent. 24/04/2019 Conformada	Fredy Ricardo Taco Suya	Homicidio Calificado	- Pago de la Reparación Civil
12	02247-2018-92-0401-JR-PE-02 Sent. 3/05/2019 Conformada	Álvaro Ruperto Ticona Mamani	Violación de persona en estado de inconciencia	- Pago de la Reparación Civil - Lesividad mínima - Arrepentimiento
13	04957-2017-59-0401-JR-PE-04 Sent. 6/05/2019 Conformada	Ricardo Iván Ríos Méndez	Violación sexual de menor de edad	- Pago de la Reparación Civil - Test de Proporcionalidad - Lesividad mínima - Injusto leve
14	01555-2018-82-0401-JR-PE-01 Sent. 21/05/2019 Conformada	Mario Quispe Ccalla	Hurto Agravado	- Pago de la Reparación Civil
15	01014-2018-88-0401-JR-PE-01 Sent. 22/05/2019 Conformada	William Taipe Minaya y Víctor Eddy Puma Huanca	Violación Sexual Agravada	- Pago de la Reparación Civil - Test de Proporcionalidad - Autopuesta en peligro - Edad de los imputados
16	10551-2018-3-0401-JR-PE-02 Sent. 30/05/2019 Conformada	Román Quispe Quispe	Robo Agravado	- Pago de la Reparación Civil - Lesividad mínima
17	09353-2018-91-0401-JR-PE-03 Sent. 26/06/2019 Conformada	Frank Josimar Gómez Chora	Robo Agravado	- Pago de la Reparación Civil - Lesividad mínima - Colaboración en la investigación - Arrepentimiento
18	13178-2018-27-0401-JR-PE-03 Sent. 28/06/2019 Conformada	Fiorella Romero Bedoya	Violencia y Resistencia a la Autoridad	- Pago de la Reparación Civil
19	00437-2018-44-0401-JR-PE-03	Brayan Anthony Condori Díaz	Robo Agravado	- Pago de la Reparación Civil - Lesividad mínima - Arrepentimiento

	Sent. 28/06/2019 Conformada			
20	00933-2012-0401- JR-PE-01 Sent. 3/07/2019 Conformada	Pedro Anconeira Samayani	Violación Sexual Agravada	- Pago de la Reparación Civil
21	00753-2015-17- 0401-JR-PE-05 Sent. 4/07/2019 Conformada	Justa Justina Ordoñez Gutiérrez y Hugo Perca	Contrabando Agravado	- Pago de la Reparación Civil
22	05621-2017-12- 0401-JR-PE-02 Sent. 9/07/2019 Conformada	Rosil Sullca Ñahui	Violación Sexual de menor de edad	- Pago de la Reparación Civil
23	00885-2011-27- 0401-JR-PE-03 Sent. 19/07/2019 Conformada	Juan Fidel Quisbert Morales	Contrabando Agravado	- Pago de la Reparación Civil
24	11544-2018-4- 401-JR-PE-03 Sent. 12/07/2019 Conformada	William Ollanchica Apaza y Edwin Deza Zarate	Robo Agravado - Tentativa	- Pago de la Reparación Civil
25	11708-2018-54- 0401-JR-PE-05 Sent. 23/07/2019 Conformada	David Javier Bohorquez Cairo	Tráfico Ilegal de productos forestales maderables	- Pago de la Reparación Civil

Fuente: Sentencias del Primer Juzgado Penal Colegiado del Distrito Judicial de Arequipa - Enero a julio del 2019

Tabla 4. Fundamentos de la aplicación del Principio de Proporcionalidad

Nº	Expediente	Imputado	Delito	Penas Privativas de Libertad
1	2643-2018-1-0401-JR-PE-02 Sent. 11/02/2019 Conformada	Aron Eduardo Terranegra	Robo Agravado	- Pago de la Reparación Civil
2	02241-2015-85-0401-JR-PE-02 Sent. 26/02/2019 Conformada	Félix Bustinza Lazarinos	Actos contra el pudor de menor	- Lesividad mínima - Injusto no muy grave - Culpabilidad: Agente primario - Pago de la Reparación Civil - Arrepentimiento
3	03726-2018-17-0401-JR-PE-02 Sent. 26/02/2019 Conformada	Ricardo Alexander Linares Castro	Actos contra el pudor de menor	- Pago de la Reparación Civil - Test de proporcionalidad - Lesividad mínima
4	10251-2018-81-0401-JR-PE-01 Sent. 6/03/2019 Conformada	Paul Jorge Chávez Quirita	Robo Agravado	- Pago de la Reparación Civil - Culpabilidad
5	07164-2018-49-0401-JR-PE-03 Sent. 22/03/2019 Conformada	Wilmer Maza Carmen	Robo Agravado	- Injusto de mediana gravedad: Pago de la Reparación Civil y lesiones mínimas. - Culpabilidad media: reo primario y joven.
6	06348-2017-31-0401-JR-PE-01 Sent. 27/03/2019 Conformada	Anthony Alberto Viza Chuctaya	Robo Agravado	- Injusto de leve gravedad: Amenaza (no afectación corporal), se recuperó bienes. - Culpabilidad leve: reo primario, joven, con estudios secundarios
7	07136-2018-13-0401-JR-PE-02 Sent. 15/03/2019 Conformada	Carlos Humberto Arizábal y otro	Robo Agravado	- Gravedad del delito (tentativa) - Lesividad (magnitud del daño causado), no hay daño grave a la persona, se devolvió bien y se pagó la Reparación Civil - Reos primarios y jóvenes
8	00260-2018-87-0401-JR-PE-01 Sent. 20/03/2019 Conformada	Alexander Hierson Luque Ramos y otros	Robo Agravado	- Lesividad mínima - Culpabilidad - Injusto no grave - Pago de la Reparación Civil

				<ul style="list-style-type: none"> - Reos jóvenes - Arrepentimiento
9	10920-2018-14-0401-JR-PE-01 Sent. 06/03/2019 Conformada	Fiorella Melizza Quispe Choque	Tráfico de Droga	<ul style="list-style-type: none"> - Lesividad mínima - Culpabilidad: joven y en estado de necesidad - Pago de la Reparación Civil - Arrepentimiento
10	05908-2018-12-0401-JR-PE-03 Sent. 26/03/2019 Conformada	José Catacora Salcedo	Robo agravado	<ul style="list-style-type: none"> - Injusto leve - Culpabilidad media: imputado con problemas de alcohol, primaria incompleta, sentencia anterior.
11	06348-2017-31-0401-JR-PE-01 Sent. 14/03/2019 Conformada	Juan Carlos Garate Condori	Robo agravado	<ul style="list-style-type: none"> - Injusto de gravedad leve - Culpabilidad media: joven, estudios inconclusos, sentencia anterior.
12	05755-2017-48-0401-JR-PE-01 Sent. 16/04/2019 Conformada	Alonso David Huayta Ossa	Actos contra el Pudor de menor	<ul style="list-style-type: none"> - Gravedad del delito - Lesividad - Pago de la Reparación Civil - Personalidad
13	11274-2018-76-0401-JR-PE-01 Sent. 15/04/2019 Conformada	Alberto Daniel Yauli Lipe	Robo agravado	<ul style="list-style-type: none"> - Injusto: gravedad media (lesiones mínimas, tentativa y se pagó reparación civil). - Culpabilidad: joven, reo primario, estudios básicos
14	07531-2018-24-0401-JR-PE-04 Sent. 6/06/2019 Conformada	Jorge Jesús Huapaya Silva	Robo Agravado	<ul style="list-style-type: none"> - Injusto: gravedad media (lesiones mínimas y se pagó reparación civil). - Culpabilidad: joven, reo primario, estudios básicos
15	09820-2018-48-0401-JR-PE-01 Sent. 26/04/2019 Conformada	José Manuel Roncacio Peña	Robo Agravado	<ul style="list-style-type: none"> - Gravedad del delito - Lesividad: No hay lesiones y se pagó reparación civil - Culpabilidad: joven y extranjero
16	04746-2018-4-0401-JR-PE-01 Sent. 9/05/2019 Conformada	Oscar Brando Malca Fernández	Robo Agravado	<ul style="list-style-type: none"> - Lesividad mínima: Lesiones leves y se recuperó bienes - Culpabilidad - Magnitud del injusto - Pago de la Reparación Civil - Arrepentimiento
17	09243-2017-43-0401-JR-PE-02	Abraham Efrain Soncco Mamani	Trata de personas	<ul style="list-style-type: none"> - Gravedad del delito: medios no graves

	Sent. 21/05/2019 Conformada			<ul style="list-style-type: none"> - Lesividad: no afectación - Pago de la Reparación Civil - Personalidad del agente, sin antecedentes
18	08513-2018-45-0401-JR-PE-03 Sent. 23/05/2019 Conformada	Jhonatan Heber Álvarez Turpo	Robo Agravado	<ul style="list-style-type: none"> - Lesividad mínima - Injusto no grave - Pago de la Reparación Civil - Persona joven - Arrepentimiento
19	01634-2018-39-0401-JR-PE-03 Sent. 23/05/2019 Conformada	Miguel Ángel Huayllani Mendoza	Robo Agravado	<ul style="list-style-type: none"> - Lesividad mínima - Injusto no grave - Pago de la Reparación Civil - Persona joven - Arrepentimiento
20	05796-2017-76-0401-JR-PE-03 Sent. 30/05/2019 Conformada	Fernando Roca De la Cruz y Jhon Roberto Puchuri Libandro	Robo Agravado	<ul style="list-style-type: none"> - Gravedad del hecho punible: grave - Lesividad mínima - Pago de la Reparación Civil - Personalidad de los agentes: jóvenes, oficio, primarios
21	06678-2017-75-0401-JR-PE-01 Sent. 7/06/2019	Ricardo Valerio Quispe y otros	Violación Sexual	<ul style="list-style-type: none"> - Reconocimiento de los hechos - Es reo primario - Pago de la Reparación Civil - Arrepentimiento.
22	0390-2017-85-0401-JR-PE-01 Sent. 11/06/2019 Conformada	Marcelino Cipriano Pilco Curasi	Actos contra el pudor de menor	<ul style="list-style-type: none"> - Lesividad mínima - Injusto no grave - Pago de la Reparación Civil
23	05438-2017-95-0401-JR-PE-01 Sent. 27/06/2019	Anthony Christian Gamarra Saldaña y otro	Robo agravado	<ul style="list-style-type: none"> - Lesividad mínima - Injusto no grave - Pago de la Reparación Civil - Reconocimiento parcial
24	13242-2018-2-0401-JR-PE-01 Sent. 31/07/2019 Conformada	William Antony Aquino Chambi	Robo agravado	<ul style="list-style-type: none"> - Lesividad mínima - Pago de la Reparación Civil - Arrepentimiento
25	02764-2011-37-0401-JR-PE-01 Sent. 25/07/2019	Clemente Alvis Chávez	Violación Sexual	<ul style="list-style-type: none"> - Gravedad del hecho: sí - Lesividad - Pago de la reparación civil - Personalidad: reo primario, aceptó los cargos

Fuente: Sentencias del Segundo Juzgado Penal Colegiado del Distrito Judicial de Arequipa - Enero a julio del 2019

A continuación, se desarrollará el procedimiento seguido para la individualización de la pena y los fundamentos que justificaron la reducción de la pena concreta en aplicación del principio de proporcionalidad.

4.4.1 Fundamento 01: El pago de la reparación civil

El Primer Juzgado Penal Colegiado sostiene que la reparación civil en la vía penal puede configurarse como una “sanción autónoma” y no como una consecuencia accesoria de la privación de libertad. Fundamento que se apoya en la propuesta dogmática de Claus Roxin sobre una “Tercera Vía” dentro del Derecho Penal y está referida a la reparación voluntaria del daño causado por el delinciente. También se hace referencia al autor Julio Rodríguez (en su artículo La reparación como tercera vía en el Derecho Penal) quien señala que, deben buscarse aplicar las otras posibilidades antes de pensar en la solución punitiva. Asimismo, hace referencia al Tribunal Constitucional (citando el Exp. N° 2982-2003-HC/TC) quien diferencia entre la reparación civil y la pena, interpretando el órgano jurisdiccional que ello es así porque la reparación civil en la vía penal cumple una función preventiva general positiva y de resocialización del delinciente, y desde un criterio preventivo general, la reparación permite que la colectividad verifique el buen funcionamiento del sistema penal.

Por lo que, el Juzgado, atendiendo a la crisis actual que atraviesa la pena privativa de libertad, señala que deben utilizarse mecanismos alternos para la resolución de conflictos penales; y concluye que, en caso de haberse pagado la

reparación civil (sanción derivada de un derecho penal reparador), no cabe la imposición de una pena desmesurada o desproporcionada.

Veamos los siguientes casos:

4.4.1.1 Sentencia del Exp. 02540-2018-8-0401-JR-P-01 (07 de enero del 2019).

La Sentencia conformada analiza un caso de robo agravado tentado, imputado a Julio César Urquizo Ybárcena y Yesenia Yurico Saavedra Mamani, ocurrido el 19 de marzo del 2018, a las 12:10 horas, cuando por inmediaciones de la tercera cuadra de la calle Alto de La Luna, el agraviado Fabian Torres Rodríguez se encontraba comiendo, lo que aprovechó el imputado Urquizo para sustraerle S/. 20.00 soles del bolsillo de su casaca, pero que al darse cuenta el agraviado procedió a perseguir a dicho imputado, siendo que el mismo entregó el dinero a su coimputada Yesenia Yurico, y luego con un cortaúñas amenazó al agraviado con agredirlo; posteriormente, fueron intervenidos policialmente. Hechos por los cuales se impuso a los imputados cuatro años de pena privativa de libertad convertida a jornadas de prestación de servicios a la comunidad.

Sobre la determinación judicial de la pena el Juzgado valoró:

7.6.7.- En el caso concreto, los acusados han cumplido con el pago íntegro de la reparación civil y adicionalmente han pagado la suma de doscientos soles como acto de liberalidad, en forma libre y voluntaria y ha revelado a través de este acto su propósito de corrección, enmienda y de respeto a la norma social vulnerada; es decir, nos ha demostrado que ha logrado internalizar la conducta prohibida cometida por voluntad

propia. El Tribunal considera que en el caso concreto los propósitos de prevención general positiva y negativa se han visto cumplidos, no sólo porque se ratifica el mensaje de aprendizaje a la sociedad para evitar que cometan delitos de similar naturaleza ante la amenaza de imposición de privativa de libertad efectiva, sino y sobre todo –como una tercera vía del derecho penal– se encuentra un nuevo mensaje de amenaza de condena de pago de una reparación económica a favor de la víctima del delito. En efecto, se ha verificado que hasta ahora los fines de la pena privativa de libertad y del pago de la reparación civil, como sanción derivada de un derecho penal reparador, se vienen cumpliendo; sin embargo, encontrándonos frente a un delito tan común en nuestros días como lo es el que nos ocupa, la sanción reparatoria debe coexistir con una pena privativa de la libertad efectiva de corta duración (...).

4.4.1.2 Sentencia del Exp. 09173-2015-80-0401-JR-PE-01 (02 de abril del 2019):

La Sentencia analiza un caso de favorecimiento y facilitación de tráfico y consumo ilegal de drogas tóxicas regulado en el artículo 296, primer párrafo, del Código Penal, imputado a Danahi Yashira Capatinta Agramonte, a quien el 24 de agosto del 2018 se la intervino por comercialización de droga “marihuana y cocaína”, y que luego, en su registro domiciliario se le halló también mayor cantidad de “marihuana” y balanzas. Hechos por los cuales se impuso cuatro años de pena privativa de libertad convertida a jornadas de prestación de servicios a la comunidad.

Sobre la determinación judicial de la pena el Juzgado valoró que el delito imputado tiene un marco legal de no menor de ocho ni mayor de quince años; que el Ministerio Público solicitó una pena inicial de ocho años, pero que luego, al instaurarse el proceso de conformidad, se arribó a un acuerdo con la defensa de cuatro años de pena privativa de libertad, reducción que obedece al beneficio por conclusión anticipada (un sétimo), colaboración en el esclarecimiento de los hechos (por proporcionar en forma voluntaria los números telefónicos de sus proveedores) y haber cumplido el pago de la reparación civil.

El juzgado verificó la legalidad del acuerdo señalando que, en el caso no concurre circunstancias agravantes y la acusada no registra antecedentes penales, por lo que la pena se ubica en el extremo mínimo del tercio inferior, luego efectuado el descuento por conclusión anticipada el resultado de la pena es de seis años y diez meses de pena privativa de libertad, enseguida por colaboración a la acción de la justicia se ha reducido un año, y finalmente por principio de proporcionalidad se solicitó un año y nueve meses de pena. Su fundamento es el siguiente:

7.6.8.- En el caso concreto, la acusada ha cumplido con el pago íntegro de la reparación civil en forma libre y voluntaria y ha revelado a través de este acto su propósito de corrección, enmienda y de respeto a la norma social vulnerada; es decir, nos ha demostrado que ha logrado internalizar la conducta prohibida cometida por voluntad propia. El Tribunal considera que en el caso concreto los propósitos de prevención general positiva y negativa se han visto cumplidos, no sólo porque se ratifica el mensaje de aprendizaje a la sociedad para evitar se cometan delitos de similar naturaleza ante la amenaza de imposición de una pena

privativa de la libertad efectiva, sino y sobre todo –como una tercera vía del derecho penal– se envía un nuevo mensaje de amenaza de condena de pago de una reparación económica a favor de la víctima del delito. En efecto, se ha verificado que hasta ahora los fines de la pena privativa de la libertad y del pago de la reparación civil, como sanción derivada de un derecho penal reparador, se vienen cumpliendo; sin embargo, encontrándonos frente a un delito tan común en nuestros días como lo es el que nos ocupa, la sanción civil reparatoria debe coexistir con una pena privativa de la libertad efectiva de corta duración.

4.4.1.3 Sentencia del Exp. 04957-2017-59-0401-JR-PE-04 (06 de mayo del 2019):

La Sentencia analiza un caso de violación sexual de menor de edad previsto en el artículo 173, primer párrafo, inciso 2, del Código Penal, imputado a Ricardo Iván Ríos Méndez, quien, a inicios y a fines de enero del 2017 (en dos oportunidades), en el domicilio del menor agraviado D.R.Q.C. (de 12 años), sostuvo relaciones sexuales vía anal con dicho menor. Hechos por los cuales se le impuso cuatro años de pena privativa de libertad convertida a jornadas de prestación de servicios a la comunidad.

Sobre la determinación judicial de la pena el Juzgado valoró que el marco punitivo que corresponde es de no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años, y que concurre la circunstancia genérica atenuante de carencia de antecedentes penales. Luego consideró que, el menor agraviado de 12 años, si bien no tenía madurez psicosexual, sí estaba en la época de iniciar su desarrollo

psicosexual y decidir una relación sentimental y consentir relaciones sexuales, lo que no puede ser reprimido por el derecho penal; y si bien el menor no contaba con la edad establecida por norma para consentir relaciones sexuales (catorce años), sí concurre un supuesto de consentimiento imperfecto, el cual puede ser considerado como una eximente incompleta de responsabilidad penal, circunstancia atenuante privilegiada que faculta disminuir prudencialmente la pena. Asimismo, consideró que, en el caso, que no hay una afectación psicológica propiamente (pero sí indicadores secundarios como la estigmatización y vergüenza) que pueda devenir en la agravación de la pena. Que la circunstancia atenuante privilegiada (por analogía con las circunstancias cualificadas agravantes) permite construir un nuevo marco punitivo, siendo que la nueva pena concreta a imponer va entre los quince a treinta años de pena privativa de la libertad, pero considerando la calidad de agente primario del acusado, la pena deberá ubicarse en el tercio inferior, esto es de quince años de pena privativa de libertad. De otro lado, el Juzgado redujo la pena por conclusión anticipada (inaplicando el artículo 5 de la Ley 30838 por considerar es inconstitucional), quedando la pena reducida en doce años y ocho meses de pena privativa de la libertad. Luego, realizado el descuento por confesión sincera, la pena queda en ocho años y cuatro meses de pena privativa de libertad. Y finalmente, al haber el imputado pagado la reparación civil voluntariamente, el juzgado valora dicha conducta para la determinación de la pena y la acoge como fundamento para la reducción prudencial de la pena aplicando el principio de proporcionalidad; en consecuencia, la redujo hasta cuatro años de pena privativa de libertad. Señala que, se verifica que los fines de la pena y del pago de la reparación civil, como sanción derivada de un derecho penal reparador, se vienen cumpliendo. El fundamento sobre lo último es el siguiente:

2.3.8.- De otro lado, ha sido admitido por ambas partes que el acusado ha hecho pago de la suma de S/. 15,000.00 (quince mil con 00/100 soles) por concepto de Reparación civil mediante cupón judicial N° 2019013400746. Dicho monto corresponde a la cantidad solicitada por el actor civil. En base a ello, el Juzgado valora esta conducta para la determinación de pena, ya que el sistema penal debe ofrecer al procesado la posibilidad de reparar el daño ocasionado por propia voluntad, conducta que a criterio del Colegiado sirve para determinar la reducción prudencial de la pena aplicando el principio de proporcionalidad, porque el acusado ha resarcido monetariamente el daño ocasionado a la víctima. Estando a los fundamentos señalados, es posible reducir prudencialmente la pena por el periodo de un año lo que correspondería en la aplicación de una pena de cuatro años de pena privativa de la libertad. (p.19)

El Segundo Juzgado Penal Colegiado expresa que, para la aplicación del principio de proporcionalidad, el Código Penal permite afirmar que debe utilizarse varios indicadores como los intereses de la víctima (pago de reparación civil), también la gravedad del hecho y lesividad de la conducta, así como la personalidad del agente (edad, ocupación, condición de reo primario, medio en el que vive, necesidad de propiciar su rehabilitación y reincorporación a la sociedad). Siendo que sobre la “tercera vía” propuesta por Claus Roxin señala que ésta no puede implicar la ausencia de una sanción penal pues ello podría significar que toda persona que tiene dinero pueda comprar su libertad o una determinada reducción de pena. Veamos los siguientes casos:

4.4.1.4 Sentencia del Exp. 02764-2011-37-0401-JR-PE-01 (25 de julio del 2019):

La Sentencia conformada analiza un caso de violación sexual de menor establecido en el artículo 170, primer párrafo, del Código Penal, imputado a Clemente Alvis Chávez quien, en enero del 2011, en el domicilio que compartía con su sobrina, la menor agraviada de iniciales T.L.C.A. (de 14 años), mediante amenaza sometió a trato sexual a la misma, relación de la cual la menor procreó un hijo. Hechos por los cuales se le impuso cuatro años y seis meses de pena privativa de libertad.

Sobre la determinación de la pena, el Juzgado consideró que, en el caso, no resulta aplicable el beneficio por conclusión anticipada, ni respecto al interés superior del niño. Luego, analiza el principio de proporcionalidad, y precisa que ésta permite la imposición de una pena por debajo del mínimo legal, y señala como parámetros para evitar la arbitrariedad: los intereses de la víctima, la gravedad del hecho y lesividad de la conducta y personalidad del agente (edad, ocupación, condición de reo primario, medio en el que vive, necesidad de propiciar su rehabilitación y posterior reincorporación a la sociedad). En consecuencia, decide que la reducción proporcional es de un año. Aquí el fundamento:

vii) En cuanto a la reparación del daño, se verificó el pago total de la reparación civil de S/. 1,500.00 soles; además de una liberalidad de S/. 18,500.00 soles, esto evidencia una actitud, si bien posterior al delito, de resarcir el daño que debe ser evidentemente valorado, empero con el cuidado posible, no dándole mayor preponderancia sobre otros aspectos, pues si bien es cierto Claus Roxin señaló la “tercera vía” como

sanción adicional, ésta no puede implicar la ausencia de una sanción penal –pensar así significaría que toda persona que tiene dinero estaría comprando su libertad o comprando una determinada reducción de pena–, aunque sí valorarse para una reducción razonable de la pena, sopesándose con los otros factores indicados: gravedad del hecho punible, lesividad y personalidad. (p.11)

4.4.1.5 Sentencia del Exp. 09374-2018-39-0401-JR-PE-04 (07 de febrero del 2019):

Se analiza un caso de Robo Agravado, atribuido a Brian Jhosep Cárdenas y Danny Alberto Purizaga Adrianzen, quien el 08 de setiembre del 2019, a las 11:30 horas, por la quinta cuadra de la Av. Jorge Chávez, interceptó al agraviado Jaime Rabanal Aguilar, requiriéndole le entregue su celular o lo punteaba, sujetándole del brazo, quitándole el celular y huyendo del lugar, siendo perseguidos por el agraviado quien dio cuenta a la autoridad policial quien los intervino. Hechos por lo que les impuso cuatro años de pena privativa de libertad, convertida a prestación de servicios a la comunidad.

Para la determinación de la pena el Juzgado partió de considerar que el marco punitivo para este delito es de no menor de doce ni mayor de veinte años de pena privativa de libertad; luego consideró a la tentativa como circunstancia atenuante privilegiada, construyendo un nuevo marco punitivo que va de los seis a doce años de pena privativa de libertad (considerando una analogía in *bonam parten* con las circunstancias agravantes calificadas como la reincidencia); enseguida aplicando el sistema de tercios, señala la pena debe ubicarse en el extremo inferior, y estando

a la reducción por el beneficio premiar de conclusión anticipada, se reduce la pena en un séptimo (diez meses), siendo la nueva cuantía de la pena cinco años y dos meses de pena privativa de libertad. Finalmente aplicando el principio de proporcionalidad de las penas, la reducen un año y dos meses, determinando la pena en cuatro años de pena privativa de la libertad.

8.2.5.9 En el caso concreto, los acusados han cumplido con el pago de una reparación civil en forma libre y voluntaria, han revelado a través de este acto su propósito de corrección, enmienda y de respeto a la norma social vulnerada; es decir, han demostrado que lograron internalizar la conducta prohibida cometida por voluntad propia. El Tribunal considera que en el caso concreto los propósitos de prevención general positiva y negativa se han visto cumplidos, no sólo porque se ratifica el mensaje de aprendizaje a la sociedad para evitar que se cometan delitos de similar naturaleza ante la amenaza de imposición de una privación de libertad efectiva, sino y sobre todo –como una tercera vía del derecho penal– se envía un nuevo mensaje de amenaza de condena de pago de una reparación económica a favor de la víctima del delito. En efecto se ha verificado hasta ahora los fines de la pena privativa de libertad y del pago de la reparación civil, como sanción derivada de un derecho penal reparador, se vienen cumpliendo; sin embargo, encontrándonos frente a un delito tan común en nuestros días, la sanción civil reparatoria debe coexistir con una pena privativa de la libertad efectiva de corta duración. Por lo que, en atención a los fundamentos precedentes este Colegiado Considera prudente disminuir catorce meses de pena privativa de la libertad para los acusados; por consiguiente reducir un año y dos meses

de pena privativa de la libertad, por tanto corresponde imponer a los acusados... la pena de cuatro años de pena privativa de la libertad.

4.4.2 Fundamento 02: Lesividad mínima

Esta circunstancia fue valorada por el Primer Juzgado Penal Colegiado principalmente en los casos de tentativa, por ejemplo, en delitos de robo agravado, cuando el bien fue recuperado, o no se causó lesión alguna a los agraviados o afectación a su integridad física, o que, existiendo lesiones en la víctima, éstas no sean de gran intensidad. Veamos los siguientes casos:

4.4.2.1 Sentencia del Exp. 07346-2018-88-0401-JR-PE-04 (07 de febrero del 2019):

Se analiza un caso por delito de Robo Agravado en grado de tentativa, imputado a Salvador Richard Mamani Flores, quien el 22 de julio del 2018, a las 19:40 horas, ingresó al Supermercado Franco Express con un arma de fuego (réplica de plástico), y mediante amenaza a las trabajadoras y agraviadas Fabiola Martínez Ninataype y Alcira Iris Ticona Chicaña, sustrajo dinero de la tienda; para luego retirarse del local, siendo perseguido y finalmente capturado, encontrándosele parte del dinero. Hechos por los que se le impuso cuatro años de pena privativa de libertad, convertida a prestación de servicios a la comunidad.

El Juzgado parte de precisar que el marco punitivo del delito imputado es de no menor de doce ni mayor de veinte años de pena privativa de libertad; se consideró la tentativa como una circunstancia atenuante privilegiada, precisando que no comparte el criterio de otros autores que señalan que dicha circunstancia

es una causal de disminución de punibilidad, pues ello carece de sustento legal, en todo caso, considera se trata de situaciones semejantes que dan lugar a un nuevo marco punitivo por debajo del mínimo legal, y que a falta de regulación se procede a su aplicación en forma analógica (con las circunstancias agravantes cualificadas). En tal sentido, ubica la pena en el extremo mínimo del primer tercio dada la ausencia de agravantes genéricas y que el imputado es reo primario. Luego, en aplicación del principio de proporcionalidad, consideró el grado de ejecución del delito, donde no se produjo daño patrimonial (pues el dinero sustraído fue recuperado), por tanto, la lesividad fue mínima, además no se ocasionó afectación a la integridad física de las trabajadoras del supermercado. De otro lado, también se tuvo en cuenta que, el imputado en su huida, al arrojarse a un descampado resultó con lesiones, y que el imputado ha cancelado el íntegro de la reparación civil; siendo que sólo en la magnitud del injusto y culpabilidad hay cierta gravedad pues se utilizó un arma de fuego (réplica). Adicionalmente, se valoró el arrepentimiento del imputado. Por lo que consideró reducir la pena en catorce meses. Finalmente, por el beneficio de conclusión anticipada, corresponde reducir la pena en un sétimo, quedando la pena final en cuatro años de pena privativa de libertad. Veamos el fundamento:

22. Finalmente, se ha invocado el principio de proporcionalidad y razonabilidad, para lo cual debe tomarse en cuenta que la proporcionalidad va de la mano con los principios de lesividad, culpabilidad, magnitud del injusto y reparatorio; en el presente caso, si tomamos en cuenta el grado de ejecución del delito donde no se produjo ningún daño patrimonial, dado que el bien sustraído ha sido recuperado, por tanto la lesividad fue mínima; por otro lado, tampoco se ha causado

lesión alguna en las trabajadoras del supermercado donde se realizó el hecho ilícito, por tanto no hay una afectación a la integridad física de los trabajadores del local siendo uno de los bienes más importantes que resguarda el tipo penal (...), finalmente se toma en cuenta el pago íntegro de la reparación civil (...); a criterio del Colegiado el principio de proporcionalidad otorga legitimidad a ésta forma de reparación total del daño ocasionado, como una tercera vía frente a la pena, solo en el aspecto de la culpabilidad y magnitud del injusto hay cierta gravedad, por haberse utilizado un arma de fuego (réplica), que si bien dicho objeto en sí no representa un peligro sobre la vida de la víctima, cumple con la finalidad de causar una intimidación de mayor intensidad, tal es así que cualquier persona que se ve amenazado con objetos de tal naturaleza naturalmente, verá reducida al mínimo su capacidad defensiva o de pedir auxilio, precisamente por temor a los efectos que pueden producir tal instrumento lesivo, lo cual deberá valorarse al momento de establecer la pena concreta final. (p.10)

4.4.1.2 Sentencia del Exp. 10551-2018-3-0401-JR-PE-02 (30 de mayo del 2019):

Se analiza un caso de Robo Agravado imputado a Jimmy Bendezú Dávila y Román Quispe Quispe, quienes el 04 de octubre del 2019, a las 15:00 horas, en la Av. Garcilazo de la Vega, interceptaron a la agraviada Jessie Daniela López Cuno, a quien mediante violencia (puñetes y manazos) y amenazas, le arrebataron su celular; siendo posteriormente intervenidos por personal del serenazgo. Hechos por

los que se les impuso cuatro años de pena privativa de libertad, convertida a jornadas de prestación de servicios a la comunidad.

Para la determinación de la pena se consideró el marco punitivo del delito que va entre los doce y veinte años; la ebriedad en que se encontraban los imputados (eximente incompleta) que modificó el marco punitivo de seis a doce años (por analogía con las circunstancias agravantes cualificadas); asimismo, al no concurrir circunstancias atenuantes ni agravantes genéricas, corresponde ubicar la pena en el extremo mínimo del tercio inferior (esto es seis años), y luego, por conclusión anticipada corresponde una reducción de un sétimo (equivalente a ocho meses) con lo cual quedan cinco años y dos meses de pena concreta parcial. Finalmente, por principio de proporcionalidad (por no vulneración al principio de lesividad, pago de la reparación civil y que los acusados están arrepentidos) se ha reducido un año y dos meses. El fundamento sobre la lesividad es la siguiente:

Reducción por aplicación del principio de proporcionalidad: Finalmente, se ha invocado el principio de proporcionalidad y razonabilidad, para lo cual debe tomarse en cuenta que la proporcionalidad va de la mano con los principios de lesividad y culpabilidad siendo que no habido mayor afectación a los bienes jurídicos protegidos por este tipo penal pluriofensivo (vulnera diversos bienes jurídicos tales como el patrimonio y la integridad física y psicoemocional), en cuanto al patrimonio sustraído al agraviado fue recuperado y devuelto a la agraviada, además si bien en el certificado médico legal se consignó que la agraviada presenta varias lesiones consistentes en "Tumefacción con equimosis morado verdosa de 2x2 cm en región malar izquierda. Equimosis morada

verdosa de 4x5 cm en rodilla izquierda. Equimosis morada verdosa de 3x4 cm en rodilla derecha” las mismas no son de gran intensidad. En tal sentido no hay una vulneración sustancial del principio de lesividad, lo que faculta la aplicación del principio de proporcionalidad. (p.08)

En otros casos, como de Contrabando, se han sido considerados de mínima lesividad cuando se produce la incautación de los bienes delictivos; señala el órgano jurisdiccional que cuando ello se produce, no hay una grave afectación al bien jurídico (control aduanero). Veamos el siguiente caso:

4.4.1.3 Sentencia del Exp. 01071-2013-12-0401-JR-PR-04 (15 de marzo del 2019):

Se analiza un caso de Receptación Aduanera Agravada imputado a Yony Ana Cutire Arenas, quien con conocimiento o presunción de conocimiento de que el vehículo de placa de rodaje XH-1191 es de contrabando, el 03 de julio del 2005 lo adquirió de Alejandro Moller Aparicio por \$ 10,000.00 dólares, y posteriormente, el 30 de noviembre del 2009 lo vendió a Jesús Paz Gonzales y Fabiola Riega Riega por \$ 18,000.00 dólares. Hechos por los que, se le impuso cuatro años de pena privativa de libertad convertida a jornadas de prestación de servicios a la comunidad.

Para la determinación de la pena el Juzgado parte de la pena prevista para el delito imputado (artículo 6 concordado con el inciso e) del artículo 10 de la Ley 28008) que prevé una pena privativa de libertad de no menor de ocho ni mayor de doce años; luego, considerando que concurre la circunstancia atenuante de la carencia de antecedentes penales, ubica la pena en el extremo mínimo del tercio

inferior (esto es ocho años), luego la reduce por el beneficio premial de la conclusión anticipada (en un sétimo) quedando seis años y once meses de pena concreta parcial. Finalmente, por aplicación del principio de proporcionalidad (al no haber vulneración al principio de lesividad, no ser la conducta gravosa, grado de instrucción de la acusada, condición de reo primaria, y que ha cumplido con el pago de la reparación civil), señala es viable reducir la pena en dos años y once meses adicionales. Veamos el siguiente fundamento:

2.3.2.3.- Reducción por aplicación del principio de proporcionalidad:

Finalmente se ha invocado el principio de proporcionalidad y razonabilidad, para lo cual debe tomarse en cuenta que la proporcionalidad va de la mano con los principios de lesividad y culpabilidad siendo que en el presente caso, se cumplió con incautar los bienes intrínsecamente delictivos correspondientes al camión placa de rodaje XH-4191, como ha referido la representante del Ministerio Público; por lo que no se produjo una grave afectación del bien jurídico protegido (control aduanero), en tal sentido no hay una vulneración sustancial del principio de lesividad, por otro lado la acusada tampoco desplegó alguna conducta gravosa; por lo que, en este extremo tampoco existe mayor entidad que incida en una mayor culpabilidad. (p.06)

En otros casos, como de Depredación de bosques legalmente protegidos, el Colegiado valoró que la incautación de los bienes delictivos no produce una grave afectación del bien jurídico protegido, es decir no hubo vulneración sustancial del principio de lesividad. Veamos el siguiente caso:

4.4.1.4 Sentencia del Exp. 04268-2018-49-0401-JR-PR-05 (03 de abril del 2019):

Se analiza un caso por el delito de Depredación de Bosques Legalmente Protegidos, imputado en contra de Lindolfo Hermógenes Bejarano Melgarejo, ocurrido en circunstancias en que, el 19 de abril del 2016, a las 12:00 horas, personal de la ATFFS intervino el local del imputado ubicado en la Isla s/n, donde se encontró seis piezas de madera aserrada de la especie cedro (*Cedrela Odorata*), producto que se encuentra protegida por la legislación nacional con el carácter de intangible, y de la cual no se presentó la documentación que ampare la procedencia legal del recurso.

Sobre la determinación de la pena el juzgado tuvo en cuenta el marco punitivo del delito imputado (artículo 310-A concordado con el primer párrafo del artículo 310-C, inciso 8, del Código Penal) que establece una pena de no menor de ocho ni mayor de diez años de pena privativa de la libertad. Luego consideró que al concurrir solo la circunstancia atenuante genérica de la carencia de antecedentes penales, la pena se ubica en ocho años, por reducción por la conclusión anticipada (de un sétimo), queda ochenta y dos meses de pena concreta parcial; y finalmente en aplicación del principio de proporcionalidad (no vulneración sustancial al principio de lesividad, la conducta no es gravosa, grado de instrucción, reo primario y pago de la reparación civil), reduce en treinta y cuatro meses, obteniendo la pena concreta final de cuatro años de pena privativa de la libertad. Sobre el principio de lesividad señala:

Reducción por aplicación del principio de proporcionalidad: Finalmente, se ha invocado el principio de proporcionalidad y razonabilidad, para lo

cual debe tomarse en cuenta que la proporcionalidad va de la mano con los principios de lesividad y culpabilidad siendo que en el presente caso, se cumplió con incautar los bienes intrínsecamente delictivos correspondientes a 6 piezas de madera cedro y conforme señaló la representante del Ministerio Público se encuentra con decomiso administrativo; por lo que no se produjo una grave afectación del bien jurídico protegido, en tal sentido no hay una vulneración sustancial del principio de lesividad, por otro lado el acusado tampoco ha desplegado una conducta gravosa; por lo que en este extremo tampoco existe mayor entidad que incida en una mayor culpabilidad. (p.07)

También la circunstancia de la mínima lesividad ha sido considerada en delitos graves como violación sexual, veamos el siguiente caso:

4.4.1.5 Sentencia del Exp. 02247-2018-92-0401-JR-PE-02 (03 de mayo del 2019):

Se analiza un caso de Violación de persona en estado de inconsciencia, imputado a Alvaro Ruperto Ticona Mamani, quien la noche del 29 de enero del 2017, colocó en la bebida de la agraviada L.E.C. “benzodiacepina”, para luego llevarla a su vehículo, donde al quedarse dormida la agraviada, proceder a violarla sexualmente; momentos en que la agraviada recuperó el conocimiento y huyó del lugar. Hechos por los que le impuso al acusado cuatro años de pena privativa de libertad convertida a jornadas de prestación de servicios a la comunidad.

Para la determinación de la pena se partió de que el delito imputado establece una pena mínima de diez y un máxima de quince años. Luego considerando la

ebriedad como eximente incompleta, estableció un nuevo marco punitivo de cinco a diez años (por analogía respecto de las circunstancias cualificadas agravantes); enseguida procedió a la reducción por conclusión anticipada, quedando una pena parcial de cuatro años y cuatro meses. Y finalmente por reducción por aplicación del principio de proporcionalidad (valoró que no hubo afectación considerable al bien jurídico protegido, que el hecho no fue muy grave, que el imputado es un agente primario, se ha cumplido con el pago de la reparación civil, y el arrepentimiento del acusado) consideró prudente reducir cuatro meses, siendo la pena concreta final de cuatro años de pena privativa de libertad, la cual es prudente, razonable y proporcional. Dentro de sus fundamentos, sobre la lesividad señaló:

Reducción por aplicación del principio de proporcionalidad: Por otro lado se ha invocado el principio de proporcionalidad y razonabilidad, para lo cual debe tomarse en cuenta que la proporcionalidad va de la mano con los principios de lesividad, culpabilidad, magnitud del injusto y reparatorio; siendo que en cuanto a la lesividad no habido una afectación considerable al bien jurídico protegido, tal como lo ha señalado el señor fiscal y se ha evidenciado de lo vertido por la agraviada en juicio, no evidenciándose sino una afectación leve a la integridad psicoemocional de la agraviada; y por otro lado en cuanto a la culpabilidad y magnitud del injusto, los hechos imputados si bien configuran un hecho punible grave, pero fácticamente no reviste un hecho muy grave, dado la mayoría de edad de la agraviada al momento de ocurridos los hechos, además que a la fecha viene superando con éxito las secuelas del evento traumático que le tocó vivir. En cuanto a la culpabilidad debe tenerse en cuenta que el acusado es un agente primario pues nunca

antes había cometido ilícito alguno. Por otro lado es válido mencionar que el acusado ha cumplido con el pago total de la Reparación Civil, esto es los S/. 10,000.00 soles, que a criterio de este colegiado esta conducta resarcitoria de parte del acusado, denota un verdadero acto de arrepentimiento, lo cual aliviará en alguna medida de expectativa resarcitoria de la agraviada, siendo por tanto aplicable el principio del derecho penal reparador que sustenta la aplicación del principio de proporcionalidad de la pena; a criterio del Colegiado el principio de proporcionalidad otorga legitimidad a esta forma de reparación total del daño ocasionado, como una tercera vía frente a la pena. (p.08)

El Segundo Juzgado Penal Colegiado no ha sido ajeno a esta circunstancia de la lesividad, la cual ha considerado en diversos delitos. Veamos los siguientes casos:

4.4.1.6 Sentencia del Exp. 10920-2018-14-0401-JR-PE-01 (22 de marzo del 2019):

Se analiza un caso de Tráfico Ilícito de Drogas en la modalidad de posesión de droga para facilitar su tráfico agravada, imputado a Fiorella Melizza Quispe Choque, quien el 07 de octubre del 2018, a las 17:10 horas, en la diligencia de revisión corporal realizada en el cubículo 01 interior del Establecimiento Penitenciario de Varones de Socabaya, Arequipa, se le encontró en el interior de su vagina “pasta básica de cocaína con almidón, con un peso neto de 279.02 gramos”, el que tenía por finalidad su comercialización en el interior del centro de

reclusión. Hechos por los cuales se le impuso ocho años y seis meses de pena privativa de libertad.

Sobre la determinación judicial de la pena se consideró que el delito imputado (artículo 296 segundo párrafo inciso 4, concordante el artículo 297 del Código Penal) establece un marco punitivo un mínimo de quince años y un máximo de veinticinco años. Luego, siendo que no concurre la circunstancia atenuante genérica de la carencia de antecedentes penales y la reparación del daño ocasionado, determina la pena en el tercio inferior (entre quince y dieciocho años y cuatro meses) y por ser dos atenuantes en su extremo mínimo; enseguida se redujo veintiséis meses (un sétimo) por la bonificación de conclusión anticipada, y treinta y un meses por confesión sincera, quedando una pena concreta parcial de diez años y tres meses. Finalmente se redujo un año y nueve meses por el criterio de proporcionalidad (lesividad mínima, persona joven de 22 años próxima a la responsabilidad restringida, estado de necesidad, pago íntegro de la reparación civil y arrepentimiento), siendo la pena final de ocho años y seis meses de pena privativa de libertad. El fundamento de la proporcionalidad es el siguiente:

Reducción de la pena por el criterio de proporcionalidad.- en el caso de autos tanto la defensa técnica como el Ministerio Público han invocado la aplicación del criterio de proporcionalidad; lo cual a criterio del colegiado resulta pertinente analizar, para lo cual debe tomarse en cuenta que la proporcionalidad va de la mano con los principios de lesividad, culpabilidad, magnitud del injusto y reparatorio. Respecto a la lesividad y magnitud del injusto, en el presente caso, estamos ante un delito de peligro abstracto, donde no se requiere de un resultado lesivo,

sino basta el peligro que implica el consumo potencial en base al tráfico de sustancias prohibidas; siendo por tanto razonable tomar en consideración la calidad y cantidad de droga incautada; que en el caso de autos no ha sido una cantidad exorbitante, dado que se trata de 279.02 gramos de pasta básica de cocaína, esto es menos de medio kilo. Bajo dicho contexto podemos concluir que el daño potencial o puesta en riesgo del bien jurídico tutelado (salud pública), no es de gran magnitud, tanto más cuando dicha sustancia no ha logrado ingresar al interior del recinto penitenciario por tanto es factible considerar que el riesgo no ha sido tan intenso, que equivale a una lesividad mínima. (p.08)

4.4.1.7 Sentencia del Exp. 02764-2011-37-0401-JR-PE-01 (25 de julio del 2019):

La Sentencia conformada analiza un caso de violación sexual de menor previsto en el artículo 170, primer párrafo, del Código Penal, imputado a Clemente Alvis Chávez quien, en enero del 2011, en el domicilio que compartía con su sobrina, la menor agraviada T.L.C.A. (14 años), mediante amenaza la sometió a trato sexual, relación de la cual la menor procreó un hijo (hechos también descritos en el punto 4.3.1.4). Hechos por los cuales se le impuso cuatro años y seis meses de pena privativa de libertad.

Sobre la determinación de pena, el Juzgado aplicó el principio de proporcionalidad, indicando que éste permite la imposición de una pena por debajo del mínimo legal, siendo los parámetros para evitar la arbitrariedad: los intereses de la víctima, la gravedad del hecho y lesividad de la conducta y personalidad del

agente (edad, ocupación, condición de reo primario, medio en el que vive, necesidad de propiciar su rehabilitación y su posterior reincorporación a la sociedad). En el caso de la lesividad señala:

vi) En relación a la lesividad, debe señalarse que no se ha dado cuenta de afectación emocional, empero ello no es un ítem válido para presumir que no existió daño en la agraviada, pues aunque no se hubiese señalado si se verifica otros aspectos que permiten inferir afectación como consecuencia del hecho ilícito. Según convención probatoria su estado afectivo revela tensión por su situación actual, demostrando sentimientos de vergüenza, culpa e impotencia, datos que implican afectación emocional, por más que no se haya concluido en ello; además que por reglas de la experiencia todo acceso sexual y por la forma como se produce (amenaza), genera afectación en el agraviado en sus interrelaciones personales y cuando sea mayor, máxime si quedó embarazada y tuvo un hijo, más aún si su edad es menor a los 18 años (la menor tiene 14 años y 8 meses). (p.10)

4.4.3 Fundamento 03: Grado de reproche menor

El Primer Juzgado Penal Colegiado considera como reproche menor la condición de reo primario y/o carencia de antecedentes penales. A continuación, sus argumentos:

4.4.3.1 Sentencia del Exp. 01071-2013-12-0401-JR-PR-04 (15 de marzo del 2019):

Se analiza un caso de Recepción Aduanera Agravada imputado a Yony Ana Cutire Arenas, quien con conocimiento o presunción de conocimiento de que el vehículo de placa de rodaje XH-1191 es de contrabando, el 03 de julio del 2005 lo adquirió de Alejandro Moller Aparicio por \$ 10,000.00 dólares, y posteriormente, el 30 de noviembre del 2009 lo vendió a Jesús Paz Gonzales y Fabiola Riega Riega por \$ 18,000.00 dólares. Hechos por los que, se le impuso cuatro años de pena privativa de libertad convertida a jornadas de prestación de servicios a la comunidad.

Sobre la determinación de la pena el Juzgado consideró la circunstancia atenuante de la carencia de antecedentes penales, el beneficio premial de conclusión anticipada y el principio de proporcionalidad (véase punto 4.3.2.3). Sobre la lesividad señala: "(...) se tiene que el grado de reproche es menor, dado que la acusada es reo primario y no cuenta con antecedentes penales, siendo que dichos aspectos son considerados por el colegiado para la modulación de la pena concreta" (p.06).

4.4.3.2 Sentencia del Exp. 04268-2018-49-0401-JR-PR-05 (03 de abril del 2019)

Se analiza un caso por el delito de Depredación de Bosques Legalmente Protegidos, imputado en contra de Lindolfo Hermógenes Bejarano Melgarejo, ocurrido en circunstancias en que, el 19 de abril del 2016, a las 12:00 horas, personal de la ATFFS intervino el local del imputado ubicado en la Isla s/n, donde

se encontró seis piezas de madera aserrada de la especie cedro (*Cedrela Odorata*), producto que se encuentra protegido por la legislación nacional con el carácter de intangible, y del cual no se presentó la documentación que ampare la procedencia legal del recurso.

Sobre la determinación de la pena el juzgado consideró la circunstancia atenuante genérica de la carencia de antecedentes penales, la conclusión anticipada y el principio de proporcionalidad (véase punto 4.3.2.4). Sobre el principio de lesividad señala: “(...) se tiene que el grado de reproche es menor, dado que el acusado es un reo primario y no cuenta con antecedentes penales; siendo que dichos aspectos son considerados por el colegiado para la modulación de la pena concreta” (p.07).

4.4.4 Fundamento 04: Test de proporcionalidad

La argumentación del Juzgado Colegiado sobre el Test de proporcionalidad consiste en analizar si la pena privativa de la libertad impuesta es idónea o existe una sobrecriminalización de la misma. Veamos a continuación:

4.4.4.1 Sentencia del Exp. 00163-2015-80-0401-JR-PE-01 (20 de marzo del 2019):

La sentencia analiza un caso de violación sexual de menor, imputado a Daniel Eduardo Falcón Contreras, quien en año nuevo, a las doce horas aproximadamente, interceptó a la menor L.M.G.T. (de 12 años), con quien se dirigió al Estadio Viejo, donde mantuvieron relaciones sexuales. Hechos por los cuales se

le impuso cuatro años de pena privativa de libertad, convertida en jornadas de prestación de servicios a la comunidad.

Sobre la determinación de la pena, el Juzgado consideró la pena establecida para el delito que prevé una pena mínima de treinta y no mayor de treinta y cinco años; luego valoró que el imputado al momento de los hechos tenía menos de veintiún años, por lo que estableció el criterio de responsabilidad restringida, al cual equiparó como una circunstancia atenuante privilegiada, estableciendo un nuevo marco punitivo de quince a treinta años de pena privativa de libertad; enseguida redujo veinticinco meses por conclusión anticipada, determinándose una pena concreta parcial de doce años y once meses de pena privativa de libertad. Finalmente, por el principio de proporcionalidad redujo la pena hasta cuatro años de pena privativa de libertad, entre de sus fundamentos realizó el test del principio de proporcionalidad, así señaló:

Principio de proporcionalidad: A continuación, corresponde analizar si en el caso concreto la imposición de una pena final de cuatro de pena privativa de libertad efectiva resulta idónea o en todo caso existe una sobrecriminalización en el merecimiento de pena; para ello verificaremos el test de proporcionalidad... II. Sub-principio de idoneidad o de adecuación:... analizado este subprincipio en el caso en comentario, se tiene que efectivamente la imposición de una pena privativa de libertad de cuatro años es un medio idóneo para la protección del bien jurídico indemnidad sexual de un menor cuya edad oscile entre los diez y catorce años de edad... m.- Sub-principio de necesidad:... en el presente caso, la imposición de una pena privativa de libertad tan elevada (de 12 años

y 11 meses, pena concreta parcial en base al sistema de tercios menos el beneficio premial de conclusión anticipada) no resulta necesaria, pues existen otros medios idóneos, como la imposición de una pena privativa de la libertad con el carácter de efectiva pero de menor duración que permita lograr la reinserción del acusado, la misma que resulta a todas luces más benigna con el derecho fundamental afectado al acusado, esto es su libertad personal. n.- Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu:... en el caso concreto si bien el acusado realizó la introducción de su pene en la vagina de la menor, dicha conducta no afectó el bien jurídico protegido indemnidad sexual. Ello se colige del Protocolo de Pericia Psicológica N° 000226-2015-PSC, el mismo que evidencia una conducta sexual precoz, poco protegida y riesgosa, en relación a los hechos materia de investigación la menor peritada no evidencia indicadores de afectación emocional; y, según el Certificado Médico Legal N° 000036-IS concluye entre otros no lesiones paragenitales ni extragenitales; a juicio concurrió la madre de la agraviada y no manifestó que su hija a la fecha, presente daño emocional alguno, pues pese al transcurso del tiempo –que pudo revelar una afectación psicológica en la menor– al momento de su conformidad con los acuerdos (de pena y reparación civil) no refirió daño psicológico alguno, ni siquiera de mínima entidad. Por tal circunstancia, al analizar este último sub principio en particular, no resultaría proporcional imponer una pena de doce años y once meses, siendo necesaria y favorable la imposición de la pena solicitada por el Ministerio Público de cuatro años efectiva. (p.23)

4.4.4.2 Sentencia del Exp. 04957-2017-59-0401-JR-PE-04 (03 de mayo del 2019);

La Sentencia analiza un caso de violación sexual de menor regulado en el artículo 173, primer párrafo, inciso 2, del Código Penal, imputado a Ricardo Iván Ríos Méndez, quien, a inicios y a fines de enero del 2017 (en dos oportunidades), en el domicilio del menor agraviado D.R.Q.C. (de 12 años), sostuvo relaciones sexuales vía anal con dicho menor. Hechos por los cuales se le impuso cuatro años de pena privativa de libertad convertida a jornadas de prestación de servicios a la comunidad.

Sobre la determinación judicial de la pena el Juzgado valoró que el marco abstracto del delito es de treinta a treinta y cinco años, y que concurre la circunstancia atenuante de carencia de antecedentes penales; asimismo, valoró el supuesto de consentimiento imperfecto, que no hubo afectación psicológica, la calidad de agente primario del imputado, el beneficio por conclusión anticipada, confesión sincera, y el pago de la reparación civil (Véase punto 4.3.4.3). Sobre el test de proporcionalidad señaló:

2.3.8.- Finalmente trataremos el principio de Proporcionalidad. Para ello verificaremos el test de proporcionalidad aplicado recientemente por la Sala Penal Permanente en la Casación N° 335-2015 del Santa y analizado en el fundamento 12 del Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CIJ-116... Ahora bien, aplicando el test de proporcionalidad al caso en comentario, se tiene que efectivamente cuatro años de pena privativa de la libertad es un medio idóneo que sirve para la protección del bien jurídico indemnidad sexual de todo menor de catorce años. Acto

seguido, si analizamos el sub principio de necesidad, estimamos que la imposición de dicha pena si resulta necesaria en el presente caso, a pesar de no tener un nivel de afectación o lesividad, si posee en menor grado cierto malestar emocional. Sin embargo, debido a que se trata de un malestar emocional sobre todo por la naturaleza de los hechos cometidos, esta circunstancia no puede ser considerada en perjuicio del acusado, sino por el contrario a su favor. En conclusión, la pena de cuatro años de pena privativa de la libertad respeta los principios de legalidad, culpabilidad, lesividad y proporcionalidad. (p.22)

4.4.5 Fundamento 05: Consentimiento imperfecto

El Primer Juzgado Colegiado valora la etapa del desarrollo humano (adolescencia temprana) de una menor agraviada que no contaba con la edad establecida por la norma para poder consentir relaciones sexuales (catorce años) y que decide empezar una relación sexual con una persona mayor que ella. Decisión al que denomina “consentimiento imperfecto”, que considera como una eximente incompleta de responsabilidad (artículo 21 del Código Penal), la cual equipara a una circunstancia atenuante privilegiada, y con el que se permite la disminución de la pena; pero, finalmente la considera para efectos de aplicar el principio de proporcionalidad y razonabilidad en la aplicación de la pena. Veamos a continuación:

4.4.5.1 Sentencia del Exp. 00163-2015-80-0401-JR-PE-01 (20 de marzo del 2019):

Se analizó un caso de violación sexual de menor, imputado a Daniel Eduardo Falcón Contreras, quien en año nuevo, a las doce horas aproximadamente, interceptó a la menor L.M.G.T. (de 12 años), con quien se dirigió al Estadio Viejo, donde mantuvieron relaciones sexuales. Hechos por los cuales se le impuso a cuatro años de pena privativa de libertad, convertida en jornadas de prestación de servicios a la comunidad.

Sobre la determinación de la pena, el Juzgado consideró la pena establecida para el delito que prevé una pena mínima de treinta y no mayor de treinta y cinco años, la responsabilidad restringida (que equiparó a una circunstancia atenuante privilegiada), el beneficio de conclusión anticipada y el principio de proporcionalidad (véase punto 4.3.4.1), en este último se analizó el consentimiento imperfecto, así señaló:

I.- Siendo ello así, la menor –si bien no tenía la madurez psicosexual adecuada– estaba en la época de iniciar su desarrollo psicosexual y decidir iniciar una relación sentimental con una persona del sexo opuesto y consentir relaciones sexuales dentro de tal contexto y el derecho penal –como última ratio– no puede reprimir un despliegue del desarrollo psicosexual del ser humano, ello no quiere decir que concurra un supuesto de consentimiento como eximente de responsabilidad penal, pues la menor no contaba con la edad establecida por norma para poder consentir relaciones sexuales (catorce años), pero si consideramos que concurre un supuesto de consentimiento imperfecto en el presente caso, pues si

bien la menor se encontraba en un rango etario inferior, la etapa del desarrollo humano en la que se encontraba –adolescencia temprana– le permitía tomar decisiones afectivas, familiares y sexuales, lo que ocurrió en el caso concreto, pues la menor decidió empezar una relación sexual con una persona mayor que ella. Por lo tanto, este consentimiento imperfecto al que hemos hecho referencia puede ser considerado como una eximente incompleta de responsabilidad penal (artículo 21 del Código Penal), circunstancia atenuante privilegiada, que nos faculta a disminuir prudencialmente la pena; pero, la misma ha sido considerada para efectos de aplicar el principio de proporcionalidad y razonabilidad en aplicación de la pena pues no es posible la concurrencia de circunstancias privilegiadas atenuantes para la creación de un nuevo marco punitivo por analogía de prohibición legal de concurrencia de circunstancias cualificadas agravantes por vulnerar el principio de *nem bis in ídem* material. (p.26)

4.4.5.2 Sentencia del Exp. 04957-2017-59-0401-JR-PE-04 (03 de mayo del 2019);

La Sentencia analiza un caso de violación sexual de menor establecido en el artículo 173, primer párrafo, inciso 2, del Código Penal, imputado a Ricardo Iván Ríos Méndez, quien, a inicios y a fines de enero del 2017 (en dos oportunidades), en el domicilio del menor agraviado D.R.Q.C. (de 12 años), sostuvo relaciones sexuales vía anal con dicho menor. Hechos por los cuales se le impuso cuatro años de pena privativa de libertad convertida a jornadas de prestación de servicios a la comunidad.

Sobre la determinación judicial de la pena el Juzgado valoró que el marco abstracto del delito es de no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años, y que concurría la circunstancia genérica atenuante de carecer de antecedentes penales; asimismo, valoró el supuesto de consentimiento imperfecto, que no hubo afectación psicológica, la calidad de agente primario del imputado, el beneficio por conclusión anticipada, confesión sincera, y el pago de la reparación civil (Véase punto 4.3.4.3). Sobre el consentimiento imperfecto señaló:

Siendo ello así, el menor –si bien no tenía la madurez psicosexual adecuada– estaba en la época de iniciar su desarrollo psicosexual y decidir iniciar una relación sentimental con una persona del sexo opuesto y consentir relaciones sexuales dentro de tal contexto y el derecho penal –como ultima ratio– no puede reprimir un despliegue del desarrollo psicosexual del ser humano. Ello no quiere decir que concurra un supuesto de consentimiento como eximente de responsabilidad penal, pues el menor no contaba con la edad establecida por la norma para poder consentir relaciones sexuales (catorce años), pero sí consideramos que concurre un supuesto de *consentimiento imperfecto*. Ello en base a que si bien el menor se encontraba en un rango etario inferior, la etapa del desarrollo humano en la que se encontraba –adolescencia temprana– le permitía tomar decisiones afectivas, familiares y sexuales, lo que ocurrió en el caso concreto, pues el menor decidió empezar una relación sexual con una persona mayor que él contactándola para invitarla a su casa hasta haciendo propuestas para la experimentación de experiencias sexuales de otro tipo (...). Por lo tanto, este consentimiento imperfecto al que hechos hecho referencia

puede ser considerado como una eximente incompleta de responsabilidad penal (artículo 21 del Código Penal), circunstancia atenuante privilegiada, que nos faculta disminuir prudencialmente la pena. (p.11)

4.4.6 Fundamento 06: Autopuesta en peligro

El Primer Juzgado Penal Colegiado evalúa esta circunstancia en un caso de violación sexual agravada, resaltando la conducta de la agraviada quien se habría expuesto al peligro ante sus agresores, ello al haber decidido libar alcohol con éstos y no retirarse oportunamente. Veamos el siguiente caso:

Sentencia del Exp. 01014-2018-88-0401-JR-PE-01 (22 de mayo del 2019):

Se analiza un caso de violación sexual agravada, imputado a William Taipe Minaya, Víctor Eddy Puma Huanca y un tercer sujeto, quienes el 04 de febrero del 2018, a las 00:00 horas aproximadamente, luego de libar alcohol con la agraviada Y.S.H.C., mediante violencia, la violaron vía anal, alternándose entre los imputados. Hechos por los cuales se les impuso cuatro años de pena privativa de la libertad convertida a jornadas de prestación de servicios a la comunidad.

Para la determinación judicial de la pena se consideró la concurrencia de una circunstancia atenuante privilegiada por la eximente incompleta del estado de ebriedad, la cual permitió la construcción de un nuevo marco punitivo de entre seis y los doce años (por interpretación analógica con las circunstancias agravantes cualificadas); enseguida se realizó el descuento por conclusión anticipada, determinando la pena concreta parcial en cinco años y un mes de pena privativa de

libertad. Finalmente, por aplicación del principio de proporcionalidad (por el pago de la reparación civil, test de proporcionalidad, la autopuesta en peligro y la edad de los imputados) se redujo la pena a cuatro años de privación de libertad. Sobre la autopuesta en peligro veamos el siguiente fundamento:

Por otro lado, dentro de la valoración de este principio, debe considerarse un hecho alegado por la defensa del acusado Taipei Minaya, quien en sus alegatos de clausura hizo alusión a la figura de la Autopuesta en Peligro por parte de la Víctima (...) La doctrina señala que un resultado grave no debe ser imputado a quien dio inicio al curso causal, si el peligro de su producción fue libremente aceptado por la víctima. Contrario sensu, si el riesgo no es producido de una decisión consciente y voluntaria de la víctima, sino sólo del tercero, no estamos frente a una auto lesión típica. De este modo, a la víctima le deben ser imputadas aquellas consecuencias lesivas producto de su propia negligencia (...) En el caso concreto, la agraviada Y.S.H.C. concurrió al domicilio de una persona familiar para ella, allí conoce a los dos acusados, estando todos dentro del domicilio, empiezan a libar licor dando la agraviada su consentimiento para ello. Si bien es cierto, en las circunstancias en las que se encontraba la agraviada, es decir bajo los efectos del alcohol, es difícil exigirle que se presente un riesgo de ese tipo, lo valore, lo evalúe y aun así acceda a lesionar su propia persona; también es de considerar que ella sabía a donde se dirigía, lugar al que acudió de manera voluntaria. Su actuar no concluye allí puesto que, pudiendo retirarse del domicilio de uno de los involucrados cuando empiezan a libar licor, ello no sucede, permaneciendo hasta perder la

conciencia. Como detalla el Ministerio Público en los hechos postulados, este momento es aprovechado por los acusados para abusar sexualmente de ella. Entonces, es factible evaluar también el comportamiento previo de la agraviada. (p.19)

4.4.7 Fundamento 07: Edad de los imputados

El Primer Juzgado Penal Colegiado valora la edad de los imputados, y con ello la aplicación del principio de proporcionalidad, siendo relevante resaltar que dicha circunstancia no fue relacionada con la culpabilidad. Veamos el siguiente caso:

Sentencia del Exp. 01014-2018-88-0401-JR-PE-01 (22 de mayo del 2019):

Se analiza un caso de violación sexual agravada, imputado a William Taipe Minaya, Víctor Eddy Puma Huanca y un tercer sujeto, quienes el 04 de febrero del 2018, a las 00:00 horas aproximadamente, luego de libar alcohol con la agraviada Y.S.H.C., mediante violencia, la violaron vía anal, alternándose entre los imputados. Hechos por los cuales se les impuso cuatro años de pena privativa de la libertad convertida a jornadas de prestación de servicios a la comunidad.

Para la determinación judicial de la pena se consideró la ebriedad relativa de los imputados como circunstancia atenuante privilegiada, la conclusión anticipada y el principio de proporcionalidad (por el pago de la reparación civil, test de proporcionalidad, autopuesta en peligro y edad de los imputados) reduciéndose la pena hasta cuatro años de privación de libertad. Sobre la edad de los imputados se señaló el siguiente fundamento:

Otro punto a ser considerado por este tribunal es respecto a la edad de los acusados al momento de cometer el ilícito. Como figura en una de las convenciones probatorias a las que arribaron las partes, puesto que William Taipe Minaya tenía 19 años al momento de los hechos y el acusado Víctor Eddy Puma Huanca tenía 21 años de edad. Dada la edad que los acusados tenían al momento de cometer los hechos, corresponde una reducción prudencial de la pena en virtud de este principio tomando en cuenta la naturaleza del delito así como los fundamentos predecesores de la presente sentencia. En conclusión, la pena de cuatro años de pena privativa de la libertad respeta los principios de legalidad, culpabilidad, lesividad y proporcionalidad. (p.19)

4.4.8 Fundamento 08: Colaboración en la investigación

El Primer Juzgado Penal Colegiado considera en la valoración del principio de proporcionalidad los actos de colaboración que realizó el agente a la investigación, con lo cual señala debe reducirse la pena privativa de libertad. Veamos a continuación:

Sentencia del Exp. 09353-2018-91-0401-JR-PE-03 (27 de junio del 2019):

La Sentencia analiza un caso de robo agravado imputado a Frank Josimar Gómez Chora, quien junto a otras personas, mediante violencia física y amenaza a la menor agraviada G.D.P.B., le sustrajeron una Tablet IENOV0 y S/. 300.00 soles, para luego darse a la fuga; siendo posteriormente intervenidos por personal policial. Hechos por los que se le impuso cuatro años de privación de libertad.

Sobre la determinación judicial de la pena el Juzgado valoró que el delito imputado tiene un marco legal de doce a veinte años; que el imputado se encontraba en estado de ebriedad (eximente incompleta), con lo que se modificó el marco punitivo de seis a doce años; luego, por la conclusión anticipada le redujo un sétimo, determinándose una pena de cinco años y dos meses de pena privativa de libertad. Y finalmente por el principio de proporcionalidad redujo un año y dos meses de privación de libertad. Los criterios considerados fueron que la agraviada no sufrió lesiones de gran intensidad, se pagó la reparación civil, el arrepentimiento y que el imputado colaboró con la investigación. Sobre esto último se expresó: “Aunado a lo antes mencionado también debe meritarse que el acusado ha facilitado el nombre de los otros sujetos intervinientes en el ilícito, haciendo factible su identificación y posterior investigación” (p.09).

4.4.9 Fundamento 09: Grado del injusto

Roxin (2006, p.95) precisa que, “el injusto penal presupone la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y que, sobre esta base, la teoría de la imputación objetiva fija el ámbito de lo penalmente prohibido ponderando los particulares intereses de protección y de libertad” (por ejemplo: la vida, la integridad corporal, el patrimonio). Precisa el autor que “las acciones típicas son siempre afecciones de bienes jurídicos bajo la forma de la realización de un riesgo no permitido creado por los seres humanos” (p.92).

El Primer Juzgado Penal Colegiado analiza el grado del injusto para la valoración del principio de proporcionalidad de la siguiente manera:

4.4.9.1 Sentencia del Exp. 02247-2018-92-0401-JR-PE-02 (03 de mayo del 2019):

Se analiza un caso de Violación de persona en estado de inconsciencia, imputado a Álvaro Ruperto Ticona Mamani, quien la noche del 29 de enero del 2017, colocó en la bebida de la agraviada L.E.C. “benzodiacepina”, para luego llevarla a su vehículo, donde al quedarse dormida la agraviada, proceder a violarla sexualmente; momentos en que la agraviada recuperó el conocimiento y huyó del lugar. Hechos por los que le impuso al acusado cuatro años de pena privativa de libertad convertida a jornadas de prestación de servicios a la comunidad.

Para la determinación de la pena se consideró la ebriedad como eximente incompleta, la reducción por conclusión anticipada y el principio de proporcionalidad, sobre este último se tuvo en cuenta el grado del injusto (véase punto 4.3.2.5). Su fundamento señala:

(...); y por otro lado en cuanto a la culpabilidad y magnitud del injusto, los hechos imputados si bien configuran un hecho punible grave, pero fácticamente no reviste un hecho muy grave, dado la mayoría de edad de la agraviada al momento de ocurridos los hechos, además de que a la fecha viene superando con éxito las secuelas del evento traumático que le tocó vivir. (p.08)

El Segundo Juzgado Penal Colegiado analiza también el grado del injusto, refiriéndose a la mayor o menor lesividad del bien jurídico. Veamos el siguiente caso:

4.4.9.2 Sentencia del Exp. 02241-2015-85-0401-JR-PE-02 (26 de febrero del 2019):

Se analiza un caso sobre Actos contra el pudor, imputado a Félix Bustinza Lazarinos, quien el 26 de abril del 2015, a las 17:30 horas, se aproximó a la agraviada de iniciales D.L.M.L. (quien sufre retardo mental) quien se encontraba jugando en el parque, y luego de jugar con ella, se la llevó a una chacra, donde le bajó su pantalón; pero, en ese momento una señora que vio lo sucedido les lanzó piedras y luego llamó al serenazgo.

En cuanto a la determinación de pena, el Juzgado consideró el marco punitivo de la pena para este delito de no menor de cinco ni mayor de siete años; asimismo, que en el momento de los hechos la persona imputada se encontraba en estado de ebriedad (eximente incompleta) por lo que estableció un nuevo marco punitivo de dos años seis meses a cinco años (ello por analogía con las circunstancias agravantes cualificadas); luego, estando a que no concurrían circunstancias atenuantes ni agravantes genéricas, ubicó la pena en el tercio inferior, luego efectuó la reducción por conclusión anticipada, estableciendo como pena concreta parcial dos años y seis meses. Finalmente aplicando el principio de proporcionalidad (por leve afectación a la integridad psicoemocional de la agraviada, magnitud del injusto: el hecho no es muy grave, magnitud de la culpabilidad: el agente es primario; y que se ha cumplido con cancelar la reparación civil) determinando una pena final de dos años de privación de libertad. Respecto del grado del injusto señala:

(...) en cuanto a la culpabilidad y magnitud del injusto, los hechos imputados si bien configuran un hecho punible grave, pero fácticamente no reviste un hecho muy grave, dado que se le atribuye únicamente el

tocamiento de la vagina de la agraviada con la mano del acusado; ciertamente que estos hechos no son comparables con otros hechos más graves que también configuran el mismo delito, como por ejemplo el frotamiento del pene en vagina o en el ano de la menor agraviada, que sí son hechos constitutivos de un injusto grave. (p.06)

4.4.9.3 Sentencia del Exp. 05908-2018-12-0401-JR-PE-03 (26 de marzo del 2019):

Se analiza un caso de Robo Agravado imputado a José Catacora Salcedo, quien el 12 de junio del 2018, a las 18:30 horas, se aproximó por la espalda a los agraviados Alonso Camargo Lupa y Génesis Flores Chura en el interior de la Plaza Cívica del PP.JJ. Víctor Andrés Belaunde, a quienes con un cuchillo amenazó a ambos y les exigió le entreguen su dinero, entregándole la agraviada su dinero; posteriormente, se retiró y se acercó a otra pareja, los agraviados Carlos Tunco Ramos y Azucena Quispe Pacheco, a quienes también amenazándolos con el cuchillo les exigió le entreguen dinero, circunstancias en que apareció un Sereno y redujo al imputado. Hechos por los que se le impuso seis años de pena privativa de libertad.

Para la determinación de la pena se consideró que los hechos quedaron en grado de tentativa, por lo que estableció un nuevo marco punitivo de seis a doce años. Enseguida, se precisó que los hechos constituyen un delito continuado, por lo que corresponde sancionarse con el delito más grave y a igual gravedad con cualquiera de ellas. Luego, considerando la concurrencia de circunstancias agravantes específicas (2. Durante la noche y 3. A mano armada) la pena se ubica

en el tercio intermedio, fijándola en ocho años de pena privativa de libertad; enseguida se aplicó el beneficio por conformidad premiada (descuento de un séptimo), quedando una pena de seis años y nueve meses de pena privativa de libertad. Finalmente, aplicando el principio de proporcionalidad (por el grado del injusto y culpabilidad) estableció como pena concreta final seis años de privación de libertad. Sobre el grado del injusto precisó:

a) Con respecto al grado del injusto. En el presente caso, con respecto al mayor o menor grado de afectación del bien jurídico protegido por este delito (patrimonio e integridad personal) se tiene, por un lado, en cuanto a la afectación de la integridad personal de los agraviados solo fue en el ámbito psicológico –por la intimidación– con el empleo de un arma (cuchillo) la cual no afectó sus integridades corpóreas, no se le realizó ninguna lesión (corte), por otro lado, no se dio la pérdida del dinero pues fue intervenido. Por lo tanto, la lesión a los bienes jurídicos que protege este delito, el patrimonio e integridad personal, resultó de leve gravedad, lo que de un modo aminora por el pago de la reparación civil parcial.
(p.09)

4.4.10 Fundamento 10: Grado de culpabilidad

El Primer Juzgado Penal Colegiado analiza el grado de culpabilidad junto al grado del injusto. Veamos el siguiente caso:

4.4.10.1 Sentencia del Exp. 02247-2018-92-0401-JR-PE-02 (03 de mayo del 2019):

Se analiza un caso de Violación de persona en estado de inconsciencia, imputado a Álvaro Ruperto Ticona Mamani, quien la noche del 29 de enero del 2017, colocó en la bebida de la agraviada L.E.C. “benzodiacepina”, para luego llevarla a su vehículo, donde al quedarse dormida la agraviada, procedió a violarla sexualmente; momentos en que la agraviada recuperó el conocimiento y huyó del lugar. Hechos por los que le impuso al acusado cuatro años de pena privativa de libertad convertida a jornadas de prestación de servicios a la comunidad.

Para la determinación de la pena se consideró la ebriedad como eximente incompleta, la reducción por conclusión anticipada y la aplicación del principio de proporcionalidad, sobre este último se tuvo en cuenta el grado del injusto y culpabilidad (véase punto 4.3.2.5). Su fundamento señala: “En cuanto a la culpabilidad debe tenerse en cuenta que el acusado es un agente primario pues nunca antes había cometido ilícito alguno” (p.08).

El Segundo Juzgado Penal Colegiado también analiza la culpabilidad sustentándolo conforme al artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, y cita al Tribunal Constitucional en su STC 01010-2012-PHC/TC quien refirió: “...ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos...”.

4.4.10.2 Sentencia del Exp. 02241-2015-85-0401-JR-PE-02 (26 de febrero del 2019):

Se analiza un caso sobre Actos contra el pudor, imputado a Félix Bustinza Lazarinos, quien el 26 de abril del 2015, a las 17:30 horas, se aproximó a la agraviada de iniciales D.L.M.L. (quien sufre retardo mental) quien se encontraba jugando en el parque, y luego de jugar con ella, se la llevó a una chacra, donde le bajó su pantalón; pero, en ese momento una señora que vio lo sucedido les lanzó piedras y luego llamó al serenazgo. Por lo que le impuso dos años de pena privativa de libertad.

Sobre la determinación de la pena, el Juzgado consideró el estado ético del imputado (eximente incompleta), la inconcurrencia de circunstancias atenuantes ni agravantes genéricas, la conclusión anticipada y el principio de proporcionalidad (por leve afectación a la integridad psicoemocional de la agraviada, magnitud del injusto: el hecho no es muy grave, magnitud de la culpabilidad: el agente es primario; y que se ha cumplido con el pago de la reparación civil) determinó una pena final de dos años de pena privativa de libertad (véase punto 4.3.9.2). Respecto del grado del injusto señala “En cuanto a la culpabilidad debe tenerse en cuenta que el acusado es un agente primario pues nunca antes había cometido ilícito alguno” (p.06).

4.4.10.3 Sentencia del Exp. 10251-2018-81-0401-JR-PE-01 (06 de marzo del 2019):

Se analiza un hecho de Robo Agravado imputado a Paúl Jorge Chávez Quirita, quien el 28 de setiembre del 2018, a las 09:50 horas, en el parque Charloté,

se sentó junto al agraviado Fredy Sánchez Mamani, y luego lo amenazó con una pistola que le apuntó en su costado derecho, pidiéndole le entregue su celular o mochila, entregando el agraviado su celular; huyendo el imputado, quien al ser perseguido arrojó el celular del agraviado, para posteriormente ser intervenido policialmente.

Respecto de la determinación de la pena, el Juzgado consideró la pena para el delito imputado de doce a veinte años, que el delito no fue consumado, sino que quedó en grado de tentativa (causal de disminución de punibilidad) estableciendo un nuevo marco punitivo de seis a doce años (por analogía con las circunstancias agravantes cualificadas) y luego aplicó el sistema de tercios. Siendo que sólo concurre la atenuante de carencia de antecedentes penales y ninguna agravante, por lo que se ubica la pena en el tercio inferior, después, aplicado el beneficio por conformidad premiada, se establece una pena concreta parcial de cinco años y dos meses de pena privativa de libertad. Finalmente, aplicando el principio de proporcionalidad (grado del injusto y culpabilidad, y que se ha cancelado la reparación civil) se determinó una pena final de cinco años de pena privativa de libertad. Respecto del grado de culpabilidad señaló:

En el presente caso, a efecto de reparar el daño, el acusado ha cancelado el íntegro de la reparación civil y adicionalmente una liberalidad de mil soles, aspecto que en atención al grado de culpabilidad, hace atendible también la rebaja de la pena, postulada por la Fiscalía y la defensa (dos meses), haciendo un resultado final de cinco años de pena privativa de libertad efectiva. (p.06)

4.4.10.4 Sentencia del Exp. 07164-2018-49-0401-JR-PE-03 (22 de marzo del 2019):

Se analiza un caso de Robo Agravado, imputado a Wilmer Maza Carmen y otros sujetos menores de edad, quienes el 16 de julio del 2018, a las 22:15 horas, se constituyeron al hotel Estrella, donde la agraviada Agripina Huallpa Nuñonca trabajaba como recepcionista, a la cual amenazaron con un arma en la cabeza, para enseguida sustraer S/. 240.00 soles del hospedaje y el celular de la agraviada, y luego retirarse; alertado el dueño del hospedaje salió en busca de los imputados, logrando intervenir a una de las imputadas (menor de edad) y por intermedio de ella se identificó a los demás imputados. Hechos por los cuales se le impuso cuatro años y seis meses de pena privativa de libertad-

En cuanto a la determinación de la pena se consideró el marco penal abstracto del delito imputado que va entre los doce a veinte años de pena privativa de libertad; se valoró el estado de ebriedad del imputado (eximente incompleta) como circunstancia privilegiada determinando un nuevo marco punitivo de seis a doce años; luego se aplicó el sistema de tercios y considerando que concurren tres circunstancias agravantes específicas (durante la noche, concurso de cuatro personas y utilización de armas) la pena se ubicó en el tercio intermedio, esto es ocho años de pena privativa libertad, enseguida se redujo por el beneficio de conformidad. Finalmente, aplicando el principio de proporcionalidad (grado de culpabilidad y grado del injusto) determinó como pena final cuatro años y seis meses de pena privativa de libertad. Sobre el grado de culpabilidad se señaló: “De otro lado, el acusado es reo primario y joven (tenía 23 años) lo cual denota una culpabilidad media y debe manifestarse en el grado de pena a imponerse” (p.08).

4.4.10.5 Sentencia del Exp. 10920-2018-14-0401-JR-PE-01 (26 de marzo del 2019):

Se analiza un caso de Tráfico Ilícito de Drogas en la modalidad de posesión de droga para facilitar su tráfico agravado, imputado a Fiorella Melizza Quispe Choque, quien el 07 de octubre del 2018, a las 17:10 horas, en la diligencia de revisión corporal realizada en el cubículo 01 interior del Establecimiento Penitenciario de Varones de Socabaya, Arequipa, se le encontró en el interior de su vagina “pasta básica de cocaína con almidón, con un peso neto de 279.02 gramos”, el que tenía por finalidad su comercialización en el interior del centro de reclusión. Hechos por los cuales se le impuso una pena de ocho años y seis meses de privación de libertad.

Para la determinación judicial de la pena se consideró el marco punitivo mínimo de quince años y máximo de veinticinco años, la circunstancia atenuante genérica de carecer de antecedentes penales y la reparación del daño ocasionado, el beneficio de conclusión anticipada y el criterio de proporcionalidad (lesividad mínima, persona joven de 22 años próxima a la responsabilidad restringida, estado de necesidad, pago íntegro de la reparación civil y arrepentimiento) estableciendo una pena final de ocho años y seis meses de pena privativa de libertad (véase punto 4.3.2.6). El fundamento sobre la culpabilidad es el siguiente

Por otro lado respecto a la culpabilidad se debe tener en cuenta que la acusada, al momento de la ocurrencia de los hechos contaba con veintidós años de edad, lo cual implica que es una persona joven muy próxima a una responsabilidad restringida, porque apenas había superado la edad establecida para la madurez de su personalidad

(madurez emocional) y junto a ello también se ha señalado en audiencia el estado de necesidad en el que se encontraba la acusada, motivada por la enfermedad que padecía su madre, motivos que pueden sustentar el criterio de proporcionalidad de la pena, en cuya virtud debe ser merecedor de una pena menos gravosa con carácter resocializador. (p.08)

4.4.10.6 Sentencia del Exp. 05908-2018-12-0401-JR-PE-03 (26 de marzo del 2019):

Se analiza un caso de Robo Agravado imputado a José Catacora Salcedo, quien el 12 de junio del 2018, a las 18:30 horas, se aproximó por la espalda a los agraviados Alonso Camargo Lupa y Génesis Flores Chura en el interior de la Plaza Cívica del PP.JJ. Víctor Andrés Belaunde, a quienes con un cuchillo amenazó a ambos y les exigió le entreguen su dinero, entregándole la agraviada su dinero; posteriormente, se retiró y se acercó a otra pareja, los agraviados Carlos Tunco Ramos y Azucena Quispe Pacheco, a quienes también amenazándolos con el cuchillo les exigió le entreguen dinero, circunstancias en que apareció un Sereno y redujo al imputado. Hechos por los que se le impuso una pena de seis años de privación de libertad.

Para la determinación de la pena se consideró la tentativa, que los hechos constituyen un delito continuado, las circunstancias agravantes específicas, el beneficio por conformidad premiada y el principio de proporcionalidad (por el grado del injusto y culpabilidad) estableciendo como pena concreta final seis años de

pena privativa de libertad (véase punto 4.3.9.3). Sobre el grado de culpabilidad expresó:

b) Con respecto al grado de culpabilidad. Ciertamente, el acusado al momento de la comisión del delito tenía problemas de alcohol, con primaria incompleta, tiene una sentencia anterior con pena suspendida cumplida, por lo que todo ello denota un grado de culpabilidad media, lo que debe meritarse en el grado de pena a imponerse. (p.09)

4.4.11 Fundamento 11: Arrepentimiento

El Segundo Juzgado Penal Colegiado analiza el arrepentimiento del imputado, relacionándolo con el pago de la reparación civil, así refiere que es una muestra de arrepentimiento. Veamos el siguiente caso:

4.4.11.1 Sentencia del Exp. 02241-2015-85-0401-JR-PE-02 (26 de febrero del 2019):

Se analiza un caso sobre Actos contra el pudor, imputado a Félix Bustinza Lazarinos, quien el 26 de abril del 2015, a las 17:30 horas, se aproximó a la agraviada de iniciales D.L.M.L. (quien sufre retardo mental) quien se encontraba jugando en el parque, y luego de jugar con ella, se la llevó a una chacra, donde le bajó su pantalón; pero, en ese momento una señora que vio lo sucedido les lanzó piedras y luego llamó al serenazgo.

Sobre la determinación de la pena, el Juzgado consideró el estado étílico del imputado (eximente incompleta), la inconcurrencia de circunstancias atenuantes, ni

agravantes genéricas, la reducción por conclusión anticipada y el principio de proporcionalidad (véase el punto 4.3.9.2), en este último consideró el arrepentimiento. Al respecto señala:

Por otro lado es válido mencionar que el acusado ha cumplido no solo con el pago total de la Reparación Civil, esto es los S/. 3,500.00 soles (tres mil quinientos soles), –monto propuesto en la acusación fiscal–, a criterio de este Colegiado esta conducta resarcitoria de parte del acusado, denota un verdadero acto de arrepentimiento, lo cual aliviará en alguna medida la expectativa resarcitoria de la agraviada, siendo por tanto aplicable el principio del derecho penal reparador, que sustenta la aplicación del principio de proporcionalidad de la pena; a criterio del Colegiado el principio de proporcionalidad otorga legitimidad a esta forma de reparación total del daño ocasionado, como una tercera vía frente a la pena (p.07)

4.4.11.2 Sentencia del Exp. 07346-2018-88-0401-JR-PE-04 (07 de febrero del 2019):

Se analiza un caso por el delito de Robo Agravado, en grado de tentativa, imputado a Salvador Richard Mamani Flores, quien el 22 de julio del 2018, a las 19:40 horas, ingresó al Supermercado Franco Express con un arma de fuego (réplica de plástico), y mediante amenaza a las trabajadoras y agraviadas Fabiola Martínez Ninataype y Alcira Iris Ticona Chicaña, sustrajo dinero de la tienda; para luego retirarse del local, siendo perseguido y finalmente capturado,

encontrándosele parte del dinero. Hechos por los que se le impuso cuatro años de pena privativa de libertad, convertida a prestación de servicios a la comunidad.

Para la determinación de la pena se consideró la tentativa, la ausencia de agravantes genéricas, que el imputado es reo primario y el principio de proporcionalidad (véase el punto 4.3.2.1), y el beneficio de conclusión anticipada. En el criterio de proporcionalidad se valoró el arrepentimiento, el fundamento es el siguiente:

23. Bajo dicho contexto corresponde a este juzgado, merituar las situaciones antes expuestas, y si son merecedoras de una rebaja de pena bajo el principio de proporcionalidad, lo que en el presente caso sí se verifica, dado que conforme al principio de inmediación –entre las partes y el juez– este colegiado se ha podido dar cuenta de que en realidad el imputado está arrepentido, ha tomado conciencia de sus actos. (p.11)

4.4.12 Fundamento 12: Gravedad del delito

El Segundo Juzgado Penal Colegiado diferencia la gravedad del delito de la lesividad. Veamos los siguientes casos:

4.4.12.1 Sentencia del Exp. 07136-2018-13-0401-JR-PE-02 (15 de marzo del 2019):

Se analiza un caso de robo agravado imputado a Carlos Humberto Arizábal, Derly Estefan Valdivia Lecaros y otro sujeto, quienes el 16 de julio del 2018, a las

22:40 horas, en la Av. Lima, Pachacútec Viejo, interceptaron al agraviado Jhon Larota Portilla quien iba en su bicicleta, el imputado Arizabal lo coge del cuello y lo hace caer al suelo, el otro lo golpea y Valdivia Lecaros le sustrae la bicicleta; siendo posteriormente intervenidos policialmente.

Para la determinación judicial de la pena se consideró el marco punitivo del delito imputado de doce a veinte años, la tentativa y la ebriedad como eximente incompleta (éstas que tienen un valor equivalente a una atenuante privilegiada), estableciendo un marco punitivo nuevo de seis a doce años; luego, la circunstancia atenuante genérica de la carencia de antecedentes penales y que no concurren circunstancias agravantes genéricas, por lo que ubica la pena en el tercio inferior, determinándose seis años; luego aplicando el beneficio de conformidad premiada, la pena quedó en cinco años y dos meses. Finalmente aplicando la proporcionalidad de la pena que permite la imposición de penas por debajo del mínimo legal, precisa que a fin de evitar la arbitrariedad y trato desigual se utilizan los indicadores como: carencias sociales, cultura, costumbres e intereses de la víctima, dentro de lo cual está el pago de la reparación civil, también la naturaleza (lesividad), modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y personalidad del agente (edad ocupación, condición de reo primario, medio en el que vive, necesidad de propiciar su rehabilitación y reincorporación a la sociedad), siendo el límite cuatro años. Sobre la gravedad del delito señala:

Para el caso, se analiza la gravedad del delito –tentativa de robo agravado–, aunque no se hizo uso de armas, luego se valora la lesividad –magnitud del daño causado–, se trata de bienes patrimoniales y la

afectación en la integridad física del agraviado fue de 3 días de incapacidad, no siendo un daño grave. (p.08)

4.4.12.2 Sentencia del Exp. 05755-2017-48-0401-JR-PE-01 (16 de abril del 2019):

Se analiza un caso de Actos contra el pudor de menor imputado a Alonso David Huayta Oxa, quien el 18 de julio del 2017, a las 6:00 horas, aprovechando que su sobrina la menor agraviada A.L.B.Q. (de diez años) se encontraba sola, la llamó a su habitación, tirándola a la cama, tocándola por debajo de la ropa su vagina y pecho, intentando bajarle el pantalón, pero al llorar la menor, el imputado la soltó y dejó ir. Hechos por los que se le impuso cuatro años de pena privativa de libertad convertida a jornadas de prestación de servicios comunitarios.

Para la determinación de la pena el Juzgado consideró el marco punitivo de diez a doce años, asimismo, la ebriedad que tiene un valor equivalente a una atenuante privilegiada por lo que redujo la pena hasta en la mitad, por debajo de la pena abstracta, siendo el nuevo marco punitivo de cinco a diez años de pena privativa de libertad; luego considerando la circunstancia atenuante genérica de la carencia de antecedentes penales y al no existir agravantes genéricas la pena se ubicó en el tercio inferior, determinándose una pena de cinco años de privación de libertad. Finalmente, en aplicación del principio de proporcionalidad de la pena (según la gravedad del delito, lesividad, reparación del daño y personalidad) estableció como sanción final la pena de cuatro años de privación de la libertad. Sobre la gravedad del delito se señala:

i) La gravedad del delito –actos contra el pudor en menor de edad (10 años)–, tenemos que el imputado se encontraba en estado de ebriedad al momento de la comisión delictiva, ello conforme a lo señalado por el fiscal en sus alegatos finales, asimismo no existe medio que dé gravedad al hecho pues el imputado le tocó por debajo de la ropa (piel con piel) su vagina y pechos, intentando bajar el pantalón. (p.09)

4.4.12.3 Sentencia del Exp. 02764-2011-37-0401-JR-PE-01 (25 de julio del 2019):

La Sentencia analiza un caso de violación sexual de menor establecido en el artículo 170, primer párrafo, del Código Penal, imputado a Clemente Alvis Chávez quien, en enero del 2011, en el domicilio que compartía con su sobrina, la menor agraviada T.L.C.A. (14 años), mediante amenaza sometió a trato sexual a la misma, relación de la cual la menor procreó un hijo. Hechos por los cuales se le impuso cuatro años y seis meses de pena privativa de libertad.

Sobre la individualización de la pena, el Juzgado consideró el principio de proporcionalidad que permite la imposición de una pena por debajo del mínimo legal, y señala como parámetros para evitar la arbitrariedad: los intereses de la víctima, la gravedad del hecho, lesividad de la conducta y personalidad del agente (edad, ocupación, condición de reo primario, medio en el que vive, la necesidad de propiciar su rehabilitación y posterior reincorporación a la sociedad). Sobre la gravedad del hecho punible, señala:

v) Para el caso, en cuanto a la gravedad del hecho punible, en el caso, los hechos se producen en horas de la mañana cuando la menor se

encontraba al cuidado de su hermana de cinco años, hecho producido con amenaza –la menor entendía que era un cuchillo–, medio comisivo que facilitó el abuso sexual y producto del cual nació un menor hijo –según convención el menor de iniciales Y.A.A.C. nació el 24 de octubre– asimismo la edad de la agraviada era de 14 años y meses; por tanto, estas circunstancias, dan un contexto de gravedad del hecho realizado por el imputado. En relación a la ejecución del delito no se precisó claramente la utilización del arma, empero la menor indicó que la amenaza era con un objeto que ella entendía era un cuchillo, circunstancia que le da mayor gravedad al ilícito. (p.10)

4.4.13 Fundamento 13: Personalidad del agente

El Segundo Juzgado Penal Colegiado para la valoración del principio de proporcionalidad analiza la personalidad del agente, aunque no lo relaciona o diferencia de la culpabilidad. Veamos los siguientes casos:

4.4.13.1 Sentencia del Exp. 05755-2017-48-0401-JR-PE-01 (16 de abril del 2019):

Se analiza un caso de Actos contra el pudor de menor imputado a Alonso David Huayta Oxa, quien el 18 de julio del 2017, a las 6:00 horas, aprovechando que su sobrina la menor agraviada A.L.B.Q. (de diez años) se encontraba sola, la llamó a su habitación, tirándola a la cama, tocándola por debajo de la ropa su vagina y pecho, intentando bajarle el pantalón, pero al llorar la menor, el imputado la soltó

y dejó ir. Hechos por los que se le impuso cuatro años de pena privativa de libertad convertida a jornadas de prestación de servicios comunitarios.

Para la determinación de la pena el Juzgado consideró la ebriedad del imputado, la circunstancia atenuante genérica de la carencia de antecedentes penales, la concurrencia de agravantes genéricas y el principio de proporcionalidad de la pena (véase punto 4.3.12.2). Sobre la personalidad del agente se indicó:

iv) Finalmente en cuanto a la personalidad, conforme a la acusación fiscal, el imputado es una persona de 42 años, con estado civil de conviviente, natural de la Callalli-Caylloma; si bien se indica que tiene secundaria completa es en la “hoja de calidades del procesado”, que aparece indicado como segundo de secundaria, luego indicó que tiene dos menores hijos (lo que no fue negado por la fiscalía), asimismo aparece del Auto de Vista N° 218-2017 (resolución N° 6 del 5 de setiembre del 2017), que obra en el cuaderno de debate –por el cual se resolvió un recurso de apelación en relación al requerimiento de prisión preventiva que se otorgó al imputado– , donde se menciona como arraigo familiar dos menores hijos: uno de 10 años y otro de 2 años; además se precisa la condición de conviviente; también labores realizadas por el imputado ante la Autoridad Autónoma del Colca durante los años 2016 y 2017, en el cargo técnico administrativo y vigilante contratado; además según el arraigo domiciliario vive en la ciudad de Chivay, en la calle 28 de julio, del año 2007, ciudad donde también nació, información ratificada en su autodefensa final y que se condice con la convención probatoria de que el imputado presentaba culpabilidad y

preocupación (pero ningún trastorno de personalidad). v) Todos estos aspectos valorados en su integridad, permite al colegiado señalar que es posible aplicar una reducción adicional, por el principio de proporcionalidad. (p.10)

4.4.13.2 Sentencia del Exp. 02764-2011-37-0401-JR-PE-01 (25 de julio del 2019):

La Sentencia analiza un caso de violación sexual de menor regulado en el artículo 170, primer párrafo, del Código Penal, imputado a Clemente Alvis Chávez quien, en enero del 2011, en el domicilio que compartía con su sobrina, la menor agraviada T.L.C.A. (14 años), mediante amenaza sometió a trato sexual a la misma, relación de la cual la menor procreó un hijo. Hechos por los cuales se impuso al imputado una pena de cuatro años de pena privativa de libertad.

Sobre la determinación de pena, el Juzgado consideró el principio de proporcionalidad (véase 4.3.12.3); siendo que sobre la personalidad del agente expresó:

viii) En cuanto a la personalidad del agente, se valora que el imputado no tiene antecedentes penales, que su comportamiento procesal de allanarse a los cargos redujo la actividad procesal –aunque no sea conclusión anticipada–, hizo pago de la reparación civil, además de un pago por acto de liberalidad, asimismo, cierto es que no hay un reconocimiento pero sí hay un compromiso de pago de alimentos por el monto de S/. 250.00 soles, desde el primer día hábil del mes de agosto.

xi) En conclusión, la reducción debe ser proporcional acorde a los aspectos ya descritos. (p.11)

4.5. Medida de reducción de la pena concreta parcial en aplicación del principio de proporcionalidad

Ahora veremos, el *quantum* de reducción de la pena concreta establecido en la aplicación del principio de proporcionalidad.

El Primer Juzgado Penal Colegiado de Arequipa ha realizado reducciones a la pena concreta parcial (determinada después de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad) con miras a posibilitar una pena privativa de libertad de cuatro años de pena privativa de libertad, las que luego fueron convertidas a jornadas de prestación de servicios a la comunidad, ello permite la libertad del imputado. En ese sentido, las reducciones no tienen un *quantum* determinado. En otros casos, que no se ha podido alcanzar la pena antes señalada, también se ha reducido la pena privativa de libertad, en *quantums* que no resultan significativos. En consecuencia, prima el criterio discrecional del juez.

El Segundo Juzgado Penal Colegiado de Arequipa resaltó que la proporcionalidad no es medible, como sí lo es el artículo 45-A del Código Penal, artículos 46-B, 36-C, 49, 50 y 51, confesión sincera (reducción de hasta 1/3) o la conformidad procesal (reducción de hasta 1/7), u otros, pues al ser un principio del Título Preliminar se efectuará en cada caso; siendo inclusive que algunos autores peruanos han resaltado que la proporcionalidad permite la imposición de penas por debajo del mínimo legal; esto luego de verificarse circunstancias atenuantes privilegiadas, agravantes cualificadas, atenuantes o agravantes genéricas y algún

otro beneficio (confesión sincera y conformidad procesal). Sobre los parámetros para hacer previsible las penas impuestas y evitar la arbitrariedad y el trato desigual se señala varios indicadores (regulados en el Código Penal) como son: las carencias sociales, cultura, costumbres e intereses de la víctima (dentro de lo cual está el cumplimiento del pago de la reparación civil), la naturaleza (lesividad), modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y personalidad del agente (edad, ocupación, condición de reo primario, medio en el que vive, necesidad de propiciar su rehabilitación y posterior reincorporación a la sociedad); por otro lado, precisa que el límite sería los cuatro años de pena privativa de libertad, pues a partir de ella la pena puede convertirse o suspenderse. A pesar de que el Juzgado no establece a cuánto debe reducirse la pena, sí establece un límite; en concreto el *quantum* de reducción también es discrecional.

Tabla 5. Quantum de reducción de la pena privativa de libertad – Principio de Proporcionalidad

Nº	Expediente	Penas abstractas del delito	Penas concretas parciales	Reducción por Principio de Proporcionalidad	Penas concretas finales
1	02540-2018-8-0401-JR-P-01	Robo Agravado 12 a 20 años	- Tentativa - Conclusión Anticipada 5 años 2 meses	1 año 2 meses	4 años ppl (convertida a 167 jornadas)
2	07346-2018-88-0401-JR-PE-04	Robo Agravado 12 a 20 años	- Tentativa 6 años	1 año 2 meses Conclusión anticipada (- 10 meses)	4 años ppl (convertida a 178 jornadas)
3	0175-2017-81-0401-JR-PE-04	Lesiones Leves 3 a 6 años Desobediencia la Autoridad 2 a 5 años	- Concurso ideal - Concurso real - Conclusión Anticipada 5 años 2 meses	1 año 2 meses	4 años ppl (convertida a 155 jornadas)
4	01071-2013-12-0401-JR-PR-04	Contrabando Agravado 8 a 12 años	- Conclusión Anticipada 6 años 11 meses	2 años 11 meses	4 años ppl (convertida a 208 jornadas)
5	00163-2015-80-0401-JR-PE-01	Violación Sexual de menor de edad 30 a 35 años	- Responsabilidad restringida - Conclusión Anticipada 12 años 11 meses	8 años 11 meses	4 años ppl (convertida a 208 jornadas)
6	05217-2018-12-0401-JR-PE-01	Robo Agravado 12 a 20 años	- Confesión sincera par. - Conclusión Anticipada 7 años 9 meses	3 años 9 meses	4 años ppl (convertida a 208 jornadas)
7	09173-2018-66-0401-JR-PE-03	Tráfico Ilícito de Drogas 8 a 15 años	- Conclusión Anticipada - Colaboración eficaz 5 años 9 meses	1 año 9 meses	4 años ppl (convertida a 208 jornadas)
8	04268-2018-49-0401-JR-PE-05	Tráfico Ilegal de Productos Forestales 8 a 10 años	- Conclusión Anticipada 6 años 10 meses	2 años 10 meses	4 años ppl (convertida a 208 jornadas)
9	04709-2018-94-0401-JR-PE-01	Robo Agravado 12 a 20 años	- Ebriedad (eximente incompleta) - Conclusión Anticipada 5 años 2 meses	1 año 2 meses	4 años ppl (convertida a 208 jornadas)
10	04324-2014-29-0402-JR-PE-02	Defraudación Tributaria 8 a 12 años	- Conclusión Anticipada 6 años 11 meses	2 años 11 meses	4 años ppl (convertida a 208 jornadas)

11	00576-2018-41-0401-JR-PE-01	Homicidio Calificado 15 a más	- Confesión sincera - Conclusión Anticipada 8 años 7 meses	7 meses	8 años ppl efectiva
12	02247-2018-92-0401-JR-PE-02	Violación en estado de inconciencia 10 a 15 años	- Ebriedad (eximente incompleta) - Conclusión Anticipada 4 años 4 meses	4 meses	4 años ppl (convertida a 208 jornadas)
13	04597-2017-59-0401-JR-PE-04	Violación sexual de menor de edad 30 a 35 años	- Consentimiento imperfecto - Conclusión Anticipada 8 años 4 meses	4 años 4 meses	4 años ppl (convertida a 208 jornadas)
14	01555-2018-82-0401-JR-PE-01	Hurto Agravado 3 a 6 años	- Ebriedad (eximente incompleta) - Reincidencia - Conclusión Anticipada 3 años 3 meses	3 meses	3 años ppl (convertida a 156 jornadas)
15	01014-2018-88-0401-JR-PE-01	Violación Sexual Agravada 12 a 18 años	- Ebriedad (eximente incompleta) - Conclusión Anticipada 5 años 1 mes	1 año 1 mes	4 años ppl (convertida a 143 jornadas)
16	10551-2018-3-0401-JR-PE-02	Robo Agravado 12 a 20 años	- Ebriedad (eximente incompleta) - Conclusión Anticipada 5 años 2 meses	1 año 2 meses	4 años ppl (convertida a 208 jornadas)
17	09353-2018-91-0401-JR-PE-03	Robo Agravado 12 a 20 años	- Ebriedad (eximente incompleta) - Conclusión Anticipada 5 años 2 meses	1 año 2 meses	4 años ppl (convertida a 208 jornadas)
18	13178-2018-27-0401-JR-PE-03	Violencia y Resistencia a la Autoridad 8 a 12 años	- Ebriedad (eximente incompleta) - Conclusión Anticipada 3 años 5 meses	5 meses	3 años ppl (convertida a 156 jornadas)
19	00437-2018-44-0401-JR-PE-03	Robo Agravado 12 a 20 años	- Tentativa - Conclusión Anticipada 5 años 2 meses	1 año 2 meses	4 años ppl (convertida a 208 jornadas)
20	00933-2012-0401-JR-PE-01	Violación Sexual Agravada 20 a 26 años	- Resp. restringida - Confesión - Conclusión Anticipada 5 años 7 meses	10 meses	4 años 9 meses ppl efectiva
21	00753-2015-17-0401-JR-PE-05	Contrabando Agravado	- Confesión - Conclusión Anticipada	1 año 1 mes 21 días	4 años ppl (convertida a 208 jornadas)

		8 a 12 años	5 años 1 mes 21 días		
22	05621-2017-12-0401-JR-PE-02	Violación Sexual de menor 30 a 35 años	- Resp. restringida - Confesión - Conclusión Anticipada 8 años 7 meses	4 años 7 meses	4 años ppl (convertida a 208 jornadas)
23	00885-2011-27-0401-JR-PE-03	Contrabando Agravado 8 a 12 años	- Confesión - Conclusión Anticipada 4 años 7 meses	7 meses	4 años ppl suspendida
24	11544-2018-4-401-JR-PE-03	Robo Agravado 12 a 20 años	- Ebriedad (eximente incompleta) - Conclusión Anticipada 5 años 2 meses	1 año 2 meses	4 años ppl (convertida a jornadas)
25	11708-2018-54-0401-JR-PE-05	Tráfico Ilegal de productos forestales 8 a 10 años	- Colaboración eficaz - Conclusión Anticipada 6 años 10 meses	2 años 10 meses	4 años ppl (convertida a 208 jornadas)

Fuente: Sentencias del Primer Juzgado Penal Colegiado del Distrito Judicial de Arequipa, enero – julio del 2019

Tabla 6. Quantum de reducción de la pena privativa de libertad – Principio de Proporcionalidad

Nº	Expediente	Pena abstracta del delito	Pena concreta parcial	Reducción por Principio de Proporcionalidad	Pena concreta final
1	2643-2018-1-0401-JR-PE-02	Robo Agravado 12 a 20 años	- Tentativa - Conclusión Anticipada 5 años 2 meses	1 año 2 meses	4 años ppl (convertida a 208 jornadas)
2	02241-2015-85-0401-JR-PE-02	Actos contra el pudor 5 a 7 años	- Ebriedad (eximente incompleta) - Conclusión Anticipada 2 años 2 meses	1 año 2 meses	2 años ppl (convertida a 102 jornadas)
3	03726-2018-17-0401-JR-PE-02	Actos contra el pudor 5 a 8 años	5 años	1 año	4 años ppl (convertida a 208 jornadas)
4	10251-2018-81-0401-JR-PE-01	Robo Agravado 12 a 20 años	- Tentativa - Conclusión Anticipada 5 años 2 meses	2 meses	5 años ppl efectiva
5	07164-2018-49-0401-JR-PE-03	Robo Agravado 12 a 20 años	- Tentativa - Conclusión Anticipada - Tercio intermedio 6 años 11 meses	1 año	5 años 11 meses ppl efectiva
6	06348-2017-31-0401-JR-PE-01	Robo Agravado 12 a 20 años	- Ebriedad (eximente incompleta) - Conclusión Anticipada 5 años 2 meses	1 año 2 meses	4 años ppl (convertida a 208 jornadas)
7	07136-2018-13-0401-JR-PE-02	Robo Agravado 12 a 20 años	- Tentativa - Conclusión Anticipada 5 años 2 meses	1 año 2 meses	4 años ppl (convertida a 208 jornadas)
8	00260-2018-87-0401-JR-PE-01	Robo Agravado 12 a 20 años	- Ebriedad (eximente incompleta) - Conclusión Anticipada 5 años 2 meses	1 año 2 meses	4 años ppl (convertida a 208 jornadas)
9	10920-2018-14-0401-JR-PE-01	Tráfico Ilícito de Drogas 15 a 25 años	- Conclusión Anticipada - Confesión sincera 10 años 3 meses	3 año 9 meses	8 años 6 meses ppl efectiva
10	05908-2018-12-0401-JR-PE-03	Robo Agravado 12 a 20 años	- Tentativa - Delito continuado - Tercio intermedio 6 años 9 meses	9 meses	6 años ppl efectiva

11	06348-2017-31-0401-JR-PE-01	Robo Agravado 12 a 20	- Ebriedad (eximente incompleta) - Conclusión Anticipada 5 años 2 meses	1 año 2 meses	4 años ppl (+ 3 años 2 meses 9 días, concurso real) 7 años 2 meses 9 días
12	05755-2017-48-0401-JR-PE-01	Actos contra el pudor de menor 10 a 12 años	- Ebriedad (eximente incompleta) 5 años	1 año	4 años ppl (convertida a 208 jornadas)
13	11274-2018-76-0401-JR-PE-01	Robo Agravado 12 a 20 años	- Tentativa - Ebriedad (eximente incompleta) - Conclusión Anticipada 5 años 2 meses	1 año 2 meses	4 años ppl (convertida a 208 jornadas)
14	07531-2018-24-0401-JR-PE-04	Robo Agravado 12 a 20 años	- Responsabilidad restringida - Conclusión Anticipada 5 años 2 meses	1 año 2 meses	4 años ppl (convertida a 208 jornadas)
15	09820-2018-48-0401-JR-PE-01	Robo Agravado 12 a 20 años	- Tentativa - Conclusión Anticipada 5 años 2 meses	8 meses	4 años 11 meses ppl efectiva
16	04746-2018-4-0401-JR-PE-01	Robo Agravado 12 a 20 años	- Tentativa - Conclusión Anticipada 6 años	1 año 10 meses	4 años 10 meses ppl efectiva
17	09243-2017-43-0401-JR-PE-02	Trata de Personas 8 a 15 años	- Confesión sincera - Conclusión Anticipada 5 años 2 meses	1 año 2 meses	4 años ppl (convertida a 208 jornadas)
18	08513-2018-45-0401-JR-PE-03	Robo Agravado 12 a 20 años	- Ebriedad (eximente incompleta) - Conclusión Anticipada 5 años 2 meses	1 años 2 meses	4 años ppl (convertida a 208 jornadas)
19	01634-2018-39-0401-JR-PE-03	Robo Agravado 12 a 20 años	- Tentativa - Ebriedad (eximente incompleta) - Conclusión Anticipada 5 años 2 meses	1 año 2 meses	4 años ppl (convertida a 208 jornadas)
20	05796-2017-76-0401-JR-PE-03	Robo Agravado 12 a 20 años	- Ebriedad (eximente incompleta) - Conclusión Anticipada 5 años 2 meses	1 año 2 meses	4 años ppl (convertida a 208 jornadas)
21	06678-2017-75-0401-JR-PE-01	Violación Sexual	- Ebriedad (eximente incompleta)	1 año	6 años ppl efectiva

		12 a 18 años	7 años		
22	0390-2017-85-0401-JR-PE-01	Actos contra el pudor de menor 10 a 12 años	- Ebriedad (eximente incompleta) 5 años	1 año	4 años ppl (convertida a 208 jornadas)
23	05438-2017-95-0401-JR-PE-01	Robo Agravado 12 a 20 años	- Ebriedad (eximente incompleta) - Tentativa 6 años	1 año	5 años ppl efectiva
24	13242-2018-2-0401-JR-PE-01	Robo Agravado 12 a 20 años	- Colaboración en la investigación - Conclusión Anticipada 7 años 8 meses 10 días	1 año 2 meses 10 días	6 años ppl Efectiva
25	02764-2011-37-0401-JR-PE-01	Violación sexual 6 a 8 años	- Tercio inferior 6 años	1 año 6 meses	4 años 6 meses ppl efectiva

Fuente: Sentencias del Segundo Juzgado Penal Colegiado del Distrito Judicial de Arequipa, enero – julio del 2019

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN

El objetivo de la presente investigación fue establecer si el juez luego de haber determinado la pena concreta puede, aplicando el principio de proporcionalidad, reducirla. Según la doctrina especializada, los derechos fundamentales prohíben que las medidas que adopte el legislador penal sean excesivas, y en ese sentido el principio de proporcionalidad se constituye como criterio para controlar la constitucionalidad de la ley (Bernal, 2014), por lo que, el juez penal ante el supuesto de una pena desproporcionada, tiene la obligación constitucional de prescindir de la pena o reducirla por debajo del mínimo previsto legalmente, aunque sobre este último no se cuenta con un mecanismo para asegurar que la pena determinada sea una proporcional.

En ese orden, fueron descritos los casos seleccionados del Distrito Judicial de Arequipa 2019; siendo que, las sentencias analizadas constituyen expresión de la tendencia hacia la aplicación del principio de proporcionalidad para reducir la pena concreta.

El primer objetivo específico de la investigación planteaba determinar cuáles son los criterios utilizados por los jueces para reducir la pena concreta en aplicación del principio de proporcionalidad. Así, además de la gravedad del injusto y culpabilidad del agente (según los cuales la pena debe guardar relación con el grado de responsabilidad del agente, la magnitud del daño ocasionado y la

trascendencia del bien jurídico lesionado), de las sentencias recabadas se extrajo sus fundamentos y son los referidos al derecho penal reparador, mínima lesividad, grado de reproche menor, test de proporcionalidad, consentimiento imperfecto, autopuesta en peligro, edad de los imputados, colaboración en la investigación, grado del injusto, grado de culpabilidad, arrepentimiento, gravedad del delito y personalidad del agente, los mismos que se han utilizado según cada caso en concreto. Estos criterios son discrecionales; aunque algunos tratan de ajustarse a lo señalado por el artículo 45 del Código Penal, ello debido a que, al no existir normatividad sobre los criterios a considerarse para establecer la proporcionalidad de la pena concreta, cada Sala Penal Colegiada valora de manera muy diferente la aplicación de este principio, vulnerándose la predictibilidad de las decisiones judiciales y causando incertidumbre en la sociedad al respecto

Asimismo, la fundamentación de las Salas Penales de Arequipa sobre si la pena concreta determinada es o no excesiva o desproporcionada es mínima, pues en la mayoría de los casos se ha utilizado el criterio del derecho penal reparador (en virtud del pago de la reparación civil por el imputado); no estableciéndose el porqué de la inaplicación de la pena concreta, menos aún se ha empleado los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Al no existir regulación sobre cómo aplicar el principio de proporcionalidad en la aplicación de penas excesivas, es que en las sentencias analizadas ha prevalecido el criterio discrecional de los jueces para la regulación de las penas. No se establece un porcentaje uniforme en la reducción de las penas; siendo que, en el caso del Primer Juzgado Colegiado el criterio que primó fue reducir la pena hasta llegar a los cuatro años de pena privativa de la libertad para facilitar su conversión

a una pena de prestación de servicios a la comunidad, con lo cual se posibilita la libertad del imputado. En el caso, del Segundo Juzgado, tampoco se estableció un margen uniforme, pero sí se precisó que el límite es de cuatro años de pena privativa de libertad, pues a partir de ella se posibilita la suspensión de la condena.

El estudio indicó que la reducción de la pena por debajo del mínimo legal es aplicada por los tribunales siguiendo la doctrina del principio de proporcionalidad en casos donde el bien jurídico vulnerado permite el resarcimiento, lo que se observó en las sentencias estudiadas, cuando fueron impuestas penas privativas de libertad de hasta cuatro años que fueron convertidas a servicios a la comunidad.

Importante mencionar que los criterios utilizados en el distrito judicial de Arequipa para la determinación judicial de la pena, son distintos a los empleados por la Corte Suprema, quienes sólo han recurrido al principio de proporcionalidad cuando concurría alguna causal de disminución de punibilidad; mientras que los Juzgados Penales aplican la reducción luego de determinada la pena concreta.

Es de advertir que las penas concretas determinadas por los jueces arequipeños se distinguen principalmente porque equiparan las causales de disminución de punibilidad a las circunstancias privilegiadas, aplicando los efectos previstos en el artículo 46 inciso 3 del Código Penal. Además, aplican el sistema de tercios tanto en los casos con circunstancias específicas como en los casos con circunstancias agravantes cualificadas; con lo que logran limitar la discrecionalidad judicial; pero, que finalmente, al aplicar el principio de proporcionalidad incurre nuevamente en la discrecionalidad, esta vez bajo sus propios presupuestos y fundamentos.

Los fundamentos que emplean los jueces para reducir la pena según el principio de proporcionalidad no se encuentran reconocidos legalmente, sino que se trata de innovaciones que le han servido para fundamentar las razones de la reducción de la pena.

Las sentencias analizadas, en su mayoría, no han sido revisadas por la instancia superior, pues no se ha realizado control difuso de las normas penales inaplicadas. Asimismo, la mayoría de los casos se han dado por conclusión anticipada, en los que tanto la Fiscalía como la defensa han manifestado su conformidad con la pena establecida; por lo que, al no haber impugnación por parte del Ministerio Público (como titular de la acción penal) la decisión judicial adquiere firmeza, y por ende cosa juzgada.

CONCLUSIONES

1. El juez aplica el principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena concreta, y puede reducirla, cuando en el caso en concreto, la misma resulte excesiva o desproporcionada, buscando lograr una pena “adecuada” o “justa”; ponderando el principio de proporcionalidad sobre el de legalidad.
2. Los criterios que usan los jueces de los Juzgados Colegiados Penales de Arequipa para reducir la pena concreta por desproporcional son discrecionales, se deducen del caso en concreto, y son principalmente: la derecho penal reparador, mínima lesividad, grado de reproche menor, consentimiento imperfecto, autopuesta en peligro, edad del imputado, colaboración en la investigación, grado del injusto, grado de culpabilidad, arrepentimiento, gravedad del delito y personalidad del agente.
3. El *quantum* de la reducción de la pena concreta establecido por los jueces de los Juzgados Colegiados Penales de Arequipa, por la aplicación del principio de proporcionalidad es discrecional; en su mayoría se pretende alcanzar la pena límite de cuatro años de privación de libertad para alcanzar su conversión y con ella la libertad del imputado.
4. No se cuenta con un mecanismo para lograr identificar la proporcionalidad concreta de una determinada pena.
5. El proceso de individualización de la pena por los jueces de Arequipa es distinto al que realiza la Corte Suprema; principalmente en la aplicación del sistema de tercios, el cual aplican los jueces arequipeños en todos los

procesos de determinación de pena, mientras que los jueces supremos sólo lo aplican cuando el tipo penal no contenga circunstancias específicas. De otro lado, los jueces de Arequipa aplican el principio de proporcionalidad como un criterio independiente en la determinación de la pena concreta; mientras que los jueces supremos tienen claro que sólo procederá la reducción de la pena a límites inferiores del mínimo legal cuando concurra alguna causal de disminución de punibilidad, circunstancias privilegiadas o reglas por bonificación procesal, el que debe aplicarse según el principio de proporcionalidad, atendiendo a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor del hecho punible; y en caso no concurrir ninguna de éstas, sólo se aplicará el principio de proporcionalidad para lograr la pena justa, en casos extraordinarios.

6. Lamentablemente, las sentencias analizadas no han merecido control alguno debido a que se han emitido dentro de un proceso de conformidad por conclusión anticipada del proceso, en la cual el Ministerio Público ha manifestado su conformidad con la pena.
7. La diferente operatividad en la determinación judicial de la pena por los jueces de los Juzgados Colegiados Penales de Arequipa y los jueces de la Corte Suprema afecta la seguridad jurídica (la cual exige certeza de las decisiones judiciales, eficacia jurídica y ausencia de arbitrariedad).
8. El principio de proporcionalidad, como herramienta hermenéutica, constituye un importante instrumento con que cuenta el operador jurídico para determinar –en el caso del Derecho penal– si la tipificación de los delitos y la fijación de las penas no son excesivas, constituyendo un criterio

para controlar su constitucionalidad. Así debe cumplir las condiciones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

9. En la mayoría de las sentencias emitidas por los Juzgados Colegiados Penales de Arequipa no se identificó con claridad cuáles son los derechos en conflicto, ni se efectuó el test de proporcionalidad, u otro criterio, que justifique la inaplicación de la pena prevista por el legislador.
10. El principio de proporcionalidad es empleado por los jueces Colegiados de Arequipa en función a su “discrecionalidad”, lo cual genera confusiones y oscuridades que pueden inclusive llegar a criticarse por su subjetividad e irracionalidad.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a los jueces de los Juzgados Colegiados de Arequipa emplear el principio de proporcionalidad cuando en el caso concreto la pena concreta individualizada resulte excesiva o desproporcionada, emitiendo un razonamiento riguroso de los fundamentos de su reducción y del *quantum a* reducir.
2. Se recomienda a los jueces de los Juzgados Colegiados de Arequipa en caso se inaplique el extremo mínimo de la pena por aplicación del principio de proporcionalidad se realice el control difuso constitucional, para su control respectivo, sin perjuicio de que el Ministerio Público realice un efectivo control de la legitimidad de la pena mediante los recursos previstos por la Ley. Ello favorecerá la seguridad jurídica de las decisiones judiciales.
3. Se recomienda a los jueces de los Juzgados Colegiados de Arequipa no efectuar una doble valoración de los criterios utilizados para la delimitación típica de la conducta o determinación del marco concreto de la pena, y luego para determinar la pena proporcionada. Ello evitará se vulnere el principio *non bis in ídem*.
4. Se recomienda al Poder Legislativo implementar la normativa correspondiente sobre los criterios para tener en cuenta por el juez al momento de individualizar la pena dentro del marco concreto. Ello evitará se creen por el juzgador criterios no establecidos en la normatividad penal y reducirá la discrecionalidad judicial.

5. Se recomienda a la Corte Suprema emitir sentencias vinculantes sobre el procedimiento de la determinación judicial de la pena. Ello permitirá resoluciones más homogéneas en todas las instancias, que favorecerán la predictibilidad de las decisiones judiciales y la seguridad jurídica.
6. Se recomienda al Poder Legislativo regular la normatividad sobre a) las circunstancias privilegiadas, estableciendo cuáles son, b) los efectos que produce la aplicación de una o más causales de disminución de punibilidad, y c) los presupuestos de cuándo aplicar el sistema de tercios; ello a fin lograr uniformidad en las decisiones jurisdiccionales los procedimientos de determinación e individualización de la pena.
7. Se recomienda al Ministerio Público efectuar un riguroso control sobre la proporcionalidad de la pena concreta, interponiendo los recursos respectivos cuando el caso lo demande.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Bibliográficas

- Aguado Correa, T. (2014). *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Especial consideración en los delitos de peligro abstracto*. En: Lascuráin Sánchez, J. A. y Rusconi M. A. (2014). Principio de proporcionalidad penal. Buenos Aires: Editorial ADH HOC.
- Aguado Correa, T. (1999). *El principio de proporcionalidad penal*. Madrid. EDERSA.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid. Fareso S.A.
- Bacigalupo Zapater, E. (1999). *Los principios constitucionales del Derecho penal*. Buenos Aires. Editorial Hammurabi S.R.L.
- Barak, A. (2017). *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*. Lima. Palestra Editores.
- Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales - El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*. Bogotá. Editorial Nomos Ltda.
- Bernal Pulido, C. (2014). *Proporcionalidad, Derechos Fundamentales y la Ley Penal*. En: Lascuráin Sánchez J. A. y Rusconi M. A. (2014). Principio de proporcionalidad penal. Buenos Aires. AD-HOC.
- Bombini, G. (2014, mayo, 05). *Límites constitucionales en la determinación judicial de la pena. La función referencial del mínimo de pena dentro del marco legal*. En Aliaga, A., De Luca, J. A., Slokar, A. W., (2014). Determinación judicial de

la pena y Ejecución de la pena. Compendio de doctrinas. Buenos Aires. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Caro John, J. A. y Huamán Castellares D. O. (2014). *El Sistema Penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima. Editores del Centro E.I.R.L.

Castillo-Córdova, L. (2020). *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*. Puno. Zela Grupo Editorial E.I.R.L.

Crespo, E. D. (2015). *Determinación Judicial de la Pena. Notas sobre la dogmática de la individualización judicial de la pena*. En Prado Saldarriaga, V. R., Demetrio Crespo, E., Velásquez Velásquez, F, Weezel, A. y Couso, J. (2015). *Determinación Judicial de la Pena*. Lima. Instituto Pacífico S.A.C.

De Vicente Martínez, R. (2004). *El principio de legalidad penal*. Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch.

Gonzales De León Berini, A. (2019). *Comprender el Derecho Penal. IV Jornadas Internacionales de Derecho penal en homenaje al Prof. Dr. Jesús-María Silva Sánchez*, Buenos Aires. Euros Editores S.R.L.

Guevara Vásquez, I. P. (2021). *La Determinación Judicial de la pena concreta. La regla de tercios y operaciones de tipo objetivo y tipo subjetivo. Parte General*, Lima. Gamarra Editores S.A.C.

Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación*. Ciudad de México. McGraw-Hill Interamericana.

Huamán Castellares, D. O. (2016). *El sistema jurídico penal*. Lima Editores del Centro.

- Klatt, M. y Meister, M. (2017). *La Proporcionalidad como principio constitucional universal*. México. Dara Color Impresores S.A.
- Luna Castro, J. N. (2012). *La proporcionalidad como principio limitador en la determinación e imposición de las penas*. En Cienfuegos Salgado, D. y Guinto López, J. B. (2012). *El derecho mexicano contemporáneo retos y dilemas*. Estudios en homenaje a César Esquinca Muñoa. Iztapalapa. Gama Sucesores.
- Magariños, M. (1993). *Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena*. En Monteagudo, S. y Ventura, J. (1993). *Determinación Judicial de la Pena*. Buenos Aires. EDIGRAF S.A.
- Mantovani, F. (2015). *Los principios del Derecho Penal*. Lima. Ediciones Legales.
- Mata Barranco, N. J. (2014). *El principio de proporcionalidad penal*. En Lascuraín Sánchez, J. A. y Rusconi, M. (2014). *El Principio de Proporcionalidad Penal*. Buenos Aires. Editorial AD-HOC.
- Mendoza Ayma, F. C. (2019). *La medida del dolor. Determinación e Individualización de la pena*. Lima. Idemsa.
- Mir Puig, S. (2014) *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal*. En: Lascuraín Sánchez, J. A. y Rusconi M. A. (2014). *Principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Editorial ADH HOC.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona. Editorial Reppertor.
- Mir Puig, S. (2020). *Derecho Penal de Principios. Los Principios Penales Fundamentales*. Lima. Palestra Editores.

- Montoya Vivanco, Y. (2019). *Derecho Penal y Teoría del delito*. Barcelona. Editorial Reppertor.
- Platón (Edición 1985). *Diálogos I* (Trad. J. Calonge Ruiz, E. Lledó Iñigo, C. García Gual). Madrid. Editorial Gredos S.A.
- Prado Saldarriaga, V. R. (2010). *Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios*. Lima: IDEMSA.
- Prado Saldarriaga, V. R. (2018). *La dosimetría del castigo penal. Modelos, reglas y procedimientos*. Lima. Agencia Brand Perú S.A.C.
- Prado-Saldarriaga, V. R. (2015). *La determinación judicial de la pena en la Ley N° 30076*. En Condori Choque, G., De la Peña Malpartida, R., Camasco Borja, D., Aranda Rojas, A., y Carrascal Quispe, J. (2015). *Determinación Judicial de la Pena*. Lima. Instituto Pacífico S.A.C.
- Roxin, C. (1993). *Determinación Judicial de la Pena – Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*. En Monteagudo, S. y Ventura, J. (1993). *Determinación Judicial de la Pena*. Buenos Aires. EDIGRAF S.A.
- Roxin, C. (1980). *Prevención y determinación de la pena – Doctrina Penal*. España. Civitas S.A.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal - Parte General. Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Buenos Aires. Civitas.
- Roxin, C. (2006). *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima. GRIJLEY.
- Rubio Correa, M. A. (2018). *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Lima. Fondo Editorial PUCP.

Salazar Sánchez y Llamuja Linares (2020). *Comentarios sistemáticos y desarrollo jurisprudencial del Código Penal Peruano*. Lima. Editores del Centro.

Terragni, M. A. (2017). *Proporcionalidad de la Pena*. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores.

Villavicencio Terreros, F. A. (2006). *Derecho Penal General Parte General*. Lima. Editora Jurídica Grijley.

Zaffaroni, E. (2002). *Derecho Penal – Parte General*. Buenos Aires. Copyright by Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.

Ziffer, P. S. (1993). *Determinación Judicial de la Pena – Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena*. En Monteagudo, S. y Ventura, J. (1993). *Determinación Judicial de la Pena*. Buenos Aires. EDIGRAF S.A.

Electrónicas

Alexy, R. (2011, enero-abril). Los Derechos fundamentales y el Principio de Proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm 91, 29-91. Recuperado de <https://www.jstor.org/stable/24886085>.

Arias Holguin, D. P. (2012, julio-diciembre). Proporcionalidad, pena y principio de legalidad. *Revista de Derecho*, núm 38, 142-171. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/851/85124997005.pdf>.

Baquerizo Minuche, J. (2009, julio, 30). Colisión de Derechos Fundamentales y Juicio de Ponderación. *Revista Jurídica de Derecho Público Tomo 1*, 19-52. Recuperado de <https://www.revistajuridicaonline.com/2009/07/colisin-de-derechos-fundamentales-y-juicio-de-ponderacin/>.

- Bernal Pulido, C. (2011, mayo, 10). Proporcionalidad. *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, 1-8. Recuperado de <http://diccionario.pradpi.org>.
- Burga Coronel, A. M. (2011, noviembre). El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Gaceta Constitucional* 47, 253-267. Recuperado de [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B01644A8B01411E905257D25007866F1/\\$FILE/Burga_Coronel.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B01644A8B01411E905257D25007866F1/$FILE/Burga_Coronel.pdf).
- Cárdenas-Gracia, J. (2014, enero - abril). Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad. *Boletín mexicano de derecho comparado*, núm 47, 65-100, Recuperado de <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0041863314705010>.
- Castillo-Córdova, L. (2004, setiembre). El principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. Especial referencia al ámbito penal. *Doxa: tendencias modernas del derecho*, 155-180. Recuperado de https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1960/Pincipio_proporcionalidad_ordenamiento_juridico_peruano.pdf?sequence=1.
- Cote-Barco, G. E. (2008, julio - diciembre). Constitucionalización del Derecho Penal y proporcionalidad de la pena. *Vniversitas*, núm 116, 119-151. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/825/82515355005.pdf>.
- Chang Kcomt, R. (2013, noviembre). Función constitucional asignada a la pena: bases para un plan de política criminal. *Revista de la Facultad de Derecho - PUPC*, núm 71, 505-541. Recuperado de <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.018>.

- Crespo, E. D. (2013, julio). Constitución y sanción penal. *Libertas - Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, núm 1, 75-99. Recuperado de <http://blog.uclm.es/areadpenalto/files/2020/03/Demetrio-2013-Libertas-1-57-110.pdf>.
- Díez-Gargari, R. (2012, enero-junio). Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte. *Cuestiones Constitucionales*, núm 26, 69-106, Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/262649408_Principio_de_proporcionalidad_colision_de_principios_y_el_nuevo_discurso_de_la_Suprema_Corte.
- Durán Migliardi, M. (2011, junio). Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal. *Política criminal*, núm 11, 142-162. Recuperado de http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_11/Vol6N11A5.pdf.
- Ferrajoli, L. (1995). El Derecho penal mínimo. *En Prevención y teoría de la pena*, 25-48. Recuperado de https://www.academia.edu/7213073/Ferrajoli-1995-El_Derecho_Penal_Mnimo.
- Fuentes Cubillos, H. (2008). El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena. *Revista Ius et Praxis*, 14(2), 13-42. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000200002>.
- Lopera Mesa, G. P. (2008). Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, 269-306. Recuperado de:

<http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/692/LECTURAS.pdf?sequence=5&isAllowed=y>.

Marín de Espinosa Ceballos, E. B. (2014, enero). El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ra Época, núm 11, 119-146. Recuperado de http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2014-11-5010/Marin_Espinosa.pdf.

Mendoza Ayma, F. C. (2018, mayo). Concurso real de delitos: determinación de la pena. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, núm 107, 49-58. Recuperado de <https://es.scribd.com/document/381459118/Mendoza-Ayma-Articulo>.

Meini Mendez, I. (2013, agosto). La pena: función y presupuestos. *Revista de la Facultad de Derecho – PUCP*, núm 71, 141-167. Recuperado a partir de <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.006>.

Núñez Morillas, F. y Flores Milla, A. (2016, diciembre). Aplicación del Principio de Proporcionalidad en la Sentencia Casatoria Z3R-2014. *In Crescendo. Derecho*, 108-114. Recuperado de <https://es.scribd.com/document/334665870/Frank-Nunez-Morillas>.

Peña Cabrera Freyre, A. R. (2016). La graduación de la pena por debajo del mínimo legal. *Gaceta Penal*, núm 80; 13-33. Recuperado de https://www.academia.edu/41465494/la_graduaci%c3%93n_de_la_pena_por_debajo_del_m%c3%8dnimo_legal_una_defensa_principista_del_derecho_penal_un_discurso_sobre_la_reinvidicaci%c3%93n_principista_del_derecho_penal.

- Piña Reyna, U. (2007, abril). Proporcionalidad cuantitativa de la pena. Estudios jurídicos en homenaje a Olga Islas de Gonzáles Mariscal. *Biblioteca Jurídica virtual*, 103-136. Recuperado de <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/11341>.
- Rojas, I. Y. (2015, noviembre). La proporcionalidad en las penas. *Revista Pensamiento Penal*, 85-99. Recuperado de https://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/11/7_la-proporcionalidad-en-las-penas.pdf.
- Rojas, I. Y. (2009). La Proporcionalidad en las penas. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 276-286. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2937/15.pdf>.
- Tamayo Arboleda, F. L. y Sotomayor Acosta, J. O. (2018) ¿Penas sin humillaciones? Límites al derecho penal derivados del respeto a la dignidad humana. *Revista Opinión Jurídica*, vol. 17, N° 33, 19-41. Recuperado de DOI: <https://doi.org/10.22395/ojum.v17n33a1>.
- Viganò, F. (2014, diciembre). La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales. *Política criminal*, vol. 9, núm 18, 428-476. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992014000200005>.
- Villarreal Palos, A. (2017, abril). Reflexiones sobre la irracionalidad de la pena de prisión en México. *Ciencia Jurídica*, vol. 6, núm 11, 147-165. Recuperado a partir de doi: <https://doi.org/10.15174/cj.v6i1.227>.

Wilenmann, J. (2017, diciembre). Contra las prácticas argumentativas de apelación a la “teoría de la pena” en la dogmática penal. *Política criminal*, 12(24), 754-785. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000200754>.

Tesis y trabajos de grado

Gonzales, D. (2017). La cadena perpetua y la vulneración a los principios de humanidad y proporcionalidad, distrito judicial de Ancash, años 2012-2014 (Tesis de Maestría). Ancash, Perú.

Rojas Velásquez, J. (2017). El principio de proporcionalidad constitucional en la regulación de las penas en el código penal peruano - 2017 (Tesis de Maestría). Universidad Nacional “Hermilio Valdizan” de Huánuco. Huánuco, Perú.

Valderrama, V. (2016). La Determinación Judicial de la Pena de acuerdo al artículo 45-A del Código Penal y el Principio de Proporcionalidad (Tesis de pregrado). Universidad Andina. Cusco, Perú.

Legislación

Legislación Internacional

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Legislación Nacional

Constitución Política del Perú.

Código Penal. Decreto Legislativo N° 635.

Código de Ejecución Penal. Decreto supremo que aprueba el TULO del Código de Ejecución Penal. Decreto Supremo N° 003-2021-JUS.

Jurisprudenciales

Sentencias del Tribunal Constitucional

STC Exp. N° 0006-2017-PI-TC

STC Exp. N° 01010-2012-PHC/TC

STC Exp. N° 0014-2006-PI/TC

STC Exp. N° 0012-2006-PI/TC

STC Exp. N° 007-2006-PI/TC

STC Exp. N° 06712-2005- PHC/TC

STC Exp. N° 003-2005- PI/TC

STC Exp. N° 04677-2004- PA/TC

STC Exp. N° 0010-2002- AI/TC

Sentencias de la Corte Suprema

Casación N° 1508-2018/Lambayeque (2 de setiembre del 2020)

Casación N° 237-2019-Puno

Casación N° 1422-2018-Junín

Casación N° 359-2018-Lambayeque

Recurso de Nulidad N° 1300-2019-Lima Norte

Recurso de Nulidad N° 114-2019-Lima Este

Casación N° 37-2018-Cusco

Casación N° 724-2018-Junín

Recurso de Nulidad 2418-2018-Lima Norte

Recurso de Nulidad N° 1465-2018-Lima Este

Recurso de Nulidad N° 1706-2018-Lambayeque

Casación N° 66-2017-Junín

Recurso de Nulidad N° 2027-2018-Lima Norte

Casación N° 352-2018-Lambayeque

Recurso de Nulidad N° 2437-2018-Lima Sur

Casación N° 308-2018/Moquegua

Recurso de Nulidad N° 2145-2018-Lima Norte

Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018/CIJ-433

Casación N° 1083-2017-Arequipa

Recurso de Nulidad N° 101-2018/Lima

Recurso de Nulidad N° 761-2018/Apurímac

Recurso de Nulidad N° 502-2017-Callao

Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CIJ-116

Casación 1313-2017

Sentencias de los Juzgados Colegiados del Distrito Judicial de Arequipa:

Exp. N° 02540-2018-8-0401-JR-P-01

Exp. N° 07346-2018-88-0401-JR-PE-04

Exp. N° 0175-2017-81-0401-JR-PE-04

Exp. N° 0175-2017-81-0401-JR-PE-04

Exp. N° 00163-2015-80-0401-JR-PE-01

Exp. N° 05217-2018-12-0401-JR-PE-01

Exp. N° 09173-2018-66-0401-JR-PE-03

Exp. N° 04268-2018-49-0401-JR-PE-05

Exp. N° 04709-2018-94-0401-JR-PE-01

Exp. N° 04324-2014-29-0402-JR-PE-02

Exp. N° 00576-2018-41-0401-JR-PE-01

Exp. N° 02247-2018-92-0401-JR-PE-02

Exp. N° 04597-2017-59-0401-JR-PE-04

Exp. N° 01555-2018-82-0401-JR-PE-01

Exp. N° 01014-2018-88-0401-JR-PE-01

Exp. N° 10551-2018-3-0401-JR-PE-02

Exp. N° 009353-2018-91-0401-JR-PE-03

Exp. N° 13178-2018-27-0401-JR-PE-03

Exp. N° 00437-2018-44-0401-JR-PE-03

Exp. N° 00933-2012-0401-JR-PE-01

Exp. N° 00753-2015-17-0401-JR-PE-05

Exp. N° 05621-2017-12-0401-JR-PE-02

Exp. N° 00885-2011-27-0401-JR-PE-03

Exp. N° 11544-2018-4-401-JR-PE-03

Exp. N° 11708-2018-54-0401-JR-PE-05

Exp. N° 2643-2018-1-0401-JR-PE-02

Exp. N° 02241-2015-85-0401-JR-PE-02

Exp. N° 03726-2018-17-0401-JR-PE-02

Exp. N° 10251-2018-81-0401-JR-PE-01

Exp. N° 07164-2018-49-0401-JR-PE-03

Exp. N° 06348-2017-31-0401-JR-PE-01

Exp. N° 07136-2018-13-0401-JR-PE-02

Exp. N° 00260-2018-87-0401-JR-PE-01

Exp. N° 10920-2018-14-0401-JR-PE-01

Exp. N° 05908-2018-12-0401-JR-PE-03

Exp. N° 06348-2017-31-0401-JR-PE-01

Exp. N° 05755-2017-48-0401-JR-PE-01

Exp. N° 11274-2018-76-0401-JR-PE-01

Exp. N° 07531-2018-24-0401-JR-PE-04

Exp. N° 09820-2018-48-0401-JR-PE-01

Exp. N° 04746-2018-4-0401-JR-PE-01

Exp. N° 09243-2017-43-0401-JR-PE-02

Exp. N° 08513-2018-45-0401-JR-PE-03

Exp. N° 01634-2018-39-0401-JR-PE-03

Exp. N° 05796-2017-76-0401-JR-PE-03

Exp. N° 06678-2017-75-0401-JR-PE-01

Exp. N° 0390-2017-85-0401-JR-PE-01

Exp. N° 05438-2017-95-0401-JR-PE-01

Exp. N° 13242-2018-2-0401-JR-PE-01

ANEXOS

Anexo 1. Matriz de consistencia

TÍTULO DE LA TESIS:		EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD, EN EL DISTRITO JUDICIAL DE AREQUIPA, AÑO 2019			
AUTORA:		Cristal Helen Sandy Velásquez Fernández			
PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	DIMENSIONES	METODOLOGÍA
Problema general	Objetivo general	Hipótesis general			
¿El juez al determinar la pena privativa de libertad en un caso concreto, puede reducirla en aplicación del principio de proporcionalidad?	Establecer si el juez al determinar la pena privativa de libertad puede reducirla en aplicación del principio de proporcionalidad.	El juez al determinar la pena concreta puede reducirla en aplicación del principio de proporcionalidad cuando constate el exceso de la pena abstracta.	Principio de Proporcionalidad	Regulación constitucional. <ul style="list-style-type: none"> Sub Principio de idoneidad, pues las penas privativas de libertad tienen que buscar un fin constitucional. Sub Principio de Necesidad, pues las penas privativas de libertad tienen que ser necesarias para lograr un fin constitucional Proporcionalidad en sentido estricto/pues se tiene que ponderar 	<ul style="list-style-type: none"> Enfoque: Cuantitativo Tipo: Aplicada Diseño: No experimental transversal Unidad de análisis: Sentencias emitidas en el distrito judicial de Arequipa del 2019
Problemas específicos	Objetivos específicos	Hipótesis específicas	Determinación de la pena privativa de libertad	<ul style="list-style-type: none"> Pena legal. Pena fijada por el legislador. Pena concreta. Pena fijada por el juez. Aplicación del principio de proporcionalidad en penas abstractas excesivas. 	Medios de Certificación (Fuente / Técnica)
¿Qué criterios utiliza el juez para reducir la pena privativa de libertad cuando aplica el principio de proporcionalidad?	Establecer cuáles son los criterios que debe utilizar el juez para reducir la pena concreta en aplicación del principio de proporcionalidad.	Los criterios que utiliza el juez para reducir la pena concreta por debajo del mínimo legal en aplicación del principio de proporcionalidad son por la concurrencia de alguna causal de disminución de punibilidad o en casos excepcionales.			<ul style="list-style-type: none"> Técnica: Observación Instrumento: Ficha de observación Población: Sentencias emitidas en el distrito judicial de Arequipa en el 2019 Muestra: 50 sentencias condenatorias emitidas en el distrito judicial de Arequipa del 2019.
¿Qué criterio utiliza el juez para determinar el <i>quantum</i> de la reducción de la pena cuando aplica el principio de proporcionalidad?	Establecer qué criterio utiliza el juez para establecer el <i>quantum</i> de la reducción de la pena cuando aplica el principio de proporcionalidad.	El juez reduce el <i>quantum</i> de la pena concreta utilizando un criterio discrecional.			

Anexo 2. Instrumentos para la recolección de datos



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE
DERECHO

FICHA DOCUMENTAL

N°	N° de Expediente	PARTES	DELITO	FECHA	PENA ABSTRACTA	PENA CONCRETA	PENA FINAL Y P. PROPORCIONALIDAD
1							
2							
3							
4							
5							
6							
7							
8							
9							
10							
11							
12							
13							
14							
15							
16							
17							
18							
19							
20							
21							
22							
23							
24							
25							