



FACULTAD DE DERECHO

**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SU DIMENSIÓN  
ABSTRACTA COMO FUNDAMENTO JURÍDICO PARA  
ESTABLECER LOS LÍMITES DE LA PENA PARA CADA DELITO**

**PRESENTADA POR  
JESÚS ENRIQUE REYES CRUZ**

**ASESOR  
FERNANDO VICENTE NÚÑEZ PÉREZ**

**TESIS  
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**LIMA – PERÚ**

**2020**



**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  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SU DIMENSIÓN ABSTRACTA  
COMO FUNDAMENTO JURÍDICO PARA ESTABLECER LOS LÍMITES DE  
LA PENA PARA CADA DELITO**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**PRESENTADO POR:  
JESÚS ENRIQUE REYES CRUZ**

**ASESOR:  
MG. FERNANDO VICENTE NÚÑEZ PÉREZ**

**LIMA, PERÚ  
2020**

### **DEDICATORIA:**

Dedico esta tesis a mis padres, Cnel. Angel Reyes Gonzales y a mi madre Flor María Cruz Guerrero de Reyes, por haberme ayudado en cada uno de mis pasos por la carrea, y a mi hermano, Abg. Angel Reyes Cruz; por la motivación constante que permitieron que hoy en día sea el profesional que soy, y por su amor incondicional.

### **AGRADECIMIENTO.**

Debo agradecer a los profesionales y expertos en leyes; pues gracias a su apoyo y aliento incondicional, me permitieron elaborar y concretar este trabajo.

## TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA:.....	2
AGRADECIMIENTO. ....	3
RESUMEN.....	6
ABSTRACT. ....	7
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO I MARCO TEÓRICO.....	13
1.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	13
1.2 BASES TEÓRICAS. ....	16
1.2.1 <i>El Estado de derecho democrático</i> .....	16
1.2.2 <i>Dignidad Humana</i> .....	17
1.2.3 <i>Principios</i> . ....	18
1.2.4 <i>Principio de proporcionalidad</i> . ....	18
1.2.5 <i>Políticas Públicas</i> . ....	20
1.2.6 <i>Las Políticas Públicas y la función punitiva</i> .....	20
1.2.7 <i>Función Punitiva Estatal</i> .....	21
1.2.8 <i>Función del derecho penal</i> .....	23
1.2.9 <i>Política Criminal</i> .....	24
1.2.10 <i>Dogmática jurídico penal</i> . ....	26
1.2.11 <i>La criminología y el derecho penal</i> .....	27
1.2.12 <i>Principio de legalidad</i> .....	28
1.3 NATURALEZA JURÍDICA DEL BIEN JURÍDICO. ....	29
1.3.1 <i>Protección de los bienes jurídicos por el derecho penal</i> . ....	30
1.3.2 <i>Importancia de la protección de los bienes jurídicos</i> . ....	32
1.3.3 <i>Principio de lesividad o protección de bienes jurídicos</i> . ....	33
1.3.4 <i>Jerarquía de los bienes jurídicos</i> . ....	35
1.4 NATURALEZA JURÍDICA DE LA PENA. ....	37
1.4.1 <i>Teoría retribucionista o absoluta</i> .....	37
1.4.2 <i>Teoría preventiva o relativa</i> . ....	38
1.4.3 <i>Principio de proporcionalidad de la pena</i> .....	39
1.4.4 <i>Proporcionalidad o prohibición de exceso</i> .....	41
1.4.5 <i>Proporcionalidad en sentido amplio</i> . ....	42
1.4.6 <i>Proporcionalidad en su dimensión concreta</i> . ....	42
1.4.7 <i>Proporcionalidad en su dimensión abstracta</i> . ....	43
1.4.8 <i>Principio de proporcionalidad sistema de penas</i> . ....	45
1.4.9 <i>Desproporcionalidad de la pena privativa de libertad</i> .....	46
1.4.10 <i>Jurisprudencia principio de proporcionalidad</i> .....	47
1.5 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA. ....	49
1.5.1 <i>Alemania</i> .....	49
1.5.2 <i>Colombia</i> .....	50
1.5.3 <i>España</i> . ....	50
1.5.4 <i>Panamá</i> .....	51
1.5.5 <i>Brasil</i> .....	52
CAPÍTULO II HIPÓTESIS .....	53
2.1 HIPÓTESIS PRINCIPAL. ....	53
2.2 HIPÓTESIS SECUNDARIAS. ....	53
2.2.1 <i>Primera</i> :.....	53
2.2.2 <i>Segunda</i> :.....	53

CAPÍTULO III. METODOLOGÍA.....	54
3.1    METODOLOGÍA.....	54
3.1.1 <i>Tipo De Investigación.</i> .....	54
3.1.2 <i>Nivel de investigación.</i> .....	54
3.1.3 <i>Método de investigación.</i> .....	55
3.1.4 <i>Diseño metodológico.</i> .....	55
3.1.5 <i>Técnicas e instrumentos de recolección de información.</i> .....	56
3.1.6 <i>Confiableidad y validez de los instrumentos.</i> .....	56
3.1.7 <i>Empleo de las normas Apa.</i> .....	57
3.1.8 <i>Aspectos éticos.</i> .....	57
CAPÍTULO IV. REFLEXIONES DE LA INVESTIGACIÓN. ....	59
CAPITULO V. RECAPITULACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN. ....	72
CAPÍTULO VI. ENTREVISTAS QUE RESPALDAN LA INVESTIGACIÓN. ....	80
6.1    PRESENTACIÓN DE LAS ENTREVISTAS REALIZADAS A ESPECIALISTAS.....	80
6.2    ANÁLISIS DE LA ENTREVISTA.....	89
CONCLUSIONES. ....	93
RECOMENDACIONES.....	94
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	96
JURISPRUDENCIA CONSULTADA.....	98
ANEXOS. ....	99

## RESUMEN

La investigación tiene su origen en la desproporcionalidad de las penas para delitos cuyos bienes jurídicos podrían ser considerados de menor jerarquía en relación a otros hechos punibles, además, se critica la falta de técnica legislativa del congreso y ejecutivo al momento de promulgar normas penales ya que estas no obedecen a una política criminal que se caracteriza por la adopción de políticas para controlar el comportamiento criminal, existiendo una falta de proporcionalidad en el delito perpetrado frente a la pena privativa además, no tienen en cuenta que criminalizar la conducta innecesariamente, el sistema penal pierde legitimidad, en consecuencia la limitación que se impone al legislador en la creación de un tipo penal no es meramente de origen dogmático-penal, sino sobre todo, de origen constitucional. Ahora bien, para el desarrollo de la investigación se ha formulado el siguiente objetivo determinar si debe el legislador peruano observar el principio de proporcionalidad en su dimensión abstracta como fundamento jurídico para establecer los límites de la pena para cada delito, como objetivo específico, analizar si se debe conceptualizarse mejor, doctrinaria, legislativa y jurisprudencialmente, el principio de proporcionalidad en su sentido abstracto por ultimo evaluar si se debería incorporar en la Carta Magna el principio proporcionalidad, en su dimensión abstracta, en cuanto a la metodología, siendo cualitativa básica, descriptiva, no experimental, Por último, para contrastar los objetivos se ha realizado entrevistas a especialistas. Se concluye, que el legislador peruano debe observar el principio de proporcionalidad en su dimensión abstracta.

**Palabras claves.** Proporcionalidad, penas, bienes Jurídicos, política criminal, derechos fundamentales, dignidad humana.

## **ABSTRACT.**

The investigation has its origin in the disproportionality of the penalties for crimes whose legal assets could be considered of lower hierarchy in relation to other punishable acts, in addition, the lack of legislative technique of the congress and executive is criticized at the time of promulgating criminal regulations since These do not obey a criminal policy that is characterized by the adoption of policies to control criminal behavior, and there is a lack of proportionality in the crime perpetrated in the face of the privative penalty, in addition, they do not take into account that criminalize the conduct unnecessarily, the criminal system loses legitimacy, consequently the limitation imposed on the legislator in the creation of a criminal type is not merely of dogmatic-criminal origin, but above all, of constitutional origin. Now, for the development of the investigation, the following objective has been formulated to determine whether the Peruvian legislator must observe the principle of proportionality in its abstract dimension as a legal casis to establish the limits of the penalty for each crime, as a specific objective, to analyze whether The principle of proportionality in its abstract sense should be better conceptualized, doctrinal, legislative and jurisprudential, finally, evaluate whether the proportionality principle should be incorporated in the Magna Carta, in its abstract dimension, in terms of methodology, being basic qualitative, descriptive , not experimental, Finally, to contrast the objectives, interviews with specialists have been carried out. It is concluded that the Peruvian legislator must observe the principle of proportionality in its abstract dimension.

**Keywords.** Proportionality, barely, legal assets, criminal policy, fundamental rights, human dignity.

## **INTRODUCCIÓN.**

La investigación surge de la problemática en cuanto a la desproporcionalidad de penas encontradas en el código penal, toda vez, que se ha establecido penas mayores para delitos cuyos bienes jurídicos podrían ser considerados de menor jerarquía en relación a otros hechos punibles.

Ahora bien, desde su entrada en vigencia en el año (1991) el actual Código Penal Peruano hasta la actualidad ha tenido más de seiscientos cincuenta modificaciones legales hechas a su texto original, ya sea por normas promulgadas por el Legislativo o Ejecutivo, sin embargo, se cuestiona que estas políticas criminales obedecen a la coyuntura actual, inclinándose siempre en establecer delitos con penas muy elevadas sin considerar el principio de proporcionalidad en su dimensión abstracta.

En ese sentido, quienes han tenido la labor legislativa en el Perú de modificar el Código Penal han establecido, de manera diversa, penas mayores para delitos cuyos bienes jurídicos podrían ser considerados de menor jerarquía en relación a otros hechos punibles. Así tenemos, por ejemplo, el homicidio simple tipificado en el artículo 106° del Código Penal de 1991 establece: El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años. Sin embargo, un robo con la circunstancia agravante de colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica se sanciona con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años, tal como lo prevé el artículo 189° del acotado Código Sustantivo en lo referente a las circunstancias agravantes tipificadas en su segunda escala punitiva.

Sin lugar a dudas la vida de la persona humana está por encima de la situación económica de cualquier persona y, a nuestro entender, no existe proporcionalidad que el delito de homicidio simple doloso sea sancionado con una pena más ínfima a la contemplada para un delito contra el patrimonio como es el supuesto de un robo agravado en el cual se ha colocado a la víctima o a su familia en grave situación económica.

Como en varios delitos previstos y sancionados en el Código Penal en lo relacionado a la pena y al bien jurídico tutelado no existe proporcionalidad, la situación problemática está en que el legislador nacional no está observando el principio de proporcionalidad en su dimensión abstracta para establecer los límites de la pena para cada delito como fundamento jurídico por quien asume la tarea de legislar sobre materia penal en lo referente a establecer el cuanto legal (mínimo y máximo) de las penas para los hechos punibles, debiendo considerarse, conjuntamente, la debida jerarquización de los bienes jurídicos tutelados por las leyes penales.

Siendo ello así, la investigación se ha propuesto como problema general, determinar si el legislador peruano debe observar el principio de proporcionalidad en su dimensión abstracta como fundamento jurídico para establecer los límites de la pena para cada delito, en cuanto al primero objetivo específico, analizar si se encuentra conceptualizada doctrinaria, legislativa y jurisprudencialmente el principio de proporcionalidad, en su dimensión abstracta, para que el legislador no deje de observarlo cuando asuma la labor de establecer penas para los hechos punibles, por último, como segundo objetivo específico, evaluar si se debería incorporar en la Carta Magna el principio proporcionalidad,

en su dimensión abstracta para que el legislador no deje de observarlo cuando asuma la labor de establecer penas para los hechos punibles.

La investigación se justifica y, además, es importante para el mundo jurídico académico toda vez que existe la necesidad de conceptualizar mejor (agregar más elementos esenciales: doctrinarios y legislativos) el principio de proporcionalidad en su dimensión abstracta a fin que éste siempre sea observado, como fundamento jurídico, por los legisladores (o dadores de las leyes) cuando éstos asuman la labor de establecer penas para los hechos punibles.

Asimismo, desde una perspectiva de utilidad social, la presente investigación se justifica y, por ende, es importante porque sus resultados permitirán que tengamos congruencia y proporcionalidad en las penas (o sanciones penales) y los hechos punibles (delitos y faltas), a efectos que los miembros de la comunidad peruana perciban en las leyes penales el sentido de justicia al cual se aspira en toda investigación jurídica.

Por último, la investigación se justifica y es importante porque su trascendencia como tal será a nivel nacional, pues el legislador peruano, como fundamento jurídico, al observar el principio de proporcionalidad en el quantum de las penas no caerá en incongruencias ni desproporcionalidades en las sanciones penales para los delitos (y demás hechos punibles) que se cometan en el territorio del Perú.

Respecto a la viabilidad de la investigación esta propicia el respectivo debate académico doctrinal y jurisprudencial referido al ámbito del derecho constitucional, penal, constitucional, espacio en el cual se ha afirmado como

tradicional paradigma que en nuestro actual código penal existe desproporcionalidad de las penas para delitos cuyos bienes jurídicos podrían ser considerados de menor jerarquía en relación a otros hechos punibles, se critica la falta de técnica Legislativa del Congreso y Ejecutivo al momento de promulgar normas penales ya que estas obedecen a políticas criminales de coyuntura actual, inclinándose siempre en establecer delitos con penas muy elevadas sin considerar el principio de proporcionalidad en su dimensión abstracta.

Ahora bien, la tesis se encuentra estructurada de la siguiente manera, el primer capítulo aborda el marco teórico que contiene, las bases teóricas que respaldan la investigación, en ese sentido, se ha desarrollado, los antecedentes de la investigación, bases doctrinales respecto, al Estado de derecho democrático, dignidad humana, principios, naturaleza jurídica del principio de proporcionalidad, diseño de políticas públicas y la función punitiva, función del derecho penal, política criminal, dogmática penal, criminología y el derecho penal, principio de legalidad, naturaleza jurídica del bien jurídico protegido, además se han desarrollado el marco conceptual respecto protección de los bienes jurídicos por el derecho penal, importancia de la protección de los bienes jurídicos, principio de lesividad o protección de bienes jurídicos, jerarquía de los bienes jurídicos, definición y teorías de la pena, el principio de proporcionalidad de la pena o prohibición de exceso, principio de proporcionalidad en su dimensión concreta, principio de proporcionalidad en su dimensión abstracta, algunos ejemplos de desproporcionalidad de las penas en relación con los bienes jurídicos protegidos, el principio de proporcionalidad de las penas en la legislación de los países de la región como Brasil, Colombia, Chile. Etc.

Respecto al segundo capítulo se ha formulado las hipótesis de la investigación, en cuanto al tercer capítulo se ha desarrollado el marco metodológico, siendo una investigación cualitativa, nivel de investigación descriptiva, método de investigación lógico deductivo, diseño metodológico no experimental, el instrumento de recolección de información fue el fichaje y entrevistas realizadas a los especialistas.

En el cuarto capítulo se realiza algunas reflexiones sobre la importancia consistentes en que el legislador peruano debe observar el principio de proporcionalidad como fundamento jurídico para establecer los límites de las penas para cada delito, y así evitar que conductas que lesionan o pongan en peligro bienes jurídicos de menor jerarquía sean sancionadas con más pena que aquellas vulneradoras de bienes jurídicos de mayor escala jerárquica. De esta forma la pena sería idónea y necesaria. Por otro lado, en el quinto se realiza una recapitulación de la investigación y por último, en el sexto capítulo se desarrollan las entrevistas abordadas y que respaldan la investigación.

## CAPÍTULO I MARCO TEÓRICO

### 1.1 Antecedentes de la investigación.

Como bien señala Ramirez Tirado, (2016)

La respuesta punitiva del Estado en el artículo 367 inciso 3° del Código Penal Peruano, no guarda relación de una cierta igualdad o equivalencia que un enigmático y profundo sentido de justicia exige necesariamente ya que la gravedad de la pena impuesta por el poder público se debe graduar en función de la entidad de la lesión jurídica perpetrada, es decir debe existir proporcionalidad entre el hecho y la sanción; asimismo relación de la pena con el bien jurídico protegido. (p.49)

De lo expuesto se desprende la falta de equivalencia entre el *Ius Puniendi* del Estado y la pena establecida para el delito de violencia contra la autoridad en su forma agravada, previsto en el inciso 3 del artículo 367° del vigente Código Penal de 1991, no existiendo según ella proporcionalidad entre la conducta tipificada como delito y la sanción penal, debiéndose graduar en razón a la lesividad del bien jurídico tutelado.

Ahora bien, la autora no hace referencia a la expresión proporcionalidad abstracta, sin embargo, debemos colegir que estamos ante el sentido abstracto del principio de proporcionalidad, ya que se hace referencia a la sanción penal impuesta por el legislador para el delito, a diferencia de la proporcionalidad concreta que debe observar el juez cuando impone en un proceso judicial una pena al condenado por la comisión de un delito.

Además no se debe perder de vista que la prevención del delito no se logra con penas exageradas o irracionales, pues la sanción penal establecida por el legislador debe ser proporcional al hecho punible cometido por el agente, debiéndose medir dicha proporcionalidad en función con el impacto social del hecho en sí, esto es, la lesión al bien jurídico protegido.

Por otro lado, el legislador peruano debería de manera urgente asumir la labor de uniformizar las sanciones penales previstas para cada hecho punible en particular con los siguientes criterios: racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad para que haya una justicia penal más equivalente en la imposición de las sanciones penales a los responsables que hubieran cometido delitos o faltas.

Conforme Llorens Carrasco, (2005)

El principio de proporcionalidad presenta varias aristas, nosotros lo conocemos y lo tratamos en su sentido estricto (tal y como señala Aguado Correa), es decir, como proporcionalidad de las penas, esto significa una adecuada equivalencia entre el daño cometido y la sanción a imponer por el Estado, de manera que éste no se sobrepase y busque otros fines distintos que el de hacer pagar al autor por su delito ante la sociedad, reeducarlo y reafirmar el derecho vigente, no debe buscar instrumentalizarlo y por sobre todo debe respetar el principio humanizador de las penas.(p.39)

La autora hace referencia a la proporcionalidad en su sentido estricto, es decir, la proporcionalidad de la pena como un principio por el cual se establecerá una equivalencia entre el daño o la lesión al bien jurídico tutelado y la sanción penal a imponerse al agente del delito, poniéndose el énfasis en razón a que la pena

no debe buscar otros fines al de sancionar al sujeto activo por la comisión del delito, así como reeducarlo, no siendo el ser humano un instrumento de las penas. Ahora bien, la autora tampoco hace mención a la locución proporcionalidad abstracta, pero es indudable que cuando es el Estado quien en ejercicio de su función legislativa impone la sanción al agente del delito, estamos ante la dimensión abstracta del principio de proporcionalidad de la pena.

Además, la autora concluye con una crítica al derecho penal aplicable en su país al señalar que este dispositivo solo atiende el fin retribucionista de la pena, esto es, que la pena sólo es vista por el dador de la ley penal chilena como una sanción al agente del delito sin importar otros fines, lo cual en su opinión va en desmedro del principio de proporcionalidad, ya que el legislador no sólo debería considerar la prevención general de la pena sino otros aspectos más para evitar así que hayan delitos con penas mayores a otros que protegen bienes jurídicos de una escala superior.

Para finalizar, Guevara y Vargas, (2018) Señala que:

La Proporcionalidad constituye un principio angular del sistema jurídico de todo Estado Constitucional de derecho, como es el caso del Estado peruano, en tanto se convierte en la escala para evaluar si las acciones desplegadas por los poderes no afectan derechos fundamentales y, en caso de que sí lo hagan, estén legalmente justificadas. Como tal, el principio de proporcionalidad se encuentra contenido en 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.(p.60)

De acuerdo al máximo intérprete de la Constitución vigente de 1993 el principio de proporcionalidad no se encuentra consagrado expresamente en la constitución, sin embargo implícitamente este se debe interpretar de acuerdo al (Art.2º) inciso 24 párrafo (d), en concordancia con el último párrafo del (art.200º), ahora bien, realiza una crítica a la política pública criminal en el sentido de que el legislador al momento de promulgar una norma no está considerando la proporcionalidad de los hechos punible, como ejemplo el autor menciona el caso de la sobre criminalización del delito de robo en comparación con el delito de homicidio.

## **1.2 Bases teóricas.**

### **1.2.1 El Estado de derecho democrático.**

De acuerdo a Wolfgang Sarlet, (2008)

El Estado de derecho democrático se configura mediante el ejercicio del poder estatal legítimo a través de la participación popular que elige a sus representantes políticos, y debe ejercer un esfuerzo enorme para garantizar a sus ciudadanos el ejercicio efectivo de los derechos garantizados en la Constitución, a través de los principios de separación de poderes. , pluralismo político, legalidad y dignidad humana. (p.68)

En un Estado de derecho democrático la protección de los derechos fundamentales se deriva del orden constitucional, en ese sentido, la Constitución tiene un papel limitante en el derecho penal. Como estatuto político de un Estado,

la Constitución revela la política penal adoptada por él y delimitará el alcance y el alcance del derecho penal. Por lo tanto, para que los tipos de delincuentes estén en línea con la Constitución, debe seguir las pautas establecidas allí con respecto a asuntos penales.

### **1.2.2 Dignidad Humana.**

La Carta Magna, creadora y organizadora de una comunidad jurídica y política, contiene, por regla general, las normas legales que delimitan los órganos supremos del Estado, estableciendo la forma de crearlos, sus relaciones recíprocas y sus áreas de influencia, además de la posición del individuo en relación con el poder estatal; pero también asume ciertos cánones para dotar a derechos fundamentales como una verdadera fuerza vinculante para todo el ordenamiento jurídico.

En efecto, desde la introducción del principio de la dignidad humana por la Constitución, se reconoció expresamente que es el Estado el que existe en función de la persona humana, y no al revés, en la medida en que la persona constituye el fin primordial y no el medio de actividad estatal. Así, este principio se convirtió en fundamental en el Estado de Derecho Democrático. (Paulo & Uhry, 2018, pág. 9)

Ahora bien, la dignidad humana la encontramos en el (art.1º) de nuestra Constitución que refiere que el respeto y su defensa es el fin supremo de nuestra sociedad, en ese sentido La dignidad humana es un valor central del ordenamiento jurídico a nivel nacional y supranacional. Sin embargo, a pesar de la relevancia de la dignidad y su positividad en los sistemas legales, existen dificultades para comprender su propio contenido.

### **1.2.3 Principios.**

Hay principios que no forman parte del contexto legal, pero permanecen en el mundo jurídico a través de un proceso hermenéutico, ya sea porque están implícitas en la norma positiva, como ocurre con el principio de proporcionalidad, o por la búsqueda de soluciones jurídicas, basadas en el derecho comparado, o incluso a través de textos doctrinales.

Los principios son normas que ordenan que algo se cumpla en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y legales, se envían para su optimización. Las reglas son reglas que pueden cumplirse o no. Si una regla es válida, entonces uno debe hacer exactamente lo que requiere, ni más ni menos. Por tanto, las normas contienen determinaciones dentro del ámbito de la ley y en la medida de lo legalmente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa, no general. (Alexy y Simchen, 2015, pág. 15)

La Constitución es un sistema de reglas legales. No es una simple agrupación de reglas que se superponen o se superponen. La idea de un sistema se basa en la de armonía, de partes que conviven sin fricciones. En todo el ordenamiento jurídico existen valores superiores y pautas fundamentales. Los principios constitucionales fundamentan las premisas reglas básicas de un determinado orden jurídico, que irradian a todo el sistema.

### **1.2.4 Principio de proporcionalidad.**

El origen del principio en cuestión se encuentra, más concretamente, en los siglos XVII y XVIII, estando vinculado a la evolución de los derechos y garantías

individuales de la persona humana, desde el nacimiento del Estado de Derecho burgués en Europa.

Fue en Inglaterra donde surgieron las teorías jusnaturalistas que defendían la idea de que el hombre tenía derechos inmanentes a su naturaleza. Se puede decir que fue durante la transición del Estado absolutista cuando se utilizó por primera vez el principio de proporcionalidad, con el objetivo de limitar el poder del monarca.

Inicialmente, el principio de proporcionalidad se originó en el ámbito del Derecho Administrativo. El primero creó mecanismos de control del Poder Ejecutivo en el ejercicio de sus funciones, a fin de evitar las arbitrariedades y el abuso de poder y, solo más tarde, fue considerado como un principio constitucional. Es importante señalar que el principio de proporcionalidad está vinculado al Derecho Constitucional a través de los derechos fundamentales. (Barros & Leal , 2007, pág. 8)

En ese sentido, la expresión proporcionalidad da la idea de equilibrio entre dos supuestos, pero la proporcionalidad es más que eso, ya que involucra otras cuestiones como la adecuación de medios y fines, y la utilidad de un acto para proteger un derecho. Por lo tanto, este principio independientemente de las variaciones conceptuales, sirve principalmente para investigar la constitucionalidad de las leyes que pueden interferir con la libertad humana. Si, por el contrario, faltan al respeto al ámbito de los derechos de forma más intensa de lo requerido para su efectividad, serán declarados inconstitucionales.

### **1.2.5 Políticas Públicas.**

Políticas públicas significa Estado en acción, haciendo hincapié en las acciones gubernamentales. Es una cuestión técnica, pero también de valores, que implica una intervención en la relación entre Estado y Sociedad. Dichas políticas pueden considerarse como una intervención en el orden, ya sea para recomponer o cambiar el orden establecido, o desde la perspectiva de responder a las demandas sociales.

También es relevante la posibilidad de que el Poder Judicial y las funciones esenciales para la justicia actúen ante la ineficiencia o insuficiencia de la implementación de políticas públicas, en este sentido, la justicia puede actuar para contribuir a la formulación o corrección de ciertas políticas públicas. Sin embargo, la complejidad de las relaciones que se establecen entre los poderes de la República, el poder judicial, el legislativo y el ejecutivo, especialmente con respecto al proceso de formulación e implementación de políticas públicas no siempre son la solución al problema.

Por lo tanto, el Estado de derecho democrático necesita un movimiento opuesto a la expansión del derecho penal y las competencias de la justicia penal, en el que los sentimientos de venganza apoyados por la opinión pública y los medios de comunicación quienes ejercen poder en la administración de justicia.

### **1.2.6 Las políticas públicas y la función punitiva.**

Desde un punto de vista constitucional y penal, debe tenerse en cuenta que el Estado de derecho democrático gira en torno al principio de la dignidad de la persona humana y la centralidad de los derechos fundamentales, con libertad, igualdad y el mínimo existencial incluido en los derechos fundamentales que

debe alcanzar el Legislativo, Ejecutivo y judicial en la mayor medida posible, con el núcleo esencial de estos derechos como límite mínimo.

Por otro lado, el sistema legal nacional, a través de normas de conducta reguladoras y la promoción de diferentes políticas públicas, tiene como objetivo garantizar la paz social y permitir a las personas vivir en una sociedad organizada y pacífica. Sin embargo, si algún miembro de este grupo social viola alguna de estas reglas de conducta, el Estado, a través del Jus puniendi, puede aplicar la sanción correspondiente prevista en las leyes codificadas.

### **1.2.7 Función Punitiva Estatal.**

Teniendo como referencia principal el principio básico de supremacía de la Constitución y los valores y garantías procesales que impregnan este modelo de estado, construido principalmente sobre el principio de la dignidad humana. Una democracia real y efectiva requiere una protección activa y vigorosa de los derechos de los ciudadanos y, por otro lado, un mayor control sobre los deberes del Estado. Solo de esta manera será posible lograr la maximización de la libertad y la minimización del poder del Estado para castigar.

Siendo ello así, un Estado de Derecho Democrático al ejercer su poder punitivo debe hacerlo de acuerdo a determinados principios constitucionales, por lo tanto, cuando se emiten determinadas normas de carácter penal se deben dar dentro del marco de estos principios, siendo uno de ellos, el principio de intervención mínima que se presenta como una de las líneas axiológicas más cruciales y obligatorias en el Derecho Penal de Garantía moderno. Tal idea revela una conquista de la sociedad, ya que presagia el derecho penal como uno de los últimos recursos para contener conflictos, y debería presentarse solo cuando

otras instancias de la sociedad y el derecho son insuficientes para resolver el hecho social.

Como bien señala Villavicencio Terreros, (2016)

En ese sentido, su legitimación extrínseca proviene de la constitución y los instrumentos internacionales, pero su legitimación intrínseca se basa en una serie de principios específicos que dotan al derecho penal de herramientas para concretizar el respeto de la dignidad de humana, (...) además estos límites del poder penal actúan tanto en la creación de las normas penales (criminalización primaria) como en su aplicación (criminalización secundaria), pero se suele clasificar en límites materiales o garantías penales y límites formales o garantías procesales.(p.89)

El concepto de protección del bien legal exige adoptar una política penal proporcional y rechazar la creación de tipos criminales vagos, genéricos e imprecisos. El bien legal servirá como un indicador de lo que es valioso en un Estado, por lo que las lesiones que lo afectan, implicarán la aplicación de una sanción que debe cumplirse dentro de los estrictos límites establecidos en la Constitución. (Tavares, 1992, pág. 75)

Ahora bien, la Constitución es el instrumento que indica cuáles son los derechos fundamentales de sus ciudadanos, cómo se estructuran los poderes que garantizan la soberanía del Estado y cuáles son los límites del derecho penal, la relación entre este y el Derecho Penal. En ese sentido, la concepción de que el derecho penal tiene como objetivo proteger activos legales que, si están lesionados o en peligro, causan colapso social significativo y, por lo tanto, exigen protección penal. En este sentido, se entiende que la limitación impuesta al

legislador al crear un tipo penal no es simplemente de origen dogmático-penal, pero, sobre todo, de origen constitucional.

### **1.2.8 Función del derecho penal.**

El Derecho Penal, como rama del Derecho Público, no es inmune a los movimientos políticos de la sociedad; es la expresión más llamativa de lo que se llama un monopolio de la fuerza por parte del poder estatal. El crimen es un hecho social; la pena es un mecanismo de control de clases. Por tanto, la implementación de una política criminal que respete los derechos humanos y las garantías constitucionales se ha convertido en una necesidad para un Estado Constitucional Democrático.

El derecho penal es un conjunto de reglas que definen delitos y sanciones que les corresponden, el llamado Jus puniendi, vinculado a su facultad exclusiva de imponer sanciones penales ante el delito. En ese sentido, el derecho penal tiene carácter jurídico, siendo, por tanto, ciencia sistemática y estrictamente técnica, tomando como objeto general la conducta humana y, como objeto especial, la responsabilidad de quienes infringen las normas sancionadas por el derecho penal.

El derecho penal es una ciencia sistemática y que a través de él sentarán las bases para una administración de justicia igual y justa. Con este fin, destaca la necesidad de comprender las conexiones internas de este derecho, ya que serán las que lo mantendrán alejado de una aplicación aleatoria o arbitraria

El derecho penal, es un instrumento para garantizar la libertad individual, además garantiza la convivencia social pacífica que debe ser considerado como

herramienta de control de ultima ratio para el mantenimiento de valores sociales fundamentales.

La misión del derecho penal es proteger los activos vitales para la vida comunitaria, imponiendo consecuencias legales a quienes les causan daño. En ese sentido el derecho penal quiere proteger, sobre todo, ciertos activos vitales de la comunidad valores materiales, por lo tanto, impone consecuencias legales sobre sus lesiones.

En ese sentido Brandão, (2014) señala:

El derecho penal ejerce su función reguladora de la vida social en la medida en que protege los valores fundamentales de la vida en la sociedad, y esto ocurre exactamente cuándo rastrea los contornos exactos de la conducta prohibida y determina la aplicación de una sanción a quienes la practican. De ello se deduce que el bien legal es del tipo penal como un objeto de protección. Además, el derecho penal, al seleccionar las conductas que perjudican gravemente la vida en la sociedad y, al atribuirles un castigo, termina estableciendo los límites de la libertad del individuo. (p.113)

### **1.2.9 Política Criminal.**

La política criminal apunta principalmente al análisis crítico metajurídico del derecho positivo, en el sentido de ajustarlo bien a los ideales jurídico-penales y de justicia. Está estrechamente vinculado a la dogmática, ya que la interpretación y aplicación del derecho penal interfiere con los criterios de la política penal. (Zago & Corrêa, 2018, pág. 10)

Instrumento punitivo, que se caracteriza por la adopción de políticas para controlar el comportamiento criminal a través de la instrumentalización de la

tutela criminal para responder a los cambios sociales. Por el contrario, si se criminaliza la conducta innecesariamente, el sistema penal pierde legitimidad, porque, por un lado, no combate toda conducta criminalizada y, por otro lado, la sociedad, a largo plazo, notará que el sistema tiene fallas y que sus agentes no pueden garantizar la seguridad.

Por lo tanto, la intervención legal debe buscar la máxima efectividad preventiva y la certeza del castigo, preservando plenamente los derechos fundamentales del acusado. Establecer los límites más allá de los cuales esta intervención demostrará ser ilegítima es una tarea detallada y dependerá de un análisis basado en los principios fundamentales que guían la Dogmática Criminal.

Dicho ello, el mayor desafío de la política criminal, sería poder conciliar los nuevos requisitos preventivos con las garantías legales y penales tradicionales, a fin de establecer un marco de legitimación. Para un dominio efectivo de la delincuencia, el Estado debe intervenir en la medida exacta requerida para garantizar las condiciones esenciales para el funcionamiento de la sociedad.

Como bien señala Ferrajoli, (2010)

Una política penal coherente con los modelos constitucionales contemporáneos, respaldada por el respeto a los valores elegidos democráticamente como los agentes que ordenan a los agentes públicos y privados, apunta a una doble función preventiva, a saber, la prevención general de delitos y la prevención general de sanciones arbitrarias o excesivas. En consecuencia la aplicación de una política criminal debe garantizar, sobre todo, la protección de los débiles contra los más fuertes, en el que ambos lados del sistema penal-legal están justificados por la necesidad

política de la Justicia Criminal de proteger los derechos fundamentales, que son bienes o valores que, en un Estado de derecho democrático, deben preservarse contra cualquier delito, ya sea que surja de delitos o sanciones.

(p.25)

En efecto, En un Estado de derecho democrático, cuando se le pide que ejerza el control judicial sobre el delito y el poder de castigar, tiene la obligación política de proteger los derechos fundamentales, que son activos legales que ningún agente, público o privado, está permitido dañar. En este sentido, hoy, la Justicia Penal, al menos en una línea teórico-axiológica, se basa en los valores de protección de los derechos fundamentales, y no puede someterse a una política criminal maximalista, con una naturaleza vengativa y restrictiva de las garantías, incluso si es presionada por la mayoría.

#### **1.2.10. Dogmática jurídico penal.**

De acuerdo a Villavicencio Terreros, (2016)

Es la disciplina que se ocupa del estudio general, abstracto y sistemático crítico y axiológico de las normas del derecho penal, a través de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de tales instrumentos y posiciones legales, como también de las opiniones de la dogmática penal en el campo del derecho penal. Esta encargada de formular reglas para la decisión jurídico penal, es pues, el estudio normativo o jurídico del delito. Una de las funciones que tiene la dogmática penal es concentrar todos los conocimientos, dogmas, que conforman la teoría del delito, por ultimo funciona como una institución interpretadora del derecho penal positivo. (p.25)

El sistema penal está conformado por tres columnas inseparables, la dogmática penal, política criminal, criminología, esta última alimenta o dota de conocimientos iniciales sobre la criminalidad, en cuanto a la política criminal tiene como función principal emitir lineamientos para que de esta manera los poderes del estado puedan elaborar políticas de control social, por último, la dogmática penal, se encargara del estudio en concreto de la doctrina científica en el campo de las agencias criminales.

### **1.2.11 La criminología y el derecho penal.**

Para la promoción de un conocimiento integrado de las Ciencias Penales, se hace necesario atribuir el mismo grado de importancia al estudio de la Criminología como ciencia toda vez, que a partir de la definición de la Criminología como ciencia y la delimitación de sus objetos de estudio, incluido el control social sobre la conducta delictiva, se destacarán las teorías criminológicas.

Dentro del campo de las Ciencias Penales o Ciencias Penales Integradas, el Derecho Penal y la Criminología se diferencian como disciplinas autónomas, que no deben confundirse con la Política Penal. El derecho penal es el conjunto de normas legales que prevén delitos y les imponen sanciones, además de disciplinar la incidencia y vigencia de dichas normas, la estructura general del delito, y la aplicación y ejecución de sanciones impuestas. En cambio la criminología, ahora denominada ciencia del delito, se ocupa de las causas y la naturaleza del delito basándose en un pensamiento claro y una observación sistemática.

### **1.2.12 Principio de legalidad.**

Nuestra Carta Magna establece, sin distinción de aplicación en tal o cual rama legal, que nadie estará obligado a hacer o dejar de hacer nada, excepto en virtud de la ley. En ese sentido, esta garantía fundamental está consagrada en un Estado Constitucional de Derecho que implica un límite a todas las formas de autoritarismo y abuso.

En ese sentido, el principio de legalidad está íntimamente relacionado con el Estado de Derecho Democrático, considerando que cualquier Estado Moderno valora la idea básica del Estado de Derecho. Este postulado es de tal importancia para el ordenamiento jurídico, así como el fundamento de un Derecho Penal que aspira a la seguridad jurídica.

Como bien señala Caprioli, (2018)

En este contexto, la legalidad preserva la libertad y dignidad del hombre, e impide el uso arbitrario del poder por parte del Estado, protegiéndolo frente al abuso del ejercicio de la persecución penal. El derecho penal impide que el castigo se utilice de forma contingente, lo que limita enormemente la discreción de las autoridades estatales. (p.10)

De lo expuesto la Carta Magna lo ubica en la cúspide del ordenamiento jurídico nacional, por lo que su existencia es garantía de la libertad y seguridad de la comunidad. Además, configura en la piedra angular del Derecho Penal, ya que brinda al individuo la posibilidad de predecir la intervención del poder punitivo del Estado. Por tanto, este principio tiene una vocación eminentemente garantista, ya que se encuentra vinculado directamente con los estados democráticos. Siendo ello así, el principio tiene consigo algo más que la mera concepción de

que no hay delito sin una ley previa que lo defina o una pena sin combinación jurídica previa.

### **1.3 Naturaleza Jurídica del Bien Jurídico.**

La Constitución tiene un papel limitante en el Derecho Penal y ya está consolidada en los llamados Estados Democráticos de Derecho. El tema, sin embargo, es más complejo para la ciencia criminal, ya que se trata de verificar si todos los bienes legales están delimitados o sirven solo como una guía para que el legislador establezca qué es y qué no es un delito.

Ahora bien, el concepto de protección del bien jurídico exige la adopción de una política penal proporcional y rechaza la creación de tipologías delictivas vagas, genéricas e imprecisas. El bien jurídico servirá como indicador de lo valioso en un Estado, por lo que las lesiones que lo afecten, implicarán la aplicación de una pena que deberá cumplirse dentro de los estrictos límites establecidos en la Constitución.

Ahora bien de acuerdo a Von Liszt, (1999)

Bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida, pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico. (p.6)

El concepto de bien jurídico responde a un interés de la persona o la sociedad, es decir, existen ciertos intereses individuales o colectivos que el Derecho Penal considera atendibles para ser tutelados frente a conductas dañosas, y lo que

hace el sistema jurídico penal es reconocer a esos intereses de contenido patrimonial o no patrimonial y darle una debida protección.

El bien jurídico es un concepto empleado por el Derecho Penal para reconocer y tutelar a aquellos intereses del individuo o la comunidad que son de mucha importancia para su existencia, para lo cual se crean los tipos penales donde se describen las conductas o acciones vulneradoras de esos bienes jurídicos protegidos.

Por lo tanto, es imposible jurídicamente que exista un tipo penal o legal que no haya sido construido teniendo como fundamento esencial la protección a un bien o interés jurídico siendo éste la base de su interpretación, no siendo como lo señala el mencionado jurista alemán objeto del Derecho Penal sancionar conductas inmorales.

### **1.3.1 Protección de los bienes jurídicos por el derecho penal.**

En principio, dentro de una comunidad estatal jurídicamente organizada, los bienes jurídicos tienen una mera y válida importancia a fin de ser protegidos o tutelados por el ordenamiento jurídico-penal para ser posible la convivencia de los miembros de un país. Esa importancia muchas veces va asociada o relacionada a la moral de las personas de una sociedad o comunidad.

Como bien señala Peña Cabrera, (2011)

El Derecho Penal tiene por principal función la protección preventiva de bienes jurídicos, merecedores de tutela punitiva, en cuanto recogen ciertos intereses que resultan vitales para el individuo y para la sociedad, en correspondencia con el orden de valores que se glosan en la Ley Fundamental.(p.17)

En un Estado de Derecho no se puede considerar cualquier conducta como delito sino sólo aquellas que son nocivas o tóxicas para la sociedad en cuanto vulneren o dañen bienes jurídicos protegidos, asimismo, éstos deben ser el condicionante para el establecimiento de las sanciones penales por la autoridad competente para expedir las normas legales en materia penal.

Ahora bien, en un Estado de Derecho, como el nuestro, éste monopoliza el ius puniendi entendido éste como el poder de sancionar con una pena a aquellos sujetos que hayan cometido un delito o una falta. Empero, se requiere previamente de la dación de una ley en materia penal la cual será creada por la autoridad competente constitucionalmente que en el caso peruano es el Congreso de la República o el Poder Ejecutivo cuando a éste el Poder Legislativo le haya delegado mediante ley autoritativa la facultad de legislar con carácter penal, y es en esa tarea de legislar que se debe considerar el principio de proporcionalidad como fundamento sine qua non de la sanción penal a establecerse para cada delito en específico.

Entonces, los bienes jurídicos y su protección como intereses individuales o colectivos constituyen un tema central y primordial en el contrato social de las personas de una comunidad, caso contrario estaríamos ante una anarquía de inseguridad en los miembros de la población del Estado, puesto que las personas no tendrían la seguridad de la tutela de sus bienes jurídicos.

Por estas consideraciones, el legislador debería tener en cuenta el principio de proporcionalidad en su dimensión abstracta como fundamento jurídico para establecer los límites mínimo y máximo de las penas para cada delito, y así evitar que aquellas conductas que lesionan bienes jurídicos de menor jerarquía sean

sancionadas con más pena que aquellas vulneradoras de bienes jurídicos de mayor escala jerárquica.

### **1.3.2 Importancia de la protección de los bienes jurídicos.**

Para Hurtado y Prado, (2011)

Afirmar que la intervención del derecho penal está en función de la necesidad de proteger los bienes jurídicos más importantes y contra los ataques más graves, no significa sostener, como ya lo hemos visto respecto a la misma noción de bien jurídico, que deba separarse de modo radical el derecho penal de la moral.(p23.)

El legislador, al concebir un tipo penal, debe apuntar a la exhaustividad de la descripción del comportamiento humano que se pretende no practicar; sin embargo, al prohibir o determinar una conducta, el legislador debe considerarla como resultado de la acción humana insertada en culturas y contextos para que la prohibición solo tenga sentido si realmente daña un bien jurídico. (Welzel, 1970, pág. 6)

Ahora bien, los bienes jurídicos si bien encuentran su mayor protección mediante el Derecho Penal sancionador de un Estado Democrático, esta perenne protección jurídica no debe excluir otros aspectos de la vida de los individuos en sociedad o comunidad como es la moral la cual se encarga de establecer patrones de conductas o comportamientos en las personas a fin que éstas actúen bajo ciertos cánones de respeto y lealtad, y se haga posible convivir socialmente.

Siendo ello así, mediante el Derecho Penal, como herramienta legal, se selecciona, en razón a las expectativas morales, culturales, económicas,

sociales etc. de los miembros de una sociedad, a los bienes jurídicos que serán los tutelados o protegidos por el ordenamiento jurídico-penal, y las conductas o acciones, por comisión u omisión, que los lesionen serán consideradas como hechos punibles a fin de ser sancionadas por medio de penas u otras sanciones previstas en estricto por la ley penal.

El bien jurídico, por tanto, en la concepción humanista, debe ser responsable del establecimiento de la contención del poder punitivo del Estado; y no la protección de los bienes en la perspectiva de la ideología de la seguridad ciudadana, ya que en este sesgo, como resultó, quedaron perpetradas varias tendencias autoritarias en nombre de la defensa de la colectividad.

De este modo la interpretación del tipo penal en el contexto de la dogmática de un Estado Democrático de Derecho está necesariamente ligada a la idea de bien jurídico, ya que al delimitar los contornos de la conducta prohibida en la ley restringe la propia intervención criminal del Estado sobre el individuo.

En ese sentido, considero que la jerarquización y protección de los bienes jurídicos debe tener una relación directa e insoslayable con el principio de proporcionalidad de las penas para establecer el cuanto de la sanción penal para cada hecho punible, porque de esa manera el legislador apreciaría con un mayor fundamento que una pena mayor debe establecerse a aquellas conductas que lesionen bienes jurídicos de más valor jerárquico o escala jerárquica, evitándose de esta forma incongruencias en nuestro Código Penal.

### **1.3.3 Principio de lesividad o protección de bienes jurídicos.**

Como consecuencia del desarrollo de la dogmática penal, a nivel mundial, se han creado una serie de principios rectores mediante los cuales se recogen los

lineamientos o enunciados postulados y desarrollados a lo largo de la evolución de la doctrina penal, así un principio jurídico lo podemos definir, de manera general, como un lineamiento el cual se postula en el ámbito del Derecho para servir de mero fundamento en la creación e inspiración de normas jurídicas, para ser invocado en la interpretación de las normas jurídicas como parte de su función de interpretación, y para llenar las lagunas o vacíos jurídicos en la legislación respectiva.

En ese sentido, el principio de lesividad ha sido muy importante para la razón de ser del Derecho Penal, su construcción dogmática y desarrollo constante en el mundo jurídico, y ha generado toda una sustanciación doctrinaria que ha llevado a un estudio muy arduo del mismo a nivel de la dogmática penal.

Como bien afirma el maestro Villavicencio Terreros, (2016)

De acuerdo al principio de lesividad u ofensividad, para que una conducta sea considerada ilícita no sólo requiere una realización formal, sino que además es necesario que dicha conducta haya puesto en peligro o lesionado a un bien jurídico determinado (p. 94).

En efecto, si bien el principio de lesividad o protección de bienes jurídicos es muy importante para el funcionamiento del Derecho Penal, creemos que el mencionado principio debe ser complementado, sin lugar a dudas, por otro principio como es el principio de proporcionalidad de la pena en su sentido abstracto en el cual se plasme la trascendencia y relevancia de la jerarquía que deben tener los bienes jurídicos protegidos a fin de graduar, por el encargado de la función legislativa, la pena en lo referente a sus límites mínimo y máximo.

Siendo ello así, el legislador peruano debe, sin caer en presiones sociales, observar el principio de proporcionalidad en su dimensión abstracta como fundamento jurídico para establecer los límites de las penas para cada delito, y así evitar que conductas o acciones o comportamientos que lesionan bienes jurídicos de menor jerarquía sean penadas con más pena que aquellas vulneradoras de bienes jurídicos de mayor escala jerárquica

#### **1.3.4 Jerarquía de los bienes jurídicos.**

Como lo vengo mencionando la idea de bien jurídico es sumamente relevante para el Derecho Penal porque es precisamente quien le da una base empírica y, en consecuencia, la mantiene atada a la realidad, pero recuerda que la mayor dificultad está precisamente en establecer qué activos son tan importantes para la sociedad que exigen protección penal y cuáles serán.

En ese sentido, la jerarquización de los bienes jurídicos, en base a una escala de valores, debe ser vista como un principio rector que complementa al principio de proporcionalidad en su sentido abstracto, y evitar así el libre albedrío por parte de los dadores de las leyes o legisladores al momento de imponer penas o sanciones penales para cada delito o falta en específico.

Por ende, la importancia de este tema para el mundo jurídico académico, puesto que existe la pronta necesidad de conceptualizar mejor agregar más elementos esenciales: doctrinarios y legislativos el principio de proporcionalidad abstracta a fin que éste siempre sea observado, como fundamento jurídico, por los legisladores cuando éstos asuman la labor de establecer penas para los hechos punibles en el caso peruano.

Los bienes legales son aquellos que, por tener una relevancia social e individual significativa, merecen protección a través de las leyes. Por otro lado, a partir de examinar como relevante la colección de bienes jurídicos que un Estado opta por proteger, es posible inferir el orden social establecido, ya que se ve el alcance exacto de su intervención en la vida del individuo. (Amelung, 2011, pág. 15)

Ahora bien, la trascendencia de los bienes jurídicos es muy fundamental a efectos de establecer la proporcionalidad de las sanciones penales por parte del encargado de la función de legislar, pues éste debe tomar en consideración la jerarquía de los bienes jurídicos protegidos a fin de establecer en una relación directa el máximo y mínimo de la pena para cada hecho punible en particular.

Por tanto considero que no se puede dejar de lado la jerarquía de los bienes jurídicos tutelados cuando se asume la tarea de legislar en materia penal, pues hacerlo estaría atentando contra la confianza que debe existir en las personas integrantes de una sociedad jurídicamente organizada, de este modo, la proporcionalidad de la pena, en su corte abstracto, para cada hecho punible debe estar ligada a la jerarquía del bien jurídico.

En consecuencia, el legislador debería observar el principio de proporcionalidad como fundamento jurídico para establecer los límites de las penas para cada delito, de esta manera se evitará que conductas que lesionan bienes jurídicos de menor jerarquía sean sancionadas con más pena que aquellas infractoras de bienes jurídicos de mayor escala jerárquica.

#### **1.4 Naturaleza Jurídica de la Pena.**

En términos generales, todo delito tiene como consecuencia la imposición de una pena, y ésta es definida por Jackobs, (1997) de la siguiente manera: “La pena es siempre una reacción ante la infracción de una norma, mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma” (p. 8). Para este jurista la infracción normativa acarrea una pena a modo de reacción, buscándose el cumplimiento de la norma, es decir, que no se infrinja.

Por su parte, Gómez de la Torre, (1999) refiere: “La pena se puede definir como una privación de bienes jurídicos, prevista en la ley que se impone por los órganos jurisdiccionales competentes al responsable de un hecho delictivo” (p. 23). En definitiva, la imposición de una pena al responsable de un delito la debe realizar el órgano jurisdiccional competente por medio de un proceso judicial y esto implica que al penado se le restrinjan ciertos derechos como sería la libertad personal.

La pena es la sanción que se le aplica a determinado sujeto responsable penalmente que ha sido condenado por un juez a través de un proceso por haber cometido un hecho punible, y la sanción penal implica la afectación de ciertos derechos al imputado del delito.

##### **1.4.1 Teoría retribucionista o absoluta.**

En maestro García, (2009) afirma:

La pena es retribución, un mal que se infringe al culpable para compensar el mal que éste causó previamente: es pura compensación, sin que la valoración del hecho culpable pueda ser interferida por consideraciones extrañas al mismo, utilitarias o de diversa índole, ajenas a la idea de justicia. Para las

teorías absolutas el único fundamento de la pena es el delito cometido. La pena es retribución del delito cometido, compensación (pp. 197-198).

De lo señalado, se advierte lo siguiente: sólo importa que la pena sea retribución impuesta al individuo por haber perpetrado la realización de un crimen, siendo la única función de la pena el de sancionar o castigar, y no se aspira a más funciones o fines de la pena. Es la primera concepción que el hombre tiene de la pena, esto es, el de castigar a modo de mal a quien ha infringido las prohibiciones en una comunidad.

#### **1.4.2 Teoría preventiva o relativa.**

Conforme señala Bramont Arias, (2008)

La pena no constituye un fin en sí misma sino un medio de prevención. Es decir, la función de la pena es prevenir que dentro de la sociedad se vuelvan a cometer delitos, se centra entonces en una función utilitaria de la pena, (...) el objetivo de la pena es prevenir delitos mediante la afirmación de los valores que se establecen en una sociedad. (...) Es decir, se afirma al derecho penal como una herramienta de control social. (p. 98).

De lo mencionado, se puede afirmar que el enfoque de la prevención general positiva el Derecho Penal es parte del control social formal que impera en una sociedad, y la pena debe cumplir esa finalidad de prevención de delitos inculcando valores a los individuos.

De este modo, la prevención especial positiva de la pena tiene como fines la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la comunidad, esto es, cuando se ha resocializado; en tanto que la prevención especial negativa busca apartar o alejar físicamente al penado de la comunidad.

### **1.4.3 Principio de proporcionalidad de la pena.**

Se discurre de los puntos desarrollados precedentemente que el concepto de pena ha evolucionado de ser considerada como un mero castigo o sanción a toda una institución jurídica del Derecho Penal moderno sujeta a fines y principios dentro de los cuales tenemos el de proporcionalidad el cual ha sido creado para ponerle límites al ius puniendi del Estado cuando éste interviene en la sociedad para establecer legalmente sanciones penales a los hechos punibles y a quienes los han cometido.

En el actual ordenamiento jurídico-penal peruano el principio de proporcionalidad (como un eje rector en la determinación de la pena) ha sido recogido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal vigente: La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes.

A manera de tautología diremos que cuando nos referimos a la proporcionalidad de la pena en relación a un hecho punible (delito o falta), existen dos dimensiones: la concreta y la abstracta. La proporcionalidad de la pena en su dimensión concreta tiene un reconocimiento como tal en el Título Preliminar del Código Penal Peruano.

En cambio, la proporcionalidad de la pena en su dimensión abstracta ésta sólo ha tenido un desarrollo doctrinario en el caso peruano, y a nuestro parecer debería estar prevista como un principio jurídico propio, pues somos de la creencia que la proporcionalidad de la pena en su dimensión abstracta es un principio jurídico del Derecho Penal, pero que al regir la creación de leyes

penales puede también tener un viso constitucional, esto es, estar previsto de manera taxativa en el texto constitucional.

Ahora bien el maestro Villavicencio Terreros, (2016) señala:

El principio de proporcionalidad en materia penal deben ser observados para distinguir también el principio de proporcionalidad de las penas, en dos sentidos: la necesidad misma que la pena sea proporcionada al delito y la exigencia que la medida de la proporcionalidad de la pena se fije en función a la importancia social del hecho (p. 54).

Por otro lado Bernal, (2014) afirma que:

La proporcionalidad es una noción general, utilizada desde épocas remotas en las matemáticas y en otras diversas áreas del conocimiento. (...), y desde entonces no ha dejado de evolucionar y de expandirse a lo largo de todas las áreas del Derecho que regulan las relaciones entre el poder público y los particulares (pp. 54-55).

Ahora bien, la proporcionalidad en sentido lato y dentro del ámbito jurídico la vamos a encontrar como un principio en materia administrativa, constitucional, laboral, penal, etc., no siendo exclusividad del Derecho Penal el principio de proporcionalidad si es que lo conceptualizamos desde una visión general aplicado al Derecho.

Sin embargo, lo que nos compete en esta investigación jurídica es la proporcionalidad en lo concerniente a la determinación de las penas por el legislador y en relación a los hechos punibles sean éstos delitos o faltas, a diferencia de la proporcionalidad en su sentido concreto

De este modo, cuando se trata de la proporcionalidad observada por el juez al momento de expedir una sentencia condenatoria a un imputado estamos ante la dimensión concreta de ese principio rector del Derecho Penal, pero cuando es el propio legislador quien asume la tarea de dar una ley penal a efectos de establecer una pena para un hecho punible, ahí nos encontramos ante la dimensión abstracta de dicho principio jurídico.

En consecuencia, la proporcionalidad de la pena es aquel principio jurídico por medio del cual se establecen límites (mínimo y máximo) a la sanción penal prevista para el delito o hecho punible cometido, siendo de aplicación por el legislador (proporcionalidad abstracta) y por el juez (proporcionalidad concreta), pudiendo decirse que a mayor daño a un bien jurídico mayor pena, y a menor daño menor sanción penal.

#### **1.4.4 Proporcionalidad o prohibición de exceso.**

Muchas veces la doctrina suele utilizar diversas expresiones o denominaciones para referirse a un mismo principio, y esto sucede con el principio de proporcionalidad de la pena. Como bien señala, Rojas, (2013) “Este principio ha sido denominado también como prohibición de exceso, razonabilidad o racionalidad, proporcionalidad de medios, proporcionalidad del sacrificio o proporcionalidad de la injerencia” (p. 85).

Cuando nos referimos a la proporcionalidad de la pena como principio rector del Derecho Penal debemos entenderlo como un medio jurídico para establecer los límites de la pena tanto a nivel legislativo como judicial, y los límites tienen que ver tanto con el mínimo como el máximo de la sanción penal, por lo que tratar de crear un principio de prohibición de exceso sería sólo enfocarnos con el límite máximo de la pena, y tendríamos que referirnos también a un principio de

prohibición de penas ínfimas o protección deficiente o intervención mínima, lo cual no sería dable a nuestro entender, ya que el principio de proporcionalidad en sentido amplio engloba todas esas características.

#### **1.4.5 Proporcionalidad en sentido amplio.**

Antes de centrarnos en las dimensiones, concreta y abstracta, de la proporcionalidad de la pena, es necesario hacer un desarrollo del principio de proporcionalidad de la pena en sentido amplio del cual se desprenden los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Por idoneidad de una pena debemos entender que ésta sea la más adecuada y apropiada para conseguir el fin propuesto por el legislador o el juez, teniéndose como marco la protección de los bienes jurídicos. En otras palabras, una pena es idónea cuando cumple con el fin de protección del bien jurídico.

#### **1.4.6 Proporcionalidad en su dimensión concreta.**

Cuando nos referimos a la expresión dimensión concreta esto debemos entenderlo como algo que se encuentra debidamente detallado o precisado en cuanto a su aplicación, y es en esta concepción que el principio de proporcionalidad es observado por el juez al momento de aplicar una determinada pena al imputado que ha cometido un hecho punible.

En su dimensión concreta, el principio de proporcionalidad (en materia jurídico-penal) exige a los operadores de justicia (jueces), al momento de sentenciar, que la pena a imponerse al imputado no debe sobrepasar la responsabilidad por el hecho punible, y es así como se encuentra recogida la proporcionalidad como principio en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal de 1991,

teniéndose como medidor de la pena la siguiente fórmula: a mayor daño más pena, a menor daño menos sanción penal.

#### **1.4.7 Proporcionalidad en su dimensión abstracta.**

Por el principio de legalidad, previsto en el artículo 2° inciso 24 acápite d de la actual Constitución Política, las penas para los hechos punibles son establecidas mediante normas con rango de ley, sean éstas las leyes expedidas por el Congreso de la República o decretos legislativos dados por el Poder Ejecutivo cuando así lo autoriza el Poder Legislativo. De manera que no hay pena sin previa ley en estricto, siendo el principio de legalidad en materia penal uno de los pilares del Derecho Penal moderno que genera una serie de garantías a los imputados de la realización de un hecho criminal.

En efecto, en la actualidad, es un Estado de Derecho el cual monopoliza el ius puniendi, es decir, la potestad de imponer penas o sanciones penales a quienes hayan cometido delitos o cuasi delitos (faltas o contravenciones), pero las penas son impuestas como garantía mediante ley o norma con rango de ley expedida por el Poder Legislativo o Congreso o Parlamento, pues (caso peruano) según lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 102° de la Constitución Política del Perú, dentro de las atribuciones y funciones del Congreso de la República tenemos el de dar leyes (función legislativa).

Por otro lado, la Carta fundamental, no se hace referencia de forma taxativa al principio de proporcionalidad de la pena, tampoco al de lesividad de los bienes jurídicos, que debería observar el legislador peruano a fin de establecer el cuanto o los límites de las sanciones penales para cada hecho delictivo en específico.

Sin embargo, se hace referencia en el artículo 103° de la Carta Magna Peruana que pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas. Del mismo modo, en el último párrafo del artículo 200° (referido a las garantías constitucionales) de la Constitución se ha precisado: “Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo.

En el caso de la proporcionalidad de la pena en su aspecto concreto es un principio jurídico que se encuentra formando parte integrante del debido proceso cuya garantía está reconocida en el inciso 3 del artículo 139° de la Ley de Leyes del Perú, por lo que el juez al momento de imponer una sanción penal al condenado deberá considerar una serie de circunstancias en su sentencia para establecer los años a aplicar si se trata de una pena privativa de libertad.

Ahora bien, mi postura es que la proporcionalidad abstracta de la pena debe estar recogida como una disposición constitucional y esto daría una mayor garantía a los segmentos de la sociedad, puesto que el legislador no actuará con absoluto libre albedrío para instituir una pena para un hecho criminal. De esta forma si el legislador establece una sanción penal para un delito o una falta no apreciando la proporcionalidad abstracta esa norma con carácter legal sería inconstitucional.

En consecuencia, como parte de nuestro razonamiento considero que en su sentido abstracto el principio de proporcionalidad de las penas es el que debe observar todo legislador cuando asume la tarea de implementar penas para los hechos punibles o conductas criminales, debiendo observar o apreciar además

la escala de valores de los bienes jurídicos que, por lo general, viene establecida por la Constitución Política.

#### **1.4.8 Principio de proporcionalidad sistema de penas.**

En el vigente Código Penal Peruano de 1991, según el artículo 28°, las penas se clasifican en: a) Privativa de libertad. b) Restrictivas de libertad. c) Limitativas de derechos. d) Multa. Por otro lado, por Ley N° 29499, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19 de enero de 2010, se incorporó en el texto del Código Penal el artículo 29°-A que establece la pena de vigilancia electrónica personal.

Si bien la pena privativa de la libertad es la que más se establece para los hechos punibles, la proporcionalidad de la pena no es exclusiva para dicha clase de sanción penal, pudiendo ser de aplicación para cualquiera de las otras clases de sanciones penales.

En el caso de la pena restrictiva de la libertad, tal como lo prevé el artículo 30° del Código Penal, consiste en la expulsión del país del extranjero que haya sido condenado en el territorio peruano por cometer algún hecho criminal y se aplica una vez cumplida la pena privativa de la libertad, prohibiéndose su reingreso al Perú.

En las penas limitativas de derechos éstas se clasifican en prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación, tal como lo prevé el artículo 31° del acotado Código Sustantivo Penal.

La pena pecuniaria o de multa obliga al penado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días-multa, siendo el mínimo de diez días-multa a un máximo de

trescientos sesenta y cinco, según lo previsto en las normas jurídicas de los artículos 41° y 42° del acotado Código Penal.

#### **1.4.9 Desproporcionalidad de la pena privativa de libertad.**

De acuerdo Guevara Chicoma y Vargas, (2018)

Existe una sobre penalización respecto del delito de robo agravado en donde la pena impuesta es 12 años hasta cadena perpetua dependiendo de la agravante, resultando así excesiva en proporción al bien jurídico afectado, (...) la existencia de una incoherencia a la hora a la determinar el marco punitivo de parte del legislador, esta incoherencia nos lleva a la vulneración del principio de proporcionalidad. (p.77)

Ha quedado demostrado en esta investigación que quienes han tenido la labor legislativa en el Perú de modificar el Código Penal de 1991, en varias oportunidades, han establecido penas mayores para delitos cuyos bienes jurídicos podrían ser considerados de menor jerarquía o trascendencia en relación a otros hechos punibles, con lo cual se ha vulnerado el principio de proporcionalidad en su sentido amplio.

Podríamos mencionar el caso, por ejemplo, del homicidio simple tipificado (dentro de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud) en el artículo 106° del Código Penal de 1991: El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años.

Con el tipo penal del homicidio básico se está protegiendo como bien jurídico la vida humana desde el nacimiento de la persona, y, como se aprecia, en el homicidio simple doloso o básico la pena con la cual se debe sancionar ese delito

contra la vida humana es no menor de seis ni mayor de veinte años de pena privativa de libertad.

En cambio, tenemos en un robo (delito contra el patrimonio) con la circunstancia agravante de colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica se sanciona con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años, así lo prevé el artículo 189° del Código Penal vigente en lo referente a las circunstancias agravantes tipificadas en su segunda escala punitiva del citado artículo.

Sin lugar a dudas, la vida de la persona humana (considerada un bien jurídico defendido) está por encima de la situación económica de cualquier persona y, como se aprecia de las normas antes citadas, no existe proporcionalidad que el delito de homicidio simple doloso sea sancionado con una pena menor que la prevista para un delito contra el patrimonio como es el caso, por ejemplo, de un robo agravado.

En la jerarquización de los bienes jurídicos la vida humana está por encima del patrimonio, siendo que la Constitución Política reconoce el derecho fundamental a la vida en el inciso 1 del artículo 2° de su texto normativo, y el derecho a la propiedad en el inciso 16 del acotado artículo constitucional.

#### **1.4.10 Jurisprudencia principio de proporcionalidad.**

En el último párrafo del artículo 200° de la Ley de Leyes (Constitución Política del Perú) el constituyente ha indicado: “Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto

restrictivo. En ese sentido, el Tribunal Constitucional del Perú ha utilizado o invocado la proporcionalidad para ejercer el control constitucional en aquellos casos particulares en los cuales las leyes penales han transgredido los derechos fundamentales de las personas.

Siendo ello así, el maestro Lopera, (2010) afirma que:

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. (p.160)

Por otro lado el Tribunal Constitucional ha establecido en la sentencia recaída Exp.Nº 01010-2012-PHC/TC- Lima, Octubre 2012. Fundamento (3)

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 constitucional, en el que se reconoce explícitamente el principio de proporcionalidad. (...), En su relación con las penas, el principio de proporcionalidad usualmente ha sido enfocado como una prohibición de exceso” dirigida a los poderes públicos.

Todo ordenamiento jurídico interno, en su visión vertical, tiene en la cúspide de la pirámide normativa una Ley de Leyes por medio de la cual se establecen los

lineamientos esenciales en relación al reconocimiento y la protección de derechos fundamentales, a la estructura del Estado, entre otros aspectos relevantes para la convivencia social, siendo justamente la Constitución Política la que establece algunos principios rectores en las diversas funciones estatales, entre ellas la función legislativa en materia penal para evitar excesos o defectos en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado.

### **1.5 El principio de proporcionalidad de las penas en la legislación comparada.**

En efecto, el principio de proporcionalidad es un lineamiento universal, sobre todo cuando se trata de la proporcionalidad de la pena en su dimensión concreta que considera el juez al momento de decidir cuánto de pena aplicar al sentenciado en un proceso penal por la comisión de algún hecho criminal. En ese sentido, el referido principio se encuentra reconocido en las legislaciones penales de otros países del mundo. Respecto al análisis de la legislación comparada, tenemos que a nivel de muchos Estados éstos coinciden en sus leyes penales.

#### **1.5.1 Alemania.**

El Código Penal Alemán se ha establecido en el (art 46°) los principios de la fijación de la pena señalando; que la culpabilidad del autor constituye el fundamento para la fijación de la pena. Deben considerarse las consecuencias que son de esperar de la pena para la vida futura del autor en la sociedad.

De lo expuesto se advierte, que no se hace mención de la expresión proporcionalidad de la pena con el hecho punible, pero se interpreta de la citada

norma jurídica alemana que en la fijación de la pena deben considerarse una serie de circunstancias que responderían al principio de proporcionalidad en sentido amplio, a diferencia del Perú en cuyo Título Preliminar (artículo VIII) del Código Penal se emplea la expresión proporcionalidad de las sanciones.

### **1.5.2 Colombia.**

En la legislación colombiana el principio de proporcionalidad de las penas está positivizado en el Código Penal de Colombia, donde se ha establecido en su (Art 3°) que la aplicación de la pena responderá básicamente a principios que rigen al ordenamiento jurídico como razonabilidad y proporcionalidad, por lo tanto la judicatura al momento de administrar justicia deberá tener en cuenta estos principios.

Cabe precisar, como sucede en el caso del Perú, en la legislación colombiana no se ha previsto taxativamente la proporcionalidad de las penas en su sentido abstracto, lo que nos hace pensar que el tema del presente trabajo de investigación es de importancia a efectos de conceptualizarlo mejor.

### **1.5.3 España.**

En España la proporcionalidad abstracta de la pena no la encontramos prevista taxativamente en su Constitución Política de 1978 al igual que nuestra Ley de Leyes de 1993 que tampoco la ha recogido en su texto normativo. Sin embargo, en la Constitución Española existen las normas constitucionales siguientes: 1.1 (justicia y libertad), 9.3 (arbitrariedad de los poderes públicos) y 10.1 (dignidad de las personas y derechos inviolables), de las cuales se puede deducir que el

constituyente ha establecido preceptos que no pueden soslayarse cuando se establezcan sanciones a los individuos.

El Código Penal Español de 1995 no prevé el principio de proporcionalidad de la pena en su visión concreta de modo taxativo como sí lo hace el Código Penal Peruano en su Título Preliminar, sin embargo en la Ley Penal Española se han previsto una serie de circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal (artículo 21°) y que la agravan (artículo 22°); a lo que se debe sumar una serie de reglas generales y especiales para la aplicación de las penas previstas del artículo 61° al 79°, lo cual hace inferir que estamos ante la proporcionalidad concreta de la pena que el operador judicial español deberá observar al momento de imponer la pena al agente del delito.

#### **1.5.4 Panamá.**

La legislación panameña ha regulado dicho principio mediante ley 14 del año 2007 que expresamente señala en el (art.6°) cuando la judicatura administre justicia e imponga penas esta deberá hacerlo en base a los principios de necesidad, proporcionalidad, y razonabilidad.

Ahora bien, el principio de proporcionalidad de las penas en el caso panameño está reconocido en su Código Penal, encontrándose vinculado a los principios de necesidad y razonabilidad; principios que el juez deberá observar al momento de sentenciar al imputado de un delito.

Por lo tanto, tal cual como la establecido la legislación peruana, sus pares de la región no se ha previsto taxativamente la proporcionalidad de las penas en su sentido abstracto, por eso a nuestro entender la proporcionalidad abstracta de la

sanción penal debe estar recogido como un lineamiento constitucional evitando así que el legislador no actúe con pleno libre albedrío para establecer una pena para un hecho criminal en particular.

En consecuencia si el legislador establece una sanción penal para un delito no apreciando la proporcionalidad abstracta, entonces esa norma legal debería ser considerada inconstitucional al afectar en la forma a la Constitución que establece el trámite constitucional para la expedición de las leyes, entre ellas las de carácter penal.

#### **1.5.5 Brasil.**

El principio de proporcionalidad está previsto en varias normas constitucionales. En relación a los derechos y garantías individuales, se encuentra en el inciso V, del art. 5, que constitucionaliza el derecho de respuesta proporcional al recurso. En materia de Derecho Penal, al garantizar la individualización de las penas (art. 5, inciso XLVI), se garantiza implícitamente que serán proporcionales al delito cometido. En muchas otras ramas del derecho como la administrativa, tributaria, laboral, el principio de proporcionalidad también se puede encontrar implícitamente.

## **CAPÍTULO II HIPÓTESIS**

### **2.1 Hipótesis principal.**

Hemos formulado como hipótesis principal la siguiente:

El legislador peruano debe observar el principio de proporcionalidad, en su dimensión abstracta, como fundamento jurídico para establecer los límites de la pena para cada delito, y así evitar que conductas que lesionan bienes jurídicos de menor jerarquía sean sancionadas con más pena que aquellas vulneradoras de bienes jurídicos de mayor escala jerárquica.

### **2.2 Hipótesis secundarias.**

Como hipótesis secundarias de la investigación jurídica hemos formulado las siguientes:

#### **2.2.1 Primera:**

No se encuentra conceptualizada doctrinaria, legislativa y jurisprudencialmente el principio de proporcionalidad, en su dimensión abstracta en el Ordenamiento Jurídico.

#### **2.2.2 Segunda:**

Considero que se debería positivizar en nuestra Constitución el principio proporcionalidad, en su dimensión abstracta para que el legislador no deje de observarlo cuando asuma la labor de establecer penas para los hechos punibles, situación que permitirá que el parlamento lo incorpore en su reglamento.

## **CAPÍTULO III. METODOLOGÍA**

### **3.1 Metodología.**

#### **3.1.1 Tipo De Investigación.**

La presente investigación jurídica es cualitativa, esto es, se trata de una investigación no experimental basada en aspectos cualitativos por medio de los cuales se ha realizado la exploración de las teorías ya existentes en relación al problema jurídico formulado.

Sobre la base de esas teorías ya existentes en la dogmática penal hemos establecido la posibilidad de replantearlas a fin de demostrar las hipótesis que se han formulado en la investigación con respecto al principio de proporcionalidad en materia penal y su fundamento en el legislador quien es el encargado legítimo de establecer, de forma abstracta, el cuanto legal (mínimo y máximo) de la pena para cada hecho punible en específico.

#### **3.1.2 Nivel de investigación.**

El nivel de la presente investigación es descriptivo, ya que la problemática actual radica en que quienes han tenido la labor legislativa en el Perú de modificar el Código Penal vigente, o proponer un “Proyecto de Nuevo Código Penal”, no han observado el principio de proporcionalidad, en su dimensión abstracta, como fundamento jurídico para aumentar penas y prever el mínimo de éstas para cada delito.

En la actualidad, en el caso peruano, apreciamos que en varios supuestos se ha establecido una pena mayor para un delito cuyo bien jurídico podría ser considerado de menor jerarquía o trascendencia en relación a otros hechos punibles.

En consecuencia, la descripción de la presente investigación jurídica ha radicado en torno a que el legislador peruano no está observando el principio de proporcionalidad para establecer el mínimo y el máximo (quantum) de la pena para cada delito o hecho punible, como fundamento jurídico por quien asuma la tarea de legislar sobre materia penal en lo referente a establecer el cuanto legal (mínimo y máximo) de las penas o sanciones penales para los hechos punibles; considerándose, además, la debida jerarquización de los bienes jurídicos tutelados por las leyes penales.

### **3.1.3 Método de investigación.**

Como método de investigación hemos empleado el lógico deductivo, puesto que de la información obtenida y recopilada (de modo general) de nuestras fuentes se han deducido las conclusiones (de modo particular) en relación al principio de proporcionalidad y su fundamento en el legislador peruano a fin que éste sea congruente en el establecimiento del mínimo y máximo de la pena para cada hecho punible en específico.

### **3.1.4 Diseño metodológico.**

En lo referente al diseño metodológico éste es no experimental, esto es, cómo hemos investigado el problema jurídico (problema general y

problemas específicos), para lo cual revisamos las diversas fuentes de información que obtuvimos y recopilamos en las bibliotecas de diferentes entidades públicas y privadas, así como en Internet.

Asimismo, consultamos la jurisprudencia tanto del Poder Judicial como del Tribunal Constitucional del Perú, y, además, estudiamos legislación extranjera (Alemania, Colombia, Panamá y Brasil) con el objeto de hacer una comparación específica legal con nuestra legislación nacional en relación al principio de proporcionalidad en materia penal.

### **3.1.5 Técnicas e instrumentos de recolección de información.**

La técnica empleada en la presente investigación jurídica ha sido la del análisis de contenido y el fichado correspondiente al mismo, como instrumento de recolección, de la información obtenida y extraída por el investigador (bachiller de derecho) en las fuentes tanto físicas (libros y revistas jurídicas) como virtuales (Internet) a las cuales ha tenido acceso en el decurso y desarrollo de la investigación.

Además, se tiene el respaldo de bases teóricas sobre la naturaleza jurídica del principio de proporcionalidad, por último, se ha realizado entrevistas estructuradas dirigidas a especialistas en la materia, los mismos que respaldan la propuesta.

### **3.1.6 Confiabilidad y validez de los instrumentos.**

Tal como lo hemos precisado, en el punto anterior, la técnica empleada en la investigación ha sido la del análisis de contenido y el fichado respectivo, como instrumento de recolección, de la información obtenida

por el investigador (bachiller de derecho) en las fuentes tanto físicas (libros y revistas jurídicas) como virtuales (Internet) a las cuales ha tenido acceso en el desarrollo y decurso de la presente investigación.

De manera que ha habido confiabilidad y validez en el instrumento de recolección de información, dado que ha sido el propio investigador (bachiller de derecho) quien personalmente ha elaborado las fichas colocando en éstas los extractos del contenido de los libros, revistas, páginas web de Internet, y demás fuentes a las cuales ha accedido para recolectar la debida información que ha hecho posible desarrollar la tesis.

### **3.1.7 Empleo de las normas Apa.**

Para la elaboración de la forma de este documento el investigador ha empleado las Normas APA 2019 que son las más utilizadas a nivel mundial para la presentación de trabajos de investigación en lo concerniente a las referencias citadas y bibliografía consultada, y exigidas por la Universidad de San Martín de Porres.

### **3.1.8 Aspectos éticos.**

Yo, JESÚS ENRIQUE REYES CRUZ, identificado con D.N.I. N° 46957988, bachiller de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, mediante el presente documento, declaro bajo juramento que las fuentes bibliográficas que he consultado han sido debidamente citadas en mi tesis conforme al “Manual para la elaboración de las tesis y los trabajos de investigación”, aprobado por Resolución Rectoral N° 093-2017-CU-R-USMP, de fecha 27 de enero de 2017; y,

asimismo, la investigación es de mi genuina autoría asumiendo toda responsabilidad ante la Universidad y las Autoridades competentes respectivas.

## **CAPÍTULO IV. REFLEXIONES DE LA INVESTIGACIÓN.**

La proporcionalidad abstracta de la pena como principio jurídico

Un principio jurídico es un lineamiento el cual se postula en el ámbito del Derecho para servir de fundamento en la creación de normas jurídicas (función inspiradora o creadora del principio), para ser invocado en la interpretación de las normas jurídicas (función de interpretación), y para llenar las lagunas o vacíos jurídicos en la legislación (función integradora).

Los principios jurídicos pueden ser generales cuando son aplicables a cualquier materia jurídica, esto es, se puede invocar en el Derecho Administrativo, Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho Laboral, Derecho Penal, etc. En este caso, se les denomina principios generales del Derecho.

Pero existen principios que son propios y creados para determinadas ramas del Derecho, y no pueden ser aplicados para otros ámbitos jurídicos. Esos principios son específicos y rigen para determinada área del Derecho Civil o Derecho Comercial o Derecho Penal, etc.

Asimismo, existen principios jurídicos los cuales no han sido recogidos por el legislador nacional en una norma jurídica, siendo que su existencia y desarrollo es a nivel doctrinario y jurisprudencial.

Sin embargo, existen principios que han sido regulados por el dador de las leyes, es decir, han sido previstos en alguna norma jurídica por el legislador. Aquí la existencia del principio y desarrollo es a nivel doctrinario, jurisprudencial y legislativo.

Como ya lo hemos visto en el marco teórico de la presente tesis, cuando nos referimos a la proporcionalidad de la pena en relación a un hecho punible (delito o falta), existen dos dimensiones: la concreta y la abstracta.

La proporcionalidad de la pena en su dimensión concreta tiene un reconocimiento a nivel doctrinario, jurisprudencial y legal. En este último supuesto, el principio de proporcionalidad de la pena está recogido como tal en el Título Preliminar del Código Penal de 1991.

En el caso de la proporcionalidad de la pena en su dimensión abstracta ésta sólo ha tenido un desarrollo doctrinario en el caso peruano, pero ha sido mínimo, y no existe jurisprudencia nacional al respecto y menos una ley expresa que la regule en ese sentido.

Nuestra reflexión es que se reconozca a la proporcionalidad de la pena en su sentido abstracto como un principio jurídico propio que puede o no estar recogido en una norma legal, pero requiere de un mayor desarrollo doctrinario y jurisprudencial.

Es muy importante señalar que el principio jurídico no necesariamente tiene que estar plasmado en una ley para ser de observancia obligatoria, sino que se puede recurrir a otras fuentes del Derecho como la doctrina y la jurisprudencia, más aún, si estamos ante la dación de leyes penales en las cuales el legislador debe considerar la proporcionalidad al momento de establecer una sanción penal al hecho punible, considerando la jerarquía del bien jurídico a proteger o tutelar ante las conductas o acciones típicas, antijurídicas y culpables.

Creemos que la proporcionalidad de la pena en su dimensión abstracta es un principio jurídico del Derecho Penal, pero que al regir la dación de leyes penales puede también tener un matiz constitucional, es decir, aplicado y observado en el procedimiento constitucional de la creación de normas con rango de ley en materia penal, porque como ya lo señalamos al inicio de esta reflexión un principio jurídico puede ser aplicado en varios ámbitos del Derecho.

La proporcionalidad abstracta de la pena como garantía.

Una garantía en sentido general es un mecanismo de protección de algo. El verbo garantizar denota como significado el dar seguridad al cumplimiento de alguna cosa. De manera que cuando nos referimos a una garantía en el campo del Derecho ese mecanismo va a proteger o a dar seguridad a la persona que sus derechos no van a vulnerarse o lesionarse por acción de otro individuo en la convivencia social.

Garantizar que las penas o sanciones penales que se impongan a los hechos punibles sean congruentes a la importancia del bien jurídico protegido es muy importante en la elaboración de las leyes en materia penal, para ello el legislador debe observar la proporcionalidad de la pena a aplicarse al delito o a la falta en razón a la jerarquía de los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal Sustantivo.

Como ya lo desarrollamos en el marco teórico de la tesis, la jerarquía de los bienes jurídicos responde a todo un tema axiológico, esto es, a una escala de valores en la que exista un primer nivel de jerarquía hasta un último nivel de forma vertical, siendo en el caso peruano que la vida humana es el bien jurídico de mayor importancia a proteger y así sucesivamente.

Obviamente la Constitución Política de un Estado es la que establece la protección y garantía de los derechos de las personas, y eso debe ser observado por el legislador al dar una ley en el ámbito penal.

Entonces, la proporcionalidad de la pena en su dimensión abstracta no sólo debe ser considerada un principio jurídico sino, también, debe constituir una garantía rectora en el sentido que el legislador cuando asuma la tarea de establecer una pena para un hecho punible no caiga en el libre albedrío de regular penas sin tener un test de proporcionalidad.

Como parte de esta reflexión diremos que la proporcionalidad abstracta de la pena al ser considerada una garantía en la dación de las leyes cuando éstas señalen sanciones penales, permitirá una mayor protección o seguridad en las personas en la convivencia social, evitándose incoherencias en la protección de los bienes jurídicos por el Derecho Penal.

La proporcionalidad abstracta de la pena como norma constitucional

La Constitución Política de un Estado constituye la ley fundamental de su orden jurídico interno. De manera que por la supremacía constitucional la Constitución prevalece sobre toda norma legal, tal como lo prevé el artículo 51° de la Constitución de 1993.

Es a través de la Constitución que se establecen una serie de principios y garantías a efectos que los gobernantes de turno no caigan en abusos en el manejo del poder político, reconociéndose todo un catálogo de derechos fundamentales de las personas, señalándose la estructura base del Estado, entre otros aspectos más de suma importancia para la convivencia social de los

individuos de una comunidad política y organizada en razón de un orden jurídico interno en cuya cúspide está la Constitución Política.

Ahora bien, las normas jurídicas que integran una Constitución serán denominadas normas constitucionales o normas con rango constitucional, y no pueden ser vulneradas ni en la forma ni en el fondo por las leyes o normas con rango legal.

En el Perú, la actual Constitución Política de 1993 ha establecido qué órganos del Estado son los competentes para expedir leyes o normas con rango de ley en materia penal. Así tenemos al Congreso de la República (Poder Legislativo) que tiene la atribución de legislar según lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 102° de la Carta Magna, y el Poder Ejecutivo a quien el Poder Legislativo mediante ley autoritativa le puede delegar la facultad de legislar sobre determinada materia y en un plazo específico por medio de decretos legislativos (artículo 104° de la Constitución).

Entonces, en el sistema legislativo peruano, tanto el Congreso de la República como el Poder Ejecutivo pueden legislar en materia penal y expedir normas legales por las cuales se prevea una pena para un determinado hecho punible en particular.

Como técnica jurídica las normas constitucionales en su redacción no pueden ser extensas, pues lo que se trata de establecer en la Ley Fundamental del sistema jurídico de un Estado son el reconocimiento de derechos fundamentales a las personas y sus garantías, así como los lineamientos de la estructura de un Estado, principios, entre otros aspectos importantes para la convivencia social de los miembros de la sociedad que estarán sometidos a la Constitución.

Por eso es importante enfatizar que si se quiere colocar en la Carta Magna de un país un cierto principio éste debe ser de mucha trascendencia para regir la vida en sociedad.

En el caso de la proporcionalidad en su sentido concreto es un principio que se encuentra dentro del debido proceso cuya garantía de éste está reconocido en la Constitución Peruana en el inciso 3 del artículo 139°.

La observancia del debido proceso es una garantía de la función jurisdiccional según lo establece la Constitución de 1993, formando parte del debido proceso la proporcionalidad de la pena en su dimensión concreta por la que el operador judicial al momento de imponer una pena al imputado deberá considerar una serie de circunstancias en su sentencia para establecer el quantum de la sanción si es una pena privativa de libertad la cual se aplica a casi todos los hechos punibles tipificados en las leyes penales peruanas.

A diferencia de la proporcionalidad concreta de la pena, en el caso de la proporcionalidad abstracta no existe norma constitucional que la recoja o al menos de la cual se pueda establecer su existencia como parte del proceso de expedición de una ley o norma con rango legal en materia penal.

Si bien una Constitución Política sólo debe contener los lineamientos más importantes y trascendentes que regirán la convivencia social, somos de la reflexión que la proporcionalidad de la pena en su dimensión abstracta debe tener una mención en la Ley Fundamental.

No basta que sea considerado un principio o una garantía para la doctrina, sino que la proporcionalidad abstracta de la pena debe estar recogido como un

lineamiento constitucional lo cual daría una mayor seguridad a los miembros de la sociedad en relación a que su legislador no actuará con total libre albedrío para establecer una pena para un hecho punible.

De esta manera si el dador de la ley establece una sanción penal para un delito no observando la proporcionalidad abstracta esa norma legal sería inconstitucional, toda vez que afectaría la forma de la Constitución al establecer ésta un lineamiento para seguir en la imposición de las penas desde el ámbito legislativo.

Lo que buscamos es hacer reflexionar a las personas sobre este tema de suma importancia, ya que día a día se convive con la comisión de hechos punibles en la ciudad, y la gente sólo atina a pedirle al legislador que aumente la pena sin importar la observancia de la jerarquía de los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal.

Somos de la opinión que la presión social no debe influir en el establecimiento del quantum de las penas por parte de legislador penal sino que debe ser sólo un referente. Lo más importante es que se observe la proporcionalidad de la pena para cada delito en específico y esto en razón a un sistema de jerarquía de bienes jurídicos.

En suma, para darle un realce mayor a la proporcionalidad abstracta de la pena por el legislador éste debe observar dicho principio como una garantía a la seguridad de las personas convivientes en una comunidad estatal.

La proporcionalidad abstracta de la pena y su observancia en la dación de las leyes penales.

Creemos que la proporcionalidad abstracta de la pena debe ser de observancia obligatoria por parte del legislador peruano cuando asuma la tarea de expedir leyes relacionadas al mínimo y máximo de la pena, es decir, a los límites.

Para que sea de observancia obligatoria por parte del dador de las leyes penales es menester que tenga rango constitucional la proporcionalidad abstracta de la pena, es lo que estamos reflexionando, para así evitar incongruencias en nuestro Código Penal y demás leyes penales sustantivas, y afectación a la escala jerárquica de los bienes jurídicos protegidos.

La observancia obligatoria a la que nos estamos refiriendo en este punto de la tesis se daría en el trámite de creación de la ley en materia penal para lo cual el legislador debe tener ese test en una ley especial. Es decir, se trataría de un test legal de proporcionalidad de la pena en su sentido abstracto.

Primero el reconocimiento en una norma constitucional la cual debe ser desarrollada por una norma legal especial que será de observancia obligatoria por el legislador peruano como segundo paso.

Buscamos con esta afirmación que exista un respeto a la escala jerárquica de los bienes jurídicos tutelados, y el cuanto de la pena no responda a un criterio antojadizo por parte del órgano competente para dar las leyes penales, esto debe constituir una garantía a la seguridad de la convivencia social de las personas en la comunidad peruana, toda vez que desde su entrada en vigencia en el año 1991 el actual Código Penal hasta la actualidad ha tenido más de seiscientas cincuenta modificaciones legales hechas a su texto original, mediante leyes expedidas por el Congreso de la República o decretos legislativos emitidos por el Poder Ejecutivo, existiendo modificaciones en torno a establecer penas

mayores para delitos cuyos bienes jurídicos podrían ser considerados de menor jerarquía en relación a otros delitos.

Nos hemos preguntado al inicio del desarrollo de la presente investigación a modo de reflexión:

¿El legislador peruano debe observar el principio de proporcionalidad en su dimensión abstracta como fundamento jurídico para establecer los límites de la pena para cada delito?

¿Está conceptualizada doctrinaria, legislativa y jurisprudencialmente la observancia del principio de proporcionalidad abstracta para que el dador de la ley no deje de observarlo cuando asuma la labor de establecer penas para los hechos punibles?

¿Se debería incorporar en la Carta Magna el principio proporcionalidad, en su dimensión abstracta para que el legislador no deje de observarlo cuando asuma la labor de establecer penas para los hechos punibles?

En suma, la situación problemática planteada nos ha llevado a investigar si el legislador nacional está observando el principio de proporcionalidad para determinar el mínimo y el máximo de la pena para cada delito, como fundamento jurídico por quien asuma la tarea de legislar sobre materia penal en lo referente a establecer los límites legales de las penas para los hechos criminales; considerándose, conjuntamente, la debida jerarquización de los bienes jurídicos tutelados por las leyes en materia penal.

La proporcionalidad abstracta de la pena como una necesidad en la convivencia social.

Lo desarrollamos al inicio del presente documento de investigación respecto a que la descripción de la situación problemática actual radica en función a que quienes han tenido la labor legislativa en el Perú de modificar el Código Penal han establecido penas mayores para delitos cuyos bienes jurídicos podrían ser considerados de menor jerarquía en relación a otros hechos criminales, apreciándose que en muchas situaciones, no existe proporcionalidad en muchos delitos previstos y sancionados en el Código Penal en lo relacionado a la pena y al bien jurídico tutelado por el Estado.

De lo investigado tenemos que el legislador nacional no está observando el principio de proporcionalidad para establecer el mínimo y el máximo de la pena para cada delito en particular, como fundamento jurídico por quien asuma como autoridad competente la tarea de legislar sobre materia penal en lo relacionado a establecer el cuanto legal (mínimo y máximo) de las sanciones penales para los hechos criminales en conexión directa con la debida jerarquización de los bienes jurídicos defendidos.

Es por ello que la investigación es importante para el mundo jurídico académico, puesto que existe la necesidad de conceptualizar mejor (agregar elementos esenciales sean éstos doctrinarios y legislativos) el principio de proporcionalidad a fin que éste siempre sea observado o considerado, como fundamento jurídico, por los legisladores o autoridades competentes en la dación de las leyes cuando éstos asuman la seria labor de establecer penas para los hechos delictivos en el

caso peruano, para mejorar la convivencia social como una necesidad propia de los integrantes de la sociedad.

Hablar de convivencia social es referirnos a una sociedad o comunidad donde interactúan día a día un grupo de sujetos o individuos, en base a normas de convivencia que no necesariamente son jurídicas, pues tenemos las normas morales, religiosas, sociales, etc.

Las personas en la sociedad interactúan con sus conductas o acciones. Una conducta es la manifestación de voluntad de alguien encaminada a conseguir un fin o finalidad, esto es, las conductas son finalistas porque persiguen fines inmediatos en el tiempo o prolongados. Los fines de las personas pueden ser diversos respondiendo a sus intereses.

Día a día en una sociedad, sea grande o pequeña, las personas como individuos requieren de la satisfacción de sus necesidades las cuales son el reflejo de sus intereses o expectativas como persona, y van relacionándose no precisamente desde el ámbito jurídico.

Las normas jurídicas permiten a los miembros de una comunidad regirse por supuestos de hecho contempladas en dichas normas, y acatarlas por ser de observancia obligatorias, aunque vale decir que la costumbre (normas consuetudinarias) también es fuente de Derecho.

El delito como hecho punible (también la falta) es una conducta o acción (dolosa o culposa) que se considera típica porque encaja en la descripción abstracta que ha hecho el legislador en la ley penal, además esa conducta típica para que sea delito debe ser antijurídica (contraria al Derecho) y culpable (responsabilidad

penal), siendo la pena la sanción que se le impone al sujeto que ha sido declarado responsable mediante una sentencia condenatoria en un proceso penal seguido con todas las garantías de un debido proceso.

En toda sociedad actual para la convivencia social se requieren de normas jurídicas sean éstas civiles, laborales, penales, etc., expedidas por el órgano estatal competente.

En el caso de las normas jurídicas penales sustantivas es por medio de éstas que el legislador selecciona determinadas conductas o acciones que va a considerar prohibidas y sancionadas con una pena, de esta forma se permite la convivencia social.

Las penas establecidas por el dador de la ley para cada hecho punible, responde a la lesión de algún bien jurídico protegido previamente. Esto quiere decir que sin la lesión a un bien jurídico tutelado no habría responsabilidad penal. Por lo que se requiere de una jerarquía de bienes jurídicos reconocidos como tales para efectos de ser tutelados y permitirse una eficaz convivencia social.

Ahora bien, por un tema de dar mayor seguridad en la convivencia en los miembros de una sociedad el encargado para dar las leyes penales debe actuar en razón a un test de proporcionalidad de las penas, esto es, que si bien tiene la competencia para legislar esa atribución no debe responder a la libertad del legislador por más que puedan expedirse leyes porque así lo exija la naturaleza de las cosas, tal como lo prevé el primer párrafo del artículo 103° de la Constitución Política de 1993.

Entonces la necesidad de convivir en sociedad hace que nuestros legisladores no actúen con total libertad para imponer penas a los delitos sin la observancia de un test abstracto de proporcionalidad el cual indique al legislador cómo debe establecer el cuanto de la sanción penal.

En esta reflexión queremos llegar a la afirmación inequívoca de que la proporcionalidad abstracta de la pena es una necesidad de la convivencia social, es decir, crea en nuestro parecer una mayor seguridad por parte de los sujetos en el actuar en sociedad, sabiendo que existe un orden de sanciones penales previstas en las leyes para ser impuestas en torno a la jerarquía de los bienes jurídicos reconocidos y protegidos por el Estado, todo esto en aras de lograr la armonía en las personas y evitar el abuso absoluto del libre albedrío del dador de las leyes que debe entender que aumentar una pena para un delito requiere no sólo de la presión social sino, también, de la observancia de ciertos criterios imperativos como sería el supuesto de la proporcionalidad abstracta apreciada como eje rector en la expedición de las leyes penales.

## **CAPITULO V. RECAPITULACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.**

En un inicio de la presente investigación jurídica señalamos como parte de la descripción de la situación problemática que el vigente Código Penal Peruano de 1991 hasta la actualidad ha tenido más de seiscientos cincuenta modificaciones legales realizadas a su texto normativo original, lo cual en nuestra opinión es demasiado en esos veintiocho años de vigencia.

Esas modificaciones al Código Penal de 1991 se han hecho mediante diversas leyes expedidas por el Congreso de la República o Poder Legislativo y decretos legislativos (normas con rango de ley) emitidos por el Poder Ejecutivo de acuerdo al trámite previsto en el artículo 104° de la Constitución de 1993.

Debemos precisar que muchas de esas modificaciones legales al texto normativo jurídico del Código Penal vigente han estado enfocadas en aumentar las penas de diversos delitos previstos en su Parte Especial.

En la Parte Especial, como lo hemos señalado en las bases teóricas de la presente tesis citando la Exposición de Motivos del reinante Código Penal, sólo se selecciona o fragmenta, de las conductas o acciones socialmente dañosas, aquellas que se presentan como intolerables e igualmente los intereses sociales que aparecen vitales para la colectividad. De ahí el carácter fragmentario o discriminatorio del Derecho Penal Sustantivo.

Ahora bien, como primer punto de la investigación, hemos afirmado en la descripción de la situación problemática actual que quienes han tenido la competencia y labor de la función legislativa (Congreso de la República o Poder Ejecutivo) en el Perú de modificar el Código Penal han establecido penas con límites mayores para delitos cuyos bienes jurídicos podrían ser considerados

axiológicamente de menor jerarquía en relación a otros hechos punibles o criminales.

Respecto al desarrollo de la tesis que en las bases teóricas hemos hecho referencia a la jerarquía de los bienes jurídicos, citando a varios autores-juristas, siendo de mucha importancia que se tiene en una sociedad, como es en el caso peruano, de proteger o tutelar a los bienes o intereses jurídicos mediante la Parte Especial del Derecho Penal, y así permitir la convivencia y armonía social.

A renglón seguido, somos de la posición estable que nuestro codificador en materia penal debió establecer la relevancia axiológica (o valorativa) de la jerarquización de los bienes jurídicos protegidos o tutelados para efectos de determinar el cuanto o límite legal de la pena para cada delito o supuesto delictivo.

En consecuencia se debió plasmar tal jerarquización de los bienes jurídicos protegidos o tutelados como un principio rector que complementa de forma directa al principio de proporcionalidad en su sentido abstracto, y evitar así el libre albedrío por parte de los dadores de las leyes al momento de imponer penas para cada delito en particular.

Por otro lado, considero que el principio de proporcionalidad de las penas a nuestro modesto entender debe tener rango constitucional en el Perú, así como debe observarse una escala de bienes jurídicos a fin de existir proporcionalidad en la determinación de las penas impuestas para cada delito en específico, o como ella misma dice una adecuada equivalencia.

Agregamos que la pena no sólo es sanción (concepción retribucionista), sino que cumple fines (concepción preventiva), y si las conductas que lesionan bienes

jurídicos de menor jerarquía se sancionan con más pena que aquellas acciones vulneradoras de bienes jurídicos de mayor jerarquía, entonces el Estado está haciendo un mal uso del ius puniendi, esto es, el poder de punir las conductas que se consideren atentatorias contra la convivencia de los miembros de una sociedad política y jurídicamente organizada.

En otro aspecto de nuestra investigación jurídica hemos podido diferenciar el principio de proporcionalidad en materia penal referido a la determinación de las penas de otros supuestos de aplicación de la proporcionalidad en el ámbito o extenso mundo jurídico, y cabe señalar que esto no es materia de discusión en la investigación.

En su dimensión concreta, el principio de proporcionalidad de las penas está basado a nivel del proceso penal donde el juez al momento de condenar a un imputado deberá observar la proporcionalidad en su sentido estricto entre la pena a imponer y el hecho punible cometido, considerando una serie de circunstancias atenuantes o agravantes.

En su dimensión abstracta, la proporcionalidad de las penas conlleva al legislador a considerar la proporcionalidad al momento de establecer penas para los hechos punibles. Es en esta última dimensión del principio de proporcionalidad, en materia de determinación de las penas, donde nos hemos enfocado para investigar jurídicamente y desarrollar la tesis.

Por ende, somos de la posición estable que debe conceptualizarse, doctrinaria, legislativa y jurisprudencialmente, con mejor criterio, el principio de proporcionalidad de la pena para que el legislador no deje de observarlo cuando asuma la labor legislativa de establecer penas para los hechos punibles, porque de esa forma se tendría un eje rector al momento de implementar la pena o

sanción penal por parte de nuestros dadores de las leyes penales; y esta afirmación constituye nuestra otra hipótesis secundaria formulada en la presente investigación.

Si bien en el ordenamiento jurídico penal peruano, el principio de proporcionalidad (como un eje rector en la determinación y establecimiento de la pena) ha sido recogido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal vigente: “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho.

En su dimensión abstracta, cabe precisar, la proporcionalidad no puede desligarse del principio de legalidad, previsto en el artículo 2° inciso 24 acápite d de la actual Constitución Política, toda vez que las penas para los hechos punibles son establecidas mediante normas con rango de ley, sean éstas leyes expedidas por el Congreso de la República o decretos legislativos dados por el Poder Ejecutivo según el trámite constitucional.

Además, en la presente investigación hemos señalado que nuestra vigente Ley Fundamental (Constitución Política de 1993) no hace referencia de forma taxativa al principio de proporcionalidad de las penas, tampoco al de lesividad o protección de los bienes jurídicos, que debería observar el legislador competente a fin de establecer el cuanto o límite (mínimo y máximo) de las penas para cada delito en concreto.

Asimismo, en el último párrafo del artículo 200° (referido a las garantías constitucionales) de la Constitución Política de 1993 se ha precisado: “Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. (...)”. En este último sentido tenemos que el Tribunal Constitucional del Perú, como máximo intérprete de la Constitución

Política, ha utilizado la proporcionalidad para ejercer el control constitucional en aquellos casos específicos en los cuales las leyes penales han transgredido los derechos fundamentales de las personas, y esto no ha sido materia u objeto de la presente investigación. Sólo lo estamos mencionando a manera de ilustración o referencia.

Entonces diremos, en su sentido abstracto, el principio de proporcionalidad de las penas debe ser observado por el legislador cuando asume la tarea de implementar o establecer el cuanto de las penas para los hechos punibles, debiendo observar además la escala de valores de los bienes jurídicos que, por lo general, viene establecida por la Constitución Política y los diversos aspectos axiológicos de la sociedad peruana, para así permitir la interacción de las personas.

Cabe mencionar la necesidad de incorporar en nuestro ordenamiento jurídico interno, a nivel constitucional, la concepción abstracta del principio de proporcionalidad a fin que el dador de las leyes penales no caiga en libertinajes al momento de establecer penas para los hechos punibles, y de esta forma evitar la transgresión a la trascendencia de los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal Moderno en su dimensión sustantiva.

Entonces, la proporcionalidad de la pena en su dimensión abstracta no sólo debe ser considerada un principio jurídico sino, a la vez, debe constituirse como una garantía esencial en el ordenamiento jurídico peruano en el modo que el legislador cuando asuma el responsable trabajo de establecer una pena para un hecho punible no caiga en el libre albedrío de regular penas sin tener un test de proporcionalidad.

Por otro lado, en el caso de la proporcionalidad en su sentido concreto es un principio que se encuentra dentro del debido proceso cuya observancia está reconocida en la Constitución Peruana en el inciso 3 del artículo 139°. La observancia del debido proceso es una garantía de la función jurisdiccional según lo establece la Constitución de 1993, formando parte del debido proceso sustancial la proporcionalidad de la pena en su dimensión concreta por la que el juez al momento de imponer una pena al condenado deberá considerar una serie de circunstancias (atenuantes o agravantes) en su sentencia para establecer el quantum de la sanción si es, sobre todo, una pena privativa de libertad.

Si bien la Constitución Política de un Estado sólo debe contener los lineamientos más importantes y trascendentes que regirán la convivencia social, somos de la opinión que la proporcionalidad de la pena en su carácter abstracto debe tener una mención en la Carta Magna, esto es, debe estar recogido como un lineamiento constitucional lo cual daría una mayor seguridad a los miembros de la comunidad en relación a que su legislador no actuará con total libertad para establecer una pena para un delito.

Si la proporcionalidad abstracta tuviera rango constitucional entonces el responsable de expedir la ley cuando establezca una sanción penal para un delito no observando dicha proporcionalidad, la norma legal sería inconstitucional, pues se afectaría la forma de la Constitución al establecer ésta un lineamiento para ser observado en la imposición de las penas desde el ámbito del legislador.

En esta discusión diremos que cuando se convive día a día con la comisión de delitos en una ciudad, es algo normal que la gente sólo aclame a pedirle a su

legislador que aumente la pena. Sin embargo, la presión social no debe influir en el establecimiento de las penas sino que debe ser sólo un referente. Lo más importante, desde nuestra posición, es que se observe la proporcionalidad de la pena para cada delito en específico y esto en razón a un sistema de jerarquía de valoración de bienes jurídicos.

Creemos que la proporcionalidad abstracta de la pena debe ser de observancia obligatoria por parte del legislador peruano cuando asuma la tarea de expedir leyes relacionadas al mínimo y máximo de la sanción penal.

Para que sea de observancia obligatoria por parte del dador o responsable de las leyes es necesario que tenga rango constitucional la proporcionalidad abstracta de la pena, es lo que estamos discutiendo, para así evitar incongruencias en nuestro Código Penal y la afectación a la escala jerárquica de los bienes jurídicos protegidos, y tener una mejor calidad en nuestra convivencia social.

Hablar de convivencia social es referirnos a una comunidad donde interactúan día a día un grupo de sujetos en base a normas de convivencia que no necesariamente son jurídicas. Las normas jurídicas permiten a los miembros de una sociedad regirse por supuestos de hecho contempladas en dichas normas, y acatarlas por ser de observancia obligatorias, aunque vale precisar que también existen normas consuetudinarias que rigen la convivencia en los miembros de una sociedad jurídicamente sistematizada.

Ahora bien, en todo Estado actual para la convivencia social de los miembros de su población se requieren de normas jurídicas, y cuando éstas son penales el

legislador selecciona determinadas conductas o acciones o comportamientos que va a considerar prohibidas y sancionadas con una pena.

Las penas establecidas por el legislador para cada delito obedecen a la lesión de algún bien jurídico reconocido y tutelado previamente por el orden jurídico. Esto significa que sin la lesión o el daño a un bien jurídico protegido no habría responsabilidad penal en los sujetos.

Entonces la necesidad de convivir en sociedad hace que nuestros órganos competentes en dar las leyes no actúen con total libertad para imponer penas a los delitos sin la debida observancia de un test abstracto de proporcionalidad el cual indique al legislador cómo debe fijar el cuanto de la sanción penal.

En consecuencia, llegamos a lo último de esta discusión afirmando que la proporcionalidad abstracta de la pena es una necesidad de la convivencia social, y esto crea a nuestro entender una mayor seguridad por parte de los sujetos en el actuar en comunidad, sabiendo que existe coherencia en las penas previstas en las leyes para ser impuestas en razón a la jerarquía de valoración de los bienes jurídicos reconocidos por el orden jurídico.

## **CAPÍTULO VI. ENTREVISTAS QUE RESPALDAN LA INVESTIGACIÓN.**

### **6.1 Presentación de las entrevistas realizadas a especialistas.**

#### **Entrevistado 1:**

Vanessa García Samaniego, Fiscal Provincial Penal de la Primera (1°) Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Lima Norte – Tercer Despacho (Magister)

#### **Entrevistado 2:**

Carmen Jesús Parvina Castro, Catedrático por la Universidad Nacional Federico Villarreal, Trabaja en el Ministerio Público. (Magister)

#### **Entrevistado 3:**

Rafael Hernando Chanjan Documet, profesor por la Pontificia Universidad Católica del Perú. (Magister)

- 1. Debería el legislador peruano observar el principio de proporcionalidad en su dimensión abstracta como fundamento jurídico para establecer los límites de la pena.**

#### **Respuesta Entrevistado 1:**

Si, considero que el legislador debe observar el principio de proporcionalidad en su dimensión abstracta a fin que los operadores jurídicos establezcan los límites de las penas, ya que de esa forma se evitaría la imposición de penas excesivas; por lo que debo precisar que sobre el marco normativo, actualmente se viene utilizando el sistema de tercio que señala el artículo 45, 45 – A y 46 del código penal, y conforme estos artículos se obliga a los

operadores a solicitar e imponer una pena dentro del rango que le corresponde.

**Respuesta Entrevistado 2:**

Considero que no. Porque, en los límites de la pena existe un mínimo y un máximo, margen que le da la posibilidad al Juzgador para que se imponga la pena con los alcances de los artículos establecidos en el Código Penal parte general. También constitucionalmente puede aplicar el control difuso.

**Respuesta Entrevistado 3:**

Si, ya que el legislador tiene que tomar en cuenta el principio de proporcionalidad en su dimisión abstracta para fijar los límites de la pena; no solo para los límites de la pena, sino también en la selección de conductas que van a ser reprimibles penalmente, no solo tiene un influjo en el cuanto de la pena abstracta, sino también escoger y determinar las conductas que serán penalmente sancionadas; y también de acuerdo al análisis de la proporcionalidad de la gravedad del delito, de su dañosidad social.

De la importancia del bien jurídico, se deberá determinar el marco abstracto de la pena, a efectos de evitar excesos en la punición; pero no solo ello, esa es solo una parte desde mi punto de vista, y tendría que ser observado por el legislador, dado que ya existen sentencias del TC que hacen referencia del obligatorio cumplimiento del principio de proporcionalidad penal por parte del juzgador; y en este caso de la pena abstracta por parte del legislador; pero, si una norma penal que se crea no es proporcional, puede ser declarada inconstitucional, pese a que nuestra Constitución expresamente no tipifica o establece el principio de proporcionalidad en el ámbito penal como un

principio, ya el tribunal constitucional se ha referido, extrayéndolo de otros artículos de nuestra constitución, como son los artículos de legalidad en la Ley Penal y la proporcionalidad en el Habeas Corpus, Acciones de Amparo o Inconstitucionalidad.

**2. Se debería conceptualizar o precisar a nivel doctrinal y jurisprudencial el principio de proporcionalidad en su sentido abstracto a fin de que el legislador peruano no deje de observarlo cuando asuma la labor de establecer penas para los hechos punibles.**

**Respuesta Entrevistado 1:**

Respuestas: Si debe de conceptualizarse, es más, considero que a la fecha con los artículos 45, 45<sup>a</sup> y 46 del Código Penal, ya se viene aplicando de forma imperativa la imposición de las penas de forma proporcional.

**Respuesta Entrevistado 2:**

Considero que sí, ya que las jurisprudencias, doctrinas judiciales y plenarios, ayudan enormemente no solo a la labor jurisdiccional sino también a la labor fiscal y de los abogados de la defensa, lo cual podría hacer una sentencia predecible. En cuanto al legislador

**Respuesta Entrevistado 3:**

Yo creo que ya existe a nivel doctrinal, ya que se ha escrito mucho respecto al Principio de Proporcionalidad, ya que es un Principio Transversal no solo en el derecho penal, sino en general para todo el ordenamiento jurídico, ya que es una técnica argumentativa que ha sido muy desarrollada en el ámbito del Derecho

Constitucional, como Robert Alexy y su teoría de la ponderación, para evaluar la constitucionalidad de determinadas intervenciones, cuando estamos frente al conflicto de dos derechos fundamentales, de dos principios o un derecho fundamental y un principio, ahí ya el derecho constitucional ha elaborado toda una conceptualización y una argumentación para poder establecer cuando la intervención estatal es proporcional, también llamado test de razonabilidad o test de ponderación, y esto ya se conoce y pasa por un análisis de un fin constitucionalmente legítimo en primer lugar, en segundo lugar la idoneidad, luego la necesidad y luego la proporcionalidad en sentido estricto; entonces la conceptualización doctrinal considero que ya está; hay también bibliografía especializada en proporcionalidad en el ámbito penal, puedo mencionar la Obra del Profesor de la Mata Barranco, sobre Proporcionalidad Pena, a la Profesora Lopera Mesa, que ha escrito sobre Proporcionalidad Penal, entre muchos autores más; quienes han aplicado este test de proporcionalidad en materia penal; ahora, respecto al ámbito Jurisprudencial si debería ser precisado, el mismo Tribunal Constitucional ya se ha referido en varias sentencias sobre el Principio de Proporcionalidad; como por ejemplo el caso de Inconstitucionalidad de la Ley Penal que modificó el Delito de Colusión, la denominada Ley Sousa, la cual también modificó el Delito de Tráfico de Influencias, en la cual el TC la declaró inconstitucional dicha modificación, y aplicó precisamente el test de proporcionalidad en el ámbito penal para decir que esa modificación era inconstitucional; y también puedo mencionar el caso de la modificación al Delito de Violación Sexual de menores de 18 años de edad, entre 14 y 18 años; ahí también el TC aplicó el test de proporcionalidad, precisamente para mencionar que esa intervención limitaba el libre desarrollo de las personas de esas edad;

además ya hay pronunciamientos de la Suprema; lo que sí podría ser es que debería existir un Acuerdo Plenario, siempre es saludable un acuerdo plenario frente a determinadas discrepancias jurisprudenciales sobre determinado asunto, por lo que sería una alternativa que le dé mayor predictibilidad, mayor seguridad jurídica y aclare ciertos conceptos.

**3. Considera usted si existe una relación directa entre el principio de proporcionalidad y de lesividad al momento que el legislador establece penas.**

**Respuesta Entrevistado 1:**

Considero que si existe una relación directa entre ambos principios cuando el legislador establece las penas en cada sanción, por cuanto esta busca un impacto en la sociedad con fines de prevención.

**Respuesta Entrevistado 2:**

En los últimos treinta años, el Poder Legislativo, cuando emite sus normas lo han hecho, tomando en consideración la política criminal de los momentos actuales, inclinándose siempre en establecer delitos con penas muy altas, que contradice los principios de Reeducación, Rehabilitación y Resocialización hacia la sociedad.

**Respuesta Entrevistado 3:**

Si, definitivamente son dos principios básicos y esenciales, de la intervención punitiva del estado sancionatoria, dado que no solo se aplican al Derecho Penal sino también al Derecho Administrativo Sancionador, el cual ya ha sido referido por el TC en sendas sentencias, dado que el principio de lesividad es muy importante en la medida que exige que haya un bien jurídico que este tutelado

por la norma penal y que esté sea puesto en peligro o lesionado por determinada conducta humana, por lo que hay una relación indefinible entre estos dos principio, puesto que también el principio de lesividad y el de proporcionalidad tiene una función en la selección de las conductas prohibidas y en la justificación de la intervención penal en sí, no solo de la determinación de la pena abstracta o concreta; puesto que uno de los filtros necesarios para que una norma penal pase el test de proporcionalidad, es que exista una idoneidad, que la conducta prohibida, que sirva su sanción para prevenir, para tutelar un bien jurídico, por lo que esa conducta debe poner en peligro, lesionar un bien jurídico, sino esa norma penal no sería idónea.

Por lo que la norma penal debe tutelar un bien jurídico protegido y que este enmarcado en nuestro estado constitucional de Derecho, como la libertad sexual, el patrimonio, el correcto funcionamiento de la administración Pública, entre otros que son bienes jurídicos constitucionalmente tutelados, y frente a conductas que las ponen en peligro o lesionan, el Derecho Penal está legitimado a intervenir en donde estas conductas sean las más graves; está aquí también el Principio de Fragmentariedad también presente, por lo que en definitiva tienen relación.

**4. Considera usted, la posibilidad de modificar el artículo 103 de la constitución política de 1993 a fin de garantizar los principios de proporcionalidad de las penas y de jerarquía de los bienes jurídicos.**

**Respuesta Entrevistado 1:**

Considero que no es necesario la modificación del Artículo 103° de la Constitución, para garantizar la proporcionalidad de las penas y la jerarquía de

los bienes jurídicos, porque en la normatividad penal, el legislador ya garantiza ambos principios

**Respuesta Entrevistado 2:**

Como está redactado el artículo en mención, no cabría modificación, toda vez que, recoge principios en conformidad a los tratados y acuerdos internacionales de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos.

**Respuesta Entrevistado 3:**

El Artículo 103°, no hace mención explícita efectivamente al Principio de Proporcionalidad, como dije en una anterior pregunta, y no existe ninguna disposición constitucional que haga mención al P. de Proporcionalidad en sí, dado que el TC lo ha extraído de varias disposiciones constitucionales y refirió que esta de manera implícita en la constitución; por lo que si considero que sería un buen aporte, ya que contribuiría a darle una mayor legitimidad a este principio y darle un reconocimiento expreso, que haya alguna disposición constitucional que haga mención a ella, así como se hace referencia al principio de legalidad; yo creería que si, efectivamente podría haber una mención, no sé si en el Artículo 103° o en otro articulado en donde se haga referencia a los principio de la función jurisdiccional o podría ser también en el 103°, pero que se deje expreso que este es un principio que justifica la intervención del Derecho Penal, las normas penales; debiendo precisarse que este Principio si está en la Ley del Procedimiento Administrativo General y en el Código Penal, por lo que se encuentra en rango Legal mas no en Rango Constitucional, por lo que considero que si debería estar en la Constitución.

**5. Que otras acciones inmediatas se deberían considerar a fin de garantizar la escala de jerarquía de los bienes jurídicos tutelados y su relación directa con la proporcionalidad abstracta.**

**Respuesta Entrevistado 1:**

Las medidas inmediatas serían modificaciones en la normatividad penal respecto a la imposición de penas.

**Respuesta Entrevistado 2:**

En principio la escala de jerarquía de los bienes jurídicos ya está precisado en la Constitución 1 y 2. En segundo término para establecer acciones a tomar está generalmente responde a necesidades de la población y por ende son coyunturales mediáticas y sociales; por ejemplo la seguridad ciudadana, la corrupción pública. Sin embargo, establecer un derecho penal del enemigo en los criterios invocados no puede rebasar el marco de proporcionalidad precisadas en el código penal.

**Respuesta Entrevistado 3:**

Yo creo que a nivel legislativo más allá o además que la constitución reconozca el P. de Proporcionalidad o el P. de Lesividad, yo creo que no habría otras de manera imprescindible por lo menos, yo creo que esto pasa más por un tema de expertis, de conocimiento o capacitación adecuada de los operadores de justicia que van a aplicar estos principios a los casos concretos, que van a utilizar estas herramientas dogmáticas del test de proporcionalidad, de la evaluación y análisis de la lesividad y la determinación del bien jurídico protegido en cada conducta, yo creo que más pasa por un tema de fortalecimiento de capacidades de operadores de justicia, brindarles herramientas conceptuales para que tengan

todos los instrumentos dogmáticos necesarios para poder correctamente y de manera razonable llegar a una solución en cada caso concreto, yo creo que va más por ahí que en establecer normas jurídicas abstractas alguna otra cuestión, de todas formas siempre es bueno hacer una revisión de las distintas disposiciones del código penal, que existen probablemente algunos delitos que tienen algunas penas excesivas en algunos casos, si se le compara con otros delitos, por lo que podría realizarse una revisión ya que podrían existir delitos que podrían ser inconstitucionales y que están en nuestro código penal, como por ejemplo el Delito de Ofensas al pudor público, que me parece que es un delito que debería de ser derogado, detrás hay una conceptualización de las buenas costumbres y de lo que es obsceno o no, que me parece que no amerita la intervención del Derecho penal y otros casos en los que se debe de evaluar caso por caso, dependiendo de cada Delito.

## **6.2 Análisis de la entrevista.**

De las entrevistas realizadas a los especialistas se advierte de la primera pregunta que existe discrepancia de parte del Maestro Carmen Jesús Parvina Castro, al señalar, que en los límites de la pena existe un mínimo y un máximo, margen que le da la posibilidad al Juzgador para que se imponga la pena con los alcances de los artículos establecidos en el Código Penal parte general. Sin embargo, no se pronunció respecto si el legislador peruano debe observar el principio de proporcionalidad en su dimensión abstracta como fundamento jurídico para establecer los límites de la pena. En cambio, la fiscal García Samaniego y el profesor Chanjan Documet señalaron que si debería el legislador peruano observar el principio de proporcionalidad en su dimensión abstracta para fijar los límites de la pena; no solo para los límites de la pena, sino también en la selección de conductas que van a ser reprimibles penalmente. De lo afirmado por los especialistas nuestra hipótesis cobra fuerza, toda vez, que ello permitirá contar con normas coherentes y proporcionales y que se ajusten a nuestra realidad.

Respecto a la segunda pregunta, la Fiscal García Samaniego y el catedrático Parvina Castro, refieren que debe conceptualizar a nivel doctrinal y jurisprudencial el principio de proporcionalidad en su sentido abstracto a fin de que el legislador peruano no deje de observarlo cuando asuma la labor de establecer penas para los hechos punibles. Sin embargo el maestro Chanjan Documet, afirma que ya existe a nivel doctrinal, ya que se ha escrito mucho respecto al Principio de Proporcionalidad, ya que es un Principio Transversal no solo en el derecho penal, sino en general para todo el ordenamiento jurídico, ya

que es una técnica argumentativa que ha sido muy desarrollada en el ámbito del Derecho Constitucional, como Robert Alexius. De lo expuesto por los especialistas efectivamente existe desarrollo doctrinal y jurisprudencial del principio de proporcionalidad, sin embargo, poco o casi nada respecto al principio de proporcionalidad en su sentido abstracto, por otro lado, si aceptamos lo afirmado por el maestro Chanjan Documet, entonces estaríamos aceptando que de alguna manera los legisladores no están considerando el principio de proporcionalidad al momento de promulgar leyes de lo contrario no estaríamos frente a tan grande problema donde algunas normas favorecen algunos y no para otros.

En cuanto a la tercera pregunta, los especialistas afirman que si existe una relación directa entre el principio de proporcionalidad y de lesividad al momento que el legislador establece penas, por ejemplo el catedrático Carmen Jesús Parvina Castro refiere que en los últimos 30 años el Poder legislativo cuando promulga leyes lo hace tomando en consideración la política criminal de los momentos actuales, inclinándose siempre en establecer delitos con penas muy altas, que contradice los principios de Reeducación, Rehabilitación y Resocialización hacia la sociedad, por otro lado, el especialista Chanjan Documet afirma que existe una relación indefinible entre estos dos principio, puesto que también el principio de lesividad y el de proporcionalidad tiene una función en la selección de las conductas prohibidas y en la justificación de la intervención penal. Ahora bien de lo señalado por los especialistas considero acertado lo señalado por el catedrático Carmen Jesús Parvina Castro, en efecto, el congreso cuando legisla no lo hace de manera independiente si no que se deja influenciar por presiones políticas y populares, dejando de lado aspecto dogmáticos en la promulgación de las normas.

Al ser consultados, si se debe modificar el artículo 103 de la constitución política de 1993 a fin de garantizar los principios de proporcionalidad de las penas y de jerarquía de los bienes jurídicos, los tres especialistas fueron unánimes en señalar que no existe manera de hacerlo, tal como señala el magister Chanjan Documet, el Artículo 103°, no hace mención explícita efectivamente al Principio de Proporcionalidad, como dije en una anterior pregunta, y no existe ninguna disposición constitucional que haga mención al P. de Proporcionalidad en sí, dado que el TC lo ha extraído de varias disposiciones constitucionales y refirió que esta de manera implícita en la constitución, ahora bien, es verdad que el Máximo Intérprete de la Constitución ha señalado en sendas sentencias que el principio de proporcionalidad se encuentra regulado de manera implícita en el (art.2° inciso 24, literal (d) y en párrafo último del (art.200°), realidad acogida por casi todos los países de la región ya el principio no se encuentra regulado de manera expresa en la constitución, siendo un principio netamente interpretativo a fin de limitar las arbitrariedades de las autoridades.

Por último, al ser consultados que acciones inmediatas se deben abordar, el maestro Chanjan Documet señala acertadamente que a nivel legislativo más allá o además que la constitución reconozca el Principio de Proporcionalidad, la solución al problema pasa más por un tema de expertis, de conocimiento o capacitación adecuada de los operadores de justicia que van a aplicar estos principios a los casos concretos, además refiere que se debe realizar una revisión integral de las distintas disposiciones del código penal, ya que existen algunos delitos que tienen algunas penas excesivas si se le compara con otros delitos, por otro lado, el catedrático señala, que la acciones abordadas por los tres poderes del Estado se basan generalmente a necesidades de la población

y por ende son coyunturales mediáticas y sociales; por ejemplo la seguridad ciudadana, la corrupción pública. Siendo ello así, considero al margen de lo dicho por los especialistas en un Estado Constitucional de Derecho que se caracteriza por el respeto de las libertades fundamentales y derechos humanos es inaudito contar con normas que sobre criminalizan algunas conductas y otras no, siendo en algunas situaciones desproporcionales e incoherentes, por esa razón, considero que si debería regularse el principio de proporcionalidad en su dimensión abstracta como fundamento jurídico para establecer los límites de la pena.

## **CONCLUSIONES.**

**Primera:** Respecto al primer objetivo general propuesto se concluye que el legislador peruano debe observar el principio de proporcionalidad en su dimensión abstracta como fundamento jurídico para establecer los límites de las penas para cada delito, y así evitar que conductas que lesionan o pongan en peligro bienes jurídicos de menor jerarquía sean sancionadas con más pena que aquellas vulneradoras de bienes jurídicos de mayor escala jerárquica, afirmación que tiene respaldo de las bases teóricas desarrolladas y de las entrevistas abordadas a los especialistas.

**Segunda:** En cuanto al primer objetivo específico propuesto se concluye, que no se encuentra desarrollado el principio de proporcionalidad en su dimensión abstracta en el Ordenamiento Jurídico, solo se hace referencia a la existencia del principio de proporcionalidad de manera implícita del (Art.2° inciso 24 párrafo (d) y de la parte final del (art.200°) de la Constitución Vigente de 1993, hecho que considero insuficiente para exigir al legislador que observe el principio de proporcionalidad en su dimensión abstracta como fundamento jurídico para establecer los límites de las penas para cada delito.

**Tercera.** Respecto al segundo objetivo específico se concluye que el constituyente deberá incorporar en su cuerpo normativo el principio de proporcionalidad en su dimensión abstracta a fin de poder exigir al congreso la aplicación de mismo como fundamento jurídico para establecer los límites de las penas para cada delito, y así evitar que conductas que lesionan o pongan en peligro bienes jurídicos de menor jerarquía, en ese sentido, el principio debe estar conceptualizado en el segundo párrafo del (Art.2° inciso 24 párrafo (d)

## **RECOMENDACIONES.**

**Primera.** Crear una comisión de alto nivel, conformado por los tres poderes del Estado, Ejecutivo, Legislativo, Judicial y del presidente del Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo, a fin de discutir la aplicación del principio de proporcionalidad en su dimensión abstracta al momento de legislar a nivel legislativo y ejecutivo, por otro lado, crear una comisión multisectorial que tenga como propósito hacer una revisión integral del código penal. Por último, se debe capacitar a los operadores de justicia, porque son ellos quienes finalmente aplican la norma, por lo tanto, se debe brindar mejores herramientas conceptuales para que tengan todos los instrumentos dogmáticos necesarios para poder correctamente y de manera razonable llegar a una solución en cada caso concreto.

**Segunda.** A pesar de la existencia de abundante jurisprudencia sobre el principio de proporcionalidad al ser transversal no solo en el derecho penal, sino en general para todo el ordenamiento jurídico, se recomienda el desarrollo conceptual, dogmático del principio de proporcionalidad en su dimensión abstracta con el propósito de exigir al legislador la aplicación del mismo como fundamento jurídico para establecer los límites de las penas para cada delito, por otro lado, se recomienda en el ámbito penal la creación de un acuerdo plenario como una herramienta que aclare ciertos conceptos, hecho que permitirá mayor seguridad al momento de administrar justicia.

**Tercera.** Sin bien en cierto que el principio proporcionalidad no se encuentra establecido explícitamente en la Carta Constitucional, pero existe en el mundo legal a través del proceso hermenéutico. Se recomienda el debate, jurídico,

político, y de la academia a fin de positivizar el principio de proporcionalidad en su dimensión abstracta como fundamento jurídico para establecer los límites de las penas para cada delito en el ordenamiento jurídico en el segundo párrafo del (Art.2° inciso 24 párrafo (d), finalmente en el ámbito penal se recomienda a la judicatura la verificación de tres elementos o su principios, indispensables para su correcta aplicación que sea adecuado, necesario y proporcional en sentido estricto.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- Alexy, R., & Simchen Trevisan, L. (2015). Derechos sociales fundamentales en la teoría de Robert Alexy. *Universidad Federal de Rio Grande do Sul*, 15.
- Amelung, K. (2011). El concepto de bien jurídico en la teoría jurídico-penal de protección del patrimonio jurídico. *El bien legal como limitación del poder del Estado para incriminar*, 15.
- Barros, S., & Leal Lima, L. (2007). El principio de proporcionalidad y el control de constitucionalidad de las leyes restrictivas de derechos fundamentales. *Revista Conocimientos de derecho*, 8.
- Bernal, 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, Colombia: Editorial Nomos.
- Bramont Arias, L. (2008). *Manual de Derecho Penal*. Lima, Perú: Editorial EDDILI.
- Brandão, C. (2014). *Tipicidad de penalización: desde los elementos de la dogmática hasta el giro conceptual del método entimemático*. Coimbra: Almedina.
- Caprioli, F. (2018). Principio de legalidad, principio de culpabilidad. *Universidad de Turín*, 10.
- Ferrajoli, L. (2010). Ley y razón: teoría de la garantía penal. *Revista dos Tribunais*, 25.

- García, A. (2009). *Derecho Penal Parte General*. Madrid, España: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A.
- Gómez de la Torre, I. (1999). *Lecciones de Derecho Penal - Parte General*. Madrid, España: Editorial Praxis.
- Guevara Chicoma, M. M. (2018). La Sobrepenalización Del Delito De Robo Agravado Vs El Homicidio Simple. *Tesis Universidad Cesar vallejo*.
- Guevara Chicoma, M. M., & Vargas, J. (2018). La Sobrepenalización Del Delito De Robo Agravado Vs El Homicidio Simple. *Tesis Universidad Cesar Vallejo*, 60.
- Hurtado, J., & Prado, V. (2011). *Manual de Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Lima Perú: Editorial IDEMSA.
- Jackobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General - Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Madrid, España: Editorial Marcial Pons.
- Llorens Carrasco, R. A. (2005). Proporcionalidad de las penas en el derecho penal chileno. *Tesis Universidad Austral de Chile*, 39.
- Lopera, G. (2010). principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. *Revista Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional*.
- Paulo Barretto, V., & Uhry Lauxen, E. (2018). La construcción de la idea de la dignidad humana. *Revista cuestión de derecho*, 9.
- Peña Cabrera, A. (2011). *Curso Elemental de Derecho Penal Parte Especial. Tomo II*. Lima Perú: Editorial Ediciones Legales.

Ramirez Tirado, M. Y. (2016). La desproporcionalidad de la pena en el delito de violencia contra la autoridad en su forma agravada. *Tesis Universidad Privada Antenor Orrego*, 49.

Rojas, F. (2013). *Derecho Penal. Estudios fundamentales de la Parte General y Especial*. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica.

Tavares, J. (1992). Criterios de selección de delitos y penalización. *Revista Brasileña de Ciencias Penales*, 75.

Villavicencio Terreros, F. (2016). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Lima : Editoria y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.

Von Liszt, F. (1999). *Tratado de Derecho Penal*. Madrid, España: Editorial Reus.

Welzel, H. (1970). Derecho penal Alemán. *Revista de Derecho.*, 6.

Wolfgang Sarlet, I. (2008). *La eficacia de los derechos fundamentales*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Zago Thomasi, T., & Corrêa Fontes, L. (2018). Direito Penal Simbólico. *Revista Derechos Humanos y Democracia*, 10.

#### **JURISPRUDENCIA CONSULTADA.**

Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp.Nº 01010-2012- -PHC/TC- Lima, Octubre 2012. Fundamento (3)

## **ANEXOS.**

### **Modelo de entrevista realizada.**



### **ENTREVISTA**

#### **“EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SU DIMENSIÓN ABSTRACTA COMO FUNDAMENTO JURÍDICO PARA ESTABLECER LOS LÍMITES DE LA PENA”**

**INSTITUCIÓN QUE TRABAJA:**

**ENTREVISTADO:**

La presente entrevista tiene por finalidad obtener información, y conocer la opinión de expertos, “Magister” “Doctorado” sobre la problemática, “El principio de proporcionalidad en su dimensión abstracta como fundamento jurídico para establecer los límites de la pena”

1. Debería el legislador peruano observar el principio de proporcionalidad en su dimensión abstracta como fundamento jurídico para establecer los límites de la pena.
2. Se debería conceptualizar o precisar a nivel doctrinal y jurisprudencial el principio de proporcionalidad en su sentido abstracto a fin de que el legislador peruano no deje de observarlo cuando asuma la labor de establecer penas para los hechos punibles.
3. Considera usted si existe una relación directa entre el principio de proporcionalidad y de lesividad al momento que el legislador establece penas.

4. Considera usted, la posibilidad de modificar el artículo 103 de la constitución política de 1993 a fin de garantizar los principios de proporcionalidad de las penas y de jerarquía de los bienes jurídicos.
  
5. Que otras acciones inmediatas se debería considerar a fin de garantizar la escala de jerarquía de los bienes jurídicos tutelados y su relación directa con la proporcionalidad abstracta.