

**UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE
DERECHO**



TÍTULO:

**“LA INDEBIDA MOTIVACION DE LAS PENAS EN LAS SENTENCIAS,
POR LA FALTA DE PRESUPUESTOS PARA FUNDAMENTAR LA
PENA Y CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACION Y AGRAVACION DE LA
PENA EN JUZGADOS UNIPERSONALES Y COLEGIADO EN TACNA,
2016”**

**INFORME FINAL DE TESIS PARA OPTAR EL
TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO.**

**PRESENTADO POR:
VANESSA CATHERINE PEÑALOZA DE LA TORRE**

TACNA-PERU

2018

“Esta tesis está dedicado a mis padres quien siempre estuvieron a mi lado apoyándome de todas las formas posibles brindándome el esfuerzo necesario para continuar ante situaciones difíciles, a mis hermanos Paola y Ulises que han sido siempre un ejemplo profesional para toda mi carrera, agradecer en especial a Omar por la paciencia y que ha contribuido mucho en el ámbito personal y profesional”

INDICE

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.	DESCRIPCION DEL PROBLEMA	3
1.2.	JUSTIFICACION	5
1.3.	IMPORTANCIA	6
1.4.	ANTECEDENTES	6
1.5.	DELIMITACION	7
1.6.	ESTABLECIMIENTO DE LAS PREGUNTAS	7
1.7.	OBJETIVOS	8

CAPITULO II

PILARES BASE DEL DERECHO PENAL

2.1.	CUESTIONES INTRODUCTORIAS	10
2.2	FUNDAMENTACION CONSTITUCIONAL DE LA MOTIVACION	11
2.3	EL DERECHO COMO MEDIO DE CONTROL SOCIAL	15
2.4.	LA PENA Y EL ESTADO DE DERECHO	19
2.5.	LA PENA COMO REACCION Y PREVENCION	23
2.6.	LA DEBIDA MOTIVACION	25
2.7.	POLITICA CRIMINAL	31
2.8.	PRINCIPIO DE MOTIVACION	35
2.9.	PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	40

CAPITULO III

LA PENA

3.1.	DEFINICION	45
3.2.	FUNCION DE LA PENA	49
3.3.	TEORIA DE LA PENA	54

3.3.1.	TEORIA ABSOLUTA O RETRIBUTIVA	55
3.3.2.	TEORIAS RELATIVAS O DE LA PREVENCION	59
3.3.2.1	TEORIA DE LA PREVENCION GENERAL	62
3.3.2.1.1.	TEORIA DE LA PREVENCION GENERAL POSITIVA Y NEGATIVA	64
3.3.2.2.	TEORIA DE LA PREVENCION ESPECIAL	66
3.3.2.2.1	TEORIA DE LA PREVENCION ESPECIAL POSITIVA Y NEGATIVA	69
3.3.3	TEORIA MIXTA O DE LA UNION	70
3.4.	INDIVIDUALIZACION DE LA PENA	74
3.5.	CLASES DE PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD	79
3.5.1.	PRIVATIVA DE LIBERTAD	80
3.5.2.	CADENA PERPETUA	87
3.5.3.	RESTRICTIVAS DE LIBERTAD	90
3.5.4.	LIMITATIVAS DE DERECHO	94
3.5.5.	PRESTACION DE SERVICIO A LA COMUNIDAD	96

CAPITULO IV

EXIMENTES, ATENUANTES Y AGRAVANTES DE LA APLICACIÓN DE LA PENA

4.1.	CAUSAS EXIMENTES	99
4.1.1.	ANOMALIA PSIQUICA	99
4.1.1.1.	GRAVE ALTERACION DE LA CONCIENCIA	103
4.1.1.2.	GRAVE ALTERACION DE LA PERCEPCION	104
4.1. 2.	MINORIA DE EDAD	105
4.1.3.	LEGITIMA DEFENSA	108
4.1.3.1	AGRESION ILEGITIMA	110
4.1.3.2	NECESIDAD RACIONAL DEL MEDIO EMPLEADO PARA IMPEDIRLA O REPELERLA	111
4.1.3.3	FALTA DE PROVOCACION SUFICIENTE	113
4.1.4.	ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE	114
4.1.5.	ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE	116
4.1.6	FUERZA FISICA IRRESISTIBLE	119
4.1.7	MIEDO INSUPERABLE	120
4.1.8.	OTRAS CAUSAS DE JUSTIFICACION	121

4.1.8.1.	EL OBRAR POR DISPOSICION DE LA LEY	122
4.1.8.2	EL OBRAR EN CUMPLIMIENTO DE UN DEBER	123
4.1.8.3.	EL OBRAR EN EL EJERCICIO LEGITIMO DE UN DERECHO	124
4.1.9	OBEDIENCIA DEBIDA	126
4.1.9.1.	QUE AMENAZA EL BIEN PROTEGIDO RESULTA PREDOMINANTE SOBRE EL INTERÉS DAÑADO	127
4.1.9.2.	CUANDO SE EMPLEE UN MEDIO ADECUADO	128
4.1.10.	CONSENTIMIENTO	129
4.1.11.	USO DE ARMAS Y MEDIOS DE DEFENSA	131

CAPITULO V

5.1.	PRESUPUESTOS PARA FUNDAMENTAR LA PENA	133
5.1.1.	CARENCIAS SOCIALES DEL AGENTE	133
5.1.2.	CULTURA Y SUS COSTUMBRES DEL AGENTE	134
5.1.3.	LOS INTERESES DE LA VÍCTIMA, DE SU FAMILIA O DE LAS PERSONAS QUE DE ELLA DEPENDEN	135
5.2.	CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACION	136
5.2.1.	CARENCIA DE ANTECEDENTES PENALES	137
5.2.2.	EL OBRAR POR MÓVILES NOBLES O ALTRUISTAS	138
5.2.3.	EL OBRAR EN ESTADO DE EMOCIÓN O DE TEMOR EXCUSABLES	139
5.2.4.	LA INFLUENCIA DE APREMIANTES CIRCUNSTANCIAS PERSONALES O FAMILIARES EN LA EJECUCIÓN DE LA CONDUCTA PUNIBLE	140
5.2.5.	PROCURAR VOLUNTARIAMENTE, DESPUÉS DE CONSUMADO EL DELITO, LA DISMINUCIÓN DE SUS CONSECUENCIA	140
5.2.6.	REPARAR VOLUNTARIAMENTE EL DAÑO OCASIONADO O LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DEL PELIGRO GENERADO	141
5.2.7.	PRESENTARSE VOLUNTARIAMENTE A LAS AUTORIDADES DESPUÉS DE HABER COMETIDO LA CONDUCTA PUNIBLE, PARA ADMITIR SU RESPONSABILIDAD	142

5.2.8.	LA EDAD DEL IMPUTADO EN TANTO QUE ELLA HUBIERE INFLUIDO EN LA CONDUCTA PUNIBLE	143
5.3.	CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES	143
5.3.1.	EJECUTAR LA CONDUCTA PUNIBLE SOBRE BIENES O RECURSOS DESTINADOS A ACTIVIDADES DE UTILIDAD COMÚN O A LA SATISFACCIÓN DE NECESIDADES BÁSICAS DE UNA COLECTIVIDAD	143
5.3.2.	EJECUTAR LA CONDUCTA PUNIBLE SOBRE BIENES O RECURSOS PÚBLICOS	144
5.3.3.	EJECUTAR LA CONDUCTA PUNIBLE POR MOTIVO ABYECTO, FÚTIL O MEDIANTE PRECIO, RECOMPENSA O PROMESA REMUNERATORIA	144
5.3.4.	EJECUTAR EL DELITO BAJO MÓVILES DE INTOLERANCIA O DISCRIMINACIÓN DE CUALQUIER ÍNDOLE	144
5.3.5.	EMPLEAR EN LA EJECUCIÓN DE LA CONDUCTA PUNIBLE MEDIOS DE CUYO USO PUEDA RESULTAR PELIGRO COMÚN	145
5.3.6.	EJECUTAR LA CONDUCTA PUNIBLE MEDIANTE OCULTAMIENTO, CON ABUSO DE LA CONDICIÓN DE SUPERIORIDAD SOBRE LA VÍCTIMA O APROVECHANDO CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, MODO O LUGAR, QUE DIFICULTEN LA DEFENSA DEL OFENDIDO O LA IDENTIFICACIÓN DEL AUTOR O PARTÍCIPE	145
5.3.7.	HACER MÁS NOCIVAS LAS CONSECUENCIAS DE LA CONDUCTA PUNIBLE, QUE LAS NECESARIAS PARA CONSUMAR EL DELITO	146
5.3.8.	REALIZAR LA CONDUCTA PUNIBLE ABUSANDO EL AGENTE DE SU CARGO, POSICIÓN ECONÓMICA, FORMACIÓN, PODER, OFICIO, PROFESIÓN O FUNCIÓN	146
5.3.9.	LA PLURALIDAD DE AGENTES QUE INTERVIENEN EN LA EJECUCIÓN DEL DELITO	147
5.3.10.	EJECUTAR LA CONDUCTA PUNIBLE VALIÉNDOSE DE UN INIMPUTABLE	147
5.3.11	CUANDO LA CONDUCTA PUNIBLE ES DIRIGIDA O COMETIDA TOTAL O PARCIALMENTE DESDE EL INTERIOR	148

	DE UN LUGAR DE RECLUSIÓN POR QUIEN ESTÁ PRIVADO DE SU LIBERTAD O SE ENCUENTRA FUERA DEL TERRITORIO NACIONAL	
5.3.12	CUANDO SE PRODUCE UN DAÑO GRAVE AL ECOSISTEMA NATURALES	148
5.3.13	CUANDO PARA LA REALIZACIÓN DE LA CONDUCTA PUNIBLE SE HAN UTILIZADO ARMAS, EXPLOSIVOS O VENENOS, U OTROS INSTRUMENTOS O PROCEDIMIENTOS DE SIMILAR EFICACIA DESTRUCTIVA	149
5.3.14	SI LA VICTIMA ES UN NIÑO O NIÑA, ADOLESCENTE, MUJER EN SITUACION DE ESPECIAL VULNERABILIDAD, ADULTO MAYOR CONFORME AL ORDENAMIENTO VIGENTE EN LA MATERIA O TUVIERE DEFICIENCIAS FÍSICAS, SENSORIALES, MENTALES O INTELECTUALES DE CARÁCTER PERMANENTE O SI PADECIERA DE ENFERMEDAD EN ESTADO TERMINAL, O PERSONA PERTENECIENTE A UN PUEBLO INDÍGENA EN SITUACIÓN DE AISLAMIENTO Y CONTACTO INICIAL	149

CAPITULO VI HIPOTESIS, VARIABLES E INDICADORES

5.1.	FORMULACION DE HIPOTESIS	150
5.2.	VARIABLES E INDICADORES DE ESTUDIO	150

CAPITULO VII METODOLOGIA

6.1.	TIPO DE INVESTIGACION	152
6.2.	NIVEL DE INVESTIGACION	152
6.3	UNIVERSO	152
6.4.	MUESTRA	153
6.5	SELECCIÓN DE LA MUESTRA	153

6.6.	PRESENTACION DE CUADROS ESTADISTICOS	154
-------------	---	------------

**CAPITULO VIII
COMPROBACION DE LA HIPOTESIS**

7.1.	COMPROBACION DE LA HIPOTESIS	166
7.2.	HIPOTESIS ESPECÍFICAS	166
7.2.1.	HIPOTESIS 1	166
7.2.2.	HIPOTESIS 2	167
7.3.	HIPOTESIS GENERAL	168

**CAPITULO IX
CONCLUSIONES**

8.1.	CONCLUSIONES	1 70
-------------	---------------------	-------------

**CAPITULO X
RECOMENDACIONES**

9.1.	RECOMENDACIÓN	172
	BIBLIOGRAFIA	176
	ANEXOS	185

INTRODUCCION

Actualmente, en nuestro ordenamiento Jurídico Penal Peruano, específicamente en la Constitución Política del Perú, y en el Art. 139 Inc. 5 claramente se señala que la motivación en las resoluciones judiciales en todas sus instancias deben expresar la ley aplicable y los fundamentos de hecho en que se sustentan; sabemos la importancia que acarrea este tema y el valor que deben darle los operadores del derecho al momento de emitir sus Sentencias tomando en consideración no sólo en la sustentación en el delito tipo base como también deberá tomarse en consideración la aplicación del Art. 45 y 46 del Código Penal, ya que al prescindirse en la motivación de la Pena dichas norma sustantivas en las sentencias, se estaría vulnerando derechos constitucionales, por ello es muy importante determinar una correcta y bien aplicada Pena o medida sancionadora no siendo excesiva o errónea.

En cuanto se refiere a los objetivos, se busca determinar la falta de una motivación de los presupuestos para fundamentar y de las circunstancias de atenuación y agravación de la Pena en las sentencias judiciales ya que de no ser así afectará significativamente el principio de proporcionalidad de la Pena, omitiendo los fines de las Penas en los juzgados unipersonales y colegiados de la provincia de Tacna en el año 2016, para ello se debe establecer si los Jueces de los Juzgados Unipersonales y Colegiados de esta ciudad están debidamente motivadas en razón de la determinación de la Pena del sentido ya que de no hacerlo vulnera derechos fundamentales del sentenciado afectando el principio de proporcionalidad y la debida motivación de las resoluciones judiciales.

Como un punto primigenio en el Capítulo II se estudiará los pilares bases del derecho Penal, que nos servirá para obtener más de los conocimientos necesarios, al hablar de pilares bases del derecho Penal nos referimos al Derecho como medio de Control Social, el Estado de Derecho, la Pena como Reacción y Prevención, a la aplicación del Principio de Proporcionalidad la Pena a una Debida Motivación y a las Políticas Criminales.

Como un segundo punto en el capítulo III se estudia con mayor profundidad el tema de la Pena en razón de que se ha tomado en consideración las definiciones que se le ha otorgado, las diferentes teorías que le dieron origen a sí mismo, también las diferentes clases de Pena y medidas de seguridad que deben seguir en nuestro ordenamiento jurídico.

Además, en el capítulo IV se estudió todas las eximentes, atenuantes y agravantes en la aplicación de la Pena y en la cual se ha visto las causas por la cual la determinación y la cuantificación de la Pena puede variar según cada caso y el V el cual estudió específicamente los presupuestos para emitir una sentencia, así como todos los atenuantes y agravantes para la imposición de una sanción.

En el capítulo VI se realizó la formulación de las Hipótesis, además de desarrollar sus respectivas variables e indicadores.

En el capítulo VII con respecto a la metodología, se realizó mediante un tipo de investigación aplicada, pues resulta un problema actual, ofreciendo una solución en el ámbito Penal, además el nivel de la investigación es explicativo con carácter exploratorio, toda vez que no existen investigaciones semejantes en el Perú, y se busca especificar causas y determinar el porqué de dicho fenómeno.

Por otro lado, en el capítulo VIII se realizó la comprobación de las Hipótesis formuladas en el capítulo VI.

En el capítulo IX se logró llegar a las conclusiones de la investigación, según todo lo estudiado previamente y en base a mis resultados de mi investigación.

Por ultimo en el Capítulo X se presentó una recomendación la cual es una propuesta de la implementación de una audiencia de determinación de la Pena.

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCION DEL PROBLEMA

No es un secreto que en la actualidad la motivación judicial que se encuentra amparada en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú que dice expresamente *“La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en se sustentan”* en el proceso Penal específicamente, concentra sus mayores esfuerzos en motivar la absolución o condena del imputado según sea el caso, dejando de lado muchas veces la motivación de la Pena, otorgando por parte de los juzgados argumentos simples sin ningún fundamento adecuado, sin mencionar las agravantes o atenuantes específicos que permitan llegar a un consenso sobre la Pena que debería purgar el condenado en los años porvenir. A simple vista este problema parecería irrisorio y sin una trascendencia especial, pero si nos acercamos a casos en concreto un año o más hacen la diferencia entre lograr o no el objeto del régimen penitenciario como son la reeducación, rehabilitación y reincorporación del Penado a la sociedad.

Al no existir una correcta motivación de las circunstancias objetivas y subjetivas de la Pena en las sentencias judiciales, sean de primera, se afectan gravemente distintos principios como el de proporcionalidad de las Penas en el cual se debe valorar el caso en concreto los efectos del daño causado y el bien jurídico protegido, y la individualización de las Penas en los casos concretos, y no solo encajarse en el principio de legalidad de las Penas, en los que se fija un mínimo legal y un máximo legal que por azares es dispuesto en la acusación fiscal y amparado por el Juez en sentencia condenatoria, además que por la existencia de una deficiente defensa no se advierten dichos sucesos generándose impunidad en la determinación de la Pena en el caso en concreto.

Al realizarse una sentencia judiciales los operadores del derecho han ido omitiendo y afectando el principio de proporcionalidad, en la cual el Legislador al momento de establecer una Pena ellos deben obedecer a una justa y adecuada proporcionalidad entre el delito cometido y la Pena que se vaya a imponer, es en base a una necesidad misma de que la Pena sea en proporción al delito para ello

debe haber una exigencia en la medida de que se establezca en base a la importancia social del hecho, en base a todo esto para que exista un derecho Penal democrático se debe ajustar la gravedad de las Penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos que se asignan, según el grado de nocividad social del ataque al bien jurídico.

Existen distintos motivos para que existan una deficiente motivación de las Penas, pero el más importante desde la perspectiva del presente autor es la inexistencia de una audiencia especial en la que únicamente se valla a determinar la culpabilidad del imputado o imputados, para poder dilucidar el quantum la Pena en el caso en concreto, no solo del autor, sino también de los demás procesados en casos de pluralidad de imputados.

Pues si bien el artículo 45 del Código Penal con respecto a los Presupuestos para fundamentar la pena para la fundamentación y determinación de la Pena nos hace referencia a: *“El Juez, al momento de fundamentar y determinar la Pena, deberá tener en cuenta: 1) Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente; 2) Su cultura y sus costumbres; 3) Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen”* y el Art. 46 del Código Penal con respecto a las circunstancias objetivas y subjetivas de individualización judicial de Pena en la cual expresan: *“para determinar la Pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no seas específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, considerando especialmente: 1) La naturaleza de la acción; 2) Los medios empleados; 3) La importancia de los deberes infringidos; 4) La extensión del daño o peligro causados; 5) Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión; 6) los móviles y fines; 7) La unidad o pluralidad de los agentes; 8) La edad, educación, situación económica y medio social; 9) la relación espontánea que hubiere hecho del año; 10) la confesión sincera antes de haber sido descubierto; 11) Las condiciones personales y circunstancias que lleve al conocimiento del agente; 12) la habitualidad del agente al delito; 13) la reincidencia”* imponen las reglas claras para determinar las Penas, en la realidad se está realizando caso omiso a dichos artículos, por parte de todas las partes intervinientes en el proceso.

Actualmente para un determinación de la Pena debe haber una correcta individualización legal, que fundamente una debida aplicación del principio de proporcionalidad dentro del marco legal, todo esto debe ser destinada a la medición concreta o quantum de la Pena que en muchos casos no se tiene en cuenta tanto el criterio de proporcionalidad de la mismas como las necesidades preventivas especiales que presenta el imputado; en consecuencia en Tacna los legisladores no han aplicado correctamente no solo uno de los principios fundamentales pues existe una ausencia de motivación, debe existir un adecuada fundamentación con respecto a los presupuestos para fundamentar la pena que son importantes al momento de emitir un fallo así como también las Circunstancias de atenuación y agravación, pues en ellas describe con más detalle todos los hechos, circunstancias y formas de cómo se adecuan a la conducta realizada por el imputado imponiéndose así sentencias más justas y razonables.

1.2. JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION

Uno de los problemas dentro de la administración de justicia en el Perú, es una ausencia de una debida motivación en las sentencias Penales, que se encuentra amparada en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú, en el proceso Penal específicamente, concentra sus mayores esfuerzos en motivar la absolución o condena del imputado según sea el caso, dejando de lado muchas veces la motivación de la Pena, otorgando por parte de los juzgados argumentos simples sin ningún fundamento adecuado, sin mencionar agravantes o atenuantes específicos que permitan llegar a un consenso sobre la Pena que debería purgar el condenado en los años porvenir. Es por esta razón que existen en el capítulo II del Código Penal con respecto a la aplicación de la Pena en la cual los jueces deben tener en consideración para fundamentar y determinar una Pena, entre los más resaltantes para la presente investigación es el art. 45 que mencionan los presupuestos para fundamentar una pena y el art. 46 las Circunstancias de atenuación y agravación, para que exista una debida motivación las sentencias Penales deben ser acorde a uno de los principios rectores que es el Principio de proporcionalidad, por lo esta investigación se justifica en la aplicación de una debida motivación en las sentencias Penales con la finalidad de que existan sentencias más justas y proporcionadas además de proponer una solución como es la de una implementación de una audiencia especial en la cual se debe

determinar únicamente el quantum de la Pena que deberá purgar el condenado con el fin de que se realice una correcta administración de justicia.

1.3. IMPORTANCIA

Para que exista una imposición justa de una Pena no se puede prescindir de unos de los principios fundamentales en los que se basa el Código Penal el cual es el Principio de Proporcionalidad, pues si los legisladores del derecho no omitieran dichos criterios y circunstancias no existiría una indebida motivación por lo cual no conduciría a sentencias reprochables que pudieran caer en nulidad o futuras revisiones, por lo que debe encontrarse dentro de los parámetros de Justicia Penal por ello debe existir un respeto por los propios derechos fundamentales de una persona que se encuentra expresados en ordenamientos jurídicos y que una persona al ser procesado por algún delito no se hallen con sentencias Penales con ciertas carencias en su fundamentación, como se sabe que muchos fallos podrían o van a restringir la libertad de una persona por ello es muy importante determinar una correcta y bien aplicada Pena o medida sancionadora no siendo excesiva o errónea.

Proponiendo que una implementación legislativa, se puede dar cuenta que se logrará determinar una Pena más apropiada tomando en cuenta las Presupuestos para fundamentar la pena y Circunstancias de atenuación y agravación con el único objeto de establecer una Pena que se acorde a las circunstancias que se dieron y una Pena adecuada de manera proporcional, pues lo que se busca es la resocialización del sentenciado en base a una sentencia justa y razonable.

1.4. ANTECEDENTES

En la actualidad no existen investigaciones a nivel nacional respecto a mi planteamiento del problema, en relación a que se trata de un problema que si bien es cierto es conocido pero es muy poco señalado directamente es decir a una ausencia de debida motivación de los Presupuestos para fundamentar la pena y Circunstancias de atenuación y agravación que tal como se conoce en el Nuevo Código Penal vigente, viniendo a ser muy poco fundamentado en las Sentencias Penales es por ellos en la cual se concentrará mi atención que los Operarios del

Derechos que no han venido motivando debidamente una Sentencia Penal condenatoria.

Como precedente de esta Investigación en el ámbito Internacional solo se ha podido encontrar la tesis denominada:

- “Derechos fundamentales y decisión judicial. Algunos criterios para la mejor aplicación del Derecho Penal”

Autor: L. Iván Díaz García.

Universidad Carlos III de Madrid.

Año: 2009.

Obtención de Doctorado.

1.5. DELIMITACION

1.5.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA Y ESPECIFICIDAD

El tema está referido específicamente en la Teoría de la Pena que se encuentra dentro del Derecho Penal.

1.5.2. DELIMITACIÓN ESPACIAL

El estudio se desarrolló en el Departamento, Provincia y Distrito de Tacna.

1.5.3. DELIMITACIÓN TEMPORAL

El periodo que se utilizó como parte de la investigación abarcó desde 01 de enero hasta el 31 de diciembre de todo el año 2016.

1.5.4. DELIMITACIÓN SOCIAL

El colectivo que se incluye en la presente investigación, Jueces Unipersonales y Colegiados.

1.6. ESTABLECIMIENTO DE PREGUNTAS

1.6.1. PROBLEMA PRINCIPAL

Después de haber analizado las problemáticas existentes en nuestro Derecho Penal específicamente con relación a la motivación en la determinación de la Pena, los cuales son de gran interés para el autor e investigar, indagar y examinar

doctrina, jurisprudencia, normativa nacional y extranjera, se ha llegado a formular el problema materia de la presente investigación.

¿La ausencia de una debida motivación de los presupuestos para fundamentar y de las circunstancias de atenuación y agravación de la Pena en las sentencias judiciales afecta significativamente el principio de proporcionalidad de la Pena, omitiendo fundamentar los fines de las Penas en los juzgados unipersonales y colegiados en la provincia de Tacna en el año 2016?

1.6.2. PROBLEMAS SECUNDARIO

1.6.2.1. PRIMER PROBLEMA SECUNDARIO

¿Las sentencias Penales se motivan de forma indebida en relación a las Penas, toda vez que se omiten los presupuestos para fundamentar y determinar las penas y las circunstancias atenuación y agravación de la Pena?

1.6.2.2. SEGUNDO PROBLEMA SECUNDARIO

¿La indebida aplicación del principio de proporcionalidad de las Penas y los fundamentos de los fines de la Pena en los casos en concretos incide significativamente en la adecuada determinación de las Penas en las sentencias judiciales?

1.7. OBJETIVOS

1.7.1. OBJETIVO GENERAL

1.7.1.1. OBJETIVO PRINCIPAL

Determinar la falta de una motivación de los presupuestos para fundamentar y determinar la pena y de las circunstancias de atenuación y agravación de la Pena en las sentencias judiciales afecta significativamente el principio de

proporcionalidad de la Pena, omitiendo los fines de las Penas en los juzgados unipersonales y colegiados de la provincia de Tacna en el año 2016.

1.7.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

1.7.2.1. PRIMER OBJETIVO ESPECIFICO

Establecer si Las sentencias Penales se motivan de forma indebida en relación a las Penas, toda vez que se omiten los presupuestos para fundamentar y las circunstancias de atenuación y agravación de la Pena.

1.7.2.2. SEGUNDO OBJETIVO ESPECIFICO

Precisar si la indebida aplicación del principio de proporcionalidad de las Penas y los fundamentos de los fines de las Penas en los casos en concreto incide significativamente en la adecuada determinación de las Penas en las sentencias judiciales

CAPITULO II

PILARES BASES DEL DERECHO PENAL

2.1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

A lo largo del tiempo, se ha hablado de una creación de un orden social en la cual el Estado por medio del establecimiento de ordenamientos jurídicos, en este caso el Derecho Penal tiene la misión de brindar protección, así como también el mantenimiento de los bienes jurídicos que son protegidos en una sociedad organizada por medio de las Penas, es decir con la imposición de una sanción Penal el cual será una herramienta para preservar dicho orden.

De esta forma, para mantener dicho orden, según señala JUAN BUSTOS RAMIREZ: “La función del Derecho Penal material y las teorías de las Penas tiene un estrecha relación: toda teoría de la Pena es una teoría de la función que debe y tiene que cumplir el derecho Pena, resulta entonces que cuando se habla del sentido y función del Derecho; en ultimo termino, se está inquiriendo por el sentido y función de la Pena”¹ es decir que toda imposición de Pena por parte del Estado tiene un doble función la primera es que se acredite la afectación del bien jurídico protegido y la segunda que se busca imponer una sanción para dicha infracción cometida.

La aplicación del derecho Penal, sea como un medio de control para las personas dentro de un determinado orden, son con el objeto de mantener a las personas dentro de los límites establecidos evitando la afectación de los bienes jurídicos protegido de un Estado en la cual por medio de la imposición de las Penas se pretende según expresa FRANCESCO CARRARA: “El fin de la Pena no consiste que se haga justicia, ni en que el ofendido sea vengado, ni en que el delincuente purgue su delito, ni que se obtenga su enmienda, es el restablecimiento del orden externo en la sociedad”² para la justificación de la aplicación de la Pena se basa en proteger a la sociedad contra los delitos así como lo señala el Art. 44 primer párrafo de la Constitución Política del Perú: “son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos

¹ Citado por REATEGUI SANCHEZ, James, Manual de Derecho Penal Parte General Vol. II Editorial Instituto Pacífico S.A.C. septiembre 2014, Pg. 1280.

² IDEM.

promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación” es así que el Estado tiene el compromiso de proteger a la población contra amenazas que afecten su seguridad y bienestar.

Solo de esta manera, es posible justificar la necesidad de imponer normas Penales de aplicar medidas restrictivas de libertad o de seguridad así como Señala SCHMIDHAUSER, VOM SINN DER STRAFE: “la justificación de la Pena reside solo en que es necesaria para la conservación del ordenamiento jurídico como condición básica para la convivencia de las Penas en la comunidad”³, la aplicación de la Pena tiene como fin la conservación de un orden evitando que las personas cometan delitos y afecten el bienestar social.

La aplicación del Derecho Penal en nuestro sistema jurídico legal, se ha venido aplicando y adaptando conforme se de en la actualidad, es decir que se viene ajustando a la realidad misma las sanciones Penales que se imponen, si bien el Estado ha establecido que es con el fin de poder preservar una paz dentro de la sociedad, hay que tener en cuenta que con las nuevas políticas criminales que se dan son con un fin represivo y sancionador ya que la criminalidad se acrecienta en razón a esto se ha hablado de la necesidad de justificar la aplicación de la Pena.

2.2. FUNDAMENTACION CONSTITUCIONAL DE LA MOTIVACION

La fundamentación Constitucional se ha Estado aplicando de forma inadecuada los artículos 45 y 46 del Código Penal, ambos artículos poseen una relación en el ámbito de la determinación e individualización de una Pena ya que hacen una referencia a los presupuestos para fundamentar la pena así como también las Circunstancias de atenuación y agravación, es decir que el Juez considerará la responsabilidad, la gravedad de un hecho punible o las modificatorias de la responsabilidad del sujeto infractor, estos dos artículos son esenciales que los Jueces deberán tener en cuenta al momento de emitir una sentencia tal como lo señala según HERNANDEZ REGIFO: “cualquier decisión constitucional debe tener como soporte los principios fundamentales que inspira la interpretación de

³ Citado por HEINRICH JESCHECK, Hans, WEIGEND Thomas, Tratado de Derecho Penal Parte General Vol. 1 Editorial Instituto Pacifico octubre 2014, pg. 96

los derechos fundamentales comprometidos”⁴ es en razón que es una parte que puede ser determinante para la imposición de una Pena proporcional al hecho cometido, en nuestro sistema Penal la aplicación de una Pena proporcional y debidamente motivada están amparadas en nuestra Constitución Política del Perú en el artículo 139 inc. 5, ya que de omitirse la aplicación de criterios que pueden atenuar o agravar una Pena se vulnera derechos que están establecidos en nuestra Constitución.

En primer lugar, el Estado está conformado por ordenamientos jurídicos que se encargan por salvaguardar nuestros derechos así como también la de sancionar, según FIGUEROA GUTARRA refiere que: “los requisitos que permitan determinar que una decisión no está suficientemente motivada y, en consecuencia, supone la transgresión de un derecho fundamental”⁵ es decir que se vulneran derechos, por lo cual gracias a la existencia de un ordenamiento jurídico el Estado garantiza que se brindará una correcta y justa administración de Justicia, lo que significa en otras palabras que los Jueces deberán motivar sus resoluciones judiciales dentro del marco legal, pero si bien es cierto que se ha hablado de las garantías que nos brinda el Estado tal como lo señalan FERRAJOLI: “En el Estado Constitucional de Derecho, el legislador no es omnipotente, en el sentido de que las leyes que él produce no son válidas solo porque son vigentes, o sean producidas en las formas establecidas por las normas en relación con su producción, sino que lo son si, además, son coherentes con los principios constitucionales”⁶, hay que tener en cuenta que dicha normatividad en concordancia a los presupuestos para fundamentar la pena y las circunstancias modificatorias de la responsabilidad está quedando de lado, debido a la poca importancia que se le ha brindado en nuestro ordenamiento Jurídico Penal debido a que no fundamentan usando dichos criterios es decir que se está omitiendo en las decisiones judiciales, por lo tanto se está vulnerando derechos que están establecidos en nuestra Constitución Política del Perú.

En diversas sentencias del Tribunal Constitucional se ha podido señalar la falta de motivación que puede ser total o parcial, es decir que consiste en la omisión de

⁴ HERNANDEZ RENGIF, Freddy, La interpretación de la Constitución – ver online: <http://freddyhernandezrengifo.blogspot.pe/2013/04/la-interpretacion-constitucional.html> citado: (27/03/17)

⁵ FIGUEROA GUTARRA, Edwin, La exigencia constitucional del deber de motivar – ver online: <https://edwinfigueroag.wordpress.com/2011/03/24/libro-la-exigencia-constitucional-del-deber-de-motivar-edwin-figueroa-gutarra-prologo-de-manuel-atiienza-rodriguez/> citado: (28/03/17)

⁶ Citado por GRANDEZ CASTRO, Pedro – Constitucionalismo, Tribunal Constitucional y Argumentación Jurídica, Palestra Editores Primera Edición abril 2010 – Lima. Pg. 42.

sustentar presupuestos que están establecidos dentro de la Constitución o en la Ley, la omisión de estos dos artículos afecta derechos ya que va en contra del principio de proporcionalidad y de motivación conforme señala nuestra jurisprudencia que manifiesta “En materia Penal, el derecho en referencia (derecho a la motivación) garantiza que la decisión expresada en el fallo sea consecuencia de una deducción razonable de los hechos del caso, las pruebas aportadas y la valoración jurídica de ellas en la resolución de la controversia. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al Juez Penal corresponde resolver”⁷ llegando a esto se ha logrado ver la importancia de la motivación, pero en relación a estos dos artículos se ha conseguido ver la poca fundamentación por parte de los Jueces a estar circunstancias modificatorias de la individualización de la Pena, se vulneran derechos lo cual conllevaría a que la parte afectada pueda llevar el proceso hasta un Tribunal Constitucional, en donde cuya función es la de velar la constitucionalidad de las leyes.

Lo operadores del Derecho administran justicia en base a normas que son emanadas por el Estado por lo cual también se exige que sean motivadas en razón que pueden ser objeto de crítica por las mismas partes del proceso así como por terceras personas de esta misma formas en nuestra antigua Constitución de 1979 lo ha estipulado en el art. 233 inc. 4 en la que señala **“La motivación escrita de las resoluciones en todas las instancias, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos en que se sustentan”** ya desde entonces los legisladores que han sido elegidos no pueden proceder como le da la gana, menos un Juez quien se encarga de cuantificar la Pena hecho que ha conllevado a pasar por un proceso de reformación en el año 1993 que está en el art. 139 inc. 5 considera que es principio y derecho de la función jurisdiccional **“la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”**, la motivación de las resoluciones judiciales lleva al juzgador optar decisiones judiciales justas que serán obligatorios para las partes de un proceso.

Se ha establecido que la implicancia de la motivación es la expresión de toda lógica y coherencia usando como criterio la razón en base a ello BOREA ODRIA

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 01230-2002-HC/TC. Pág. 104

refiere: “la motivación debe establecerse cuál es la norma legal, considerando este término lato sensu que le está dando pie al fallo. Eso quiere decir en cuál de las prescripciones del legislador se ha basado. Así mismo debe explicar cuáles son los fundamentos que la sustentan debido haber una relación lógica entre los hechos que estima probados y la norma con la que resuelve el caso”⁸ la función jurisdiccional de los jueces se entiende que es la de un control jurídico de esta misma forma en sus decisiones deben de expresar los valores constitucionales que están establecidos en la Constitución, de está dándose a conocer las razones que orientan sus resoluciones judiciales.

La aplicación de la argumentación en el ámbito de las decisiones pasa a la posibilidad de fundamentar dentro de un marco de principios y reglas que establecen parámetros para un control de racionalidad según GRANDEZ CASTRO: “La argumentación jurídica como conjunto de reglas del discurso racional solo cobra determinados ámbitos del discurso jurídico”⁹ cuya finalidad es la tener una comunicación efectiva la cual permita a poder comprender a las partes el motivo por el cual se impuso cierta sanción Penal.

Desde un punto de vista constitucional si bien la aplicación de un orden normativo tiene un fin que el Tribunal Constitucional ha señalado: “Las Penas, en especial la privativa de libertad, por estar orientada a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica a favor del bienestar general. Dicha finalidad la logran mediante distintos mecanismos que deben ser evaluados en conjunto y de manera ponderada.

En primer lugar, en el plano abstracto, con la tipificación de la conducta delictiva y de la respectiva Pena, se amenaza con infligir un mal si se incurre en la conducta antijurídica, en segundo término desde la perspectiva de su imposición se renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional al convertir una mera esperanza de la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado consiste en proteger a la población de amenazas contra su seguridad y promover su bienestar general en se fundamenta en la justicia (...)”¹⁰ de aplicarse una Pena proporcional y justa se velará también por la rehabilitación y

⁸ BOREA ODRÍA, ALBERTO, Manual de la Constitución – Primera Edición - Editorial el Búho E.I.R.L. Abril 2016 Pg. 206.

⁹ GRANDEZ CASTRO, Pedro - Constitucionalismo, Tribunal Constitucional y Argumentación Jurídica, Palestra Editores Primera Edición abril 2010 – Lima. Pg.50.

¹⁰ Ob. Cit. Pg. 109.

reincorporación del Penado a la sociedad respetándose a si en todo momento sus derechos como ciudadano.

En consecuencia, en la inaplicación de los artículos 45 y 46 del Código Penal se vulnera derechos constitucionales en razón de que no se está fundamentando los hechos que puedan modificar la responsabilidad del sujeto infractor pudiendo atenuar o agravar la Pena que se va a imponer al autor de un delito debido a la poca importancia que los Jueces están dando a dicho artículos, estos operadores de Justicia incurren en la vulneración a una debida motivación ya que no se permite conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que sustentan su decisiones judiciales así como tiene podrían caer en sentencias ilógicas, incomprensible o hasta contradictorias en razón de que puede existir una ausencia de coherencia en sus decisiones judiciales.

2.3. EL DERECHO PENAL COMO MEDIO DE CONTROL SOCIAL

Para comenzar con el tema, se tiene en claro que el Derecho Penal principalmente se caracteriza por tener como objeto de estudio al delito que es cometido por personas que integran una sociedad debidamente conformada y organizada, si un individuo al realizar una conducta que sea reprochable por la sociedad en esos momentos, es cuando inmediatamente interviene el control social que funciona como un mecanismo de represión por parte del Estado con la facultad de poder imponer sanciones a través de las Penas o las medidas de seguridad que le corresponderá, según el tipo de infracción que se haya cometido; es decir el Derecho Penal es como un instrumento que utiliza la violencia para crear y mantener un orden de una sociedad todo en cuanto el derecho se encuentre dentro de los parámetros de la Constitución Política del Perú.

En todas las sociedades plenamente organizadas poseen la capacidad suficiente para ejercer un poder de control, es decir que lo utilicen como un instrumento del Estado para poder garantizar la convivencia armoniosa dentro de la sociedad, la aplicación de este control social formal sirve como herramienta en donde lo que se busca es un bienestar social manteniendo una armonía entre las familias.

Como señala JAMES REATEGUI SANCHEZ: “El termino control social proviene de la sociología norteamericana, puede ser definida como influencia que ejerce la sociedad sobre los comportamientos de las personas, que a su vez responde a las exigencias de poder de cada modelo social. El control social son los diferentes mecanismos que se vale la sociedad para regular su conducta. Ahora, el control social se divide en dos. Control Social informal o difuso que está integrado por la familia, la educación, la profesión, los grupos sociales. Control Social Formal que está integrado por las normas jurídicas, en la cual el Derecho Penal es le medio de control jurídico altamente formalizado (sistema Penal) es decir tiende a evitar los comportamientos sociales que consideran indeseables, acudiendo a la amenaza de imposición de Pena o medidas de seguridad”¹¹ la aplicación de este último control social es el medio por el cual el Estado es quien está buscando una tranquilidad social.

Dentro de lo señalado se manifiesta que existen los controles informales en los cuales el Estado no tiene una intervención o represión directa debido a que es ejercida por otros integrantes de la sociedad en los cuales se encuentran en otros grupos sociales como la familia, que rechazan conductas que puedan deshonrar o que contravengan el orden social o moral poniendo en evidencia el rechazo a cierta conducta que contravenga un orden. De otro lado, existe el Control Formal en la cual si se halla plenamente establecido pues el Estado se encuentra en toda la facultad de poder reprimir y controlar las conductas que quebranten una norma legal no solo en el ámbito Penal sino también en otras ramas del derecho, como las sanciones Administrativas.

De esta forma lo señala LUIS MIGUEL REYNA ALFARO describe y hace una división del tipo de control social del Derecho Penal que existen: “El Derecho Penal constituye un medio de control formal y de dirección social secundaria es un medio de control porque a través del mismo pretende dirigir el comportamiento social. Es formal porque se encuentra regulado mediante leyes y secundario porque aparece luego del fracaso de otros medios de control formal o informal, en virtud de dicha condición el Derecho Penal califica las conductas que resultan correctas y las que no lo son, asignándoles a estas últimas consecuencias jurídicas de contenido aflictivo: las sanciones Penales”¹² la aplicación del control social formal en nuestra

¹¹ IBIDEM.

¹² REYNA ALFARO, Luis Miguel, Introducción a la Teoría del Delito y a las Consecuencia Jurídicas del Delito, Editorial Instituto Pacifico S.A.C. febrero 2016 Pg. 325

sociedad progresivamente se va ha ido adaptando conforme la criminalidad encuentra nuevas formas de surgir.

De esta forma entonces se entiende que el Derecho Penal es un recurso drástico para mantener un orden en la población e impedir acciones que puedan perturbar o afectar el bienestar social que pueda existir una convivencia pacífica, púes el Estado se encarga de mantener dicho orden en la cual se materializa con el lus Puniendi, que básicamente es sancionador con ciertos criterios preventivos, de esta manera ha surgido nuevos pensamientos que han compuesto del Derecho Penal que dieron un origen a la formación de Teorías que con el tiempo se han ido instaurando para una correcta aplicación de las Penas a los infractores.

Actualmente son tres teorías que se originaron aproximadamente en el siglo XIX, han intentado de dar una explicación un porque del castigo Penal de privar de la libertad lo que ha dado origen a tres teorías que tratan de explicar el origen de la imposición de las Penas como medio de control social para mantener una tranquilidad social.

Esta función de control social se ha convertido en una condición de vida elemental en una sociedad, debido que con ello se puede asegurar el cumplimiento con normas que rigen la convivencia evitando así conflictos y afectaciones a los bienes jurídicos protegidos de esta formas así los señala WINFRIEND HASSEMER que dice: “El control social determina, pues, los límites de la libertad humana en la sociedad, constituyendo , al mismo tiempo, un instrumento de socialización de sus miembros y no hay una alternativa al control social, es inimaginable una sociedad sin control social”¹³ con la creación del control no quiere decir que deba existir un control absoluto por parte del Estado pues para que exista un mejor manejo de las normas siempre existirán diferentes medios de control hacia el Estado es decir para mantener el comportamiento de los individuos.

En el Derecho Penal se dice que una de la peor parte, es la aplicación de las Penas utilizando un mecanismo de control para impedir acciones que afecten a otros individuos así como también sus patrimonios, pero se puede decir que nada existe si no hay una motivación previa, es decir con otros sistemas que motiven el comportamiento humano como lo señala PIAGET: “la conciencia (...) moral, la

¹³ Citado por MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal y Control Social Editorial Fundación Universitaria de Jerez, España 1985 Pg. 28, Ver Online: [http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/capitulos/MUNOZ%20CONDE%20Francisco%20-%20Derecho%20Penal%20y%20Control%20Social.pdf] (19/02/17)

ética social se forman desde la niñez en referencia primariamente a situaciones y comportamientos de otras”¹⁴ cuando llegan a determinado grado de desarrollo mental se deben fortalecer la moral y los valores que puedan dar conocimiento para distinguir entre lo bueno y lo malo con ello se sabe que el matar, robar, está prohibido este conocimiento se adquiere los primeros años sea en el colegio, en el hogar, con esta formación social se puede tener más eficacia en los individuos.

Es función motivadora de la norma Penal solo puede tener eficacia si va de la mano con otras instancias de control social ya que si no existiera esta función motivadora los individuos no comprenderían la distinción que existe entre el daño que podría ocasionar por sus conductas tal como lo señala FRANCISCO MUÑOZ CONDE que dice: “El derecho Penal sin esa base social previa sería tan ineficaz como insoportable, y quedaría vacío de contenido o constituiría la típica expresión de un Derecho Penal puramente represivo, que solo tendría eficacia como instrumento del terror, pero también la función motivadora emana de esas otras instancias de control social sería ineficaz sino fuera confirmada y aseguradora, en última instancia, por la función motivadora de la norma Penal”¹⁵ actualmente estos modelos de motivación social han sabido perdurar y sabiendo incentivar a las individuos, evitando cometer actos delictivos que dan más seguridad para mantener una sociedad con un ambiente de tranquilidad.

En el Derecho Penal esta forma de motivación social que ha funcionado como un medio en el cual se puede dar conocimiento desde una edad temprana a los individuos para que sepan que al cometer una acción que puede quebrantar una norma, es decir que afecte los bienes patrimoniales, así como también el bienestar y la seguridad de las personas de esta forma también se desarrolla como un control social para evitar que la delincuencia se acreciente con los años.

¹⁴ IDEM. Pg. 38

¹⁵ IBIDEM, Pg. 40.

2.4. LA PENA Y EL ESTADO DE DERECHO

Con la aparición de un concepto de autoridad, se tenía conocimiento años atrás que la autoridad era absoluta es decir que tenía la plena facultad de hacer y decir lo que era a su voluntad, era quien gobernaba y nadie lo gobernaba, luego de muchos años pasando por un proceso evolutivo existen tres momentos en los cuales dan origen a la conformación de un Estado de Derecho.

En un primer momento en la que se ejercía bajo tres instituciones como la burocracia, el ejército y la aristocracia en el cual se sometieron a ciertas formas jurídicas preestablecidas, en razón a reglas proporcionadas con el consentimiento de la sociedad a través del parlamento en la cual ya se tenían el reconocimiento de algunos derechos fundamentales que poseían como ciudadano entre los cuales figuraba la igualdad jurídica, la libertad civil, la independencia del poder judicial y la garantía de la propiedad.

En un segundo momento de la conformación del Estado de Derecho empezó a realizar un control judicial específicamente en la actividad administrativa lo que originó un fuerte debate lo que dio origen a un mejor desarrollado sistema en el cual se formó la administración contencioso administrativa con el objeto de acabar la impunidad del Estado antes sus mismas acciones; en un tercer momento después aproximadamente de la primera Guerra Mundial después de una conformación de Estado de derecho paso a incluir una legitimación democrática en la cual también se somete a una norma jurídica, es decir que le da un sentido más formal a un Estado de derecho.

El Estado de Derecho es considerada como una organización Política que se basa en el entorno social en la cual se encuentra sujeta a normas, procedimientos que están regulados por ley en la cual todos los actos de un Estado se encuentran plenamente establecidos por un ordenamiento jurídico o dentro de un marco legal según refiere JORGE MACHICADO: “El principio de Legalidad Substancial es un axioma extrajurídico de defensa social, en virtud de la cual se sanciona con una Pena o se somete a una medida de seguridad cualquier acción u omisión o Estado peligrosos de una persona que valla contra la sociedad o el Estado”¹⁶ este principio de legalidad al cumplir con su aplicación garantiza la libertad individual de las

¹⁶ MACHICADO JORGE, Apuntes Jurídicos Principio de Legalidad Penal ver Online: [https://jorgemachicado.blogspot.pe/2009/10/principio-de-legalidad-penal.html] (21/02/17)

personas con lo cual da una mayor seguridad jurídica y evitando que se comenten arbitrariedades dentro de un Estado organizado.

En un Estado de derecho, los Derechos Fundamentales de las personas han sido creados con el fin de poder garantizar y velar por los derechos de cada miembro de la sociedad tanto individuales como colectivas el Estado de derecho al regirse por normas jurídicas posee la facultad de hacer cumplir con dichas normas dentro dicho orden así como refiere JORGE MACHICADO: “El Estado de Derecho es aquel en que los órganos del Poder Público (ejecutivo, legislativo, judicial, electoral) son interdependientes, coordinados y representan, al gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. Los órganos del Poder Público nacen del pueblo en formas más o menos directas. Actúan, pues, en su nombre, bajo el imperio de las normas constitucionales. El gobierno es la colaboración y congruencia de esos órganos, identificados a través de la norma jurídica.”¹⁷ Se entiende que es toda organización políticamente organizada de una sociedad la cual se encuentra regulada por normas fundamentales que rigen dentro de un territorio nacional determinando un cierto orden interno.

Si bien es cierto, en un Estado de Derecho se pone mayor énfasis en el respeto por los derechos fundamentales de las personas, pero esto no quiere decir que no existan normas que regulan sus conductas ya que al establecer la conformación de un Estado está sujeto a normas en las cuales se les impone una sanción al realizar una infracción que atente contra la seguridad de otra persona, es lo que da origen a la aplicación del Derecho Penal que viene a ser una manifestación del poder que ejerce el Estado usando como instrumento las sanciones Penales tal como señala LUIS REYNA ALFARO: “La Pena como instrumento característico de esta rama del ordenamiento jurídico, debe ligar su función y finalidad a la concepción de Estado que se adopte”¹⁸ tal como lo señala el autor es un instrumento para la regulación de conductas dentro de un Estado el cual evita comportamientos que dañen a los demás integrantes de una sociedad que la imposición de dichas normas serán en base a los lineamientos y parámetros del Estado que ejerce su gobierno.

¹⁷ MACHICADO Jorge, Apuntes Jurídico Estado de Derecho ver online: [<https://jorgemachicado.blogspot.pe/2013/06/edd.html>] (21/02/17)

¹⁸ REYNA ALFARO, Luis Miguel, Introducción a la Teoría del Delito y a las Consecuencias Jurídicas del Delito, Editorial Instituto Pacífico S.A.C. febrero 2016, Pg. 326.

Conforme a estos diferentes autores tienen una concepción en cuanto a la aplicación de la Pena tal como lo señala JUAN BUSTOS RAMIRES: “Se liga la teoría de la Pena a la concepción de Estado, porque, evidentemente, no es lo mismo concebir la Pena de un Estado absoluto que un Estado de Derecho y ni siquiera resulta igual dentro de las diversas formas evolutivas que ha tenido el Estado de derecho”¹⁹ con estos mismo argumentos refiere ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER :”Un Estado más liberal tenderá, quizás a acentuar una función preventiva. Ético- socialmente neutral o, por lo menos, más neutral. un Estado más liberal, por el contrario daría preferencia a la ratificación de una ética social”²⁰ bajo estas dos concepciones la aplicación de la Pena en un Estado de Derecho en el cual si se respetan los derechos fundamentales de las personas y los parámetros establecidos por este mismo gobierno porque tendrá una visión que radicara más en la prevención que en la sanción misma de los actos lo cual para este Estado su fin no es la imposición misma de las Penas es todo lo contrario, pues radica en evitar que se cometan.

Partiendo de estas ideas la función de la Pena en el Estado Peruano debe concordar e integrarse a los requerimientos de un Estado Democrático pero en el Derecho Penal la Pena se ha convertido como una herramienta de control social pero como toda arma debe estar sometida a un control dirigido por normas que no transgredan y afecten los derechos de una persona de esta misma forma refiere SANTIAGO MIR PUIG: “El ejercicio del ius Puniendi en un Estado Democrático no puede arrumar las garantías propias de un Estado de Derecho, esto es, las que giran en torno al Principio de Legalidad. Pero al mismo tiempo, debe añadir nuevos cometidos que vallas más allá del ámbito de las garantías puramente formales y aseguren un servicio real a todo los ciudadanos”²¹ que en la aplicación de un Estado Democrático no puede apartar o dejar de lado al Estado de Derecho que deben enrumbar más allá del ámbito formal que debe garantizar y velar por una protección de los derechos evitando al mismo tiempo los actos delictivos.

¹⁹ Citado por REYNA ALFARO, Luis Miguel Ob. Cit. Pg. 327

²⁰ IDEM.

²¹ MIR PUIG SANTIAGO, Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho, Casa Editorial S.A. Segunda Edición Barcelona España 1982, Pg. 29 ver online: [<http://www.ucipfg.com/Repositorio/MCSH/MCSH-08/BLOQUE-ACADEMICO/Unidad-4/lecturas/2.pdf>] (22/02/17)

El Perú ha adoptado un modelo Social y Democrático de derecho tal como constan en la Constitución Política del Perú en el Art. 43 que establece “La Republica del Perú es democrática, social, independiente y soberana” de este modo su misión ha sido la de dirigirla únicamente a los ciudadanos pudiendo concretarse en tres puntos como lo ha establecido SANTIAGO MIR PUIG:

“1° el Derecho Penal de un Estado Social y Democrático debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos (Estado Social) entendidos como aquellos comportamientos que los ciudadanos estimen dañosos para sus bienes jurídicos “bienes” no en un sentido naturalista ni ético- individual, sino como posibilidades de participación en los sistemas sociales fundamentales y en la medida en que los mismo ciudadanos consideren graves tales hecho (Estado Democrático) (...).

2° Un Derecho Penal Democrático debe desarrollarse con estricta sujeción a los límites propios del Principio de Legalidad, tanto en su vertiente formal, solo pueden establecer delitos y Penas, disposiciones dotadas de rango de Ley (...)

3°El planteamiento democrático no solo debe servir a la mayoría, si no también respetar y atender a toda minoría y todo ciudadano, en la medida en que ello sea compatible con la paz social. Desde esta perspectiva el Derecho Penal no solo debe defender de los delincuentes a la mayoría, si no que ha de respetar la dignidad de delincuente e intentar ofrecerle alternativas a su comportamiento criminal (...)²²

En cuanto se refiere al Estado Democrático y Social ambos están relacionados, porque los dos están con el fin de organizar a la población el cual está la prevención de los delitos con el objeto de que no afecten los bienes jurídicos de las personas dentro de un Estado, teniendo en cuenta que todo debe ser en base a la Legalidad, no vulnerando derechos y estableciendo Penas justas que sean necesarias en la cual debe funcionar el principio de Igualdad porque desde la perspectiva del autor también no debe vulnerarse los derechos de los infractores.

Ahora bien, entonces se puede establecer que el Estado de Derecho como aquel Estado que está regido tanto por principios de justicia, que son derivados de la

²² IBIDEM. Pg. 33.

razón la cual se encarga de acoplar a la sociedad de una manera que, cada uno de sus integrantes, debe someterse a la ley es legislado de la misma manera.

En cuanto a la aplicación de la Pena en el Estado de Derecho, la Pena a imponerse solo puede darse posterior a un hecho punible es decir según refiere LUIS REYNA ALFARO: “La intervención del Derecho Penal cuando se produce un hecho transgresor de la norma Penal, frente al cual nuestra disciplina reacciona. La Pena entonces, como instrumento de la justicia Penal es siempre reacción”²³ en consecuencia, la Pena en un Estado de Derecho produce como efecto la imposición de una sanción ante los hechos delictuales, con el objeto de que no afecten los bienes jurídicos de la población.

En conclusión en el Derecho entonces es necesario entrar a un concepto como nos dice LUIGUI FERRAJOLI, se entenderá por Garantismo “Un modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a estos para garantía de los Derechos consagrados en las constituciones”²⁴, bajo esas perspectivas para la aplicación de la Pena en un Estado de Derecho es regido bajo ciertas normas que dan garantía de una sanción justa y proporcional.

2.5. LA PENA COMO REACCION Y PREVENCION

Se ha hablado de la Pena en un Estado de derecho que no debe ser impuesta arbitrariamente sin cumplir con la legalidad respectiva, pero en este caso se hablará de la Pena como consecuencia a una infracción cometida por uno o varios miembro de una sociedad tal como lo señala LUIS REYNA ALFARO con respecto a la Pena como reacción: “La Pena solo puede imponerse luego de la realización de una hecho punible, nunca antes”²⁵ es decir que el Estado puede reaccionar ante un delito expresándolo por medio de una restricción o privación de la libertad lo cual conlleva a emplear el Derecho Penal y que su aplicación será solo después de haberse probado que es el autor de un delito.

La Pena ha sido definida por muchos tratadistas, pero para esta investigación EUGENIO CUELLO CALON ha podido establecer la Pena como reacción ante los

²³ REYNA ALFARO LUIS MIGUEL, Ob. Cit.Pg. 328.

²⁴ FERRAJOLI LUIGI, Garantismo Penal, Universidad Autónoma de México, Serie 34 Estudios Jurídicos, Primera Edición, México DF, año 2006, pág. 18.

²⁵ REYNA ALFARO LUIS MIGUEL, Ob.cit.

hechos delictuales refiriéndose de esta manera como: “Pena: es una consecuencia eminentemente jurídica y debidamente establecida en la ley, que consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos, que impone un órgano jurisdiccional competente en nombre del Estado, al responsable de un ilícito Penal. Es la real privación o restricción de bienes del autor del delito, que lleva a cabo el órgano ejecutivo para la prevención especial, determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la personalización. Ósea que la Pena consiste en la ejecución de la punición impuesta por el Juez en su sentencia condenatoria”²⁶, ante una acción que afecte los bienes patrimoniales de algún miembro o miembros de una población será impuesta una sanción correspondiente acorde a la gravedad de los hechos delictuales y que previamente se haya comprobado su responsabilidad.

En una sociedad que se encuentra organizada en la cual han regulado sus normas de convivencia para mantener un orden social en consecuencia se someten para evitar actos que vallan en contra, tal como lo señalan muchos autores que cuando se incumple una de estas normas que están dentro de una determinada sociedad el Estado posee la facultad de reaccionar frente a estos hechos atribuyendo sanciones sean Penas restrictivas o medidas de seguridad con lo que se pretende poder nuevamente reeducarlos, incentivar la voluntad de poder cumplir con las leyes internándolos en un centro penitenciario con el objeto de que pueda ser resocializado para ello las Penas que se imponen deben ser justas y proporcionales no afectando sus derechos fundamentales, con el de que sean reinsertos en la sociedad.

Lo que se ha podido tener conocimiento es la aplicación del derecho como una reacción ante los actos que contravengan una norma, pero también cabe resaltar que el Estado así como tiene la facultad de sancionar posee la potestad de prevenir estos delitos tal como lo expresa GLADYS ALBEÑO OVANDO: “La ejecución de la Pena de prisión no solo tiene por objeto el cumplimiento de la misma sino también se le asigna una finalidad de crear medidas de prevención especial, tal como resocialización, reducción, reinserción, etc. , de la persona que cumple una condena”²⁷ si con la aplicación de la Pena al sujeto infractor es con el

²⁶ Citado por DE PAZ CARRILLO, SINKLER DANILO, La imposición Individual de la Pena en la Ciudad de Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala, junio 2009 Pg.1 Ver Online: [http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_7888.pdf] (11/03/17)

²⁷ IBIDEM.

fin de que pueda rehabilitarse en un establecimiento penitenciario al mismo tiempo se utiliza como un a medida ejemplificadora para otros individuos de la sociedad, evitando que cometan delitos.

Se puede resumir que con respecto a la prevención que se da en general a toda una población también de manera individual en la que la prevención es dirigida a cada individuo, el objeto de una prevención de delitos es centrarse y anticiparse a lo que puede suceder evitando que existan factores que predispongan los actos criminales, el realizar un enjuiciamiento justo, evita sentencias arbitrarias; impidiendo que el infractor reincida en su mal actual, con respecto a la Pena debe ser establecida en manera proporcional a los hechos que se han suscitado lo cual genera sentencias justas y necesarias como sanción a actos que afecten a individuos de una población.

En conclusión, se tiene a la Pena como un efecto a un hecho que contravenga una norma, una sanción ante un acto que afecte a un individuo o individuos de una sociedad pero en base a todo ello el Estado se ha visto en la necesidad no solo de actuar como sancionador si no que tiene la potestad y facultad de prevenir cualquier acto delictual razón por la cual el Estado se ha provisto de medias necesarias para impedir que la población en general cometa nuevamente actos que vulneren una norma, es por ello que se ha optado por medidas necesarias para la imposición de sanciones justas y necesarias que no quebranten los derechos fundamentales del Penado con el objeto de que puedan ser reinsertos en la sociedad nuevamente.

2.6. LA DEBIDA MOTIVACION

A lo largo de la historia, sobre la motivación en las Resoluciones Judiciales se hablado de su carencia de su fundamentación, esta ha tenido una finalidad muy importante. Se ha tenido conocimiento en el Derecho Romano el magistrado no consideraba una necesidad en la motivación sus decisiones, es decir que respetan su fallo pues consideraban que su función era la de administrar justicia a una población y que dichas decisiones eran las que únicas y verdaderas.

Ya en la Edad Media, en Europa las sentencias carecían de una debida motivación y no se podía imponer al Juez expresar o detallar la razón que lo llevó a tomar dicha decisión en razón a esto solo identificaban las causas que originó dichos

actos y la mera exposición de la parte normativa; ya con la aparición de la Ley de Organización Judicial se implementó normatividad de asentar una fundamentación y a consecuencia de esto empezaron a tener conocimiento que dicha falta de motivación daría lugar a un fallo completamente arbitrario, que iba en contra del principio de la debida motivación y que el Juez era el garantizador de un proceso formal, legal que da la seguridad necesaria de un juicio y fallo proporcional amparado por el Principio de la Legalidad.

Ya en las épocas más actuales en el Estado de Derecho, se ha considerado a la motivación parte de un debido proceso como un control respecto de las Penas impuestas como sanciones a actos arbitrarios, es por ello que el Juez, ahora no solo tiene la facultad de mencionarlo, así también tiene la obligación de expresar las razones del por qué llegó a dicha decisión ya que si no fundamenta, sería inconstitucional, razón por la cual Ley ha dotado a los Jueces de la obligación de motivar, argumentar adecuadamente sus fallos Judiciales.

En cuanto se refiere a la motivación de las sentencias judiciales, se ha hablado desde una perspectiva de los doctrinarios, en razón a ello según la Sala Superior de Lima también se ha referido respecto de este tema a que señala: “la motivación de una resolución judicial supone, por tanto, una justificación racional, no arbitraria, de la misma, mediante un razonamiento no abstracto sino concreto. Esa justificación de la resolución deberá incluir; a) el juicio lógico que ha llevado a seleccionar unos hechos y una norma, b) la aplicación razonada de la norma y c) la respuesta a las pretensiones de las partes y a sus alegaciones relevantes por la decisión. Los recursos contra las resoluciones judiciales pueden referirse obviamente tanto al derecho aplicado como a los hechos considerados probados y que sirven de base a los mismos cuando se habla de motivación, es tanto o más importante la motivación de la selección del material que el Juez da como probado”²⁸ la sustentación en las Resoluciones Judiciales deben ser suficiente para que no puedan vulnerarse derechos previamente sustentando las razones por las cuales puedan condenarse o absolverse al sujeto infractor.

En la Constitución Política en el Art. 139 Inc. 5 se refiere que “La motivación de las resoluciones judiciales en todas las instancias excepto de decretos de mero

²⁸ Sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Lima- Expediente N° 4341 – 2007 –HC/TC LIMA - 6 abril del 2010

trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en se sustentan” es en este sentido en él se considera a la motivación como una decisión en la cual consiste en expresar normas que amparan dicho fundamento pero en la cual deben existir suficientes razones para tomar dicha decisión tal como lo señala VÍCTOR TICONA POSTIGO: “La motivación de las decisiones judiciales está configurada por las causas psicológicas que determinan la decisión así como por las razones de hecho y de derecho en que se sustentan en ella. Para alguno es equivalente a fundamentación, y en virtud a ellos se dice que la motivación es la fundamentación fáctica y jurídica de la decisión judicial”²⁹ de esto se puede comprender que la motivación puede ser debido en dos vertientes tanto en el ámbito psicológico que se desarrolla en el ámbito del descubrimiento así como también jurídico en la cual su argumentación tiene que estar plenamente explicada, justificada y fundamentada bajo un orden normativo siendo una de las principales concepciones de dicho autor.

El derecho a una debida motivación en las resoluciones judiciales genera una garantía frente a cualquier arbitrariedad judicial que pueda darse durante el proceso, decir que deben fundamentar las causas porque se le impone una sanción, refiere TICONA POSTIGO: “La explicación es la motivación psicológica y se halla constituida por las causas psicológicas de la decisión del Juez, es previa a la decisión misma que toma. Se refiere a la cadena causal interna o las razones psicológicas. En último análisis responde a la pregunta del por qué se ha tomado la decisión judicial, desde que la sentencia es también un fenómeno psicológico”³⁰ en este caso el Juez tiene lugar a un descubrimiento en la cual hace referencia a la teoría de la argumentación la cual va a determinar esta decisión judicial en consecuencia esta explicación psicológica lo que da lugar si un Juez toma su decisión en base a sus convicciones religiosas tendrá lugar a enunciar su razón explicativa es decir en qué razones se basó para determinar dicha Pena.

En cuanto se refiere a la Justificación el autor antes mencionado : “Es el acto de justificar puede ser por escrito u oral, es una acción consiste en brindar

²⁹ Ob. Cit. Pg. 89

³⁰ TICONA POSTIGO, VICTOR – Motivación como Sustento de la Sentencia Objetiva y Materialmente Justa ver Online http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/9_4_DiscursoSanchezPalacios_220208.pdf (20/03/17)

fundamentos generales a un enunciado normativo particular tiene un propósito descriptivo, en tanto que la justificación tiene un propósito evaluativo o normativo”³¹ la justificación tiene lugar a una motivación jurídico en la cual el Juez va a demostrar que su decisión sea correcta y apropiada para el caso en concreto, es decir que la finalidad es que se pueda demostrar las razones tanto de hecho como de derecho que sustentan la sentencia.

La Justificación se centrará en porque se ha tomado dicha decisión o si es correcta y apropiada, en ello no se trata de exponer las razones que sustentan su fundamentación en las Sentencias Penales debido a que tiene por objeto brindar garantía promoviendo paz social y Justicia a través de la motivación no imponiendo Penas arbitrarias que afecten los derechos de las personas.

El derecho de una debida motivación se constituye como una garantía fundamental en los fallos que dan los Jueces Penales, en la cual al no haber sido fundamentada adecuadamente, puede afectar de manera negativa la situación jurídica de las personas es por ello que el autor ya mencionado señala: “La argumentación es la forma de expresar o manifestar y por su puesto de defender el discurso justificativo”.³² Las motivaciones pueden ser descritas más no argumentadas el autor refiere que consiste en dar las razones sea favor o encontrar de los fallos Penales, es por ella que la parte argumentativa se concentra en la posición de todo un conjunto de argumentos que constituirán elementos para tomar una decisión justa y debidamente fundamentada acorde los hechos que han sido investigados.

En consecuencia, la motivación de las sentencias se considera como una justificación que tiene un Juez en la cual se hará uso de la argumentación que como la misma ley lo exige toda sentencia requiere una motivación jurídica, si en caso fuera condenatoria no deberá vulnerar los derecho fundamentos de lo contrario se catalogaría como injusta y arbitraria, es decir que no se ha dado una decisión debidamente fundamentada dentro de los parámetros establecidos. La

³¹ IDEM.

³² IDEM

arbitrariedad en las sentencias se constituye como algo irrazonable e inconstitucional ya que toda Sentencia debe ser justa usando la razón y la proporcionalidad por lo cual al no motivar sus sentencias se vulneran derechos.

Tal como refiere la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 4348 – 2005 – PA/TC - Fundamentos 2: “ El contenido constitucional del debido proceso, se respeta prima facie, siempre que exista: a) fundamentación jurídica, que no implica la sola de las normas a aplicar al caso, si no la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresaran la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes, y c) que por sí misma exprese la motivación suficiente explicación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, si representa el supuesto de motivación por remisión”³³ ; tal como se señala la importancia de una motivación en las sentencias Penales no debe afectar los derechos fundamentales, no se considera una sanción arbitraria debido a que si se exponen los fundamentos y las circunstancias que conllevaron a que se formule dicha sanción será en base no solo a los medios probatorios si no también con el empleo de fundamentos lógicos y coherentes acorde al hecho cometido.

El Tribunal Constitucional (Exp. N.º 1480-2006-AA/TC. FJ 2) ha tenido la oportunidad de precisar en su fundamento seis que:

“el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios.

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 4348-2005 – PA/TC - Fundamentos 2.

En tal sentido, (...) el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión sólo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al Juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si ésta es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el Juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos”.³⁴

“El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso”³⁵. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

El Tribunal Constitucional (Exp. N.º 05601-2006-PA/TC. FJ 3) ha tenido la oportunidad de precisar que “El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional”³⁶.

En ese sentido, si bien el dictado de una sentencia condenatoria per se no vulnera derechos fundamentales, sí lo hace cuando dicha facultad se ejerce

³⁴ Tribunal Constitucional (Exp. N.º 1480-2006-AA/TC. FJ 2)

³⁵ Tribunal Constitucional (Exp. N.º 028-2008-PHC/TC- caso Guiliana Llamuja Hilares)

³⁶ Tribunal Constitucional (Exp. N.º 05601-2006-PA/TC. FJ 3)

de manera arbitraria, esto es, cuando no se motivan debidamente o en todo caso legítimamente las decisiones adoptadas y/o no se observan los procedimientos constitucionales y legales establecidos para su adopción. La arbitrariedad en tanto es irrazonable implica inconstitucionalidad. Por tanto, toda sentencia que sea caprichosa; que sea más bien fruto del desicionismo que de la aplicación del derecho; que esté más próxima a la voluntad que a la justicia o a la razón; que sus conclusiones sean ajenas a la lógica, será obviamente una sentencia arbitraria, injusta y, por lo tanto, inconstitucional.

2.7. POLITICA CRIMINAL

La Política proviene del griego Politikós es considerada como “la actividad humana que tiende a gobernar o dirigir la acción del Estado en beneficio de la sociedad. Es el proceso orientado hacia la toma de decisiones para la consecución de los objetivos de un grupo, la ciencia de la política es una rama de la ciencia que estudia dicha conducta de una forma académica utilizando técnicas de análisis políticos”³⁷ puede ser entendida como un arte de gobernar a una población también considerada como un instrumento para poder dirigir a toda una ciudad es decir que se ejerce presión sobre una población con el objeto de que exista un bienestar social

El Estado se encarga de prevenir delitos por medio de leyes para gobernar una nación sea por medios coercitivos, por medio del ejercicio de su poder punitivos que se han adoptado diferentes políticas criminales, es así que refiere Franz Von Liszt menciona que el padre del concepto *kriminal politik* es el Profesor Heinke quien su obra se refiere como: “La política criminal es principalmente política, no puede ser si no dinámica; y lo es en un doble sentido: históricamente las decisiones que conforman la política criminal son variables y podemos identificar diferentes etapas históricas en sus desarrollo. Por otro parte, tiene también un dinamismo en el presente (que existencialmente no es una simple franja temporal que separa el pasado del futuro, sino el conjunto de nuestro pasado inmediato de nuestras expectativas cercanas), donde se genera lo que podríamos llamar la dialéctica de la formulación – configuración entonces la política es un órgano necesario para una mejor aplicación de las normas y mejor dirección de las

³⁷ Citado por REATEGUI SANCHEZ, James, Manual de Derecho Penal Parte General Vol. II Editorial Instituto Pacífico S.A.C. septiembre 2014, Pg. 61.

conductas”³⁸, es considerada como la disciplina para la observación criminal o como un medio de estrategia para la lucha contra la delincuencia.

Se debe entender que la política está ligada al Estado tal como lo señala REATEGUI SANCHEZ James: “el concepto de Política es la promoción de Estado que está obligado, en virtud de lo dispuesto por las normas constitucionales, promover la prosperidad general, asegurar la convivencia y vigencia de un orden justo, asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y la protección y garantía del derecho a la igualdad de las personas en derechos, libertades y oportunidades”³⁹ es en virtud que el Estado tiene la potestad de proteger y velar por la seguridad de la nación garantizando una correcta aplicación de políticas sancionadoras a actos que contravengan normas jurídicas.

La política criminal, es vital en la aplicación del Derecho Penal, y que en Latinoamérica no se le ha brindado el procedimiento y estudio adecuado para poder comprender en cuanto se refiere con política criminal, para ello se debe tomar dos conceptos que los ha de precisar, el primero consiste en conocer qué es criminología, esta rama científica de estudios es inicio de la política criminal y en segundo lugar tener noción de que es política desde un punto de vista del delito.

En importante conceptualizar qué es criminología, para lo cual es necesario conocer las diferentes definiciones de autores para lograr comprender qué implica el estudio de esta disciplina que es mencionada en reiteradas oportunidades por los doctrinarios, ZIPF nos dice que es “La ciencia de la esencia de la personalidad infractora del Derecho, así como de los factores determinantes y formas de manifestación del delito en la vida de la sociedad como en la existencia del individuo”⁴⁰ por otra parte otro doctrinario como REYES ECHANDIA, nos confiere el objeto de estudio de la criminología el cual es expresado como: “Tiene por objeto el estudio de la criminalidad, de las personas a ella vinculadas y de la reacción social que pueda suscitar”⁴¹ como se puede apreciar estos resultados no han podido abarcar todo lo que implica la criminología que entre ver, pues en las universidades y en los libros, se da a entender que el campo de la criminología

³⁸ REATEGUI SANCHEZ, James, Manual de Derecho Penal Parte General Vol. II Editorial Instituto Pacifico S.A.C. septiembre 2014, Pg.66

³⁹ IBIDEM. Pg.62

⁴⁰ ZIPF, Heinz; Introducción a la Política Criminal. Editorial. Graficas Novoa, año 1979, pág. 12.

⁴¹ REYES ECHANDIA; Alfonso, Criminología. Editorial UEC, Bogotá-Colombia, año 1984, pág. 46.

es la búsqueda del por qué se realiza los delitos y con respecto al delincuente, busca dar causas de estos fenómenos y precisar porque todo los ha relacionado a este, pero esta investigación se proyecta más allá, es ellos que se considera que existe un concepto mucho más preciso de lo que es criminología que no dejando vacíos es así que JESCHECK, ha definido expresándola como: “La criminología se ocupa de la personalidad del delincuente , de su desarrollo, de sus características físicas y psíquicas y de sus probabilidades de educación, así como de las formas de aparición del delito, de sus causas, de su significación tanto para la sociedad como para la vida del individuo y, finalmente de la forma de incidencia de los medios de reacción jurídico-Penal”⁴² en el campo de este estudio se puede precisar que la criminología no sólo estudia el inicio o el génesis de los sucesos y sujetos del delito, sino que también se encarga del estudio el procedimiento que deben tener estos, en el estudio de la criminología se ha entendido que va de la mano con distintas ramas del saber entre ellas está la antropología criminal también el estudio de la biología criminal y psicología criminal.

Una vez comprendida esta concepción respecto de la criminología considerada como rama base de la política criminal, se deberá entender que es política, esta palabra cuenta con varias acepciones para su entender, para nuestro propósito se tomará lo dicho por la Real academia Española que es “Arte, doctrina u opinión referente al gobierno de los Estados; como la actividad de los que rigen o finalmente, como el arte o traza con que se conduce un asunto o se emplean medios para alcanzar un fin determinado”⁴³ es decir que se entenderá como la posibilidad de tomar decisiones que obliguen a otros, en este caso relacionadas a un sector específico, como es el crimen.

Una vez comprendido los conceptos anteriormente expresados, nos ahondaremos en que es política criminal, en primer lugar a lo ya entendido es una de las fuentes que el legislador toma para proceder a la creación de una norma Penal, para KLEINSHORD quien fue el primero a quien se le atribuye haber usado la expresión política criminal dice que es “El conocimiento de aquellos medios que el legislador

⁴² JESCHECK, Hans-Heinrich; Tratado de Derecho Penal. Parte General, Editorial BOSCH, año 1981, Barcelona-España, pág. 62.

⁴³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA; Diccionario de la Lengua española, Editorial ESPASA CALPE S.A., Decimonovena Edición, Madrid-España, año 1970, pág. 1045.

puede y debe hallar según la especial disposición de cada Estado, para impedir los delitos y proteger los Derechos”⁴⁴, para poder resumir ello desde un aspecto únicamente positivo, la política criminal según LANGLE EMILIO “Se entiende por política criminal, la reforma regular de la ley Penal, en provecho del bien común. Pues la política criminal es la política de legislación Penal”⁴⁵ entonces las políticas criminales se desarrollan básicamente en una sociedad donde el Estado hace uso de su poder Penal es decir la aplicación de medidas coercitivas como un medio de hacer cumplir con las normas.

En base a todo esto se puede decir, que la política criminal son los mecanismos instrumentos que el Estado utiliza para poder luchar contra la delincuencia que orientan a evitar cometer dichos actos, claramente CUERVO PONTON nos muestra la importancia que radica en la política criminal desde los puntos de vista que se ve que esta no solo serán los mecanismos del Estado este estudio si no que irá más a profundidad, pues "la política criminal puede observarse como: Fuente de la legislación Penal, como instrumento contra el delito, área dentro de la política general del Estado y como el Deber ser del Derecho Penal”⁴⁶ como se refiere el autor en el Derecho Penal es de vital trascendencia, pues es el conjunto sistemático de principios en el cual el Estado tiene la facultad de poder luchar contra la criminalidad por medio de sus Penas.

En la actualidad se puede decir que no existe sociedad sin política, pues la política es utilizada por el Estado a manera de coerción Penal en la cual son consideradas como un conjunto de instrumentos, reglas, estrategias que regulan la conducta de las personas formando parte de una actividad política, este conjunto de principios usado por el Estado con el objeto de luchar contra la criminalidad con el fin de garantizar la seguridad de una persona y que al realizar una ruptura de dichas normas conllevará a la aplicación de una sanción Penal mediante una ley Penal que pueda encuadrar a los hechos delictuales realizados por los infractores, de esta manera se puede garantizar el bienestar y tranquilidad de una sociedad.

En el Derecho Penal, es como una reacción o solución jurídica que se da ante la inseguridad que se está suscitando en la cual el Estado emplea medios punitivos para poder disuadir al delincuente evitando a que nuevamente vuelva a cometer

⁴⁴ Citado por VON LISZT, Franz; Tratado de Derecho Penal Tomo II, Editorial REUS, Madrid-España, pág. 53

⁴⁵ LANGLE, Emilio; La Teoría de la Política Criminal, Editorial REUS, Madrid-España, año 1927, Pág. 16.

⁴⁶ CUERVO PONTON, Luis Enrique; Política criminal, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia, año 1988, pag.71.

algún nuevo delito y que en el Sistema Peruano el Derecho Penal no es expresamente la de sancionar si no también la de prevenir y proteger los bienes jurídicos así como la resocialización del infractor, la política criminal según refiere PEREZ ARROYO MIGUEL “La Política Criminal es toda las estrategias políticas del Estado que inciden sobre este aspecto de la vida social de una comunidad (en este caso de la comunidad que la integra la sociedad peruana) tanto como son las estrategias políticas que tienen que ver con los problemas de salud – políticas de salud, con los problemas de empleo, etc. y como todas esas estrategias políticas, la de orden criminal, la política criminal debe adecuar a un modelo de Estado que la cobije y con la que debe conceder en términos de funcionalidad y coherencia sistemática”⁴⁷ la aplicación de las políticas en un Estado están direccionadas a manera de herramientas para un control social adecuado en la sociedad.

Frente a dichas políticas el Estado ha ido creando diferentes medios en los cuales brindan seguridad a los bienes jurídicos personalísimos como es la vida, el cuerpo y la Salud, así también la libertad lo que ha conllevado a adoptar políticas como es la seguridad Ciudadana

2.8. PRINCIPIO DE MOTIVACION

La existencia del Derecho Penal a través del tiempo se ha mejorado y desarrollado en donde se ha tomado mayor valoración al reconocimiento de los derechos fundamentales, la protección tanto al sujeto infractor como a la parte agraviada evitando la vulneración de estos derechos de tal manera que la Constitución Política considera a este principio fundamental, en razón que asegura una sanción proporcional al hecho cometido.

Muchas décadas atrás en el Derecho Romano, para un magistrado no se consideraba la exigencia del deber de motivar sus decisiones es decir no existía la necesidad de expresar la ratio decidendi, por lo cual tenía como consecuencia que se obedecía y respetaba las decisiones judiciales porque su única función era de poder administrar e impartir justicia, ya que antiguamente dicho cargo era asignado a personas que pertenecían a la nobleza.

⁴⁷ Citado por REATEGUI SANCHEZ, James, Manual de Derecho Penal Parte General Vol. II Editorial Instituto Pacifico S.A.C. septiembre 2014, Pg.67.

Así mismo entre los siglos XIII y XVIII, en Italia los Jueces expedían sentencias en las cuales carecían de una motivación, de esta misma forma en la Revolución Francesa también se consideró que al determinarse una pena con la ausencia de la motivación en sus resoluciones judiciales daba origen a Jueces inquisitivos a quienes solo se encargaban de impartir condenas, más no se daban o explicaban las razones de sus fallos.

En cuanto se habla de Principio, que se considera como una proposición que no se puede mostrar pero que se da una valoración de justicia según JORGE MACHICADO se ha expresado en este sentido respecto a que vendría a ser un principio: “Una proposición es una enunciación clara, evidente, incuestionable y universalmente válida y verdadera no susceptible a demostración sobre la cual se funda una ciencia. Es lo opuesto a un postulado”⁴⁸ hay que mencionar además que el principio viene a ser una guía o garantía para un debido proceso, si bien es algo que no se puede ver o tocar es una regla de valoración de justicia que todos podemos comprender.

En razón a esto es que se habla de la exigencia que la fundamentación de las resoluciones judiciales, en las cuales darán lugar a una explicación de las cogniciones que amparan dicha decisión que claramente estará constituida en razón al derecho, la legalidad siguiendo un debido proceso, no bastará solo una simple exposición que llevaron a tomar dicha decisión.

Este principio garantiza que los operadores del Derecho emitan una Resolución Judicial dentro de los términos de la ley, es así que según IGNACIO COLOMER señala: “La obligación de motivar tiene también la función de constatación de la sujeción del Juez a la ley y al derecho, a efectos de que las resoluciones del Juez puedan ser objeto de control”⁴⁹ según el autor ha referido que debe de existir una justificación que sea razonable y aceptable jurídicamente, una decisión judicial.

La Motivación se entiende como la justificación claramente dentro del marco legal adaptada acorde a ley, debiendo existir una exigencia formal de las sentencias en la cual consiste en la de expresar las normas jurídicas que va a poder amparar la decisión judicial en razón a esto el Tribunal Constitucional se ha expresado: “(...)

⁴⁸ MACHICADO JORGE, Apuntes Jurídicos, ver online <https://jorgemachicado.blogspot.pe/2009/07/principio.html> (21/03/17)

⁴⁹ Citado por ALFONSO DE BARRETO, INOCENCIA- Teoría de la Pena – Universidad de Salamanca – septiembre 2013 Paraguay ver online <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/penal/Inocencia-Alfonso-Teor%C3%ADa-de-la-pena.pdf> (19/03/17)

la exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables (...)⁵⁰ en nuestro ordenamiento jurídico se ha fortalecido respecto a este principio, en el cual garantiza una decisión coherente y apropiada.

Debo señalar que en la motivación de las resoluciones judiciales deben consignarse una exposición de hecho que se aconteció así como también en su contenido, los medios probatorios que dieron lugar a poder viabilizar su perspectiva respecto del caso en concreto a lo que también la Constitución Política establece como principio y derecho de la administración de justicia en el art. 139 inc. 5 la cual refiere “la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan” conforme a este ordenamiento jurídico supremo sostiene que es la garantía exigible para una buena administración de justicia para todos los ciudadanos.

Según ARENAS Y RAMIREZ refieren con respecto a la argumentación jurídica en las resoluciones judiciales en aplicación del Principio de Proporcionalidad y sus conclusiones fueron: “a) Existe la normativa jurídica que regula la exigencia de la motivación de la sentencia judicial (...); b) Todos los jueces conocen en que consiste la motivación de la sentencia y conocen también la normativa jurídica que lo regula; c) No existe el mecanismo directo de control para impugnar una sentencia inmotivada a través del recurso de Casación, (...); d) la motivación de la sentencia no solo consiste en la correcta valoración de la prueba, si no que esta debe hacerse en toda la sentencia siempre que el caso lo amerite; e) El problema fundamental radica en los propios jueces a la hora de materializar los conocimientos acerca de la motivación en la propia sentencia, puesto que en ocasiones es por falta de disposición, por falta de preparación, desorganización,

⁵⁰ Tribunal Constitucional Expediente N° 8125 -2005 PHC/TC

y por ser resistentes a los cambios que se imponen o exigen a la hora de motivar una sentencia judicial(...)"⁵¹ la obligación de fundamentar las resoluciones judiciales brinda una garantía de un debido proceso, proporcionando una administración de justicia en donde existe mayor credibilidad respecto a los fallos en las Sentencias.

Existe una exigencia en la motivación de la sentencia que claramente debe estar dentro de las normas que orientan este derecho, es decir el principio vendría a ser las reglas sean de carácter general es decir según VICTOR TICONA POSTIGO refiere: "En una sentencia el Juez desarrolla una argumentación coherente, a la manera de un proceso que comienza con la formulación del problema y termina con una respuesta. El Juez debe motivar o justificar su sentencia a través de la formulación de argumentos y mostrar de esta manera que la decisión que toma es justa"⁵² por esto que el principio de motivación según el autor es una argumentación racional que fundamentará y sustentará las decisiones judiciales.

Así mismo también el anterior autor señala: "los argumentos que expone el Juez en la sentencia, al motivarla, deben ser certeros, tal como lo sustentaremos más adelante cuando abordemos los elementos de la sentencia objetiva o materialmente justa y, en particular, en la motivación sobre los hechos y el derecho"⁵³coincido con el autor en el cual su posición es razonable pues se busca una argumentación apropiada y certera que conlleve a que la decisión vaya a ser justa.

Si bien este principio, del cual se tiene conocimiento que es un mecanismo para sustentar una sentencia, en el cual según Casación N° 178-2000 ha señalado: "La motivación de los fundamentos de derecho es el resultado del análisis de los hechos que se da en forma conjunta y no de modo independiente por cada considerando"⁵⁴ en razón a esto es que una decisión judicial puede ser justa

⁵¹ Citado por ALEGRIA PATOW, JORGE ANTONIO - El Principio de Proporcionalidad en Materia Penal – Universidad de San Martín de Porres – Lima 2011 ver online: http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/trabajo_de_investigacion/2011/12_El_principio_de_proporcionalidad_en_el_derecho_penal.pdf (19/03/17)

⁵² TICONA POSTIGO, VICTOR – Motivación como Sustento de la Sentencia Objetiva y Materialmente Justa ver Online http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/9_4_DiscursoSanchezPalacios_220208.pdf (21/03/17)

⁵³ IDEM Pg. 12.

⁵⁴ Sentencia Casatoria N° 178-2000.

siempre y cuando se encuentre sustentada, invocando normas vigentes que refuercen la parte considerativa de una sentencia judicial.

El Tribunal Constitucional, ha podido precisar el contenido en una de sus sentencias respecto a que sucedería en caso de la inexistencia de motivación o motivación aparente: “se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivaciones son inexistentes o cuando la misma es solo aparente, ya que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o que no corresponde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento factico o jurídico”⁵⁵ si en este caso se presenta la inexistencia de una motivación puede entonces dar lugar a la nulidad de una sentencia si existe incoherencia narrativa, es decir que aunque existan razones que sustentan la decisión judicial estas pueden ser mínimas lo que corresponde a que las partes pueden alegar en el proceso, amparándose que su sustento tanto jurídico como de facto es deficiente.

La aplicación del principio de motivación en las resoluciones judiciales, que están amparadas también por la Constitución política la cual brinda un control respecto a los argumentos que han sido utilizados, obviamente es exigible que dichos argumentos deben ser razonables y coherentes por lo cual bajo este principio el Juzgado deberá resolver de manera congruente ya que si se da el incumplimiento de la misma, genera un conflicto o una vulneración de derechos de la persona que viene siendo procesada.

Según la Casación de la Corte Suprema de Justicia ha pronunciado en razón a la motivación expresándolo de esta forma: “fines de la motivación, a los siguientes: i) que el Juzgador ponga de manifiesto las razones de su decisión, por el legítimo interés del justiciable y la comunidad en conocerlas; ii) Que se pueda comprobar que la decisión judicial corresponde a una determinada interpretación y aplicación del derecho; iii) Que las partes tengan la información necesaria para recurrir, en su caso, la decisión; iv) Que los tribunales de revisión tengan la información necesaria para vigilar la correcta interpretación y aplicación del derecho”⁵⁶ la motivación da mayor fiabilidad en las sentencias judiciales lo cual da mayor garantía en el proceso.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional expediente N° 3943-2009 -PA/ TC

⁵⁶ Corte Suprema Tribunal Constitucional, Cas. 912-199 Ucayali, Cas. 990-2000-Lima

Según el Doctrinario PABLO TALAVERA ELGUERA señala: “el Juez advierta la falta de algún requisito o criterio para la práctica de diligencias o actuaciones procesales, este hecho deberá ser consignado, seguidamente, la motivación de la interpretación del medio probatorio, debiendo describir el contenido relevante del medio de prueba, no una transcripción, no se debe transcribir y luego interpretar, se trata de un trabajo innecesario”⁵⁷ los criterios que sustentan una decisión judicial deben de fortalecer las razones que dieron lugar a optar por dicho fallo, claramente también debe estar sujeta a un sustento jurídico tomando en cuenta los hechos y la valoración probatoria.

Se sabe que la parte en la cual debe sustentarse las sentencias judiciales es la considerativa para ella CESAR SAN MARTIN CASTRO tiene como un concepto lo siguiente: “la parte considerativa contiene la construcción lógica de la sentencia, la que sirve para determinar si el acusado es o no responsable Penalmente, si su conducta merece Pena o no, imponiendo al Juez un doble juicio: histórico, tendente a establecer si un determinado hecho o conjunto de hechos ha existido o no con anterioridad al proceso; y jurídico, que tienden a concluir si el hecho que históricamente sucedió, puede ser calificado como delito y merece Pena”⁵⁸ la motivación será sustentada y explicada en la parte considerativa de una sentencia en la cual estará guiada por dicho principio en el cual dará a lugar a que el fallo sea justo y proporcional.

2.9. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:

El significado que posee este término en el Derecho Penal, ha pasado por una evolución de una época antigua a una contemporánea y que como consecuencia se considera a la Pena como una privación de derechos con la cual se podrá determinar la cuantificación de la Pena es en razón a ello que CASTILLO ALVA se ha referido en base a lo siguiente: “

Para el Derecho Penal la proporcionalidad supone la correspondiente valorativa entre el delito y a sanción respectiva (Pena o medida de

⁵⁷ Citado por Citado por LOAYZA MUÑOZ ROSAS, DIONEE, Calidad De Sentencias De Primera Y Segunda Instancia Sobre Robo Agravado, En El Expediente N° 23695-2005-0-1801-Jr-Pe-91, Del Distrito Judicial De Lima-Lima. 201e3, Universidad Católica de los Ángeles Chimbote, año 2003, pag. 20 ver online: [<http://erp.uladech.edu.pe/archivos/03/03012/documentos/repositorio/2013/01/06/000180/00018020130822064331.pdf>] (22/03/17)

⁵⁸ IDEM. Pg. 78

seguridad) o entre el injusto y la sanción que se le asocia. En sentido negativo el principio de proporcionalidad supone el rechazo del establecimiento de conminaciones y la imposición de Penas que carezcan de toda relación valorativa con el hecho delictivo, ya sea cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos es groseramente desproporcionada respecto a la lesividad del conflicto”⁵⁹

La aplicación de este principio es básicamente de que las sanciones o Penas sean a consecuencia de una coherente y justa sentencias que si bien es una restricción o privación esta no debe ser desmedida, abusiva o arbitraria vulnerando derechos para esto nuestro ordenamiento jurídico estableció la necesidad de poder tener límites en relación a la imposición de Penas que obviamente se busca que sean justa.

Nuestro sistema Jurídico Penal, si bien ha pasado por un proceso evolutivo ha llegado a un punto en el cual se han podido determinar la importancia de una debida motivación aplicando la proporcionalidad en la Pena que si bien este principio solo habla de la sanción que se va imponer debe ser bien argumentada, sustentada bajo una normatividad que pueda der consistente a la decisión judicial que darán los Jueces al sujeto infractor.

Es decir que para una correcta aplicación de la Pena debe tenerse muy en cuenta la proporcionalidad porque la imposición excesiva o innecesario de una sanción punitiva traería como resultado una privación de libertad completamente arbitraria o injusta donde se vulnerarían los derechos como ciudadanos.

La aplicación de las Penas no solo en nuestro país están sujetas a ordenamientos jurídicos que protegen derechos fundamentales es así que el Tribunal Constitucional de Colombia refiere: “Si bien la condición de recluso implica una restricción de los derechos fundamentales, ello no significa que las autoridades penitenciarias puedan disponer a su arbitrio de los derechos, pues la limitación de estos derechos debe ser la estrictamente necesaria para lograr la resocialización de los internos y la conservación de la seguridad, el orden y disciplina dentro de

⁵⁹ Citado por ALEGRÍA PATOW, JORGE ANTONIO, El Principio de Proporcionalidad en Materia Penal, Universidad San Martín de Porres, Año 2011, Lima - Perú, ver Online: [http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/trabajo_de_investigacion/2011/12_El_principio_de_proporcionalidad_en_el_derecho_penal.pdf] (22/03/17)

las cárceles. Las autoridades administrativas deben atender a los principios de razonabilidad y proporcionalidad so Pena de incurrir en arbitrariedades”⁶⁰ la aplicación de su ordenamiento jurídico Penal también se enfoca en la resocialización del sujeto infractor, imponiendo sanciones justas de tal manera que no se vulneren derechos del condenado respetando así sus derechos en todo momento.

De esta misma forma FERNANDEZ CARRASQUILLA se ha referido en razón a la proporcionalidad: “El Estado actual de la relación de razonable proporción entre delito y Pena, que desde luego no es natural ni matemática sino valorativa, es el de hacer depender la gravedad de la Pena, en abstracto y concreto, de dos baremos fundamentales: la gravedad del injusto y el grado de culpabilidad”⁶¹ los criterios de proporcionalidad necesariamente significa que debe guardar relación del hecho cometido y el grado de participación del sujeto infractor lo que implicara que la Pena sea un instrumento útil también para una resocialización de tal infractor.

El Estado si bien se encarga de regular y salvaguardar la integridad de la sociedad lo que conlleva que no puede de ninguna manera hacer ejercicio de la arbitrariedad, motivo por el cual se ha establecido el Principio de Proporcionalidad dentro de nuestra normatividad lo que: “implica que la conducta considerara como delito y la Pena deben ser congruentes entre sí. Con esto se quiere decir que la Pena debe ser simétrica a lesión del bien jurídico del que se trata, por ejemplo, seria desproporcional que a aquel que robó, se le debe cortar las extremidades como consecuencia del ilícito”⁶²

El Principio de Proporcionalidad es la posibilidad de poder graduar o de cuantificar la Pena según ALFONSO DE BARRETO habla respecto a dos criterios que pueden sustentar la cuantificación : “El principio de lesividad de la conducta y el principio de culpabilidad que miden la gravedad del delito y el grado de responsabilidad según la teoría garantista ambos criterios deben tomarse en cuenta para las predeterminaciones de los limites máximo y mínimo de la Pena legal y en el mismo sentido para fundamentación judicial de la Pena en concreto”⁶³

⁶⁰ IBIDEM Pg. 88

⁶¹ IDEMM Pg. 95

⁶² Ob. Cit. Pg. 33.

⁶³ Ob. Cit. Pg. 37

la sustentación de la Pena siempre deberá guardar relación con el acto cometido lo cual será un factor que podrá determinarse la cuantificación de la Pena dentro de los límites de la ley no incurriendo a arbitrariedades que pongan en peligro el orden social de un Estado lo cual da entender que todos como parte de un Estado serán respetados nuestros derechos.

Nuestra Constitución Política si bien se encarga de salvaguardar todos nuestros derechos fundamentales como persona individual y como miembro de una sociedad el cual respeta nuestra libertad e integridad bajo estos conceptos según ORELLANA WIARCO: “Ius Puniendi, tiene conceptos normativos a lo que debe ajustarse, para no quedar en el plano de un concepto abstracto, como el de donosidad social (solo punir conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos de las más alta jerarquía); de subsidiariedad (únicamente acudir a la sanción Penal cuando otros mecanismos del derechos sean insuficientes); de proporcionalidad y adecuación a la culpa (el límite de la Pena deber ser límite de la culpabilidad); de tolerancia y respecto a la dignidad humana (no invadir la esfera íntima o moral del individuo, ni imponer Penas infamantes o vejatorias); de exacta aplicación de la ley Pena (tiene que ser con la seguridad jurídica).”⁶⁴

Según sentencia del Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto del Principio de proporcionalidad en las Resoluciones Judiciales señalando al respecto: “Puede establecerse, prima facie una similitud entre los principios de proporcionalidad y razonabilidad, en la medida que una decisión que no se dicta sin respetar el principio de proporcionalidad no será razonable. En ese sentido, el principio de razonabilidad sugiere una valoración del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, para llegar a dicho resultado es necesaria la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres sub principios, adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.”⁶⁵ Los legisladores han de buscar un equilibrio lo cual permitirá una mejor individuación de la Pena.

La función de los Operadores del Derecho, en este caso los Jueces tienen la obligación de sustentar sus decisiones judiciales porque tal manera lo señala la

⁶⁴ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, Individualización de la Pena de Prisión, Online: [<http://cleuadistancia.cleu.edu.mx/cleu/flash/PAG/lecturas/tratamiento/Individualizacion%20de%20la%20pena.pdf>] (04/04/17)

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional con el Exp. N° 2192-2004-AA/TC.

Constitución Política que ampara este derecho, el principio de proporcionalidad permite a los jueces determinar mejor una Pena individualizando al sujeto infractor y atribuirle un acto delictivo este principio tiene un alcance más allá de una simple cuantificación de la Pena, sino que también le permitirá valorar o ponderar dando mayor ajuste entre el hecho cometido y el grado de participación.

CAPITULO III

LA PENA

3.1. DEFINICION

Para entender que al realizar una debida aplicación de las sanciones Penales, es necesario poder conocer cómo se ha originado, se remonta hasta los orígenes mismos de la humanidad, con el tiempo fueron creándose leyes para así formar una sociedad, una soberanía en las que se quería evitar vivir en un Estado de constantes guerras o conflictos, sirvió para fortalecer la tranquilidad cediéndole el poder a un una determinada persona a quien se denominaría en ese tiempo soberano, sería aquella persona que se encargaría de acabar con los abusos representar a cada uno por lo que todo se creó con el objeto de evitar injusticias o el aprovechamiento de otras personas he ahí la razón en la cual surgieron Penas para infractores.

La Pena es una concepción tan antigua como el hombre, donde se remonta las primeras definiciones que se dieron origen en el imperio romano en el cual se le exclamaba poena, que esencialmente era el vínculo que existía entre el daño y la retribución como consecuencia del delito, esto fue normalizado en las antiguas y muy conocidas XII tabla, la etimología que dio origen a la palabra Pena ha sido muy lidiada hasta la actualidad, existe una interpretación por un tratadista en el que JIMENES DE ASUA que nos dice “Su origen yace en el término latino pondus, peso, derivado de pendo – dejar colgar en los platillos de la balanza, pesar – porque, en la necesidad de mantener el necesario equilibrio entre los platillos de la balanza que representa la justicia, cuando aquel en que se coloca el crimen pudiese caer si el otro donde se coloca las eximentes y los motivos de atenuación, carece de elementos que sirva de contrapeso bastante, en el que se añade un peso, representado por la Pena”⁶⁶ este es la asociación a primera vista, son dos ideas que aún siguen sobresaliendo el fin retributivo de la Pena y la proporcionalidad de la Pena acorde a los actos ejecutados, pues como el autor nos da a conocer que esto es el precio del delito, es decir lo que el infractor debe

⁶⁶ Obra citada por GUZMAN DALBORA, José Luis; La pena y la extinción de la responsabilidad penal, Editorial IBdeF, Buenos Ares – Argentina, año 2009, pág. 5.

pagar al cometer un delito, y este corresponderá en relación a la gravedad y a las atenuantes con las que cuente en la cual se aplicara una Pena justa.

Como concepciones más claras para poder concebir qué es la Pena, tenemos lo dicho por COHEN AGREST “La Pena es definida en una de sus acepciones como el “castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales responsables de un delito o falta” y en la otra como “dolor, tormento o sentimiento corporal”.⁶⁷ Pero estas concepciones resultan muy ambiguas para el estudio relacionado a la Pena es por ello que se ha buscado una concepción un poco más profunda de la Pena, para la sociología la Pena es como nos dice DURKHEIM “Descripción sociológica del castigo como una especie de derivación de su interés por justificar y elaborar una teoría social de carácter general. Aun mas, se trata de una descripción sobresaliente por diversos motivos, uno de los más importantes que atribuyo el castigo una seriedad moral e importancia funcional que superan con mucho su contribución como medio para controlar el crimen”⁶⁸ La sociología tiene una concepción en la cual se ha podido sustentar que la Pena como un herramienta de control social que se ha permitido brindar seguridad a la población.

La Pena ha producido una serie de efectos tanto de manera individual como colectiva, en la cual se considera la aplicación de la Pena de manera proporcional al tipo y la gravedad de delitos que como consecuencia se ha tenido a la privación o la restricción de los derechos ambulatorias de una persona y el órgano jurisdiccional se ha encargado de la imposición de Penas y de poder reeducarlas así para luego reinventarlos nuevamente en la sociedad.

En el Derecho Penal la pena como considera REYES HECHANDIA es “esa supresión o coartación de un derecho personal que el Estado impone por medio

⁶⁷ COHEN AGREST, DIANA, Ausencia Perpetua Inseguridad y trampas de la Injusticia, Editorial Mora Digiovani-Literatis, Buenos Aires Edición abril 201, ver online: <https://books.google.com.pe/books?id=Ta1-AAAQBAJ&pg=PT278&lpg=PT278&dq=COHEN+AGREST+%E2%80%99CLa+Pena+es+definida+en+una+de+sus+acepciones&source=bl&ots=5BjwM4TvQS&sig=EF6v1eK68ior74sXgQ7IteK6sn0&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjHxuX6y9zZAhUH2VMKHTJ1AIUQ6AEIJTAA#v=onepage&q=COHEN%20AGREST%20%E2%80%99CLa%20Pena%20es%20definida%20en%20una%20de%20sus%20acepciones&f=false> (05/01/2018)

⁶⁸ Citado por GARLAND DAVID, Castigo y Sociedad Moderna un Estudio de Teoría Social, Editorial Siglo XXI S.A. de C.V. Primera edición 1999, ver online: https://books.google.com.pe/books?id=PVL1rGI0JswC&pg=PA42&lpg=PA42&dq=DURKHEIM+%E2%80%99CD+escripci%C3%B3n+sociol%C3%B3gica+del+castigo+como+una+especie+de+derivaci%C3%B3n&source=bl&ots=48pKg2UaoM&sig=tNFwwxLnaApgS4ZnoWXYWbcKFB0&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiHxaC_zdzZAhUR0IMKHeSbCvsQ6AEIJTAA#v=onepage&q=DURKHEIM%20%E2%80%99CD+escripci%C3%B3n+sociol%C3%B3gica%20del%20castigo%20como%20una+especie%20de+derivaci%C3%B3n&f=false (05/01/18)

de sus ramas jurisdiccionales correspondientes a un sujeto activo imputable que ha sido declarado responsable de un delito mediante un debido proceso.”⁶⁹

La aplicación de esta medida ha llevado a diferentes concepciones en la cual EUGENIO CUELLO CALÓN nos dice: “La Pena: Es una consecuencia eminentemente jurídica y debidamente establecida en la ley, que consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos, que impone un órgano jurisdiccional competente en nombre del Estado, al responsable de un ilícito Penal. Es la real privación o restricción de bienes del autor del delito, que lleva a cabo el órgano ejecutivo para la prevención especial, determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la personalización. O sea que la Pena consiste en la ejecución de la punición impuesta por el Juez en su sentencia condenatoria”⁷⁰ esta concepción es el medio con el que el Estado cuenta frente a un delito o frente a actos que afecten un orden social.

Se ha podido comprender que como consecuencia de la aplicación de una sanción se producen efectos como la pérdida o la restricción de derechos personales en cuanto se ha encontrado al sujeto responsable de dicha acción reprimible.

Tradicionalmente existen muchas concepciones que se ha otorgado a la Pena de esta manera JOSE HURTADO POZO señala que: “el ejercicio del poder punitivo se halla condicionado por el complejo de circunstancias que constituyen el fundamento y la finalidad del derecho Penal y del derecho en general, instrumentos, por último, de la política criminal que es parte de la política social general de Estado. No se impone una Pena porque es necesario intimidar a delincuentes en potencia o porque se estime que es necesario someter a tratamiento al agente. Se le castiga porque culpablemente ha cometido una infracción. El "para qué" se castiga, puede determinar una disminución o suspensión de la sanción; pero no sobrepasar en intensidad los límites de la culpabilidad”⁷¹ según refiere el autor es importante resaltar la proporcionalidad de la Pena que es la razón en la cual se en magnitud de la afectación que se ha realizado.

⁶⁹ REYES HECHANDIA, Alfonso; Derecho Penal, Editorial TEMIS, Bogotá-Colombia, año 1996, pag. 245.

⁷⁰ CUELLO CALON, Eugenio; Derecho Penal, Tomo I, Editorial BOSCH, Barcelona- España, año 1953, pag. 643

⁷¹ HURTADO POZO, JOSE, Manual de Derecho Penal - Segunda Edición, Lima 1987, Pg. 16 ver Online: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_04.pdf (18/02/18)

En un Estado Social, Democrático y en cuanto se refiere al Derecho Penal la Pena cumple un papel muy importante es así que el Tribunal Constitucional refiere: “En un Estado Social y Democrático de Derecho, el Derecho Penal debe procurar, fundamentalmente, servir a todos los ciudadanos, evitando que la Pena se convierta en un fin en sí mismo y que desconozca el interés por una convivencia armónica, el bienestar general o las garantías mínimas que la norma le reconoce a toda persona. Conforme a ello, el Derecho Penal debe orientar la función preventiva de la Pena con arreglo a los principios de la culpabilidad de exclusiva protección de bienes jurídicos o de proporcionalidad entre otros”⁷² el rol que cumple el Estado es determinar una sanción justa y proporcional que no afecte de manera arbitraria al sujeto infractor y el orden social.

La Pena se ha considerado como consecuencia jurídica de un delito, es utilizada como instrumento básico que sirve al Estado para regular conductas por medio de la privación de la libertad ambulatoria con previa acreditación de la responsabilidad Penal y un correspondiente juicio que dará lugar a conocer la responsabilidad del sujeto infractor en base a todo esto COBO DEL ROSAL señala: “el castigo previsto en la ley Penal consiste en la privación de un bien jurídico, impuesto por la autoridad legalmente determinada, tras el correspondiente proceso, celebrado con todas las garantías, a la persona hallada responsable de una infracción Penal. Precisamente por haber cometido dicha infracción”⁷³ la acreditación de la responsabilidad del sujeto infractor es importante para la imposición de cualquier Pena ya que al omitir violaría completamente los derechos como persona.

En términos generables la Pena consiste en la privación de derechos personales en los que el Estado está facultado de dicho poder para imponer estas sanciones según el Diccionario de la Real Academia Española lo ha definido de la siguiente manera: “castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los

⁷² Sentencia Tribunal Constitucional Exp N° 0012-2016-PI/TC – Fundamento 9

⁷³ Citado por ROSAS TORRICO, MARCIA AMPARO- Sanciones Penales en el Sistema Jurídico Peruano – Revista Jurídico Virtual marzo 2013 ver online: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/7620EFA610E504C205257D270070381F/\\$FILE/06ROSAS.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/7620EFA610E504C205257D270070381F/$FILE/06ROSAS.pdf) (18/02/18)

responsables de un delito o falta⁷⁴ siguiendo un procedimiento adecuado para poder imponer una sanción justa y proporcional.

En este sentido, la persecución y sanción de conductas delictivas, en un Estado Social y Democrático de Derecho implica el diseño general de las políticas criminales las que se agotan con la descripción típica de estos ilícitos, sino también entre otro, con la ejecución de la Pena. Así el Ius Puniendi del Estado funciona con sus limitaciones dentro de un marco Penal de la Constitución, bajo los estándares internacionales referidos a la protección de derechos fundamentales y en estricta observancia de los fines de la Pena.

En razón a nuestro ordenamiento constitucional y las obligaciones internacionales serán el punto de inicio para poder establecer los fines que el régimen penitenciario se ha propuesto lograr y los objetivos que ella se ha trazado en la Constitución, así como cumplir con los demás deberes y obligaciones asumidos por el Estado ; al respecto se considera que el Estado tiene la potestad de ejercer un poder sancionador y coercitivo mediante el uso de normas que están dentro de un ordenamiento jurídico en la cual tiene el objeto de tener una regulación plenamente establecida con el fin de sancionar a infractores que vulneren los derechos de otros integrantes de una sociedad.

3.2. FUNCION DE LA PENA

La función de la Pena ha ido definiéndose con los años y durante el desarrollo de la historia de la humanidad, existiendo diferentes formas de pensar y formas de Estado, siendo muy versátil, desde los inicios de la Pena la ya conocida Teoría Absoluta o de la retribución en la que al delincuente conocía dolor de la víctima y que tenía que ser resarcido en el grado del daño ocasionado, es decir que se aplicaba la conocida la ley del talión, ojo por ojo diente por diente, hasta llegar a nuevos pensamientos con la Teoría Relativa o también conocida de la prevención y resocialización en la cual se buscaba que el infractor no cometiera más actos que contravengan normas de un Estado.

⁷⁴ Real Academia Española – Diccionario de la Lengua Española ver online: <http://lema.rae.es/drae2001/srv/search?id=igMTyX0M9DXX2C1aDLI6> (19/02/18)

En un periodo originario cuando aún los Estados se empezaban a consolidar no existía ningún tipo de ordenamiento jurídico que resarciera los daños al agraviado “Los sujetos afectados tenían el poder de castigar directamente a sus agresores en su integridad privada y sin ningún tipo de limitación, es decir, el poder de ejercer justicia por su propia mano”⁷⁵ este tipo de función señalada se llamaba Teoría Absoluta o de la retribución, pero en que fundamentos se basa la retribución “La retribución fluye de una concepción del hombre como ser capaz de conocimiento y voluntad, de auto determinarse y obrar conforme a valores, y por ende de dar cuenta , es decir, de responder a sus actos, fundando y justificando así, entre la variedad de sanciones para estos la sanción Penal”⁷⁶ , en dicho tiempo la Pena aunque parezca simple, era el pago que el delincuente tenía que cumplir al Estado de esta forma la víctima o familia de la víctima, que eran afectados podían sentirse tranquilos en razón de que la justicia era administrada al infractor.

Posteriormente con una menor conformación del Estado el delito pasó de ser una afectación de los derechos humanos cometida por sus pocos lineamientos, motivos por el cual la Pena se volvió una responsabilidad del Estado pasando de ser privada a publica, de esta manera las Penas empiezan a controlarse y a contar con principios y a que la Pena sea más proporcional y acorde a los hechos cometidos por los infractores; obteniendo como resultado la aparición de la Teoría Relativa en la cual sus principales objetivos era la prevención de delitos, la resocialización del infractor de evitar que cometer actos delictuales que afectasen a una sociedad plena y mejor organizada.

En cuanto se refiere al tema de la Pena, se conoce que ha sido un tema muy debatible y opinable se ha considerado también como una medida o instrumento con los que cuenta el Estado para hacer cumplir sus normas jurídicas eso ha puesto en evidencia que es necesario precisar qué función cumple o que le ha sido asignada, ello depende de las normas que puedan darse en base a sus costumbres y a su cultura, entonces se puede decir que un Estado en el cual la Pena ha de cumplir cierta misión política la cual es la regulación de las actividades

⁷⁵ GALVIS RUEDA, MARÍA CAROLINA; Sistema penitencia y carcelario en Colombia: Teoría y realidad, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia, año 2003, pag. 21 ver online: [<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS92.pdf>] (27/09/16)

⁷⁶ RIVACOBBA y RIVACOBBA, MANUEL; Hacia una nueva concepción de la pena, Editorial GRIJLEY, Arequipa-Perú, año 1995, pág. 81.

humanas en la cual se confiere la protección de bienes de las personas en la cual se ha creado y considerado la necesaria de usarla también como un medio de prevención ante hechos que atenten normas de índole jurídicas para ello el Estado también se ve en la necesidad de crearse límites necesarios que puedan garantizar el respeto por los derechos como personas de una sociedad.

Se considera a la Pena como una herramienta para poder imponer cierto orden en una sociedad que podría caracterizarse como organizada por medio de normas, límites que puedan garantizar su vivencia, de esta manera se sabe también que el Estado tiene la capacidad de imponerse ciertos parámetros para impartir orden en la que cuando participa el Derecho Penal sea absolutamente necesario para la solución de conflictos generados en la sociedad, buscando promover recursos menos deplorables, esta intervención debe ser de ultima ratio debe ser vista desde dos aspectos, como es la criminalización primaria en la que consiste en la creación de normas Penales y la criminalización secundaria las cuales son las instituciones que van a intervenir en la solución de dicho conflicto Penales como son la Policía Nacional del Perú, Ministerio Público o Poder Judicial organismos que se relacionan directamente en la absolución de problemas.

Es necesario agregar a esto lo dicho por el autor BUSTOS RAMIREZ “aplicando el principio de la estricta necesidad, ultima ratio, de subsidiaridad del control Penal, ha de llegarse ineludiblemente en el ejercicio de la acción Penal al principio de oportunidad”.⁷⁷ Es decir que colaborando con el Derecho Penal de última ratio existe el principio de oportunidad en los que recaerán los delitos que no merecen el ejercicio de la acción Penal como prima ratio.

Existe una gran variedad de concepciones que se le puede atribuir pero uno de los doctrinarios según ERNESTO BELING expresa “como la descripción de una conducta como delictiva, y la Pena como una sanción punitiva, como la medida más enérgica del poder coactivo prevista por el Estado para el sujeto activo del Delito”⁷⁸ se pueden ocupar muchas páginas tratando de definir un concepto sobre el *Ius Puniendi* pero este concepto se refiere a la facultad o el derecho de un Estado para atribuir una Pena o un derecho a castigar a un infractor de normas

⁷⁷ Citado por Hurtado Pozo José, Derecho Penal y Pluralidad Cultural, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año 2007, Pg. 103 ver Online: [https://books.google.com.pe/books?id=f3FZyORQrtIC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false] (09/01/17)

⁷⁸ Citado por HURTADO POZO JOSÉ, Derecho Penal y Pluralidad Cultural, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año 2007, Pg. 103 ver Online: [https://books.google.com.pe/books?id=f3FZyORQrtIC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false] (09/01/17)

que se encuentra previamente establecidas en un ordenamiento jurídico de una nación.

A la Pena también se le conoce como el *Ius Puniendi* del Estado funciona con sus limitaciones dentro de un marco Penal de la Constitución, bajo los estándares internacionales referidos a la protección de derechos fundamentales y en estricta observancia de los fines de la Pena. En este sentido nuestro ordenamiento constitucional y las obligaciones internacionales serán el punto de inicio para poder establecer los fines que el régimen penitenciario se ha propuesto lograr y los objetivos que ella se ha trazado en la Constitución, así como cumplir con los demás deberes y obligaciones asumidos por el Estado”⁷⁹ ; al respecto se considera que el Estado tiene la potestad de ejercer un poder sancionador y coercitivo mediante el uso de normas que están dentro de un ordenamiento jurídico en la cual tiene el objeto de tener una regulación plenamente establecida con el fin de sancionar a infractores que vulneren los derechos de otros integrantes de una sociedad.

La razón en la cual se fundamenta la Pena según ha podido señalar el Tribunal Constitucional respecto a este tema: “la justificación de las Penas privativas de libertades, en definitiva, proteger a la sociedad en contra del delito. Tal protección solo puede tener sentido si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiere respetar la ley y proveer a sus necesidades, si no también que sea capaz de hacerlo”⁸⁰

La función de la Pena es también la de prevenir actos que afecten bienes jurídicos es por ello que esta medida se ha pronunciado la Ejecutoria Suprema: “La Pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora, como lo prevé el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, teniendo en cuenta que la prevención tanto positiva como negativa es procurar que el condenado se inserte al seno de la sociedad inutilizando al Penado; todo ello en concordancia con el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú que establece el régimen

⁷⁹ Rojas Vargas, Fidel, Ob. Cit. Pg. 380

⁸⁰ ESCOBAR GUILLERMO, Sistema Penitenciario, Trama Editorial, ver online: <https://books.google.com.pe/books?id=jNtQtDGugHgC&pg=PA34&lpg=PA34&dq=la+justificaci%C3%B3n+de+las+Penas+privativas+de+libertades,+en+definitiva,+proteger+a+la+sociedad&source=bl&ots=SQYBPVFUd6&sig=GwsybZ3ODz1YRfxPdyg4ebym35w&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiJspLJ5tzZAhVH7VMKHQVWD74Q6AEIJTAA#v=onepage&q=la%20justificaci%C3%B3n%20de%20las%20Penas%20privativas%20de%20libertades%20en%20definitiva%20proteger%20a%20la%20sociedad&f=false> (28/02/18)

penitenciario tiene por objeto la reeducación rehabilitación y reincorporación del Penado a la sociedad”⁸¹

Actualmente en nuestro Derecho Penal ha tratado siempre de fundamentar sus sentencias conforme parámetros que están establecidos es por ello que según una Sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia ha sustentado una de sus sentencias de la siguiente manera: “Es importante señalar que las Teorías de las Penas son puntos de vista que intentan explicar racionalmente la existencia del Derecho Penal, que permite que unos ciudadanos (los jueces) en nombre de la sociedad, causen a sus semejantes daños o mal que supone el sufrimiento de la Pena, teniendo dicha teoría como función la sistematización y resocialización de la Pena. Ahora bien, existen varias teorías que tratan este tema, a saber, las tesis absolutas, las preventivas y las de unión, procurando articular las ideas de culpabilidad y de prevención para el logro de una Pena que resulte, a un mismo tiempo, justa y útil. Estas inciden fundamentalmente de manera practica en el tema de los criterios que se deben tener en cuenta para llevar a cabo la individualización de la Pena, es decir, para determinar dentro del marco legal, la Pena concreta que debe imponerse al autor de un determinado delito (...)”⁸² lo que resalta es como han sustentado en base a teorías que justifican la aplicación de la Pena que supone como fin el resocializar al sujeto infractor.

Si bien es cierto que para que se dé una condena a una persona que ha cometido un delito, previamente debe haberse individualizado la Pena; el fin que tendrá la Pena será la poder rehabilitar al condenado es por ello que el Tribunal Constitucional se ha expresado en este tema: “El carácter rehabilitador de la Pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad. No la de imponerle una determinada cosmovisión del mundo ni un conjunto de valores que, a lo mejor, puede no compartir, pero en ningún caso, nunca le puede ser negada la esperanza de poderse insertar en la vida comunitaria, y es que al lado del elemento retributivo, a toda Pena, siempre debe encontrarse latente la esperanza de que el Penado algún día pueda recobrar su libertad”⁸³ en base a esto un Juez

⁸¹ Ob. Cit. Pg. 128.

⁸² IBIDEM Pg. 180.

⁸³ Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 010-2002-IA/TC, Fundamento 186.

considerar al momento de sancionar a un sujeto infractor de esta manera puede tener en cuenta cual será la sanción más apropiada.

3.3. TEORIAS DE LA PENAS

Esta teoría ha sido tratada no solo por estudiosos del derecho sino que también ha sido conocido por filósofos que han ido en la búsqueda de una base inicial de un origen de la Pena de cómo ha de basarse en el que el infractor o delincuente merece una sanción proporcionada a sus acciones; con él pasar del tiempo se ha tratado de poder justificar la actividad punitiva como resultado jurídico de los delitos así como lo señala BERNANDO FEIJÓO “desde que el hombre se dedica la reflexión filosófica o ética se plantea el sentido y finalidad de las sanciones y castigos”⁸⁴ las sanciones punitivas han tenido bases desde muchos años atrás es por dicha razón que se ha planteado su finalidad en la sociedad.

Históricamente han existido intentos por poder justificar la actividad punitiva a los infractores tal como han empezado a surgir nuevos pensamientos e indagaciones sobre los fines o funciones de las Penas tal como lo ha señalado LUIGI FERRAJOLI:

“Un vicio metodológico que puede observarse en muchas de las respuestas a la pregunta ¿Por qué castigar? Consiste en la confusión en la que caen aquellas entre función o fin, o bien entre el ser y el deber ser de la Pena, y en la consecuente asunción de las explicaciones como justificaciones y viceversa. Esta confusión es practicada antes que nada por quienes producen o sostiene las doctrinas filosóficas de la justificación, presentándolas como “teorías de la Pena”. Es de tal modo que ellos hablan, a propósito de las tesis sobre los fines de la Pena, de “teorías absolutas” o “relativas”, de “teorías retributivas” o “utilitarias”, de teorías de la prevención general” o “de la prevención especial” o similares, siguiendo la idea que la Pena posee un efecto (antes que un fin) retributivo o reparador, o que ella previene (antes que deba prevenir) los delitos, o que reeduca (antes que deba reeducar) a los condenados o que disuade (antes que deba disuadir) a la generalidad de los ciudadanos de cometer delitos. Más

⁸⁴ Citado por PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios, Editorial Moreno S.A., Primera Edición, Lima – Perú, agosto 2010. Pg. 21.

*en una confusión análoga caen también quienes producen o sostiene las teorías sociológicas de la Pena, presentándolas como doctrina de justificación. (...)*⁸⁵

Teniendo en cuenta que la teoría de la Pena trata básicamente de principios fundamentales del derecho Penal, de cómo ha de constituirse las condiciones legítimas y proporcionales para la aplicación de una sanción punitiva que se pueda determinar acorde a los hechos atribuidos al infractor, se ha podido establecer con estos nuevos pensamientos que las sanciones punitivas deben no solo ser un instrumento al servicio de la justicia, en otras palabras la Pena no es más la naturaleza que se le atribuya para ellos y existe una diferencia en una definición de la Pena y una debida impartición de Pena.

3.3.1. TEORIA ABSOLUTA O RETRIBUTIVA

Los máximos representantes de la Teoría de la Retribución IMMANUEL KANT con su teoría de la retribución moral y Hegel con su Teoría de la retribución jurídica el primer exponente de esta teoría consideraban que el hombre puede actuar moralmente de esa manera pueda retribuir el daño que había ocasionado pero en algo que si están totalmente de acuerdo estos exponentes, que negaban toda posibilidad que la Pena pueda usarse como herramienta de prevención tal y como lo mencionó SOLER “la Pena presenta siempre el carácter de una retribución, de amenaza de un mal que se hará efectivamente mediante los órganos del Estado y con un procedimiento prefijado, contra el autor de un delito”⁸⁶se pretende la retribución como una Pena fijada al infractor.

Se ha dicho con respecto a retribución y en relación a la Pena, es así que NUÑEZ RICARDO ha señalado con respecto a la Pena: “El concepto jurídico de la Pena es la pérdida de bienes impuesta a una persona como retribución del delito cometido. Quedan así señalados los dos elementos que dan el concepto jurídico de la Pena: la pérdida de bienes, que presentan su consistencia material y la imposición retributiva, que representa la razón de ser de esa pérdida”⁸⁷ si hay algo

⁸⁵ Citado por PRADO SALDARRIAGA. Ob. cit.22

⁸⁶ Citado por REATEGUI SANCHEZ, JAMES, Manual De Derecho Penal Parte General Tomo II Editorial Instituto Pacifico S.A.C. Edición 2014 pg. 1283.

⁸⁷ IDEM.

que destacar de esta teoría es el fin de resarcir el daño que se haya podido ocasionar.

Esta teoría ha tenido un origen como el surgimiento de una ideología que históricamente se ha centrado en la valoración del hombre en una sociedad y generar una preocupación de una debida sanción punitiva al condenado, tal como se ha visto a lo largo del tiempo todos los abusos de los gobiernos tiránicos al menospreciar los fundamentos correctos al establecer un régimen sancionador para aquellas personas que osaran desobedecer las normas y leyes de dichos gobiernos.

En esta teoría se ha considerado al Delito como un deterioro, que se ha generado a un determinado orden social, que se encuentra establecido en determinadas normas o leyes que se considera que existe una retribución a la víctima por medio del Estado, se puede decir que utilizan al infractor o condenado con un fin de prevención general como un medio intimidatorio mediante la aplicación de la Pena por lo cual sacrifican a un individuo como enseñanza a los demás integrantes de una sociedad con el objeto de evitar que se realicen más infracciones.

Desde el momento de la implementación de esta teoría, siempre se ha tenido la idea de la imposición de un castigo de impartir justicia como una compensación de un valor económico que varían según la gravedad de una sanción según refiere CLAUS ROXIN: “la teoría de la retribución no encuentra el sentido de la Pena en la persecución social de un fin socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuya, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido...detrás de la teoría de la retribución se encuentra el viejo principio del Talión: ojo por ojo, diente por diente”⁸⁸ en esta teoría se ha orientado a la culpa que carga el autor de un delito y que como consecuencia de su mal accionar debe ser retribuida, resarcida, compensada, y ser indemnizada de manera justa a la víctima.

En la Teoría Retributiva ha podido argumentar la aplicación de la Pena como una medida que se impone a quien ha transgredido normas en la cual han generado daños es donde se ha fortalecido dicha teoría en la cual se considera que debe

⁸⁸ Citado por PRADO SALDARRIAGA, VICTOR, Ob. cit. pg. 24

existir una Pena o imponer una sanción para aquel que cometa un delito y que pueda ser retribuido de la misma forma a la víctima.

Respecto al sistema talional, Kant expresa que: “Pero ¿cuál es el tipo y el grado de castigo que la justicia pública adopta como principio y como patrón? Ninguno más que el principio de igualdad (en la posición del fiel de la balanza de la justicia): no inclinarse más hacia un lado que hacia otro. Por tanto, cualquier daño inmerecido que ocasionas a otro en el pueblo, te lo haces a ti mismo. Si le injurias, te injurias a ti mismo; si le robas, te robas a ti mismo; si le pegas, te pegas a ti mismo; si le matas, te matas a ti mismo.

Solo la ley del talión (lus talionis) puede ofrecer con seguridad la cualidad y cantidad del castigo, pero bien entendido que en el seno de un tribunal (no en un juicio privado); todos los demás fluctúan de un lado a otro y no pueden adecuarse al dictamen de la pura y estricta justicia, porque se inmiscuyen otras consideraciones”⁸⁹según la ideología de este autor que se basa solo en la proporcionalidad de los hechos cometidos deben ser en igualdad a la sanción que se impondrá llegando a un punto en el cual si una persona matase a otra tiene que morir, es la única manera en que puede compensar una equivalencia de justicia en un determinado orden social para así resarcir los daños ocasionados a la víctima.

Para KANT: “ la Pena es retribución a la culpabilidad del sujeto, es su único fundamento, por eso señala que si el Estado se disuelve tiene que preocuparse de que tal culpabilidad quede retribuida, pues de otra manera el pueblo se haría partícipe de ella (encubridor) y recaería tal culpabilidad también sobre este”⁹⁰ para esta concepción debe de existir un Estado quien se encargue de velar y garantizar un orden social un cumplimiento normativo dentro de una sociedad para salvaguardar su propia existencia como un Estado, todo integrante tiene la capacidad de conocer que todo mal que sea ocasionado y que la imposición de la Pena que se le otorgara será en retribución al mal que haya podido generar estos lineamientos son en los que se basan la teoría absoluta, el fin de evitar

⁸⁹ Citado por DURÁN MIGLIARDI MARIO, Teorías Absolutas de la Pena: origen y fundamentos, Año 2011, Volumen 67, [<http://www.revistafilosofia.uchile.cl/index.php/RDF/article/viewFile/18131/18949>] citando (12/02/17)

⁹⁰Citado por ALFONSO DE BARRETO, INOCENCIA, Principios y Desafíos del Derecho Penal de Hoy, Revista de Asunción - Paraguay, Septiembre 2013: [<http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/penal/Inocencia-Alfonso-Teor%C3%ADa-de-la-pena.pdf>] (12/02/17)

enfrentamiento dentro de un Estado y solo la impartición de justicia proporcionada a los hechos cometidos.

Según el concepto que atribuye NUÑEZ RICARDO con relación a la Pena “El concepto jurídico de la Pena es el de una pérdida de bienes impuesta a una persona como retribución del delito cometido. Quedaran así señalados los dos elementos que dan el concepto jurídico de la Pena: la pérdida de bienes, que representa su consistencia material y la imposición retributiva, que representa la razón de esa pérdida”⁹¹, dicha pérdida de bienes se refiere en cuanto a la afectación que se ocasiona a la víctima en base a esta teoría la retribución de dicha pérdida será de manera equitativa en cuanto al daño ocasionado de esta manera podrá existir la retribución.

Con aplicación de esta teoría que ha sido una de las primeras en la cual se ha podido fundamentar la aplicación de la Pena tal como ha señalado HEINRICH JESCHECK, Hans, “la Teoría Absoluta de la Pena centran el motivo jurídico y el sentido de la Pena solo en la retribución, en cuya virtud debe hacerse justicia con el culpable por la comisión de su hecho. La Pena queda liberada de cualquier consideración finalista (poena absoluta ab effectu) y aparece sencillamente como la imposición querida de un mal dirigida a la compensación por la comisión de una infracción jurídica culpable”⁹² estas bases que se ha otorgado a esta teoría se concentran en que el Estado posee la facultad de hacer valer la justicia aplicando como único fundamento la igualdad, no solo en aplicación de sus derechos, sino que también en aplicación de cualquier Pena que fuere, ya que si se ocasionaba daño a un persona en razón a su patrimonio o su bienestar también debe ser resarcido en su misma magnitud.

Finalmente antes de poder cerrar esta parte se debe tener en claro la distinción que existe entre el concepto y fines de la Pena tal como menciona BENANENTE CHORRES, Hesbert “no es contradictorio afirmar que la Pena parte de la esencia retributiva, aunque esta cumple con otros fines ajenos al a mera retribución (ejemplo la prevención) por tanto sería incorrecto dejarnos intimidar con la frase retribución para afirmar que la Pena tiene una naturaleza retributiva, dado que,

⁹¹IBEM.

⁹²IBIDEM pg. 104

responde a la idea de que el delito es el presupuesto para imposición de una Pena⁹³ desde este punto en el cual se refiere solo a los bienes también señala el mismo autor “la Pena es un mal porque consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos del culpable y porque solo de esta manera puede tener su eficacia intimidatoria; por lo que, emplear en este apartado el termino prevención, y así remplazar la palabra mal, es equivocar los planos de análisis de la Pena; esto es, una cosa es la esencia (retributiva) y otros sus fines⁹⁴ tal como lo señala el autor es la intimidación que se pretende lograr con el objeto de que no se vuelvan a cometer más delitos con el fin de privar los bienes de que aquella persona que es culpable pero se debe tener en cuenta que a retribución que se da al agraviado no debe de exceder por ningún motivo la culpabilidad del sujeto que cometió dicho delito por cuanto se basa en su proporcionalidad de la gravedad de los hechos.

En consecuencia, se ha hecho una distinción entre el concepto de Pena y el fin que cumple el Estado, se ha podido afirmar en el fin de esta teoría retributiva según BENAVENTE CHORRES menciona que: “...no es contradictorio afirmar que la Pena parte de la esencia retributiva, aunque esta cumple con otros fines ajenos a la mera retribución (ejemplo la prevención). Por tanto, sería incorrecto dejarnos intimidar con la frase retribución para afirmar que la Pena tiene una naturaleza retributiva, dado que, responde a la idea de que el delito es el presupuesto para la imposición de una Pena⁹⁵ según el autor considera que la Pena que se haya impuesto desde un punto de vista materialista consiste en la privación de bienes jurídicos solo de esta manera se buscará la eficacia de la reparación del daño que se ha infringido.

3.3.2. TEORIAS RELATIVAS O DE LA PREVENCION

La Teoría Relativa adopta una posición contraria a la absoluta, ya que en la relativa, la Pena no está destinada al cumplimiento de la justicia en la tierra sí no que está más enfocada en la protección de la sociedad, es decir que la Pena es un medio el cual es para evitar posibles futuras acciones punibles según HEINRICH JESCHECK, Hans : “Las bases ideológicas de las teorías relativas de la Pena son las teorías del Estado humanitario de la ilustración, el reconocimiento

⁹³ Citado por REATEGUI SANCHEZ, James, Ob. Cit. 1284.

⁹⁴ IBIDEM.

⁹⁵IBIDEM

de la concepción determinista de todo comportamiento humano, la creencia también en la capacidad educativa del adulto a través de una adecuada influencia pedagógico –social, el rechazo de cualquier intento metafísico de explicar el problema a de la visa social y subestimación de la justicia como necesidad básica de la persona”⁹⁶en esta teoría a diferencia de la absoluta le da más importancia a que el individuo de una sociedad no cometa más actos delictuales, es por ello que se centra en tomar medidas para que no se repitan nuevos delitos, teniendo un carácter más humanitario y social.

Esta idea de la prevención como la función de la Pena según varios autores han coincidido con respecto a su concepción y utilidad, así refiere GROTIUS HUGO hace mención de una de las famosas palabras que Platón pone en Protágoras “Quien piensa en castigar de modo razonable, no lo hace por injusto cometido...sino con la voluntad futura de que ni el autor mismo vuelva a cometer el injusto, ni tampoco los demás que ve como aquel es castigado”⁹⁷, su concepción de prevención bajo esta idea es considerada como la medida que se pueda tomar antes de ocurran los hechos de manera anticipada evitando que puedan suceder actos negativos para la sociedad.

Si bien esta teoría se constituye en la Pena como una necesidad para evitar delitos en la cual justifican como un medio de prevención, que por medio del castigo evitando que se vuelvan a cometer nuevamente hechos punibles en palabras de PROTAGORAS quien es fiel exponente de esta teoría señala:” Nadie impone una Pena y se dirige contra quienes han cometido un delito, porque hayan cometido un delito, a no ser quien se quiera vengar de forma poco razonable como un animal. Quien, en cambio, pretenda Penar a otro de una forma razonable, no le impondrá la Pena por el injusto cometido, puesto que él no puede deshacer lo ya hecho, sino en razón del futuro, para que no pueda cometer ni el mismo injusto ni otro parecido”⁹⁸ en razón a esa concepción toma a la Pena como una herramienta para alcanzar la racionalización, para no imponer una Pena por el simple hecho de castigar, si no como un tratamiento correctivo para cada miembro de la sociedad.

⁹⁶ HEINRICH JESCHECK, Hans, WEIGEND Thomas, Tratado de Derecho Penal Parte General Vol. 1 Editorial Instituto Pacifico octubre 2014, pg. 76.

⁹⁷ Citado por HEINRICH JESCHECK, Hans, WEIGEND Thomas. Ob. Cit.

⁹⁸ Citado por GONZÁLEZ HARKER Luis Jorge, Situación Penitenciaria y Pena Privativa de la Libertad, Pontificia Universidad Javeriana, Año 200, Santa Fe – Bogotá, ver Online: [<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis30.pdf>] (19/02/17)

En la teoría relativa se sostiene que la razón de esta, es poder evitar que se realicen nuevos delitos en un futuro, en esta teoría la Pena busca prevenir y proteger a la sociedad la que es utilizada como un medio para asegurar un futuro que pueda mantener un orden social apropiado; en una Ejecutoria Suprema se ha sostenido que: “La Pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora como lo prevé el artículo noveno del título preliminar del Código Penal, teniendo en cuenta que la prevención tanto positiva como negativa es de procurar que el Penado se inserte al seno de la sociedad, como el de proteger a la sociedad inutilizando al Penado, todo ello en concordancia con el inciso veintidós del artículo ciento treinta nueve de la Constitución Política que establece que “el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del Penado a la sociedad”⁹⁹ en el Perú se busca resocializar a Penado que nuevamente pueda incluirse en las actividades sociales y que se le brinde la oportunidad de reincorporarse.

De esta manera, así como en Nuestra Constitución Política del Perú establece que nuestro sistema de individualización de la Pena lo que quiere es resocializar al infractor de esta manera en la Ejecutoria Suprema de Lima refiere con respecto a la función social que cumple la Pena:

“La Pena debe cumplir un fin eminentemente preventivo dentro de la sociedad, facilitando la reconciliación normativa del autor con el orden jurídico, afianzando el respeto de las normas por parte de los ciudadanos, es decir, que junto a los fines preventivos- generales positivos, la Pena estatal debe buscar un efecto preventivo- especial positivo con el fin de incidir favorablemente en la personalidad del infractor, y cuando esto no fuera posible debe evitar que la Pena desocialice o empeore la situación del culpable. Todo ello supone entender que la Pena estatal genere efectos sociales positivos en la medida que respeta o se mantiene dentro de los límites del principio de proporcionalidad. La Pena no tiende a actuar según las demandas sociales o mediáticas de punibilidad, al margen de la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, pues dentro de un Estado de Derecho la reacción estatal contra el delito y en especial la determinación

⁹⁹ Ejecutoria Suprema de 17 de junio del 2004 Exp. 296-2004- Lambayeque.

*judicial de la Pena se funda sobre la base del hecho cometido, sus circunstancias y la culpabilidad del agente*¹⁰⁰

En la teoría relativa o de la prevención se opone completamente a la teoría retribucionista debido a que no se centran en el fundamento de la Pena, si no en qué función cumple, es decir que en esta teoría se renuncia a ofrecer fundamentos moralistas para enfocarse en alcanzar metas como la resocialización, la prevención y la protección de los derechos sociales para esto se divide en dos vertientes:

3.3.2.1. TEORIA DE LA PREVENCION GENERAL

Esta teoría tuvo su principal representante Penalista Alemán, aproximadamente en el siglo XIX a Feuerbach, que para este representante ha tratado de expresar la finalidad o el objeto por cual se realiza una imposición de una Pena y en la cual ha considerado que reside su fundamentación en la amenaza Penal, en un efecto intimidatorio a todos los ciudadanos con el fin de que cumplan con la normatividad dada por el Estado, en base a todo esto entonces lo considera como tipo de coacción psicológica que se ha de ejercer sobre cada miembros de una sociedad evitando que vuelvan a cometer actos delictivos que afecten a otros individuos.

Según ROXIN expresa: “en la influencia sobre la comunidad, que mediante amenazas Penales y la ejecución de la Pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación. También aquí se trata, pues, de una teoría que tiende a la prevención de delitos (y con ellos preventiva y relativa) como consecuencia de lo cual la Pena debe sin embargo actuar no expresamente sobre el condenado, si no generalmente sobre la comunidad. Por esta razón se habla de una teoría de prevención general”¹⁰¹

El propósito de la imposición de una Pena se basa principalmente en la efectividad de una amenaza Penal imponiendo el temor en los miembros de una sociedad, ya que sin esta amenaza quedaría ineficaz. Es precisamente el objetivo es que la ley debe intimidar a todos los ciudadanos, pero la realización debe dar efecto a la ley

¹⁰⁰ Ejecutoria Suprema 19 de abril del 2010 Expediente N° 3437-2009 Lima Callao

¹⁰¹ Citado por PRADO SALDARRIAGA, VICTOR, Ob. Cit. Pg. 26.

por eso mismo en esta teoría se ejerce un poder de intimidación psicológica con el fin de que los ciudadanos no realicen o cometan delitos.

En la teoría de la prevención, su misión es básicamente el de hacer prevalecer una norma haciendo efectivo su funcionamiento y generar en las personas la conciencia de una infracción, lo que da origen a que una norma tenga una orientación, según GUNTER JAKOBS: “misión de la Pena es el manteniendo de la norma como modelos de orientación para los contactos sociales. Contenido de la Pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma”¹⁰² según el autor lo que se pretende es evitar que se cometan delitos creando e infundiendo conciencia en los ciudadanos ya sea por el temor a la exigencia de la imposición de la Pena como tal y todas las consecuencias que implican una infracción e impedir que se acreciente la delincuencia.

Muchos autores han sustentado sus ideas con respecto a la Prevención General, entre ellos ROXIN en la cual este autor ha considerado esta teoría como un medio de intimidación o de coacción a los ciudadanos, en el cual lo considera como “...el punto de partida tiene de modo totalmente general una tendencia al terror estatal. Pues quien quiere intimidar mediante la Pena, tenderá a reforzar este efecto castigando lo más duro que sea posible”¹⁰³, con respecto a este fin no persigue la reprochabilidad por medio de amenaza o intimidación si no la cumplir con una función utilitaria usando criterios de prevención.

En lo que respecta a esta teoría consideran a la Pena como un efecto intimidatorio para quienes infrinjan la misma, en esta parte genera, suponen el hecho que la Pena será para quien viole algún bien jurídico protegido según HEINRICH JESCHECK, Hans, WEIGEND Thomas consideran que a “la prevención general le falta la escala para la determinación de la magnitud de la Pena a imponer cuando no se la limita por medio del principio de culpabilidad, pues podría aceptarse que es una Pena cuanto más rigurosa es, más efectos disuasorios despliega.

¹⁰² *Ibidem*. Pg. 27.

¹⁰³ Citado por ALFONSO DE BARRETO, INOCENCIA, Principios y Desafíos del Derecho Penal de Hoy, Revista de Asunción - Paraguay, septiembre 2013: [<http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/penal/Inocencia-Alfonso-Teor%C3%ADa-de-la-pena.pdf>] (28/11/16)

En realidad, no es su posible severidad, si no la Pena justa en su relación con el contenido de injusto del hecho y con la culpabilidad del autor, la que puede influir sobre la conciencia jurídica de la colectividad con una fuerza configuradora de las costumbres”¹⁰⁴ para ambos autores consideran que esta teoría si bien es cierto que es con efecto intimidatorio, ponen razones que solo causaría más daño que el beneficio que supuestamente generaría como es la prevención, pero difiero ya que esta teoría la califico como sólo una evolución en la aplicación de la Pena, que si bien no muchos autores concuerdan en su propósito, en aquel entonces era una solución efectiva para evitar que los delitos se comentan nuevamente.

3.3.2.1.1. TEORIA DE LA PREVENCION GENERAL POSITIVA Y NEGATIVA

Es necesario tener en cuenta cómo se ha dado origen a la prevención general que vino como consecuencia de las medidas preventivas especiales, es decir que la prevención general es la advertencia que se da a todos los miembros de una sociedad para que se abstengan de realizar actos que afecten los bienes jurídicos de una persona

Entre sus máximos exponentes de esta teoría se encuentran Feuerbach, Filangieri y Betham en el cual se ha toma en cuenta el interés que ha girado en la posibilidad que esta teoría sea usada como herramienta para poder influir en las acciones de aquellos que cometen infracciones.

Feuerbach, tenía un juicio acerca de esta teoría en la que decía que la amenaza o cualquier tipo de coacción psicológica que fuere sería un método eficaz que pretendía mantener un orden; se puede diferenciar la teoría de la prevención negativa o también intimidadora el cual pretende disuadir a aquel que cometa un delito, ROXIN señala que el derecho alemán: “la llamada prevención general positiva, esto es el mantenimiento de la práctica en la fidelidad al Derecho, representa actualmente en Alemania el papel de la finalidad principal de la Pena”¹⁰⁵ lo que se ha buscado es poder disuadir a personas a que no comentan más actos delictivos.

¹⁰⁴ HEINRICH JESCHECK, Hans, WEIGEND Thomas. Ob. Cit. Pg. 111.

¹⁰⁵ Citado por ROATEGUI SANCHEZ, James, Ob. Cit. pg. 1289.

La condena que se impone a una persona por medio de una sentencia es la herramienta que amenaza o fuerza a que otras personas a no cometer comportamientos socialmente reprochables, es decir, a hechos que se asemejan a la teoría de la prevención general negativa en la cual existen dos ideas contrarias, en la primera es infundir el miedo y en el otro es la valoración racional del hombre, es decir en su capacidad de poder razonar y que tiene la capacidad de poder usar su libre albedrío.

El Tribunal Constitucional, ha señalado ciertos alcances con respecto a la teoría de la prevención general de la Pena lo cual lo ha fundamentado así:

“La teoría de la prevención general circunscribe su análisis, antes que, en el Penado, en el colectivo, de formas tal que considera que la Pena tiene por su finalidad influir en la sociedad a través de la colectividad de la amenaza Penal y su posterior ejecución en aquellos que, mediante una conducta antijurídica, atentan contra los valores e intereses de significativa importancia en el ordenamiento jurídico y que, por tal motivo, son objeto de protección por el Derecho Penal. Hoy se reconoce una vertiente negativa y otra positiva a la teoría de la prevención general. La primera establece como finalidad sustancial de la Pena en el efecto intimidatorio que genera la amenaza de su imposición en aquellos individuos con alguna tendencia hacia la comisión del ilícito. Sin embargo, es discutible sustentar la tesis conforme a la cual todo individuo proclive a la criminalidad genere el grado de reflexión suficiente para convertirlo en objeto del efecto intimidatorio. En algunos supuestos dicho efecto es resultado, antes que la gravedad de la Pena preestablecida, del grado de riesgo de ser descubierto, durante o después de la comisión del delito. Por ello, son los efectos de la vertiente positiva de la prevención general lo que alcanzan mayor relevancia”¹⁰⁶

Si bien el Derecho Penal consiste en la protección de los bienes jurídicos de las personas, entonces se ha de relacionar con esta teoría, pues en parte es utilizada la amenaza como afecto intimidatorio para una mejor eficacia de las normas jurídicas, según JURGEN BAUMANN señala que: “...es inadmisibles considerar en formas agravante los criterios de prevención general en el castigo individual. De

¹⁰⁶ Tribunal Constitucional Fundamento 32 de julio del 2006 Exp. 019-2005 /Lima.

esta manera, el hombre se convertiría en instrumento para el mantenimiento del orden cual. Pero él no es el instrumento, sino el fin de este orden”¹⁰⁷ siempre se ha pretendido mantener un determinado orden social con el fin de que exista una tranquilidad en la sociedad.

En cuanto se refiere a la prevención general positiva que es el otro lado de la moneda si bien en la negativa reforzaba su teoría en la amenaza la positiva radica el concepto de una integración social en la cual se ha sustentado no como una medida intimidante o que sea ejemplarizante lo que se ha querido que es poder brindar una tranquilidad a la comunidad cuando se cometan delitos, lo que se ha buscado es que se solidifique la confianza en el Derecho.

3.3.2.2. TEORIA DE LA PREVENCION ESPECIAL

Su principal impulsor Fran Von Liszt en esta teoría su principal objetivo es la prevención de que no se vuelva a cometer un acto delictivo en un futuro, muy contrario a esta teoría la prevención general que iba específicamente para una sociedad por medio de temor de la intimidación se pretendía que mediante el ejemplo las personas de una sociedad no pueda cometer actos delictivos, muy por el contrario esta teoría se centra en aquellas personas hay vulnerado o infringido normas de un ordenamiento jurídico, es decir que el sujeto que ha infringido dichas normas no tenga predisposición a que vuelva cometer dicho acto o que cometa un reincidencia.

Según refiere ENRIQUE BACIGALUPO sobre la prevención especial tiene cierta opinión: “la legitimidad del Derecho Penal de la resocialización no es, ni mucho menos obvia. La máxima tensión en este punto es, ante todo, consecuencia de la crisis probablemente insuperable en que se encuentra subsumida la Pena privativa de libertad. De todos modos, el dilema fundamental es claro: es necesario no limitarse, en la tarea de resocialización al logro de una mera actitud exterior de adecuación a la ley, pues de esta manera no se alcanzarán los objetivos buscados.

¹⁰⁷ IBIDEM Pg. 1290.

Pero toda resocialización que tiende ir más allá encerraría el peligro de una adaptación coactiva a una determinada concepción de la vista social, lo que choca con los principios de una sociedad pluralista”¹⁰⁸ la aplicación de la resocialización ha generado controversia en determinar si al aplicar una sanción el sujeto infractor encontrara las condiciones necesarias para dicho fin.

En cuanto se refiere a la Teoría de la prevención especial ve el fin de la Pena como un instrumento que aparta a infractor evitando que vuelva delinquir nuevamente, es decir que lo apartan de la sociedad privándolo de su libertad usando la Pena en tres dimensiones entre ellas la intimidación del delincuente, su resocialización e inocuización , es decir que direcciona al delincuente por medio de la intimidación que da un aviso del cual puede ser objeto al cometer infracciones así como también se busca su resocialización que busca a través de medios correctivos que concienticen al infractor de su mal accionar.

Según ROXIN considera a la prevención especial como un medio de parte del Estado para asegurar un orden señalando : “La Pena no pretende retribuir un mal por el mal causado del delito, si no que se aplica para prevenir otro delitos del propio autor y ello puede ocurrir de tres manera: corrigiendo al corregible, esto es lo que llamamos resocialización; intimidando al que por lo menos es intimidable; y finalmente haciendo inofensivos, mediante la Pena de privación de libertad, a los que no son corregibles ni intimidables”¹⁰⁹, se adoptado estas medidas con el objeto de que la Pena no sea solo una mera sanción como acto intimidatorio sino que también esta teoría que se enfoca en la reinserción del infractor educándolo cambiando su percepción de cometer delitos de esa manera pueda no ser un factor dañoso para la sociedad.

Para la teoría de la prevención existe dos vertientes como es la prevención especial positiva lo que pretende es que el autor de un delito no lo vuelva a cometer más en un futuro, logrando el objeto de su resocialización a diferencia de la prevención especial negativa podría decirse que también se trata de poder eliminar esos deseos o conductas que conllevan a realizar un crimen; ambas teoría tiene un similar objetivo el cual es poder reducir las conductas criminales, pero se pueden diferenciar que en la prevención general negativa se trata de

¹⁰⁸ Citado por PRADO SALDARRIAGA, VICTOR, Ob. Cit, Pg. 29.

¹⁰⁹ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, Individualización de la Pena de Prisión, Online: [<http://cleuadistancia.cleu.edu.mx/cleu/flash/PAG/lecturas/tratamiento/Individualizacion%20de%20la%20pena.pdf>] (2811/16)

apartar al ciudadano de cometer un delito usando como medio la amenaza, la atribución de un castigo que sobresalga de los beneficios que pueda ser originario del crimen, mientras que en la prevención general positiva, se trata de operar sobre el lado bueno del individuo sin llegar a manipular su aspecto del temor por una sanción.

Asimismo, en este sentido el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto de esta teoría en la que señala lo siguiente:

“Por otra parte, la teoría de la prevención especial o también denominada teoría de la retribución relativa, centra la finalidad de la Pena en los beneficios que ella debe generar en el Penado o, cuando menos, en aquellos que tenga la voluntad de ser resocializados. De esta manera, la finalidad de la Pena puede ser dividida en dos fases: a) en el momento de su aplicación misma, teniendo como propósito inmediato disuadir al delincuente de la comisión de ilícitos Penales en el futuro, desde que internaliza la grave limitación de la libertad persona que significa su aplicación, y b) en el momento de su ejecución, la cual debe encontrarse orientada a la rehabilitación, reeducación y posterior reinserción del individuo a la sociedad. Esta finalidad encuentra una referencia explícita en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución: Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del Penado a la sociedad”¹¹⁰

En la Teoría de la Prevención especial hay que destacar la aplicación como un fin para poder asegurar un orden social dentro de un Estado, lo que se ha de pretender es poder prevenir el origen de otros delitos y se consideran que puede existir otras manera para que pueda corregirse según CLAUS ROXIN: “puede ocurrir tres maneras: corrigiendo al corregible, esto es lo que llamamos resocialización; intimidando al que por lo menos es intimidable; y finalmente, haciendo inofensivos, mediante la Pena de privación de libertad, a los que no son corregibles ni intimidables”¹¹¹ lo que siempre se ha querido llegar es un control

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 019-2005 Julio del 2005.

¹¹¹ Citado por ORELLANA WIARCO, OCTAVIO ALBERTO, Individualización de la Pena de Prisión ver Online [<http://cleuadistancia.cleu.edu.mx/cleu/flash/PAG/lecturas/tratamiento/Individualizacion%20de%20la%20pena.pdf>] (03/02/17)

social que pueda garantizar la paz social entre la población evitando que se incrementen los crímenes.

3.3.2.2.1. PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA Y POSITIVA

En cuanto respecta a esta teoría de la prevención especial se divide en dos por un lado se tiene a la especial negativa en cual la Pena tiene como fin que el infractor pueda ser neutralizado, es decir que no sea sujeto a realizar nuevos actos delictivos que pueda ser aislado solo si en caso eficaz se vive dentro de un determinado orden social y de otro lado la prevención especial positiva donde la Pena estará determinada a buscar que el sentenciado sea reinserto a la sociedad.

La prevención especial positiva es considerar un medio para poder resocializar o reinsertar a una persona que haya sido condenada por un delito doloso pueda nuevamente pertenecer a una sociedad es por ello que el Estado se ha visto en la necesidad de poder apoyar a estos sujetos con programas que puedan reforzar sus valores todo con el objeto de dicha persona pueda corregirse tomando conciencia y de que realizar actos que afecten los bienes jurídicos de otras personas no es algo aceptado por las normas de una sociedad, razón por la cual se les impone una pena apropiada al acto punitivo.

Se ha podido conocer en que se fundamenta la teoría especial positiva en cual buscaba resocializar al Penado muy por el contrario en la prevención especial negativa consideran a la Pena como una herramienta para poder extraer al delincuente de la sociedad aislándolo asimismo GARCIA CAVERO refiere: “la comprensión del Derecho Penal como fenómeno social, nos lleva necesariamente a las teorías relativas de la Pena, es decir, a aquellas teorías que entienden que la Pena debe cumplir necesariamente una función social”¹¹² se ha buscado que la Pena sea una herramienta radical de poder apartar al infractor de la sociedad como un mal que afecta tratando de recluirlo y brindar la seguridad a la demás población.

¹¹² Citado por MERINO SALAZAR, Carlos Eduardo- La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y fin de prevención general positivo en las sentencias condenatorias por delitos contra el patrimonio- Universidad Privada de Antenor Orrego Trujillo 2014 Pg. 51. Ver Online: [http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/728/1/MERINO_CARLOS_PENA_PRIVATIVA_CONDENATORIAS.pdf\(08/03/18\)](http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/728/1/MERINO_CARLOS_PENA_PRIVATIVA_CONDENATORIAS.pdf(08/03/18))

3.3.3. TEORIA MIXTA O TEORIA DE LA UNION

Dentro de esta corriente están autores como Eberhard Schmidhäuser y Claus Roxin, de acuerdo con esta teoría tiene una combinación o la unión tanto la teoría absoluta o retributiva y la teoría relativa o de la prevención, para esta teoría lo fundamental sigue siendo la remuneración del delito culpablemente cometido y sólo dentro de ese marco retributivo y que con el castigo se busquen soluciones preventivas según manifiesta Roxin que: “la retribución no es el único efecto de la Pena, sino uno más de sus diversos caracteres que incluso no se agota en sí mismo, sino que, al demostrar la superioridad de la norma jurídica sobre la voluntad del delincuente que la infringió, tiene un efecto preventivo general en la comunidad. Se habla en este sentido de prevención general positiva que más que la intimidación general, persigue el reforzamiento de la confianza social en el Derecho”¹¹³

Siendo así no se puede asegurar que la Pena tiene una única función ni determinar un único fin pues en esta teoría a la Pena se puede decir que cumple diferentes funciones, es decir que en primer momento aparece cuando el legislador determina que debe prohibírsele una cierta conducta utilizando como instrumento la amenaza, la intimidación en una sociedad para que se abstengan de realizar hechos que contravengan una norma.

Pero a pesar de esa amenaza e intimidación, se llegase a ejecutar algún hecho delictuoso, entonces a su autor se les aplicará una Pena acorde a los hechos cometidos, predominando en la aplicación de esta sanción la idea de una retribución o reparación por los daños ocasionados.

Según otros autores consideran que al aplicarse ambas teorías no se puede dar una adecuada sanción debida que esta teoría no se encuentra correctamente consolidada tal como lo señala Heiko H. Lesch:

“Pero tal proceder no es sino el ya criticado de las teorías aditivas que sin un criterio determinado van de acá para allá entre diferentes finalidades de la Pena, que hace una concepción unitaria de la Pena como medio de satisfacción social imposible. En especial, no se

¹¹³ Citado por CARDENAS RUIZ, MARIO, Las Teorías de la Pena y su Aplicación en el Código Penal, Ver Online: [<http://www.derechocambiosocial.com/revista002/pena.htm>] (07/02/17)

resuelven satisfactoriamente las contradicciones entre los fines de la Pena preventivos y el principio de culpabilidad: el punto de vista retrospectivo de la compensación de la culpabilidad y el prospectivo de la prevención se encuentran absolutamente desligados e incompatibles. (...) El problema de las teorías de la unión reside en definitiva en su carácter ambiguo: no están en condiciones ni de dar a la finalidad de la Pena estatal una dirección y un fundamento consistente, ni de proponer una regla funcional que conceda preferencia a una teoría o a otra en los puntos de colisión. Las teorías de la unión solo pueden entenderse como meras propuestas que no pueden ser fundamentadas de una forma convincente. Además, de esto, el principio de compensación de la culpabilidad pierde su función originaria de fundamentación de la Pena y queda reducido a tan solo un criterio delimitador de la Pena que no puede ser aclarado funcionalmente”¹¹⁴

Desde el punto de vista esta Teoría Mixta o también llamada de la Unión se presentan desperfectos, los que principalmente se ha tratado de acomodar es entre la teoría absoluta y la relativas si bien es cierto que cada teoría tiene su propia ideología sea tanto la de retribuir a la víctima por el daño ocasionado así como también la relativas que se encargan de la prevención ambas teorías contrapuestas desde un punto de vista del autor, lo que se ha querido es reforzar estos argumentos con el único fin de poder atribuir una sanción que sea acorde a los hechos cometidos y que exista también una atribución basándose en ambos en el mismo principio si bien es cierto que estas teorías se diferencian llegan a un mismo objeto el cual es sancionar ante cualquier hecho delictual que se cometa y afecte a los integrantes de una comunidad.

Siempre ha existido una polémica entre la teoría absoluta como la de la relativa en la cual han tenido concepciones muy contrarias por ello que se ha derivado a la unificación de estas, claramente esta teoría ha sido con el fin siempre de proteger a la sociedad sustentada en dos ideas la primera es la de velar, cuidar, preservar el bienestar de la sociedad siempre existiendo una retribución justa y proporcional al daño ocasionado.

¹¹⁴ Citado por GONZÁLEZ HARKER LUIS JORGE, Ob. Cit. (07/02/17)

El segundo sustento de esta teoría es que la Pena es una defensa de la sociedad y que la retribución es una función de prevención lo cual considera que se impone que se realicen nuevos actos sancionables acorde al hecho cometido, en estos casos se puede concretar que se protege a la sociedad es decir la protección de los bienes jurídicos.

Este criterio que deviene en unificador de dos teorías totalmente opuestas como en la retribución que claramente se demuestra una culpabilidad, pero la intervención Penal del Estado no se agota con dicho resarcimiento, sino que también su finalidad adicional es la de es la prevención a comisión de los delitos futuros.

Ante estos hechos en el Derecho Penal Peruano permite poder dar un conocer el fin de una Penas asimismo también la Constitución Política del Perú que brinda esta información en el cual se menciona en el Título Preliminar en el cual refiere que: “Este código tiene por objeto la prevención de los delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad” de esta manera según CLAUS ROXIN dice: la Pena cumple tres etapas diferentes pero dialécticamente unidas: la conminación Penal, la aplicación judicial y la ejecución de la condena”¹¹⁵ en este momento el Derecho Penal Peruano se realiza a través del Código Penal en el cual su principal función es la prevenir delitos.

Esta teoría se sostiene como un criterio unificador en la que propone soluciones mixtas es decir una doble vía en la aplicación del Derecho Penal en la cual la aplicación de la retribución para los delincuentes y otro criterio de prevención por medio de herramientas que imposibiliten al infractor cometer nuevamente delitos.

En nuestro sistema jurídico Penal y la aplicación de la política criminal en donde la Pena y las medidas de seguridad son herramientas para la protección de los bienes jurídicos que en todo momento se ha buscado mantener un orden social una tranquilidad razón por la cual nuestra política criminal ha buscado dos cosas la reinserción del infractor y la indemnización del daño sufrido.

Según CLAUS ROXIN si hay algo que siempre nos ha reafirmado es: “la Pena sirve a finalidades de prevención especial y general. Es limitada en su monto mediante la medida de la culpabilidad, pero poder alcanzar esta medida, en tanto

¹¹⁵ IDEM. PG. 1293

todo sea necesario para las necesidades de la prevención especial y no opongan a ello los requisitos mínimos de prevención general”¹¹⁶

En conclusión en nuestro Código Penal acepta como una finalidad de la Pena una perspectiva prevencionista en la que el límite de intervención Penal es la responsabilidad del autor en otras palabras la Pena no se agota con el castigo si no que entra la función preventiva en la cual tiene por objeto imposibilitar la comisión de nuevos delitos el cual protege a la sociedad incluyendo al infractor optando por medidas resocializadoras y reeducadoras por medio de Penas que son proporcionales y humanitarias con el rol de tener políticas sociales beneficiosas para la sociedad.

Con lo previamente manifestado se ha tomado cierto conocimiento que la aplicación de los Presupuestos para fundamentar la pena y Circunstancias de atenuación y agravación en la motivación de las sentencias Penales, en aplicación de la teoría mixta de la Pena que es por cual se rige en el ámbito peruano debido a que me basare no en la crítica a la Teoría Mixta o de la unificación si no en su aplicación en el proceder Penal peruano específicamente en el departamento de Tacna, para poder entender dicha teoría tal como lo mencionó ENRRIQUE BACIGALUPO al estudiar las relaciones entre el Derecho Penal y la Política Criminal señalando que:

“las consecuencias de las teorías de la unificación sobre el sistema del Derecho Penal se perciben en la disfuncionalidad que caracteriza las distintas partes que lo componen: presupuestos de la Pena determinado por criterios propios de la teoría retributiva y ejecución Penal dirigida a un tratamiento resocializador; límite de la Pena en la culpabilidad del autor por un lado y exigencias del tratamiento por el otro; derecho Penal material que proclama el fin de la resocialización y proceso Penal denominado por la comprobación de la culpabilidad”¹¹⁷

Por estas razones hay que tener en cuenta que en nuestro Sistema Peruano actual se rigen en base a la Teoría Mixta o de unificación porque existen la unión de tres teorías como son la Teoría General, Teoría Especial y la Teoría Absoluta o

¹¹⁶ IDEM Pg. 1294.

¹¹⁷ Citado por PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios, Editorial Moreno S.A., Primera Edición, Lima – Perú, agosto 2010, Pg. 30.

Retributiva en las cuales en la primera tiene la función de proteger los bienes jurídicos en la segunda al cumplimiento de la Pena por parte del sujeto sancionado y en la tercera se basa en el estudio de la sanción Penal es decir la debida aplicación del Principio de Proporcionalidad de las Penas en las Sentencias Penales.

3.4. INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

Cuando ya se tiene la ley Penal aplicable al caso debe existir una razón jurídica que va direccionada a cada individuo imponiendo una ley justa y proporcional que de violarse afectaría en gran medida los derechos fundamentales es por ello que, si se imparte una Pena, se tomará en cuenta fin el cual es resocializar del sujeto infractor.

En palabras generales la aplicación de la Pena nueva un papel muy importa ya decidirá el futuro de una persona aplicándosele políticas criminales de manera que una Pena sea individualizada. Se ha pensado que es importante señalar como es la aplicación de la Pena dentro de Estado en el cual se ve el poder punitivo que ejerce sobre cada individuo perteneciente a la sociedad.

Según la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia refiere: “Existen ciertas exigencias de la Pena, la gravedad de esta, que debe ser proporcional a la del delito cometido y la circunstancias en se perpetro el evento delictivo; por ende se da el reconocimiento de que la gravedad de la Pena debe estar determinado por la trascendencia social de los hechos que con ella se reprime, es de ahí que resulta imprescindible la valoración de la nocividad social del ataque el bien jurídico protegido. En este contexto, corresponde al juzgador al imponer una sanción Penal, evaluar los factores tales como la gravedad del comportamiento o la percepción social relativa a la adecuación entre el delito y la Pena (...)”¹¹⁸, la argumentación de una resolución jurídica debe ser también descriptiva dado que puede poder en perjuicio derechos del sentenciado.

Según JESCHECK: “la individualización judicial de la Pena en el Juez debería liberarse de los prejuicios personales, las simpatías y las emociones, y orientar su sentencias exclusivamente conforme a criterios objetivos de valoración”¹¹⁹ debe

¹¹⁸ Tribunal Constitucional – Sala Penal Transitoria expediente N° 111-2004.

¹¹⁹ Citado por CARO CORIA, DINO CARLOS- Nota sobre la Individualización Judicial de la Pena en el Código Penal Peruano ver [online:](#)

entenderse como una consecuencia jurídica de un delito en razón que el sujeto infractor tendrá asumir su responsabilidad frente a hechos delictivos. Por ello ERNST HEINITZV expresa: “Desde hace tiempo se ha extraído de ello la conclusión de que la medición de la Pena es una cuestión de discrecionalidad judicial que también puede llevar consigo un “componente individual” del correspondiente órgano aplicador”¹²⁰

La individualización de la Pena debe estar orientada para la fijación de una sanción proporcional dentro de un marco legal punitivo que realizado el sujeto infractor es por ello que: “por regla general, este permite todavía una amplia evaluación del contenido de injusto del hecho pues el legislador, en su esfuerzo por posibilitar también un castigo adecuado en las formas de comisión del delito de mucha o escasa gravedad, ha establecido marcos punitivos sumamente amplios”¹²¹ para la fijación de la Pena debe estar dentro de los límites existiendo una Pena máxima.

La existencia de un sistema de determinación de la Pena debe entenderse como una Pena fija que está fijada por la ley en la cual claramente no se toma en cuenta las cualidades del sujeto infractor o las circunstancias que llevaron a realizar el acto delictivo, así mismo están aquellas sanciones en las que son más flexibles estando sujetas a la Ley es decir dentro de un máximo y un mínimo legal dentro de lo cual el Juez tendrá la misión de fijar un quantum de Pena acorde a la naturaleza del hecho así como de ver criterios de individualización.

Existen diversos criterios que se toman en cuenta para una individualización la cual una de ellos es conocer todos los medios de prueba que corroboren la participación, así como su culpabilidad es decir destacando los hechos relevantes que deben estar acompañados por medios de prueba que le dará certeza al delito atribuido al sujeto infractor.

La individualización de la Pena significa que el legislador determinará el quantum de la Pena la cual tendrá la capacidad de decidir el tiempo de Pena que se le impondrá es una decisión que guardará relación con el hecho delictivo cometido teniendo en cuenta la gravedad del hecho, así como de la participación del sujeto.

<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/131999/Tjrra1de2.pdf;jsessionid=E5E4DEAA5443A403B1A13BA9D0A8F119?sequence=6> (10/04/17).

¹²⁰ Citado por HEINRICH JESCHECK, Hans, WEIGEND Thomas, Tratado de Derecho Penal Parte General Vol. 1 Editorial Instituto Pacífico octubre 2014, pg. 1298.

¹²¹ Ob. Cit. Pg. 1299.

Con relación a este tema en el Tribunal Constitucional ha señalado que para que exista una correcta individualización refiere:

“nada más lejos de los objetivos de la Ley procesal el conformarse en que la persona sea individualizada cumpliendo solo con consignarse su identidad (nombres completos) en el auto de apertura de instrucción (menos aún como se hacía antes, “contra los que resulten responsables”...), sino que al momento de calificar la denuncia será necesario, por mandato directo e imperativo de la norma procesal citada, controlar la corrección jurídica del juicio de imputación propuesto por el fiscal, esto es, la imputación de un delito debe partir de una consideración acerca del supuesto aporte delictivo de todos y cada uno de los imputados.”¹²²

En consecuencia, se ha determinado que para que exista una imputación debe ser clara, precisa que exprese de forma detallada los hechos de manera cronológica considerando hechos relevantes que pueden imputar al sujeto infractor teniendo en cuenta siempre los medios probatorios; por lo tanto, la imputación que realice al titular de la acción Penal no debe ser general o grandes rasgos lo cual puede impedir que se realice una defensa violando este derecho.

En este sentido la individualización resulta necesario recordar la función que cumple ya que es una etapa previa en la cual el Juez va decidir la imposición de una Pena claramente bajo ciertos lineamientos impuestos por la ley, según GARCIA ARAN: “la verdadera individualización debe lograr la adecuación del tiempo de Pena a la naturaleza del agente y por ello, no puede existir autentica individualización en nivel leal: la Ley no puede conocer a los individuos, solo prever las especies y sentar las bases para la posterior individualización”¹²³

En lo que respecta es tema tratado estando expresado en el Art. 45 del Código Penal en cual especifican los criterios para una individualización de esta misma forma lo señala la Ejecutoria Suprema de Lima.

“con respecto a la graduación de la Pena, esta debe ser impuesta respetando el principio de responsabilidad subjetiva del Derecho Penal, previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código

¹²² Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N°08125 – 2005 – PHC /TC noviembre 2005.

¹²³ Ob. Cit. Pg. 142

Penal, el cual establece que la Pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho; asimismo, se debe tener presente que su finalidad esencial está orientada a buscar en el sujeto culpable su reeducación y reinserción en la sociedad y en tal sentido si dosimetría no constituya un exceso y pierda su objetivo final; asimismo, si bien es cierto el legislador ha establecido las clases de Pena y el quantum de estas, pero no de una manera fija y absoluta, también lo es que se han fijado los criterios necesarios para que el juzgador pueda individualizarla judicialmente y concretarla observándose por lo tanto el principio de proporcionalidad y razonabilidad establecido como un criterio rector de toda actividad punitiva del Estado, lo cual nos conduce a valorar el perjuicio y trascendencia de la acción desarrollada por el agente culpable bajo el criterio de la individualización, cuantificando la gravedad del delito y su modo de ejecución, peligro ocasionado y la personalidad o capacidad del encausado que comprenda la edad, educación, condición económica y medio social”¹²⁴

Por cuanto se refiere a una determinación judicial debe realizarse un procedimiento técnico y valorativo en cual se encuentra plenamente normado lo que se realizará en base a gravedad del hecho que se ha cometido y debe considerarse específicamente trece circunstancias que el Juez debe tomar en cuenta al momento de poder realizar una sanción punitiva, contribuirá una sanción más justa y proporcional a la gravedad de los hechos.

La individualización de la Pena es la precisión que en cada caso en concreto se hace para determinar la cantidad y calidad de los bienes jurídicos de que es necesario y posible privar al autor de un delito para procurar su resocialización reeducándolo evitando actos sancionables. Es decir, es el procedimiento por el cual la Pena es determinada por la ley y se adecua al delito cometido por el concreto autor.

La individualización la realiza el Juez en su sentencia judiciales con base a las especificaciones del tipo y a las pautas de la parte general (respecto de las cuales se habla de una individualización legal y se va adecuando a la persona del condenado mediante la ejecución de la Pena en procura de su fin de prevención

¹²⁴ IBIDEM Pg. 724

especial en razón a esto entonces habla entonces de una individualización ejecutiva.

Sistema de determinación de la Pena se puede entender por Pena fija o rígida a aquella duración está determinada de antemano por la ley, en las que no se tiene en consideración a la persona del autor ni las circunstancias particulares de cada caso. Aquellas sanciones que son un poco más flexibles son aquellas donde la ley determina un máximo y un mínimo, limitando con ello el ámbito Penal dentro del cual el Juez debe fijar el quantum adecuado a la naturaleza del hecho y a la personalidad del delincuente.

Los criterios que deben de regir en la individualización judicial es la formación de la medida de la Pena plantea, como tarea previa, la constatación de todos los factores de culpabilidad y de prevención aplicables en el caso concreto. El conjunto de los hechos relevantes constituye la base fáctica de esta actividad.

Para la obtención procesal de los hechos, que influyen en la medida de la Pena, se debe partir de la premisa básica de que la aplicación de la Pena es también realización de derecho material y que se halla sometida a las mismas exigencias probatorias que rigen en todo proceso Penal para la cuestión de la culpabilidad.

Ello importa reconocer que, respecto del deber de instrucción del tribunal en el tratamiento de las peticiones de prueba de las partes y del principio "in dubio pro reo" se deben aplicar las mismas reglas que garantizan que el aseguramiento jurídico probatorio se organice sobre la base de criterios legales.

Al individualizar la Pena judicialmente Hasta la actualidad, lo que se ha venido a discutir, según los criterios criminológicos y victimológicos a considerar es que, la Pena es una consecuencia jurídica Penal derivada de la comisión de un delito, visto éste, no como una abstracción legal, sino como un hecho real y concreto, atribuible no solo a elementos circunstanciales, sino a la conjugación de esos elementos con las características y antecedentes particularísimos del delincuente y de la víctima. De la expectativa resocializadora de la Pena como factor determinante para su imposición y ejecución. Por lo tanto, se considera que la Pena debe ser aplicada exclusivamente por los juzgadores que conocen del caso,

3.5. CLASES DE PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

Las clases de Pena y las medidas de seguridad que existen en nuestro Código Penal como consecuencias jurídicas a la relación de un delito lo cual se manifiesta con la imposición de una Pena mediante la privación o restricción de derechos por lo que se puede restringir la libertad ambulatoria del infractor afectando sus derecho económico o patrimonial de igual forma sus derechos políticos o civiles.

La imposición de Penas se remonta a épocas antiguas lo que con el tiempo muchos autores lo han determinado como lo se refiere DANIEL PEÑA LABRIN “El comportamiento típico, antijurídico y culpable que protagoniza un cuidado activa el sistema Penal oponiendo al autor una determinada consecuencia jurídica. Siendo las consecuencias jurídicas son las Penas, medidas de seguridad, las medidas accedería y las responsabilidades civiles que derivan del delito”¹²⁵ lo que se refiere que ante actos que sobrepasen ciertos límites establecidos por el Estado que corresponde al cumplimiento de imponer sanciones de acuerdo a la infracción cometida.

De acuerdo con nuestro Código Penal Vigente se puede entender a la Pena como Comisión Revisora en la cual considera que la Pena privativa de libertad es una respuesta ante los actos delictuales en los cuales están plenamente establecidos su gravedad, de esta premisa se desprende la función de la Pena la cual es según MARCIA ROSAS TORRICO “es la facultad de imponer el cumplimiento de la Penas o medidas de seguridad a las personas que realizan comportamientos prohibidos en la ley Penal. Es un derecho subjetivo del Estado que surge de la relación jurídica entre el Estado y que infringe la ley Penal (imputado) en virtud de la cual no tiene derecho imponer una Pena o medida y aquel a sufrirla”.¹²⁶ En el Derecho Penal nuestra sociedad no es la de ser sancionadora todo lo contrario lo que busca es la prevención usando las Penas como ultima ratio como medida de control social ante comportamientos antijurídicos.

¹²⁵ Citado por GONZÁLEZ HARKER Luis Jorge, Situación Penitenciaria y Pena Privativa de la Libertad, Pontificia Universidad Javeriana, Año 200, Santa Fe – Bogotá, ver Online: [<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis30.pdf>] (12/02/17)

¹²⁶ GONZÁLEZ HARKER Luis Jorge, Situación Penitenciaria y Pena Privativa de la Libertad, Pontificia Universidad Javeriana, Año 200, Santa Fe – Bogotá, ver Online: [<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis30.pdf>] (12/02/17)

En cuanto se refiere al Derecho Penal responde a la política criminal que ha sido diseñada por la constitución Política del Perú en la cual las Penas aplicables de acuerdo al Código Penal de 1991 en el Art. 28 se clasifican de la siguiente manera:

3.5.1. PRIVATIVA DE LIBERTAD

En la antigüedad de la Pena privativa de libertad no consideraban al encierro como una forma de respuesta antes actos que contravengan una tranquilidad social o que merecieran un castigo si no era considerado como una manera de poder asegurar que se encontrase presente al ser juzgado en un juicio y que se le impusiera una sanción que fuera proporcional a los actos cometidos.

Es decir entonces que la privación de la libertad es considerada como una medida preventiva para asegurar su asistencia a los juicios es así que en Roma CONTARDO FERRINI refiere “ni el derecho de la época republicana ni el de la época del impero conocieron la Pena de cárcel pública y aun en el derecho justiniano se consideraba como inadmisibles e ilegítimas una condena judicial a cárcel temporal o perpetua”¹²⁷ ya en aquellos tiempos se consideraba que la aplicación de las sanciones Penales son preventivas.

Ya en la época del renacimiento se ha extendido la necesidad del uso del Derecho Penal debido a un aumento en la población hecho que sucedió aproximadamente en el siglo XIV en la cual debido el aumento de la población y del excesivo ofrecimiento de la mano de obra lo que ha sido un componente a generar desempleo por lo tanto el incremento a la delincuencia afectado socialmente a la población, así como también incrementándose la inseguridad.

En el Derecho Penal muchos autores han expresado su punto de vista con respecto es así que BECCARIA expuso una teoría punitiva en la cual la ha fundamentado en dos bases que permite sustentar una justificación de la creación de la Pena como resultado de un delito “la primera de ellas, referente al misión de la Pena, que, no siendo otra diferente a la demostrar las consecuencias del delito, permite, en consecuencia, disuadir de las conductas delictivas a los demás miembros de la sociedad; y la segunda, la de neutralizar y castigar al delincuente para brindar seguridad la sociedad”¹²⁸ según este tratadista considera que debe

¹²⁷ IBIDEM Pg. 27

¹²⁸ IBIDEM Pg. 28

existir una proporcionalidad tanto en la sanción Penal impuesta y del delito cometido en base a todo esto el mismo autor sostiene que: “El fin, pues, no es otro que el de impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la omisión de otros iguales”¹²⁹. Luego deberán ser escogidas las Penas y aquel métodos de imponerlas, que guarda la proporción haga una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo”¹³⁰ en este fin se considera a la Pena como una medida de prevención que impedirá la reincidencia en actos delictivos.

Con respecto a las Penas CESAR BECCARIA refiere a las Penas “No es la crueldad de las Penas uno de los más grandes frenos de los delitos, si no la infalibilidad de ellas...La incertidumbre del castigo, aunque moderado hará siempre mayor impresión que el de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad...La mismas atrocidad de la Penas hacer que se ponga tanto más esfuerzo en eludirla y evitarla cuanto mayor es el mal contra quien se combate; hace que se cometan muchos delitos, para huir la Penas de uno solo”¹³¹ considerarse a la sanciones como una forma de impedir que se acreciente las sanciones como consecuencia de actos.

Con el surgimiento del soberano hubo la necesidad de establecer normas, se creía que de esta manera se establecería leyes que regularían las conductas hombres y que realizaba porque existía una necesidad para establecerla según MONTESQUIEU “Todo acto de autoridad de hombre a hombre que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico.” En este derecho surge la Pena así mismo también surge el derecho a castigar al que no cumpliera con las leyes

Históricamente con respecto a la Pena privativa de libertad se trata de encontrar una respuesta a las sanciones punitivas y de cómo se ha aplicado afectando la libertad ambulatoria del delincuente lo ha se ha dirigido a corregir acciones que afecten a la población como delitos que afecten a la propiedad que eran los más frecuentes desde tiempos antiguos en efecto la privación de libertad se ha visto como una prisión para poder asegurar la presencia de las personas antes las autoridades y que pueda ser juzgado de manera adecuando siguiendo un

¹²⁹ IBIDEM

¹³⁰ Beccaria Cesare, De los Delitos y de las Penas, Editores Importadores S.A. Primera Edición, Lima- Perú 2013, Pg. 31

¹³¹ IDEM

procedimiento llegando a una sanción adecuada acorde a los hechos que se generan sus conductas como sanción.

La Pena privativa de libertad se impone a una persona que es condenada obligándosele a permanecer dentro de un establecimiento penitenciario restringiéndole su libertad ambulatoria esto data de antecedentes que explicaban el surgimiento de este tipo de aislamiento según NEUMAN refiere “en el derecho canónico, que hacía en el siglo XVI adopto a la reclusión y a la soledad como una forma de arrepentimiento de reflexión y de moralización. Por lo que, teniendo en cuenta esta consideración podemos sostener que fueron los monjes los primeros en ser confinados en celdas en las que sufrían padecimientos físicos, como el hambre y morales como la soledad absoluta”¹³² la restricción de la libertad tuvo sus inicios en tiempos y lugares en los que se estaba de acuerdo que debería castigarse a personas que cometieran actos que afecten a la población que fueron restringidos de libertad.

Ya con el paso del tiempo aproximadamente en el siglo XVIII han de surgir nuevos pensamientos que van a cambiar el rumbo de los pensamientos punitivos, se estableció que poco a poco las personas cedieron parte de su libertad con el fin de regular sus conductas y poder establecer paz entre el surgimiento de las sociedades; ya durante esas épocas empezaron a surgir dos hombres que pudieron darle un aspecto más humanitario a la aplicación de la Pena la primera la del Marqués de Beccaria que se ha centrado en el aspecto correccionalista y moralizador del derecho Penal y por el otro lado Howard con respecto a una humanización del Régimen carcelario.

Centrándose en lo que expuso el CESARE BECCARIA: “una teoría punitiva que fue respaldada en dos bases que permiten una justificación armónica sobre la presencia de la Pena como consecuencia del delito: La primera de ellas, referente a la misión de la Pena, que, no siendo otra diferente a la de mostrar las consecuencias del delito, permite, en consecuencia, disuadir las conductas delictivas a los demás miembros de la sociedad; y la segunda, la de neutralizar castigar al delincuente para brindar seguridad a la sociedad”¹³³

¹³² Citado por GONZÁLEZ HARKER Luis Jorge, Situación Penitenciaria y Pena Privativa de la Libertad, Pontificia Universidad Javeriana, Año 200, Santa Fe – Bogotá, ver Online: [<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis30.pdf>] (13/02/17)

¹³³ Ob. cit. Pg. 56

Ya con una mejor formalización de las sanciones punitivas y con nuevos pensamientos que empezaron a surgir en aquella época, se comenzó a mostrar un mejor equilibrio en la Pena brindando mayor seguridad y estabilidad a los derechos de las personas de una determinada sociedad evitando afectar tanto a la persona que es sancionada.

Adicionalmente, BECCARÍA se pronunció “sobre el tema de la proporcionalidad entre el delito y la Pena, referente a la relación que debe existir entre la respuesta estatal al delito y la conducta cometida por el delincuente, rechazando, como es obvio, todo tipo de exageración punitiva por parte del Estado”¹³⁴

Para el surgimiento de este pensamiento es que se ha tomado conciencia de cómo debe ser realmente una sanción Penal, debe no solo guiarse en aplicar una sanción al infractor o solo atormentar o causar temor en la población se deberá sancionar acorde a la gravedad de la situación no afectando derechos del infractor.

Siendo así CESARE BECCARIA sostiene que: “El fin, pues, no es otro que el de impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas las Penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo”¹³⁵

Estos nuevos pensamientos dieron origen a nuevos cambios punitivos que originaron mayor conocimiento y conciencia de establecer un equilibrio en la imposición de las sanciones punitivas más no basándose en una intimidación al infractor como lo expone CESARE BECCARIA “... No es la crueldad de las Penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas... La certidumbre del castigo, aunque moderado hará siempre mayor impresión que el de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad... La misma atrocidad de la Pena hace que se ponga tanto más esfuerzo en eludirla y evitarla cuanto mayor es el mal contra quien se combate; hace que se cometan muchos delitos, para huir la Pena de uno solo”¹³⁶ al ya tener en cuenta estos nuevos cambios se deja de lado la tiranía los gobiernos despóticos, el temor un Estado represivo por

¹³⁴ IBIDEM

¹³⁵ IDEM Pg. 58

¹³⁶ IDEM Pg. 59

gobiernos que se guiarán por la equidad un gobierno más republicano en la que debe impedir que reiteren los delitos una manera de prevención.

Más tarde se empezó con la aplicación de estos pensamientos llegó a Norte América donde se ha visto influenciado de estos nuevos lineamientos con respecto al ámbito punitivo llegando a conocer los nuevos cambios que se realizaron en Inglaterra a favor de las libertades y no de la imposición intimidatoria de las Penas. Ya con esta influencia América se ha llevado el decoro de poner en prácticas estas ideas que engrandecía la libertad, equidad y los derechos de las personas en cambio Inglaterra se lleva el mérito de haber fecundado las ideas de haber construido los cimientos para la lucha por la libertad y combatir la opresión de los gobiernos tiránicos.

De esa manera con los inicios de la aplicación de proporcionalidad en las Penas se puede entender esto marco un hecho muy importante en la imposición de sanciones Penales que con el transcurrir del tiempo estas ideologías se masificaron llegando a diversos países de Latinoamérica que sirvieron de lineamientos para una debida aplicación de una sanción punitiva; ha servido para impartir proporcionalidad de las Penas y tener como base en nuestro código Penal actual que rige bajo la teoría mixta debe ser de utilidad y como fundamento en las sentencias Penales en nuestro país.

Una de las principales características que sobresalen de la Pena privativa de libertad era la de someterlos a un aislamiento sea permanente o mientras sea juzgado mediante un confinamiento al interior de celdas o establecimientos penitenciarios donde cumplían condena por un delito en otras palabras a aquellas personas que eran confinadas a celdas o también conocidos presos eran obligados a realizar tareas de manera limitadas acorde al ambiente que se encontraban generalmente encontrando refugio en Dios.

En aquellas épocas en que el confinamiento en celdas para personas que cometían delitos consideraban que su reclusión era un tiempo para reflexionar, meditar sobre sus acciones que tuviesen tiempo de poder conocerse consigo mismo y pensar en su mal accionar o la conducta criminal que demostrase con el fin de que no volviese a delinquir nuevamente un hecho que era característicos de épocas pasadas con respecto a la restricción de libertad era la prohibición absoluta de poder relacionarse con los reclusos no tener ningún tipo de comunicación ni tanto en el interior como en el exterior del centro penitenciario.

Como se ha podido notar de los comienzos de la Pena privativa de libertad la humanidad inicio con una etapa de correccionalista en la que se pretendió que se podía corregir a infractores de una formas moralista si bien es cierto que los recluían en celdas que eran absolutamente aislados con el objeto que reflexionen sobre las razones de su mal actual lo que con Tiempo llevo a poder usar diferente políticas punitivas que conllevan a que el recluso no era completamente apartado de la sociedad acrecentados la humanización que ha servido para que pueda tomar conocimiento de su accionar.

En el Derecho Penal con respecto a la política criminal que ha sido establecido encontrándose diseñada en la Constitución Política del Perú en la cual se orienta a controlar la existencia de comportamientos que son socialmente reprimibles, por lo cual son el justificante para mantener un orden común que pueda contra sus acciones mediante la represión o una sanción lo cual imposibilita que vuelva delinquir en un tiempo cercano.

En consecuencia se ha podido notar que en la sociedad reconoce al infractor como un ser que tiene derechos, merece un trato digno a comparación de épocas antiguas que iniciaron con técnicas que contraviene cualquiera derecho de la persona; con la evolución se pasó a una época moralizadora en la que se pretendió que por medio del aislamiento absoluto generaría conciencia moral pero en algo que si coinciden en cierta ideología CESARE BECCARIA, HOWARD O BENTHAM es “porque aunque en estas épocas el reo comendo a ser destinatario de una nueva política punitiva que se caracterizaría por la humanidad reflejada en la adopción de una Pena no tan severa como la privación de libertad, la realidad, por desgracia, no es muestra que esta sonora y muy difundida creencia de la humanización no ha servido para salvarlo de la situación de completo abandono y de completa humillación y estatal”¹³⁷ se puede entender como de las consecuencias de las sanciones.

Hemos podido recabar información el tiempo hemos llegado a padecer ciertas consecuencias en nuestras sociedades tiene conocimiento que se han adoptado las diferentes políticas punitivas según refiere BORJA MAPPELLI y JUAN TERRADILLOS sostiene que la Pena privativa de libertad “es la perdida de libertad ambulatoria de una Penado mediante su internamiento en un establecimiento penitenciario durante un tiempo determinado previamente por una sentencia

¹³⁷ IBIDEM Pg. 72

judicial y ejecutado conforme a la legislación vigente de formas que favorezca la resocialización”¹³⁸ casi en todas las épocas su principal característica es la privación de transitar libremente.

En cuanto se refiere la pérdida de la libertad ambulatorio es decir que solo recae en la posibilidad de que exista algún desplazamiento físico como se ha podido ver también que este tipo de políticas criminales han sido adoptadas en casi todo el mundo, en lo que respecta a los niveles legales se han ido acomodando dependiendo de la cultura, la relevancia y la magnitud del daño ocasionado que ha funcionado como un mecanismo de represión de conductas.

La privación de la libertad si dirige básicamente a la restricción de desplazarse libremente teniendo otro factor la reclusión en un establecimiento penitenciario que genera una limitación absoluta es decir que no se genera contacto con el exterior en muchos otros países puede variar la forma en como una persona es privada de su libertad como en Paraguay “para las mujeres con hijos menores o incapaces y para las personas de más de setenta años, permite la posibilidad de que cumplan su tiempo de reclusión en su propio domicilio”¹³⁹ esta posibilidad en el Perú asemeja en cierta forma al tipo de reclusión solo en casos especiales cuando las personas cumplan condena otro país como España se puede encontrar dentro de este Estado “la figura del arresto de fin de semana, que, catalogada como una las especies de la Pena privativa de la libertad, consiste en que el reo tan solo permanece determinada durante la cantidad determinada de fines de semana, y, en libertad, durante el tiempo no comprendido en ellos”¹⁴⁰ a comparación de la Legislación Argentina se ha expresado “que cuando la Pena privativa de libertad no exceda los seis meses y siempre y cuando no se trate de lo que se denomina “mujer honesta” o persona valetudinaria o mayor de sesenta años, se pueda cumplir el tiempo en reclusión en la propia casa del condenado”¹⁴¹ en referencia todo esto se concluye que la Pena privativa de libertad o puede ser en un centro penitenciario así también se puede dar en su domicilio siempre y cuando la legislación del Estado lo permita en ciertos casos.

¹³⁸ IDEM Pg. 76

¹³⁹ Código Penal Paraguayo Art. 42

¹⁴⁰ Código Penal Español Art. 35 y 37

¹⁴¹ Código Penal Argentino Art. 10

En lo que respecta que la privación de libertad ambulatoria deberá ser mediante una resolución judicial es decir mediante un debido proceso en la cual se probara la culpabilidad del infractor, de probarse este hecho la determinación de la sanción atribuible a actos delictuosos el órgano jurisdiccional determinara la magnitud o la extensión de la Pena atribuible mediante sentencia judicial siendo aplicable un principio “nullum crimen nulla poena sine lege” significa en otras palabras que nadie puede ser sancionado Penalmente sin que exista una previa atribución legal que pueda calificar como delito la conducta que está siendo evaluada.

Se ha podido comprender hasta el momento que con el surgimiento de las Penas solo se ha podido establecer su aplicación como una sanción a conductas que son catalogadas como indebidas, en el ámbito de aquellas remotas épocas giraba en torno a su aplicación por lo tanto se dejaba de lado o por decirlo de otra manera no era tan importante la necesidad o la insuficiencia de una proporcionada Pena, es decir que se ha dejado completamente desprotegido la lógica y racional aplicación dejando de lado y olvidado que una Pena debe establecerse los fundamentos de su aplicación como sanción.

3.5.2. CADENA PERPETUA

La incorporación de la cadena perpetua en el Perú ha si aproximadamente en el siglo XX ante una situación en la cual nuestro país se encontraba en una época del terrorismo una época donde la criminalidad estaba en su mayor apogeo debido a que no se podía controlar en razón a los atentados y amenaza que significaba para la población dando como resultado la implementación de esta medida considerada como una solución ante esta situación.

La Cadena Perpetua es una regulación legal en la cual es intemporal es decir que no se encuentra sujeta a límites de tiempo pues se sabe que tiene un comienzo más carece de un final con esta sanción se niega completamente al condenado a que pueda ser reincorporado a la sociedad considerando que se protege a la sociedad al evitar que el sujeto infractor cometa nuevamente actos delictivos.

La cadena perpetua en el Perú se encuentra en nuestro sistema jurídico Penal es considerada como una Pena máximo en razón a delitos que son considerados graves en nuestro país vendría a ser la Pena máxima es de 35 años reprimiendo la libertad ambulatoria de una persona, existen doctrinarios que no concuerdan con estos parámetro en razón que no resulta objetivo o coherente la aplicación de esta Pena debido que si bien la Pena es considerada como una herramienta para la reeducación del sujeto infractor en este sentido DIAZ CORTEZ refiere:

“es evidente que, si la Pena privativa de la libertad se debe dirigir a la resocialización, reeducación o reinserción social, debe existir una limitación en su duración, ya que desde el punto de vista psíquico puede conducir al aniquilamiento de la personalidad del interno. (...) La cadena perpetua no se justifica (...) porque excluye al delincuente del concepto de persona y con ello vulnera principios como el de proporcionalidad y el de igualdad en la imposición de la Pena”¹⁴²

La cadena perpetua es una forma de privación de la libertad rígida en el Perú es como un máximo de 35 años en la cual es la neutralización del sentenciado la que prácticamente el sujeto infractor se encuentra encerrado casi de por vida dentro de un establecimiento penitenciario para lo cual se ha podido conceptualización según PEÑA CABRERA: “es una privación de la vida y no solo de la libertad, una privación del futuro y una muerte de la esperanza de vida. Todo porque es una Pena eliminativa, no en sentido físico pero que excluye por siempre a una persona de la co-existencia humana”¹⁴³de esta misma forma coincide JESCHECK: “la denominada cadena perpetua, es un tipo de pena privativa de libertad indeterminada de por vida”¹⁴⁴

¹⁴² Citado por RAMIREZ PARCO, GABRIELA ASUNCION, “El ejercicio y limitación de los derechos fundamentales de los reclusos: análisis normativo y de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional”, Lima 2012 Pg. 42 ver online: https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjv6nEx43TAhWCdSYKHfzB4gQFgg5MAQ&url=http%3A%2F%2Ftesis.pucp.edu.pe%2F repositorio%2Fbitstream%2F123456789%2F4775%2F1%2FRAMIREZ_PARCO_GABRIELA_DERECHOS_RECLUSOS.pdf&usg=AFQjCNH97sUkVJERcM6tgoBef8Ok7MBXfg&sig2=9xLeHzMFz8CgoZlpursDiA&bvm=bv.151426398,d.eWE (04/04/17)

¹⁴³ Citado por AGUIRRE ABARCA, SILVIA ELENA, “La Cadena Perpetua en el Perú” Universidad Nacional Mayor de San Marcos- Lima 2011 Pg. 40 ver online: [http://cybertesis.unmsm.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/cybertesis/1189/Aguirre_as\(1\).pdf?sequence=1](http://cybertesis.unmsm.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/cybertesis/1189/Aguirre_as(1).pdf?sequence=1) (05/04/07)

¹⁴⁴ IDEM. PG. 41

La cadena perpetua constituye una privación de libertad ya que el sujeto infractor cumple su Pena encerrado en un establecimiento penitenciario muchas de esas veces en donde no se les da las condiciones necesarias para habitar es decir en condiciones infrahumanas es por ello que según FERRAJOLI la cadena perpetua explica su naturaleza bajo dos consideraciones: “primero, porque se trata de una privación de la vida y no solo de la libertad: una privación del futuro, un exterminio de la esperanza. Segundo, es una Pena eliminatorio, no el sentido físico, pero si en el sentido que excluye a la persona del consorcio humano”¹⁴⁵ por ende se considera como un tipo de muerte para el infractor ya que no solo representa una muerte física por el tiempo que pasara recluido si no también psicológica al encontrarse aislando de su familia y la sociedad para entonces deja de ser parte de una sociedad excluyéndolo completamente.

Se ha hablado mucho de la forma en como se ha venido aplicando este tipo de Pena, pero también se hablado de la inconstitucional de la cadena perpetua para ello el Tribunal Constitucional ha señalado:

“no considera que la inconstitucionalidad de la cadena perpetua lo autorice a declarar la invalidez de la disposición que la autoriza, pues ciertamente tal incompatibilidad podría perfectamente remediarse si es que el legislador introdujese una serie de medidas que permitan que la cadena perpetua deje de ser una Pena sin plazo de culminación. Además, porque, su pretexto de declararse la inconstitucionalidad de tal disposición, podrían generarse mayores efectos inconstitucionales que los que se buscan remediar. En ese sentido, al tenerse que expedir una sentencia de “mera incompatibilidad” en este punto, el Tribunal Constitucional considera que corresponde al legislador introducir en la legislación nacional los mecanismos jurídicos que hagan que la cadena perpetua no sea una Pena sin plazo de culminación.”¹⁴⁶

En otras palabras la naturaleza de la cadena perpetua se considera que es incompatible por el hecho que va en contra de la resocialización del sentenciado pero existen criterios que han sido expuestos por el Tribunal en donde en nuestro ordenamiento la considera como constitucional, es por ello que en el Fundamento

¹⁴⁵ IDEM Pg. 45

¹⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N.º 010-2002-AI/TC. Fundamento Jurídico N° 190.

194 de la sentencias antes señalada habla respecto a esto: “el establecimiento de la Pena de cadena perpetua sólo es inconstitucional si no se prevén mecanismos temporales de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otras que tengan por objeto evitar que se trate de una Pena intemporal, por lo que si en un plazo razonable el legislador no dictase una ley en los términos exhortados, por la sola eficacia de esta sentencia, al cabo de 30 años de iniciada la ejecución de la condena, los jueces estarán en la obligación de revisar las sentencias condenatorias.”¹⁴⁷

En base a nuestro ordenamiento jurídico se sustenta que pasaran por un proceso de revisión luego de 30 años en razón a esto es que se data de constitucional a la aplicación de la cadena perpetua, bajo estos criterios esta Pena es aplicable solo en casos que amerite nuestro código Penal.

3.5.3. RESTRICTIVAS DE LIBERTAD

En el Estado Peruano se ha podido apreciar que existe democracia de derecho que ha salido en defensa de la persona humana haciendo valer su dignidad como un fin supremo de las sociedades por ello que para exista una determinación judicial de la Pena justa se pasa por un procedimiento técnico y valorativo que se ha desarrollado en nuestro Órgano Jurisdiccional lo que le va corresponder una Pena apropiada al hecho punible que ha cometido el infractor.

A este procedimiento también se ha denominado Individualización de la Pena lo cual genera que a un infarto se les otorgue una Pena proporcional a sus actos delictivos en cuanto se refiere a la Pena restrictiva de libertad no se refiere necesariamente a inhibir la libertad ambulatoria de una Pena en todo caso la persona se encontrara limitada a través de poder residir o morar en algún lugar determinado.

Para darse conocer la aplicación de la expatriación como una sanción punitiva el tratadista MANUEL LOPEZ REY decía que: “el sistema es el conjunto de reglas y principios y servicios más o menos efectivos cuyo objeto es indicar como debe ser

¹⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N.º 010-2002-AI/TC. Fundamento Jurídico N° 194.

llevado a cabo el fin asignado a la función Penal”¹⁴⁸ desde esta perspectiva se puede entender que en nuestro país como en todos se encuentran regidos por políticas criminales que son quienes se encargan de regular las conductas de aquellos que son miembros de una sociedad

En cuanto a esta denominación de restrictivas de libertad son Penas que se basan en el libre tránsito o la permanencia dentro de un determinado territorio nacional según nuestro Código Penal de 1991 en el Art. 30 expresa “La Pena restrictiva de libertad es la de expulsión del país y se aplica a extranjeros después de cumplida la Pena privativa de libertad o la concesión de un beneficio penitenciario, quedando prohibido su reingreso. En el caso de expulsión por concesión de beneficios penitenciarios, el Perú mantiene jurisdicción exclusiva sobre la condena impuesta.”¹⁴⁹ Lo que se tiene en cuenta que ambas Penas se ejecutan de manera posterior a la condena que les fue impuesta.

Hay que tener en cuenta que para en nuestra Constitución Política del Perú señala que una persona no puede ser fácilmente separado de su lugar de residencia o de su territorio nacional como señala el Art. 2 Inc. 11 en efecto para que pueda determinarse este tipo de medida el tiempo de expatriación no debe ser mayor de 10 años es decir que debe estar de manera expresa en la sentencia el tiempo que cumplirá su condena.

Si bien se sabe que este tipo de modalidad de Pena se limita a la persona de muchos de sus derechos humanos que son fundamentales para la personas que se encuentran establecidos en la Constitución política del Perú, así como también en la Convención Americana de Derechos Humanos la declaración universal de derechos del hombre se conoce también que el fin de una sociedad es el bienestar social es por ello que la adaptación de las políticas criminales ha conllevado a la creación de diferentes tipos de Penas entre ellas la restrictivas de libertad que según el tratadista MANUEL COBO DEL ROSAL “aquellas que, sin privar totalmente al condenado de su libertad de movimientos, le impone algunas limitaciones. En la actualidad tales Penas han caído en un comprensible descrédito. Pues sus efectos son muy distintos, desde gravísimos hasta muy leves, según las

¹⁴⁸ Ob. Cit. Pg. 26

¹⁴⁹ IBIDEM Pg. 55

circunstancias del condenado”¹⁵⁰ en estudio con respecto a la Pena han llevado a estudios de muchos tratadistas que consideran que pueden las Penas desproporcionales a los actos delictuales en efecto en este sentido coinciden en referencia a este tema BUSTO RAMIREZ Y HERNAN HORMAZABAL que “históricamente esta clase de Penas han sido objeto de numerosas críticas por su utilización para los delincuentes políticos”¹⁵¹ si bien las Penas con el tiempo la utilización de la Pena en la sociedad ha pasado por etapas en las que de un modo de intimidación hasta la concepción de prevención que es considerada en la actualidad la Pena solo es una consecuencia a ciertos actos.

Según en nuestro Código Penal este tipo de sanción Penales solo se limita a restringir derechos a una persona que es condenada a poder transitar o residir en un determinado territorio nacional es decir para aquellas personas que han sido condenadas son obligadas a abandonar el territorio nacional en caso de expatriación.

Una de las grandes consecuencias que conlleva la expatriación como una modalidad de Pena en comparación con otros países se puede decir que justifican la expulsión como medida a una infracción grave cometida.

Según bajo cierta doctrina de JOAQUIN FRANCISCO PACHECO refiere “la relegación, el extrañamiento, el confinamiento, la prisión, el destierro, el arresto, la sujeción a la vigilancia de la autoridades, recaen principalmente sobre esa misa libertad, de la cual nos despojan en ora temporal, ora perpetua, ora en alguna parte, ora en la plenitud de nuestros deseos”¹⁵² en lo que se puede dilucidar la aplicación de esta Pena tiene que ser determinada y proporcional al acto reprimible

No hay que dejar de reconocer que la expatriación hasta la actualidad es considerada como una condena según MANUEL TORRES AGUILAR señala: “la expulsión del hombre de su habitad y posteriormente de su grupo, es innatamente al Estado de naturaleza y desde ahí ira paulatinamente sufriendo un proceso de

¹⁵⁰ Citado por JULIAN GOMEZ DE MAYA, Las penas restrictivas de la libertad ambulatoria en la Codificación Española, Universidad de Murcia España, Pg. 28 ver online: [https://es.scribd.com/doc/316676683/Penas-Restrictivas-de-Libertad\(08/03/18\)](https://es.scribd.com/doc/316676683/Penas-Restrictivas-de-Libertad(08/03/18))

¹⁵¹ Ob. Cit. Pg.5

¹⁵² IDEM PG. 33

evolución marcado desde ese origen por el derecho más primitivo y rudimentario”¹⁵³ según este autor la expulsión de una persona de su territorio nacional es algo completamente rudimentario lo que se debe tener en cuenta que solo en ciertos casos se utilizara como sanción punitiva.

Se ha tenido como antecedente que en Roma se encontraba la expatriación como método punitivo en la cual aplicaban como derecho Penal ante actos meramente sancionables, así como en otras culturas coinciden en lo que respecta este tema según REMEDIOS MORAN MARTIN según registré respecto al exilio como Pena: “durante la recepción del Derecho común era considerada como un tipo de Pena corpóreas aflictiva o Pena corporal, aunque no hay unanimidad en la doctrina sobre ello. Generalmente no era la Pena independiente, si no accesoria de Penas corporales y pecuniarias. Durante el ese periodo el destierro no significaba la salida del reino, como había sido inicialmente en épocas visigoda y en cierta medida de mantuvo el criterio del Derecho medieval que se refiere a una distancia donde se dictaba la sentencia (ciertas leguas a la redonda), imponiéndose otras en caso de su incumplimiento”¹⁵⁴ muchos años atrás era aplicada la expatriación con el nombre de exilio en el cual tenía una particular forma de aplicarse y que se ha ido readaptando con el tiempo.

En consecuencia se ha podido determinar que tanto la expatriación como la expulsión de una persona extranjera del territorio nacional no se ha cumplido conforme se tiene conocimiento, si bien es cierto que aún se encuentra expresado en el código Penal se tiene conocimiento según la última modificatoria dada por la ley 29460 del 27 de noviembre del 2009 en la cual se ha eliminado la expatriación como una medida consecuente para aquellas personas que comente un delito es decir el muy conocido caso en el Perú del modelo Arnie Hussid consideraba esta modificatoria como una oportunidad para poder nuevamente ingresar al territorio nacional, pero con dicha modificatoria solo es aplicada a personas que pertenecen al territorio nacional más no a ciudadanos extranjeros, pues la expatriación se ha estimado y sabe que vulneraba derechos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como la misma Constitución Política en la cual que existía una discrepancia al aplicar dicha Pena pero con esta

¹⁵³ Citado por, JIMENEZ DE ASUA, Luis; Teoría del Delito, Editorial JURIDICA UNIVERSITARIA, México DF- México, año 2009, pág. 7.

¹⁵⁴ IBIDEM Pg. 44

modificatoria se ha podido dilucidar que no se puede realizar la expatriación de una persona por más que haya recibido una condena de manera adicional a una condena con la privación de libertad

3.5.4. LIMITATIVAS DE DERECHO

Las Penas limitativas de libertad no han sido originas en nuestra legislación han tenido origen más allá de nuestras fronteras es por ello es que necesario ver nuestra realidad del porque se ha adoptado estas medidas en nuestro sistema Jurídico Penal para encontrar la explicación por la cual dichas penas no han tenido una aplicación apropiada ya que comparada con otros países, nuestra política criminal no se asemeja en relación a otras ciudades extranjeras.

Se tiene conocimiento que las Penas se han paletando a bastante tiempo atrás en Rusia en 1926 en la cual se dio servicio a la prestación comunitaria debido a que sus cárceles se encontraban superpoblada razón por la cual se adoptó otras medidas alternativas de sanciones para sujetos infractores que su delito no fuera de mucha gravedad.

En lo que respecta a las Penas limitativas derechos son aquellas sanciones punitivas que una persona pueda hacer ejercicio de derechos determinados, así como los derechos económicos, políticos y civiles, así como también el disfrute total del tiempo libre de una persona esta sanción se encuentra expresado en el Art. 31 al 40 del Código Penal las cuales dentro de las limitativas de derecho se encuentran la prestación der servicio a la comunidad, la limitación de días libres y la inhabilitación.

Con la implantación de este sistema de Penas en nuestro sistema jurídico se podrá realizar un análisis de cómo no se ajusta a nuestra realidad es decir que no se aplica acorde a nuestro sistema legal.

Aproximadamente en los años sesenta en la cual se aplicaba la Pena privativa de libertad en la cual básicamente era considera como una forma de privar la libertad ambulatorio de una persona pero también se consideraba como una forma de apartar aquella persona de la sociedad y lo único que se lograba era la resocialización del Penado lo cual ha generado que se implemente con nuevos métodos por los cual la persona pueda ser resocializada sin perjudicar en al ámbito

social al condenado lo cual surgió la necesidad de que una persona pueda cumplir su condena de una manera que contribuyese a la sociedad.

Según VELEZ FERMANDEZ señala con respecto a las Penas limitativas de derecho “fueron introducidas en el sistema de Penas sin que exista una idea clara sobre sus posibilidades de desarrollo de nuestro país”¹⁵⁵ lo que no se ha tenido en cuenta que una debida aplicación de este tipo de Pena que debe ajustarse a nuestra realidad penitenciaria debido a que no existe un control adecuado con la utilización de mecanismos que puedan ser eficaces para hacer efectiva dichas Penas.

Las Penas Limitativas de Derecho según el doctrinario VICTOR PRADO SALDARRIAGA ha podido precisar un concepto con respecto a dicha medida punitiva como: “las medidas alternativas sustitutos Penales o subrogados Penales, como aquel conjunto de procedimientos y mecanismos normativos que tienen como función la de eludir o limitar la paliación o la ejecución de Pena privativas de libertad de corta o mediana duración, por lo que bien está que se las puede considerar como instrumento de despenalización”¹⁵⁶ por tanto se denota que el si existiese un encarcelamiento de corta duración lo que se ha buscado es remplazar con otro otros mecanismo alternativos de sanciones Penales.

El Magistrado VICOR PRADO SALDARRIAGA ha definido con respecto a este en donde señala: “las medidas alternativas sustitutos Penales y subrogados Pena, como aquel conjunto de procedimientos y mecanismos normativos que tiene como función común la de eludir o limitar la aplicación o ejecución de las pernas privativas de libertad de corta o mediana duración, por lo que bien estima que se la puede considerar como instrumento de despenalización y su sustento se encuentra en la experiencia criminológica que demuestra que las Penas de encarcelamiento de corta duración resultan estigmatizadoras y negativas para el condenado y por tanto contraproducentes ya que además atentan contra el

¹⁵⁵ Citado por PALACIOS ARCE, JAVIER, Penas Limitativas de Derechos Prestación de Servicios a la Comunidad, Universidad San Martín de Porres ver online: http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/PENAS%20LIMITATIVAS%20DE%20DERECHOS%20PRESTACION%20DE%20SERVICIOS%20A%20LA%20COMUNIDAD/PENAS_LIMITATIVAS_DE_DERECHOS_PRESTACION_DE_SERVICIOS_A_LA_C.pdf (16/02/17)

¹⁵⁶ IBIDEM PG. 45

principio de las Penas”¹⁵⁷ cuando se habla de este tipo de Penas afectan generalmente en el ejercicio profesional de una persona así como también en participaciones políticas.

3.5.5. PRESTACION DE SERVICIO A LA COMUNIDAD

En nuestro Código Penal de 1991 en cual se ha tenido precedentes con respecto a la prestación de servicios a la comunidad en la cual para su promulgación ha tenido una exposición de motivos el cual se basa para su aplicación “los elevados gastos que demandan la construcción y sostenimiento de un centro penitenciario, obligan a imaginar nuevas formas de sanciones para los infractores que no amenacen significativamente la paz social y la seguridad colectiva” parte de su fundamentos que se disminuya el riesgo, que una persona pueda ser resocializada o que al ser apartada afecte completamente cuando cumpla su condena así como también la utilidad que genera la prestación de servicios y solo para aquellas personas que han cometido actos que no requieran de una Pena con una sanción punitiva elevada.

Según MARTIN NAVARRO ALTAUS ha precisado que “la prestación de servicios a la comunidad, consiste en una Pena de prestación de determinadas horas de trabajo no remunerado y útil a la comunidad, durante el tiempo libre”¹⁵⁸ es decir que el Penado debe estar determinado a cumplir dicha condena en el lugar en que se le requiera así como en instituciones educativas o municipales o lugares de obras públicas en donde se tomara en cuenta la disponibilidad y la aptitud del sentenciado.

La prestación de servicios es con el objeto de que a ciertos establecimientos sean de ayuda a hospitales o a programas comunitarios, en él se le priva a una persona imponiéndoles dicha cooperación como una forma de poder sensibilizar para JORGE ABAD CONTRERAS: “la prestación de servicios a la comunidad constituye una Pena aplicada de manera autónoma, sustitutiva o alternativa de la Pena privativa de libertad, orientada a que el condenado preste servicios a favor del Estado, gobierno regional o local como retribución al daño causado con el

¹⁵⁷ Citado por REATEGUI SANCHEZ, JAMES, Ob cit.

¹⁵⁸ IBIDEM PG. 48

delito cometido y atendido a intereses de prevención general en cuanto asegure a la sociedad que el sujeto no volverá a delinquir, por su carácter intimidatorio; y de prevención especial en cuanto evita estigmatizarse de la prisión y coadyuve a la reeducación del Penado, por su carácter resocializador”¹⁵⁹una de sus características en la poder ayudar al infractor resocializándolo y no apartándolo, recluyéndolo en un centro penitenciario.

Lo que caracteriza este tipo de sanción Penal es que se obliga al condenado a realiza trabajos como asistencias en instituciones o en obras publicas de manera gratuita, claro que previamente cada trabajo asignado se deberá tomar en cuenta la capacidad que pueda tener dicha persona, el tiempo en cual son obligados a realizar su trabajo comunitario generalmente se realizan entre jornadas de diez horas semanales en días en los cuales no son hábiles esta modalidad de Pena en la cual brindan un servicio al Estado obviamente será con un carácter no lucrativo o cualquier clase de aprovechamiento indebido por parte del condenado pues el fin de ser brindar un apoyo y cumplir su condena.

En consecuencia, a este tema a la prestación de servicios el doctrinario VICTOR PRADO SALDARRIAGA refiere: “No se trata tampoco de trabajos forzados, pues, en la prestación de servicios a la comunidad existe un elemento que los distingue rotundamente se tiene en cuenta las altitudes del condenado para la asignación de los trabajos a realizarse. En el mismo sentido las jornadas de trabajo no interrumpen el trabajo normal del condenado”¹⁶⁰ la sanción que el condenado ha de cumplir será acorde a un horario que no afectara su trabajo cotidiano. En efecto dicho autor ha dilucidado respecto a dicho tema en que “la prestación de servicios a la comunidad, como Pena directa, consiste en el cumplimiento de jornadas semanales dedicadas al desarrollo de servicios o taras gratuitas en apoyo a centro asistenciales, sanitarios o educativos las que tendrán lugar los días sábados y domingos en u total de 10horas, pudiendo el sentenciado pedir que le señalen otros días de semana”¹⁶¹

¹⁵⁹ Citado por PALACIOS ARCE, JAVIER, Penas Limitativas de Derechos Prestación de Servicios a la Comunidad, Universidad San Martín de Porres ver online: http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/PENAS%20LIMITATIVAS%20DE%20DERECHOS%20PRESTACION%20DE%20SERVICIOS%20A%20LA%20COMUNIDAD/PENAS_LIMITATIVAS_DE_DERECHOS_PRESTACION_DE_SERVICIOS_A_LA_C.pdf (16/02/17)

¹⁶⁰ IDEM PG. 50

¹⁶¹ IDEM.

Según CLAUS ROXIN : “El trabajo de servicio a la comunidad puede reemplazar en la mayoría de los casos a la multa, cuando el autor se aviene voluntariamente a ello y su ventaja consiste en que se trata de un trabajo constructivo que compromete más a la personas que en el caso de la Pena privativa de libertad y la multa, donde el autor solo tiene un rol pasivo”¹⁶² según el autor debe promoverse la voluntad de poder realizar las tareas y que tenga la sensación de hacer las cosas bien de ser útil para la sociedad lo cual viene a ser muy beneficioso para el Penado y que pueda no volver a cometer más delictivos.

Hay que enfatizar que el optar por esta medida de sanción Penal para casos que no son de peligrosidad y existe la garantía de que el condenado no valla a rehuir de su condena es por ello que básicamente se ha orientado con la finalidad social según ABAD CONTRERAS refiere: “desde la perspectiva de un Estado Social y Democrático de Derecho encontramos que no basta con enfatizar el principio de resocializador de la Pena, sí que existe la imperiosa necesidad de revisar a fondo los recursos de los que dispone el derecho Penal, analizando no solo su idoneidad teórica para dar cumplimiento a que principio, sino también las posibilidades reales y condicionamientos prácticos que entran la aplicación de la Pena privativa de libertad. Pues no cumplirá jamás con el propósito de la resocialización del sentenciado a quien se le impuso dicha sanción, especialmente de los delincuentes jóvenes y/o primarios”¹⁶³ apegarse a la realidad es la correcta aplicación de dicha Pena como medio de resocialización con dichas acciones el condenado no

¹⁶² IBIDEM PG. 52

¹⁶³ IBIDEM PG.53

CAPITULO IV

EXIMENTES, ATENUANTES Y AGRAVANTES DE LA APLICACIÓN DE LA PENA

4.1. CAUSAS EXIMENTES

Con respecto a este tema se considera que se reúnen todas las causas que pueden eximir de responsabilidad Penal a una persona pudiendo establecerse como consecuencia el error de hecho es decir que se hace desaparecer una parte elemental para cometer un delito que es la intencionalidad o dolo como podría llamársele claramente este requisito tendrá un gran impacto al momento de poder determinar la responsabilidad del sujeto infractor pudiendo absolverlo o condenarlo.

De acuerdo con las causas de exculpación si bien es cierto que se habla de la responsabilidad que tiene el sujeto infractor también se habla de ciertos requisitos que establece el Código Penal para poder, así como atenuar o eximir la Pena lo cual implicaría saber si la conducta como se encuentra estipulado en el Código Penal en el Art. 20 en el Capítulo III que señala causas eximentes.

4.1.1. ANOMALIA PSIQUICA

Este concepto se considera que aquella persona que padeciera de alguna enfermedad o algún tipo de deficiencia mental que le pueda privar de su capacidad de percepción o de su conducta para poder controlarse a fin de que pueda ocasionar algún tipo de acto delictivo.

Este tipo de anomalía psíquica también se expresa de las dudas que pueden generar en razón que es necesario poder comprobar su grado de alteración psicológica para esto ya que se han presentado casos lo que ha generado que la Sala Penal Suprema pueda dejar un precedente con respecto ello:

“(…)deben observarse los siguientes aspectos que rodean el acto criminal submateria, como los resultados del examen psicológico y la pericia psiquiátrica: a) *La predisposición de su accionar*, dirigida hacia

personas quienes carecen de las facultades de disposición de sus actos, en el caso concreto buscar a una menor de edad; b) *La adopción del método del convencimiento*, tanto en los actos preparatoria como en la ejecución del acto criminoso; c) *La adecuación del ambiente propicio para el despliegue del acto criminal*, apreciándose que el sujeto condicio su accionar d) *La formulación de una coartada*, e) *La negativa obstinada respecto a la violación de la menor*, comprobándose científicamente f) *La existencia de puntos disimiles entre los resultados de los exámenes psicológicos y psiquiátricos*, estableciéndose que con rasgos psicopatológicos en un Estado mental de discernimiento el segundo señala que su conducta se encuentra dentro del trastorno sádico de su personalidad que estas personas muestran conducta agresiva y cruel; consecuente es preciso efectuar una nueva apreciación global y sistemática de factores indicados”¹⁶⁴

Existe protocolos de pericias psicológicas que harán inferir que el procesado se encuentre con una deteriorada salud mental el cual le es practicado evaluando sus conducta y rasgos psicológicos que conllevaran a concluir su salud mental determinando su grado de percepción de la realidad es así que podrá determinarse el tratamiento adecuado.

Para la realización de un injusto Penal no basta solamente que se considere la conducta típica y la antijuricidad es necesario además que el autor de un delito posea ciertas condiciones en este caso tanto psíquicas como físicas el cual será un factor que contribuirá a determinar el quantum de la Pena, en caso de que una persona padezca de alguna anomalía psíquica o alteración de la percepción así como también una grave alteración de la conciencia o percepción podrá ser determinante para afirmar su responsabilidad en un hecho delictivo.

Según sentencia del Tribunal Constitucional en relación a este tema señala: “La culpabilidad se basa en que el autor de la infracción Penal, o sea, del hecho típico antijurídico tiene las facultades psíquicas y físicas mínimas podrá comprender el carácter delictuoso de ese acto. Quien carece de esta capacidad, bien por no tener madurez suficiente o por tener graves alteraciones psíquicas, no puede ser declarado culpable y por consiguiente no puede ser responsable Penalmente de

¹⁶⁴ Sentencia de Sala Penal Suprema Expediente N°1100-2002

sus actos por más que estos sean típicos y antijurídicos”¹⁶⁵ se tiene como un requisito importante para poder determinar la culpabilidad del autor así como también debemos reconocer que existen grados de sanción con respecto para aquellos que posean ciertas alteraciones mentales.

Según el jurista HANS JESCHECK refiere a las causales inimputabilidad: “La exclusión de la antijuricidad significa que una acción típica está justificada por la intervención de una proposición permisiva, debido a que no muestra ningún injusto material por las circunstancias especiales de su comisión. Pero con ello no se agotan las posibilidades de impunidad. Hay hechos que, aunque, ciertamente son típicamente antijurídicos y cometido por un autor que interviene con conciencia del injusto, permanente sin embargo impunes porque el Ordenamiento Jurídico, bajo ciertos presupuestos, no formulan ningún reproche de culpabilidad”¹⁶⁶ en este ámbito la responsabilidad Penal está sujeta a la intención del sujeto infractor si tuvo la conciencia y voluntad de cometer un acto criminal.

Se habla entonces de las circunstancias que pueden beneficiar o en otras palabras atenuar o eximir de la responsabilidad Penal del sujeto infractor, el Juez obviamente va a tener que condicionar dichas circunstancias en sus resoluciones judiciales examinando detalladamente la existencia o no del dolo, según se refiere en JESCHECK: “las causas de exculpación han sido tratadas de modo paralelo a la incapacidad de culpabilidad por ser equiparable la situación del afectado con la del incapaz de culpabilidad”¹⁶⁷

Para MIR PUIG se ha expresado en relación a la inimputabilidad: “La responsabilidad penal falta cuando el sujeto actúa bajo el flujo de una motivación anormal que puede afectar la normalidad del sujeto”¹⁶⁸ bajo este concepto debe entenderse que a una ausencia de motivación o que se afectado por falta de

¹⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 1400-1995 del 30 de septiembre de 1996 – Junín.

¹⁶⁶ IBIDEM Pg. 67

¹⁶⁷ Ob. Cit. Pg. 43

¹⁶⁸ Ob. Cit. Pg. 35.

madurez psicológica o de algún tipo de alteración mental es una causa de atenuación o de eximirle de toda culpabilidad.

Según el Tribunal Constitucional ha podido definir: “Conforme se ha establecido la doctrina contemporánea, la inimputabilidad es la capacidad psíquica de culpabilidad y por consiguiente su ausencia impedirá que opere la exigibilidad y por el reproche, que aquel sujeto que comete un injusto Penal en Estado de inimputabilidad, no exhibe ninguna disposición interna contraria a la norma, por lo que no es posible reprocharle su decisión; sin embargo, debemos reconocer que existen grados de reprochabilidad puesto que siempre hay grados de autodeterminación, que corresponde al Derecho Penal establecer cuáles son los límites en los que desaparece la exigibilidad”¹⁶⁹

Se explica entonces que la presencia de esta causa es producida en el ámbito emocional, así como el del intelectual claramente relacionado con el cerebro por lo cual se entiende que haya exento de responsabilidad por alguna anomalía psíquica pudiendo determinar su grado de facultades que emociones puede perder contacto con la realidad requiriendo un tratamiento oportuno y especial dependiendo de la seriedad del caso.

La presencia de la anomalía psíquica se producen en el ámbito emocional pudiendo se originadas en una lesión en el cerebro según el jurista VILLA STEIN: “el término “anomalía” que usa el Código Penal es incorrecto, pues debido a criterios estadísticos y teleológicos comprendería muchas conductas de las que se puede referir el numeral del código”¹⁷⁰ en este sentido se concediera que no todas las enfermedades mentales deben de ser incompatibles con la idea de que deben de ser inimputable pues deberá comprobarse el grado de afectación que pueda presentar al momento de cometer el acto delictivo así como en todas las etapas posterior al hecho cometido.

De esta mira forma coincide QUINTEROS OLIVARES afirma que: “lo relevante no puede ser tanto lo que realmente tiene o sufre un sujeto sino lo que significa para la posibilidad de comportarse con la normalidad aceptada en la vida común, lo que abarca no tanto la posibilidad de comprender el sentido de los mandatos y

¹⁶⁹ IBIDEM

¹⁷⁰ Citado por VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE – Derecho Penal Parte General, Primera Edición, Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L.-2006 –Lima. Pg. 600.

prohibiciones como la de conformar la propia conducta e acuerdo con ese conocimiento potencial y con unas pautas de comportamiento aceptable por los demás¹⁷¹, el padecer de una enfermedad psíquica deberá de imposibilitar completamente al sujeto de su capacidad de poder reprimir dichos impulsos.

4.1.1.1. GRAVE ALTERACION DE LA CONCIENCIA

De acuerdo con el Código Penal en el Art. 20 Inc. 1 inimputabilidad dice:

“El que, por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteración de a conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afecte gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión”

Se hablado ya de la anomalía psíquica en la cual existe manifestaciones patológicas en el ámbito cognitivo así como también del afectivo en una jurisprudencia de Camaná ha podido dilucidar respecto a la alteración de la conciencia “Una grave alteración de la conciencia, suficiente para eliminar la responsabilidad supone el no haber tenido la conciencia ni el dominio de los propios impulsos y que no posee conciencia del propio acto, tampoco puede evocarlo¹⁷²entonces se refiere a algún tipo de situación en la que el sujeto se encuentra fuera de la realidad.

En la Sentencia de la Sala Penal refiere:

“Por las consideraciones señaladas se establece que el acusado adolece de graves alteraciones o desequilibrio mental, que adolecía incluso antes de la perpetración del delito de homicidio que se imputa, de lo que se colige al momento en que cometió dicho delito no tenía la capacidad de discernimiento cabal de su actos, habiendo incluso empeorado su salud mental al no haber recibid tratamiento continuo; por lo que de conformidad con lo dispuesto por el inciso primero del

¹⁷¹ IBIDEM Pg. 601

¹⁷² Sentencia Exp.Nº 851 -98/COT Camaná - Arequipa.

artículo 20 del Código Penal declararon inimputable y exento de responsabilidad Penal del acusado”¹⁷³

Una de las alteraciones que más suelen presentarse son los crímenes pasionales en la cual la persona se encuentra en un Estado de alteración donde u percepción se pierde completamente debido a que sus emociones nublan su juicio según CLAUS ROXIN refiere: “los Estados pasionales intensos presentan problemas específicos aún no esclarecidos”¹⁷⁴ la alteración de la conciencia llega a un momento en el cual el sujeto pierde completamente su capacidad de razón y lógica lo cual conlleva a que cometa dicho acto reprochable.

La emoción violenta se encuentra dentro de una alteración psicológica o de la conciencia “La emoción violenta requiere la presencia de ciertos presupuestos tales como; a)El intervalo de tiempo sucedido entre la provocación y el hecho, esto es, que el delito tiene que cometerse en un lapso de tiempo durante el cual el sujeto se encuentra bajo el imperio de la emoción violenta, por lo que no puede transcurrir un largo espacio de tiempo temporal entre el hecho provocante y su reacción; b) El conocimiento previo por parte del autor del homicidio emocional, es decir, que la emoción violenta debe desencadenarse por la aparición súbita de una situación importante para el sujeto”¹⁷⁵

4.1.1.2. GRAVE ALTERACION DE LA PERCEPCION

Se entiende como un tipo de afectación a los sentidos sensoriales de una persona según CARBONELL: “esta alteración de la percepción refiere a todos los sentidos esta puede tener su origen en el nacimiento o incluso desde la infancia, que hacen que el individuo tenga una percepción parcial de la realidad”¹⁷⁶

Entre las causas más comunes de la afectación de la percepción se encuentra el Estado de embriaguez en la cual se afecta su capacidad razonamiento lógico si como también de encontrarse en la capacidad de discernimiento así como las sensoriales también vienen a ser afectadas como es en este caso: “el procesado al momento de cometer el hecho materia de juzgamiento se encontraba

¹⁷³ Sentencia de la Sala penal de Huancayo Exp. N° 885 – 93 abril 1997.

¹⁷⁴ Ob. Cit. Pg. 604.

¹⁷⁵ Ejecutoria Suprema Exp. N° 904 – 98 Chimbote - Lima.

¹⁷⁶ Ob. Cit. Pg. 608.

padeciendo de alteración pasajera en la percepción que afectaba gravemente su concepción de la realidad, pues resulta un hecho cierto e incontrovertible que al momento de su intervención se encontraba en Estado de ebriedad relativa al haber consumido varias botellas de licor, circunstancias que si bien no lo eximen de responsabilidad Penal, constituye una atenuante conforme lo prevé el inciso primero del artículo 20 del Código Penal”¹⁷⁷

Bajo esta concepción entonces se establece que el Estado de embriaguez no tiene la capacidad de inhibir sus acciones alterando transitoriamente tanto las condiciones físicas, así como las mentales lo cual no permite una adecuada realización de actividades normales del sujeto infractor.

La embriaguez viene a una de causales más comunes de alteración de la percepción debido al libre acceso de bebidas alcohólicas siendo en muchos casos el causante de esta afectación teniendo como consecuencias en el ámbito social el incremento de muchos delitos como homicidios, violaciones, lesiones, accidentes de tránsito, violencia familiar; entre otro factores se encuentra el consumo de sustancias psicotrópicas que como es conocido los efectos que puede provocar al ingerirse ya encontrándose en el sistema humano las acciones posteriores se consume en muchas ocasiones provoca actos reprochables socialmente que puede traer como consecuencia la imposición de una sanción Penal.

4.1.2. MINORIA DE EDAD

Para la declaración de la culpabilidad es necesario que el autor posea ciertas condiciones mínimas el cual le permitirá comprender su acción antijurídica y reprochable socialmente , pero de esta forma existen razones por las cuales un sujeto pueda quedar libre de toda responsabilidad Penal siempre y cuando este dentro de las causales de inimputabilidad que según la Ejecutoria Suprema señala: “La inimputabilidad es la capacidad psíquica de culpabilidad y por consiguiente su ausencia impedirá que opere la exigibilidad y el reproche; que

¹⁷⁷ Ejecutoria Suprema Exp. N° 360 – 2008 abril 2010 - Lima.

aquel sujeto que comete un injusto Penal en Estado de inimputabilidad, no exhibe ninguna disposición interna contraria a la norma, por lo que no es posible reprocharle su decisión, sin embargo, debemos reconocer que existen grados de reprochabilidad puesto que siempre hay grados de autodeterminación que corresponden al derecho Penal establecer cuáles son los límites en lo que desaparece la exigibilidad”¹⁷⁸

El tratamiento jurídico Penal que se le está dando a los menores de dieciocho años aún no existe un acuerdo sobre el fundamento de su responsabilidad Penal debido a que el niño y adolescente está en un proceso de estructuración es decir que no ha adquirido la madurez suficientes o por lo menos necesaria para comprender sus propias acciones, el hecho de no haber cumplido la mayoría de edad se ha fundamentado como una exclusión de responsabilidad pese de que podría considerarse que poseen el desarrollo de sus capacidades intelectuales para comprender las conductas que pueden ser reprochables.

Según BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, considera que existen criterios con respecto a la minoría de edad: “El criterio biológico, entiende que en la minoría de edad se carece de capacidad suficiente para distinguir entre lo justo y lo injusto; el criterio intelectual, se basa en la demostración del discernimiento del sujeto sin embargo, creemos que la exclusión de la responsabilidad de los menores es una presunción legal de que el sujeto no ha alcanzado la madurez suficiente para poder comportarse conforme a derecho, por este motivo, quizá esta circunstancia debería estudiarse fuera del capítulo de la imputabilidad (como capacidad de motivación), y sea una excepción de principio de igualdad (aplicación personal de la ley Penal)”¹⁷⁹La responsabilidad Penal de una menor si bien es cierto que aún hay ciertas dificultades para determinar su grado de participación lo que si se tiene claro es que el ser menor de edad te exime de toda responsabilidad.

Los menores de edad son caracterizados por su vulnerabilidad y maleabilidad son mucho más susceptibles a ser sometidos a un control psicológico o físico pudiendo ser llevados a realizar actos contra su voluntad por el hecho que pueden ser

¹⁷⁸ Ejecutoria Suprema Exp. 1400 – 95 septiembre 1996 - Junín.

¹⁷⁹Ob. Cit. Pg. 596.

intimidados por terceras personas, lo que marca la diferencia con los procesos Penales con los adulto es que no se busca sancionar Penalmente a un adolescente, lo que se busca es a través de un proceso Penal demostrar su culpabilidad como responsable de un delito e imponer una sanción el cual se pretende regenerar al adolescente así mismo resarcir el daño que se haya podido ocasionar teniendo como principio básico el interés superior del niño y el adolescente.

Según la jurisprudencia que considera como causa de inimputabilidad refiere:

“La minoría de edad constituye una causal de inimputabilidad criminal, cuya importancia normativa supone una presunción jure et de jure que incide en una dimensión biológica de la persona, por lo que bastara la sola constatación de que el sujeto no haya alcanzado la mayoría de edad para fundar la exclusión de sus responsabilidad Penal”¹⁸⁰

Los menores de edad son considerados como solo infractores de la ley Penal los cuales no pueden ser juzgado que una persona que posee su capacidad de ejercicio por los cuales son sometidos a procesos tutelares siendo sometidos a centros de readaptación si bien se ha podido precisar que la inimputabilidad es: “la capacidad de actuar culpablemente, capacidad que se le reconoce, en principio, a todo hombre por estar dotado de inteligencia y libertad que le permite conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente. Así, hay que considerar imputable al que reúne aquellas características bio-psíquicas que, con arreglo a la legislación vigente, le hacen capaz de ser responsable de sus propios actos. Decimos que un sujeto es inimputable cuando no tiene la capacidad necesaria de entender la norma Penal”¹⁸¹, entonces se tiene mucho en consideración el juicio de valor sobre la situación psicológica en la que se encuentra el autor al momento de cometer algún acto reprochable socialmente.

¹⁸⁰ Ejecutoria Suprema Exp. N° 0389-99 octubre de 1999- Lima.

¹⁸¹ Citado por CAMARA ARROYO, Sergio - Imputabilidad e inimputabilidad penal del menor de edad. Interpretaciones dogmáticas del artículo 19 CP y tipologías de delincuentes juveniles conforme a su responsabilidad criminal –ver online: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2014-10023900320_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Imputabilidad_e_inimputabilidad_penal_del_menor_de_edad_Interpretaciones_dogm%EDticas_del_art%EDculo_19_CP_y_tipolog%EDas_de_delincuentes_juveniles_conforme_a_su_responsabilidad_criminal (02/05/17).

4.1.3. LEGITIMA DEFENSA

Según nuestra legislación Penal en la cual ha establecido en el artículo 20 inciso 3 que señala:

“El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa; c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa.”

Según nuestra Corte Superior de Justicia ha establecido una breve conceptualización respecto de la legítima defensa: “Según la doctrina Penal, la legítima defensa se funda en el principio de que nadie puede ser obligado a soportar lo injusto, por lo que el ordenamiento jurídico no solamente se compone de prohibiciones sino también de normas permisivas que autorizan realizar hechos, en principio prohibidos por la ley Penal, pero que por causas justificadas son permitidos y por lo tanto no punibles; es decir, existen causas que excluyen la antijuricidad y convierten el hecho típico en uno perfectamente lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico y si un hecho o una acción no es antijurídica, esto es, no es contraria al ordenamiento jurídico por la ley lo permite, entonces no es delito, y no siendo delito que actúa en legítima defensa no se le puede sancionar”¹⁸².

Entonces si los tipos legales son prohibitivos los cuales están destinados a la protección de bienes jurídicos así como también la protección de derechos, si se realizaran actos que ponen en peligro bienes jurídicos de la persona constituyéndose como delito, atentado o poniendo en riesgo la integridad de la misma o de terceros existe una causa la cual permite que el sujeto a lesionarse pueda hacer uso de la legítima defensa, el cual se le permite que pueda repeler

¹⁸² Sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín Exp. N° 1655 -91 septiembre de 1996.

dicha agresión protegiendo sus propios bienes jurídicos o ajenos siempre existiendo la necesidad de la defensa teniendo de por medio la racionalidad de los medios que puedan ser empleados.

Según AGUILAR LOPEZ refiere que para que exista legítima defensa deben existir: “Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa”¹⁸³, la autodefensa esta figura es una forma muy antigua de reacción frente a cualquier ataque o peligro inminente que pueda presentarse es un fenómeno el cual se impulsa a una persona que se siente amenazado a repeler dichas agresiones utilizando su fuerza o medios necesarios el cual le permita salvaguardar su integridad.

De la misma forma el Tribunal Constitucional en el fundamento 16 expresa:

“De igual manera este Tribunal en constante jurisprudencia ha precisado que el derecho a no quedar en Estado de indefensión se conculca cuando a los titulares de los derechos e intereses legítimos se les impide ejercer los medios legales suficientes para su defensa; pero no cualquier imposibilidad de ejercer estos medios produce un Estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido del derecho, sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo. Este hecho se produce cuando al justiciable se le impide, de modo injustificado argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos”¹⁸⁴

Según nuestro Código Penal ha podido establecer tres situaciones en las cual es posible utilizar la legítima defensa como medio de resguardarse ante agresiones que atenten contra nuestra integridad.

¹⁸³ AGUILAR LOPEZ, Miguel Ángel – Causas de Justificación – ver online: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3390/7.pdf> (03/05/17)

¹⁸⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 01147-2012-PA/TC –Lima.

4.1.3.1. AGRESION ILEGITIMA

La necesidad racional de poder defender nuestros bienes jurídicos nos ha llevado que se establezca las razones por cuales una persona puede responder en el mismo grado de magnitud que pueda sentirse amenazado por el agresor en razón a esto necesario establecer respecto de la agresión ilegítima: “Si bien el recurrente sostiene que actuó en legítima defensa, sin embargo, dicho componente típico no se adecua a los requisitos antes mencionados, como causa de justificación, conforme se aprecia en su manifestación policial y su declaración instructiva quien señalo que ha sido amenazado por el agraviado con un palo y un cuchillo y ante tal eventualidad se defendió con un machete dando seis golpes en la cabeza, conforme consta del acta de levantamiento de cadáver; en estas circunstancias, y la forma como han ocurrido los hechos se aprecia que no existe mérito suficiente para concluir que el procesado actuó en legítima defensa, teniéndose en cuenta que según dichas acta se infiere que en el lugar de los hechos no se han encontrado elementos de interés criminalístico que corroboren la versión del recurrente referida a que el agraviado al momento de los hechos tuvo en su poder un palo y un cuchillo; que, si bien el recurrente cuenta el acta de levantamiento de cadáver y el acta de ratificación pericial, por haber sido suscrito por un médico obstetra, empero ha de tenerse en cuenta que dicho perito, dada su condición de profesional de la salud posee los conocimientos básicos para proporcionar descripciones de los observado, por lo que carece de todo sustento lo alegado por el recurrente”¹⁸⁵.

Entonces se ha analizado en el caso anterior que se considera como aquella acción que pone en peligro o amenaza inminente un bien jurídico protegido de una persona el cual se la faculta de poder proteger sus derechos dentro de la magnitud del daño que pueda ocasionarse.

Según nuestra Corte Superior de Justicia ha establecido una breve conceptualización respecto de la legítima defensa: “Según la doctrina Penal, la legítima defensa se funda en el principio de que nadie puede ser obligado a soportar lo injusto, por lo que el ordenamiento jurídico no solamente se compone de prohibiciones sino también de normas permisivas que autorizan realizar hechos, en principio prohibidos por la ley Penal, pero que por causas justificadas

¹⁸⁵ Ejecutoria Suprema Exp. N° 84 -2008 – Lambayeque.

son permitidos y por lo tanto no punibles; es decir , existen causas que excluyen la antijuricidad y convierten el hecho típico en uno perfectamente lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico y si un hecho o una acción no es antijurídica, esto es, no es contraria al ordenamiento jurídico por la ley lo permite, entonces no es delito, y no siendo delito que acta en legítima defensa no se le puede sancionar”¹⁸⁶.

Entonces si los tipos legales son prohibitivos los cuales están destinados al protección de bienes jurídicos así como también la protección de derechos, si se realizaran actos que ponen en peligro bienes jurídicos de la persona constituyéndose como delito, atentado o poniendo en riesgo la integridad de la misma o de terceros existe una causa la cual permite que el sujeto a lesionarse pueda hacer uso de la legítima defensa lo que se le permite que pueda repeler dicha agresión protegiendo sus propios bienes jurídicos o ajenos siempre existiendo la necesidad de la defensa teniendo de por medio la racionalidad de los medios que puedan ser empleados.

Según AGUILAR LOPEZ refiere que para que exista legítima defensa deben existir: “Necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa”¹⁸⁷, la autodefensa esta figura es una forma muy antigua de reacción frente a cualquier ataque o peligro inminente que pueda presentarse, es un fenómeno el cual se impulsa a una persona que se siente amenazado a repeler dichas agresiones utilizando su fuerza o medios necesarios el cual le permita salvaguardar su integridad.

4.1.3.2. NECESIDAD RACIONAL DEL MEDIO EMPLEADO PARA IMPEDIRLA O REPELERLA

La agresión legítima si bien es cierto que proviene del exterior siendo provocada por personas que ponen en peligro la integridad de la víctima, ante esta afectación la víctima responderá con una defensa necesaria siempre cuando sea efectuada

¹⁸⁶ Sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín Exp. N° 1655 -91 septiembre de 1996.

¹⁸⁷ AGUILAR LOPEZ, Miguel Ángel – Causas de Justificación – ver online: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3390/7.pdf> (07/05/17)

con prudencia y racionalidad dentro de los límites de una legítima defensa ya que de lo contrario de excederse dicha defensa se afectará los derechos de la otra persona vulnerando completamente la figura del empleo de la defensa.

Según la Ejecutoria Suprema ha podido precisar con respecto a la racionalidad de la necesidad de la defensa que está vinculada con la intensidad de la agresión que se origina:

“No debe confundirse la relación que debe existir entre la agresión y la defensa, con la proporcionalidad entre el daño que hubiera causado la agresión y el causado por la defensa, por cuanto primera cuestión; así, para determinarla es preciso tomar en consideración las acciones que el autor tenía a su disposición para impedir o repeler la agresiones antes de comenzar la defensa y establecer si la comprendida es realmente la que hubiera impedido la lesión amenazada por la agresión causando menos daño”¹⁸⁸

La necesidad de ser racional del medio empleado se entiende como la necesidad de que cuando se utilice algún medio de defensa menos lesivo que se pueda tener al alcance pero que al mismo tiempo pueda ser seguro, útil y suficiente para poder repeler o evitar la agresión, es decir no necesariamente debe limitarse a que se elija un medio de defensa mucho menos lesivo, existirá momentos o circunstancias en las que la víctima no podrá acceder a medios de defensa en menor o igual proporción que el agresor en tal caso era racional poder acudir a un medio que podrá disponer para poder repeler la agresión.

Según PEÑA CABRERA refiere: “es ilustrativo cuando establece que por “medio” no solo hay que comprender al instrumento en sí, sino también como el procedimiento utilizado de modo que normalmente ante la agresión de poca importancia bastara y será más seguro utilizar un procedimiento poco lesivo o por lo menos, se podrá probar antes de pasar a otro medio más duro”¹⁸⁹. Se ha afirmado entonces que la defensa que uno puede ejercer contra el agresor debe estar dentro de un plano de adecuación legal en la cual debe existir proporcionalidad no excediendo o vulnerando derechos, dentro de la normatividad

¹⁸⁸ Ejecutoria Suprema Exp. N° 1985 – 99 Lima.

¹⁸⁹ Ob. Cit. Pg. 615.

de realizar excesos o falta de proporcionalidad impide la aplicación la eximir la responsabilidad Penal de la víctima.

Si bien es cierto que para este tipo de defensa se utilice la proporcionalidad del medio de defensa que utilice en razón al medio que emplea el agresor en la cual considera que debería existir cierta equivalencia, pero se debe examinar la situación teniendo en consideración la intensidad de la agresión, así mismo también la peligrosidad que pueda tener el agresor en dichas circunstancias el medio necesario será el único de evitar de que se cometa el acto delictuoso, de presentarse la situación de que una mujer pueda repeler el intento de violación sexual la única forma de evitar dicha situación es causando la muerte del agresor, entonces en estas circunstancias era la única posibilidad de evitar el acto delictuoso.

4.1.3.3. FALTA DE PROVOCACION SUFICIENTE DE QUIEN HACE LA DEFENSA

La provocación es una conducta que según la Real Academia Española señala: “apología, arrebató, obcecación u otro Estado pasional semejante, atenuante, conspiración, Estado de necesidad, legítima defensa, delito consistente en incitar públicamente alguien para que cometa una acción delictiva”¹⁹⁰ en este tercer requisito se ha tomado en el sentido de incitar o de producir estímulos para que una persona accione o reaccione “el *Pretextus Defensionis* postula a que la agresión no haya sido provocador el agredido”¹⁹¹

En relación a este último requisito para estar en una situación de legítima defensa la víctima no deberá haber irritado o inducido al agresor para que pudiera atentar contra dicha persona según ZAFARONI, SLOKAR y ALAGIA coincidentemente sostienen que: “...la provocación es la conducta anterior del que se defiende, que da motivo a la agresión y que se desvalora jurídicamente como suficiente cuando es previsible, sin que a este efecto puedan tomarse en cuenta las características personales del agresor contrarias a los principios elementos coexistencia, salvo

¹⁹⁰ Real Academia Española – Diccionario de la Lengua Española ver online: <http://dle.rae.es/?id=UUnuB4K> (09/05/17)

¹⁹¹IBIDEM Pg. 616

que agresión que se funde en esas características sea desencadenada por una conducta lesiva al sentimiento de piedad”¹⁹²

Se ha podido precisar que la provocación es entendida como forma de instigar con el fin de producir alguna reacción violenta que pueda accionar daños a la persona, el cual tiene como consecuencia una alteración de la conciencia, se sabe también que cuando el defensor provoca con anterioridad a una persona puede reaccionar de manera agresiva de esta forma se exponen a una futura vulneración de derechos fundamentales poniendo en riesgo su integridad.

Se ha hecho una última observación respecto a este requisito que JAMES REATEGUI lo ha señalado: “dilucida la cuestión sobre la suficiencia o insuficiencia de la provocación es el la del *animus provocandi*; pues la ley no quiere hacer referencia simplemente a un acto que, aunque injusto o indebido se verifica sin ánimo de insultar, ni mucho menos a algo involuntario, aunque este pueda producir irritación a una persona”¹⁹³ en nuestra legislación exige que la provocación sea suficiente para que merite uso de la legítima defensa.

4.1.4. ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE

Se encuentra regulado en nuestro Código Penal en el Art. 20 Inc. 4 que expresamente nos señala:

“El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos:

a. Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y,

b. Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro”

El Estado de necesidad justificante tiene cierta semejanza con la legítima defensa en razón que ambas encuentran situaciones de peligro de ciertos bienes jurídicos,

¹⁹² Ob. Cit. Pg. 620.

¹⁹³ Ob. Cit.

en este caso se resuelve a sacrificar un bien jurídico de una persona por el bienestar de uno mismo, se trata de una colisión de bienes jurídicos por ejemplo cuando dos personas se encuentran ante un peligro inminente de muerte y existe la necesidad de matar al otro para poder salvarse es en esto entonces que su acto homicida el cual es el único medio que le queda para poder sobrevivir.

De esta misma forma se puede entender ante ciertas necesidades siempre y cuando sea probado como se ha evidenciado en una sentencia de la Corte Suprema refiere:

“señala el procesado que su participación fue la de distraer al vigilante, manifestando en el juicio oral que está arrepentido y que lo hizo por la urgencia de obtener dinero con el fin de afrontar la grave enfermedad de su padre, quien padecía de cáncer a la próstata, persona que falleciera después de dos meses de producido el evento delictivo. Por lo que su conducta se acerca al eximente previsto en el literal a) *Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado* del numeral 4 del artículo 20 del Código Penal, lo que permite establecer la concurrencia de una menor injusto Penal que recoge el artículo 21 del acotado”¹⁹⁴

Queda claro que el enfrentamiento de bienes jurídicos se entiende como un conflicto que exige el sacrificio de uno de los sujetos VELASQUEZ señala: “se presenta cuando el agente realiza una conducta típica con la finalidad de proteger un derecho propio o ajeno de una amenaza o daño actual o inminente y produce en tal empeño una lesión de menor gravedad que la impedida en los bienes jurídicos de otra persona, siempre y cuando no pueda acudir a otra vía distinta”¹⁹⁵, se trata de una ponderación, valoración entre los bienes verificándose la gravedad y las circunstancias que lo llevan al Estado de necesidad.

Dentro de este ordenamiento el sujeto se puede considerar a aquella persona natural la cual tiene que soportar la acción típica será quien soportará los efectos de la misma, el sujeto activo será aquel que se encuentra ante un peligro actual o

¹⁹⁴ Ejecutoria Suprema Exp. N° 2197 -2001 abril del 2003 - Lima.

¹⁹⁵ Citado por JAMES REATEGUI, James Manual de Derecho Penal Parte General Vol. II Editorial Instituto Pacífico S.A.C. septiembre 2014, Pg. 625.

inminente para salvaguarda su bien jurídico o de otros será prioritario ante esto será quien realizara la acción típica perjudicando al sujeto pasivo.

El doctrinario BACIGALUPO considera al Estado de necesidad como una última medida ante dicha situación refiriendo que: “El Estado de necesidad es subsidiario por que el necesitado está en el deber de evitar el mal mediante el uso de cualquier otra vía (pacífica o agresiva, pero, en éste último caso, valiéndose del medio menos perjudicial). Dicho, en otros términos: cuando se puede eludir el daño que nos amaga valiéndonos de un medio que no signifique perjuicio a los bienes jurídicos de terceros y no actuamos así, no hay Estado de necesidad. Si el mal fue evitable, desaparece la necesidad de superarlo”¹⁹⁶ según el autor lo que se busca es encontrar otras vías por la cual se pueda evitar lesionar derechos de terceras personas, evitando dentro de lo posible lesionar más derechos evitando recurrir al Estado de necesidad.

4.1.5. ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE

Nuestro Código Penal Peruano claramente podido señalar respecto a la necesidad exculpante teniéndolo como una de las causas por las cuales una persona puede ser exento de responsabilidad Penal a lo cual está expresado en nuestro ordenamiento jurídico de la siguiente manera en el Art. 20 Inc. 5:

“El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación.

No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica”

El Estado de necesidad exculpante se diferencia del Estado de necesidad justificante en que no existe una diferencia de jerarquía entre el interés de los bienes jurídicos que se pueden salvar y con él que se tiene que sacrificar.

¹⁹⁶ Citado por ARMAZA GALDOS, Julio – Estado de necesidad justificante ver online: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1993_04.pdf (10/05/17)

Se estará exento de toda responsabilidad Penal siempre que se encuentre en peligro que amenace la vida, la integridad corporal o libertad y que tenga que realizarse un hecho antijurídico para poder erradicar el peligro que se presente para uno o mismo o de una persona con quien se tenga una vinculación, teniendo como excepción que si el agente pudiera exigírsele aceptar o soportar el peligro o estuviere obligado por una particular relación jurídica.

Según el tratadista STRATENWERTH refiere: “existe de esta manera una colisión de bienes en la cual el hecho antijurídico tiene que constituir la única posibilidad de salvamento, siendo susceptible de originar un Estado de necesidad exculpante solo determinados bienes jurídicos de carácter individual (vida cuerpo y libertad) especialmente cercanos al autor”¹⁹⁷, de la misma forma coincide que para que se encuentre exento de responsabilidad tiene que encontrarse en peligro la vida, el cuerpo y la salud poniendo en riesgo su integridad.

Con relación a este punto muchos autores han podido profundizar este tema debido a su amplitud es así que el doctrinario JESCHECK señala que: “por otro lado, se exige también para la aplicación del Estado de necesidad exculpante que exista un peligro actual que no pueda ser evitado de otro modo. Por peligro actual debe entenderse el acaecimiento de un daño que aparece como algo seguro o altamente probable de suceder si no se busca un remedio inmediato a la situación”¹⁹⁸ el daño que pueda ser ocasionado tiene que ir directamente a lesionar bienes jurídicos que pongan en riesgos la integridad y su seguridad de la persona

Según JACOBS quien también ha coincidido respecto del Estado de necesidad exculpante a lo cual ha podido expresar que: “Este peligro actual debe amenazar al autor, a un pariente, o a una persona que le es allegada. Las personas allegadas son aquellas cuyo bienestar le importa al autor realmente tanto como por lo

¹⁹⁷ Citado por MEIINI MENDEZ, Juan Diego – Tesis: La eximente de obediencia debida en el Derecho Penal Peruano- Pontificia Universidad Católica del Perú - Lima 2009 Pg. 113 ver online: https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&sqi=2&ved=0ahUK Ewjh476EzvnTAhXB8CYKHZapB8AQFggwMAI&url=http%3A%2F%2Ftesis.pucp.edu.pe%2Frepositorio%2Fbitstream%2Fhandle%2F123456789%2F1381%2FUGAZ_HEUDEBERT_JUAN_DIEGO_EXIMENTE_OBEDIENCIA.pdf&usq=AFQjCNFzDwkO3cDrY5Ra9x6P49cmYF2CyQ&sig2=HslbLPiUvmiMmOM5dMCt3w (citado: 23/05/2017)

¹⁹⁸ IDEM.

general el suyo propio o, idealmente, el de sus parientes. Generalmente, esta relación se apoyará en un vínculo informal que puede estar constituido por la amistad, el amor, entre otros. No hace falta tampoco que la relación exista recíprocamente, aunque la otra persona debe haber dado motivo para una vinculación personalísima.”¹⁹⁹, se ha precisado en el párrafo primero del art. 20 inc. 5 en la cual claramente señala la estrecha relación que se tendrá con una persona que pudiera ser su pariente lo cual también pone en peligro los intereses personales de la víctima de la misma forma el autor anteriormente mencionado refiere: “Si la amenaza o peligro actual tiene relación con la pérdida de la vida o importantes menoscabos de la libertad o de la salud, no hace falta recurrir a la proporcionalidad, siendo por ejemplo posible exculpar la muerte de varias personas para conservar la vida de una persona”²⁰⁰

Se podrá alegar el Estado de necesidad exculpante siempre y cuando se encuentre en una situación en la cual está en riesgo los bienes jurídicos de mayor importancia la vida el cuerpo y la salud como una consecuencia de la obediencia de una orden o mandato en la cual se deberá sacrificar otros bienes para preservar los de mayor importancia.

Según MUÑOZ CONDE señala que: “Hay situaciones en las que el sujeto, ya sea por su profesión o cargo, está obligado a asumir riesgos para su vida. Esto sucede con las funciones específicas que tienen las personas encargadas de ciertos oficios o profesiones, que les imponen la obligación de arrostrar cierto grado de peligro superior al normal”²⁰¹

También hay que señalar que el doctrinario HURTADO POZO refiere: “Queda claro que esta exigencia de asumir mayores riesgos no puede carecer de límites, por lo que debe estar circunscrita a los alcances que le confieran las normas jurídicas y también de lo exigible a cada función. Debe agregarse que la obligación no es la de sacrificarse, sino la de asumir ciertos riesgos, esto siempre por una exigencia de carácter jurídica y no moral, debiendo recordarse que el Derecho Penal no exige comportamientos heroicos a las personas”²⁰²

¹⁹⁹ IBIDEM Pg. 114

²⁰⁰ IDEM.

²⁰¹ IBIDEM Pg. 115.

²⁰² IBIDEM Pg. 116.

4.1.6. FUERZA FISICA IRRESISTIBLE

Nuestro Código Penal Peruano claramente podido señalar respecto a la fuerza física irresistible siendo como una de las causas por las cuales una persona puede atenuársele su responsabilidad Penal a lo cual se encuentra está expresado en nuestro ordenamiento jurídico Penal de la siguiente manera en el Art. 20 Inc. 6:

“El que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza”

La fuerza física irresistible se trata de aquella fuerza que imposibilita al sujeto de poder realizar un acción o de moverse libremente imposibilitándolo de todo movimiento físico, entonces se entiende como aquellas causas de eximente de responsabilidad Penal estableciéndose la ausencia de culpabilidad por lo que no habrá ningún tipo de acción delictiva siempre y cuando el sujeto se encuentra privado de su libertad o de fuerza física irresistible es decir un tipo de fuerza externa independientemente de la voluntad del sujeto pero que procede actuar sobre él.

Según BRAMONT ARIAS refiere que: “La fuerza irresistible o vis absoluta existe cuando el sujeto realiza un comportamiento o un hecho por una violencia física irresistible proveniente del hombre, en estos casos el hombre actúa como un instrumento: actúa como la pistola, el puñal, la espada, el mosquete, etc. en la mano del hombre, para realizar un delito, por lo que sancionar a cualquiera de los instrumentos de que se valiera el hombre, resulta irrelevante”²⁰³; aquel sujeto que obra bajo una fuerza física irresistible no ha actuado bajo su voluntad, por lo tanto dicha acción no puede atribuírsele por carecer de intencionalidad.

La ausencia de voluntad resulta relevante debido que el sujeto no realizo la acción con dolo por lo cual la fuerza irresistible existen factores externos que lo conllevaron a realizar dicha acción en consecuencia ZAFFARONI explica: “La

²⁰³ PAREDES VARGAR, Cesar Augusto –Relaciones de la Eximente de Miedo Insuperable respecto de otras eximentes ver online: http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/Tesis/Human/Paredes_V_C/cap5.htm (28/05/17)

fuerza física irresistible es el supuesto en que el humano está sometido a una fuerza que le impide por completo moverse conforme a su voluntad. Puede ser interna (una parálisis histérica, terror extremo, agotamiento total) o externa (su cuerpo opera mecánicamente). Debe distinguirse cuidadosamente la fuerza física irresistible externa de los casos de coacción, en que el humano actúa aunque no lo hace libremente, puesto que está sometido a una amenaza; esto no elimina la conducta sino solo la antijuridicidad o el reproche de culpabilidad, según el caso.”²⁰⁴

En el supuesto jurídico en la cual la participación del sujeto en un hecho se verá la intención o su voluntad es así que el sujeto estará sometido a una fuerza que le impedirá por completo moverse a su libertad debido a un tercero en ese caso el que realiza dicha acción es el tercero quien tendría la categoría de autor debido a que el derecho Penal no dice que se considera autor a quien tiene dominio del hecho por tal razón es quien decide si se llega o no la consumación del delito con respecto a la naturaleza en este caso quedara completamente anulada la conducta ya que puede provenir del agua o del viento entonces el sujeto tendrá que someterse a dicha fuerza la cual será quien decida la acción.

4.1.7. MIEDO INSUPERABLE

Nuestro Código Penal Peruano claramente podido señalar respecto al miedo insuperable siendo esta como una de las causas por las cuales una persona puede atenuarse su responsabilidad Penal encontrándose expresado en nuestro ordenamiento jurídico Penal de la siguiente manera en el Art. 20 Inc. 7:

“El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor”

Según nuestra jurisprudencia Peruana respecto de este punto refiere: “el miedo insuperable es la causal por la cual se exime de responsabilidad Penal al que actúa najo el imperio del medio de sufrir un mal igual o mayor, siempre que: a) el miedo sea causado por estímulos externos al que lo padece, b) debe ser

²⁰⁴ Citado por ACEVEDO ANTONIO, Higinio – Universidad del Salvador – “La Irresponsabilidad Penal por Ausencia de Acto” ver online: <http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/3db6532d39e032fd06256b3e006d8a73/81e24398a03b6e8b06256b3e00747b0a?OpenDocument> (29/05/17)

insuperable, y c) debe tratarse de un mal igual o mayor al que el autor ocasiona bajo el amparo del miedo”²⁰⁵, entonces en el momento que la sujeto se encuentra entre la valoración si el miedo era o no insuperable teniendo en cuenta la gravedad del daño o el mal que se esté ocasionando lo que siempre se tiene en cuenta que no se excluye de la voluntariedad de la acción que solo se le priva de la normalidad.

Según HURTADO POZO señala que: “el autor actúa bajo coacción a causa de un miedo que le hace cometer un hecho ilícito a pesar de conocer la antijuridicidad de su actuar, estando ante una circunstancia en la que no se le puede exigir que actúe de otra manera, no tomando como punto de comparación lo que haría el hombre medio en dicha circunstancia en particular, sino que tomando en cuenta las circunstancias personales y materiales en que tuvo lugar el hecho”²⁰⁶ lo que se debe tener en cuenta es que no se le deja otra posibilidad al sujeto para actuar de acuerdo a su voluntad lo cual lo priva de poder decidir su accionar.

En comparación con otras doctrinas en este caso de LEROY MILLER considera que existen ciertos requisitos por lo cual pueda darse la situación del miedo insuperable señalando lo siguiente: “Para que esta defensa pueda ser aceptada, deben presentarse los siguientes requisitos: a) Que la amenaza sea sobre un daño serio en el cuerpo de la persona amenazada o que sea una amenaza de muerte; b) el mal amenazado debe ser mayor que el mal causado por el crimen realizado por el coaccionado; c) la amenaza debe ser inmediata e insalvable; d) el coaccionado no debe encontrarse en dicha situación por culpa suya.”²⁰⁷ De esta forma las cortes Norteamericanas suelen examinar que el coaccionado haya tenido la posibilidad de evitar la amenaza

4.1.8. OTRAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

Nuestro Código Penal ha podido especificar otras causas por la cuales se puedes justificar una acción la cual ha de considerarse como exento de toda

²⁰⁵ Ejecutoria Suprema Exp. N° 1866 – 98 de fecha 17/06/98 Cuzco.

²⁰⁶ Ob. Cit. Pg. 56.

²⁰⁷ IBIDEM. Pg. 57.

responsabilidad Penal para estos se encuentra en el Art. 20 Inc. 8 que refiere lo siguiente:

“El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”

4.1.8.1. EL OBRAR POR DISPOSICION DE LA LEY

Una de ellas es la de obrar por disposición de la Ley en la que nuestra jurisprudencia peruana de la Sala Penal señala: “la responsabilidad Penal del procesado no se encuentra acreditada puesto que en su calidad de interventor recaudado actuó en cumplimiento de lo dispuesto por las normas del Código Procesal Civil respecto a la materia, no teniendo participación en los hechos materia de intervención a título de delito de sustracción de bienes muebles”²⁰⁸ se entiende que la debe existir un orden legal que deberá justificar el accionar en el cumplimiento de la ley la cual consiste en la realización de una conducta típica que da cumplimiento un sujeto en razón al obediencia de una Ley.

El Estado puede usar medios coactivos con el fin de mantener el orden pudiendo utilizar recursos violentos en el cual sea el fin de preservar la integridad de la sociedad así como la de velar por su seguridad, por lo tanto el uso de dicho recurso solo se encuentra justificada en los casos en que sea para la preservación de un bien jurídico, el uso de armas por parte de las autoridades solo se les faculta en casos de contener la violencia ataques contra el orden público hacia las personas o a las propiedades, por lo tanto el Estado se encarga de la función de garantizar la protección de bienes jurídicos fundamentales.

Por lo tanto, si se entiende el que obra en cumplimiento de la ley se entiende que necesariamente lo hace porque se le está generando un deber o cual justificaría su conducta, pero entiendes que al generarse un deber se estaría hablando de lo mismo por lo tanto ambos poseen la misma intención.

²⁰⁸ Sentencia de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima Exp. N° 4730- 98 de fecha 22 de diciembre de 1998 – Lima.

4.1.8.2. EL OBRAR EN CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

Según jurisprudencia Peruana señala respecto de obrar en cumplimiento de un deber refiero lo siguiente: “se colige de autos que la conducta del sentenciado se encuentra amparada en la justificante del cumplimiento de un deber, toda vez que al tener la condición de funcionario público que en la fecha de los hechos se encontraba de servicio dando cumplimiento a un operativo de captura de elementos integrantes de agrupaciones delictivas, tenía el deber de prestar seguridad a su superior jerárquico por encontrarse en una estrecha relación de subordinación, estando autorizado a repeler de modo legítimo cualquier tipo de agresión o ataque que pudiera sufrir su superior; desapareciendo así la antijuricidad de la conducta, siendo del caso absolverlo de los cargos de lesiones graves”²⁰⁹

Necesariamente para que exista este justificante debe probarse la existencia de un deber que sugiere la posibilidad de realizar conductas dentro del marco legal o un deber jurídico en la cual sujeto se vea en la imperiosa obligación de realizar conductas típicas que afecte un bien juicio protegido ya que por otro lado de carácter moral no es considerada como un justificante para dicha acción.

Según VILLAVIVENCIO TERREROS quien tiene su posición respecto de este tema refiere que: “quien mantiene que el obrar en cumplimiento de un deber es una causa de atipicidad, pues cuando hay una obligación específica de actuar para el sujeto, no se trata ya de un permiso, sino que cometería delito sino actuara, presentándose una grave contradicción: no actuar sería tan típico como actuar. Argumento que tampoco podría compartirse, ya que si la conducta o comportamiento realizado por el agente es atípica, es irrelevante entrar a evaluar si opera la causal del obrar en cumplimiento de un deber”²¹⁰ según la posición doctrinaria considera el cumplimiento de un deber como una obligación la cual tiene que ser típica que pueda afectar bienes jurídicos de otras personas.

La realización del cumplimiento de un deber entra en una colisión de deberes es por ello que se requiere de una ponderación por ello según NAKASAKI SERVIGON señala: “quien mantiene que el obrar en cumplimiento de un deber es una causa de atipicidad, pues cuando hay una obligación específica de actuar para el sujeto, no se trata ya de un permiso, sino que cometería delito sino actuara,

²⁰⁹ Ejecutoria Suprema. Exp. 2683–97 Lima. Ejecutoria Suprema del 21 de mayo de 1998.

²¹⁰ Ob. Cit. Pg. 59.

presentándose una grave contradicción: no actuar sería tan típico como actuar. Argumento que tampoco podría compartirse, ya que si la conducta o comportamiento realizado por el agente es atípica, es irrelevante entrar a evaluar si opera la causal del obrar en cumplimiento de un deber²¹¹; por lo tanto en un caso en concreto el agente no tendrá alternativa de poder decidir y era la de ejecutar un comportamiento que sea típico dentro del cumplimiento de su deber pero en caso de que llegara a comprobarse de que el sujeto pudo realizar dicha orden de manera distinta no se considerará como eximente.

4.1.8.3. EL OBRAR EN EL EJERCICIO LEGITIMO DE UN DERECHO, OFICIO O CARGO

Otra de las causas de justificación el cual se conoce como el cumplimiento de un deber el ejercicio de un cargo según VARONA GOMEZ sostiene que: “a mi entender, a nivel teórico no puede destacarse que un posible exceso en el cumplimiento del deber pudiese ser excusado por miedo, al igual que sucede respecto de la legítima defensa. Sin embargo, respecto a esta cuestión debe señalarse que la propia naturaleza y requisitos de la eximente de cumplimiento del deber pueden dificultar fundamentalmente tal posibilidad²¹² el cumplimiento de un deber solamente cubre aquellas acciones violentas tanto de la autoridad así como de sus agentes solo cuando sean necesarias.

En lo concerniente al ejercicio de un derecho oficio o cargo según MUARACH refiere: “no actúa antijurídicamente quien, como encargado del poder estatal lleva a cabo, en el ámbito de su competencia, acciones típicas ordenadas por la ley. Si bien titulares de esta función lo serán regularmente los funcionarios en sentido jurídico Penal, pueden también los sujetos particulares invocar estas disposiciones cuando hayan sido llamados, en el caso concreto, por el órgano estatal competente, a cooperar en una forzosa ejecución estatal; (...) Sin embargo, las

²¹¹ Citado por PANTA CUEVA, David Fernando y SOMOCURCIO QUIÑONEZ, Vladimir, ¿fue necesaria la incorporación del inciso 11 al artículo 20 del código penal? el decreto legislativo 982 y el uso de armas por los miembros de las fuerzas armadas y policiales – ver online: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_57.pdf (31/05/17)

²¹² Citado por PAREDES VARGAS, Cesar Augusto –La eximente de miedo insuperable en el Código penal peruano de 1991 su aplicación por los juzgados y salas penales de Junín – Universidad Nacional Mayor de San Marcos – 2002 – Lima ver online: http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/554/1/Paredes_vc.pdf (03/06/17)

acciones típicas de los auxiliares espontáneos, en tanto no concurran otras causas de justificación, tales como legítima defensa o Estado de necesidad a favor del Estado, únicamente quedarán cubiertas en la medida que establecen las reglas del actuar pro magistratu”²¹³

Según CLAUS ROXIN señala que: “quienes desempeñan un cargo estatal tienen que emplear diversas formas de coacción para hacer cumplir los preceptos jurídicos. Dichas medidas coactivas encajan por regla general en tipos Penales como las coacciones, detenciones, lesiones o el allanamiento de morada y su ilicitud presuponen una forma de intervención, que opera como causa de justificación”²¹⁴ de esta forma el mismo autor señala respecto de las intervenciones de los funcionarios en el ejercicio de su cargo lo cual: “implican un problema de naturaleza específicamente Penal, a saber, el relativo a la cuestión de sí, y hasta qué punto, los errores de los funcionarios en el ejercicio de su cargo dejan intacta la conformidad a Derecho de su intervención y privan de su derecho a la legítima defensa al afectado. En efecto, según la jurisprudencia constante y la doctrina dominante, según el cual en determinadas circunstancias el funcionario en el ejercicio de su cargo actuará conforme a Derecho aunque su conducta sea por ejemplo antijurídica y anulable conforme al Derecho Público”²¹⁵

El actuar en el ejercicio legítimo de los cargos supone que alguien quien se encuentra en un cargo público incurre a un tipo de conducta ilícita según SALINAS SICCHA expresa que: “como quien ejerce legítimamente un oficio o un cargo ejerce también un derecho (y en muchas ocasiones cumple al mismo tiempo un deber), un tratamiento individualizado de este supuesto del inciso 8 del artículo 20º del Código Penal ha de restringirse a su problemática específica, derivada de la circunstancia como del derecho que, conforme al inciso 8 del artículo 20 del Código Penal, se debe ejercer legítimamente deriva de un oficio o cargo. Destaca aquí la problemática que atañe al ejercicio legítimo de la profesión de abogado, periodista y médico. Nuevamente se evidencia aquí lo reducido del ámbito de supuestos que habría de resultar aplicable la eximente en estudio”²¹⁶

²¹³ Ob. Cit. Pg. 59.

²¹⁴ IBIDEM.

²¹⁵ IBIDEM.

²¹⁶ IBIDEM.

4.1.9. OBEDIENCIA DEBIDA

La obediencia debida se centra como una de las causas de exculpación o como una causa de justificante ante un delito siendo entendida como el acatamiento de una orden que es emanada por un superior en jerarquía o grado, esta concepción de obediencia data de muchos años atrás teniendo como una de sus referencias debido a la existencias de diversos tipos de sumisión en el contexto religioso, moral, familiar o por parte del Estado entre uno de los sometimientos más conocidos se data en la antigua Roma en la cual el poder que ejercían sobre sus subordinados era casi absoluto y que en caso de no cumplir con las ordenes eran sancionados con la Pena de muerte, en muchos lugares y en distintas épocas ya se tenía conocimiento de la jerarquía de poder.

La actuación en cumplimiento de un deber está ligada a una orden que rige para las partes, si bien los subordinados tiene la obligación o se encuentra obligado de ejecutar una orden tal como lo señala en el Art. 20 inc. 9 “El que obra por orden obligatoria de autoridad competente expedida en ejercicio de sus funciones” según JESCHECK refiere: “el motivo por el que puede ser exculpada la comisión en virtud de obediencia debida de una acción conminada con Pena reside, de forma similar a como sucede con el Estado de necesidad exculpante y el exceso de legítima defensa en la sustancial disminución del injusto de acción y del contenido de la culpabilidad del hecho”²¹⁷, por lo que entonces el subordinado considera que actúa dentro de los límites de la Ley en la cual actúa con la voluntad de cumplir con sus deber.

Existen situaciones en las cuales los subordinados consideran que su actuar es lo correcto, pueden llegar ser sancionados es así que en la Sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia señala: “procede a absolver los soldados integrantes de una patrilla quienes si bien estaban en la obligación de denunciar a sus superiores los hechos ilícitos de favorecimiento y facilitación del tráfico de drogas cometido por determinados oficiales, cabe destacar que tal denuncia no pudo realizarse en razón a que los mismos involucrados era sus superiores a quienes debían respetos y obediencia según la normatividad castrense, habiendo sido incluso amenazados, presionados y coaccionados por dichos oficiales, bajo sanción de ser sometidos a la justicia militar;

²¹⁷ Ob. Cit. Pg. 746.

consecuentemente se encontraban sujeto a las relaciones de superior a inferior jerárquico, relación que se da en el derecho militar, donde las ordenes se cumplen sin dudas ni murmuraciones, bajo sanción de ser sometidos a la justicia militar por delito de desobediencia (...)”²¹⁸, la coacción que ejercen los superiores llevan a que los subordinados puedan actuar contra la Ley en razón que son amenazados, amedrentados con el objetivo de que guarden silencio o que realicen funciones que puedan lesionar derechos o las normas.

La relación que exista entre los sujetos tiene que ser de Superior a inferior jerárquico como requisito esencial pudiendo darse no solo en el acto del derecho, militar o publico también se tiene en cuentas las laborales inclusive las familiares de padres a hijos “la actuación en virtud de obediencia debida es una causa de exculpación autónoma que simultáneamente, para el subordinado es determinante la confianza en la autoridad del superior y el hábito de obediencia, mientras que, básicamente de la corrección material y del mandato impuesto solo responde el superior.”²¹⁹

4.1.9.1. QUE AMENAZA, EL BIEN PROTEGIDO RESULTA PREDOMINANTE SOBRE EL INTERÉS DAÑADO

Una de estas exigencias que refiere nuestro código Penal es la valoración de los bienes jurídicos que entran en conflicto tomando en cuenta la intensidad del peligro que pueda estar amenazándolos para esta valoración el bien jurídico con más valor deberá ser salvado de cualquier peligro que lo amenace.

La ponderación de estos bienes que prevalecerá él de mayor interés según el tratadista ARMAZA GALDOS refiere: “la sola apreciación de los bienes jurídicos, siempre resultará preponderante la vida con respecto a la libertad o la integridad física con relación a la propiedad; sin embargo, hay situaciones en las que una mera comparación de bienes es insuficiente para determinar la importancia de ciertos intereses que para la sociedad tienen relevancia singular y que, por ende, deben prevalecer (es preferible, según esto, sacrificar la integridad física de un sujeto - a través de una lesión de ínfima gravedad - si de este modo se salva una

²¹⁸ Sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia Exp. N° 983 – 95 Julio – Junín.

²¹⁹ IBIDEM. PG. 747.

pintura famosa)²²⁰en relación respecto de este punto la valoración de los bienes jurídicos que se encuentran comprometidos se tomara en cuenta siempre la valoración de derechos y los bienes afectados.

Por lo cual este tratadista señala que existen ocasiones es trascendente determinar la importancia de ciertos bienes la cual beneficiara en el supuesto caso del aborto terapéutico que necesariamente requiere el consentimiento de la madre gestante, pero en caso de que no consienta aun sabiendo que pone en riesgo su vida se puede actuar en el Estado de necesidad justificante.

4.1.9.2. CUANDO SE EMPLEE UN MEDIO ADECUADO PARA VENCER EL PELIGRO

Se entiende esta idea como un tipo de comportamiento en el cual se encuentra justificado el emplear un medio el cual podrá ayudar a repeler algún tipo de ataque, entonces solo se justifica la legitima defensa siempre y cuando se use un medio menos lesivo que pueda afectar los bienes jurídicos.

La situación de necesidad tiene origen del peligro que pueda suscitarse ante esto significa: “que cualquier situación peligrosa genere un Estado de necesidad; pues, si ésta es originada por el comportamiento delictuoso del propio agente, no hay Estado peligroso en el sentido jurídico-Penal puntualizado; ya que el sujeto estaría obligado a soportar las consecuencias de su actuar originario (así, el asesino que por escapar de la policía causa destrozos en la propiedad de terceros, nunca, por más preocupante que sea su condición, podría alegar que los daños los ejecutó en Estado de necesidad)”²²¹

El medio empleado para el manejo como arma de legítima defensa solo será considera como justificante siempre y cuando se ajuste a la situación o una igualdad de armas que se presenta y pueda perjudicar gravemente los bienes jurídicos del atacante solo así el Juez considera que el medio empleado es justificante de exculpación.

²²⁰ ARMAZA GALDOS, Julio E. El estado de necesidad justificante ver online: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1993_04.pdf (23/05/17)

²²¹ Ob. Cit.

4.1.10. CONSENTIMIENTO

Nuestro Código Penal Peruano claramente podido señalar respecto al consentimiento del titular siendo como una de las causas por las cuales una persona puede atenuársele su responsabilidad Penal a lo cual se encuentra está expresado en nuestro ordenamiento jurídico Penal de la siguiente manera en el Art. 20 Inc10:

“El que actúa con el consentimiento valido del titular de un bien jurídico de libre disposición”

Se ha podido llegar a un acuerdo que el consentimiento es una causa de justificación por lo cual se entiende que se da una autorización o permiso, según ZITELMANN señala: “el consentimiento es un acto jurídico de naturaleza negocial, mediante el cual se concede una autorización al destinatario para realizar la acción”²²² pero hay que tener claro que se presupone toda la capacidad de raciocinio en pleno uso de sus derechos y facultades y básicamente estar libre de todo engaño o violencia que pueda ejercerse pudiendo ser reconocido por el exterior.

Según JECHECK respecto al consentimiento sostiene que “la idea determinante es de naturaleza política-jurídica. La valoración subjetiva de los bienes jurídicos por el individuo es reconocida decisivamente por el ordenamiento jurídico, debido a que el uso sin restricciones de la libertad personal como tal es considerado como un valor social en un Estado de Derecho Liberal, que tiene que ser ponderado frente al interés de la comunidad en la preservación de los bienes jurídicos”²²³ de esto se entiende que el consentimiento basa sobre bienes jurídicos individuales más no cuando puede afectarse bienes jurídicos en colectivo.

Para que se dé un consentimiento valido se requiere necesariamente de un equilibrio mental suficiente razonable y lógico con la capacidad de poder calcular los beneficios o perjuicios que pueda ocasionar, es decir que goce de la capacidad plena de sus derechos cumpliendo la mayoría se adquiere la capacidad de

²²² Citado por MACHADO RODRIGUEZ, CAMILO IVAN – El Consentimiento en materia Penal – ver online: <https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjK4f iPiKzUAhVMcD4KHVmtDFoQFgg9MAQ&url=https%3A%2F%2Fdialecto.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F4260748.pdf&usq=AFQjCNEp5m1GGqq0HzlTbWV560UJFFgmA&sig2=Dg1OAVmhie47iibdcZVfUQ> (05/06/17)

²²³ Ob. Cit. Pg. 761.

ejercicio, así mismo el consentimiento debe darse libremente sin ningún acto de coacción o argucias por parte de terceros.

Ahora bien si nuestro Código Penal ha establecido que se está exento de responsabilidad Penal siempre cuando exista consentimiento y libre disposición de bienes jurídicos pero lo que no se ha podido establecer a cuales se refiere entonces se puede entender que existen bienes jurídicos disponibles y bienes jurídicos indisponibles siguiendo lo que dice CLAUS ROXIN se entiende a bienes jurídicos como : “[...] circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”²²⁴

Según MEZGER fundamenta “el consentimiento como una causa de justificación, partiendo del principio de ausencia de interés, en donde la voluntad que normalmente aparece lesionada por la realización del tipo no existe en el caso concreto de darse el consentimiento del sujeto pasivo; de allí deduce que el consentimiento supone la ausencia de interés por parte del titular del bien jurídico disponible”²²⁵ desde este punto de vista el consentimiento es una libre manifestación de la personalidad pero no se evita que se vulneren o se pongan en peligro bienes jurídicos.

Entonces para que se lugar al consentimiento “los bienes jurídicos Penales individuales o personales tienen por objeto viabilizar la autorrealización del individuo, se encuentran estrechamente vinculados con el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad. Ello hace que, a efectos de alcanzar la realización personal, el individuo pueda disponer de los mismos, sobre todo en los casos en los que considere que su protección impide el desarrollo de su ética personal”²²⁶.

Entonces los bienes jurídicos deben ser necesariamente protegidos por el Estado para la preservación de un orden social de tenerse el consentimiento individual existirán casos en los cuales no se podrá disponer libremente por causas establecidas en el ordenamiento Penal, pero también se ha hablado de bienes colectivos los cuales no deben ser afectados debido a que no se da el

²²⁴ Citado por CHANG KCOMT, RONY- “Naturaleza Jurídica del Consentimiento de Bienes Jurídicos Penales: un análisis a la luz de la Constitución” - THEMIS Revista de Derecho N° 67 - Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Salamanca- ver online: revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/14468/15080 (05/06/17)

²²⁵ IBIDEM.

²²⁶ IBIDEM.

consentimiento necesario que se requiere para ser exento de responsabilidad Penal. El consentimiento debe ser libre sin mediar actos que puedan vulnerar su voluntad.

4.1.11. USO DE ARMAS Y MEDIOS DE DEFENSA

Nuestro Código Penal Peruano claramente podido señalar respecto uso de armas u otro medio de defensa siendo como una de las causas por las cuales una persona puede atenuársele su responsabilidad Penal a lo cual se encuentra está expresado en nuestro ordenamiento jurídico Penal de la siguiente manera en el Art. 20 Inc11:

“El personal de la Fuerzas armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa, cause lesiones o muerte”

La autorización legal que faculta a los fuerza armada la policía nacional del Perú ha tenido un origen que se acrecentado con una serie de manifestaciones, protestas a nivel nacional el incremento de violencia, la muerte y la amenaza teniendo como consecuencia muerte de manifestantes, policías o incluso personas que solo transitaban cerca de la zona , sin duda estos actos de violencia se acrecentaron debido a ello se ponía en riesgo a la población por la creciente ola de delincuencia y violencia en las calles.

Sin duda el Gobierno a raíz de esta problemática se ha generado una norma en la cual un miembro de la fuerza armada o la Policía Nacional está exento de toda responsabilidad Penal cuando este en cumplimiento de su deber, claramente el deber es solo de salvaguardarla integridad y la seguridad de las personas de una comunidad, así como de velar por el cumplimiento de las leyes y el orden público por ello dicha incorporación en el ordenamiento Penal.

Para darse dicho justificante exigen la existencia de un deber que sea consagrado por la ley algunos doctrinario que dicha normas deber darse bajo ciertas circunstancias que lo ameriten por ello según SALINAS SICCHA refiere que: “esta circunstancia es aplicable a cualquier persona, su radio de acción alcanza con mayor frecuencia a los funcionarios o servidores públicos y, más en especial, a aquellos que están legalmente autorizados a ejercer la violencia sobre los

particulares, es decir, las fuerzas de seguridad encargadas de mantener el orden interno y defender nuestras fronteras”²²⁷.

Hay que señalar que para un personal de la Fuerzas Armadas y de la Policía nacional que exento de responsabilidad Penal tiene configurarse que el uso del arma deber ser en forma reglamentaria es decir que no incluye el uso de otro medio de defensa de esta forma se limitaría a que se dé el cumplimiento de sus funciones.

Respecto de este tema si bien es cierto que existe una gran controversia en razón a que no se está de acuerdo a que los miembros de estas instituciones tengan la facultad de hacer uso de sus armas en cumplimiento de un deber, ya que consideran que se les otorga la facultad de ponerse en riesgo bienes jurídicos de la población en relación a esto existe una jurisprudencia que señala:

“(…)se advierte que el legislador ordinario ha considerado conveniente y relevante poner énfasis en la actuación de los agentes estatales encargados de proteger la seguridad ciudadana, el orden público y la defensa nacional así como el respeto de la ley y el Estado...quienes al utilizar armas que el Estado otorga para tales fines pueden lesionar bienes jurídicamente tutelados, tales como la vida, la integridad, etc...por ello cuando a dichos servidores se les impute la comisión de un ilícito, deberán ser denunciados investigados por cada caso y si corresponde procesados dentro del plazo razonable con todas las garantías que la Constitución ofrece , no solo de ellos si no de cualquier otra personas que se encuentre en circunstancias similares ...corresponderá al Juez competente evaluar, tanto si concurren circunstancias agravantes o eximentes de responsabilidad y corresponderá a dicho funcionario a través de una sentencia motivada imponer las sanciones previstas o expresar las razones por las que ellos en determinados supuestos no corresponder y si las actuaciones de los efectivos han sido en cumplimiento de su deber y además si sus armas han sido usadas de manera reglamentaria”²²⁸

²²⁷ Ob. Cit. Pg. 537.

²²⁸ Jurisprudencia Constitucional Exp. N° 0012-2008/PI/TC – Lima

CAPITULO V

5.1. PRESUPUESTOS PARA FUNDAMENTAR Y DETERMINAR LA PENA

5.1.1. CARENCIAS SOCIALES

La determinación de la pena se puede aludir a la actividad destinada a poder identificar y valorar la sanción punitiva es decir que se debe de evaluar de manera cualitativa y cuantitativamente la aplicación de una sanción incorporación de este criterio con lo cual VILLAVICENCIO TERREROS expresa que: “se consagra el llamado principio de la co-culpabilidad o corresponsabilidad de la sociedad en la comisión del delito”²²⁹ considerada como la culpabilidad por parte de la sociedad

Según perspectiva del doctrinario PRADO SALDARRIAGA refiere como primer punto:

“no solamente la justicia penal se proyecta en función de la sanción de los delitos, sino también de los requerimientos del que sufre el delito; entonces, el mensaje allí no está ligado exclusivamente con la aplicación de la pena, sino con todas esas posibilidades que el juez debe tomar en cuenta para decidir consecuencias jurídicas del delito. En el caso de la víctima, obviamente hay que tomar en cuenta el objetivo de la víctima, la reparación, y allí proyectar la equidad de la decisión judicial.”²³⁰

Lo que se proyecta con la inclusión de este criterio en nuestro sistema penal es que existen personas que tienen diferentes formas y modos de vivir teniendo en cuenta su cultura, la situación económica que pudiesen presentar lo cual trae consigo una diversidad de situaciones lo da entender que la pluralidad de modos de vida pudiese influir como origen del acto delictual.

Según la Ejecutoria Suprema N° 1891 – 2008 señala que: “en el ámbito de la determinación judicial de la penas, las carencias sociales y condiciones

²²⁹ Citado por Velázquez V. Fernando de LOS CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL C. P. PERUANO DE 1991- Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín/Colombia ver online: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_30.pdf (26/01/2018).

²³⁰ Centro de Investigaciones Judiciales- Seminario Taller: Nuevos Criterios para la Determinación Judicial de la Pena- Editorial Grijley impreso- ver online: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/496f12804794f8c99f4c9fd87f5ca43e/CriteriosJudDePena_07052009.pdf?MOD=AJPERES (26/01/2018).

personales del encausado su edad, condición de agricultor, el ser habitante de la sierra y su bajo nivel cultural se evalúan con relación al injusto cometido y si reprochabilidad por el hecho; que, en tal sentido, se aprecia en el siguiente caso que ninguna de las circunstancias concurrentes tiene aptitud para reducir la pena conminada por debajo del mínimo legal” , para poder imponer una sanción punitiva son las carencias sociales que afectan la condición de infractor cual conlleva a evaluar su situación antes de una sanción.

Por tanto, la carencia social que hubiere sufrido el agente debe de incluir la valoración de las circunstancias reales que pudieron llevar a acometer un delito, hay que considera que no es considera como un eximente en todo caso es poder determinar el origen de su conducta que tan influyente puede ser el entorno social en que creció, las necesidades que paso el sujeto en su entorno social.

5.1.2. CULTURA Y SUS COSTUMBRES DEL AGENTE

La existencia de un pluralismo cultura conlleva a la existencia de más de un grupo cultural dentro de nuestro territorio nacional, en el ámbito del Derecho Penal es un relevante toda vez que las costumbres para ciertos grupos pueden confrontar nuestros textos normativos trayendo como consecuencia la posible deslegitimación ante una posible imposición de una pena en otros casos solo podrá ser usado como un atenuante o como un criterio para determinar la sanción penal o simplemente se le considera innecesario.

Estos patrones culturales pueden afectar la configuración de un ilícito penal por cuanto pueden considerársele como “un conjunto normativo, salvo raras excepciones, no está escrito. Las reglas de derecho proceden de la costumbre”²³¹, la aplicación del art. 45 inc. 2 se rige especialmente para determinar la pena razón a este posible caso de diversidad cultural, estas excepciones no solo se limitan a nuestro territorio nacional ya que en el Derecho comparado por ejemplo en el art. 33 del Código Penal Colombiano establece: “es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender

²³¹ Hurtado Pozo José, Derecho Penal y Pluralidad Cultural, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año 2007, Pg. 103 ver Online: [https://books.google.com.pe/books?id=f3FZyORQrtIC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false] (27/09/16)

su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares”²³² llegando a comprender la existencia de diversos patrones culturales y que bajo ciertas y determinadas condiciones puede atenuarse o eximir de pena en casos excepcionales.

Ya que quienes ostentan estas diversidades culturales no tiene la capacidad de poder comprender en toda su magnitud los comportamiento ilícito que pueda cometer en otro lugar geográfico, por ello en nuestro Código Penal se estableció que los Jueces al momento de emitir una condena deben tomarla en consideración lo cual puede variar el quantum de la pena en ello radica la importancia de este criterio el cual permitirá valorar el grado de participación o la responsabilidad que pudiese tener el sujeto infractor ya que nuestro ordenamiento no lo considera como eximente en caso de un acto delictual.

5.1.3. LOS INTERESES DE LA VÍCTIMA, DE SU FAMILIA O DE LAS PERSONAS QUE DE ELLA DEPENDEN

Respecto a este presupuesto nos hace referencia al papel que cumple el afectado ante un hecho delictivo el cual me llamó la atención en razón del grado de afectación que puede tener la víctima, así como la de su familia como consecuencia del acto que comete el sujeto infractor, el objeto de este criterio no está en la aplicación de la pena si no en todo caso en las consideraciones que debe tener el Juez al momento de decidir su fallo.

Claramente este inciso se centra en la reparación que se debe otorgar a la víctima equivalente al daño que haya podido sufrir es por ello que: “para la determinación y cuantificación de la pena deben considerarse los interés de la víctima, que en este caso la agraviada es una empresa mixta en el delito de concusión cometido por los acusados funcionarios públicos; además de evaluarse la naturaleza de la acción, los medios subrepticios empleados, la importancia de los deberes infringidos, la extensión del daño causando, los móviles lucrativos y fines egoístas, la pluralidad del agente, su grado de cultura superior, todas como circunstancias

²³² Código Penal Colombiano.

agravantes genéricas”²³³, en el caso en concreto ha de evaluarse la magnitud del daño ocasionado los fines en los cuales promovieron a realizar el acto delictivo.

Según el doctrinario PRADO SALDARRIAGA señala: “En el caso de la víctima, obviamente hay que tomar en cuenta el objetivo de la víctima, la reparación, y allí proyectar la equidad de la decisión judicial, que no es incompatible.”²³⁴claramente se da importancia a la víctima y su familia entendidas como personas que hayan podido sufrir daño físico, moral , psicológico, emocional, y que como consecuencia traiga una relación a dicho daño ocasionado, es por ello la importancia de fundamentar adecuadamente a los hechos y circunstancias que pudiesen haber surgido en el ilícito penal lo que dará origen a una adecuada proporcionalidad de la pena.

5.2. CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACION DE LA PENA

Tal como lo señala la Ejecutoria Suprema de Lima con respecto a la graduación de la pena, esta debe ser impuesta respetando el principio de responsabilidad subjetiva del Derecho Penal, previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal el cual ha señalado que:

“establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho; asimismo, se debe tener presente que su finalidad esencial está orientada a buscar en el sujeto culpable su reeducación y reinserción en la sociedad y en tal sentido si dosimetría no constituya un exceso y pierda su objetivo final; asimismo, si bien es cierto el legislador ha establecido las clases de pena y el quantum de estas, pero no de una manera fija y absoluta, también lo es que se han fijado los criterios necesarios para que el juzgador pueda individualizarla judicialmente y concretarla observándose por lo tanto el principio de proporcionalidad y razonabilidad establecido como un criterio rector de toda actividad punitiva del Estado, lo cual nos conduce a valorar el perjuicio y trascendencia de la acción desarrollada por el agente culpable bajo el criterio de la individualización, cuantificando la

²³³ Ibídem. Pg. 721.

²³⁴ Ob. Cit. Pg. 98.

gravedad del delito y su modo de ejecución, peligro ocasionado y la personalidad o capacidad del encausado que comprenda la edad, educación, condición económica y medio social”²³⁵

Todo en cuanto se refiere a una determinación judicial debe realizarse un procedimiento técnico y valorativo en cual se encuentra plenamente normado la que se realizará en base a gravedad del hecho que se ha cometido y debe considerarse específicamente trece circunstancias que el Juez debe tomar en cuenta al momento de poder realizar una sanción punitiva, contribuirá una sanción más justa y proporcional a la gravedad de los hechos.

5.2.1. CARENCIA DE ANTECEDENTES PENALES

Se le puede considerar como aquellos hechos que aparecieron o tuvieron su origen con mucha anterioridad a la comisión de un nuevo delito en este criterio tiene dos vertientes en las cuales puede ser usado como atenuante debido a que puede disminuir la intensidad del delito o que pueda disminuir la pena según HURTADO POZO señala: “La concurrencia de circunstancias atenuantes disminuye la intensidad del hecho delictivo cometido, reduciendo la intensidad del reproche penal. Esto determina que la pena a imponerse sea menos grave”²³⁶.

De la misma forma este criterio puede considerarse como un agravante al contrario del párrafo anterior este puede acrecentar la sanción penal de esta misma forma el doctrinario ya mencionado refiere: “Por su parte, las circunstancias agravantes acentúan el injusto del hecho cometido e intensifican el reproche de culpabilidad. Su efecto es aumentar la severidad de la pena.”²³⁷, dependiendo de las circunstancias se puede utilizar este criterio lo que conllevara a poder determinar el quantum de la pena, siendo este el criterio con mayor frecuencia al momento de emitir una condena.

Si bien se habló de que los antecedentes penales puede ser usado en dos vertientes para la aplicación de este artículo nos centraremos en la carencia de antecedentes penales según SAENZ TORRES considera que existe dos razones

²³⁵ *Ibidem* Pg. 724

²³⁶ HURTADO POZO JOSE, *Derecho Penal Parte General*, Editorial IDEMSA, Cuarta Edición, Lima 2011, Pg. 327.

²³⁷ *IBIDEM*. PG. 328

principales por las cuales se califica como atenuante:” La menor peligrosidad del sujeto activo y la premiación por la buena conducta al anterior delito”²³⁸ en cuanto se refiere al primer supuesto es que: “cuando existe una menor peligrosidad del sujeto, sea esta anterior o posterior a la comisión del delito, se muestra una menor necesidad del cumplimiento del fin preventivo de la pena, esta menor necesidad de pena justificaría la autenticación de la pena, pues el autor se encuentra proclive a obedecer al derecho, el efecto inhibitorio el delito no se vuelve tan necesario”²³⁹, esto indica que se califica como un criterio que puede influir en la aplicación del fin preventivo de nuestro sistema Penal pudiendo variar una fallo condenatorio.

Como segundo supuesto se tiene que la disminución de la pena puede darse en razón al buen comportamiento o que se haya portado dentro de los parámetros legales antes de la comisión de un nuevo delito por lo cual se considera que puede premiarse con una disminución del quantum de la pena a efecto de que su comportamiento ha prosperado.

Es importante mención que en nuestra legislación penal para que exista una plena aplicación de la carencia de antecedentes penales el sentenciado tiene que haber sido rehabilitado o que este en alguna causal de extinción de la pena.

5.2.2. EL OBRAR POR MÓVILES NOBLES O ALTRUISTAS

La aplicación de este atenuante tiene como requisito que la conducta que se realiza debe ser motivada por actos nobles, careciendo de conciencia y voluntad de cometer un delito en este sentido no debe encontrarse en una conducta de algún tipo penal según esto VELASQUEZ VELASQUEZ refiere que se debe: “indagar aquellas motivaciones que demuestran nobleza y altruismo por parte del agente, todo lo que permite fundarlo en un menor desvalor de acto por tratarse de un injusto menos grave”²⁴⁰ hay que señalar en todo momento la motivación que

²³⁸ SAENZ TORRES, ALEXEI DANTE, La Carencia de Antecedentes Penales como Circunstancia atenuante genérica en el Código Penal de 1991, Revista de Actualidad Penal N° 29, Instituto Pacifico, Edición noviembre 2016 Pg. 127.

²³⁹ IBIDEM. Pg. 128

²⁴⁰ Citado por PRADO SALDARRIAGA, VICTOR ROBERTO, Circunstancias Atenuantes Genéricas del Artículo 46 del Código Penal, Revista de Derecho Themis N° 68 Edición 2016, Pg. 35 ver online: http://www.mpfn.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4320_3_circunstancias_genericas__11feb16.pdf (01/03/18)

pudo influir en el agente de esta forma puede disminuir el grado de culpabilidad del imputado.

El factor que considero que predomina para este atenuante es la carencia de dolo en razón que no se encuentra la intención de querer dañar algún bien jurídico protegido por el agente, en todo se puede tener como ejemplo el homicidio piadoso, claramente no es un eximente de responsabilidad pero si considerado como atenuante lo cual podrá reducir la sanción penal que se imponga, en otras palabras se tiene que valor el motivo que llevo a cometer el delito resaltando la posible nobleza de su actuar.

5.2.3. EL OBRAR EN ESTADO DE EMOCIÓN O DE TEMOR EXCUSABLES

Nuestra legislación considera este atenuante que sujeto infractor tiene que encontrarse en un estado incontrolable según VILLAVICENCIO TERREROS señala que: “La emoción violenta, debe ser excusable. No quiere decir que sea exculpante, sino disculpable en el sentido de atenuarle la pena por encontrarse ofuscado producto de una situación extrema que motiva su comportamiento y reacción frente a lo sucedido. Nuestra jurisprudencia entiende que son circunstancias que hacen excusable a la emoción; honor mancillado, afrenta inmerecida, ofensa injustificada.”²⁴¹, la atenuación solo será considera si el sujeto infractor no tuvo la capacidad en ese momento de poder razonar apropiadamente actuando por impulsos.

El órgano jurisdiccional tiene la responsabilidad de valorar dicho estado que se originó en el imputado, pues se habla de un estado de emoción que según REEVE JHONMARSHALL: “comprenden: un estado mental subjetivo, como el sentimiento de enojo, ansiedad o amor; un impulso a actuar, como huir o atacar, tanto si se expresa abiertamente como si no; y profundos cambios corporales, como un ritmo cardiaco más acelerado o una presión arterial más elevada”²⁴² considerar como estado en donde por momentos podemos encontrarnos feliz o molestos estas reacciones bilógicas y físicas el cual prepara nuestro cuerpo para poder

²⁴¹ Citado por PRADO SALDARRIAGA, VICTOR ROBERTO Ob. Cit. Pg. 36.

²⁴² Citado por SOLIS ESPINOZA, ALEJANDRO, Aspectos Psicológico Forenses en la Emoción Violenta, Revista Foro Jurídico ver online: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/viewFile/18471/18711> (03/03/18)

reaccionar frente a cualquier situación sea de peligro, pelea dependiendo de la situación nuestro cuerpo responderá a estos estímulos, por ello nuestra legislación ha podido prever en las situaciones que pudieran llegar a presentarse ante un órgano jurisdiccional.

5.2.4. LA INFLUENCIA DE APREMIANTES CIRCUNSTANCIAS PERSONALES O FAMILIARES EN LA EJECUCIÓN DE LA CONDUCTA PUNIBLE

Este atenuante se caracteriza también por la atenuación de la pena que según el doctrinario PRADO SALDARRIAGA señala: “se edifica sobre la base de la incidencia de factores extraordinarios y trascendentes, ligados al ámbito personal o familiar del delincuente, los cuales concurren e interactúan en la formación y limitación del espacio decisional del agente, condicionándolo a la comisión del delito.”²⁴³ Se tiene en cuenta la influencia apremiante que puede generar la familia incitando al agente la comisión de nuevos delitos.

Son situaciones que se pueden presentar como a manera de urgencia, impostergable que orilla al sujeto a cometer un tipo penal, con la presencia de antecedentes se ha podido verificar que en su mayoría son delitos patrimoniales en razón a la economía de proveer alimentos o la penuria de poder satisfacer necesidades.

5.2.5. PROCURAR VOLUNTARIAMENTE, DESPUÉS DE CONSUMADO EL DELITO, LA DISMINUCIÓN DE SUS CONSECUENCIAS

Para la configuración de este atenuante se configura que el sujeto infractor después del daño ocasionado tenga la voluntad de poder restablecer las cosas a su estado anterior, se trata entonces de un carácter posterior a los hechos podría decirse que es el arrepentimiento que pueda mostrar el sujeto ante su acto delictual y por ende siente la necesidad de compensar lo dañado.

²⁴³ Ob. Cit. Pg. 37.

Según el doctrinario RANIERI SILVIO expresa que: “se haya esforzado espontáneamente, esto es, con base en motivos internos y no externos, como serían los surgidos a causa de una presión ajena o por imposición de la ley –por ejemplo, por deber de asistencia o socorro–, por eliminar o atenuar las consecuencias dañosas o peligrosas del delito. También se requiere que su actividad haya sido desplegada eficazmente, es decir, de modo adecuado para alcanzar ese fin, aunque, por motivos independientes de la voluntad del agente, no lo haya alcanzado”²⁴⁴si bien nuestra legislación lo ha tomado en consideración como atenuante hay que resaltar que no se ha podido especificar el modo en que pueda reparar dicho daño, lo que si se tiene en cuenta es que el restablecimiento debe de ser oportuno e idóneo con el fin de poder disminuir la cuantificación de la pena.

5.2.6. REPARAR VOLUNTARIAMENTE EL DAÑO OCASIONADO O LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DEL PELIGRO GENERADO

Este atenuante tiene una relación con el criterio previo en que también se centra en reparar o restituir el bien de la víctima que ha sido dañado, en razón a esto PEÑA CABRERA expresa: “que la reparación debe ser espontánea, es decir, voluntaria y, naturalmente antes de la respectiva sentencia. Se entiende que la reparación debe partir del autor, y no de terceros”²⁴⁵, claramente se puede reparar el daño u otras consecuencias que pudieron haberse generado ante el acto delictivo.

Claramente se ha establecido que la reparación debe ser posterior al hecho cometido obviamente antes de que se emita una sentencia y sin la obligación de terceras personas, entonces el Juez realizará una valoración de la conducta del sujeto infractor al enmendar o reparar el daño demostrando el interés por cooperar ante su conducta reprochable lo que dará origen a una valoración por parte del Juez al momento de emitir una sentencia.

²⁴⁴ IBIDEM. Pg. 37

²⁴⁵ IDEM

5.2.7. PRESENTARSE VOLUNTARIAMENTE A LAS AUTORIDADES DESPUÉS DE HABER COMETIDO LA CONDUCTA PUNIBLE, PARA ADMITIR SU RESPONSABILIDAD

Con respecto a este criterio como bien lo mención es la facultad que posee el sujeto infractor de poder presentarse voluntariamente para que reconozca su responsabilidad ante el acto reprochable, reside prácticamente en la presentación ante las autoridades como una forma de arrepentimiento o de colaboración con la justicia contribuyendo a que la graduación de la pena sea menor debido a conducta que está demostrando el imputado.

Esta circunstancia “se valora un acto de arrepentimiento posterior al delito. Con su conducta, el agente expresa su voluntad de hacerse responsable por el ilícito cometido y de asumir plenamente las consecuencias jurídicas que de ello derivan. Esta actitud se destaca en favor del agente al alejarse este de un patrón conductual común y que se suele orientar hacia el aseguramiento y la impunidad del infractor.²⁴⁶, todo en razón de que el sujeto tiene plena conciencia de asumir la responsabilidad penal que pueda imponérsele, evitando rehuir de la justicia, más colaborando con las autoridades.

Según el doctrinario VELASQUEZ VELASQUEZ considera que: “Hay diferencia notable en el delincuente que huye después de consumado el delito, del que se presenta voluntariamente a las autoridades para confesar. Este último muestra arrepentimiento, o por lo menos, asume su responsabilidad, lógicamente la atenuante es procedente; de suerte que no puede favorecerse al delincuente que huye y regresa después acompañado de su abogado”²⁴⁷, es importante resaltar la conducta que puede presentar el sujeto ante dicha situación lo cual el juez tendrá en consideración durante todo el proceso.

²⁴⁶ IBIDEM.

²⁴⁷ IDEM

5.2.8. LA EDAD DEL IMPUTADO EN TANTO QUE ELLA HUBIERE INFLUIDO EN LA CONDUCTA PUNIBLE

Esta circunstancia tiene ciertos parámetros que han sido establecidos por la Ley en la que el sujeto que hubiere cometido un delito tuviera de edad entre dieciocho y veintiún años o tenga más de sesenta y cinco se considera atenuante siempre que concurra con este hecho, si el sujeto ha de cometer un delito fuera de este requisito establecido para dicha atenuación será procesado excluyendo dicho criterio por lo que la aplicación de la pena será en magnitud al hecho.

La edad que pudiese tener el sujeto puede influir en cuanto a la graduación de la pena debido a que se considera que es joven para que cumpla una condena efectiva siempre y cuando los hechos contribuyan a dicha atenuación, por otro lado, se es mayor de sesenta y cinco años para que pudiese cumplir una condena efectiva, por lo cual el órgano de justicia tendrá en consideración dicha valoración al momento de determinar una pena evitando que vulneren derechos.

5.3. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

5.3.1. EJECUTAR LA CONDUCTA PUNIBLE SOBRE BIENES O RECURSOS DESTINADOS A ACTIVIDADES DE UTILIDAD COMÚN O A LA SATISFACCIÓN DE NECESIDADES BÁSICAS DE UNA COLECTIVIDAD

El poder ejecutar dicha conducta reside sobre bienes que están destinado a la utilidad común o que pueda encontrarse al servicio de la población siempre y cuando dichos bienes estén al uso der servicio público, como puede ser las bancas de un parte, señales de tránsito, postes de alumbrado público, aquellos bienes en los cuales no formen parte de alguna infraestructura es decir que formen parte de un bien mayor.

Por ser parte de bienes de uso público afecta directamente a la población, dependiendo del tipo penal se podrá referir a que bien jurídico protegido se afectara es por ello, que si da la sustracción, robo, daños a bienes destinado para uso público o bienes que pueden satisfacer necesidades básicas se considerará como agravante al momento de graduar la pena'

5.3.2. EJECUTAR LA CONDUCTA PUNIBLE SOBRE BIENES O RECURSOS PÚBLICOS

Si bien este atenuante tiene muchas semejanzas con el anterior criterio hay que resaltar que primero se habló de la afectación de bienes que han sido destinados para el uso público es decir bienes que proporcionan una utilidad a la población o colectividad que han tenido su origen del Estado.

A comparación del anterior criterio, este si bien la conducta se agrava cuando se trata sobre bienes o recursos públicos que están al cumplimiento de los Fines del Estado para que pueda servir de configuración de un delito es que se trata específicamente de bienes del Estado.

5.3.3. EJECUTAR LA CONDUCTA PUNIBLE POR MOTIVO ABYECTO, FÚTIL O MEDIANTE PRECIO, RECOMPENSA O PROMESA REMUNERATORIA

Por un lado, se ha hablado de la aplicación de la atenuante por motivos nobles en la cual el sujeto infractor al realizar dicha conducta carece completamente de dolo es decir que no tiene ni la conciencia ni voluntad de cometer algún delito, más actúa bajo móviles nobles en donde se tiene que averiguar las razones por la cual el agente ha decidido cometer dicho delito.

La aplicación de este criterio es una antítesis debido a que al que perpetra un delito movido por razones despreciables o insignificantes con el objeto de tener alguna ganancia económica, dicho de este modo el agente realiza la acción con el fin de ganar dinero dicha conducta se ve motivada por una recompensa remuneratoria lo cual nuestra legislación prevé dicha situación y la considera como un acto que debe ser penado por darle un desvalor al daño que pudiese sufrir la víctima.

5.3.4. EJECUTAR EL DELITO BAJO MÓVILES DE INTOLERANCIA O DISCRIMINACIÓN DE CUALQUIER ÍNDOLE

Se sabe que tanto en nuestra legislación nacional como en muchas de la internacional consideración a la discriminación como una forma de vulneración de

derechos fundamentales, todo ellos en razón que afecta directamente a la persona en la cual puede restringirle o excluirla por motivos raciales, políticos, religiosos, de sexo u cualquier otra índole por lo realizar dicha conducta es sancionado en proporción al daño ocasionado a la víctima.

Al hablar de la ejercicio de un delito bajo estos parámetros de intolerancia o discriminación se entiende que el sujeto infractor realiza dicha conducta con el fin de anular o menoscabar el reconocimiento de la libertad o el ejercicio de sus derechos en el ámbito político, social, religioso o económico, la agravación quedara tipificada siempre y cuando la realización del tipo sea realizada bajo móviles de cierta índole antes mencionada por lo que de comprobarse dichas acciones el Juez tendrá que valorar dicha acción y sancionar en magnitud a la afectación.

5.3.5. EMPLEAR EN LA EJECUCIÓN DE LA CONDUCTA PUNIBLE MEDIOS DE CUYO USO PUEDA RESULTAR PELIGRO COMÚN

Sabemos que cuando el sujeto infractor al momento que pretender lesionar bienes jurídicos protegidos de la víctima como son el cuerpo y la salud o el ambiente, bienes patrimoniales, al realizar esta conducta a su objetivo también se verán afectadas un sin número de personas o bienes, de este modo la agravación se verá configurada en razón a que se utiliza métodos que generan en gran magnitud daños.

Esta conducta se ve orientada a la afectación de una persona, pero al realizarla también se verán afectada un numero indeterminada de persona o bienes que pudiesen encontrarse en su entorno lo que nuestra legislación no especifica o exige un peligro en concreto.

5.3.6. EJECUTAR LA CONDUCTA PUNIBLE MEDIANTE OCULTAMIENTO, CON ABUSO DE LA CONDICIÓN DE SUPERIORIDAD SOBRE LA VÍCTIMA O APROVECHANDO CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, MODO O LUGAR, QUE DIFICULTEN LA DEFENSA DEL OFENDIDO O LA IDENTIFICACIÓN DEL AUTOR O PARTÍCIPE

En atención a la realización de la conducta punible mediante ocultamientos habla de que el agente que comete un delito deberá dificultar su identificación proveído

de ciertos medios como máscaras, pasamontañas en la cual el rostro del infractor quedar completamente cubierto siendo difícil poder identificarlo con el fin de que su actuar quede impune.

De esta misma forma si el agente infractor posee cierta condición de autoridad sobre la víctima se agravaría ya que la condición de superioridad sobre la víctima en cuestiones de edad, en el ámbito laboral, familiar, o aprovechamiento de la incapacidad que pudiera presentar, esté se considerará agravante en razón que también posee a su favor el tiempo, modo y lugar para poder perpetrar su mal accionar ya que al favorecerle dichas circunstancias disminuye en gran proporción la posibilidad de defensa de la víctima debido a que puede quedar imposibilitada de alguna protección

5.3.7. HACER MÁS NOCIVAS LAS CONSECUENCIAS DE LA CONDUCTA PUNIBLE, QUE LAS NECESARIAS PARA CONSUMAR EL DELITO

Se considera agravante y cuando el agente al momento de cometer algún delito que afecta un bien jurídico patrimonial no solo consuma el delito, sino que también contribuye a que los resultados sean mucho más graves a lo que pudo originar el hecho primigenio, por tanto, se está hablando de la obstaculización que representa el agente al evitar de que la víctima pueda ser auxiliada.

La obstaculización que representa el agente infractor afecta indiscriminadamente a la víctima toda vez que pudiendo ser ayudada en su momento se verá perjudicada por el impedimento que presenta su agresor.

5.3.8. REALIZAR LA CONDUCTA PUNIBLE ABUSANDO EL AGENTE DE SU CARGO, POSICIÓN ECONÓMICA, FORMACIÓN, PODER, OFICIO, PROFESIÓN O FUNCIÓN

Se considera a aquel sujeto infractor que teniendo un cargo superior que su víctima abusa de dicha formación, posición económica o el poder que puede ejercer, de realizarse dicho abuso de general el quebrantamiento de deber o funciones que pudiera desempeñar, con el objeto de abusar de dicha posición que pudiera ostentar al momento de cometer dicha conducta punible.

El abuso de poder, posición económica, oficio, o cargo que se genera por parte del sujeto genera una situación que afecta completamente los derechos de la víctima toda vez que están siendo vulnerados, por ello se considera una situación de agravante al hecho principal.

5.3.9. LA PLURALIDAD DE AGENTES QUE INTERVIENEN EN LA EJECUCIÓN DEL DELITO

Está claro que para la perpetración de un delito no solamente se requiere de una persona para la realización, en esta agravante se habla de una participación de dos o más personas las cuales con una colaboración eficaz buscan perpetrar un acto criminal que los podrá beneficiar,

Esta circunstancia habla específicamente de una participación de dos o más personas por lo cual representa mayor capacidad de afectación a un bien jurídico, pues es evidente que al ser más participante para la realización de un delito la posibilidad de defensa de la víctima se ve verá reducida por lo que el daño que le será ocasionado será en mayor magnitud.

5.3.10. EJECUTAR LA CONDUCTA PUNIBLE VALIÉNDOSE DE UN INIMPUTABLE

Sabemos que para la ejecución de un delito en términos generales es perpetrado por aquel que se le genere algún beneficio, pero para ese agravante se podría hablar de una autoría media es decir entonces que para la comisión de un delito se utiliza a otra persona que pueda perpetrar el acto bajo “Los supuestos de dominio del acontecimiento criminal por medio de otro se dan cuando el hombre de atrás utiliza a un ejecutor que se encuentra bajo error, bajo coacción, sea cuando el hombre de atrás ordena la comisión del hecho punible a través de un aparato de poder bajo su dominio”²⁴⁸, se estaría hablando bajo el parámetro legal de la utilización de menores de edad o de personas con anomalías psíquicas.

²⁴⁸ Citado por PARIONA RAUL, El autor detrás del autor, Revista Jurídico ver online: http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedp/revista/articulos/Raul_Pariona-El_autor_detras_del_autor-Granada.pdf (08/03/18)

La utilización de personas inimputables para perpetrar delitos en algunos casos de podría considerar como un modo de operar, por lo que esto genera una agravación en la conducta pues valerse de personas que aún no poseen la capacidad completa de poder de discernimiento agrava el hecho punible perpetrado por el agente infractor.

5.3.11. CUANDO LA CONDUCTA PUNIBLE ES DIRIGIDA O COMETIDA TOTAL O PARCIALMENTE DESDE EL INTERIOR DE UN LUGAR DE RECLUSIÓN POR QUIEN ESTÁ PRIVADO DE SU LIBERTAD O SE ENCUENTRA FUERA DEL TERRITORIO NACIONAL

Este agravante señala que en cuando se refiere a que el acto reprochable tiene que ser cometida por aquella persona la cual se encuentra privada de su libertad sea por cumplir una condena de prisión efectiva o por estar siendo procesado y encontrarse en estado de prisión preventiva.

Además de que el agente infractor se encontrase privado de su libertad, puede encontrar fuera del territorio nacional en la cual pueda estar controlando a otras personas incluso encontrándose recluido generalmente seda en casos de corrupción entre otros es decir que la planeación de la comisión de los delitos se da estando dentro de un establecimiento penitenciario lo por lo cual de comprobarse dicha situación dará como resultado la agravación de su pena impuesta.

5.3.12. CUANDO SE PRODUCE UN DAÑO GRAVE AL ECOSISTEMA NATURALES

Respecto a este agravante se considera cuando el agente cometiera delitos que dañen nuestros ecosistemas naturales si bien nuestra legislación penal sanciona este tipo de delitos, la aplicación de dicho criterio no solo se ciñe a la afectación directa del medio ambiente toda vez que también se considera daño a la consecuencia de un delito mayor, por ejemplo, una explosión, incendios en los cuales se afecta directamente el entorno social por lo que también se afecta el bienestar común.

5.3.13. CUANDO PARA LA REALIZACIÓN DE LA CONDUCTA PUNIBLE SE HAN UTILIZADO ARMAS, EXPLOSIVOS O VENENOS, U OTROS INSTRUMENTOS O PROCEDIMIENTOS DE SIMILAR EFICACIA DESTRUCTIVA

Nuestra legislación hace referiría que el sujeto infractor para la realización de un hecho típico deberá emplear instrumentos o procedimientos que pueden lesionar gravemente a la víctima, lo cual la utilización de dichos instrumentos causaría terrible daño lo que hace característico a este agravante por el modo y el empleo de dichas armas, por lo tanto, la graduación de la pena será en proporción a la afectación generada.

5.3.14. SI LA VICTIMA ES UN NIÑO O NIÑA, ADOLESCENTE, MUJER EN SITUACION DE ESPECIAL VULNERABILIDAD, ADULTO MAYOR CONFORME AL ORDENAMIENTO VIGENTE EN LA MATERIA O TUVIERE DEFICIENCIAS FÍSICAS, SENSORIALES, MENTALES O INTELECTUALES DE CARÁCTER PERMANENTE O SI PADECIERA DE ENFERMEDAD EN ESTADO TERMINAL, O PERSONA PERTENECIENTE A UN PUEBLO INDÍGENA EN SITUACIÓN DE AISLAMIENTO Y CONTACTO INICIAL

El aprovechamiento de personas que se consideran inimputables como los menores de edad, personas con anomalías psíquicas además de mujeres en estado de vulnerabilidad, personas con deficiencias físicas, mentales, o enfermedades en estado crítico, o por el simple hecho de encontrarse aislado de la sociedad en la cual la comprensión de las normas y reglas de conducta son confusas para éste, es considerado como agravante ante una conducta típica, pues la utilización de personas con dichas características para su propio beneficio es sancionado en magnitud al daño que pudiese generar.

CAPITULO VI

HIPOTESIS, VARIABLES E INDICADORES

5.1. FORMULACION DE HIPOTESIS

5.1.1. HIPOTESIS GENERAL

La falta de una debida motivación de los presupuestos para fundamentar y de las circunstancias de atenuación y agravación de la Pena en las sentencias judiciales, afecta significativamente el principio de proporcionalidad y omitiendo fundamentar los fines de las Penas, por cuanto no existe una audiencia de determinación de la Pena, en los juzgados unipersonales y colegiados en Tacna 2016.

5.1.2. HIPOTESIS ESPECÍFICAS

5.1.2.1. PRIMERA HIPOTESIS ESPECÍFICA

Las sentencias Penales se motivan de forma indebida en relación a las Penas, toda vez que se omiten los presupuestos para fundamentar y las circunstancias de atenuación y agravación de la Pena.

5.1.2.2. SEGUNDA HIPOTESIS ESPECÍFICA

La indebida aplicación del principio de proporcionalidad de las Penas y los fundamentos de los fines de la Pena en los casos en concretos incide significativamente en la adecuada determinación de las Penas en las sentencias judiciales

5.2. VARIABLES E INDICADORES DE ESTUDIO

5.2.1. VARIABLES DE LA HIPOTESIS GENERAL

5.2.1.1. VARIABLE INDEPENDIENTE (X): Motivación de presupuestos para fundamentar y circunstancias de atenuación y agravación de la Pena.

- **VARIABLE DEPENDIENTE (Y):** Principio de proporcionalidad de las Penas y Fines de la Pena

5.2.2. VARIABLES DE LAS HIPOTESIS ESPECÍFICAS

5.2.2.1. HIPOTESIS ESPECIFICA 1

5.2.2.1.1. VARIABLE INDEPENDIENTE (X): Uso de presupuestos para fundamentar y circunstancias de atenuación y agravación de las Penas.

X1 Índice de sentencias que usan en los que se usa los presupuestos para fundamentar la Pena.

X2 Índice de casos en los que se usan las circunstancias de atenuación y agravación de las Penas.

5.2.2.1.2. VARIABLE DEPENDIENTE (Y): Indebida motivación de las Penas.

Y1 Índice de una correcta motivación en la sentencia.

Y2 Índice de una correcta motivación de las Penas.

Y3 Índice de sentencias sin motivación de las Penas.

5.2.2.1. HIPOTESIS ESPECÍFICA 2

5.2.2.2.1. VARIABLE INDEPENDIENTE (X): Uso del Principio de proporcionalidad y los fundamentos de los fines de las Penas

X1 Índice de sentencias que usan el principio de proporcionalidad de las Penas de forma expresa.

X2 Índice de sentencias que usan el principio de proporcionalidad de forma tácita

X3 Índice de sentencias que usan el principio de proporcionalidad de forma tácita

5.2.2.2.2. VARIABLE DEPENDIENTE (Y): Adecuada determinación de las Penas.

Y1 Índice de sentencias con Penas adecuadas

Y2 Índice de sentencias con Penas inadecuadas.

CAPITULO VI

METODOLOGIA

6.1. TIPO DE INVESTIGACION

El tipo de estudio por la finalidad o propósito de la presente investigación es Aplicada, porque buscar dar una solución a un problema actual brindando una alternativa de solución en materia Penal, de esta manera la investigación se orientará planteando que no existe una audiencia de determinación de la pena en la cual se pueda únicamente establecer la cuantía de la Pena.

Asimismo, por la fuente o el origen de la información, esta investigación puede clasificarse como Documental o Bibliográfica, puesto que la fuente de la información, donde se va a realizar el proceso de investigación, es el análisis y estudio de libros, jurisprudencias. Además, tendrá tonalidades empíricas o de campo debido que se buscó datos de la realidad con sentencias condenatorias emitidas por los Jueces Unipersonales y Colegiados de Tacna además de realizar entrevistar a los Jueces del Juzgado Colegiado.

Finalmente, por el ámbito en que se desarrolló, la presente es una investigación Teórica - Práctica debido a que se va combinar tanto elementos como dogmáticos y empíricos en al análisis del problema.

6.2. NIVEL DE INVESTIGACION

El nivel de investigación es el explicativo, con carácter exploratorio, puesto que se pretende establecer la existencia de un fenómeno y determinar las causas de porqué ocurre dicho fenómeno, y que la falta de una debida motivación afecta significativamente el principio de proporcionalidad y omitiendo fundamentar los fines de las Penas, por cuanto no existe una audiencia de determinación de la Pena.

6.3. UNIVERSO

Para determinar el Universo, se tuvo que solicitar al Poder judicial específicamente al área de Administración del Módulo Penal el cual emitió un previo de su área de Estadísticas, el cual me proporcionó un listado de todas las sentencias que fueron

emitidas durante todo el año 2016 desde el 01 de enero hasta el 31 de diciembre, esto me permitió conocer que mi universo consiste en 905 sentencias penales sin distinción de delito ni sentido del fallo, en embargo para obtener la información de sentencias condenatorias se permitió la revisión la revisión de cada una de las sentencias a través del Sistema Integrado Judicial a fin de que pueda determinar la cantidad de mis unidades de estudio.

6.4. MUESTRA

Para determinar la indebida motivación de las Penas en las sentencias, así como la falta de presupuestos para fundamentar y las circunstancias de atenuación y agravación en Tacna, se obtendrá en función a las Sentencias Penales condenatorias desde el 01 enero hasta el 31 de diciembre del 2016.

Se ha totalizando 141 unidades de análisis sobre las que se efectuó el análisis.

Para los efectos de la indebida motivación de las Penas en las sentencias, así como la falta de presupuestos para fundamentar y las circunstancias de atenuación y agravación en Tacna.

6.4. SELECCIÓN DE LA MUESTRA

Una vez que se ha determinado el tamaño de la muestra, se va a delimitar deliberadamente el número de Sentencias Judiciales emitidas por los Juzgados Unipersonales, así como en el Colegiado de Tacna Penales; desde el 01 de enero hasta el 31 de diciembre del 2016, para lo cual se ha realizado un estudio de la totalidad de las unidades de análisis, el tamaño de la muestra se determinó a discreción del investigador que existen en el Distrito Judicial de Tacna.

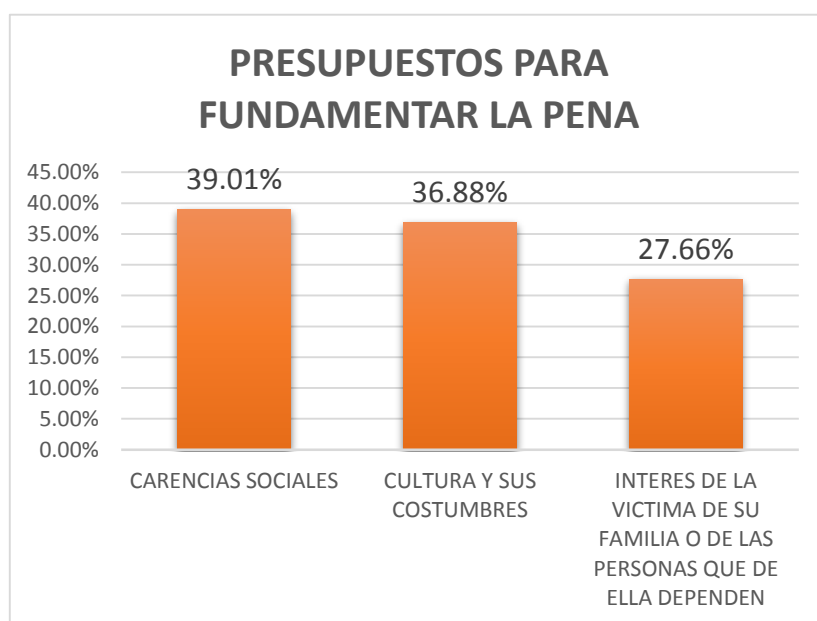
6.5. PRESENTACION DE CUADROS ESTADISTICOS

TACNA	SENTENCIAS EMITIDAS DURANTE 2016	SOLO CONDENATORIAS 2016
1° JUZGADO UNIPERSONAL	255	28
2° JUZGADO UNIPERSONAL	374	33
3° JUZGADO UNI PERSONAL	183	28
JUZGADO COLEGIADO	93	52
TOTAL DE SENTENCIAS	905	141

CUADRO N° 1

MOTIVACION EN RELACION A PRESUPUESTOS PARA FUNDAMENTAR LA PENA (ART.45)		
CARENCIAS SOCIALES	CULTURA Y SUS COSTUMBRES	INTERES DE LA VICTIMA DE SU FAMILIA O DE LAS PERSONAS QUE DE ELLA DEPENDEN
55	52	39
39.01%	36.88%	27.66%

GRAFICO N° 1



FUENTE: CUADRO N° 1

COMENTARIO:

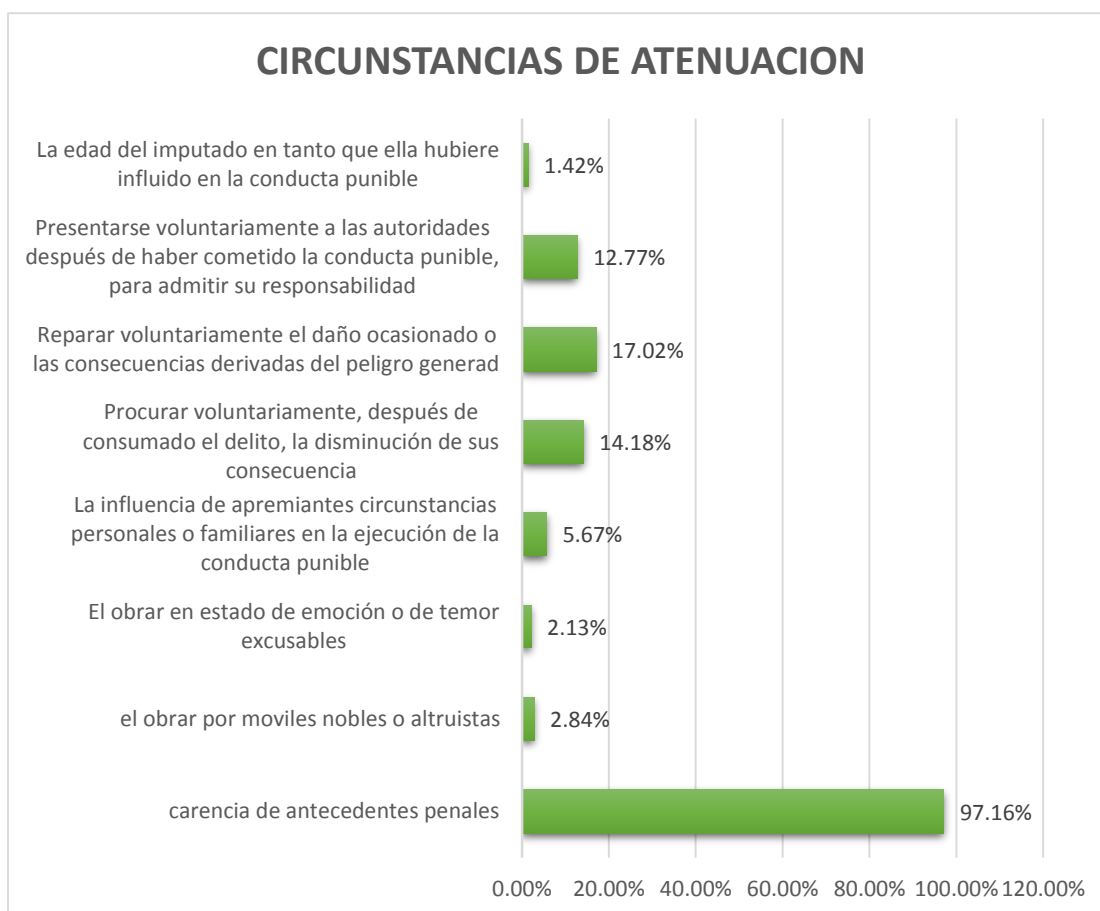
Se ha verificado todas las sentencias que fueron emitidas durante todo el año 2016, las cuales solo fueron tomadas en consideración específicamente las condenatorias de primera instancia, las que fueron emitidas en el Primer, Segundo y Tercer juzgado unipersonal también el juzgado Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Tacna, las cuales fueron verificadas en relación a la motivación de la determinación de la Pena específicamente a los artículos 45 presupuestos para fundamentar la Pena y el artículo 46 circunstancias de atenuación y agravación.

Después de realizar un estudio a dichas sentencias condenatorias tomando como estudio el art. 45 presupuesto para fundamentar la Pena se puede observar que el 39.01% carencias sociales tiene mayor incidencia en relación a los demás presupuestos en las sentencias Penales toda vez que pueda ser un factor para el actuar delictivo, lo que se demuestra es que los operadores de Justicia no toman en consideración con frecuencia a dicho presupuesto debido al porcentaje que representa, de la misma el 36.88% respecto del presupuesto cultura y costumbres se tiene en cuenta que no es usado con reiteración lo que también puede servir para poder determinar una Pena pudiendo constituir un elemento atenuante por lo que se considera relevante pudiendo demostrar el grado de culpabilidad, con relación a los intereses de la víctima de su familia o de las personas que de ella dependan es el 27.66% se refiere al daño que pueda ser causado a sus familiares o allegados su frecuencia es menor a los demás presupuestos y su incidencia en las sentencias condenatorias es mucho menor por lo cual no se está tomando en consideración y no está siendo motivada en sentencias Penales.

CUADRO N° 2

1.- CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACION (art.46)							
carencia de antecedentes Penales	el obrar por móviles nobles o altruistas	El obrar en Estado de emoción o de temor excusables	La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible	Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencia	Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado	Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad	La edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible
137	4	3	8	20	24	18	2
97.16%	2.84%	2.13%	5.67%	14.18%	17.02%	12.77%	1.42%

GRAFICO N° 2



FUENTE: CUADRO N° 2

COMENTARIO:

Se puede observar claramente que el 97.16% considera como circunstancia de atenuación a la carencia de antecedentes Penales es un criterio muy frecuente que consideran los operadores de justicia al emitir sus sentencias condenatorias lo cual permite poder establecer el quantum de la Pena tomando en consideración la reincidencia del sentenciado, cabe mencionar por tanto son motivadas en relación a dicho criterio más no es el único por cuanto el 17.02% respecto a reparar voluntariamente el daño ocasionado las consecuencias derivadas del peligro generado considerado como una colaboración voluntaria a resarcir, restitución o indemnización por el daño físico o emocional que pueda haber sido generado el sujeto infractor por lo cual se busca minorizar la sanción punitiva.

Con un 14.18% Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias este atenuante está destinado a restablecer bienes al Estado lo cual se establece a que la situación sea menos gravosa disminuyendo la sanción Penal, respecto a presentarse voluntariamente a las autoridades a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad con un 12.77% el presentarse voluntariamente ante las autoridades para admitir la culpabilidad es considerado como arrepentimiento y colaboración con la administración de justicia lo que conlleva atenuar la Pena.

Con menor incidencia de un 5.67% respecto de la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible resulta poco determinante si puede ser una que pueda justificar o que se encuentre en un Estado de necesidad económica si bien es cierto que no justifica la realización de dicha conducta o este atenuante puede disminuir la condena, se ha podido establecer que ambos atenuantes como es el caso de obrar en Estado de emoción o de temor excusables y El obrar por móviles nobles o altruistas con un porcentaje menor al 3%, en este último se tiene en consideración que dicho acto deja de lado al dolo la intención de realizar un hecho delictivo, en ambos criterios es notable su poca incidencia en sentencias condenatorias por lo cual o se está motivando en forma tácita para evitar sentencias largas y redundante o no se tiene en consideración como un atenuante ya que existe un gran variedad de delitos así como de circunstancias, tiempo, modo y sujetos que pudieran intervenir como cómplices por lo cual en todos los criterios mencionados se ha demostrado que no existe una gran incidencia.

CUADRO N°3

2.- CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES												
La edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible	Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad	Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos	Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria	Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole	Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común	Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe	Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumir el delito	Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, poder, oficio, profesión o función	La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito	Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable	Cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional	Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales
2	2	2	2	2	2	2	2	30	4	2	2	2
1.42%	1.42%	1.42%	1.42%	1.42%	1.42%	1.42%	1.42%	21.28%	2.84%	1.42%	1.42%	1.42%

GRAFICO N° 3



FUENTE: CUADRO N° 3

COMENTARIO:

Con respecto a este grafico es completamente evidente de que la motivación tiene una gran incidencia con el agravante de realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación de poder, oficio, profesión con un total de 21.28% el cual ha tenido mayor notoriedad en todas las sentencias que han sido estudiadas, se ha tenido en consideración el quebrantamiento de los deberes de cargo o función que haya podido tener el sujeto infractor por lo cual lo ha conllevado a realizar un abuso de dicha posición siendo un condición determinante para agravar la situación de un infractor lo cual

acrecentaría la sanción Penal, con menor incidencia pero el segundo criterio con cierta notoriedad es la pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución de un delito con un total 2.84% teniendo en cuenta que la cantidad de intervinientes en un delito se genera una mayor agresión a un bien jurídico protegido por lo cual este agravante no ha tenido una gran incidencia por lo cual se considera no está siendo motivado en las sentencias condenatorias por lo cual se está omitiendo por los operadores de justicia al emitir sus fallos.

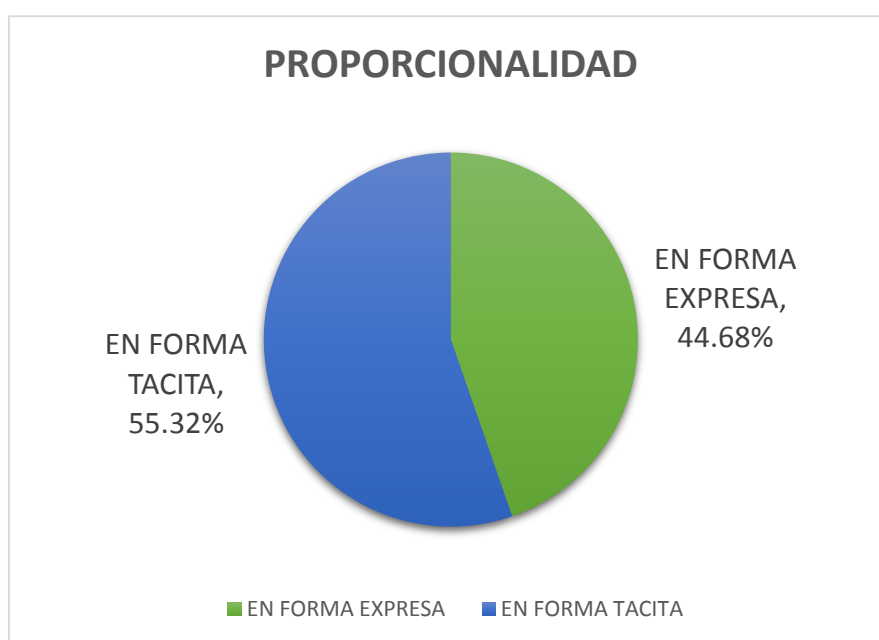
Por otro lado, es notable que con un 1.42% se ha tenido incidencia respecto de los demás agravantes es decir que se está dejando de lado una motivación expresa de once criterios que están siendo dejados de lado, pese a la gran variedad de delitos que han sido llevados a un proceso Penal.

Lo que se observa en el gráfico N°3 es una deficiencia respecto a la motivación en relación a los agravantes todo ello a que no están siendo mencionados ni mucho menos motivados, para emitirse una sanción Penal se deben de conocer todas las pruebas que determinen que el sujeto infractor sea considerado como culpable, pero para condenarse debe encontrarse debidamente expresados las razones suficientes por las cuales un Juez determine la Pena, la carencia de dicha motivación afecta un derecho constitucional por tanto se vulneran derechos primordiales de una persona. Con el estudio de las sentencias se está comprobando que no se motiva adecuadamente en relación a la Pena por lo cual se está omitiendo por parte de los operadores de justicia realizar una correcta individualización por lo que conllevaría a emitirse sentencias arbitrarias.

CUADRO N° 4

PROPORCIONALIDAD	
EN FORMA EXPRESA	EN FORMA TACITA
63	78
44.68%	55.32%

GRAFICO N° 4



FUENTE: CUADRO N°4

COMENTARIO:

Tomando en consideración el gráfico N° 4 respecto a la proporcionalidad se divide que el 55.32% de las sentencias condenatorias de los Juzgado unipersonales y Colegiados del año 2016 motivan la proporcionalidad en forma expresa, tomando en consideración que la proporcionalidad es calificada como una prohibición de excesos, tomando en como sustento la razonabilidad un principio de regular el establecimiento, así como la aplicación de todas las clases de Penas por parte de la administración de justicia, con el estudio de las sentencias condenatorias la aplicación de la proporcionalidad solo se encuentra de forma tácita es decir que la motivación no ha sido expresada en la sentencia teniendo en cuenta que la determinación de la Pena se sobreentiende siendo implícito para el sentenciado la aplicación de una sanción punitiva.

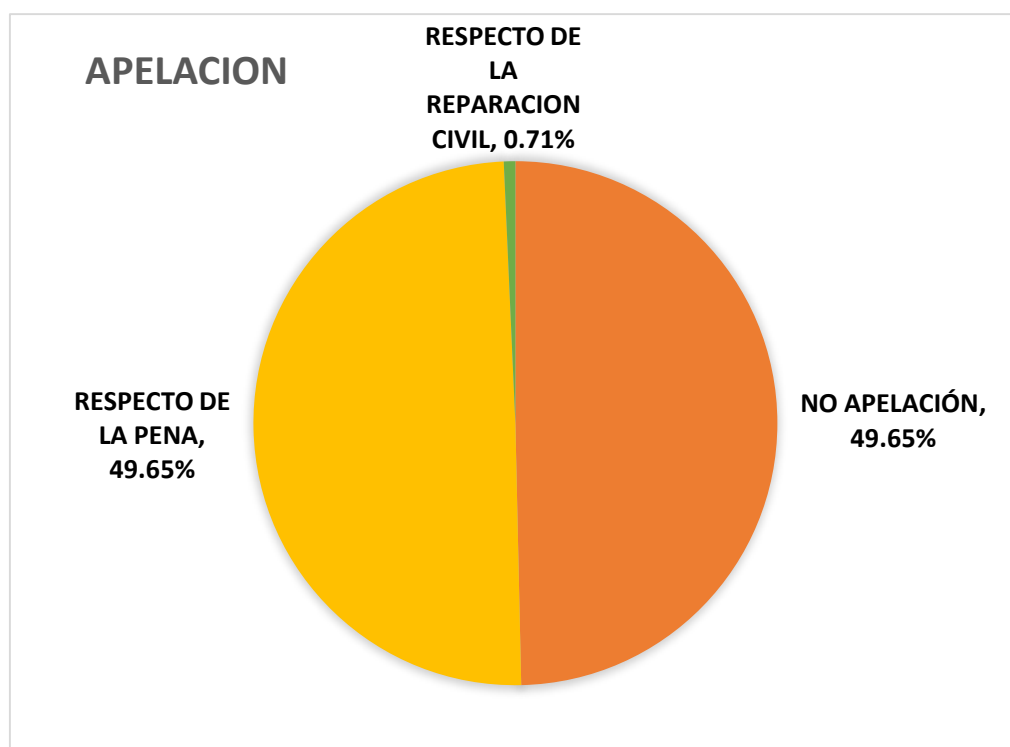
La aplicación de la proporcionalidad expresa se ha llegado que solo el 44.68% aplica el dicho principio por tanto hay que tener en consideración el cumplimiento de expresar las razones que sustentan la aplicación de dicha sanción, por lo que los Jueces al emitir una sentencia plasman respecto a la determinación de la Pena la proporcionalidad en razón a la importancia social del hecho cometido por el sujeto infractor por tanto se están vulnerando derecho como aplicando sentencias arbitrarias o exageradas por ello la Pena se ajusta a la gravedad del hecho o el bien jurídico dañado, no afectado derechos fundamentales.

Con respecto a este último porcentaje en relación a la motivación de forma tácita lo que se ha podido verificar en las unidades de estudio es que se omiten su fundamentación en delitos que no poseen una menor mayor de los 4 años es decir que en la mayoría de casos los cuales fundamentan tácitamente son delitos en los cuales la pena no es efectiva es decir en delitos menores como son los de Omisión Asistencia Familiar, conducción en estado de ebriedad.

CUADRO N° 5

APELACION		
NO APELACIÓN	RESPECTO DE LA PENA	RESPECTO DE LA REPARACION CIVIL
70	70	1
49.65%	49.65%	0.71%

GRAFICO N° 5



FUENTE: CUADRO N°5

COMENTARIO:

Resulta claro apreciar en el grafico N°6 respecto a la apelación de las sentencias condenatorias de los Juzgados Unipersonales como Colegiado se ha llegado a demostrar que en un total de 49.65% interpone recuso de apelación respecto a la Pena en dichos juzgados pues se sabe que dicho recurso es un acto por el cual se solicita al Juez Superior que anule o revoque dicha sentencia que ha sido emitida por un juzgado superior por considerar que se dicha Pena impuesta no es la correcta o no es proporcional a los hechos cometidos por el sentenciado por lo tanto se ha llegado a considerar que solo la mitad de dicha sentencias los sentenciados no se encuentran conforme con dichos fallos judiciales por diversas carencias u omisión respecto de una correcta individualización de la Pena.

Es claro también que el otro 49.65% resulta de sentencias condenatorias que no han sido apeladas por los sentenciados se ha descubierto en el estudio de las sentencias que se emitieron durante el año 2016 la mitad no ha recurrido al recurso de apelación si bien de desconocen las causas que origino dicha información se podría presumir que uno de los factores la solvencia económica pues la falta de recursos económicos podría conllevar a que no se pueda contratar los servicios de un abogado que pueda defender su causa, o por el hecho de que se puedan vender los plazos establecidos por Ley, es muy difícil poder determinar las causas en razón de que no existe un estudio detallado respecto a dicha información, solo puedo aludir que las sentencias estudiadas que no han sido apeladas se encuentran aquellas que no han sido debidamente motivadas o no se aplicado correctamente el principio de proporcionalidad o una debida individualización de las Penas.

Otro aspecto que también se ha recabo es que solo el 0.71% de las sentencias han sido apeladas en relación a la reparación civil se desconocen las razones por las cuales los sentenciados en su totalidad se encuentran conforme con la reparación civil ya que no existe un estudio que justifican dichas razones por tanto puedo dilucidar que en su totalidad se encuentran conforme con dichos montos impuesto por los operadores de Justicia.

CAPITULO VII

COMPROBACION DE LA HIPOTESIS

7.1. COMPROBACION DE LA HIPOTESIS

Para la comprobación de nuestras hipótesis se ha tenido en cuenta que se está investigando casos no ordinarios en los que inciden los efectos de la variable independiente, por lo que no se pretende demostrar que la mayoría absoluta de los casos han corrido la suerte de las hipótesis planteadas, sino solamente la existencia de índices y proporciones significativas, para ello realizaremos la comprobación a través del Análisis Cualitativo en función de estadística descriptiva utilizando los porcentajes obtenidos para inferir de la información tabulada nuestra confirmación o rechazo de las hipótesis.

7.2. HIPOTESIS ESPECÍFICAS

7.2.1. HIPOTESIS 1

“Las sentencias Penales se motivan de forma indebida en relación a las Penas, toda vez que se omiten los presupuestos para fundamentar y las circunstancias de atenuación y agravación de la Pena.”

Después de un estudio individual de cada sentencia condenatoria de todo el año 2016 de los Juzgados Unipersonales y Colegiados se puede observar que en el cuadro estadístico N° 1 se ha tomado como estudio el art. 45- los presupuestos para fundamentar y determinar la pena del Código Pena, se ha verificado que solo 39.01% motiva en razón a las carencias sociales, EL 36.88% motiva en relación a la cultura y costumbres y solo el 27.66% en razón a los intereses de la víctima, de su familia, o de las personas que de ella dependan, con la verificación de estos datos se muestra la indebida motivación toda vez que solo un porcentaje menor motiva en relación a estos presupuestos; respecto a las circunstancias de atenuación y agravación del art. 46 después de un análisis de estudio que se ha establecido en el cuadro N° 2 que la mayor incidencia en las sentencias condenatorias lo tiene la carencia de antecedentes penales con un 97.16% con esto se demuestra que casi en una totalidad es usado por los

operadores de justicia siendo este es criterio atenuante más sobresaliente con dicho porcentaje pese a que existen un total de 8 criterios atenuantes los cuales pueden aminorar el quantum de la pena al sujeto, pero se evidencia que no están siendo motivados, de la misma forma en los circunstancias de agravación de la pena en el cuadro N° 3 el único criterio que tiene mayor incidencia en el de realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación de poder, oficio, profesión con un total de solo el 21.28% si bien el porcentaje no es alto es el más sobresaliente en todo el cuadro ya que con relación a los demás criterios no sobrepasa el 3% en cada criterio pese a la existencia de 14 criterios de agravación de la pena solo uno ha sido tomado en consideración.

Esto evidencia claramente la falta de motivación de dichos criterios y presupuestos en las sentencias penales, pese a la existencia de una normatividad que exige a los Jueces motivar sus sentencias el cual es determinante para que una pena sea proporcional, por cuanto los Jueces motivan indebidamente sus sentencias penales por cuanto se considera que se están vulnerando derechos constitucionales del imputado toda vez que no se están expresando debidamente las razones por las cuales se le está imponiendo una pena.

Por lo tanto, **se procede a confirmar la hipótesis** en el sentido que existe una indebida motivación de los presupuestos para fundamentar y determinar la pena, así como las circunstancias de atenuación y agravación de la pena en las sentencias condenatorias de los Juzgados unipersonales y Colegiados.

7.2.2. HIPOTESIS 2

“La indebida aplicación del principio de proporcionalidad de las Penas y los fundamentos de los fines de la Pena en los casos en concretos incide significativamente en la adecuada determinación de las Penas en las sentencias judiciales”

Respecto a la proporcionalidad de las penas se ha podido establecer en el cuadro N° 4 que solo el 44.68% aplica la proporcionalidad expresa es decir que

motiva sus sentencias en relación a criterios que están establecidos en nuestra legislación Penal usando los presupuestos para fundamentar y determinar la pena, así como las circunstancias de atenuación y agravación lo que traería como consecuencia que solo este porcentaje se está tomando en consideración los fundamentos de los fines de la pena por tanto se busca que el sentenciado sea rehabilitado y reincorporado a la sociedad; de otro lado 55.32% motiva la proporcionalidad en forma tácita es decir que los Jueces están evitando sustentar sus razones por las cuales imponen dichas sanciones; por ello en el cuadro N° 5 se evidencia como consecuencia que el 49.65% de los sentenciados realicen su recurso de apelación respecto de la pena por cuanto consideran que la pena impuesta no es proporcional a los hechos por tanto se están obviando los fines de pena por cuanto afecta la graduación de la pena del sentenciado.

Por lo tanto, **se procede a confirmar la hipótesis** de que una indebida aplicación del principio de proporcionalidad y los fundamentos de los fines de la pena si afecta una adecuada determinación de la pena, por cuanto se demuestra la frecuencia de los recursos de apelación respecto a la pena impuesta por los Juzgados Unipersonales y Colegiados.

7.3. HIPOTESIS GENERAL

“La falta de una debida motivación de los presupuestos para fundamentar y de las circunstancias de atenuación y agravación de la Pena en las sentencias judiciales, afecta significativamente el principio de proporcionalidad y omitiendo fundamentar los fines de las Penas, por cuanto no existe una audiencia de determinación de la Pena, en los juzgados unipersonales y colegiados en Tacna 2016.”

El resultado presentado en la primera hipótesis específica confirma que, si existe una indebida motivación de los presupuestos para fundamentar y determinar la pena, así como las circunstancias de atenuación y agravación de la pena en las sentencias condenatorias de los Juzgados unipersonales y Colegiados.

Así mismo los resultados presentados en la segunda hipótesis específica confirma una indebida aplicación del principio de proporcionalidad y los

fundamentos de los fines de la pena en la cual si afecta una adecuada determinación de la pena, por cuanto se demuestra la frecuencia de los recursos de apelación respecto a la pena impuesta.

Por lo tanto, **se procede a confirmar la hipótesis** en el sentido de que la no existencia de una audiencia de determinación de la pena si afecta significativamente el principio de proporcionalidad y los fines de la pena en las sentencias condenatorias emitidas por los Juzgados Unipersonales y Colegiados de Tacna.

CAPITULO VIII

CONCLUSIONES

8.1. CONCLUSIONES

PRIMERA:

A través del estudio de las unidades de análisis se ha comprobado la falta de motivación respecto a los presupuestos para fundamentar y determinar la pena además de los criterios de atenuación y agravación de la pena lo que genera a que los Jueces de Juzgado Unipersonales y Colegiados de Tacna emitan sentencias con carente motivación respecto de las penas, toda vez que se están vulnerando derechos Constitucionales.

SEGUNDA:

A través de la investigación realizada se ha podido precisar sí se efectúa una indebida aplicación del principio de proporcionalidad, así como la fundamentación de los fines de la pena (reeducación, rehabilitación y reincorporación) lo cual incide significativamente en relación a la determinación de las penas toda vez que de no realizar una correcta aplicación de dichos principios necesarios para la graduación de la pena se vulneran derechos constitucionales lo que conlleva a la afectación de derechos del sentenciado.

TERCERA:

Se ha comprobado la existencia de una indebida motivación respecto de los presupuestos para fundamentar y determinar la pena así mismo las circunstancias de atenuación y agravación de la pena en las sentencias penales condenatorias por parte de los Jueces Unipersonales y Colegiados de Tacna, siendo omitidos por los operadores de Justicia, por ello sí afecta significativamente el principio de proporcionalidad toda vez que no se ha venido realizando una adecuada graduación de la pena, por lo que no se está tomando en consideración los fines de la pena el cual es rehabilitar al sentenciado para luego reincorporarlo a la sociedad.

CAPITULO IX

RECOMENDACIÓN UNICA

9.1. PROPUESTA

Para la presente tesis se otorgará una recomendación única en base a lo ya investigado y concluido, dicha recomendación será una Implementación legislativa que consta en lo siguiente:

9.1. PROPUESTA

9.1.1. NORMA QUE DEBE IMPLEMENTARSE

La norma que debe implementarse es la contenida en el Nuevo Código Procesal Penal Vigente, Decreto Legislativo 957, que en su LIBRO TERCERO PROCESO COMUN, SECCION III JUZGAMIENTO, con la implementación de una audiencia de determinación de la pena.

9.1.2. NUEVA NORMA

A continuación, como solución a la problemática estudiada presentaremos el siguiente proyecto.

PROYECTO DE LEY

LEY QUE MODIFICA EL NUEVO CODIGO PROCESAL EN LA ETAPA PROCESAL DE JUZGAMIENTO CON LA IMPLEMENTACION DE UNA AUDIENCIA DE DETERMINACION DE LA PENA

FORMULA LEGAL

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA:

HA DADO LA SIGUIENTE LEY

CONSIDERANDO:

Que la presente propuesta legislativa será en el LIBRO TERCERO PROCESO COMUN, SECCION III JUZGAMIENTO, con la implementación dentro de la etapa procesal de juzgamiento una audiencia de determinación de la pena en el

Nuevo Código Procesal Penal, con la derogación del art. 393 inc. E, modificación del artículo 396 y la incorporación del artículo 396 -A

Artículo 1° OBJETO DE LA LEY

La presente iniciativa legislativa tiene como objetivo la implementación de una audiencia de determinación de la pena dentro de la etapa de juzgamiento, el cual permitirá a las partes procesales sustentar dentro de los parámetros legales la cuantificación de la sanción penal a imponerse al imputado por cuanto se busca mejorar los parámetros de motivación en mérito a las normas concernientes a la determinación de la pena y lo principios constitucionales de la pena tales como Razonabilidad, Proporcionalidad y Humanidad de las Penas .

Artículo 2° FINALIDAD

La finalidad de la presente Ley es la implementación de una audiencia de determinación de la pena la cual permitirá a las partes procesales expresar sus argumentos de defensa en cuanto al carácter y quantum de la pena, lo que dará origen a la realización de una correcta motivación en la determinación de la pena, con la imposición de sentencias más justas y proporcionales a los hechos cometidos.

Artículo 3° DEROGAR EL INCISO E DEL ARTICULO 393 NORMAS PARA LA DELIBERACION Y VOTACION

Artículo 4° MODIFICAR EL ARTICULO 396 INCISO 2

El cual quedará de la siguiente manera

“2. Se leerá tan sólo la parte dispositiva de la sentencia, uno de los jueces relatará sintéticamente al público los fundamentos que motivaron la decisión, y se anunciará una audiencia de determinación de la pena dentro de los dos días de su realización.”

Artículo 5° INCORPORAR EL ARTICULO 396 -A DESARROLLO DE AUDIENCIA DE DETERMINACION DE LA PENA

Incorporar el artículo 396- A del Código Procesal Penal cuyo texto en sucesivo será redactado de la siguiente manera:

“Artículo 396-A: DESARROLLO DE LA AUDIENCIA DE DETERMINACION DE LA PENA. -

1. *“Instaurada la audiencia el Juez dará el inicio a la exposición sobre la individualización de la pena aplicable, y de ser el caso, de la medida de seguridad que la sustituya o concurra con ella, empezando por el Ministerio Público quien expondrá brevemente sus argumentos de determinación de la pena, seguidamente por el abogado de la defensa quien lo realizará de la misma forma.*
2. *Culminado sus argumentos de determinación de la pena el Juez dará por culminado el debate, pasando autos para dictar sentencia integra en acto público en el término de 2 días. Cuando por la complejidad del asunto lo requiera se expedirá sentencia en acto público dentro de 4 días.”*

Artículo 6° BENEFICIO

Con la implementación de dicha audiencia de determinación de la pena y la reparación civil es la imposición de sentencia más justas y proporcionales al hecho cometido pues se ha determinado que un gran porcentaje de apelaciones recae respecto de la pena, por lo cual se busca el uso de normatividad que puede atenuar o agravar la sanción punitiva por ello las sentencias serán debidamente motivadas aplicando correctamente la proporcionalidad y los fines de la pena; ello como consecuencia optimiza la administración de Justicia además de que las sentencias sean justas (pena justa).

EXPOSICION DE MOTIVOS

Nuestro sistema de Justicia Penal ha pasado por un proceso evolutivo el cual se ha ido adaptando a la realidad actual con la implementación de nuevas políticas criminales, el cual se ha desarrollado en la correcta aplicación de las sanciones punitivas consiste en que se haga justicia pudiendo restablecer el orden social que conlleve una mejor convivencia, pues lo que se busca que la aplicación de las penas teniendo un contenido más justo (pena justa) además de respetar los fines de la pena en donde es la reeducación, rehabilitación y la reincorporación del penado a la sociedad.

Con nuestra normatividad en proceso evolutivo ha resaltado el hecho de que las sentencias condenatorias deben ser correctamente motivadas bajo toda la normatividad exigida evitando así la vulneración de derechos constitucionales o de defensa, por cuanto el sentenciado tiene el derecho y la facultad de exigir que

se realice una debida motivación utilizando principios rectores que sustentarán dichos fallos, evitando que las sentencias sean revocadas y que nuevamente el proceso de juzgamiento sea realizado nuevamente, por lo que la afectación no solo devendría al imputado sino también a la víctima ya que es justo y necesario que el daño que le ha sido ocasionado sea resarcido, ya que “justicia tardía, no es justicia”.

El objeto del proyecto de Ley es la implementación de una audiencia de determinación de la pena en la etapa de juzgamiento, el cual facilitará a los operadores de Justicia para una mejor cuantificación de la Pena toda vez que las partes procesales sustentaran brevemente las razones por las cuales se deberá determinar el quantum de la pena, con la sustentación de las partes procesales se tendrá una mejor valoración de los presupuestos para determinar la pena asá también de atenuantes y agravantes que pudiesen graduar la pena de esta forma se está respetando aún más los derecho constitucionales, además si nuestro sistema de justicia penal emite sentencias con fallos que son proporcionalmente al daño ocasionado estas cumplirían realmente con los fines de la pena.

Por ello con esta propuesta legislativa traerá como beneficio que optimizará la administración de Justicia así mismo mejorará los parámetros de motivación en merito a las normas concernientes a la determinación de la pena, toda vez que esta audiencia de determinación de la Pena favorecerá a buscar mejorar los parámetros de motivación en merito a las normas concernientes a la determinación de la pena y lo principios constitucionales de la pena tales como Razonabilidad, Proporcionalidad y Humanidad de las Penas ya ser debatido en una audiencia especial de determinación de la pena, se habrá respetado los principio de oralidad, legalidad, inmediatez es por ello que el Juez tendrá la labor de fundamentar las razones suficientes de la cuantificación de la pena.

COSTO BENEFICIO

La aprobación de esta iniciativa legislativa no ocasiona gasto público, por el contrario, el análisis costo beneficio de esta norma es favorable para los fines que persigue con la misma, que es la defensa de la vida y la protección de los derechos fundamentales de la persona, pues lo que se busca es que los operadores del derecho dicten sentencias más justas y proporcionales los hechos cometidos.

Asimismo, es obligación del Estado el de buscar el bien común y de ejecutar las medidas necesarias para que exista prevención, para ello es necesario reconocer que una pena no solo es una sanción, sino que es una medida de resocialización del sentenciado por lo que merece ser reinsertado en la sociedad.

EFFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN NUESTRA LEGISLACION NACIONAL

Esta iniciativa legislativa tiene por finalidad el mejoramiento del sistema judicial penal respecto al mejoramiento de la aplicación del principio de proporcionalidad así mismo de una correcta motivación de las resoluciones judiciales.

Así mismo plantea modificar e implementar reestructurando la etapa de juzgamiento con la finalidad de que no se vean vulnerados derechos constitucionales como es el art. 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú respecto a una debida motivación, lo que se busca es una correcta aplicación de justicia penal toda vez que se busca resocializar reeducar y reinsertar al infractor a la sociedad.

BILIOGRAFIA

- ACEVEDO ANTONIO, Higinio – Universidad del Salvador –“La Irresponsabilidad Penal por Ausencia de Acto” ver online: <http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/3db6532d39e032fd06256b3e006d8a73/81e24398a03b6e8b06256b3e00747b0a?OpenDocument> (29/05/17)
- AGUILAR LOPEZ, Miguel Ángel – Causas de Justificación – ver online: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3390/7.pdf> (03/05/17)
- AGUIRRE ABARCA, Silvia Elena, “La Cadena Perpetua en el Perú” Universidad Nacional Mayor de San Marcos- Lima 2011 Pg. 40 ver online: [http://cybertesis.unmsm.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/cybertesis/1189/Aguirre_as\(1\).pdf?sequence=1](http://cybertesis.unmsm.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/cybertesis/1189/Aguirre_as(1).pdf?sequence=1) (05/04/07)
- ALEGRIA PATOW, Jorge Antonio - El Principio de Proporcionalidad en Materia Penal – Universidad de San Martín de Porres – Lima 2011 ver online: http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/trabajo_de_investigacion/2011/12_El_principio_de_proporcionalidad_en_el_derecho_penal.pdf (19/03/17)
- ALFONSO DE BARRETO, Inocencia- Teoría de la Pena – Universidad de Salamanca – septiembre 2013 Paraguay ver online <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/penal/Inocencia-Alfonso-Teor%C3%ADa-de-la-pena.pdf> (19/03/17)
- ALFONSO DE BARRETO, Inocencia, Principios y Desafíos del Derecho Penal de Hoy, Revista de Asunción - Paraguay, septiembre 2013: [<http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/penal/Inocencia-Alfonso-Teor%C3%ADa-de-la-pena.pdf>] (28/11/16)
- ALFONSO DE BARRETO, INOCENCIA, Principios y Desafíos del Derecho Penal de Hoy, Revista de Asunción - Paraguay, Septiembre 2013: [<http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/penal/Inocencia-Alfonso-Teor%C3%ADa-de-la-pena.pdf>] (12/02/17)
- ARMAZA GALDOS, Julio – Estado de necesidad justificante ver online: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1993_04.pdf (10/05/17)

- ARMAZA GALDOS, Julio E. El estado de necesidad justificante ver online:
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1993_04.pdf
(23/05/17)
- BECARIA CESARE, De los Delitos y de las Penas, Editores Importadores S.A. Primera Edición, Lima- Perú 2013.
- BOREA ODRIA, Alberto, Manual de la Constitución – Primera Edición - Editorial el Búho E.I.R.L. Abril 2016.
- CAMARA ARROYO, Sergio - Imputabilidad e inimputabilidad penal del menor de edad. Interpretaciones dogmáticas del artículo 19 CP y tipologías de delincuentes juveniles conforme a su responsabilidad criminal –ver online:
https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2014-10023900320 ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES Imputabilidad e inimputabilidad penal del menor de edad. Interpretaciones dogmáticas del artículo 19 CP y tipologías de delincuentes juveniles conforme a su responsabilidad criminal
(02/05/17).
- CARDENAS RUIZ, Mario, Las Teorías de la Pena y su Aplicación en el Código Penal, Ver Online:
[\[http://www.derechocambiosocial.com/revista002/pena.htm\]](http://www.derechocambiosocial.com/revista002/pena.htm) (07/02/17)
- CARO CORIA, Dino Carlos- Nota sobre la Individualización Judicial de la Pena en el Código Penal Peruano ver online:
<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/131999/Tjrra1de2.pdf;jsessionid=E5E4DEAA5443A403B1A13BA9D0A8F119?sequence=6>
(10/04/17).
- Centro de Investigaciones Judiciales- Seminario Taller: Nuevos Criterios para la Determinación Judicial de la Pena- Editorial Grijley impreso- ver online:
https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/496f12804794f8c99f4c9fd87f5ca43e/CriteriosJudDePena_07052009.pdf?MOD=AJPERES
(26/01/2018).
- CHANG KCOMT, Rony- “Naturaleza Jurídica del Consentimiento de Bienes Jurídicos Penales: un análisis a la luz de la Constitución” -

THEMIS Revista de Derecho N° 67 - Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Salamanca- ver online: revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/14468/15080 (05/06/17)

- COHEN AGREST, Diana, Ausencia Perpetua Inseguridad y trampas de la Injusticia, Editorial Mora Digiovani- Literatis, Buenos Aires Edición abril 201, ver online: <https://books.google.com.pe/books?id=Ta1-AAAAQBAJ&pg=PT278&lpg=PT278&dq=COHEN+AGREST+%E2%80%99CLa+Pena+es+definida+en+una+de+sus+acepciones&source=bl&ots=5BjwM4TvQS&sig=EF6v1eK68ior74sXgQ7lTeK6sn0&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjHxuX6y9zZAhUH2VMKHTJ1AIUQ6AEIJTAA#v=onepage&q=COHEN%20AGREST%20%E2%80%99CLa%20Pena%20es%20definida%20en%20una%20de%20sus%20acepciones&f=false> (05/01/2018)
- CUELLO CALON, Eugenio; Derecho Penal, Tomo I, Editorial BOSCH, Barcelona- España, año 1953.
- CUERVO PONTON, Luis Enrique; Política criminal, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia, año 1988.
- DE PAZ CARRILLO, Sinkler Danilo, La imposición Individual de la Pena en la Ciudad de Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala, junio 2009 Pg.1 Ver Online: [\[http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_7888.pdf\]](http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_7888.pdf) (11/03/17)
- DURÁN MIGLIARDI MARIO, Teorías Absolutas de la Pena: origen y fundamentos, Año 2011, Volumen 67, [\[http://www.revistafilosofia.uchile.cl/index.php/RDF/article/viewFile/18131/18949\]](http://www.revistafilosofia.uchile.cl/index.php/RDF/article/viewFile/18131/18949) citando (12/02/17)
- ESCHECK, Hans-Heinrich; Tratado de Derecho Penal. Parte General, Editorial BOSCH, año 1981, Barcelona-España.
- ESCOBAR GUILLERMO, Sistema Penitenciario, Trama Editorial, ver online: <https://books.google.com.pe/books?id=jNtQtDGugHgC&pg=PA34&lpg=PA34&dq=la+justificaci%C3%B3n+de+las+Penas+privativas+de+libertades,+en+definitiva,+proteger+a+la+sociedad&source=bl&ots=SQYBPVFUd6&sig=GwsybZ3ODz1YRfxPdyg4ebym35w&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiJspLJ5tzZAhVH7VMKHQVWD74Q6AEIJTAA#v=onepage&q=la%20justificaci%C3%B3n%20de%20las%20Penas%20privativas%20de%20>

libertades%2C%20en%20definitiva%2C%20proteger%20a%20la%20so
ciudad&f=false (28/02/18)

- FERRAJOLI LUIGI, Garantismo Penal, Universidad Autónoma de México, Serie 34 Estudios Jurídicos, Primera Edición, México DF, año 2006.
- FIGUEROA GUTARRA, Edwin, La exigencia constitucional del deber de motivar – ver online: <https://edwinfigueroag.wordpress.com/2011/03/24/libro-la-exigencia-constitucional-del-deber-de-motivar-edwin-figueroa-gutarra-prologo-de-manuel-atienza-rodriguez/> citado: (28/03/17)
- GALVIS RUEDA, María Carolina; Sistema penitencia y carcelario en Colombia: Teoría y realidad, Pontifica Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia, año 2003, pag. 21 ver online: [<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS92.pdf>] (27/09/16)
- GARLAND DAVID, Castigo y Sociedad Moderna un Estudio de Teoría Social, Editorial Siglo XXI S.A. de C.V. Primera edición 1999, ver online: https://books.google.com.pe/books?id=PVL1rGI0JswC&pg=PA42&lpq=PA42&dq=DURKHEIM+%E2%80%9CDescripci%C3%B3n+sociol%C3%B3gica+del+castigo+como+una+especie+de+derivaci%C3%B3n&source=bl&ots=48pKg2UaoM&sig=tNFwwxLnaApgS4ZnoWXYWbcKFB0&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiHxaC_zdzZAhUR0IMKHeSbCvsQ6AEIJTAA#v=onepage&q=DURKHEIM%20%E2%80%9CDescripci%C3%B3n%20sociol%C3%B3gica%20del%20castigo%20como%20una%20especie%20de%20derivaci%C3%B3n&f=false (05/01/18)
- GONZÁLEZ HARKER Luis Jorge, Situación Penitenciaria y Pena Privativa de la Libertad, Pontificia Universidad Javeriana, Año 200, Santa Fe – Bogotá, ver Online: [<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis30.pdf>] (19/02/17)
- GONZÁLEZ HARKER Luis Jorge, Situación Penitenciaria y Pena Privativa de la Libertad, Pontificia Universidad Javeriana, Año 200, Santa Fe – Bogotá, ver Online: [<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis30.pdf>] (12/02/17)

- GRANDEZ CASTRO, Pedro - Constitucionalismo, Tribunal Constitucional y Argumentación Jurídica, Palestra Editores Primera Edición abril 2010 – Lima.
- GRANDEZ CASTRO, Pedro – Constitucionalismo, Tribunal Constitucional y Argumentación Jurídica, Palestra Editores Primera Edición abril 2010 – Lima.
- GUZMAN DALBORA, José Luis; La pena y la extinción de la responsabilidad penal, Editorial IBdeF, Buenos Ares – Argentina, año 2009.
- HEINRICH JESCHECK, Hans, WEIGEND Thomas, Tratado de Derecho Penal Parte General Vol. 1 Editorial Instituto Pacifico octubre 2014.
- HERNANDEZ RENGIF, Freddy, La interpretación de la Constitución – ver online: <http://freddyhernandezrengifo.blogspot.pe/2013/04/la-interpretacion-constitucional.html> citado: (27/03/17)
- HURTADO POZO José, Derecho Penal Parte General, Editorial IDEMSA, Cuarta Edición, Lima 2011.
- HURTADO POZO JOSÉ, Derecho Penal y Pluralidad Cultural, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año 2007, Pg. 103 ver <https://books.google.com.pe/books?id=f3FZyORQrtIC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false> (09/01/17)
- HURTADO POZO, JOSE, Manual de Derecho Penal - Segunda Edición, Lima 1987, Pg. 16 ver Online: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_04.pdf (18/02/18)
- JAMES REATEGUI, James Manual de Derecho Penal Parte General Vol. II Editorial Instituto Pacifico S.A.C. septiembre 2014.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis; Teoría del Delito, Editorial JURIDICA UNIVERSITARIA, México DF-México, año 2009.
- GOMEZ DE MAYA, Julián, Las penas restrictivas de la libertad ambulatoria en la Codificación Española, Universidad de Murcia España, Pg. 28 ver online : <https://es.scribd.com/doc/316676683/Penas-Restrictivas-de-Libertad> (08/03/18)
- LANGLE, Emilio; La Teoría de la Política Criminal, Editorial REUS, Madrid-España, año 1927.

- LOAYZA MUÑOZ ROSAS, DIONEE, Calidad De Sentencias De Primera Y Segunda Instancia Sobre Robo Agravado, En El Expediente N° 23695-2005-0-1801-Jr-Pe-91, Del Distrito Judicial De Lima-Lima. 201e3, Universidad Católica de los Ángeles Chimbote, año 2003, pag. 20 ver online:
[<http://erp.uladech.edu.pe/archivos/03/03012/documentos/repositorio/2013/01/06/000180/00018020130822064331.pdf>] (22/03/17)
- MACHADO RODRIGUEZ, CAMILO IVAN – El Consentimiento en materia Penal – ver online:
<https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjK4fiPiKzUAhVMcD4KHVmtDFoQFgg9MAQ&url=https%3A%2F%2Fdialog.net.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F4260748.pdf&usq=AFQjCNEp5rn1GGqQ0HzITbWV560OJFFgmA&sig2=Dg1OAVmhie47iibdcZVfUQ> (05/06/17)
- MEIINI MENDEZ, Juan Diego – Tesis: La eximente de obediencia debida en el Derecho Penal Peruano- Pontificia Universidad Católica del Perú - Lima 2009 Pg. 113 ver online:
https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&sqj=2&ved=0ahUKEwjh476EzvnTAhXB8CYKHZapB8AQFggwMAI&url=http%3A%2F%2Ftesis.pucp.edu.pe%2Frepositorio%2Fbitstream%2Fhandle%2F123456789%2F1381%2FUGAZ_HEUDEBERT_JUAN_DIEGO_EXIMENTE_OBEDIENCIA.pdf&usq=AFQjCNFzDwkO3cDrY5Ra9x6P49cmYF2CyQ&sig2=HslbLPIUvmiMmOM5dMCt3w
(citado: 23/05/2017)
- MERINO SALAZAR, Carlos Eduardo- La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y fin de prevención general positivo en las sentencias condenatorias por delitos contra el patrimonio- Universidad Privada de Antenor Orrego Trujillo 2014 Pg. 51. Ver Online:
http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/728/1/MERINO_CARLOS_PENA_PRIVATIVA_CONDENATORIAS.pdf (08/03/18)
- MIR PUIG SANTIAGO, Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho, Casa Editorial S.A. Segunda Edición Barcelona España 1982, Pg. 29 ver online:
[<http://www.ucipfg.com/Repositorio/MCSH/MCSH-08/BLOQUE-ACADEMICO/Unidad-4/lecturas/2.pdf>] (22/02/17)

- MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal y Control Social Editorial Fundación Universitaria de Jerez, España 1985 Pg. 28, Ver Online: [http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/capitulos/MUNOZ%20CONDE%20Francisco%20-%20Derecho%20Penal%20y%20Control%20Social.pdf] (19/02/17)
- ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, Individualización de la Pena de Prisión, Online: [<http://cleuadistancia.cleu.edu.mx/cleu/flash/PAG/lecturas/tratamiento/Individualizacion%20de%20la%20pena.pdf>] (04/04/17)
- ORELLANA WIARCO, OCTAVIO ALBERTO, Individualización de la Pena de Prisión ver Online [<http://cleuadistancia.cleu.edu.mx/cleu/flash/PAG/lecturas/tratamiento/Individualizacion%20de%20la%20pena.pdf>] (03/02/17)
- PALACIOS ARCE, Javier, Penas Limitativas de Derechos Prestación de Servicios a la Comunidad, Universidad San Martín de Porres ver online: [http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/PENAS%20LIMITATIVAS%20DE%20DERECHOS%20PRESTACION%20DE%20SERVICIOS%20A%20LA%20COMUNIDAD/PENAS LIMITATIVAS DE DERECHOS PRESTACION DE SERVICIOS A LA C.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/PENAS%20LIMITATIVAS%20DE%20DERECHOS%20PRESTACION%20DE%20SERVICIOS%20A%20LA%20COMUNIDAD/PENAS%20LIMITATIVAS%20DE%20DERECHOS%20PRESTACION%20DE%20SERVICIOS%20A%20LA%20C.pdf) (16/02/17)
- PANTA CUEVA, David Fernando y SOMOCURCIO QUIÑONEZ, Vladimir, ¿fue necesaria la incorporación del inciso 11 al artículo 20 del código penal? el decreto legislativo 982 y el uso de armas por los miembros de las fuerzas armadas y policiales – ver online: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_57.pdf (31/05/17)
- PAREDES VARGAR, Cesar Augusto –Relaciones de la Eximente de Miedo Insuperable respecto de otras eximentes ver online: http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/Tesis/Human/Paredes_V_C/cap5.htm (28/05/17)
- PAREDES VARGAS, Cesar Augusto –La eximente de miedo insuperable en el Código penal Peruano de 1991 su aplicación por los juzgados y salas penales de Junín – Universidad Nacional Mayor de San Marcos – 2002 – Lima ver online: http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/554/1/Paredes_vc.pdf (03/06/17)

- PARIONA RAUL, El autor detrás del autor, Revista Jurídico ver online: http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedp/revista/articulos/Raul_Pariona-El_autor_detras_del_autor-Granada.pdf (08/03/18)
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, Circunstancias Atenuantes Genéricas del Artículo 46 del Código Penal, Revista de Derecho Themis N° 68 Edición 2016, Pg. 35 ver online: http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4320_3_circunstancias_genericas_11feb16.pdf (01/03/18)
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios, Editorial Moreno S.A., Primera Edición, Lima – Perú, agosto 2010.
- RAMIREZ PARCO, Gabriela Asunción, “El ejercicio y limitación de los derechos fundamentales de los reclusos: análisis normativo y de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional”, Lima 2012 Pg. 42 ver online: https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjv6nEx43TAhWCdSYKHfFzB4gQFgq5MAQ&url=http%3A%2F%2Ftesis.pucp.edu.pe%2Frepositorio%2Fbitstream%2F123456789%2F4775%2F1%2FRAMIREZ_PARCO_GABRIELA_DERECHOS_RECLUSOS.pdf&usq=AFQjCNH97sUkVJERcM6tgoBef8Ok7MBXfg&sig2=9xLeHzMFz8CgoZlpursDiA&bvm=bv.151426398.d.eWE (04/04/17)
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA; Diccionario de la Lengua española, Editorial ESPASA CALPE S.A., Decimonovena Edición, Madrid-España, año 1970.
- REATEGUI SANCHEZ, James, Manual De Derecho Penal Parte General Tomo II Editorial Instituto Pacifico S.A.C. Edición 2014.
- REYES ECHANDIA; Alfonso, Criminología. Editorial UEC, Bogotá-Colombia, año 1984.
- REYES HECHANDIA, Alfonso; Derecho Penal, Editorial TEMIS, Bogotá-Colombia, año 1996.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel, Introducción a la Teoría del Delito y a las Consecuencia Jurídicas del Delito, Editorial Instituto Pacifico S.A.C. febrero 2016.

- RIVACOBBA y RIVACOBBA, Manuel; Hacia una nueva concepción de la pena, Editorial GRIJLEY, Arequipa-Perú, año 1995.
- ROSAS TORRICO , Marcia Amparo- Sanciones Penales en el Sistema Jurídico Peruano – Revista Jurídico Virtual marzo 2013 ver online: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/7620EFA610E504C205257D270070381F/\\$FILE/06ROSAS.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/7620EFA610E504C205257D270070381F/$FILE/06ROSAS.pdf) (18/02/18)
- SAENZ TORRES, Alexei Dante, La Carencia de Antecedentes Penales como Circunstancia atenuante genérica en el Código Penal de 1991, Revista de Actualidad Penal N° 29, Instituto Pacifico, Edición noviembre 2016.
- SOLIS ESPINOZA, ALEJANDRO, Aspectos Psicológico Forenses en la Emoción Violenta, Revista Foro Jurídico ver online: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/viewFile/18471/18711> (03/03/18)
- TICONA POSTIGO, VICTOR – Motivación como Sustento de la Sentencia Objetiva y Materialmente Justa ver Online http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/9_4_DiscursoSanchezPalacios_220208.pdf (20/03/17)
- VELÁZQUEZ V. Fernando de Los Criterios De Determinación de la Pena en el C. P. Peruano DE 1991- Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín/Colombia ver online: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_30.pdf (26/01/2018).
- VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE – Derecho Penal Parte General, Primera Edición, Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L.-2006 –Lima. Pg. 600.
- VON LISZT, Franz; Tratado de Derecho Penal Tomo II, Editorial REUS, Madrid-España.
- ZIPF, Heinz; Introducción a la Política Criminal. Editorial. Graficas Novoa, año 1979.

ANEXOS

**FICHA DE ENTREVISTA DIRGIDA JUECES DEL JUZGADO COLEGIADO
DE TACNA**

FECHA: 30 MAYO DEL 2018 A LAS HORAS 09:15 AM

**DIRIGIDA AL DOCTOR PEPE ALVARADO GONZÁLVEZ EL CUAL ES
CONFORMA EL JUZGADO COLEGIADO PENAL DE TACNA**

- 1) CONSIDERA QUE LOS CRITERIOS DE ATENUACIÓN Y AGRAVACIÓN ACTUALMENTE DISPUESTO POR EL CÓDIGO PENAL EN SU ART. 46 DE LA PARTE GENERAL SON CONGRUENTES Y REALES A NUESTRA REALIDAD O DEBE AUMENTARSE O RETIRARSE ALGUNO DE ELLOS**

Considero que los criterios establecidos en dicha norma no son completos ya que la pena justa que se busca en un proceso en particular debe conllevar también la observancia de otros criterios que no están incluidos para precisamente acercarnos un poco más a esa justa medida de la pena que debe imponerse.

- 2) FRENTE A MI INVESTIGACIÓN SE ARROJÓ EL DATO QUE EL 97% DE ATENUANTES UTILIZADOS PARA DETERMINACIÓN DE LA PENA SON CARENCIA DE ANTECEDENTES PENALES ¿CUÁL CREE QUE ES LA RAZÓN PARA LA CONCENTRACIÓN EN DICHO ATENUANTE EXISTIENDO UNA AMPLIA GAMA DE ATENUANTES?**

Considero que si se pone énfasis en la carencia de antecedentes penales es porque precisamente se quiere ver la trayectoria personal del acusado y actualmente condenado en la medida que si tuviere algún antecedente podría dejarnos algunos indicativos de habitualidad, entonces es razonable que se tenga en cuenta con mucho mayor énfasis el análisis de dicho criterio.

- 3) ¿CUÁL ES LA IMPORTANCIA DEL RESPETO DE LOS PARÁMETROS QUE NOS OTORGA LA PARTE GENERAL DE NUESTRO CÓDIGO PENAL PARA DETERMINAR E INDIVIDUALIZAR LA PENA?**

La importancia es aceptable e intensa por cuanto se incluye una serie de circunstancias atenuantes y a su vez agravantes porque el legislador ha intentado aproximarse a todas las circunstancias que pueden influir al momento

de tomar una decisión en el ámbito punitivo, pero no se trata allí porque debe tenerse en cuenta de que quien va a ser considerado es una persona humana y como tal se le va a privar de su libertad y por eso debemos ser jueces y eventualmente el Fiscal y el defensor deben en su propuesta debe ser escrupulosos en buscar criterios que realmente incidan sobre la afectación de su libertad tanto a favor como en contra buscando un equilibrio entre ambas circunstancias.

4) EL DERECHO A LA DEBIDA MOTIVACIÓN CONSTITUYE UNA GARANTÍA FUNDAMENTAL EN LOS PRESUPUESTOS PARA UNA DECISIÓN EMITIDA, DE CARECER U OMITIRSE DE ESTE DERECHO QUE CONSECUENCIAS ACONTECERÍAN AL MOMENTO DE UNA IMPONER UNA SANCIÓN PENAL

La consecuencia sería una pena arbitraria por lo que la motivación precisamente viene a neutralizar esa eventual arbitrariedad en tanto que motivación es sinónimo poner razones por las que se toma esa decisión de condenar y de manera específica la pena a imponer, en ese sentido hay que tener unos criterios puntuales de bastante peso para que precisamente tome la decisión en cuanto a la pena concreta.

5) DESDE SU PERSPECTIVA EN JUICIO ORAL LA BÚSQUEDA DE LA CONDENA O ABSOLUCIÓN DEL IMPUTADO EN UN PROCESO PENAL, DISMINUYE LA IMPORTANCIA DEL QUANTUM DE LA PENA PARA LAS PARTES PROCESALES

Considero que no, en razón de que a mayor discusión en cuanto a la determinación de pena existe más posibilidades de que la pena sea justa, a menor discusión más arbitraria, a mayor discusión de las partes sobre criterios a tomarse en cuenta de criterios para determinarse la pena eventualmente sería más justa.

6) ¿CONSIDERA USTED QUE DEBERÍA EXISTIR UNA AUDIENCIA DE TERMINACIÓN DE LA PENA?

Sí, porque la discusión sería mucha más técnica y generaría una intensidad mucho mayor en cuanto a los criterios del juez en la medida de que si las partes en una audiencia especial discuten sobre los criterios que deben tener en cuenta para la imposición de la pena bajo la premisa de haberse encontrado su responsabilidad entonces habría menos arbitrariedad porque sería en todo caso se llegaría a una pena justa si no también democrática porque es producto del análisis de las partes y también de manera accesoria del juez sería más cercana a la justicia mucho más cercana a la pena adecuada que debe imponerse en caso concreto aun acusado.

**FICHA DE ENTREVISTA DIRGIDA JUECES DEL JUZGADO COLEGIADO
DE TACNA**

FECHA: 30 MAYO DEL 2018 A LAS HORAS 04:00 PM

**DIRIGIDA AL DOCTOR PEDRO HUVER MACHACA CONDORI EL CUAL ES
CONFORMA EL JUZGADO COLEGIADO PENAL DE TACNA**

- 1) CONSIDERA QUE LOS CRITERIOS DE ATENUACIÓN Y AGRAVACIÓN
ACTUALMENTE DISPUESTO POR EL CÓDIGO PENAL EN SU ART. 46 DE
LA PARTE GENERAL SON CONGRUENTES Y REALES A NUESTRA
REALIDAD O DEBE AUMENTARSE O RETIRARSE ALGUNO DE ELLOS**

Con el ingreso de este artículo da mayores reglas para poder fijar la pena, ya que antes no se tenía las graduaciones y los criterios de atenuación y agravación por lo cual iba al criterio arbitrario del Juez pudiendo imponer el máximo o incluso el mínimo de la pena, por lo cual si considero que son congruentes.

- 2) FRENTE A MI INVESTIGACIÓN SE ARROJÓ EL DATO QUE EL 97% DE
ATENUANTES UTILIZADOS PARA DETERMINACIÓN DE LA PENA SON
CARENCIA DE ANTECEDENTES PENALES ¿CUÁL CREE QUE ES LA
RAZÓN PARA LA CONCENTRACIÓN EN DICHO ATENUANTE
EXISTIENDO UNA AMPLIA GAMA DE ATENUANTES?**

Porque las partes no introducen al debate los demás criterios establecidos, en nuestro trabajo como mediadores vemos este tipo de situaciones del imputado la cual es la edad, su forma de expresarse, las carencias, su grado de cultura, pero básicamente las partes no ponen en evidencia los demás criterios.

- 3) ¿CUÁL ES LA IMPORTANCIA DEL RESPETO DE LOS PARÁMETROS QUE
NOS OTORGA LA PARTE GENERAL DE NUESTRO CÓDIGO PENAL PARA
DETERMINAR E INDIVIDUALIZAR LA PENA?**

Si es importante, ya no va al criterio arbitrario del Juez ya tenemos un parámetro del cual tenemos que guiarnos pudiendo definir que tercio aplicar al momento de determinar la pena.

4) EL DERECHO A LA DEBIDA MOTIVACIÓN CONSTITUYE UNA GARANTÍA FUNDAMENTAL EN LOS PRESUPUESTOS PARA UNA DECISIÓN EMITIDA, DE CARECER U OMITIRSE DE ESTE DERECHO QUE CONSECUENCIAS ACONTECERÍAN AL MOMENTO DE UNA IMPONER UNA SANCIÓN PENAL

Siempre las motivaciones de las Resoluciones tienen rango constitucional, de lo contrario caería en una Nulidad de la misma.

5) DESDE SU PERSPECTIVA EN JUICIO ORAL LA BÚSQUEDA DE LA CONDENA O ABSOLUCIÓN DEL IMPUTADO EN UN PROCESO PENAL DISMINUYE LA IMPORTANCIA DEL QUATUN DE LA PENA PARA LAS PARTES PROCESALES

Evidentemente todo proceso penal está principalmente orientado si es responsable y no lo es y pasa a un segundo plano o bueno ya es un segundo tramo una vez que se le ha encontrado responsable graduarle la pena, a veces las partes se enfocan más a verificar más su posición el Fiscal quiere que sea culpable y la otra parte absuelta y ahí se centra la discusión, básicamente se concentra en eso.

6) ¿CONSIDERA USTED QUE DEBERÍA EXISTIR UNA AUDIENCIA DE TERMINACION DE LA PENA?

Considero que deberían ser parte de los alegatos de clausura, el Fiscal debería indicar las razones por cuales está solicitando dicha pena y la defensa en su alegato final pediría la absolución excepcionalmente y en caso de que le declaren culpable fijar en que criterios deberían establecerse la pena y determinar cuál sería la correcta.

**FICHA DE ENTREVISTA DIRGIDA JUECES DEL JUZGADO COLEGIADO
DE TACNA**

FECHA: 30 MAYO DEL 2018 A LAS HORAS 03:35 PM

**DIRIGIDA AL DOCTOR WILBER GONZALEZ CACERES EL CUAL ES
CONFORMA EL JUZGADO COLEGIADO PENAL DE TACNA**

- 1) CONSIDERA QUE LOS CRITERIOS DE ATENUACIÓN Y AGRAVACIÓN ACTUALMENTE DISPUESTO POR EL CÓDIGO PENAL EN SU ART. 46 DE LA PARTE GENERAL SON CONGRUENTES Y REALES A NUESTRA REALIDAD O DEBE AUMENTARSE O RETIRARSE ALGUNO DE ELLOS**

Considero que existen diferentes modalidades dependiendo de cada delito, por tanto, no están todos los criterios y no se ajusta en totalidad a la realidad lo cual no se puede imponer penas justas, por lo que la impartición de sanciones sin una debida justificación solo conlleva a una mayor conglomeración de los centros penitenciarios y solo se causaría un gran daño a la sociedad como al Estado.

- 2) FRENTE A MI INVESTIGACIÓN SE ARROJÓ EL DATO QUE EL 97% DE ATENUANTES UTILIZADOS PARA DETERMINACIÓN DE LA PENA SON CARENCIA DE ANTECEDENTES PENALES ¿CUÁL CREE QUE ES LA RAZÓN PARA LA CONCENTRACIÓN EN DICHO ATENUANTE EXISTIENDO UNA AMPLIA GAMA DE ATENUANTES?**

Lo que pasa es que la defensa no logra acreditar la carencias sociales, teniendo como único fundamento probable es la de los antecedentes penales, pero como Jueces tenemos la capacidad de verificar ciertos criterios que se pueden ver si en caso el imputado fuese el sostén de una familia así como estos hay diversos criterios que tienen que ser evaluados al momento de una decisión punitiva.

- 3) ¿CUÁL ES LA IMPORTANCIA DEL RESPETO DE LOS PARÁMETROS QUE NOS OTORGA LA PARTE GENERAL DE NUESTRO CÓDIGO PENAL PARA DETERMINAR E INDIVIDUALIZAR LA PENA?**

Nuestra labor como Juez es la ser minuciosos y que la fiscalía sustente en sus alegatos que existan pruebas suficientes para individualización al imputado,

estos parámetros evitan que las penas sean arbitrarias evitando la afectación al sentenciado.

4) EL DERECHO A LA DEBIDA MOTIVACIÓN CONSTITUYE UNA GARANTÍA FUNDAMENTAL EN LOS PRESUPUESTOS PARA UNA DECISIÓN EMITIDA, DE CARECER U OMITIRSE DE ESTE DERECHO QUE CONSECUENCIAS ACONTECERÍAN AL MOMENTO DE UNA IMPONER UNA SANCIÓN PENAL

Respecto a la motivación de las sentencias es un requisito que ha establecido el Tribunal Constitucional en la cual que si un Juez no motiva adecuadamente sus sentencias ya es una causal de nulidad y lo cual genera un perjuicio al Estado y al declararse la nulidad de la sentencia generando que se inicie nuevamente un juicio oral generado un perjuicio económico, tiempo teniendo como consecuencia una justicia tardía.

5) DESDE SU PERSPECTIVA EN JUICIO ORAL LA BÚSQUEDA DE LA CONDENA O ABSOLUCIÓN DEL IMPUTADO EN UN PROCESO PENAL DISMINUYE LA IMPORTANCIA DEL QUATUN DE LA PENA PARA LAS PARTES PROCESALES

Básicamente lo que se busca es poder encontrar si el imputado es culpable o no por lo cual las partes generalmente se concentran en su posición la cual sea la de condena o absolución dejando de lado la graduación de la pena ya que generalmente de ser declarado culpable se busca una graduación justa en segunda instancia es lo que pasa en la realidad.

6) ¿CONSIDERA USTED QUE DEBERÍA EXISTIR UNA AUDIENCIA DE TERMINACION DE LA PENA?

Considero que si debería existir un momento previo a los alegatos finales, en el cual deba darse el tiempo suficiente para debatir respecto de la pena de esta forma se dará oportunidad a que el Fiscal sustente las razones por la cual solicita la imposición de una pena, de la misma forma la defensa tendrá la oportunidad de argumentar porque solicita ya sea una absolución o la

graduación de la pena, ya que en la realidad muchas veces las partes no sustentan porque solicita una pena o absolución.

**FICHA DE ENTREVISTA DIRGIDA AL PRESIDENTE DE LA CORTE
SUPERIOR DE JUSTICIA DE TACNA**

FECHA: 31 MAYO DEL 2018 A LAS HORAS 03:35 PM

**DIRIGIDA AL DOCTOR JORGE ALBERTO DE AMAT PERALTA EL CUAL
ES CONFORMA EL JUZGADO COLEGIADO PENAL DE TACNA**

- 1) CONSIDERA QUE LOS CRITERIOS DE ATENUACIÓN Y AGRAVACIÓN ACTUALMENTE DISPUESTO POR EL CÓDIGO PENAL EN SU ART. 46 DE LA PARTE GENERAL SON CONGRUENTES Y REALES A NUESTRA REALIDAD O DEBE AUMENTARSE O RETIRARSE ALGUNO DE ELLOS**

Considero que no es una clausula cerrada y que as partes pueden considerar que las atenuantes y agravantes son muy básicas y que pueden ser complementadas debido a que la modalidades o formas de cometer delitos son diferentes y que son lineamientos que se debe completar debidamente motivadas.

- 2) FRENTE A MI INVESTIGACIÓN SE ARROJÓ EL DATO QUE EL 97% DE ATENUANTES UTILIZADOS PARA DETERMINACIÓN DE LA PENA SON CARENCIA DE ANTECEDENTES PENALES ¿CUÁL CREE QUE ES LA RAZÓN PARA LA CONCENTRACIÓN EN DICHO ATENUANTE EXISTIENDO UNA AMPLIA GAMA DE ATENUANTES?**

Por qué es la única circunstancia que es más fácil de detectar y probar, pero considero que existen otras atenuantes como es la edad del imputado dependiendo de cada hecho ya que es distinto, lo cual hará que se pueda cuantificar mejor una sanción punitiva.

- 3) ¿CUÁL ES LA IMPORTANCIA DEL RESPETO DE LOS PARÁMETROS QUE NOS OTORGA LA PARTE GENERAL DE NUESTRO CÓDIGO PENAL PARA DETERMINAR E INDIVIDUALIZAR LA PENA?**

Son pautas generales sujetas a ser ampliadas por el Juez en cada caso concreto a todas las posibilidades que se puedan presentar.

4) EL DERECHO A LA DEBIDA MOTIVACIÓN CONSTITUYE UNA GARANTÍA FUNDAMENTAL EN LOS PRESUPUESTOS PARA UNA DECISIÓN EMITIDA, DE CARECER U OMITIRSE DE ESTE DERECHO QUE CONSECUENCIAS ACONTECERÍAN AL MOMENTO DE UNA IMPONER UNA SANCIÓN PENAL

La sanción máxima es la Nulidad de careceré dicha motivación, cualificación, nulidad parcial o total porque una sentencia o pena inmotivada es completamente arbitraria según el principio de interdicción arbitraria es decir “ausencia total” pero en casos excepcionales cuando una motivación insuficiente el superior puede integrar la sentencia.

5) DESDE SU PERSPECTIVA EN JUICIO ORAL LA BÚSQUEDA DE LA CONDENA O ABSOLUCIÓN DEL IMPUTADO EN UN PROCESO PENAL DISMINUYE LA IMPORTANCIA DEL QUATUN DE LA PENA PARA LAS PARTES PROCESALES

La costumbre judicial hace que las partes no debatan o no le presten mucha atención respecto al quantum de la pena concreta no le da tanto importancia esta costumbre judicial hace que las partes se relajen y no sustenten las razones porque solicitan una sanción penal, así como la de su absolución

6) ¿CONSIDERA USTED QUE DEBERÍA EXISTIR UNA AUDIENCIA DE TERMINACION DE LA PENA?

Considera que, si debe de existir, pero debe estar dentro de la etapa de juzgamiento con un paso formal, expreso y obligatorio para los Fiscales y los abogados de la defensa dando la oportunidad de argumentar el quantum de la pena.

