



UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

**FACTORES DE DETERMINACIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD
SUSPENDIDAS EN LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS POR EL JUZGADO DE
INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE LA PROVINCIA DE URUBAMBA, EN
PROCESOS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA,
PERÍODO 2017**

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

Presentado por:

Br. FREDY EMERSON QUIÑONES LIMPE

Asesor:

Dr. Antonio Salas Callo

CUSCO – PERÚ
2021



Dedicatoria

A LA HERMANDAD DE SEÑOR DE QOYLLOR-RITTY:

La presente tesis está dedicada a la Hermandad del Señor de Qoyllor-Ritty, por haberme permitido llegar hasta este punto tan importante de mi vida y haberme dado salud para lograr mis objetivos, dándome siempre su infinita bendición.

A mis PADRES FELIPE Y LIDIA:

Quienes desde lo más alto me brindan su bendición para poder seguir adelante con mi vida profesional, pues ellos fueron el principal cimiento y por su amor incondicional.

A mis hermanas (os) políticos RUTH, MARGOTH, JHOEL

Y VLADIMIR:

Quienes siempre creyeron en mí, por corregir mis errores, por todos los momentos buenos y malos, por estar siempre ahí incondicionalmente en este largo camino para ser mejor cada día, como olvidar que eran ustedes los que más me insistían para terminar esta tesis.



Agradecimiento

A Dios, por iluminarme en el camino de mi vida, por darme sabiduría, fortaleza y permitirme superar los obstáculos que se presentaron durante mi vida Universitaria y por darme la fuerza para lograr mi meta trazada.

A mis queridos padres quienes me brindan su bendición desde lo más alto.

A mi alma mater la Universidad Andina del Cusco, donde me formé y culminé mis estudios.

A mi asesor Dr. Antonio Salas Callo, que trabajó arduamente y por su aporte profesional en la elaboración de mi trabajo de investigación, y a mis docentes dictaminantes por haberme dado los conocimientos necesarios para el logro de mis objetivos profesionales.



Resumen

El 19 de agosto de 2013, se publicó en el diario oficial el peruano la Ley Nro. 30076, ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes; y, crea el registro y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana; la cual, mediante la introducción del artículo 45-A y la modificación del artículo 46 del Código Penal, que presenta un contenido totalmente nuevo funcionalmente distinto, ha reformado profundamente el sistema de determinación de la pena que regía previamente en nuestro país, desde la puesta en vigencia del Código de 1991.

Ahora bien, la determinación judicial de la pena alude a un procedimiento técnico y valorativo cuya función esencial es servir al órgano jurisdiccional para llevar a cabo la individualización de los castigos penales.

La presente tesis tiene como finalidad conocer los factores de determinación en las penas privativas de libertad, expedidas por el Juzgado de Investigación Preparatoria de Urubamba; puesto que, en la actualidad los operadores de justicia al momento de emitir la sentencia no están aplicando correctamente los pasos a seguir con la dación de la ley Nro. 30076, como por ejemplo al momento de aplicar los tercios y las circunstancias.

Cabe señalar que la función esencial de las circunstancias es la de ayudar a la medición judicial de la intensidad de un delito y a la decisión sobre la calidad o extensión del castigo que aquel merece. Ellas posibilitan, pues, cuantificar la mayor o menor trascendencia jurídica de la conducta ilícita realizada.

Palabras claves: Pena suspendida, determinación judicial de la pena.



Abstract

On August 19, 2013, Law No. 30076 was published in the official newspaper in Perú, a law that modifies the criminal code, criminal procedure code, criminal enforcement code and the code for children and adolescents; and, it creates the registry and protocols with the purpose of combating citizen insecurity; which, by means of the introduction of articles 45 and the modification of article 46 of the penal code which presents a totally new, functionally different content, already profoundly reformed the system of determination of the penalty that previously governed in our country, from the implementation of the penalty that previously governed in our country, from the implementation of the 1991 code.

However, the judicial resolution of the sentence refers to a technical and evaluative procedure whose essential function is to serve the court to carry out the criminalization of individual punishment.

The purpose of this thesis is to know the determining factors in the custodial sentences, issued by the court; since, at present, the justice operators at the time of issuing the sentence are not correctly applying the steps to follow with the enactment of law No. 30076, such as when applying the thirds and circumstances.

It should be noted that the essential function of the circumstances is to help the judicial medication of the decision on the quality or extent of the punishment it deserves. They therefore allow quantifying the greater or lesser legal significance of the illegal conduct carried out.

Keywords: Suspended sentence, determination of the sentence, circumstances.



Introducción

La investigación académica y científica es una necesidad para adquirir nuevos conocimientos y resolver los problemas que se presentan en el ámbito del conocimiento. En ese propósito son las Universidades que tienen como finalidad promover la investigación académica, que permite la producción de nuevos conocimientos a través de la investigación científica.

El 19 de agosto de 2013 se publicó en el diario oficial El Peruano la Ley N° 30076 (Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de Niños y adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana”); la cual, mediante la introducción del artículo 45-A y la modificación del artículo 46 del Código Penal, que presenta un contenido totalmente nuevo y funcionalmente distinto, ha reformado profundamente el sistema de determinación de la pena que regía previamente, en nuestro país, desde la puesta en vigencia del nuevo Código Penal de 1991.

El tema de la determinación o individualización de la sanción penal se encuentra ligado con la teoría de las consecuencias jurídicas del delito que, a su vez, es uno de los acápites centrales de la parte general del derecho penal, al lado de las construcciones sobre la ciencia penal y la conducta punible.

El sistema anterior se caracterizaba, porque el juez tenía la libertad de discurrir por todo el marco penal, desde el límite inferior hasta el límite superior, en busca de la sanción penal.



El presente trabajo, sobre los “FACTORES DE DETERMINACIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD SUSPENDIDAS EN LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS POR EL JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE LA PROVINCIA DE URUBAMBA, EN PROCESOS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA, PERÍODO 2017”, pretende generar un nivel de aproximación y respuestas sobre qué factores toman en cuenta los jueces al momento de la graduación o determinación de la pena concreta a los justiciables y las funciones preventivo general y especial que estas penas cumplen.



ÍNDICE

Resumen.....	IV
Abstract.....	V
Introducción.....	VI
CAPÍTULO I: EL PROBLEMA.....	1
1.1 .El problema.....	1
1.1.1 Planteamiento del problema.....	1
1.1 .Formulación del problema.....	3
1.1.1 Problema general.....	3
1.1.2 Problemas específicos.....	4
1.2 .Objetivos de la investigación.....	4
1.2.1 Objetivo general.....	4
1.2.2 Objetivos específicos.....	4
1.3 .Justificación.....	5
1.3.1 Conveniencia.....	5
1.3.2 Relevancia social.....	5
1.3.3 Implicaciones prácticas.....	5
1.3.4 Utilidad metodológica.....	6
1.4 .Viabilidad.....	6
1.5 .Delimitación.....	6
1.5.1 Delimitación espacial.....	6
1.5.2 Delimitación temporal.....	6
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	7
2.1 Antecedentes.....	7
2.1.1 Antecedentes internacionales de la investigación.....	7
2.1.2 Antecedentes nacionales de la investigación.....	9
2.2 Bases teóricas.....	12
2.2.1 Teoría general del delito.....	12
2.2.1.1 Surgimiento y concepto de la teoría general del delito.....	12
2.2.1.2 Importancia de la teoría general del delito.....	13
2.2.1.3 Concepto etimológico del delito.....	14



2.2.1.4 Concepto de delito.	14
2.2.1.5 Clasificación de los delitos	15
2.2.1.6 Estructura del delito.	16
2.2.2 La pena.....	31
2.2.2.1 Tipologías del castigo penal en la legislación peruana	33
2.2.3 Determinación de la pena.....	45
2.2.3.1 Determinación legal de la pena	47
2.2.3.2 Determinación judicial de la pena.....	47
2.2.3.3 Función de la determinación judicial de la pena	50
2.2.3.4 Teorías de determinación judicial de la pena	50
2.2.3.6 Principales principios que intervienen en determinación judicial de la pena	61
2.2.3.7 Etapas operativas de la determinación judicial de la pena	66
2.2.4 Determinación de la pena a propósito de las modificaciones operadas en el Nuevo Código penal (Ley 30076)	68
2.2.4.1 Determinación judicial cualitativa de la pena. La prestación del artículo 45 del Código Penal 69	
2.2.4.2 Determinación judicial cuantitativa de la pena o pena puntual.....	75
2.2.4.3 Las circunstancias, sus clases y efectos	78
2.2.4.4 Las circunstancias agravantes y atenuantes genéricas	80
2.2.4.5 Las circunstancias agravantes y atenuantes específicas.....	92
2.2.4.7 Las circunstancias agravantes calificadas y atenuantes privilegiadas.....	93
2.2.4.8 Las circunstancias agravantes de diferente grado o nivel	99
2.2.4.9 Las circunstancias antecedentes, concomitantes y posteriores	100
2.3 Definición de términos básicos	101
2.4 Hipótesis	104
2.4.1 Hipótesis Principal	104
2.4.2 Hipótesis Específicas	104
2.5 Categorías de estudio	105
2.5.1 Categorías y subcategorías.....	105
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	106
3.1 Diseño metodológico	106



3.2 Diseño contextual.....	107
3.3 Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	107
3.4 Plan de análisis de datos	108
PRESENTACIÓN DE RESULTADOS	119
CONCLUSIONES	120
RECOMENDACIONES	121
BIBLIOGRAFÍA	123
ANEXOS	126
ANEXO 1.....	127
ANEXO 2.....	128
ANEXO 3.....	129



CAPÍTULO I: EL PROBLEMA

1.1 El problema

1.1.1 Planteamiento del problema:

El Sistema Penal en el Perú, específicamente en el Código Penal vigente desde el 09 de abril de 1991 ha categorizado las penas en su artículo 28° en: Penas Privativa de Libertad, Restrictiva de Libertad, Limitativas de Derechos y Multa.

La pena privativa de libertad se aplica de dos días hasta treinta y cinco años, y para su determinación, el Legislador ha considerado una serie de factores previstos en los artículos 45 y siguientes, artículos que han sido modificados con la Ley N° 30076 publicada el 19 de agosto de 2013.

La doctrina penal, ha establecido que, como política criminal la pena, cumple una finalidad de prevención, ya sea general o especial. El Código Penal en su Título Preliminar establece que la pena tiene fines de prevención, protección y resocialización, coherente con lo que establece la Constitución Política de 1993.

Es en ese sentido, que la vocación despenalizadora por la crisis del sistema carcelario ha dado lugar a la incorporación de penas sustitutivas o alternativas, que en doctrina se denominan medidas alternativas o sustitutivos penales.



Por otra parte, es de advertirse que a nivel nacional existe una predilección de los Jueces Penales por la aplicación de penas privativas de la libertad suspendidas en su ejecución sujeta a reglas de conducta, quedando relegado y en otros casos como meras figuras penales las otras modalidades o penas alternativas.

Así mismo los jueces tienen la obligación de motivar las resoluciones judiciales conforme a la Constitución y para la determinación de las penas, la exigencia es mayor tomando en cuenta los criterios previstos en un sistema de tercios recientemente incorporado en el Código Penal.

Este proceso de operacionalización, conocido como factores de determinación de penas no sólo es una obligación del Juez, sino, un derecho del justiciable, lo contrario implicaría un acto arbitrario en perjuicio de las partes, tanto más si la pena es privativa de libertad efectiva.

En el ámbito judicial podemos apreciar que si bien hasta antes de la modificación de la determinación de penas por el sistema de tercios, había resoluciones que únicamente determinaban la pena, más no desarrollaba los factores o criterios para su imposición, con una mera mención de los criterios fijados por los artículos 45 al 51 del Código Penal, no teniéndose incluso un criterio uniforme respecto de la forma de tratamiento que deben recibir figuras como la reincidencia y la habitualidad, con la modificatoria del sistema de determinación de penas, tal realidad no parece haber cambiado sustancialmente, limitándose los jueces a una determinación de la pena casi tasada dentro de los denominados tercios inferior, medio y superior, aspecto que problema es necesario estudiar.



Desarrollado el contexto general del problema, lo que corresponde es identificar las posibles causas de este; si bien, se entiende que los operadores judiciales, en este caso los jueces de investigación preparatoria son profesionales del derecho con los conocimientos exigidos para desempeño de su función, sin embargo, consideramos que aún se advierten deficiencias sobre los temas de la aplicación de la determinación de la pena de dichos operadores judiciales.

Las consecuencias de dicha deficiencia en los operadores judiciales se trasuntan en la posible vulneración del principio de penas justas y el principio de proporcionalidad de las penas, con la determinación arbitraria y desproporcional de las medidas que conllevan una limitación de derechos fundamentales.

Las posibles soluciones al problema están referidas entre otros, fundamentalmente a reforzar y profundizar, en los operadores judiciales, los temas de la aplicación de la determinación de la pena de acuerdo con los alcances de las normas contenidas en el Código Penal y por tanto la realización de eventos de capacitación al interior del Poder Judicial y el Ministerio Público.

1.1 Formulación del problema:

1.1.1 Problema general

- ¿Cuáles son los factores que considera el Juez de Investigación Preparatoria de la provincia de Urubamba para la determinación de las penas privativas de la libertad



suspendida en procesos de terminación anticipada, en los procesos penales tramitados en el año 2017?

1.1.2 Problemas específicos

- a. ¿Cuáles son las circunstancias atenuantes genéricas que considera el juez de Investigación Preparatoria de la provincia de Urubamba para la determinación de las penas privativas de libertad suspendida en procesos de terminación anticipada, en los procesos penales tramitados en el año 2017?

- b. ¿Cuáles son las circunstancias agravantes calificadas que considera el juez de Investigación Preparatoria de la provincia de Urubamba al momento de determinar la pena privativa de libertad suspendida en procesos de terminación anticipada, en procesos penales tramitados en el año 2017?

1.2 Objetivos de la investigación

1.2.1 Objetivo general

- Conocer los factores adoptados por el juez de Investigación Preparatoria de la provincia de Urubamba, en la determinación de las penas privativas de libertad suspendida en los procesos de terminación anticipada, durante el periodo 2017.

1.2.2 Objetivos específicos

- a. Establecer las circunstancias atenuantes genéricas adoptadas por el juez de Investigación Preparatoria de la provincia de Urubamba en la determinación de la



pena privativa de la libertad suspendida, en procesos de terminación anticipada durante el periodo de 2017.

- b. Establecer las circunstancias agravantes cualificadas adoptadas por el juez De Investigación Preparatoria de la provincia de Urubamba al momento de determinar la pena privativa de libertad suspendida en procesos de terminación anticipada, durante el periodo 2017.

1.3 Justificación.

1.3.1 Conveniencia.

La presente investigación se realiza a consecuencia de determinar cuáles son las circunstancias que se toman en cuenta para determinar la pena tomando en cuenta el artículo 45-A y la modificatoria del artículo 46 del Código Penal.

1.3.2 Relevancia social.

La sociedad en general espera de los juzgadores la correcta motivación, al momento de determinar la pena, desean volver a confiar en el sistema de justicia peruano, que actualmente muestra gran desconfianza por parte de los miembros de la sociedad.

1.3.3 Implicaciones prácticas.

Las conclusiones que se obtengan de la tesis ayudarán a mejorar las prácticas de los operadores de derecho y del órgano jurisdiccional porque de cierta forma dará mayores luces al momento de determinar la pena, aplicando los tercios y circunstancias.



1.3.4 Utilidad metodológica.

Considero que los resultados de la presente investigación pueden aportar estableciendo criterios y cómo puede desechar las antiguas aplicaciones de determinación de la pena, como por ejemplo la aplicación abstracta, genérica y discrecional.

1.4 Viabilidad.

Para la presente investigación, fue viable conseguir el legajo de las sentencias emitidas por el Juzgado de Investigación Preparatoria de la provincia de Urubamba.

1.5 Delimitación

1.5.1 Delimitación espacial.

El área de estudio se realizará, sobre la base de las sentencias emitidas por el Juzgado de Investigación Preparatoria de la Provincia de Urubamba, en procesos de Terminación Anticipada.

1.5.2 Delimitación temporal.

La delimitación temporal comprenderá sólo el año 2017.



CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes.

2.1.1 Antecedentes internacionales de la investigación

1er. Antecedente

Díaz, (2011) en su tesis “*Individualización Judicial de la pena, conforme al Artículo 24 de la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescente*”, para optar el grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Penal, en la Universidad de Chile. Santiago. Sus principales conclusiones son:

1. Sostenemos que la individualización judicial de la pena forma parte de un proceso mayor de determinación legal como la individualización de la judicial. constituye una labor o proceso complejo, que debe guardar estrecha relación entre los fines de la pena y las circunstancias concretas del caso, que permitan cumplir las primeras de la forma más adecuada, proporcional y justa para el caso y autor concreto sobre quien recaerá la sanción. En doctrina pueden apreciarse distintas visiones, aunque todas ellas revelan como elemento común establecer preliminarmente cuáles son los límites de lo permitido valorar en este proceso, límites que vienen dados por los fundamentos de la sanción y los fines perseguidos por la misma, los



principios generales garantistas limitativos de *ius puniendi* y el marco legal dado por el legislador.

2. La individualización de la pena en materia de adolescentes debe integrar los principios y garantías establecidos a favor de los adolescentes por la legislación nacional e internacional sobre la materia, destacando particularmente el reconocimiento como sujeto de derechos, la protección de sus derechos fundamentales, estimar la privación de libertad como medida de último recurso y por el menor tiempo posible, lo que se liga además con el principio de intervención penal mínima, el interés superior del adolescente entendido como la plena satisfacción de 148 sus derechos y el reconocimiento de su autonomía progresiva en el ejercicio y goce de sus derechos.

3. El artículo 24 LRPA es la norma de individualización judicial de la pena para adolescentes. Las anteriores normas –artículo 21 a 23 LRPA- se refieren sólo a la determinación legal de la pena, no fijando con exactitud el quantum ni la naturaleza de la sanción, arrojando sólo un marco penal abstracto. La concretización de la pena dentro de ese marco abstracto depende en su totalidad de la aplicación de los criterios del artículo 24 LRPA, salvo las sanciones que añaden otros criterios, como en el caso de la multa, o límites temporales propios, como los servicios en beneficio de la comunidad.



2.1.2 Antecedentes nacionales de la investigación.

2do. Antecedente

Valderrama, (2016) en su tesis “*Determinación judicial de la pena de acuerdo con el artículo 45-A del Código Penal y el principio de proporcionalidad*”, tesis para optar el Título Profesional de Abogado en la Universidad Particular Andina del Cusco. Sus principales conclusiones son:

1. El artículo 45°-A, del Código Penal si bien es una herramienta que facilita la labor de los jueces para aplicar la pena, pero no puede ser aplicada de manera mecánica en todos los casos.
2. El denominado caso concreto en el derecho penal es un elemento que debe ser tomado muy en cuenta por los jueces a fin de preferir los principios constitucionales a la interpretación puramente literal o gramatical de la ley.
3. No todos los jueces han internalizado adecuadamente el procedimiento para aplicar la pena conforme a los parámetros establecidos en el artículo 45-A del Código Penal.
4. En muchos casos los jueces efectúan el proceso de dosificación de la pena del artículo 45-A de manera innecesaria, porque cuando el delito queda en grado de tentativa, o existe una responsabilidad atenuada que comprende el artículo 21 del Código Penal o, en su caso, el grado de participación del agente es en grado de cómplice secundario, entonces la pena a aplicarse será por debajo del mínimo legal a discreción del juez y éste no necesita efectuar el procedimiento del artículo 45-A, solo mencionar esta norma en su inciso tres literal a).
5. En los casos analizados hemos demostrado que los jueces han aplicado la pena de manera desproporcionada ya sea por defecto o por exceso.



6. La Corte Suprema, como hemos visto líneas arriba, en reiterada jurisprudencia ha aplicado penas invocando el principio de proporcionalidad y justificando la disminución sustancial de las penas en los principios constitucionales.

3er. Antecedente

Poma, (2013) en su tesis *“Individualización judicial de la pena y su relación con la libertad y el debido proceso a la luz de la Jurisprudencia en materia penal en las Salas Penales para reos en cárcel del Distrito Judicial de Lima”* tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales en la Universidad Nacional Mayor De San Marcos sus principales conclusiones son:

1. La determinación judicial de la pena es el mecanismo jurídico a través del cual los Magistrados del poder Judicial regulan el quantum de la pena al momento de su determinación, en base a los criterios establecidos en los artículos 45°, 46°, 46°-B y 46°-C del Código Penal”.
2. La imposición de una pena en una sentencia condenatoria sin motivarla ni fundamentarla idóneamente genera estado de indefensión en el sentenciado y vulnera su derecho al debido proceso.
3. La vulneración de un derecho fundamental en las etapas en que se desarrolla un proceso judicial conlleva a la vulneración del derecho al debido proceso, aun cuando la lesión se produzca al momento.
4. En la mayoría de las sentencias emitidas durante los 2009, 2010 y 2011 (enero a junio) por los Magistrados de las Salas Penales de la Corte Superior de Justicia de Lima se ha vulnerado el derecho al debido proceso de los sentenciados, ya que su sentencia es han sido debidamente motivadas ni fundamentadas en el extremo referido al quantum de la pena.



4to. Antecedente

Guadalupe, (2011) en su tesis “*Factores preponderantes en la determinación de la pena privativa de libertad en el Distrito Judicial de Lima*”, para optar el título profesional de abogado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, sus principales conclusiones son:

1. Por lo general, los jueces penales preponderantemente vienen aplicando la pena sobre la base de los criterios normativos establecidos en los artículos 45, 46 del CP; y en igual sentido, en todos los casos se hace uso de los criterios generales para la determinación e individualización de la pena, la gravedad del injusto (del hecho) y el grado de responsabilidad.
2. En la práctica, casi no se han aplicado los artículos 46-A, 46-B y 46-C del CP., en los casos en que lo hayan empleado, se ha encontrado aplicaciones en menor porcentaje y de manera indirecta, vía citas o menciones del antecedente penal o legal del agente.
3. Los artículos del Título Preliminar del CP (artículos I, IV, VII, VIII y IX) y la confesión sincera del artículo 136 del CPP son nombrados en menor proporción. Sin embargo, en ningún caso se encontró factores no establecidos en la ley que se hayan tomado en cuenta para la determinación de la pena, así como tampoco se halló en ningún caso la jurisprudencia aplicable al caso.
4. Asimismo, es probable que los aspectos internos o externos que inciden o interfieren en la determinación real o correcta de la pena privativa de libertad por parte de los jueces penales



sean múltiples; sin embargo, lo más resaltante es la carga procesal, ya que, frente al cúmulo de casos por resolver, los jueces no se dan tiempo necesario para analizar debidamente las materias en cuestión. Ha de indicarse también que uno de los aspectos que interfiere la decisión del magistrado es de índole externa como -por ejemplo- la presión de la prensa o de la población u opiniones políticas.

2.2 Bases teóricas.

2.2.1 Teoría general del delito.

2.2.1.1 Surgimiento y concepto de la teoría general del delito

Históricamente es difícil establecer un dato que fije la aparición en el tiempo de la denominada “teoría general del delito”. “No obstante esta dificultad, es posible afirmar que fue a través de Franz Von Liszt y su libro *lehrbuch des deutschen Strafrechts*, publicado diez años después de la promulgación del Código Penal Alemán de 1871, que comienza a aparecer en la ciencia penal una auténtica teoría general del delito” (Reyna, 2016, p. 116).

Antes de la aparición de dicha obra la única categoría o característica que había sido formulada con cierta claridad era la culpabilidad, Ni la antijuricidad ni la tipicidad habían sido aún observadas y menos aún desarrolladas.

El pensamiento de Von Lizst, sin embargo, se desarrolló a partir de la observación hecha por el filósofo del Derecho Rudolf Von Ihering, quien fue el primer autor que pudo apreciar el problema y cuyas ideas sirvieron luego a Von Liszt.

Trasladando las ideas de Von Ihering al derecho penal, Von Liszt estableció la distinción entre los conceptos de antijuricidad y culpabilidad, dando inicio a la moderna teoría



general del delito. Posteriormente, en 1906, Von Beling, mediante su obra *lehre von verbrechen* añade el tercer elemento de la teoría del delito, la tipicidad. Es por este motivo, que no obstante la diferencia de planteamientos entre Von Liszt y Von Beling, se ha hablado del sistema Liszt-Beling. (Reyna, 2016, p. 116)

A partir de entonces, la conceptualización mayoritaria del delito ha contenido dichos elementos: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

“La teoría general del delito es aquel instrumento conceptual que se encarga de establecer y determinar aquellas características comunes que deben concurrir necesariamente en un hecho para que éste sea calificado como delito” (Reyna, 2016, p. 117).

Las características comunes y genéricas a cada uno de los delitos son el objeto de estudio de la denominada “teoría general del delito” y, en términos amplios, de la parte general del derecho penal. En tanto las precisiones o características específicas de cada delito constituyen la parte especial del derecho penal.

2.2.1.2 Importancia de la teoría general del delito

La teoría general del delito es de suma utilidad al momento de resolver, de dar solución a los casos prácticos. Esta trascendencia del campo de la teoría a la práctica es la que ha provocado se le considere como una herramienta indispensable. En plano de la litigación penal constituye un elemento determinante de éxito de la teoría del caso que propondremos. (Reyna, 2016, p. 119)



2.2.1.3 Concepto etimológico del delito.

El delito, desde un punto de vista etimológico “Proviene del latín *delictum*, expresión también de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena. En general, culpa, crimen, quebrantamiento de una ley imperativa” (Cabanellas, 2002, p. 115).

2.2.1.4 Concepto de delito.

Desde el punto de vista jurídico, “Delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Esto es una consecuencia del principio de legalidad, conocido por el aforismo latino *nullum crimen sine lege*, que rige el moderno derecho penal” (Muñoz, 2013, p. 1).

El delito resulta ser toda aquella conducta que para el legislador es merecedora de sanción y que, en tal virtud, se encuentra descrita como tal por la ley penal. (Reyna, 2016, p. 116)

Entre las definiciones modernas muy conocidas tenemos que lo conceptúa como, un acto típicamente antijurídico imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, y que se halla conminado con una pena o, en ciertos casos con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella.

Delito es un injusto culpable, un acto antijurídico realizado típicamente dentro de los límites de la responsabilidad subjetiva” y, añade el autor que “lo determinante son los paradigmas o la descripción en la ley de los modelos abstractos o figuras delictivas mediante la técnica delictiva de la tipificación” (Villa, 1998, p. 176).



Mir Puig (2004) en su obra Derecho Penal. Parte General dice: “El delito es comportamiento humano, típicamente, antijurídico y culpable, añadiéndose a menudo la exigencia de que sea punible” (p. 145).

Podemos distinguir en la evolución los siguientes pasos: el delito como violación o vulneración de un derecho; el delito como lesión de un bien jurídico; el delito como infracción de un deber; y, por último, el delito como expresión de un riesgo”.

Desde una perspectiva formal, el artículo 11 del Código Penal Peruano de 1991, propone una definición del delito en los términos siguientes: “Son delitos y faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por ley”. En este concepto se condensa lo que se entiende globalmente por digno de represión o por merecedor de pena, pero poco dice de su índole distintiva.

La existencia de un delito entendido como una acción u omisión típica, antijurídica y culpable corresponde al ámbito de estudio de la teoría del delito. Todo lo concerniente a la sanción o reacción penal corresponde al objeto de estudio de la teoría de la pena, una de cuyas partes centrales corresponde a las reglas de determinación e individualización de ella.

2.2.1.5 Clasificación de los delitos.

El Código Penal Colombiano distingue, en los artículos 2 y 10, entre delitos y faltas (*clasificación bipartita*). Ambos conceptos pueden englobarse bajo la expresión genérica de “hecho punible” o de “infracción penal”, que es también utilizada a veces en código penal para referirse tanto al delito, como a la falta. El contenido de ambos términos responde a la misma estructura elemental general ya descrita en el epígrafe anterior. Es decir, tanto el delito como la



falta son hechos típicos, antijurídicos, culpables y punibles. La distinción terminológica se hace exclusivamente en función de la gravedad de la pena que tienen prevista. El delito está castigado con pena grave o menos grave. La falta con pena leve. (Muñoz, 2013, p. 5)

2.2.1.6 Estructura del delito.

Hemos decidido estructurar la teoría del delito como una escalera de cinco peldaños; donde, cada uno de los peldaños lleva el nombre de uno de los elementos que compone el hecho punible; es así:

- El primer peldaño se llama ***“comportamiento”***.
- El segundo peldaño se denomina ***“tipicidad”***.
- El tercer peldaño lleva como nombre ***“antijuricidad”***
- El cuarto peldaño se tituló ***“culpabilidad”***.
- El quinto peldaño se denomina **“penado por ley o la pena”**.

a) **Comportamiento humano.**

El afirmar que el derecho penal es un derecho de acto significa que la reacción punitiva tiene como referencia inicial la acción humana. Este es el hecho que se describe en el tipo legal; que es objeto del ilícito penal y, en fin, que sirve de base a la afirmación de la culpabilidad del autor. De esta manera, resulta necesario determinar los factores que hacen de un comportamiento humano una acción penalmente relevante. La constatación del hecho que la acción es el punto de referencia inicial de la noción de la infracción, no constituye sino el primer paso de su elaboración.



Se llama acción todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Sólo el acto voluntario puede ser penalmente relevante y la voluntad implica siempre una finalidad. No se concibe un acto de voluntad que no vaya dirigido a un fin u objeto determinado. El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, un fin. De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin. (Muñoz, 2013, p. 9)

Villa (1998) sostiene:

La conducta humana que interesa al derecho penal es tanto la comisiva consistente en un “*hacer*” como la omisiva consistente en uno “*no hacer*”, pues con ambas modalidades, igualmente externas, se puede realizar los tipos penales. Así el artículo 11 del Código Penal Peruano, menciona las acciones y omisiones como constitutivas de falta o delitos. De allí que tenga sentido estudiar la problemática general del comportamiento humano antes de considerar las distintas clases de tipos. (p. 192)

La conducta humana como realidad compleja es indistintamente aludida en el derecho penal como “acción”, “acto”, “hecho” y, en cualquier caso, comprende tanto las acciones propiamente dichas como las omisiones, pues la acción es el supra concepto que comprende ambas modalidades, con el necesario añadido de que esta conducta para alcanzar el significado correspondiente en el derecho penal debe ser consciente, voluntaria y orientada en determinado sentido, dirección o fin.



El carácter necesariamente direccional de la conducta humana hace que ésta se manifieste por fases o etapas: fase interna y fase externa. La primera de ellas-fase interna-comprende una conducta anticipatoria de meta, no observable de inmediato. Se trata de acontecimientos psicológicos que se suceden en el ámbito cognitivo lo mismo que en el motivacional. El sujeto en esta instancia elige los medios y la oportunidad y acaso se suma cierto estado emocional. En su fase externa, la conducta se manifiesta objetivamente imprimiendo un cambio en el mundo externo, procurando la meta. (Villa, 1998, p. 194)

Asimismo, Benavente (2012), en su obra “Calificación de las denuncias penales” considera que:

“El comportamiento es significado; expresión de sentido; aportación comunicativa. No obstante, es descriptivo y no adscriptivo (como es el tipo), pero, cumple diversas funciones político-criminales, ej. Describe la conducta valorada del sujeto, sin embargo, no juzga todavía ese valor (como típica, antijurídica o culpable): sólo valoró que es una conducta o, contrario sensu, valoró que aquello no es conducta”. (p. 32)

En esa inteligencia, identificamos condiciones mínimas para estar presente ante un comportamiento humano, que a su vez sirva de base y enlace para los demás juicios de valor, como son la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, para afirmar la existencia de un hecho delictuoso.

En primer lugar, el agente debe ser una persona humana, particularmente los fenómenos naturales no tienen importancia jurídico-penal. Otro tema es la responsabilidad de la persona jurídica o moral, sin embargo, el mismo no es tema del presente estudio.



En segundo lugar, no es objeto de valoración jurídico-penal lo que no se exterioriza en la realidad. De ahí que se ha irrelevantes los planes, las intenciones y los ánimos si no han tomado forma en un comportamiento externo.

En tercer lugar, no hay comportamiento si no está presente la voluntad; es decir, el control, dominio o dirección de nuestros actos. Así. La mayoría de excluyentes de la conducta descansa en la ausencia o falta de voluntad. Así tenemos: *fuerza física irresistible, movimiento reflejos y estado de inconciencia o situaciones ajenas a lo patológico (sueño, sonambulismo, hipnotismo)*. “La conducta requiere, por lo menos, voluntad y exteriorización” (Benavente, 2012, p. 27).

b) Tipicidad.

La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. Por imperativo del *principio de legalidad*, en su vertiente del *nullum crimen sine lege*, solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales. (Muñoz, 2013, p. 39)

La tipicidad usualmente definida como “la adecuación de un hecho concreto a la descripción abstracta que de dicho hecho se hace en la ley penal”. Esto quiere decir que la tipicidad resulta ser la categoría de la teoría general del delito en la cual se comprueba si un determinado hecho encaja certeramente en la descripción que realiza la ley penal de un delito (Reyna, 2016, p. 143).



Benavente (2012) en su obra “Calificación de las denuncias penales” manifiesta:

“El tipo es una figura que crea el legislador para realizar una valoración de determinada conducta delictiva; es una descripción abstracta de la conducta prohibida. Es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominante descriptiva, que tiene por funciones la individualización de las conductas humanas penalmente relevantes”. (p. 35)

La tipicidad, entonces es la característica de la conducta de adecuarse en forma perfecta a la descripción de la conducta prohibida. En este nivel se trata de establecer una relación entre el supuesto de hecho (típico) y la norma (imperativa) que define el deber esencial cuya infracción consiste en el corazón del delito, ya sea de acción u omisión. (Benavente, 2012, p. 36)

En ese sentido, el tipo penal cumple con las siguientes funciones:

- Función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevante. A través del tipo el legislador escoge cuáles acciones serán prohibidas por el derecho penal.
- Función de garantía, pues da seguridad a los ciudadanos que solo los comportamientos subsumibles en el tipo pueden ser sancionados penalmente. El tipo contiene todos los presupuestos que condicionan la aplicación de la pena, por eso se lo denomina tipo garantía.



- Función motivadora general, pues al señalar a los ciudadanos cuáles son las conductas prohibidas y que, por lo tanto, pueden ser alcanzadas por la conminación penal, procura que ellos se abstengan de realizar dichas conductas.

La tipicidad exige que se hayan configurado los elementos tanto del tipo objetivo y del tipo subjetivo:

Ahora bien, *el tipo objetivo está compuesto por los siguientes elementos:*

- *Sujeto activo.* Es la persona humana quien realiza la conducta prohibida descrita en la ley penal; es la indicación del autor del comportamiento típico.
- *Sujeto pasivo.* Es el titular del interés jurídico lesionado o puesto en peligro.
- *Bien jurídico protegido.* “Los bienes jurídicos son circunstancias 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” (Roxin, 2016, p. 46).

Finalmente, el bien jurídico penal puede ser individual y supraindividual o colectivo, no obstante, este último debe tener referencia al desarrollo personal del individuo o el interés humano; al respecto, Caro comenta lo siguiente: “Los bienes jurídicos colectivos tienen autonomía frente a los individuales y su titularidad pertenece a toda la ciudadanía por igual. Estos son complementarios de los bienes



individuales en la medida que constituyen condiciones esenciales para su adecuado funcionamiento (...). La tutela de dichos bienes debe operar en relación con su propio contenido, sin necesidad de referencias implícitas o explícitas a los bienes individuales, y recurriendo solo a tipos de lesión o de peligro concreto. (Benavente, 2012, p. 40)

Conducta típica. Debe darse un comportamiento relevante para el derecho penal, es decir, sea interpretable para el juicio de tipicidad o adscripción (imputación); al respecto, Silva Sánchez comenta lo siguiente: “(...) un concepto de acción capaz de cumplir con las funciones atribuidas generalmente a la categoría. Estas son tres: función clasificatoria, en virtud de la cual la acción se constituye en factor común de todos los tipos de delitos, una función sistemática, de enlace, que requiere que la acción, si adelantar los posteriores juicios de valor, posea un contenido material tal que dichos juicios se añaden de modo de concreciones; y, en fin una función negativa o de delimitación, mediante la cual quedan excluidos a priori aquellos procesos que en ningún caso puedan llegar a alcanzar relevancia penal. (Benavente, 2012, p. 40)

- *Medio empleado.* Existen tipos que individualizan conductas que pueden cometerse en cualquier contexto circunstancial, en tanto que hay otros que solo pueden cometerse en una circunstancia determinada. A estos últimos se le denomina: Tipos circunstanciales.



Asimismo, cuando el delito se puede ejecutar utilizando cualquier medio, entonces estamos ante tipos de formulación libre, en oposición a los tipos de formulación casuística en los que se requiere el empleo de un medio determinado (Benavente, 2012, p. 41).

- *Resultado.* El resultado es un ineludible fenómeno físico que acompaña a toda conducta y que se traduce en la afectación del bien jurídico. Sin embargo, este concepto refleja el denominado resultado material, el cual implica un daño observable, materializado en el bien jurídico y que, al mismo tiempo, presenta una separación espacio temporal con la conducta; por ejemplo: en el homicidio se puede distinguir, por un lado, la acción de matar, y por otro lado, el resultado muerte.

“Sin embargo, también se habla de un resultado formal, cuando solamente hay una puesta en peligro-concreto o adstrato- al bien jurídico penalmente protegido; por ejemplo, la tentativa” (Benavente, 2012, p. 41).

- *Relación de casualidad.* Desde la concepción del delito por Franz Von Liszt aparecen como características típicas: (1) la acción, (2) el resultado, y (3) la relación de casualidad, las cuales, per se, originan una clasificación de los tipos penales.

En la actualidad se habla de un “principio de casualidad”, dado que la forma de conocimiento humano aplicable, como evidente e inmediata, es la estructura



lógico-formal de la casualidad, la cual puede explicar la relación que existe entre una acción como causa y un resultado. Es decir, el principio según el cual a toda causa le sigue un resultado. Es decir, el principio según el cual a toda causa le sigue un resultado, se denomina *principio de casualidad* y a la relación entre dicha causa y su resultado, relación de casualidad. Así pues, para poder atribuir un resultado a una persona como consecuencia de su actuar, es preciso determinar si entre ambos-acción y resultado-existe relación de causalidad desde un punto de vista natural, para a continuación, determinar la existencia de un vehículo jurídico entre ambos.

- *Imputación Objetiva*. Imputación significa, por un lado, atribución de un hecho al hombre y no ha causas externas al mismo. En otras palabras, atribución a la libertad y no a la mera casualidad.

“La imputación objetiva, se centra en las valoraciones que se realizan al obrar de un sujeto libre; delimitado por las observancias de los roles, legitimados por la necesidad de posibilitar que todas las personas puedan autorrealizarse en sociedad” (Benavente, 2012, p. 44).

En suma, este proceso de determinación objetiva se divide en dos partes: la imputación del comportamiento (creación de un riesgo prohibido) y la imputación objetiva del resultado (realización de riesgo).



Por otro lado, los elementos del *tipo subjetivo* son:

- *Tipo doloso:*

- a. *Dolo*. En el dolo, el sujeto activo debe conocer y querer la realización típica; es decir, se debe extender a las circunstancias del hecho (elementos típicos) sólo en tanto que determinan lo injusto del hecho. Al respecto, Silva Sánchez comenta lo siguiente: “el objeto del dolo ha de ser básicamente el riesgo contenido y determinable *ex ante* en la conducta del sujeto. El curso casual y el resultado en tanto que, aunque elementos del tipo punible de los delitos de resultado consumados, no configuran su injusto típico, no son objeto de dolo” (Benavente, 2012, p. 49).

“El término dolo tiene varias acepciones en el ámbito del derecho. Aquí se entiende simplemente como conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito” (Muñoz, 2013, p. 53).

De la definición dada se desprende que el dolo está constituido por dos elementos: uno intelectual o cognitivo y otro volitivo.

En lo que respecta al primer elemento, para actuar dolosamente, el sujeto de la conducta debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su conducta como típica; es decir, debe conocer el tipo objetivo. Para la existencia del dolo no se toma en cuenta si el sujeto conoce significación jurídica de sus actos, basta que sea al nivel o esfera



de lo profano, es decir, que el agente ha de tener un conocimiento aproximado de la significación social o jurídica de los elementos de tipo.

En lo que respecta al segundo elemento, para actuar dolosamente no es suficiente el mero conocimiento del tipo objetivo; es necesario además querer realizarlo. Si el tipo objetivo se realiza, pero ello no es debido a la voluntad de realizarlo no hay dolo.

Finalmente, “La doctrina ha realizado una clasificación del dolo en a) dolo de primer grado o directo, b) dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias, y c) dolo eventual” (Benavente, 2012, p. 49).

b. Tipo Culposos

En principio el derecho penal espera que los ciudadanos sean cuidadosos con ciertos hechos. Este deber cuidado tiene como fundamento en lo que se espera de un ciudadano motivado a respetar el derecho. En un sistema en el que adscribe la capacidad de actuar libremente se puede establecer el deber de que planifico o se tenga cuidado con las conductas que encierran un potencial lesivo para los demás. Este deber de cuidado pretende evitar injerencias ilegítimas en las esferas de organizaciones ajenas que vulneren los derechos de otros como personas. (Benavente, 2012, p. 50)



c) Antijuricidad.

Sobre la antijuricidad Reyna en su obra “Introducción a la teoría del delito y a las consecuencias jurídicas del delito” (2016) sostiene:

“La antijuricidad de la conducta puede definirse en relación con su contrariedad al derecho. Es decir, la acción será antijurídica cuando no esté permitida por el ordenamiento jurídico. Ahora esta contrariedad al derecho que establece la antijuricidad debe fijarse no únicamente en relación con el ordenamiento jurídico penal, sino en atención de la totalidad del ordenamiento jurídico. De limitarse la contrariedad al derecho al estricto ámbito del derecho penal, bastaría con la tipicidad de la conducta para establecer también su antijuricidad. La tipicidad no es antijurídica, solo un indicio de ella”. (p. 275)

El término antijuricidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que sucede con otras categorías de la teoría del delito, la antijuricidad no es un concepto específico del derecho penal sino un concepto unitario, válido para todo el ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama de este. (Muñoz, 2013, p. 81)

“Él o lo injusto es un sustantivo que se emplea para denominar la acción misma calificada ya como antijurídico; lo injusto es, por tanto, la acción antijurídica misma” (Villa, 1998, p. 315).



Por otro lado, en la doctrina se ha distinguido clases de antijuricidad; así tenemos:

- *Antijuricidad formal*, La cual es la violación de la norma penal establecida en el supuesto hipotético de la ley penal que no encuentra amparo en una causa de justificación de las que el código penal expresamente recoge; por ejemplo, el estado de necesidad o la legítima defensa.
- *Antijuricidad material*, Es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico por una conducta antisocial y dañosa, aunque no siempre tipificada en los códigos penales. Por ejemplo, la mendicidad que es un peligro porque puede generar robos.
- *Antijuricidad genérica y específica*. Es genérica cuando se refiere al injusto sin precisarlo en su peculiaridad. Específica es aquella en que lo injusto está referido a una descripción específica de un delito.

“En ese sentido, las causas de justificación o excluyentes de la antijuricidad, son: legítima defensa, estado de necesidad, justificante, ejercicio legítimo de un derecho y cumplimiento de un deber” (Benavente, 2012, p. 62).

d) Culpabilidad.

La culpabilidad es el último juicio de valor para establecer la presencia de un hecho punible. Esta categoría normativa enjuicia al sujeto, teniendo como referencia la conducta típica y antijurídica que realizó, a fin de establecer su capacidad de motivación para con las



normas jurídicas, así como, la necesidad de aplicarle los efectos preventivos de la sanción penal.

La culpabilidad puede ser definida como capacidad de motivación, lo que supone en el autor del hecho típico y antijurídico la capacidad de entender la contrariedad a derecho de su comportamiento.

En otras palabras, actúa culpablemente quien tiene la capacidad fisiológica de comprender que su comportamiento es rechazado por el orden jurídico y que tiene, además, en las circunstancias concretas, la capacidad de poder motivarse conforme con ese conocimiento. (Reyna, 2016, p. 291)

Por otro lado, la culpabilidad presenta los siguientes elementos:

- *La capacidad de culpabilidad o imputabilidad.*

La capacidad de culpabilidad o imputabilidad es el primer elemento de la culpabilidad que debemos tomar en consideración.

La imputabilidad presupone que el sujeto posee unas mínimas condiciones psicológicas y fisiológicas que le permite acceder al ordenamiento jurídico, esto es, que le permite entender lo que está permitido y lo que no.

Lo dicho hasta el momento, no nos permite aún saber cuándo una persona es imputable y cuándo no. Por ello es necesario recurrir a una comparación de las circunstancias psicológicas y fisiológicas del sujeto en el caso concreto y las



causas de imputabilidad reconocidas por nuestro código penal: la minoría de edad, la anomalía psíquica permanente, el trastorno mental transitorio, la deficiencia mental, la alteración grave de la percepción o de los sentidos.

- *El conocimiento de la antijuricidad.*

Constatada la imputabilidad del sujeto, corresponde determinar si-en las circunstancias concretas, este tuvo conocimiento de la antijuricidad de su comportamiento, esto es, si no actuó influenciado por alguna clase de error.

El conocimiento de la antijuricidad puede ser entonces negado en los casos de error de prohibición (art. 14 del CP) y error de comprensión culturalmente condicionado (art. 15 del CP).

- *La capacidad de motivación.*

El último de los elementos que componen la culpabilidad viene a ser la capacidad de motivación. Con este último elemento se pretende determinar si- según las circunstancias concretas del hecho- podía exigirse al autor de un hecho típico y antijurídico y además de ello, imputable y conocedor de la prohibición, que actué conforme con ese entendimiento.

Esta capacidad de motivación desaparece cuando concurren determinadas circunstancias (estado de necesidad disculpante, por ejemplo), que no hacen posible exigir al sujeto otra conducta. (Reyna, 2016, p. 292)



2.2.2 La pena:

La pena es un castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien, tras el debido proceso, aparece como responsable de una infracción del Derecho y a causa de dicha infracción. “Las penas implican la afectación de Derechos, de un bien jurídico” (Villa, 1998, p. 453).

Podemos distinguir en la evolución los siguientes pasos: el delito como violación o vulneración de un derecho; el delito como lesión de un bien jurídico; el delito como infracción de un deber; y por último, el delito como expresión de un riesgo.

La pena es un mal con el que amenaza el Derecho Penal para el caso de que se realice una conducta considerada como delito. Prosiguiendo en señalar que puede discutirse cuál o cuáles sean las funciones que se atribuyan a la pena (retribución o prevención), pero nadie niega que la imposición de la pena es un mal que se impone al autor o partícipe de un delito. El principal medio de que dispone el Estado como reacción frente al delito es la pena.

En España, de igual modo, encontramos el concepto de la pena. Es la más antigua consecuencia jurídica del delito y su aparición coincide con la del derecho penal. (Cerezo, 1994, p. 126)

En la doctrina nacional sostienen que, la pena es la restricción o eliminación de algunos derechos impuestos conforme a ley por los órganos jurisdiccionales competentes al culpable de una infracción penal. (Solis, 2006, p. 32)



“La pena no es sino la sanción cuando conmina o amenaza con infligir un mal por la inobservancia de la norma. La pena es la privación o restricción de un bien jurídico como consecuencia de la violación de la norma y con el fin de defender a la sociedad y readaptar al delincuente” (Corso, 1955, p. 150).

Resalta que una característica fundamental del Perú es su carácter multiétnico, multilingüe y pluricultural que ha generado a lo largo de su historia diversos modos de concebir el Orden Social y ha construido a lo largo de los siglos variadas formas de regulación y Control Social, hasta hoy; obedeciendo a nuestro proceso y que el actual desarrollo social en la necesidad de una mejor convivencia en paz y democracia demanda soluciones claras. (Corso, 1955, p. 150)

La pena sólo puede imponerse luego de la realización de un hecho punible, nunca antes. Esta aseveración, como ya hemos visto en la primera unidad, tiene sustento en el entendimiento del derecho penal como un derecho penal de acto y no de autor, lo que significa, en buena cuenta, que solo es legítima 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 (Reyna, 2016, p. 328).

La pena criminal puede ser definida como una sanción jurídica consistente en la privación o restricción del ejercicio de ciertos derechos que, encontrándose contemplada en la ley, impone en calidad de castigo el órgano jurisdiccional competente mediante una resolución jurisdiccional firme, previo un debido proceso, al sujeto que ha cometido un ilícito penal culpablemente. (Ávalos, 2015, p. 79)



2.2.2.1 Tipologías del castigo penal en la legislación peruana.

Ahora bien, según Prado (2018) para exponer la tipología reguladas en la legislación peruana consideramos pertinente comenzar señalando que el artículo 140 de la constitución y los artículos 28 y 29 del Código Penal vigente, permiten identificar seis clases de castigo penal, los cuales por su precedencia histórica e importancia social podemos sistematizar del modo siguiente:

a) *El castigo capital o pena de muerte.*

El artículo 140 de la Constitución de 1993 señala expresamente: “La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada”. Sin embargo, el Código Penal por haber sido promulgado dos años antes no incluyó la pena de muerte como castigo penal ni en su catálogo general del artículo 28, ni al tratar en el capítulo I del título XV de su parte especial lo concerniente al delito de traición a la patria. Tampoco el Decreto Ley 25475 que tipifica y sanciona el delito de terrorismo ha considerado dicha pena en su articulado. Es así que las últimas ejecuciones en cumplimiento de condenas a pena de muerte tuvieron lugar a mediados y fines de los años setenta del siglo pasado (Diego Chirinos Cané – Giovanna Castañeda. Los últimos tres condenados a muerte en el Perú). (Prado, 2018, p. 52).

No obstante, en el listado de penas que contiene el artículo 11 del código penal Militar Policial, se incluye la “pena de muerte por traición a la patria en caso de



conflicto armado internacional”. Asimismo, en el artículo 58, referido al delito de traición a la patria “durante conflicto armado internacional”, se consigna inicialmente una pena privativa de libertad “de treinta años y hasta cadena perpetua”; pero, luego, en un párrafo final se precisa que “en caso de guerra exterior podrá aplicarse la pena de muerte acorde con nuestra legislación”. Además, entre los artículos 470 a 476 del Código Penal Militar Policial, se regula de modo pormenorizado todo el ritual de la ejecución de la pena de muerte, la que se cumplirá a través del fusilamiento del condenado. Llama la atención en estas normas la disposición contenida en el artículo 474 del Código Penal Militar Policial sobre el fusilamiento múltiple: “Cuando por el mismo delito se ejecute a más de un condenado, las ejecuciones serán simultáneas y habrá al efecto, un piquete para cada condenado. Sólo un oficial mandará el fuego para todas las ejecuciones”. Cabe señalar que actualmente sólo seis países en Latinoamérica (Brasil, El Salvador, Perú, Chile, Guatemala y Cuba) contemplan la pena de muerte entre los castigos penales previstos por su legislación. Asimismo, que la pena de muerte conserva una notoria popularidad social y política según sondeos de opinión practicados en sociedades desarrolladas como la norteamericana, inglesa, francesa o alemana. (Prado, 2018, p. 55)

La pena de muerte constituye la “Sanción penal que ordena la privación de la vida al delincuente. Ejecución que tiene muchas variantes. Pero en Común deben matar a quien se aplique”. Privación de vida impuesta por los tribunales del Estado. La pena consiste en ejecutar al condenado. La pena de muerte es “la sanción jurídica capital, la más rigurosa de todas, consistente en quitar la vida a un condenado mediante los procedimientos y



órganos de ejecución establecidos por el orden jurídico que la instituye” (Rioja, 2016, p. 633).

b) Penas privativas de libertad.

Se trata de la restricción del derecho a la libertad de desplazamiento de la persona que ha sido encontrada judicialmente responsable de la realización de un comportamiento criminal mediante su internamiento en un establecimiento penitenciario que es impuesta en calidad de castigo por un órgano jurisdiccional competente en razón de una resolución firme. (Ávalos, 2015, p. 82).

Al respecto Reyna (2016) considera:

La pena privativa de libertad es una sanción consistente en la reclusión del condenado en un establecimiento penitenciario durante el término previsto en la sentencia condenatoria; sanciona al infractor de la norma con la pérdida de su libertad de tránsito durante el tiempo determinado en la condena (p. 352).

La pena privativa de libertad impone al condenado la obligación de permanecer encerrado en un establecimiento, la más de las veces carcelario. El penado pierde su libertad ambulatoria por un tiempo de duración. (Villa, 1998, p. 454)

El objetivo de su ejecución, según la constitución política (artículo 139.22) es la “reeducación, rehabilitación, y reincorporación del penado a la sociedad”.



Desafortunadamente, el sistema penitenciario de nuestro país carece de los medios adecuados para obtener el fin resocializador que pretende; la ausencia de personal idóneo, infraestructura carcelaria y fondos presupuestarios, cuestionan la eficacia del tratamiento penitenciario y la finalidad preventivo especial requerida. (Reyna, 2016, p. 352)

En nuestro ordenamiento jurídico penal actualmente vigente se pueden distinguir dos clases de pena privativas de libertad:

- *Cadena perpetua o de duración indeterminada.*

La cadena perpetua fue incorporada en 1992 y se le concibió inicialmente como una privación de la libertad de por vida sin otra posibilidad de excarcelación que la muerte del condenado. Cabe reconocer que un antecedente histórico de esta modalidad de castigo penal privativo de libertad fue la pena de internamiento que reguló el Código Penal de 1924: “la pena de internamiento será absolutamente indeterminada más allá de un mínimo de veinticinco años” (artículo 11); también pueden ser puesto condicionalmente en libertad, los condenados a internamiento que hubiesen sufrido veinticinco años de su pena (artículo 58, párrafo segundo). (Prado, 2018, p. 66)

Esta pena es una pena de duración indeterminada pero revisable y extingible luego de un periodo.



“Aunque la cadena perpetua, en sentido tradicional, implicaría el internamiento de por vida de una persona, en nuestro ordenamiento jurídico tiene un régimen jurídico especial que permite la revisión de la misma luego de cumplirse un término de la condena de cadena perpetua” (Reyna, 2016, p. 353).

En la legislación penal vigente encontramos ocho delitos cuya realización, mayormente con la concurrencia de circunstancias agravantes específicas, conllevan como castigo penal conminado la pena privativa de libertad de cadena perpetua (feminicidio con agravantes, sicariato con agravantes, secuestro con agravantes, violación sexual de menores, robo con agravantes, extorsión con agravantes, sustracción o arrebato de armas de fuego o municiones con agravantes y terrorismo con agravantes). Además, una reciente modificación del Código Penal producida con la Ley 30838 del 03 de agosto de 2018, ha considerado esta forma de pena privativa de libertad indeterminada para toda forma de violación sexual de menores de catorce años. (Prado, 2018, p. 69)

- *Las penas privativas de libertad temporal o de plazo determinado.*

“La pena privativa de libertad temporal es aquella que priva de la libertad ambulatoria al penado, durante un determinado periodo de tiempo, de manera continua” (Prado, 2018, p. 65).

De acuerdo con el artículo 29 del Código Penal (versión introducida por el Decreto Legislativo N° 982, del 22 de julio de 2007), la pena privativa de libertad temporal



tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años.

(Ávalos, 2015, p. 88)

c) *Los castigos penales no privativos de libertad.*

“Coexisten también en la legislación vigente castigos penales no privativos de libertad y que afectan otros derechos o bienes jurídicos del autor o participe culpable de un delito”

(Prado, 2018, p. 70).

Esa es la condición de las denominadas penas limitativas de derechos, de las penas restrictivas de la libertad, así como de la pena de multa y de la pena sustitutiva de vigilancia electrónica personal. A esta clase de castigos penales dedicaremos los comentarios siguientes:

- ***Las penas limitativas de derecho.***

“Las penas limitativas de derechos restringen el ejercicio de determinados derechos económicos, civiles y políticos de los condenados” (Reyna, 2016, p. 356).

Las penas limitativas de derecho se clasifican en:

a) *La pena de prestación de servicios comunitarios.*

La pena de prestación de servicios comunitarios constituye una variante del trabajo correccional en libertad. Las legislaciones penales contemporáneas han venido admitiendo progresivamente este tipo de pena debido al carácter



resocializante y no estigmatizante que posee. A pesar de las afirmaciones a su favor, se han formulado críticas contra la prestación de servicios a la comunidad como que carecen de eficiencia y productividad al ser ejecutado por personas improvisadas además que puede ser una competencia para los ciudadanos libres, por otra parte, la exigencia del consentimiento del condenado podría acentuar el elemento consensual en el derecho penal. (Reyna, 2016, p. 357)

“La pena de prestación de servicios comunitarios se encuentra descrita en el artículo 34 del código penal y supone, como ya se adelantó, la obligación del condenado a realizar trabajos gratuitos a favor de instituciones o entidades benéficas u obras públicas” (Rojas, 2016, p. 606).

La jornada de prestación de servicios comunitarios es de 10 horas, que, por regla general, debe verificarse los fines de semana a fin de no perjudicar su trabajo habitual; no obstante, es posible el cumplimiento de las jornadas de prestación de servicios comunitarios en la semana, aunque ello requiere de autorización.

La ejecución de las penas de prestación de servicios comunitarios se encuentra regulada en la Ley N° 27030 (Ley de ejecución de las penas de prestación de servicios y de limitación de días libres) y sus modificatorias.

b) La pena de limitación de días libres.

La limitación de días libres que constituye una pena privativa de libertad de ejecución fraccionada, en la medida en que el condenado debe ser condenado en



establecimientos penitenciarios sólo por breves períodos. Entre sus ventajas se encuentra el hecho que evita el desarraigo del condenado con su familia y labores (Reyna, 2016, p. 358).

Según lo establece el artículo 35 del Código Penal, la pena de limitación de días libres consiste en la obligación de permanecer los sábados, domingos y feriados, hasta por un máximo de 10 horas semanales, a disposición de una institución pública para participar en programas educativos, psicológicos, de forma laboral o cultural. (Rojas, 2016, p. 607)

c) La pena de inhabilitación.

De las penas limitativas de derechos, sin dudas, la de mayor aplicación es la pena de inhabilitación que puede ser impuesta principal o accesoriamente, este último cuando el delito ha derivado de la infracción de un deber especial o el abuso de una atribución o facultad.

Esta sanción se encuentra consagrada en el artículo 36 del Código Penal, que ha sido objeto de varias modificaciones, la última de ellas producida por la Ley N° 30076.

Estas incapacidades son siempre temporales, lo que supone un punto a favor de nuestra normativa en la medida que inhabilitación perpetua equivale a muerte civil del condenado.



- *Las penas restrictivas de la libertad (expulsión del país).*

Atendiendo a la misma, podemos decir que las penas restrictivas de libertad afectan o restringen la libertad de tránsito de los condenados y no “libertad de movimiento” como proponen, por ejemplo, Bramont Arias/Bramont Arias Torres. (Reyna, 2016, p. 355)

Las penas restrictivas de derechos se ejecutan luego de la ejecución de la pena privativa de libertad, por ello vienen a ser, como indica Prado Saldarriaga, “penas conjuntas, pero de cumplimiento diferido”.

Las sanciones de expatriación (tratándose de nacionales), y Expulsión (tratándose extranjeros). La primera de las nombradas ha sido abogado por el artículo 1° de la Ley N° 29460, publicado el 27 de noviembre de 2009, por lo que hoy tan sólo queda la *expulsión* como pena restrictiva de libertad. (Ávalos, 2015, p. 92)

En lo que atañe a la expulsión del país, aplicable a los extranjeros, si bien esta todavía se mantiene dentro de los instrumentos del derecho penal, generalmente su empleo ya no tiene lugar en calidad de pena, si no como una medida de seguridad a esgrimir contra los extranjeros peligrosos.

Se le ha regulado también como castigos penales que restringen los derechos del condenado extranjero a transitar, permanecer o residir en el territorio de la República. Es decir, quien fuera condenado a la pena de expulsión del país, deberá



abandonar obligatoriamente el territorio nacional de manera permanente y definitiva. Esto es, no podrá retornar nunca más al Perú. (Prado, 2018, p. 118)

- *Las penas de multa.*

“La multa es una consecuencia jurídico–criminal del delito de naturaleza pecuniaria, mediante a la cual se impone al condenado la obligación de pagar una determinada cantidad de dinero en favor del Estado” (Ávalos, 2015, p. 115).

La sanción de multa es personalizada, en cuanto se la proporcióna a la situación económica del imputado, sin importar su más importante presupuesto: el grado de culpabilidad y la gravedad del hecho, obteniéndose los fines de prevención especial y prevención general, así como el fin retributivo que no podemos negar en esta clase de penas. (Reyna, 2016, p. 370)

“La pena de multa, es de naturaleza pecuniaria que afecta el patrimonio económico del condenado y en particular la disposición absoluta y total de sus rentas e ingresos. La pena de multa expresa, pues, su capacidad punitiva cuando priva al condenado de una parte de su patrimonio” (Prado, 2018, p. 121).



Este castigo penal consiste en el pago de una cantidad de dinero que el condenado debe realizar a favor del Estado, por haber sido declarado autor o participe de un hecho punible.

- ***Las penas de vigilancia electrónica personal.***

La llamada pena de vigilancia electrónica personal no fue originaria del Código Penal de 1991, se incorpora él casi al cumplirse dos décadas de su vigencia. En efecto, mediante la ley 29499, del 18 de enero de 2010, esta modalidad punitiva, inédita en nuestro país, quedó registrada en el artículo 29°-A. Fue diseñada como una pena alternativa a penas privativas de libertad.

Se trata, pues, de un castigo penal que afecta la libertad y discrecionalidad de los desplazamientos físicos del condenado. Este queda confirmado a poder movilizarse sólo de la extensión del espacio geográfico que establece la sentencia. Además, es una pena sustantiva de penas privativas de libertad. De allí que su conminación legal está ausente en todos los delitos que conforman la parte especial del Código Penal o que están tipificados en leyes penales complementarias. Otra característica especial de esta clase de penas es que su aplicación está en parte perfilada para grupos determinados de delincuentes quienes tienen la prioridad legal para su imposición a través de un régimen de reemplazo de las penas privativas de libertad que correspondería aplicarles. Finalmente, su ejecución se materializa con la colocación y porte de un sistema



electrónico de control y monitoreo que tiene la forma de cintillos que deberá llevar al condenado, generalmente adheridos a las muñecas o tobillos.

Si algo hay que destacar en este nuevo intento de viabilizar esta sofisticada modalidad de castigo penal, es su visión estratégica y lo detallado de sus disposiciones y procedimientos. Al respecto, el artículo 2 del Decreto Legislativo 1322 precisa: “La finalidad del presente Decreto Legislativo es contribuir con la disminución de los niveles de hacinamiento en los establecimientos penitenciarios, a través de la vigilancia electrónica sobre personas procesadas o condenadas, disminuyendo los costos de las medidas penales como el internamiento y efectivizando las medidas cautelares o de los beneficios penitenciarios y con ello, reducir la reincidencia de aquellos que son monitoreados”. Por su parte, el artículo 4° del Reglamento del Decreto Legislativo 1322 desarrolla una desacostumbrada, pero pertinente operativización de términos, para precisar y ayudar a entender la nomenclatura tecnológica que contienen varias de sus disposiciones normativas. En ese sentido por ejemplo se incorporan, entre otros, los siguientes conceptos:

Vigilancia electrónica personal: Es una medida ordenada por la autoridad judicial a pedido de parte, a favor de los procesados o condenados que revistan las condiciones previstas en los supuestos de aplicación de la norma, con la finalidad de monitorear y controlar el tránsito dentro de un radio de acción o desplazamiento.



Sistema de vigilancia electrónica personal: Es un conjunto de procedimientos integrados por herramientas de software, hardware, medios de comunicación, soporte técnico y equipos responsables.

Centro de monitoreo: Es el espacio donde se realiza el seguimiento y monitoreo de la vigilancia electrónica personal, registrándose los eventos que esta genere en su ejecución.

Dispositivo electrónico: “Artefacto o aparato electrónico que porta el beneficiario de la vigilancia electrónica personal, el recolecta datos y los transmite hacia el centro de monitoreo” (Prado, 2018, p. 137).

2.2.3 Determinación de la pena:

Se habla de determinación de la pena en un sentido amplio, como “*el acto mediante el cual el juez fija las consecuencias de un delito*”. Esta definición abarcaría todo el proceso o labor de fijación de la sanción; sin embargo, puede distinguirse una determinación legal, judicial y administrativa de la pena. La determinación legal de la pena corresponde a la realizada por el legislador que en abstracto fija los marcos penales para cada uno de los delitos, de acuerdo a su grado de desarrollo, participación y circunstancias modificatorias de la responsabilidad. La determinación judicial o mejor llamada individualización, consistiría en la adecuación al individuo concreto de la pena abstracta establecida por el legislador. Por último, la determinación administrativa, refiere a la ejecución de las penas a cargo de órganos de la administración del Estado o decisiones judiciales en dicho ámbito.



El concepto de: “*Determinación de pena*” se comprende la clase o naturaleza y la cuantía de la pena, además de “la decisión acerca de la suspensión de la pena o su sustitución por otras penas o medidas de seguridad”, incluyendo entonces la etapa de ejecución a nivel administrativo y judicial.

“La pena se determine en la ley –determinación legal- y con el juez –determinación judicial. No añadimos la determinación ejecutiva a que lleva la administración del sistema penitenciario, pues no se trata propiamente de una determinación de pena sino de un gesto de administración” (Villa, 1998, p. 468).

Se entiende por determinación de la pena, la fijación de la pena que corresponde al autor del delito. Ello afecta tanto a la decisión de la clase de pena que ha de imponerse, como a la cantidad de la que se señale, En un sentido amplio se incluye también en la determinación de la pena la decisión acerca de la suspensión de la pena o su sustitución por otras penas o por medidas de seguridad. (Mir Puig, 2004, p. 714)

“La determinación de la pena a imponer reclama una cooperación entre el legislador y el juzgador, de una división de trabajo” (Ávalos, 2015, p. 45).



2.2.3.1 Determinación legal de la pena.

La pena, para cada tipo la determina en principio el legislador.

Se trata de la pena abstracta y sirve a los fines de la intimidación, esperándose una proporcionalidad a la también gravedad abstracta del delito.

Ávalos (2015) considera:

El legislador tiene por tarea establecer un marco de referencia (conocido técnicamente como marco de penalidad, marco penal o marco legal) que fijé los límites mínimos y máximos de la sanción que resulta posible imponer para el delito cometido; del mismo modo que tiene por tarea establecer criterios normativos de valoración-cuantificación para la medición de la pena. (p. 45)

2.2.3.2 Determinación judicial de la pena.

La determinación judicial de la pena viene a ser un proceso complejo, de múltiples variables a tomar en cuenta, en el que se conjugan lo técnico, lo normativo y lo valorativo y, con frecuencia en caso social y/o políticamente difícil-pese a lo indeseable de dichos factores- las exigencias sociales y mediáticas; a veces, -en un escenario de absoluto cuestionamiento- las ideologizaciones, conveniencias y temores, caso extremo este último en el que la determinación judicial adquiere un perfil subjetivo y arbitrario y que ha tratado de ser enfrentado mediante las últimas reformas legales a la normativa que regula la individualización concreta de la pena. (Rojas, 2016, p. 632)



“Esta determinación le permite al órgano jurisdiccional conocer la totalidad de las consecuencias jurídico-criminales (clase y montos) que puedan ser aplicables en el caso concreto” (Ávalos, 2015, p. 53).

La determinación judicial de la pena se alude a un procedimiento técnico y valorativo que aplica el operador jurisdiccional para identificar de modo cualitativo, cuantitativo y ejecutivo la sanción a imponer en el caso sub judice. Esto es, a través de ella se procede a evaluar y decidir sobre el tipo, la extensión y el modo de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencias accesorias que resulten aplicables al caso. En la legislación y en la doctrina especializada, esta actividad judicial también recibe otras denominaciones como aplicación de la pena. Sin embargo, en todas ellas subyace el mismo concepto funcional y la misma utilidad práctica. (Prado, 2015, p. 49)

“La determinación judicial de la pena alude a un procedimiento técnico y valorativo cuya función esencial es servir al órgano jurisdiccional para llevar a cabo la individualización de los castigos penales” (Prado, 2018, p. 188).

Se trata de un juicio de imposición de pena que hace el juzgador para adecuar la pena genérica con que el legislador conmina la conducta subsumida en el tipo, al caso específico que ha juzgado, tomando en cuenta los criterios ya mencionados de culpabilidad y prevención.

El proceso de determinación judicial de la pena pasa por precisar primero, qué pena corresponde: privativa de libertad, multa, etc. Se trata de una determinación cualitativa,



luego de escogida la pena, el juez fijará su quantum, en la que se da en llamar, determinación cuantitativa. (Villa, 1998, p. 469)

El proceso de determinación de la pena es, ciertamente, complejo. Bien se sabe que ella admite dos instancias: *“la legal y la judicial. La determinación legal se realiza, aunque huelgue decirlo en abstracto, e incide en el tipo de pena y en el marco previsto (mínimo y máximo) en el Código Penal para cada delito”*.

La determinación de la pena viene a ser un proceso técnico valorativo judicial sobre la imposición de la responsabilidad penal a un determinado sujeto que ha cometido un ilícito penal.

Tras la comisión del hecho punible por una persona determinada, sea mediante una acción u omisión, viene la formalización de la denuncia respectiva por parte del representante del Ministerio Público, con la finalidad que sea sancionado (a título de autor o de parte) o se absuelto, según sea el caso, dentro del proceso penal. La sanción puede ser una pena o medida de seguridad, será una pena cuando la persona es hallado responsable de la comisión de un hecho típicamente y antijurídico (delito o falta), en razón de que tiene capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuricidad y le es exigible actuar de acuerdo a derecho; y será una medida de seguridad igualmente como la anterior, pero en esta situación, la persona (mayor de 18 años de edad) carece de capacidad de imputación, sea porque sufre una grave alteración de la conciencia, en general, padece de alguna grave anomalía psíquica relevante jurídico penalmente; es decir, es inimputable, esta consideración es distinto a los supuestos establecidos en el artículo 20 del Código Penal.



2.2.3.3 Función de la determinación judicial de la pena.

En palabras de García (2017) en su obra “La determinación judicial de la pena en el proceso penal peruano; a propósito de la inoperatividad funcional del esquema de determinación de la pena establecido en el código penal de 1991”, dice:

“La función de la determinación de judicial de la pena es la identificación de los criterios que deben orientar la decisión y fijación, de cuáles son las circunstancias que deben orientar la decisión y fijación de cuáles pueden ser descartados en el caso; y según la jurisprudencia (peruana) es la identificación y decisión sobre la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar al autor o partícipe de un delito”. (p. 28)

2.2.3.4 Teorías de determinación judicial de la pena.

Las Teorías o corrientes de la determinación judicial de la pena surgen a consecuencia de formularse la pregunta respecto a qué fin o fines de la pena, debe entender el órgano jurisdiccional al momento de la determinación y graduación de la pena; es decir, si obedecer a criterios retributivos, preventivos generales y preventivos especiales, en forma conjunta, o sí, por el contrario, solo a uno de todos a estos criterios, con la finalidad de que haya una concordancia entre los fines de la pena.

Todas estas teorías parten de la necesidad de determinar la pena, partiendo de la ponderación de la culpabilidad como fundamento de pena y se diferencian en el modo y amplitud



en que este primer resultado pueda modificarse por razones de prevención especial y prevención general (positiva y negativa). Todas buscan cómo alcanzar la pena justa. (García, 2017, p. 33)

- *Teoría del ámbito del juego, margen de libertad o marco de culpabilidad (spielraumtheorie).*

De acuerdo con este sistema no es posible determinar con precisión la pena que se corresponde con la culpabilidad del sujeto en el hecho, sino tan sólo establecer un marco de culpabilidad, limitado en su grado mínimo por la pena ya adecuada a la culpabilidad y en su grado máximo por la pena todavía adecuada a la culpabilidad.

Es en este marco de culpabilidad, configurado como un espacio de juego, que se va a determinar la cantidad de pena a imponer en atención de las concretas necesidades preventivas presentes en el caso.

Horsn, sostiene que este sistema tiene un origen netamente procesal: Los tribunales de revisión, conociendo las dificultades en que se encuentra el juez cuando tiene que convertir la pena en un monto determinado, probablemente la tarea más compleja de toda la determinación de la pena, pretendieron señalar, únicamente, que son admisibles las penas que se encuentren dentro de lo razonable. Dicho de otro modo, que sólo es posible la revisión del monto de la pena cuando existe una desproporción evidente e intolerable. La doctrina, sin embargo, distorsionó esta mera contemplación de tipo procesal y apoyó en ella la existencia de un marco de culpabilidad.



Explica Hornle, “El más alto tribunal alemán, el Tribunal Supremo Federal (BGH), ya expresó sus principios básicos en el año 1954. En su decisión, la corte sostuvo que nos es posible determinar con precisión qué pena es proporcional a la culpabilidad del delincuente. Existe siempre, dice el Tribunal Supremo Federal, una gama de posibilidades para determinar la entidad de la culpabilidad que es adecuada a cada crimen particular. El juez debe individualizar la pena, dentro de ese marco global. Para realizar esta determinación, el juez puede utilizar criterios preventivos. De esta manera, lo que puso de manifiesto este precedente de 1954 fue que la prevención y la justicia puedan ser valoradas al condenar, y que tomar la prevención en cuenta es compatible con penar, basándose en la culpabilidad del delincuente.

En este sistema también se pueden encontrar diversas variantes, por ejemplo, en tanto para la cuantificación de la pena en el marco de la culpabilidad se tenga en cuenta las exigencias de prevención general y de prevención especial, o solamente alguna de ellas (la generalidad de autores sólo hace referencia a las de prevención especial). (Ávalos, 2015, p. 65).

La cuestión básica respecto del cual es la teoría de la determinación de la pena en la que se funda la pena aplicable, parece ser resuelta por el más alto tribunal alemán siempre a favor de la teoría del ámbito de juego. Incluso, en estos días, no se menciona mucho más en las decisiones de la corte. La teoría del ámbito de juego ha sido también preponderante adoptada en la literatura alemana. Sigue



siendo dominante en la jurisprudencia y en los comentarios al Código Penal Alemán.

- ***Teoría de la pena exacta o puntual (punkstrafe theorie).***

En su versión pura, este sistema plantea que el único criterio determinante para la individualización del castigo que se debe imponer es la magnitud de la culpabilidad del sujeto, sin que sea posible tener de ningún modo en cuenta las necesidades preventivas existentes.

Se trata de un sistema que encuentra su fundamento en las teorías retributivas de la pena.

Se sostiene que el juzgador debe encontrar la medida de pena que se corresponda (retribuya) en forma exacta con el grado de culpabilidad del sujeto en el hecho criminal.

El problema que no pueda superar este sistema, en ninguna de sus variantes es su fundamentación retributiva, la cual se encuentra expuesta a todas las críticas que se han formulado contra dicha teoría de los fines de la pena; principalmente la que se refiere a la imposibilidad de determinar con exactitud la magnitud de la culpabilidad de un sujeto.



Es de mencionar de modo especial la falta de coherencia de alguno de sus partidarios, quienes después de proclamar la necesidad de establecer la pena que resulte exactamente adecuada a la culpabilidad del agente, admiten que, dentro de ciertos límites, se puede tener distinta opinión sobre la magnitud de la pena adecuada; pero que esto ocurre no desde un punto de vista ideal sino en razón de que, desde el punto de vista del conocimiento, no es posible conocer cuál es la medida exacta de la culpabilidad de un autor, y dado que la culpabilidad es un fenómeno metafísico, tampoco es posible averiguar a partir de ella una medida de pena determinada matemáticamente. (Ávalos, 2015, p. 64)

- ***Teoría del valor relativo, valor de reemplazo, valor de empleo o valor posicional (stellenwert theorie).***

Este sistema fue formulado por Herinch Henkel y, en épocas más recientes, ha sido sostenido por Horn, aunque dogmáticamente reelaborado.

Se señala que la culpabilidad y los fines preventivos de la sanción criminal son de necesaria consideración en el proceso de determinación de la pena (usado en sentido amplio), pero van a poseer un valor de empleo diferente según el segmento de este proceso en que el juzgador se encuentre.

En el primer segmento se deberá fijar la magnitud de la pena teniendo en cuenta únicamente la culpabilidad del agente, sin ser posible recurrir a consideraciones preventivas.



En el segundo segmento se deberá decidir la clase de pena a imponer y su modo de ejecución, para lo que solamente entrarán en juego las necesidades de prevención.

Explica Horn que: “La decisión relativa al monto de la pena antecede a toda otra decisión. El monto de la pena es sólo expresión de la medida y gravedad del ilícito culpablemente cometido. La determinación de la pena es la cuantificación de la culpabilidad en unidades de pena, y la unidad a utilizar es la pena de prisión: toda culpabilidad debe ser medida como si se tratara, en todos los casos, de una pena de prisión a cumplir”.

Es solo en un momento posterior, cuando se va a individualizar la clase de pena a imponer (cuando se trata de penas alternativas) o resolver sobre el modo de su ejecución (v.gr. decidir la suspensión, conversión, etc.) que se debe valorar las necesidades de prevención, sin reconocer ninguna relevancia a la culpabilidad del sujeto.

Este sistema se ha cuestionado duramente en Alemania, fundamentalmente debido a su contradicción en el 46 del StGB que manda tener en cuenta, en la determinación judicial de la pena, las consecuencias para la vida futura del autor, que dice de necesidades preventivo-especiales en el momento de cuantificación de la sanción. (Ávalos, 2015, p. 66)



- *Teoría del acto de gestación social (thorie des sozialen gestaltungaktes).*

La teoría del acto de gestación social sostiene Demetrio, parafraseando a Dreher (1977), que el juez no puede encontrar la pena justa, sino él mismo tiene que determinarla en el interior del marco penal típico mediante un acto de gestación creador, que tiene que orientarse en las pautas valorativas del ordenamiento jurídico. Demetrio también, a reglón seguido, señala que conforme a esta idea, el autor parafraseado entiende, que el enjuiciamiento de la gravedad de la culpabilidad es sobre todo un acto valorativo, que no se refiere sólo a una consideración global cerrada, sino a la valoración de los números factores reales particulares de la determinación judicial de la pena. Él lo denomina individualización judicial de la pena, pues bien, siguiendo el mismo autor parafraseado, esta valoración no se halla, en una sociedad plural, prefabricada en la ley, sino que sólo puede ser acometida por el juez a través de un ejercicio personal.

Asimismo, para esta teoría, según Demetrio, siguiendo al mismo autor parafraseado, el órgano jurisdiccional al fin y al cabo es el que forma o crea la pena dentro de la estructura de la sociedad en donde se desempeña, pues no existe una pena adecuada a la culpabilidad; ya que, es un producto específico de la realidad social y tiene legitimación social (es aceptado), e incluso por el propio procesado (reo). (García, 2017, p. 38).



- *Teoría de la pena proporcional al hecho (tapproportionalitatheorie der strafzumessung).*

Refiere Hornle: “Una teoría de determinación de la pena proporcional, basada en la teoría de la pena puntual ha sido desarrollada en EE. UU. e Inglaterra, principalmente a través del trabajo de Andrew Von Hirsch”.

El imputado, conforme a esta teoría, no debe ser culpado más y así no ser castigado más de lo garantizado con respecto a la gravedad del delito. Unos pocos autores en Alemania, entre ellos Bernd Schunemann, Hnas-Jorg Albrecht, Cristoph Reichert y quien escribe, vemos esto como una alternativa más convincente a la teoría del ámbito del juego. (Ávalos, 2015, p. 38)

Esta sistemática ha sido acogida, en la postura básica (la proporcionalidad de la pena), por los importantes profesores españoles Silva Sánchez y Feijoo Sánchez; aunque sin que nos hayan brindado un desarrollo acabado de sus propuestas; no yendo más allá de explicar porque se trata del sistema preferible a otros, así como de sugerir algunos caminos.

Como se ha dejado sentado, esta teoría de la determinación se construye en contraposición a la del ámbito de juego; habiendo cuestionado una de sus principales representantes.



El principal problema con la teoría del ámbito de juego es que permanece muy superficial para guiar la determinación de la pena. Estipula que el valor justicia es importante, pero no dice cómo llegar a sentencias justas.

La teoría del ámbito de juego alemana no promovió un acercamiento más específico a la noción del castigo justo, especialmente a la pregunta crucial de que factores son importantes para determinar la gravedad de los crímenes. Para tales preguntas prácticas, mayor sustento puede hallarse en la noción de proporcionalidad. Solo un concepto basado única y exclusivamente en la prevención puede descuidar la determinación de la gravedad de los delitos. Si la única cosa que importase fuese el máximo de disuasión, no sería necesario perder el tiempo en la idea de sentencias justas, Lo mismo es cierto cuando sólo cuenta la peligrosidad del delincuente, y nada más.

Como se habrá podido apreciar, quienes propugnan un sistema de pena proporcional coinciden en tener como punto básico de crítica al protagonismo que se le reconoce principalmente en la teoría del espacio del juego a las finalidades preventivas en la determinación de la pena; sin embargo, no existen coincidencias en cuanto a la idea rectora sobre la cual se habrá de construir el sistema de determinación de la gravedad del hecho como presupuesto y base de la cuantificación de la sanción penal proporcional. (Avalos, 2015, p. 69)



García, (2017) sobre la teoría de la proporcionalidad sostiene:

La teoría de la proporcionalidad con el hecho, parte de la crítica a la ideología del tratamiento (resocialización del delincuente), como teoría de la determinación judicial de la pena; en este sentido, sus partidarios proponen ceñirse para la medición de la pena a la gravedad del hecho de acuerdo con la nocividad del comportamiento y la culpabilidad del autor, con el objeto último de realizar objetivos de igualdad y de justicia en la individualización judicial de la pena, antes que objetivos preventivos. (p. 40)

Así la proporcionalidad sería un tanto una exigencia entre el hecho y la sanción, así como entre las consecuencias jurídicas de los diferentes tipos de delitos. La solución al problema ya conocido sobre si la proporcionalidad determina una cantidad fija de pena, u ofrece los límites de la pena a imponer, y el carácter meramente limitador del principio de proporcionalidad absoluta y la proporcionalidad relativa (en términos matemáticos equivale a proporcionalidad cardinal y proporcionalidad ordinal).

- ***Teoría de la retribución de la culpabilidad por el hecho.***

La teoría de la retribución de la culpabilidad por el hecho, parte del rechazo a la instrumentalización de la violencia del derecho penal que lleva a caracterizar como ilegítimos tanto los fines preventivos generales como preventivos especiales. Esta teoría sostiene la necesidad de recurrir a una fundamentación



prepositiva, con la finalidad de evitar las contradicciones de los factores positivos de determinación de la pena.

Para la solución de la contradicción entre los factores de determinación de la pena ha de partir, no sólo en función del interés sistemático en una concreción libre de contradicciones de los factores de determinación de la pena, sino también para la propia limitación de la violencia penal, del acogimiento legal de la libertad, o compensación de la culpabilidad por el hecho.

La determinación instrumental preventivo general del derecho penal y por consiguiente, cada determinación de la pena en sentido, no es posible si se parte del concepto de derecho penal expresado (que se basa en la compensación de la culpabilidad por el hecho).

Sin embargo, atendiendo a la praxis de la determinación preventivo general de la pena puede ser explicado parcialmente como derecho penal de la culpabilidad.

De lo expuesto anteriormente, se colige que esta teoría, parte de una fundamentación pre positiva del derecho penal de carácter retribucionista con base en un determinado concepto del derecho penal, de las cuales trata de extraer las consecuencias que su punto de inicio tiene en la determinación judicial de la pena; consecuencias que pasan por el rechazo a la prevención general como fin de la pena y como, también fundamento individualizador de la pena. (García, 2017, p 43)



2.2.3.6 Principales principios que intervienen en determinación judicial de la pena.

El proceso de determinación o graduación de la pena llevada a cabo por el órgano jurisdiccional implica instrumentalizar todo el sistema jurídico penal, siendo uno de ellos, acaso el más trascendental, los principios del derecho penal en la determinación judicial de la pena, con la finalidad de determinarse la pena en el caso concreto, claro está, dentro del marco penal fijado por el legislador peruano.

Como considera García (2017) los principales principios que intervienen o deberían intervenir en la determinación judicial de la pena, denominados principios del derecho penal constitucional son:

- ***Principio de legalidad***

El principio de legalidad es esencialmente una concreción de diversos aspectos en el estado de derecho en el ámbito del derecho estatal sancionador. En este sentido se vincula. Ante todo, con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos a la seguridad. Conocida también como axioma de corta legalidad o de mera legalidad. O como principio de reserva de la ley penal, por virtud del cual sólo la ley – ni el juez ni la autoridad alguna – determina qué conducta es delictiva. Una interpretación orientada no a la pureza de las ideas sino a la eficacia práctica de la norma, ha de tener en cuenta desde el principio el siguiente contexto: exigir un máximo de taxatividad o determinación sobrepasa lo que puede llevar a cabo cualquier práctica legislativa



o interpretativa –no utópica. Por eso, el uso de la libertad de acción sin peligro de resultar castigado sólo es posible si se da la determinación previa de lo punible, y sólo se garantiza la seguridad ante la arbitrariedad- sobre todo judicial – cuando la determinación previa tiene lugar en consonancia con lo razonable o la voluntad general.

Contenido en el apotegma latinizado “*nullum crimen nulla poena sine lege*”, debemos el principio a Anselmo Van Feuerbach, quien advertía a propósito de sus formulaciones sobre las teorías de las penas que, las transgresiones se impiden si cada ciudadano conoce de antemano las consecuencias de su acción, pues, la conexión del mal con el delito tiene que ser amenazado por una ley. (Villa, 1998, p. 101)

El principio de legalidad tiene entonces dos proposiciones limitantes: a) No hay delito si la ley no la prevé de manera clara; y, b) no hay pena posible si la ley no la declara.

“El principio de legalidad obliga al legislador a precisar el contenido de sus leyes penales pues la misma debe propiciar certeza” (Villa, 1998, p. 102).

Consecuencia inmediata del principio de legalidad son: La ley penal es la única fuente del derecho penal; la ley penal es irretroactiva; y, no cabe la analogía en materia penal.



- ***Principio de lesividad.***

El punto de partida de un derecho penal moderno es el bien jurídico, definido como aquella entidad objetivamente valiosa para la satisfacción de las necesidades físicas, psicológicas y sociales de los humanos y sus colectividades organizadas.

El bien jurídico como objeto de protección del derecho penal debe ser lesionado o puesta en peligro para que, conforme el principio de lesividad el derecho penal intervenga. No es suficiente entonces con que exista oposición entre la conducta y la norma penal, es necesario la lesión o puesta en peligro del bien jurídico concreto cuya protección le ha sido encargada al catálogo de la parte especial del código pues *nullum crimen sine inuria*. (Villa, 1998, p. 104)

El bien jurídico como objeto de tutela por la ley penal sirve: De garantía al ciudadano de que sólo será penada la conducta que lo lesione o ponga en peligro, de garantía al ciudadano de que los tipos penales se establecerán con ese límite y de ratio legis pues su precisión facilita la interpretación de la ley penal, ya que el bien jurídico está en la base del tipo. (Villa, 1998, p. 105)

- ***Principio de proporcionalidad.***

Informa este principio del equilibrio y prudencia que debe existir entre la magnitud del hecho y la pena que le debe corresponder al autor



Se trata de una prohibición legal al exceso en la punición de conductas y es un derivado del principio de intervención mínima necesaria.

La proporcionalidad debe fijar el punto en que la pena sea necesaria y suficiente a la culpabilidad del autor aunque con sujeción a la importancia de la norma protectora, lo mismo que a la magnitud del daño, no teniendo cabida criterios de retribución talional o de venganza. (Villa, 1998, p. 108)

- ***Principio de razonabilidad.***

El principio de razonabilidad conduce a una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad. La razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias, esto significa encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos. (Rojas, 2016, p. 160)



- *Principio de humanidad de penas.*

El principio de humanidad de las penas busca reducir, de alguna manera, la violencia producida por la pena en el sujeto jurídico penal y que le afecta en sus derechos más importantes e imprescindibles como la vida (la pena de muerte, por ejemplo). Su libertad (la pena privativa de libertad), y su patrimonio (la pena de multa); es decir, no solo busca, con ello reducir el marco penal de las sanciones (cuantum), sino, además, la clase pena a crear e imponer, adecuándola a las exigencias de la dignidad de la persona humana. En conclusión, con el principio de humanidad de las penas, busca que el derecho penal sea más humano, respetuoso de la dignidad de la persona humana; ya que, es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales.

El criterio que subyace en el principio de humanidad es el de permitir la aceptación y el respeto hacia las normas jurídicos penales, en la medida que la finalidad de las sanciones no se base en fundamentos empíricos con el afán de causar temor en la población, por cuanto la pena debe ser vista como un mal necesario, dado que es una injerencia coactiva en la esfera de los derechos de un sujeto, el autor de un delito a quien, por lo demás, no se le puede gravar con cargas insoportables o permanentes, tal como se deduce de la doctrina comentada por el jurista Jescheck respecto a que todas las relaciones que surgen del derecho penal deben orientarse sobre la base de la solidaridad recíproca, de la responsabilidad social con los reincidentes, de la disposición a la ayuda y la asistencia social y a la decidida voluntad de recuperar a los delincuentes condenados. (Rojas, 2016, p. 166)



- *Principio de penas justas.*

La pena justa viene a ser que toda persona humana que ingrese a la justicia penal va a obtener una pena justa de acuerdo con la aplicación de los tercios.

“El juez sólo puede imponer la pena que corresponde a las circunstancias concurrentes en el caso” (Prado, 2015, p. 49).

2.2.3.7 Etapas operativas de la determinación judicial de la pena.

Al ser la determinación judicial de la pena un procedimiento, ella se desarrolla a través de una secuencia de etapas y actos que debe cumplir el órgano jurisdiccional hasta llegar a un resultado punitivo. Dichos procedimientos se llevan a cabo a través de varios niveles o pasos sucesivos y concatenados los unos a los otros. Tradicionalmente se han señalado en la determinación judicial de la pena dos etapas operativas: la identificación de las penas básicas y la individualización de la pena concreta. Cada una de ellas tiene una finalidad y dinámica distinta a la vez que responden a la orientación político-criminal de dos principios rectores: el principio de legalidad que controla el ejercicio de la primera etapa (el juez sólo puede aplicar la pena en la forma y magnitud que autoriza la ley) y el principio de pena justa que limita el resultado de la segunda (El juez solo puede imponer la pena que corresponda a las circunstancias concurrentes en el caso). (Prado, 2015, p. 49).



- *La primera etapa de identificación de la pena básica.*

La identificación de la pena básica es el primer paso en el proceso de la determinación judicial de la pena. A través de ella, el Juez hace una declaración formal y expresa sobre su autoridad punitiva y sobre la legitimidad de su ejercicio. Él debe precisar y comunicar desde su sentencia cuáles son sus límites legales de la pena o penas aplicables. Para ello el órgano jurisdiccional debe partir de la penalidad o pena conminada prevista en la ley para cada delito. Se trata entonces de configurar, en base a él, en un espacio punitivo o de punición el cual siempre debe contar con dos extremos: uno mínimo o límite inicial y otro máximo o límite final. Veamos; si tomamos como ejemplo el delito de homicidio simple, tipificado y sancionado en el artículo 106 del Código Penal, la pena básica o pena aplicable tendría que tomar en cuenta la pena fijada en dicha norma y establecer en función a ella el espacio de punibilidad, el que estaría compuesto por un límite inicial o mínimo de seis años y un límite final o máximo de veinte años. Sin embargo, en aquellos otros delitos donde por defecto de técnica legislativa sólo se ha considerado en la pena conminada una de tales límites, sea el mínimo o el máximo, el juez debe de integrar el límite faltante en base a los que corresponden genéricamente para cada clase de pena y que aparecen regulados en la parte general del Código Penal, al precisarse las características específicas de cada sanción punitiva. En la legislación peruana, por ejemplo, ello ocurre en no pocos casos como en el delito de asesinato tipificado por el artículo 108 y donde la pena privativa de libertad conminada sólo registra un límite mínimo o inicial de 15 años. En tal supuesto, el juez para poder identificar la pena básica deberá recurrir



a los límites genéricos que establece el artículo 29 que trata de las penas privativas de libertad, según dicha disposición, el magistrado integrará el límite máximo o final faltante y que sería de 35 años. (Prado, 2015, p. 50)

- ***La individualización de la pena concreta.***

La individualización de la pena concreta es la segunda etapa del procedimiento de determinación de la pena. A ella le corresponde alcanzar el resultado punitivo o pena concreta que deberá cumplir el autor culpable del delito y que será la que realice el *jus puniendi* del estado en la sentencia condenatoria. La característica fundamental de esta estación es el desplazamiento que debe realizar el juez dentro del espacio punitivo prefijado como pena básica en la primera etapa, se trata, por tanto, de un quehacer exploratorio y valorativo que realiza el órgano jurisdiccional al interior de la materia fáctica o suceso histórico del caso sub judice. A través de él la autoridad judicial va indagando, identificando y calificando la presencia de circunstancias concurrentes en la realización del delito. Es importante señalar que no se debe omitir la presencia de ninguna circunstancia, pues ello afectará siempre la validez de la pena concreta por no adecuarse a las exigencias del principio de pena justa. (Prado, 2015, p.50)

2.2.4 Determinación de la pena a propósito de las modificaciones operadas en el Nuevo Código penal (Ley 30076)

El 19 de agosto de 2013 se publicó en el diario oficial el peruano la Ley 30076 (“Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal, y Código de los



Niños y Adolescentes y creó el Registro y Protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana”); la cual mediante la introducción del artículo 45-A y la modificación del artículo 46 del Código Penal, que presenta un contenido totalmente nuevo y funcionalmente distinto, ha reformado profundamente el sistema de determinación de la pena que regía previamente en nuestro país, desde la puesta en vigencia el código en 1991. (Ávalos, 2015, p. 9)

Valderrama (2016) sostiene: “La Ley N° 30076, reformó radicalmente en el proceso de determinación judicial de la pena en nuestro país a partir de la modificatoria de los artículos 45, 45-A y 46 del código penal los que quedaron redactados los artículos en mención” (p. 69).

2.2.4.1 Determinación judicial cualitativa de la pena. La prestación del artículo 45 del Código Penal.

“La determinación cualitativa de la pena es la elección del tipo de pena que se aplicará o la manera cómo debe ejecutarse, antes o después, según el caso haya culminado el cálculo de la determinación cuantitativa de la pena utilizando el método de los tercios”. (Cancho, 2017, p. 85)

El mismo autor considera:

La determinación de la pena cualitativa es una operación de raciocinio que se lleva a cabo cuando se haya culminado con la determinación judicial cuantitativa de la pena, por ejemplo, en los casos en que se va aplicar reserva de fallo condenatorio o suspensión de la ejecución de la pena; o antes de la determinación cuantitativa de la pena, por decir cuando se elige una específica clase de pena ya sea pena



privativa de libertad o prestación de servicios a la comunidad, etc. (Cancho, 2017, p. 124)

Se debe destacar que la determinación cualitativa siempre estará vinculada a la determinación cuantitativa de la pena, aunque no a la inversa. Esto quiere decir que no en todos los casos de determinación cuantitativa de la pena tiene que darse necesariamente una determinación cualitativa de la pena. Por ejemplo, cuando el agente ha cometido un delito de homicidio y se le ha condenado a 18 años de pena privativa de libertad efectiva, no hay opción para convertir en otro tipo de pena, o la forma de su ejecución, cuyo análisis corresponde a la determinación de la pena cualitativa. (Cancho, 2017, p. 124)

La determinación de la pena cualitativa sí requiere necesariamente la determinación de la pena cuantitativa; v. gr. Cuando al agente se le ha condenado a 4 años de pena privativa de libertad por la comisión del delito de estafa. Para este quantum de la pena concreta ha tenido que llevarse a cabo la determinación de la pena cuantitativa de acuerdo con el método de los tercios; luego y sólo así, se puede pensar en la viabilidad de una suspensión de la ejecución de la pena (art. 57 del CP), la cual corresponde a la determinación cualitativa de la pena. Esta queda vinculada a la determinación cuantitativa de la pena. Debido a esta vinculación el método de los tercios queda incólume, por tanto, nuestra posición sobre la teoría de la pena puntual no trastabilla frente a la determinación cualitativa de la pena. (Cancho, 2017, p. 125)



Consideramos que en la determinación cualitativa de la pena el art. 45 de CP., nos proporciona la prestación más importante, ayudando en la fundamentación de la elección de la mejor aplicabilidad de la pena (criterio de raciocinio judicial). Otros podrían llamarlo razones político-criminales. Como ya indicamos en parte, a través de la determinación cualitativa de la pena, el juzgador puede optar por una forma particular de pena, o también puede no imponerla en consonancia con el art. 68 del CP; asimismo, puede aplicar sustitutos en atención al art. 52 del CP. En otras palabras: la determinación cualitativa de la pena nos permite elegir, cuando así lo permite la norma, el tipo pena, por decir, prestación de servicios a la comunidad (art. 34 del CP.) o multa (art. 41 del CP.); también, cuando el juzgador opta por un sustitutivo (conversiones) o una medida alternativa (suspensión de la ejecución de la pena art. 57 del CP.), reserva del fallo condenatorio (art. 62 del CP.). (Cancho, 2017, p. 126)

Si bien mencionamos el art. 45 del CP. Como fundamento legal de la determinación cualitativa de la pena, debe advertirse que dicho dispositivo legal es aplicable, pero con excepción del numeral 1. Así, *cuando el agente abuse de su cargo su posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función que ocupe en la sociedad*, se prescinde de esta disposición en la fundamentación de la determinación de la pena cualitativa, porque su contenido pertenece a la determinación cuantitativa de la pena como circunstancias agravantes del art. 46.2.h del CP. Si en el caso concreto se presentase tal figura, se dará preferencia como circunstancia agravante por el principio de especialidad, ya que al tener valor cuantitativo nos va proporcionar exactitud en el cálculo de la pena concreta; asimismo, porque está prohibido la doble valoración, es decir, no puede servirnos para la fundamentación de la determinación de la pena cuantitativa y cualitativa, al mismo tiempo. Lo mismo sucede con el citado dispositivo legal cuando se refiere a las



carencias sociales que hubiese sufrido el agente, esta vez ya no como una circunstancia agravante, sino atenuante que está contenida en el art. 46.1d, del CP. (Cancho, 2017, p. 126)

“Este criterio resulta muy apropiado para los casos de multirreincidencia, delincuencia juvenil o de adictos; pero, también, para aquellos otros supuestos vinculados a modalidades delictivas que expresan abuso de poder económico, político o tecnológico” (Prado, 2018, p.195).

La elección de una clase de pena, en el caso concreto o su exención, se da por razones de mayor comodidad y mejor aplicabilidad (criterio de raciocinio judicial) del que hablamos arriba. En la fundamentación de ella el art. 45.2, 3 del CP; cumple una función muy importante cuando hace mención que se tomará en cuenta la costumbre del agente, los intereses de la víctima, etc.

Por ejemplo, el agente que comete delito de injuria (art. 130 del CP.) puede ser sancionado penalmente, ya sea con prestación de servicios comunitarios de diez a cuarenta jornadas o con sesenta a noventa días multa. En estos casos el juzgador no puede imponer ambas penas, si no elegir una de ellas, es decir, por una forma o clase de pena particular señalada en el texto punitivo. En el ejemplo mencionado se tiene que elegir entre una pena limitativa de derechos al que pertenece la prestación de servicios a la comunidad, o una pena de multa fundamentado en base al criterio de raciocinio judicial de la mano del art. 45.2, 3 del CP, para finalmente establecer la determinación cuantitativa de la pena. Par elegir entre prestación de servicios a la comunidad o multa, ya que una posible aplicación de una prestación de servicios a la comunidad ha de ser en el área de su formación u oficio. (Cancho, 2017, p. 127)



En este aspecto, el art. 45.2 del CP. Servirá de fundamento para elegir la clase de pena que le correspondería al acusado. El aludido dispositivo legal hace mención a la cultura y costumbres del agente, las mismas que no deben entenderse, sólo simplistamente con aquel que pertenece a una cultura exótica, etc., sino a su formación en el sentido más amplio de la palabra vinculada a sus costumbres. Por ejemplo, dar charlas en escuelas sobre la importancia del mutuo respeto del honor de las personas, así como de los trabajadores y empleadores, etc., requiere de cierta formación del condenado. Pero si el agente, dependiendo del caso, no tiene la posibilidad de llevar a cabo charlas sobre valoración del honor, ya sea porque es una persona que tiene poca formación, o se dedica a trabajos manuales, entonces lo más apropiado será la imposición de pena de multa. (Cancho, 2017, p. 127)

La cultura y costumbre. Sobre todo, a este enunciado se le debe tener en cuenta en el tratamiento de casos penales de relevancia intercultural o de aquellos ocurridos en entornos sociales donde coexisten patrones normativos pluriétnicos. Él también cumple un rol relevante en aquellos procesos penales donde se discute sobre la eficacia de modalidades de exculpación basadas en la cultura diferente del imputado, como la regulada por el artículo 15 del Código Penal. (Prado, 2018, p. 195)

En los casos en que es viable la aplicación de ambas penas, tanto de prestación de servicios a la comunidad o pena de multa, habría que pedirle también al agente su opinión, sobre cuál de las penas le es más fácil, o más cómodo cumplirlas. Teniendo en cuenta ello de manera referencial, el juzgador elegirá el tipo de pena que le corresponderá al condenado, pero luego procederá a la determinación cuantitativa de la pena con la utilización del método de tercios, para



saber la magnitud ya sea, en el caso planteado, de la multa o la prestación de servicios a la comunidad a imponerse. (Cancho, 2017, p. 128)

Otro caso donde haya la facultad del juzgador de elegir una forma o clase de pena ocurre en la imposición de la pena del delito de omisión a la asistencia familiar (art. 149 del CP.). El tipo que describe este delito da la opción al juzgador de elegir ya sea imponiendo la pena privativa de libertad o prestación de servicios a la comunidad. Entiendo que la mejor opción, dentro de la determinación cualitativa de la pena, en estos casos sería por la prestación de servicios comunitarios, ya que el agente va seguir trabajando y asegura con ello la prestación alimenticia a favor del alimentista, que estando recluido en la cárcel en cumplimiento de una pena privativa de la libertad. Del mismo modo, el obligado a prestar alimentos podrá visitar, estar junto con el alimentista, que estando en la cárcel. En estos casos se tendrá que tomar en consideración los intereses de la víctima tal como indica el art. 45.3 del CP., los cuales servirán de fundamento para establecer la determinación cualitativa e la pena, y seguidamente se seguirá con la determinación cuantitativa de la pena. (Cancho, 2017, p. 128)

Prado (2018) sostiene:

Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad. La eficacia de esta norma rectora se proyecta de manera especial en los casos de relevante y notoria vulnerabilidad de las víctimas, como los delitos de odio, delitos de violencia de género o intrafamiliar, así como en los



delitos contra los derechos humanos, su utilidad ideológica es promover una reparación o compensación justa de los daños sufridos por los agraviados con el delito. (p.195)

Asimismo, la determinación cualitativa de la pena puede servir para elegir si en el caso concreto aplicamos suspensión de ejecución de la pena, o reserva de fallo condenatorio. En estos casos, a diferencia, de los ya desarrollados supra se lleva a cabo, primero la determinación cuantitativa de la pena, y luego una vez que se haya examinado los presupuestos que exigen los artículos 57 y 62 del CP., respectivamente, se podrá optar ya sea por una suspensión de la ejecución de la pena o reserva de fallo condenatorio, de ser el caso. En su fundamentación será de especial ayuda lo descrito en el art. 45. 2, 3 del CP. Por ejemplo, viendo desde los intereses de la víctima, a efectos de que el agente cumpla con la reparación civil impuesta en la sentencia, será mejor que el agente se le aplique suspensión de ejecución de la pena, para que pueda trabajar libremente y hacer efectivo la prestación a favor de la parte civil. (Cancho, 2017, p. 128)

2.2.4.2 Determinación judicial cuantitativa de la pena o pena puntual.

“La determinación judicial de la pena puntual se conecta con el método de los tercios para establecer la pena concreta. A este procedimiento se le denomina determinación cuantitativa de la pena” (Cancho, 2017, p. 85).

En el sistema actual el juez ya no tiene la posibilidad de discurrir por todo el marco penal, sino que, dicho también de modo simplificado, se encuentra obligado a dividir el segmento que delimita dicho marco en tres partes iguales; para luego, en función de la concurrencia de alguna



o algunas de las circunstancias generales de agravación y/o atenuación contenidas en el nuevo artículo 46. Tener que restringir el marco de penalidad para el caso concreto a uno de dichos tercios iguales, dentro del cual habrá de determinar finalmente la pena en función de criterios que no han sido especificados de modo expreso por el legislador (por los fines solamente introductorios del presente párrafo dejaremos de lado en este momento los efectos de la concurrencia de las atenuantes privilegiadas y las agravantes cualificadas). (Avalos, 2015, p. 10).

Una vez verificada la concurrencia, el juez determina el marco concreto desarrollando las siguientes fases (art. 45 A del CP):

Primera fase.

Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito. Ejemplo, el homicidio simple prevé como el marco abstracto de pena privativa de libertad “no menor de seis años ni mayor de veinte años”. “El espacio punitivo es el lapso que se encuentra entre los seis y veinte años; en el caso el espacio punitivo es de 14 años” (Mendoza, 2015, p. 111).

Divide el espacio punitivo en tres partes. El espacio punitivo de 14 años se divide, no por años, si no por meses.

$14 \text{ por } 12 = 168 \text{ meses.}$

$168 \text{ entre } 3 = 56 \text{ meses.}$

56 meses equivale a 4 años y 8 meses.

Un tercio de 14 años equivale a 4 años y 8 meses



Identificación de tres marcos legales concretos.

Primer tercio o marco legal concreto. Pena privativa de libertad (PPL) no menor de seis ni mayor de 10 años y 8 meses.

Segundo tercio o marco legal concreto. PPL no menor de 10 años y ocho meses ni mayor de 15 años y 4 meses.

Tercer tercio o marco legal concreto. PPL no menor de 15 años y 4 meses ni mayor de 20 años.

Repárese en que hasta este momento de identificación de los tres tercios aún no operan las circunstancias comunes o genéricas.

Segunda fase.

Una vez identificados los tres marcos concretos (tres tercios), recién operan las circunstancias comunes o genéricas; su concurrencia permitirá identificar el marco concreto en el que se individualizará la pena, estas reglas son las siguientes:

Regla 1: Cuando: a) no existan circunstancias atenuantes ni agravantes o b) concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del marco o tercio inferior. Este tercio inferior configura un marco legal concreto.

Regla 2: Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del marco o tercios intermedios. Este tercio configura un marco legal concreto.



Regla 3: Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del marco o tercio superior. (Mendoza, 2015, p. 113)

2.2.4.3 Las circunstancias, sus clases y efectos

Una de las definiciones más claras e ideográficas sobre lo que es una circunstancia fue la elaborada por Antolisei. Par este clásico jurista italiano, “Circunstancia del delito” (*de circum stat*) es, en general, aquello que está en torno al delito. Implicando por su misma índole la idea de accesoriedad, presupone necesariamente lo principal, que está constituido por un delito perfecto en su estructura.

Las circunstancias adoptan la forma de factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo, regulados legalmente, que pueden concurrir en la realización de un delito o en la intervención de sus autores o partícipes. Su función esencial es la de ayudar a la medición judicial de la intensidad de un delito ya la decisión sobre la calidad o extensión del castigo que aquel merece. Ellas posibilitan, pues, cuantificar la mayor o menor trascendencia jurídica de la conducta ilícita realizada (miden el grado de la antijuricidad del hecho), así como el mayor o menor grado de reproche que cabe formular a quien ejecutó o participó en dicha conducta ilícita (miden la intensidad de la culpabilidad del agente). Por tanto, en términos más concretos y prácticos cabe señalar que las circunstancias indican si un delito es más o menos grave, para, a partir de ello, ponderar legal o judicialmente sobre el alcance cualitativo o cuantitativo de la pena que deberá imponerse a su autor o partícipe. (Prado, 2018, p. 194)



De allí que también constituye en práctica errada el consignarlos en toda sentencia penal como un fundamento jurídico o como una regla técnica que ayuda a construir a justificar un resultado punitivo. Sobre todo porque, como se ha mencionado, tales criterios de fundamentación y determinación de la pena no tienen la misma función, eficacia u operatividad práctica de las reglas contenidas en los artículos 45-A y 46. Es más, ellos no están conectados con estas últimas disposiciones ni por su origen legislativo ni por su organización sistemática. (Prado, 2018, p. 95)

Según Prado su **clasificación**, las actuales características y operatividad de las circunstancias reguladas en la legislación penal vigente, permiten identificar cinco modalidades o clases:

- Las circunstancias agravantes y atenuantes genéricas.
- Las circunstancias agravantes y atenuantes específicas.
- Las circunstancias agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas.
- Las circunstancias agravantes de diferente grado o nivel.
- Las circunstancias antecedentes, concomitantes y posteriores.

Seguidamente presentaremos los rasgos distintivos de cada uno de estos tipos de circunstancias.



2.2.4.4 Las circunstancias agravantes y atenuantes genéricas.

Las circunstancias genéricas son las que se regulan en la parte general del Código Penal y que pueden operar en la determinación de la pena concreta de cualquier tipo de delito que carezca de circunstancias propias o específicas. Además, esta clase de circunstancias sólo permiten al juez individualizar la pena concreta dentro del espacio punitivo generado entre los límites inicial y final de la pena básica. (Prado, 2018, p. 196)

A continuación, se hará un breve análisis de las características y alcances hermenéuticos que corresponden a cada una de las circunstancias genéricas reguladas por el texto vigente del artículo 46.

1. Circunstancias atenuantes genéricas.

En primer lugar, esta norma en su primer inciso incluye ocho circunstancias atenuantes genéricas que son las siguientes:

- *La carencia de antecedentes penales.* Tienen por función registrar y dar constancia de las cadenas impuestas a una persona para fines de control del cumplimiento de las penas aplicadas o para efectos de validar la configuración de circunstancias agravantes calificadas como la reincidencia (Cfr. Artículo 46°-B) o impedir la aplicación de medidas alternativas de régimen de prueba como la suspensión de la ejecución de la pena (Artículo 57.3). pero, también, los antecedentes penales tienen un valor criminológico al indicar una personalidad proclive al delito o que denuncia el fracaso de un proceso de resocialización. Por



tanto, la ausencia de condenas penales anteriores coloca al autor o participe de un delito en una condición más propicia a la búsqueda de efectos preventivos especiales que indican una menor necesidad punitiva. La atenuante, sin embargo, solo debe excluirse ante la existencia de antecedentes penales que rigen condenas firmes. Tampoco afectan su eficacia la mera existencia de antecedentes policiales o judiciales. Si bien la norma no la destaca expresamente, ella permite inferir que los registros punitivos que impiden su configuración deben tener eficacia al momento de decidir la penalidad concreta del condenado. Por tanto, la atenuante opera aún en aquellos casos donde haya preexistido antecedentes penales que fueron, luego, objeto de cancelación definitiva por el cumplimiento de la pena impuesta (Cfr. Artículo 69) o por la extinción de esta al vencimiento exitoso de un periodo de prueba derivado de un régimen de suspensión de la ejecución de la pena. (Prado, 2018, p. 198)

- *El obrar por móviles nobles o altruistas.* Esta atenuante, también de origen colombiano, demanda la necesidad de 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. Al respecto, es de destacar que la motivación que determina induce o guía la acción delictiva del agente, influye, de modo determinante, en la menor intensidad de su culpabilidad. Esto es, esta clase de circunstancias reducen el grado de reproche que cabe formular al autor del delito. Su naturaleza subjetiva es preeminente y se expresa en una valoración positiva de lo noble o altruista de los móviles internos que mueven al agente hacia la realización del hecho punible. Cabe señalar,



además, que en determinados delitos este tipo de móviles operan también como circunstancias atenuantes específicas. Ello ocurre, por ejemplo, en el artículo 146 que considera una menor punibilidad para los delitos contra el estado civil de una persona cuando se comete el hecho por un móvil de honor. (Prado, 2018, p. 198)

- ***El obrar en estado de emoción o de temor excusable.*** Como lo ha destacado la doctrina nacional al comentar dicha disposición: No es posible distinguir las emociones conforme a su propia naturaleza. Es inadmisibles considerar que ciertas emociones son en sí excusables y otras, condenables. Como exige la ley, este carácter de la emoción debe ser determinado en cada caso concreto y apreciando las circunstancias en que actuó el agente. Pero, además, en torno al autor del delito la emoción violenta debe ser excusable. No quiere decir que sea exculpable, sino disculpable en el sentido de atenuarle la pena por encontrarse ofuscado producto de una situación externa 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 injusta. (Prado, 2018, p. 200)

En cuanto al temor excusable este queda referido a un sentimiento de inseguridad o riesgo de sufrir un mal que afecta al autor y lo constriñe directamente hacia la comisión del delito. Este temor debe igualmente ser aceptable u atendible desde la valoración que sobre él y a los factores que lo generaron deberá de realizar necesariamente el órgano jurisdiccional caso por caso. Sin embargo, el temor que



menciona la norma no debe ser equiparable al miedo insuperable cuyos presupuestos exculpantes regula el inciso 7 del artículo 20. (Prado, 2018, p. 200).

- *La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en ejecución de la conducta punible.* Pues, que el legislador demande una calificación particular de los mismos como apremiantes: Esto es, como de eficacia inmediata e impostergable y comfortable, pues, con una situación de emergencia o urgencia que constriñe el arbitrio del autor del delito derivándolo hacia su ejecución. la casuística al respecto alude a casos como la urgencia de atender el tratamiento de la enfermedad que afecta a un familiar cercano o la de proveer alimentos para sí o para los hijos menores y que pueden determinar al agente a cometer un hurto o un robo en la medida en que no se configure, en tales supuestos, una justificante perfecta o imperfecta por estado de necesidad. (Prado, 2018, p. 201)

- *Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias.* Como señala Ranieri, se le construye a partir de una actitud de arrepentimiento posterior que hace posible reconocer en el agente una menor peligrosidad.

Esta atenuante requiere para su realización que el autor del delito 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. (Prado, 2018, p. 202)

- ***Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado.*** Esta circunstancia toma también en cuenta para la operatividad de su eficacia atenuante una conducta posterior al delito que debe exteriorizar el agente. Sin embargo, es pertinente demandar, como lo hacía Peña Cabrera, al comentar una atenuante similar del Código Penal de 1924, “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 terceros. (Prado, 2018, p. 202)

- ***Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad.*** En esta atenuante nuevamente 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 suele orientarse hacia el aseguramiento y la impunidad del infractor. Si el encargado confiesa la comisión de la conducta punible lo hace como muestra de su arrepentimiento, aunque no está obligado a ello. La presentación debe ser



voluntaria, esto es, espontánea, libre, sin mediar presión de ninguna índole o responder a factores independientes del querer del sujeto. (Prado, 2018, p. 203)

- ***La edad del imputado en tanto que ella hubiese influido en la conducta punible.***

Tanto el inciso 2 del artículo 51 del Código Penal de 1924, así como el inciso 8 del texto original del artículo 46 del Código vigente, se referían genéricamente a la edad del agente al momento de la comisión del delito. Sin embargo, ambas disposiciones omitían cualquier exigencia en torno a que este componente etéreo hubiese significado un determinado nivel de influencia en la realización del hecho punible, como sí se demanda en la fórmula introducida como atenuante genérica por la ley 30076. (Prado, 2018, p. 204)

2. **Circunstancias agravantes genéricas.** Contenidas en el inciso segundo del artículo 46 y cuyo análisis hacemos de modo siguiente:

- ***Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad.***

Se regula una agravante genérica a partir de la calidad de los bienes objeto del delito a los cuales el legislador califica como de utilidad social. Esto es, propios para el servicio y satisfacción de necesidades comunes a la población.

- ***Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos.*** Una distinción sistemática y operativa, que podría darle autonomía funcional, sería la de proyectar su eficacia agravante sólo cuando el delito se ejecute únicamente sobre



bienes del estado o administrados por este. Es de sugerir esta agravante genérica se reserve sólo para los actos delictivos que recaen en bienes estatales.

- ***Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria.*** La agravante desvalora, pues, la motivación delictiva. El que el agente haya actuado motivado por la venganza, el odio o el lucro, determinan la mayor punibilidad a partir de una mayor intensidad del reproche que se formula al autor. La expresión *motivo* supone una referencia a la voluntad del agente y equivale a la causa, pretexto, móvil, fundamento o razón que lo lleva a actuar; lo de *abyecto* es sinónimo de despreciable, vil en extremo, ruín, mezquino, miserable, bajo, despreciable, si se quiere innoble. Lo de *motivo fútil* supone una desproporción manifiesta entre la gravedad del hecho y la intensidad o naturaleza del motivo que impulsó la acción.

- ***Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole.*** Una fórmula legal similar, aunque más detallada, fue sugerida inicialmente por el Anteproyecto peruano de 2004 donde el artículo 47 en su inciso 4 registra el siguiente tenor: Efectuar la ejecución de la conducta punible inspirándose el agente en móviles de intolerancia y discriminación referida a la raza, etnia, ideología, religión, o las creencias, sexo o alguna enfermedad o discapacidad de la víctima”. El Anteproyecto 2008/2010 mantuvo la misma redacción en el inciso 4 del artículo 46. Es de precisar que ambas propuestas seguían a píe de la letra la redacción colombiana del inciso 3 del artículo 58 del código penal. Ahora bien, en el código penal de 1991 la discriminación contra la mujer es tomada en cuenta



como contexto de realización delictiva del feminicidio en el inciso 4 del artículo 108-B, primer párrafo.

- ***Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común.*** La naturaleza del medio empleado por el agente en la comisión del delito se constituye en el factor agravante. Es pues, la capacidad o potencialidad destructiva, calamitosa o catastrófica que a aquel intrínsecamente posee, la que es tomada en cuenta para justificar una mayor punibilidad. Tienen tales características el fuego, los explosivos materiales radioactivo, bacterias expansivas, etc. Como bien destaca la doctrina la aplicación delictiva de tales medios comporta una mayor gravedad del injusto cometido por ser más intenso el desvalor del resultado.
- ***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.*** El primer caso, *mediante ocultamiento*, está referido a un modus operandi alevoso, engañoso o subrepticio que ocultando o disimulando la identidad o la naturaleza ilícita de la conducta del autor, impide a la víctima advertir el peligro de la acción delictiva, a la vez que facilita su comisión asegurando también un margen relevante de potencial impunidad para el agente.

Es de mencionar también que esta modalidad de agravante genérica, basada en actos de ocultamiento o disfraz de la identidad del autor para ejecutar el hecho



punible, está igualmente considerada en nuestra legislación penal como agravante específica para diferentes delitos como el robo. (Prado, 2018, p. 209)

En el segundo supuesto la agravante trata de *un abuso de la superioridad* física y material que posee el agente, la cual coloca en notoria desventaja a la víctima para hacer frente o neutralizar la actividad delictiva contra ella. Su regulación es bastante frecuente en los sistemas jurídicos contemporáneo. Al respecto señalan Maqueda y Lorenzo: el abuso de superioridad requiere una desproporción notable de fuerzas entre el autor y la víctima del delito, dando lugar a una reducción significativa de la capacidad de defensa de ésta sin llegar a eliminarla.

Finalmente, el tercer supuesto agravante corresponde *el aprovechamiento de cualquier circunstancia de tiempo, modo o lugar*, que resulte idóneo para dificultar la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe. Concurren aquí, de modo genérico, condiciones objetivas de las que se vale el agente y que facilitan la comisión alevosa del delito o posibilitan su impunidad, como el lugar desolado, la oscuridad de la noche o durante una catástrofe natural.

- ***Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumir el delito.*** Velásquez, sostiene que con esta agravante se pretende castigar más severamente a quien, no conforme con realizar la conducta, busca además intensificar sus efectos al plasmar un mayor desprecio hacia los valores que inspiran la convivencia lo que, desde luego, se traduce en un injusto más grave; buenos ejemplos de ello son los casos de quien no sólo incendia la



propiedad ajena, sino que también impide la presencia de los bomberos, o lesiona al enemigo e impide su atención médica. Naturalmente, se trata de una circunstancia típica.

- ***Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función.*** Esta es también una gravante configurada a partir de modus operandi del autor. El legislador lo construye en base a la instrumentalización de prácticas de prevalimiento político, funcionarial, económico técnico. (Prado, 2018, p. 210)

- ***La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito.*** Ahora bien, es importante destacar que la pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución conjunta del delito refleja siempre una coautoría funcional o lo que en tipologías criminológicas se identifica como un concierto criminal. Concorre pues, en esta modalidad de ejecución de un delito un condominio del hecho. Por tanto, no se puede incluir en esta agravante por pluralidad a los partícipes, sean estos instigadores o cómplices. (Prado, 2018, p. 213)

- ***Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable.*** El legislador incluye una agravante genérica que se construye desde un supuesto de autoría mediata, donde el “hambre de atrás” utiliza a un inimputable como intermediario material para que ejecute el delito. Puede tratarse de un menor de 18 años o de un enfermo mental. (Prado, 2018, p. 213)



- ***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.*** Se trata de un agravante que ofrece dos alternativas equiparables para su configuración. En efecto, por un lado, se exige que el agente dirija la realización de un delito por terceros o lo ejecute él mismo, total o parcialmente, pero siempre desde el interior de un centro penitenciario o de determinación transitoria donde se encuentre el recluso. Pero, luego, por otro lado, la norma también demanda igual actuación de quien se encuentra físicamente fuera de las fronteras del territorio nacional. Lo importante, entonces, es localizar al autor del delito en cualquiera de esos dos espacios. Sin embargo, no se excluye de los efectos agravantes la coincidencia de ambos supuestos. Por ejemplo, cuando el delincuente que se encuentra recluso en un establecimiento penal de un país extranjero dirige, desde allí, la ejecución de un delito en territorio nacional. (Prado, 2018, p. 215)

- ***Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales.*** La magnitud y relevancia del resultado delictivo es lo que determina en este supuesto la mayor punibilidad. No obstante, esta circunstancia tiene una proyección específica y restringida a partir de los daños graves y permanentes que el delito produce en el ecosistema y sus componentes naturales. (Prado, 2018, p. 216)

- ***Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva.*** El legislador al describir el agravante se refiere sólo enunciativamente



a las armas o explosivos y alude luego a otros instrumentos o procedimientos de similar cualidades destructivas o dañosas. Esto es, que puedan operar también como armas o explosivos sin tener la calidad o función propia de estos, pero si su potencialidad destructiva (bacterias, gasolina o gas licuado). En nuestra legislación la configuración de agravantes específicas por el empleo de armas es muy frecuente. Ejemplo de ello la encontramos en el delito de usurpación que potencia la punibilidad si el delito fue cometido: Usando armas de fuego, explosivos o cualquier otro instrumento o sustancia peligrosa (artículo 204, inciso 1). No obstante, la descripción del agravante no está referida a armas de fuego de las que se denominan cortas como las pistolas o los revólveres; sino a aquellas de relevante “eficacia destructiva” por ejemplo, un lanzallamas, una bazuca o un lanzamisiles. (Prado, 2018, p. 218)

- *Si la víctima es un niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad, adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia o tuviera 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 y contacto inicial.* De allí, pues, que la explicación dogmática de esta agravante genérica por vulnerabilidad de la víctima debe derivarse y compatibilizarse con todos estos programas e instrumentos internacionales de tutela, así como con las normas nacionales afines a sus objetivos. Por ejemplo, los subcapítulos 2 (edad), 3 (discapacidad), (pertenencia a comunidades indígenas) y 8 (género) de la 100 Reglas de Brasilia, deben tomarse como referencia para distinguir a las víctimas



que son enunciados por el legislador. Por ejemplo, desde ellas podemos comprender que la norma penal califica como niños, niñas o adolescentes a los menores de 18 años; o que ella alude a personas que tienen limitadas sus capacidades para ejercitar una o más de las actividades propias de la vida diaria, cuando en la agravante se mencionan deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente. Corresponderá, pues, a la jurisprudencia ir afinando los contornos operativos y de realización de esta inédita circunstancia agravantes genérica. (Prado, 2018, p. 219)

2.2.4.5 Las circunstancias agravantes y atenuantes específicas.

Esta clase de circunstancias sólo se regulan en la parte especial del código penal y a través del catálogo o párrafos adicionales que van conexos a determinados delitos. Esta es la condición de las circunstancias agravantes organizadas en el catálogo del artículo 189 y que guardan conexión funcional exclusivamente con el delito de robo (artículo 188) o de aquellas que enumeran los artículos 297 y 298 que están consideradas para operar únicamente como agravantes o atenuantes del delito de tráfico ilícito de drogas (artículo 296, párrafo primero); pero, también, del párrafo segundo de los artículos 108-B y 152 que consignan agravantes específicas para los delitos de feminicidio y secuestro, respectivamente. (Prado, 2018. p. 219).

- *Circunstancias agravantes específicas de un mismo nivel.* Cada circunstancia representa un porcentaje cuantitativo del espacio punitivo o pena básica. Por tanto, en estos supuestos, la pena concreta debe representar siempre el total porcentual acumulado correspondientemente a las agravantes detectadas en el caso, las cuales



irán integrando sus efectos a partir del mínimo (que corresponde a la presencia de una sola agravante específica) hacia el extremo máximo (que representa la confluencia de todas las agravantes específicas del catálogo. (Prado, 2018, p. 219)

- *Circunstancias atenuantes específicas.* La operación destinada a la determinación de la pena concreta inversa. Esto es, partiendo del límite máximo (una sola atenuante específica) se dirige la integración porcentual cuantitativa de las atenuantes identificadas hacia el extremo mínimo (que corresponde a la confluencia del total de atenuantes reguladas). Son muy pocos los casos donde la legislación nacional regula para un mismo delito catálogo combinados de circunstancias agravantes y atenuantes específicas. Un ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 298 in fine conectado al delito de tráfico ilícito de drogas. En este supuesto se observa que el legislador ha optado por asignar una penalidad propia pero compensada. (Prado, 2018, p. 221)

2.2.4.7 Las circunstancias agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas.

Esta clase de circunstancias se distingue de otras modalidades antes examinada porque su eficacia incide directamente sobre la estructura de la pena conminada. Esto es, sus efectos alteran o modifican los límites mínimos o máximos de la penalidad legal prevista para el delito, configurando así un nuevo marco de conminación penal.



- ***Circunstancias agravantes cualificadas.*** Se produce una modificación ascendente que se proyecta por encima del máximo legal original, el cual ahora se convierte en mínimo. Un ejemplo de ello es la circunstancia cualificada por reincidencia la cual se encuentra regulada en el artículo 46-B del código penal. Según la norma citada, la circunstancia agravante cualificada de reincidencia genera como efecto la asignación de un nuevo extremo máximo para la pena conminada del nuevo delito cometido que será equivalente a una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. Es decir, ahora la penalidad conminada, y en su momento la correspondiente pena básica, se extenderá hasta este nuevo máximo legal. (Prado, 2018, p. 222)

Reincidencia:

El art. 46-B del Código Penal recoge un supuesto de reincidencia genérica y real. Es genérica, por cuanto el legislador no exige que el segundo delito sea de igual o semejante naturaleza, bastará con que se trate de un delito doloso.

Es real, por cuanto se exige que se haya cumplido en todo o en parte la pena impuesta por el primer delito.

En este punto, hemos de criticar el hecho de que la Ley 30076 amplíe el ámbito de aplicación de la reincidencia, pues si antes el legislador tomaba como presupuesto el cumplimiento [total o parcial] de una condena a pena privativa de libertad, hoy este se extiende a cualquier tipo de pena. En la misma lógica de



aplicar esta agravante cualificada a las faltas, el legislador sigue extendiendo esta figura a delitos de bagatela.

El horizonte temporal para configurar la agravante de reincidencia por el segundo delito es de cinco años contados a partir del cumplimiento total o parcial de la pena impuesta por el primer delito (no desde la condena, pues esto habría hecho inoperativa esta institución para los delitos más graves, como el homicidio o el robo, por ejemplo). No obstante, a diferencia del texto anterior, la Ley 30076 exceptúa del plazo de cinco años para la configuración de una agravante por reincidencia a los delitos de parricidio, asesinato, homicidio calificado por condición del agente, feminicidio, lesiones graves a menores, lesiones graves por violencia familiar, secuestro, trata de personas, violación sexual de menor, hurto agravado, robo agravado, receptación agravada, etc. Vale decir, en estos casos no interesará determinar el tiempo transcurrido entre el cumplimiento de la primera condena y el segundo delito, pues así hayan pasado diez, veinte o treinta años, la recaída en estos delitos se verá sancionada con la aplicación de esta agravante cualificada.

En la reincidencia básica, el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo de la pena conminada. En la reincidencia cualificada según la naturaleza del delito cometido (asesinato, robo agravado, violación de menor, etc.), el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo de la pena conminada. El texto anterior señalaba como límite máximo la cadena



perpetua, aunque el Acuerdo Plenario 1-2008/CJ- 116 ya se había encargado de poner como tope máximo los 35 años.

La Ley 30076 omite toda referencia a un límite máximo, con lo cual, es de esperar que se mantenga la interpretación hecha por el citado Acuerdo. Fíjese lo desproporcionado que puede resultar esto. Dentro de la lista de delitos en los que se puede aplicar la reincidencia cualificada está el hurto agravado (previsto en el art. 186). Con lo cual, un subsecuente delito de hurto mediante destreza o escalamiento, al menos formalmente, podría ser sancionado con una pena entre 10 y 35 años, cuando el máximo estipulado para este delito se cifra en los seis años de pena privativa de la libertad. *“En el sentido de que la reincidencia cualificada resulta aplicable cuando la primera y segunda condenas se corresponden con los mismos delitos mencionados en el segundo párrafo del artículo 46-B, esto es, asesinato, lesiones graves a menores o por violencia familiar, secuestro, violación de menor, robo agravado, etc.”*. En otras palabras, parece conveniente tomarlo como un supuesto de reincidencia [cualificada] específica, en el que ambos delitos son los mismos y, por tanto, de idéntica gravedad. Postulamos pues una interpretación restrictiva de esta agravante cualificada, a pesar de que la redacción de la norma, en este punto, es imprecisa. De estar ante un delito distinto, así se encuentre incluido dentro de la lista de delitos configuradores de una reincidencia cualificada, entendemos que se debe apreciar solo el supuesto de reincidencia básica.



Habitualidad:

En cuanto a la habitualidad, los requisitos que han de concurrir para que se configure esta agravante son los siguientes: la comisión de al menos tres hechos punibles, que se trate de delitos dolosos, que sean de igual naturaleza y que hayan sido perpetrados en un lapso de 5 años sin que medie condena sobre alguno de ellos (como señala el Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116).

Naturalmente, debemos descartar para la configuración de esta agravante los supuestos de delito continuado y concurso ideal, casos en los cuales deben sujetarse éstos a sus propias reglas. La habitualidad sí resulta compatible con el concurso real, de ahí que el Acuerdo 1- 2008/CJ-116 establecía como regla que los efectos punitivos de la agravante por habitualidad sólo se aplicaban en el tercer delito cometido en el lapso de 5 años y luego se sumaban la pena resultante a las penas concretas correspondientes a los otros delitos de concurso real, claro está, observando los límites fijados por los arts. 50 y 51, esto es, la pena total no debía ser superior al doble del máximo conminado para el delito más grave, ni mayor de 35 años de privación de libertad; y si para uno de los delitos en concurso correspondía cadena perpetua, solo se aplicaba esta sanción excluyéndose las demás.

En la habitualidad, el juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo de la pena conminada del tercer delito. En la forma cualificada, según se trate de delitos de acusada gravedad, se aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo de la pena conminada hasta los 35 años, sin que sean



aplicables los beneficios de penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

En el caso de la habitualidad, la Ley 30076 no solo amplía los supuestos de habitualidad cualificada a otros delitos (parricidio, receptación agravada, marcaje y otros), sino que admite la habitualidad en las faltas dolosas contra la persona o el patrimonio, caso en el cual el horizonte temporal o plazo –en el que se pueden cometer tres o más faltas para configurar dicha agravante– no es de cinco, sino de tres años. Más criticable resulta el hecho de que en los supuestos de reincidencia y habitualidad de las faltas, según el modificado artículo 440 inc. 3 del Código Penal, deba reprimirse “con pena privativa de libertad del delito aplicable”, y que, estos mismos casos, según el inc. 5 del mismo artículo, se sujeten a las normas de prescripción del artículo 80 del Código Penal. En buena cuenta, para el legislador, una pluralidad de faltas cambia la naturaleza del injusto cometido.

- *Circunstancia atenuante privilegiada*. Lo que varía de modo descendente es el mínimo legal original que será sustituido por un nuevo e inferior. Sin embargo, como ya lo hemos aclarado, reiteradamente, no existe, de momento, en la legislación penal vigente ninguna circunstancia atenuante privilegiada. Esta carencia ha sido una grave omisión de las reformas que en el dominio de la determinación judicial de la pena introdujo la Ley 30076. No obstante, en el Anteproyecto 2008/2010 que sirvió de fuente a dicha ley si se consignó como una circunstancia atenuante privilegiadas el que “la afectación del bien jurídico producida por el delito leve”; y, para dicho supuesto, se consideró como efecto la



construcción de un mínimo legal “hasta una mitad por debajo del mínimo legal”, original fijado para el delito cometido, sin que este último asumirá también la condición de nuevo límite máximo. Lamentablemente, el Proyecto de mayo de 2016 no recuperó dicha disposición limitándose a confundir las tipologías, naturaleza y operatividad de las circunstancias atenuantes privilegiadas, al otorgar incorrectamente tal condición a diferentes causales de disminución de punibilidad como la tentativa (artículo 22.2), la imputabilidad disminuida por razón de edad (artículo 12), la configuración de eximentes imperfectas (artículo 25), entre otras. Cabe. Por tanto, ratificar, una vez más que no tienen la calidad ni eficacia de atenuantes privilegiadas las causales de disminución de punibilidad ni las de reducción punitiva por vinificación procesal. Ellas si bien posibilitan una penalidad por debajo del mínimo legal su naturaleza y utilidad jurídicas, así como su oportunidad operativa son muy distintas. (Prado, 2018, p. 234)

2.2.4.8 Las circunstancias agravantes de diferente grado o nivel.

Se identifican como tales a las circunstancias agravantes específicas que generan escalas punitivas diferentes y ascendentes entre sí. En la legislación penal nacional es frecuente la regulación de este tipo de circunstancias agravantes específicas, especialmente en el caso de delitos relevantes repercusión social como el secuestro, el robo o el tráfico ilícito de drogas. Efectivamente en los artículos 152, 189 y 297 se incluyen circunstancias agravantes específicas de hasta tres grados o niveles. En estos casos, la agravante de segundo o tercer grado consignan escalas de penas conminadas más severas que las que establecen para las otras agravantes de



menor grado. En el caso del artículo 189, por ejemplo, las agravantes de primer grado o nivel tienen como escala de penalidad conminada entre doce a 20 años de pena privativa de libertad; las agravantes de segundo grado o nivel entre 20 y 30 años de pena privativa de libertad; y las de tercer grado o nivel tienen en su escala de penalidad conminada sólo la pena de cadena perpetua. (Prado, 2018, p.235)

2.2.4.9 Las circunstancias antecedentes, concomitantes y posteriores.

Lo trascendente en esta clasificación está en su conexión y oportunidad con la ejecución del hecho punible. Es decir, ella permite distinguir en qué momento las circunstancias atenuantes o agravantes se involucran con la realización de la conducta delictiva del agente. Así son circunstancias antecedentes las que están presentes desde antes del inicio de la acción del delito; por ejemplo, aquellas circunstancias que se refieren a la condición o calidad personal o especial del agente (ser delincuente primario, funcionario público, pariente de la víctima, etc.). En cambio, tienen la calidad de circunstancias concomitantes aquellas que aparecen al momento de ejecución del delito como las relativas a la reincidencia o habitualidad, los medios empleados o al modo de ejecución (con el empleo de armas o mediante la destrucción de obstáculos). Finalmente, corresponden a las circunstancias posteriores las que se presentan luego de realizada la consumación del delito (reparar el daño). (Prado, 2018, p. 235)

Cabe agregar que, en cuanto a su operatividad, es morfología tripartita de circunstancias puede aplicarse tanto a las circunstancias genéricas como a las circunstancias específicas e



incluso, según los casos, a las circunstancias agravantes cualificadas o a las atenuantes privilegiadas que están todavía ausentes de nuestra legislación. (Prado, 2018, p. 236)

2.3 Definición de términos básicos.

- **Pena**

Podemos definir como un castigo que establece la ley, que como retribución ha de infligirse a quien comete un delito, para mantener el orden jurídico.

- **Bien Jurídico**

Valores reconocidos, expresa o implícitamente, por las normas y principios constitucionales, y que sean necesarios para la realización de los fines útiles para el funcionamiento total o parcial del sistema social. En esta perspectiva las normas constitucionales y las declaraciones de los derechos humanos constituyen puntos de referencia esenciales para determinar qué bienes jurídicos merecen protección penal.

- **Control Social**

Comprende aquellos mecanismos mediante los cuales la sociedad ejerce su dominio sobre los individuos que la componen.

- **Derecho Penal**

Es un instrumento de control social, para ser usado en todo proceso de criminalización. Se afirma que el derecho penal puede ser sustantivo en el sentido objetivo, como conjunto de normas promulgadas por el órgano constitucionalmente competente, que prevé por un



lado, la incriminación de comportamientos calificados de delictuales y, por otro, las sanciones como consecuencias jurídicas de esos comportamientos. En tanto el derecho penal desde la perspectiva subjetiva es el derecho de castigar perteneciente al Estado, haciendo alusión al poder punitivo del Estado.

El Derecho Penal en su sentido amplio es el conjunto de reglas establecidas en todo el ámbito penal. Reglas que se refieren al derecho penal material, derecho penal formal y derecho de ejecución penal.

Desde el ángulo jurídico, Derecho Penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que define ciertas conductas como delitos y establece la imposición de penas o medidas de seguridad a los infractores.

- **Dogmática Penal**

La dogmática penal tiene doble función, una declara y otra latente. La declarada describe el derecho positivo y la latente reconstruye el sistema legal despojándolo de sus imprecisiones.

- **Ley Penal**

Esta referido a que todo comportamiento que tenga connotación penal debe estar previamente establecido en la ley penal. Tiene su fundamento en el principio de legalidad que tiene dos extremos. Una primera que establece respecto a que los delitos y las faltas deben estar previstos en la ley vigente en el momento de su comisión y otro lado, referido a que sólo se impondrá las penas y medidas de seguridad establecidas en dicha ley.



- **Libertad individual**

La libertad es un derecho fundamental reconocido en la Constitución Política del Estado Peruano, cuya vigencia es irrestricta y que puede ser restringida únicamente por autoridad competente en la forma y condiciones previamente establecidas.

- **Principio de Legalidad**

Es una garantía constitucional que consiste en que no hay delito, no hay pena sin ley cierta; no hay delito, no hay pena sin la ley escrita; no hay delito, no hay pena sin ley estricta y no hay delito, no hay pena sin ley previa.

- **Política Criminal**

La política criminal es la reacción organizada de la colectividad frente a las acciones delictuales que amenazan su cohesión y su desarrollo armónico. En tal sentido la sociedad elabora una estrategia frente a la delincuencia a partir de los datos y enseñanzas aportadas por la observación objetiva.

- **Sistema penal**

Es el conjunto de agencias y sus actividades que intervienen en la creación y aplicación de las normas penales, concebidas estas en sentido más extenso dentro de la criminalización.



2.4 Hipótesis:

2.4.1 Hipótesis Principal:

Los factores que considera el juez de Investigación Preparatoria de la provincia de Urubamba en la determinación de la pena privativa de libertad suspendida en procesos de Terminación Anticipada, en los procesos penales tramitados en el año 2017 son genéricos, tasados y con aparente motivación.

2.4.2 Hipótesis Específicas:

- Las circunstancias atenuantes genéricas que considera el Juez de Investigación Preparatoria de la provincia de Urubamba para la determinación de las penas privativas de libertad suspendida en los procesos de terminación anticipada, procesos tramitados en el año 2017, son aplicados con aparente motivación.
- Las circunstancias agravantes calificadas que considera el juez de investigación preparatoria de la provincia de Urubamba para la determinación de las penas privativas de la libertad suspendida en los procesos de terminación anticipada, procesos penales tramitados en el año 2017, son aplicados con aparente motivación.



2.5 Categorías de estudio:

2.5.1 Categorías y subcategorías.

Categorías	Subcategorías
Categoría 1 Factores que considera el Juez de Investigación Preparatoria en la determinación de la pena.	-Circunstancias atenuantes genéricas. -Circunstancias agravantes cualificadas. -Circunstancias agravantes genéricas.
Categoría 2 Circunstancias atenuantes genéricas que considera el Juez de Investigación Preparatoria de la Provincia de Urubamba.	-La 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 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 hubiera influido en la conducta punible.
Categoría 3 Circunstancias agravantes cualificadas que consideran el Juez de Investigación Preparatoria de la Provincia de Urubamba	-Reincidencia. -Habitualidad.



CAPÍTULO III: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Diseño metodológico

Tipo

Jurídico descriptivo y explicativo.

Enfoque

La investigación fue **cualitativa documental**, debido a que se “utilizó datos sin medición numérica y se concentró en una situación o fenómeno jurídico en particular” (Fernández, Urteaga, Verona, 2015, p.18-19), referido a los factores que considera el Juez de Investigación Preparatoria de la provincia de Urubamba para la determinación de las penas privativas de la libertad suspendida en procesos de terminación anticipada, en los procesos penales tramitados en el año 2017. En este enfoque no se requiere de procedimientos estadísticos para demostrar las hipótesis, pues no busca medir el fenómeno a través de variables, por el contrario, se precisa identificar categorías de estudio que permitan ahondar en el conocimiento y comprensión de la realidad investigada. (Castro Cuba, 2019, p. 52)



3.2 Diseño contextual

3.2.1 Escenario espacio temporal

El escenario espacio temporal corresponde a la provincia de Urubamba, Cusco y el período comprendido es el año 2017.

3.2.2 Unidades de estudio

Las constituyen las sentencias expedidas con pena privativa de libertad suspendida por el Juzgado de Investigación Preparatoria de la provincia de Urubamba, en procesos de Terminación Anticipada en el periodo 2017, con la finalidad de establecer los factores y circunstancias que se consideraron para la determinación de la pena.

- **Población y muestra**

La población es la totalidad de las sentencias y la muestra se obtuvo a través del muestreo no probabilístico a elección del investigador y está representada por el 30% de sentencias con pena privativa de libertad suspendida, expedidas en el periodo 2017, en número de 10.

3.3 Técnicas e instrumentos de recolección de datos:

- **Técnicas**

- Análisis de textos**

De doctrina (libros, tesis, artículos científicos jurídicos), jurisprudencia y derecho comparado, referidos a la problemática de investigación.



-Análisis documental

De las sentencias objeto de población y muestra.

● **Instrumentos**

Para aplicar la técnica seleccionada se elaboraron:

-Fichas de análisis de textos, y

-Fichas de análisis documental.

3.4 Plan de análisis de datos

Una vez recolectada la información tanto teórica como fáctica, se procedió a su sistematización, para el correspondiente análisis e interpretación cualitativos con la finalidad de cumplir los objetivos y validar las hipótesis. Dada la metodología jurídica y el enfoque de investigación empleados no se utilizaron procedimientos estadísticos.

De acuerdo con el análisis de las sentencias en procesos de terminación anticipada, emitidas por el Juez de Investigación Preparatoria de la provincia de Urubamba, se demuestra que no están aplicando los artículos 45-A y 46 del Código Penal, artículos que fueron integrados y modificados por la Ley Nro. 30076.

Así lo demuestra el análisis de las siguientes sentencias:



ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS POR EL JUEZ DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE LA PROVINCIA DE URUBAMBA, EN PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA:

PRIMERA

1° JUZ. DE INVES. PREPARATORIA –S URUBAMBA.

EXPEDIENTE : 00279-2016-40-1015JR-PE-01.

MINISTERIO PÚBLICO : 1° FISCALIA PROVINCIAL PENAL DE URUBAMBA

IMPUTADO : QUISPE BOLIVAR JUAN BENIGNO.

DELITO : HURTO AGRAVADO.

AGRAVIADO : HUILLCA CUSIPAUCAR ANDRES.

En la sentencia de terminación anticipada, de fecha 31 de enero de 2017 se puede observar que el Juez no realizó la motivación correspondiente y la determinación de la pena de acuerdo a los artículos 45-A y 46 del código penal, artículos que fueron integrados y modificados por la Ley 30076. En dicha sentencia a fojas “7” se observa que el imputado registra antecedentes penales por hurto agravado. Por lo tanto, el juez de Investigación Preparatoria de la provincia de Urubamba debió aplicar el inciso 3 del artículo 57 del Código Penal y consecuentemente debió emitir *el auto de desaprobación del acuerdo*. Así, como también, al momento de determinar la pena no aplicaron adecuadamente la operación de los tercios.



SEGUNDA.

1° JUZ. DE INVES. PREPARATORIA –S URUBAMBA.

EXPEDIENTE : 00014-2017-80-1015-JR-PE-01.

MINISTERIO PÚBLICO : 2° FISCALIA PROVINCIAL PENAL DE URUBAMBA

IMPUTADO : HUAHUASONCCO NIEBLE, PORFIRIO.

DELITO : HURTO DE GANADO.

IMPUTADO : CHULLO CACERES, RODRIGO.

DELITO : HURTO DE GANADO.

AGRAVIADO : HUILLCA CUSIPAUCAR ANDRES.

En la sentencia por terminación anticipada, de fecha 02 de enero de 2017, se puede observar que el Juez no ha realizado la motivación correspondiente y la determinación de la pena de acuerdo con el artículo 45-A y 46 del código penal, artículos que fueron integrados y modificados por la Ley 30076. En dicha sentencia a fojas “15” en el punto ocho, se observa que el Fiscal de manera verbal señala que los procesados no cuentan con antecedentes penales, es más ha señalado que en el registro del Ministerio Público no se encuentran comprendidos con otra investigación.

El representante del Ministerio Público no ha demostrado documentadamente sobre los antecedentes penales de los imputados para así eliminar las circunstancias agravantes cualificadas. Por lo tanto, el juez de Investigación Preparatoria de la provincia de Urubamba debió emitir *el auto de desaprobación del acuerdo*. Así, como también, al momento de determinar la pena no aplicaron adecuadamente la operación de los tercios.



TERCERA.

1° JUZ. DE INVES. PREPARATORIA –S URUBAMBA.

EXPEDIENTE : 00038-2017-74-1015-JR-PE-01.

MINISTERIO PÚBLICO : 1° FISCALIA PROVINCIAL PENAL DE URUBAMBA

IMPUTADO : MAROCHO GIRALDO, LUCIO HARRY.

DELITO : HURTO DE SIMPLE.

IMPUTADO : VARGAS SAIRE, KATTY KARINA.

AGRAVIADO : HUILLCA CUSIPAUCAR ANDRES.

En la sentencia por terminación anticipada, de fecha 28 de marzo de 2017, se puede observar que el Juez no ha realizado la motivación correspondiente y la determinación de la pena de acuerdo con el artículo 45-A y 46 del código penal, artículos que fueron integrados y modificados por la Ley 30076. Así, como también, al momento de determinar la pena no aplicaron adecuadamente la operación de los tercios



CUARTA.

1° JUZ. DE INVES. PREPARATORIA –S URUBAMBA.

EXPEDIENTE : 00459-2016-43-1010-JR-PE-01.

MINISTERIO PÚBLICO : 1° FISCALIA PROVINCIAL PENAL DE URUBAMBA

IMPUTADO : FELIX PATRICIO BENITES, BILMA AGRIPINA CASTRO
AYME, RUFINO CUTUCALLA MOLINA, RUSELA CJUNO QUISPE, ALEJANDRINA
APAZA SALOMA, SUYOSHI VALENCIA APAZA Y MARIO CCOYORI SALGADO.

DELITO : USURPACIÓN AGRAVADA.

AGRAVIADO : COMUNIDAD DE COLLANAS PILLERAY

En la sentencia por terminación anticipada, de fecha 31 de marzo de 2017, se puede observar que el Juez no ha realizado la motivación correspondiente y la determinación de la pena de acuerdo con el artículo 45-A y 46 del Código Penal, artículos que fueron integrados y modificados por la Ley 30076. En dicha sentencia, se observa que la Fiscalía no ha demostrado documentadamente sobre los antecedentes penales de los imputados, Por lo tanto, el juez de Investigación Preparatoria de la provincia de Urubamba debió emitir *el auto de desaprobación del acuerdo*. Así, como también, al momento de determinar la pena no aplicaron adecuadamente la operación de los tercios.



QUINTA.

1° JUZ. DE INVES. PREPARATORIA –S URUBAMBA.

EXPEDIENTE : 00402-2016-13-1010-JR-PE-01.

MINISTERIO PÚBLICO : 2° FISCALIA PROVINCIAL PENAL DE URUBAMBA

IMPUTADO : PEDRO PABLO CHULLO PÉREZ.

DELITO : V.L.S, ACTOS CONTRA EL PUDOS.

AGRAVIADO : MENOR DE INICIALES N.B.R.R.

En la sentencia por terminación anticipada, de fecha 10 de marzo de 2017, se puede observar que el Juez no ha realizado la motivación correspondiente y la determinación de la pena de acuerdo con el artículo 45-A y 46 del Código Penal, artículos que fueron integrados y modificados por la Ley 30076. Así, como también, al momento de determinar la pena no aplicaron adecuadamente la operación de los tercios.



SEXTA.

1° JUZ. DE INVES. PREPARATORIA –S URUBAMBA.

EXPEDIENTE : 00206-2017-0-1015-JR-PE-01.

MINISTERIO PÚBLICO : 1° FISCALIA PROVINCIAL PENAL DE URUBAMBA

IMPUTADO : SOTO CHAVEZ JULIO CESAR.

DELITO : HURTO AGRAVADO.

AGRAVIADO : TORRES ACOSTA JIMENA.

En la sentencia por terminación anticipada, de fecha 10 de mayo de 2017, se puede observar que el Juez no ha realizado la motivación correspondiente y la determinación de la pena de acuerdo con el artículo 45-A y 46 del Código Penal, artículos que fueron integrados y modificados por la Ley 30076. Así, como también, al momento de determinar la pena no aplicaron adecuadamente la operación de los tercios, ni mucho menos tomo en cuenta las circunstancias agravantes y atenuantes documentadamente, que es un requisito esencial para la determinación de la pena.



SEPTIMA.

1° JUZ. DE INVES. PREPARATORIA –S URUBAMBA.

EXPEDIENTE : 00330-2017-0-1015-JR-PE-01.

MINISTERIO PÚBLICO : 1° FISCALIA PROVINCIAL PENAL DE URUBAMBA

IMPUTADO : VIRREY VARGHAS, LEON.

DELITO : HURTO AGRAVADO.

AGRAVIADO : MAMANI CASTRO, JUAN FERNANDO.

En la sentencia por terminación anticipada, de fecha 28 de junio de 2017, se puede observar que el Juez no ha realizado la motivación correspondiente y la determinación de la pena de acuerdo con el artículo 45-A y 46 del Código Penal, artículos que fueron integrados y modificados por la Ley 30076. Así, como también, al momento de determinar la pena no aplicaron adecuadamente la operación de los tercios, ni mucho menos tomo en cuenta las circunstancias agravantes y atenuantes documentadamente, que es un requisito esencial para la determinación de la pena. Tanto más si se trata de pena suspendida.



OCTAVA.

1° JUZ. DE INVES. PREPARATORIA –S URUBAMBA.

EXPEDIENTE : 00219-2017-30-1015-JR-PE-01.

MINISTERIO PÚBLICO : 1° FISCALIA PROVINCIAL PENAL DE URUBAMBA

IMPUTADO : RAMOS QUISPE, CIRILO.

DELITO : HURTO AGRAVADO.

AGRAVIADO : QUINTANILLA TORRES, DELICITAS.

En la sentencia por terminación anticipada, de fecha 18 de julio de 2017, se puede observar que el Juez no ha realizado la motivación correspondiente y la determinación de la pena de acuerdo con el artículo 45-A y 46 del Código Penal, artículos que fueron integrados y modificados por la Ley 30076. En dicha sentencia a fojas “122” en el punto diez “*suspensión de la ejecución de la pena*”, el Juez advierte que no *se ha acreditado* que el procesado cuente con antecedentes penales. Por lo tanto, dicho magistrado debió emitir *el auto de desaprobación del acuerdo*. Así la jurisprudencia señala: “En el proceso de terminación anticipada, el juez puede aprobar el acuerdo y dictar una sentencia anticipada o emitir un auto de desaprobación del acuerdo, pero no expedir sentencia absolutoria. Si bien el artículo 468.6 se remite al artículo 398, es un error entender que el juez está autorizado a emitir una sentencia absolutoria, porque no puede absolverse si no existe acusación. Si considera que los hechos aceptados por el imputado no constituyen delito, debe declarar de oficio fundada la excepción de improcedencia de la acción” (Exp. N°1664-06 FL148-Huacho).



NOVENA.

1° JUZ. DE INVES. PREPARATORIA –S URUBAMBA.

EXPEDIENTE : 00603-2016-53-1015-JR-PE-01.

MINISTERIO PÚBLICO : 1° FISCALIA PROVINCIAL PENAL DE URUBAMBA

IMPUTADO : USCAPI QUISPE, JOHN.

DELITO : HURTO DE AGRAVADO.

AGRAVIADO : MUNICIPALIDAD DE CHINCHERO.

En la sentencia por terminación anticipada, de fecha 18 de julio de 2017, se puede observar que el Juez no ha realizado la motivación correspondiente y la determinación de la pena de acuerdo con el artículo 45-A y 46 del Código Penal, artículos que fueron integrados y modificados por la Ley 30076. En dicha sentencia a fojas “127” en el punto diez “*suspensión de la ejecución de la pena*”, el Juez advierte que no *se ha acreditado* que el procesado cuente con antecedentes penales. Por lo tanto, dicho magistrado debió emitir *el auto de desaprobación del acuerdo*. Así la jurisprudencia señala: “En el proceso de terminación anticipada, el juez puede aprobar el acuerdo y dictar una sentencia anticipada o emitir un auto de desaprobación del acuerdo, pero no expedir sentencia absolutoria. Si bien el artículo 468.6 se remite al artículo 398, es un error entender que el juez está autorizado a emitir una sentencia absolutoria, porque no puede absolverse si no existe acusación. Si considera que los hechos aceptados por el imputado no constituyen delito, debe declarar de oficio fundada la excepción de improcedencia de la acción” (Exp. N° 1664-06 FL148-Huacho).



DECIMA.

1° JUZ. DE INVES. PREPARATORIA –S URUBAMBA.

EXPEDIENTE : 00363-2017-0-1015-JR-PE-01.

MINISTERIO PÚBLICO : 2° FISCALIA PROVINCIAL PENAL DE URUBAMBA

IMPUTADO : GAMARRA QUINTANILLA, EBERT.

DELITO : LESIONES LEVES.

AGRAVIADO : RICALDE FLORES, RONAL.

En la sentencia por terminación anticipada, de fecha 18 de julio de 2017, se puede observar que el Juez no ha realizado la motivación correspondiente y la determinación de la pena de acuerdo con el artículo 45-A y 46 del Código Penal, artículos que fueron integrados y modificados por la Ley 30076. En dicha sentencia a fojas “132” en el punto diez “*suspensión de la ejecución de la pena*”, el Juez advierte que no *se ha acreditado* que el procesado cuente con antecedentes penales. Por lo tanto, dicho magistrado debió emitir *el auto de desaprobación del acuerdo*. Así la jurisprudencia señala: “En el proceso de terminación anticipada, el juez puede aprobar el acuerdo y dictar una sentencia anticipada o emitir un auto de desaprobación del acuerdo, pero no expedir sentencia absolutoria. Si bien el artículo 468.6 se remite al artículo 398, es un error entender que el juez está autorizado a emitir una sentencia absolutoria, porque no puede absolverse si no existe acusación. Si considera que los hechos aceptados por el imputado no constituyen delito, debe declarar de oficio fundada la excepción de improcedencia de la acción” (Exp. N° 1664-06 FL148-Huacho).



PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

A manera de síntesis, la determinación judicial de la pena viene a ser un proceso valorativo judicial sobre la imposición de la responsabilidad penal a un determinado sujeto que ha cometido un ilícito penal. Para la determinación judicial de la pena se debe tomar en cuenta, los artículos 45-A y 46 del código penal, que fue integrado y modificado mediante la ley 30076, publicado en el diario oficial el peruano el 19 de agosto de 2013.

Sin embargo, en la praxis los operadores de la justicia nacional (abogados, representantes del Ministerio Público, jueces del órgano jurisdiccional, etc.), no están aplicando adecuadamente los artículos 45-A y 46 del Código Penal, que consiste en la aplicación del sistema de tercios y la determinación de la pena concreta al condenado evaluando las circunstancias agravantes o atenuantes, de esta manera se estaría vulnerando el principio de penas justas y la debida motivación al momento de emitir las sentencias.

A efectos de probar la hipótesis se ha realizado el análisis de las sentencias emitidas por el Juez de Investigación Preparatoria de la provincia de Urubamba, en procesos de terminación anticipada, donde se puede colegir que el juez al momento de emitir sus sentencias no ha realizado una motivación adecuada, ni mucho menos aplicó el sistema de tercios, ni tampoco tomó en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes que son requisitos esenciales para la determinación judicial de la pena, de esta manera se estaría transgrediendo el principio de penas justas y la debida motivación.



CONCLUSIONES

PRIMERA

Los factores que considera el juez de Investigación Preparatoria de la provincia de Urubamba en la determinación de la pena privativa de libertad suspendida en procesos de Terminación Anticipada, en los procesos penales tramitados en el año 2017 son genéricos, tasados y con aparente motivación; generando confusiones en los justiciables.

SEGUNDA

Las circunstancias atenuantes genéricas que considera el Juez de Investigación Preparatoria de la provincia de Urubamba para la determinación de las penas privativas de libertad suspendida en los procesos de terminación anticipada, procesos tramitados en el año 2017, son aplicadas con aparente motivación, sin tomar en cuenta los tercios y circunstancias de acuerdo con Ley Nro. 30076, ley que modifica el Código Penal, la cual introduce el artículo 45-A y la modificación del artículo 46.

TERCERA

Las circunstancias agravantes cualificadas que considera el juez de investigación preparatoria de la provincia de Urubamba para la determinación de las penas privativas de la libertad suspendida en los procesos de terminación anticipada, procesos penales tramitados en el año 2017, son aplicadas con aparente motivación.



RECOMENDACIONES

Primera

Es menester que la presente investigación sea difundida, para así de esta manera los operadores del derecho tengan presente sobre la determinación de la pena que se aplica dentro del órgano jurisdiccional, de acuerdo con los artículos 45-A y 46 del Código Penal vigente.

Segunda

Que, los jueces del Juzgado de Investigación Preparatoria cumplan con aplicar correctamente la Ley Nro. 30076 (Ley que modifica el Código Penal); la cual, mediante la introducción del artículo 45-A y la modificación del artículo 46 del Código Penal vigente, que consiste en la aplicación de tercios y de las circunstancias.

Tercera

Que, el Poder Judicial, tenga por bien realizar eventos de capacitación en forma continua a los jueces de Investigación Preparatoria, profundizando sobre temas de la aplicación de la determinación de la pena de acuerdo con los artículos 45-A y 46 del Código Penal, específicamente.

Cuarta

Que, el Ministerio Público, tenga por bien realizar eventos de capacitación en forma continua a los Fiscales Superiores, fiscales provinciales y Fiscales adjuntos; profundizando



sobre temas de la aplicación de la determinación de la pena de acuerdo con los artículos 45-A y 46 del Código Penal, específicamente.

Quinta

Que, la Fiscalía Suprema de Control Interno del Ministerio Público, realice continuas evaluaciones y control de las carpetas fiscales, específicamente sobre los requerimientos de terminación anticipadas solicitadas por las Fiscalías Penales, a efectos de evaluar sobre la aplicación adecuada de los artículos 45-A y 46 del Código Penal.

Sexta

Que, la Oficina de Control de la Magistratura, realice continuas evaluaciones de los expedientes penales, específicamente en las sentencias emitidas por el Juez de Investigación Preparatoria, en procesos de terminación anticipada, a efectos de evaluar sobre la aplicación adecuada de los artículos 45-A y 46 del Código Penal, al momento de emitir las sentencias.



BIBLIOGRAFÍA

- Ávalos, C. C. (2015), “*Determinación judicial de la pena-nuevos criterios*”. primera edición junio. Lima. Gaceta Penal.
- Benavente, H. (2012), “*Calificación de las denuncias penales*”. Diálogo con la jurisprudencia-problemas, primera edición octubre. Lima. Gaceta Jurídica.
- Cabanellas, G. (2002), “*Diccionario jurídico elemental*”. Décima tercera edición. Argentina Editorial Heliasta.
- Cancho, C. J. (2017), “*El quantum del dolor de la pena e imputación penal*”. Primera edición diciembre. Lima. Editores del Centro.
- Castro Cuba Barineza, I. E. (2019), “*Investigar en Derecho, Texto de apoyo a la docencia*”, Escuela de Posgrado, Universidad Andina del Cusco.
- Cerezo, J. (1994), “*Curso de Derecho Penal Español*”. Editorial Tecnos, Madrid, España, 4ta.
- Corso, A. (1955), “*El delito, el proceso y la pena*”. Edit. El deber S.A., Arequipa. Perú.
- Díaz, R. A. (2011). “*Individualización Judicial de la pena, conforme al Artículo 24 de la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescente*”. Tesis para optar el grado de Magister en Derecho con mención en Derecho Penal, Universidad de Chile. Santiago).
- Fernández M., Urteaga P., Verona. A. (2015). “*Guía de Investigación en Derecho*”. Primera Edición. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- García, J. C. (2017), “*La determinación judicial de la pena en el proceso penal peruano; a propósito de la inoperatividad funcional del esquema de determinación de la pena establecido en el código penal de 1991*”. Tesis para optar el Grado Académico de



Magíster en Derecho con mención en Ciencias Políticas, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima-Perú.

Guadalupe, I. (2011). “*Factores preponderantes en la determinación de la pena privativa de libertad en el Distrito Judicial de Lima*”. (para optar el título profesional de abogado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos), https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/1590/Guadalupe_oi.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Mendoza, F. C. (2015), “*Presupuesto acusatorios, determinación e individualización de la pena*”. Juristas editores, edición mayo.

Mir Puig, S. (2004), “*Derecho Penal. Parte General*”. 7ª edición. Barcelona – España. Editorial Reppertor.

Muñoz, F. (2013), “*Teoría General del delito*”. Editorial Temis, tercera edición.

Poma, F. M., (2013). “*Individualización judicial de la pena y su relación con la libertad y el debido proceso a la luz de la Jurisprudencia en materia penal en las Salas Penales para reos en cárcel del Distrito Judicial de Lima*”. (para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales, Universidad Nacional Mayor De San Marcos) https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/3360/Poma_vf.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Prado, V. R. (2015), “*Determinación judicial de la pena*”, Actualidad penal, primera edición febrero.

Prado, Víctor R. (2018), “*La dosimetría del castigo penal*”, ideas solución editorial, primera edición diciembre.



- Reyna, L. M. (2016), *“Introducción a la teoría del delito y a las consecuencias jurídicas del delito”*. Instituto Pacifico, primera edición febrero.
- Rioja, A. (2016), *“Constitución política comentada”*. Juristas editores, edición abril.
- Rojas, F. (2016), *“Código penal parte general”*, ARA editores, primera edición octubre.
- Roxin, C. (2016), *“Teoría del Delito en la Discusión Actual”*, Editorial Grijley.
- Solis, A. (2006), *“Ciencia Penitenciaria y Derecho de Ejecución Penal”*; Editora Jurídica Grijley, Lima- Perú.
- Valderrama, V. (2016). *“Determinación judicial de la pena de acuerdo al artículo 45-A del Código Penal y el principio de proporcionalidad”*. (para optar el Título Profesional de Abogado, Universidad Andina Del Cusco).
[https://repositorio.uandina.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12557/1123/Ver%
ca_Tesis_bachiller_2016.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://repositorio.uandina.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12557/1123/Ver%c3%b3nica_Tesis_bachiller_2016.pdf?sequence=3&isAllowed=y)
- Villa, J. (1998), *“Derecho penal-parte general”*. Editorial San Marcos. Lima-Perú.



ANEXOS



ANEXO 1

Matriz de consistencia

“Factores de determinación de las penas privativas de libertad suspendidas en las sentencias expedidas por el juzgado de investigación preparatoria de la provincia de Urubamba, en procesos de terminación anticipada, periodo- 2017”

Problemas	Objetivos	Hipótesis	Categorías de estudio	Subcategorías	Metodología
<p>Problema Principal</p> <p>¿Cuáles son los factores que considera el Juez de Investigación Preparatoria de la provincia de Urubamba para la determinación de las penas privativas de la libertad suspendida en procesos de terminación anticipada, en los procesos penales tramitados en el año 2017?</p> <p>Problemas específicos.</p> <p>¿Cuáles son las circunstancias atenuantes genéricas que considera el juez de Investigación Preparatoria de la provincia de Urubamba para la determinación de las penas privativas de libertad suspendida en procesos de terminación anticipada, en los procesos penales tramitados en el año 2017?</p> <p>¿Cuáles son las circunstancias agravantes calificadas que considera el juez de Investigación Preparatoria de la provincia de Urubamba al momento de determinar la pena privativa de libertad suspendida en procesos de terminación anticipada, en procesos penales tramitados en el año 2017?</p>	<p>Objetivo principal</p> <p>Conocer los factores adoptados por el juez de Investigación Preparatoria de la provincia de Urubamba, en la determinación de las penas privativas de libertad suspendida en los procesos de terminación anticipada, durante el periodo 2017.</p> <p>Objetivos específicos</p> <p>Establecer las circunstancias atenuantes genéricas adoptados por el juez de Investigación Preparatoria de la provincia de Urubamba en la determinación de la pena privativa de la libertad suspendida, en procesos de terminación anticipada durante el periodo de 2017.</p> <p>Establecer las circunstancias agravantes calificadas adoptadas por el juez De Investigación Preparatoria de la provincia de Urubamba al momento de determinar la pena privativa de libertad suspendida en procesos de terminación anticipada, durante el periodo 2017.</p>	<p>Hipótesis principal</p> <p>Los factores que consideran el juez de Investigación Preparatoria de la provincia de Urubamba en la determinación de la pena privativas de libertad suspendida en procesos de Terminación Anticipada, en los procesos penales tramitados en el año 2017 son genéricas, tasadas y con aparente motivación.</p> <p>Hipótesis Específico:</p> <p>Las circunstancias atenuantes genéricas que consideran el Juez de Investigación Preparatoria de la provincia de Urubamba para la determinación de las penas privativas de libertad suspendida en los procesos de terminación anticipada, procesos tramitados en el año 2017, son aplicados con aparente motivación.</p> <p>Los circunstancias agravantes calificadas que considera el juez de investigación preparatoria de la provincia de Urubamba para la determinación de las penas privativas de la libertad suspendida en los procesos de terminación anticipada, procesos penales tramitados en el año 2017, son aplicados con aparente motivación.</p>	<p>1-Factores que considera el Juez de Investigación Preparatoria en la determinación de la pena.</p> <p>2-Circunstancias atenuantes genéricas que consideran el Juez de Investigación Preparatoria de la Provincia de Urubamba.</p> <p>3-Circunstancias agravantes calificadas que consideran el Juez de Investigación Preparatoria de la Provincia de Urubamba</p>	<p>-Circunstancias atenuantes genéricas.</p> <p>-Circunstancias agravantes calificadas.</p> <p>-Circunstancias agravantes genéricas.</p> <p>-La carencia de antecedentes penales.</p> <p>-El obrar por móviles nobles o altruistas.</p> <p>-El obrar en estado de emoción o de temor excusables.</p> <p>-La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible.</p> <p>-Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias derivadas del peligro generado.</p> <p>-Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad.</p> <p>-La edad del imputado en tanto que ella hubiera influido en la conducta punible.</p> <p>-Reincidencia.</p> <p>-Habitualidad.</p>	<p>Cualitativa documental.</p> <p>Unidades de análisis</p> <p>Las constituyen las sentencias expedidas con pena privativa de libertad suspendida por el Juzgado de Investigación Preparatoria de la provincia de Urubamba, en procesos de Terminación Anticipada en el periodo 2017, con la finalidad de establecer los factores y circunstancias que se consideran para la determinación de la pena.</p> <p>Técnicas</p> <p>-Análisis de textos</p> <p>De doctrina (libros, tesis, artículos científicos jurídicos), jurisprudencia y derecho comparado, referidos a la problemática de investigación</p> <p>-Análisis documental</p> <p>De las sentencias objeto de muestra.</p> <p>Instrumentos</p> <p>Para aplicar la técnica seleccionada se elaboraron fichas de análisis de textos y fichas de análisis documental.</p>



ANEXO 2

Ficha de análisis de textos

Nombre del autor
.....
Título de la obra
.....
Editorial y año de publicación
.....
Concepto en análisis
.....
Contenido
.....
.....
.....
.....
.....
.....
Observaciones.....
.....
.....
.....
.....



DATOS ESPECÍFICOS DE LA INVESTIGACIÓN	DESCRIPCIÓN	OBSERVACIONES
-Factores adoptados por el juez de Investigación Preparatoria de la provincia de Urubamba, en la determinación de las penas privativas de libertad suspendida.		
-Circunstancias atenuantes genéricas adoptadas por el juez de Investigación Preparatoria de la provincia de Urubamba en la determinación de la pena privativa de la libertad suspendida.		
-Circunstancias agravantes cualificadas adoptadas por el juez de Investigación Preparatoria de la provincia de Urubamba al momento de determinar la pena privativa de libertad suspendida.		
- Otro (s)		