

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO
ESCUELA DE POSGRADO**

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL



**"DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN CASOS DE
CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS"**

TESIS PRESENTADA POR:

BACH. JAROL AVILA SEQUEIROS

PARA OBTENER EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN
DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL Y
PROCESAL PENAL

ASESOR:

DR. MARIO HUGO SILVA ASTETE

CUSCO – PERÚ

2019

Í N D I C E

| | |
|--|----|
| Resumen | 5 |
| Abstract..... | 6 |
| Introducción..... | 7 |
| I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA..... | 9 |
| 1.1 Situación problemática..... | 9 |
| 1.2 Formulación del problema..... | 11 |
| a.- Problema general..... | 11 |
| b.- Problemas específicos..... | 12 |
| 1.3 Justificación de la Investigación..... | 12 |
| 1.4 Objetivos de la investigación..... | 14 |
| a.- Objetivo general..... | 14 |
| b.- Objetivos específicos..... | 14 |
| II MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL..... | 16 |
| 2.1. Bases teóricas..... | 17 |
| 2.1.1 El Ministerio Público y la investigación | 19 |
| 2.1.2 Origen y evolución de la pena privativa de libertad..... | 19 |
| 2.1.3 Concepto de pena..... | 21 |

| | |
|---|----|
| 2.1.4 Caracteres de la pena..... | 22 |
| 2.1.5 Clases de pena..... | 23 |
| 2.1.6 Teorías de la pena..... | 29 |
| 2.1.7 Teorías absolutas..... | 29 |
| 2.1.8 Teorías relativas..... | 31 |
| 2.1.9 Teorías mixtas..... | 39 |
| 2.1.10 Naturaleza jurídica de la pena..... | 42 |
| 2.1.11 Presupuestos de la pena..... | 44 |
| 2.1.12 Fines de la pena..... | 45 |
| 2.1.13 Determinación judicial de la pena..... | 47 |
| 2.1.14 Sistemas de determinación judicial de la pena..... | 50 |
| 2.1.15 Circunstancias atenuantes genéricas..... | 52 |
| 2.1.16 Circunstancias atenuantes privilegiadas..... | 58 |
| 2.1.17 La tentativa..... | 63 |
| 2.1.18 La responsabilidad atenuada..... | 65 |
| 2.1.19 El estado pasional..... | 68 |
| 2.1.20 La responsabilidad restringida por la edad..... | 69 |
| 2.1.21 El error de prohibición..... | 70 |
| 2.2 Marco conceptual (palabras clave)..... | 76 |
| 2.3 Antecedentes de la investigación..... | 76 |

| | |
|---|-----|
| III HIPÓTESIS Y CATEGORÍAS DE ESTUDIO..... | 77 |
| a.- Hipótesis principal..... | 78 |
| IV. METODOLOGÍA..... | 79 |
| a.- Enfoque de investigación..... | 79 |
| b.- Tipo de investigación..... | 80 |
| Análisis de resoluciones de expedientes judiciales..... | 81 |
| Encuesta a jueces, fiscales y abogados defensores..... | 84 |
| V. RESULTADOS Y DISCUSIÓN..... | 91 |
| Análisis interpretación y discusión de resultados..... | 91 |
| Conclusiones..... | 97 |
| Recomendaciones..... | 99 |
| Bibliografía..... | 100 |

RESUMEN

El presente trabajo de investigación trata de un tema muy importante para la administración de justicia en el campo penal. En efecto, la determinación judicial de la pena es un instituto del Derecho Penal que influirá negativa o positivamente en el estado emocional, familiar y social del condenado. Si la pena responde adecuadamente a la política criminal del Estado favoreciendo la prevención general y especial, entonces los efectos que producirá en el sentenciado serán también necesariamente favorables a su rehabilitación, resocialización y reincorporación a la sociedad.

Dicho esto, en la primera parte del trabajo se ha efectuado el planteamiento principal del problema y los problemas específicos; igualmente se plantearon los objetivos y la justificación de la investigación. Seguidamente, se comprenden resumidamente los antecedentes del estudio con algunos trabajos de investigación realizadas en otras universidades y un artículo de revista. Después, se tiene elaborado un marco teórico estándar (utilizando bibliografía actualizada) con los temas relacionados directamente con la investigación planteada. Así, teniendo en cuenta que el tema central del trabajo tiene relación directa con la imposición de la pena, se contempla primeramente el instituto de la pena y su concepto. Posteriormente, se ha realizado un estudio de las diferentes teorías de la pena; dentro de éstas, se comprenden a las teorías absolutas de la pena, las teorías relativas de la pena, que comprenden a la prevención general y prevención especial, y las teorías mixtas. Finalmente, también obra en el marco teórico un breve estudio de los caracteres y las clases de pena para culminar con la determinación de la pena y la escala punitiva, conforme a lo establecido en la ley penal peruana.

En este contexto, en las subcategorías de estudio, como una imperativo del estudio, se ha integrado el marco teórico con un análisis de las circunstancias genéricas de atenuación y con las circunstancias atenuantes privilegiadas establecidas en la ley penal, consideradas por la judicatura nacional. De esta manera, obran en la parte final del marco teórico la tentativa, la responsabilidad restringida, la responsabilidad atenuada por la edad, la complicidad secundaria, entre otras. En la parte final del estudio efectuado, se tiene establecida la metodología empleada y las hipótesis planteadas y verificadas (luego de las encuestas plasmadas en tablas y gráficos). Se concluye con el análisis y discusión de resultados, las conclusiones y las recomendaciones.

Palabras clave: Determinación judicial, pena, concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas.

ABSTRACT

The present investigation deals with an important issue for the judicial system in the criminal field. In fact, the judicial determination of the sentence is a Criminal Law concept that will influence either negatively or positively in the convict's emotional, family and social state. If the sentencing adequately responds to the State criminal policy, favoring general and special prevention, then the effects it will produce in the convict himself will also be positive for his own rehabilitation, resocialization and reintegration to society.

That said, in the first part of this work, the statement of the main and specific problems of the investigation is presented. Likewise, the objectives and its justification are also portrayed in this part of the work. Subsequently, a background of the study is displayed and it cites some research papers by other universities and a law magazine article. After that, a standard theoretical framework (using current literature) of the topics directly related to the current investigation is presented. Furthermore, considering that the central topic of this work is directly linked to the sentencing, the sentence as an institution and its concept are introduced. Thereupon, we have conducted a study of the various sentencing theories: such as the absolute, the relative ones (which include general and special prevention) and finally the mixed ones. Lastly, the theoretical framework also introduces the characters of the sentences and its classes, its determination and the punitive scale according to the Peruvian criminal law.

In this regard, the subcategories of this study offer a theoretical framework and an analysis of the generic circumstances of attenuation and the privileged circumstances of attenuation, both established by criminal law and considered by the national judiciary. In this way, the last part of the aforementioned framework includes the methodology applied and the raised and verified hypothesis (right after the surveys captured in tables and graphics). The work is concluded with the analysis and discussion of the results, the conclusions and the recommendations.

Key words: Judicial determination of the sentencing, concurring circumstances, privileged mitigating circumstances

INTRODUCCIÓN

El problema que ha originado la presente investigación es aquél relacionado con la imposición de la pena por parte del juzgador cuando se presentan circunstancias atenuantes privilegiadas en el acusado; y los motivos que han conducido al investigador a estudiar este aspecto son los vacíos que existen en la ley penal sustantiva y en la jurisprudencia vinculante sobre esta temática del derecho penal.

En el **Capítulo I**, de acuerdo a las reglas de la metodología, se ha planteado y formulado el problema de investigación; el problema principal y los problemas específicos; seguidamente, se ha procedido a justificar integralmente la investigación; en este extremo se considera la conveniencia científica, la relevancia social, las implicaciones prácticas y la viabilidad del estudio, para terminar con el planteamiento de los objetivos del estudio, que son esencialmente, identificar los límites que tienen los jueces para la disminución de la pena en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas.

En el **Capítulo II**, el marco teórico que da cobertura al trabajo tiene relación directa con el tema de investigación. En efecto, se ha comprendido fundamentalmente el instituto de la pena con sus diversos temas inherentes a su teorización, tales como su evolución, naturaleza jurídica, sus caracteres, sus clases, entre otros. En esta misma línea de trabajo se ha abordado el tema vinculado a la determinación judicial de la pena, considerando, primero, los diversos sistemas de determinación de la pena y, segundo, las diversas circunstancias que establece la ley para tomar en cuenta al dosificar el quantum de la pena. Concluye este capítulo con el marco conceptual y los antecedentes de la investigación. Estos antecedentes están relacionados al tema planteado. En efecto, se han consignado dos tesis sustentadas, una en la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo y la otra en la Universidad Andina del Cusco, además de un artículo publicado en Gaceta Penal.

En el **Capítulo III** se establecen la hipótesis de investigación y las categorías de estudio; se ha podido verificar que la disminución de la pena en casos en que concurren circunstancias atenuantes privilegiadas no tiene parámetros o límites regulados por la ley o la jurisprudencia vinculante, por tanto está librada al criterio discrecional del juzgador.

El **Capítulo IV** La metodología utilizada cumple los estándares básicos que exige un trabajo de investigación jurídica. Se ha optado por un enfoque cualitativo y por un tipo de investigación descriptiva–explicativa y propositiva, desde que una vez que se hizo la verificación de los fenómenos fácticos analizados, este hecho permitió proponer alternativas de solución. El aporte brindado, sin duda, contribuirá al debate de la problemática abordada. Por otro lado, la unidad de análisis se enfocó en el tema de la determinación judicial de la pena en casos en que concurren circunstancias atenuantes privilegiadas, estudio que se efectuó en la sede principal de la Corte Superior de Justicia del Cusco. Ahora bien, las técnicas utilizadas para la recolección de datos e información fueron sustancialmente el análisis documental y la encuesta no probabilística o dirigida (por conveniencia).

Finalmente en el **Capítulo V** se efectuó el análisis, interpretación y discusión de resultados, las mismas que se han plasmado en las conclusiones. El estudio verifica que la determinación judicial de la pena en casos en que concurren circunstancias atenuantes privilegiadas no tiene límites previstos en la ley y está librada al arbitrio o criterio discrecional de juzgador. Este hecho vulnera los principios de humanidad de las penas, de proporcionalidad y de equidad (justicia en el caso concreto). Ahora, en lo que concierne a las consecuencias que genera en el proceso se vulneran los principios de prevención general y especial y predictibilidad de las resoluciones. Finalmente, como recomendación principal se ha propuesto se incorpore en la ley penal el establecimiento de tercios o cuartos para la disminución de la pena por debajo del mínimo legal cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas.

I. Planteamiento del problema

1.1 Situación problemática

Uno de los institutos penales más importantes del Derecho Penal es la determinación de la pena, considerando que el juez para imponerla debe efectuar todo un proceso mental basado en las circunstancias de la comisión del delito en el caso concreto. En efecto, tal como sostiene el artículo 45-A del Código Penal, el juzgador al dosificar la pena concreta debe encuadrarla dentro de la escala punitiva establecida en el referido dispositivo. Así, se tiene que el legislador, recogiendo las últimas tendencias de la legislación penal comparada ha fijado una escala que contempla el establecimiento de un sistema de tercios dentro de la pena básica, a fin de que el juez la determine en el caso concreto la que, a su juicio, debe ser la pena a imponer. La finalidad de este artículo constituyó el establecimiento de parámetros a los jueces a fin de que no pongan penas por debajo del mínimo legal, salvo sólo en casos expresamente establecidos por la ley.

Este proceso judicial en la determinación de la pena viene aplicándose en el proceso penal peruano desde la incorporación del Artículo 45-A en el Código Penal mediante la Ley N° 30076 del 19 de agosto del 2013. Anteriormente, los jueces determinaban la pena de manera discrecional, muchas veces o mayormente, con penas por debajo del mínimo establecido en la pena básica. Es más, la práctica judicial arrojaba muchos casos en que los jueces, invocando el principio de proporcionalidad de la pena imponían penas desproporcionadas *por defecto*, vale decir, penas muy benignas; en muchos casos penas suspendidas en delitos graves. Este hecho originó que el

legislador incorpore el artículo 45-A en el Código Penal y de esa manera poner un freno a la inadecuada utilización de la discrecionalidad en la imposición de la pena.

Ahora, si bien es cierto que esta incorporación de la escala punitiva facilitó en gran manera la labor judicial en la determinación de la pena (aunque tampoco resultó ser la panacea) sin embargo, no ocurre lo mismo en el extremo relacionado a las circunstancias atenuantes privilegiadas, donde este mismo dispositivo, solo establece de manera genérica que la pena se determina por debajo del tercio inferior, empero no precisa el quantum de pena que el juez debe disminuir, lo que sí ocurre en el caso de las agravantes cualificadas.

Dicho esto, es pertinente precisar que en la doctrina nacional existe diferencias en cuanto a considerar como circunstancias atenuantes privilegiadas y por otro lado, considerar como causales de disminución de la pena a varios institutos penales y procesales- Así, se tiene que para el profesor Prado Saldarriaga, nuestro Código sustantivo no contendría ninguna circunstancia atenuante privilegiada; “Las circunstancias no deben confundirse con otras reglas que afectan la construcción o extensión de la pena básica o concreta, como son las denominadas causales de disminución o incremento de punibilidad (eximentes imperfectas, la tentativa o la complicidad secundaria) y las reglas de reducción punitiva por bonificación procesal (confesión sincera, colaboración eficaz o terminación anticipada del proceso)”. Entonces, lo que otro sector del foro considera como tales a las referidas figuras penales, son causales de disminución de la punibilidad y no atenuantes privilegiadas (Prado, 2014, p. 121). Sin embargo en una posición anterior, aparentemente contradictoria, este autor sostiene que el artículo 22 del Código Penal que se refiere a la edad del agente es un ejemplo de circunstancia atenuante privilegiada. (Prado, 2009, p. 121).

Más allá de este debate, sobre el *nomen iuris* que se le dé a estas figuras penales, el presente trabajo de investigación pretende conocer cuál es el estado actual de la doctrina y jurisprudencia nacional relacionada a la determinación de la pena en casos en que se presente en los procesos penales circunstancias atenuantes privilegiadas o causales de disminución de la pena. Vale decir, conocer qué perspectivas tienen los jueces para optimizar la determinación de la pena en casos de presencia de circunstancias atenuantes privilegiadas o causales de disminución de la pena, teniendo en cuenta que la norma penal no establece ningún lineamiento, como sí lo hace cuando se habla de circunstancias agravantes calificadas (reincidencia y habitualidad).

1.2 Formulación del problema

a.- Problema general

¿Cuáles son los límites que tienen los jueces para la disminución de la pena en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas?

b.- Problemas específicos

1.- ¿Cuáles son los efectos relevantes que genera en la administración de justicia la determinación de la pena a discreción del juzgador en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas?

2.- ¿Qué repercusión tiene en el sentenciado la determinación de la pena a discreción del juzgador en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas?

1.3 Justificación de la investigación

El presente tema de investigación tiene especial importancia considerando que la determinación del quantum de pena a los acusados en un

proceso penal, redundará en su vida personal y familiar. En este contexto, la aplicación de una pena justa y proporcional debe ser siempre el norte de los operadores de justicia penal, porque una pena desproporcionada ya sea por exceso o por defecto, no abona a una impartición de justicia óptima y por tanto eficaz. Así las cosas, tampoco se podrá cumplir adecuadamente con los fines de la pena, esto es la prevención general y la prevención especial si el sistema de justicia penal no brinda adecuadamente las herramientas y garantías para un proceso idóneo en clave de realización de una justicia material. En este sentido, la justificación del tema de investigación comprende los siguientes aspectos:

Conveniencia.- La presente investigación resulta conveniente porque nos ilustrará sobre los límites que impone la ley a los jueces al momento de determinar la pena en casos que se presenten circunstancias atenuantes privilegiadas. De esa manera se podrá conocer qué criterios utilizan los jueces para disminuir la pena en un caso concreto donde concurren solo causales de disminución de la punibilidad.

Relevancia social.- Considerando que este tema es importante en la administración de justicia, este trabajo de investigación permitirá, primero, que los abogados defensores, puedan informarse adecuadamente sobre el criterio de los jueces y fiscales en relación a las denominadas circunstancias atenuantes privilegiadas, esto es, cuales son las tendencias en su aplicación dentro del proceso penal en un caso concreto. Por otro lado, los resultados de la investigación pueden también, eventualmente, beneficiar a las personas que se vean incurso en un proceso penal, en cuyas actuaciones procesales aparezcan las también denominadas causales de disminución de la punibilidad.

Implicaciones prácticas.- Los resultados de la investigación pueden permitir, en su caso, un mejor tratamiento legislativo de las circunstancias atenuantes privilegiadas, para que los operadores de justicia, tanto jueces, fiscales y abogados defensores, puedan hacer un uso adecuado de este instituto procesal en beneficio de una administración de justicia que garantice el respeto de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y predictibilidad.

Viabilidad del estudio.- La factibilidad del presente trabajo de investigación está garantizada desde que el autor labora en el Ministerio Público y por este hecho tiene conocimiento de la problemática planteada, circunstancia que también enriquece la investigación. De esta manera la información necesaria podrá recabarse sin mayor dificultad.

La ejecución del trabajo de investigación no requiere de mucho presupuesto, los operadores jurídicos y los otros protagonistas que serán entrevistados laboran en esta ciudad. La información documental se recabará de la Corte Superior de Justicia de Cusco.

1.4 Objetivos de la investigación

a.- Objetivo general

Identificar cuáles son los límites que tienen los jueces para la disminución de la pena en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas

b.- Objetivos específicos

1° Verificar cuáles son los efectos relevantes que genera en la administración de justicia, la determinación de la pena a discreción del juzgador en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas.

2° Examinar qué repercusión tiene en el sentenciado la determinación de la pena a discreción del juzgador en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas.

II. Marco teórico conceptual

2.1 Bases teóricas

2.1.1 Origen, evolución, función y crisis de la pena privativa de libertad

Bustos y Hormazabal (1997) remitiéndose a varios autores, sostienen que “El origen de la pena privativa de libertad es relativamente moderno. Aparece con el Estado liberal especialmente sobre la base de una idea humanitaria, utilitaria y resocializadora. Su humanitarismo radicaba en modificar la situación existente de tormentos, penas de galeras y en general las de carácter corporal. Su utilitarismo en aprovechar para el Estado y para regular para el mercado de trabajo la mano de obra ociosa y marginal. Su resocialización consistía justamente en disciplinar al campesino y al marginal para el trabajo en la fábrica. (Melossi y Pavarini, 1978, 201 ss.). Pero sus antecedentes ya se pueden encontrar en los siglos XVI, XVII y XVIII, especialmente en Holanda, donde surgen las llamadas «casas de trabajo» {*Spinnhuis*, casas de hilados; *Rasphuis*, casas de escofinar maderas y *Tuchthuis*, casas de telas), que tienen por objeto recluir y hacer trabajar para el Estado a toda clase de marginales (vagos, prostitutas, delincuentes, viudas, ancianos, etc.). Estas casas de trabajo cumplían una función económica pues formaban parte de la tendencia general de la necesaria acumulación de capital y también necesaria ruptura del monopolio de los gremios para la creación y la circulación del capital (Rusche y Kirchheimer,

1984, 25 ss.). El concepto se extendió a Francia (*Hôpitaux Généraux*) y a Inglaterra (*House of Correction*)” .p.176

“Por otra parte, la pena privativa de libertad cumplía con los fundamentos ideológicos utilitaristas del nuevo Estado, conforme a los planteamientos de Bentham, ya que la pena podía graduarse y cumplir con los objetivos preventivos generales del Estado. Al ser una pena divisible podía aumentarse o disminuirse su gravedad conforme a sus políticas criminales y al afectar a la libertad, bien fundamental del que disponía todo hombre, le quedaba claro el costo del delito al delincuente. Esta posibilidad de cálculo de costo y beneficio era básica para la coacción psicológica que pretendía la prevención general. Luego, desde un principio, la pena privativa de libertad tuvo una función «resocializadora», en un determinado sentido, en el de resocializar o mejor socializar o disciplinar para el trabajo. Esta vinculación de la pena con el trabajo es un planteamiento que reaparece con el planteamiento de la pena resocializadora o reeducadora. Son nuevas direcciones de la misma idea, en el sentido de que una reeducación y resocialización no se pueden basar sólo en la idea de disciplina y trabajo. Investigaciones posteriores en diferentes países (Estados Unidos, Alemania, Países Nórdicos) han venido a demostrar que una pena privativa de libertad no puede ser resocializadora, ya que destruye la personalidad del sujeto (Bergalli, 1976). Al ser una *institución total*, (Goffmann, 1972) el sujeto pierde su identidad dentro de ella y pasa a ser sólo un número y lo inserta dentro de la llamada *subcultura carcelaria* (Irwin, 1970, 64 ss.; Wolfgang y Ferracuti, 1970,153 ss.). De ahí la crisis actual de la pena privativa de libertad y la tendencia a buscar penas sustitutivas que se logren adecuar mejor a los fines del Estado moderno, en especial para las penas cortas privativas de

libertad que aparecen como las más nocivas para el desarrollo personal y la dignidad del sujeto. Por eso el postulado resocializador y reeducador del art. 25.2 CE debe entenderse en la dirección de búsqueda de alternativas a la prisión, ya que una resocialización mediante la cárcel es una contradicción de principios, pues *no se puede educar para la libertad, precisamente privando de libertad*. También, como se ha destacado, la resocialización de por sí resulta cuestionable, ya que no se puede determinar a qué tipo de sociedad, ni tampoco hasta qué punto puede intervenir el Estado en la conciencia del sujeto, ni cuáles son los valores cuestionados, cuáles los de reemplazo y por qué (Córdoba, 1977, 65 ss.; Muñoz Conde, 1980, 61 ss.). Estas críticas han traído un amplio movimiento que van desde alternativas a la cárcel, pasando por alternativas a la pena hasta la postura más radical de abolición del derecho penal. El Código español recoge la suspensión de la ejecución y la sustitución de la pena privativa de libertad bajo ciertos y determinados aspectos”. *Ibidem*.

Como se puede apreciar del texto anterior, en el origen y evolución de la pena privativa de libertad ha existido por parte del Estado, como política criminal, un afán resocializador y utilitarista a fin de que el penado pueda reconducir su conducta cuando se encuentre fuera de prisión y al mismo tiempo el Estado pueda también aprovechar de alguna manera la fuerza del condenado en labores fundamentalmente manuales.

2.1,2 Concepto de pena

Para Etcheberry (1999) “la pena es una pérdida o disminución de derechos personales que se impone al responsable de un delito. La imposición de una pena es lo que se conoce con el nombre de condena” p. 131

Para Calderón y Choclan (2001) “la pena es una consecuencia jurídico penal del delito, la más importante junto a la medida de seguridad (...) Sin embargo, la pena va perdiendo paulatinamente su significado puramente retribucionista para dar paso a consideraciones preventivas en su fundamentación, y de otro lado, la medida de seguridad tiende a ser limitada en su presupuesto y duración (...) llamamos pena a la sanción que reprime comportamientos socialmente insoportables en tanto está limitada por el principio de culpabilidad y medida en tanto está limitada por el principio de proporcionalidad.” p. 444.

La *pena* para Núñez (1999) “es un mal consistente en la pérdida de bienes como retribución por haber violado el deber de no cometer un delito. Cualquiera que haya sido la finalidad política que se le haya asignado al derecho penal, la pena ha consistido siempre en la *pérdida de un bien del delincuente*. Entran en este concepto tanto la pérdida de la vida, libertad, propiedad, fama y derechos o facultades, como la imposición de ciertas cargas penales, según son el trabajo y otras obligaciones”. p. 277.

Prosigue este autor expresando que “La pérdida de bienes es jurídicamente un mal, porque significa la privación a la persona de algo de lo que gozaba o la imposición de una carga personal que no tenía la obligación jurídica de soportar. La pena sólo puede consistir en la pérdida de lo que representa un valor jurídico. Implicaría un contrasentido una pena consistente en lo que para el derecho no significa un mal, sino un bien. Sólo la pérdida de bienes como *retribución* por el mal causado por el delito cometido es una pena. Esa pérdida también puede experimentarse por responsabilidades que, como la aquiliana y la contractual, no se asientan en la idea de una retribución por el mal

causado, sino en la de su reparación mediante la restauración real o aparente de las cosas al estado anterior a la infracción. La pena no es *reparatoria* del mal causado por el delito, ya que no compone la ofensa en que éste consiste. La pena es *retributiva* porque con ella la sociedad responde a la ofensa que, violando su deber de abstenerse de delinquir, el autor le infiere a bienes individuales o sociales. La pena es la retribución a la culpabilidad del autor con arreglo a su personalidad. La pena es, por consiguiente, intransferible”. Ibídem.

Como se puede apreciar del concepto de pena que dan los penalistas, en el fondo, todos coinciden en señalar que la pena es un efecto negativo que sigue a la persona a causa de su conducta violatoria de un bien jurídico protegido por la ley penal. En otras palabras la pena es una consecuencia que se genera jurídicamente por el acto cometido por el autor o partícipe de un delito.

2.1.3 Caracteres de la pena

Estrella Ruiz (2005) sostiene que “los caracteres de la pena son los siguientes:

- 1) Es un mal para el penado, que proviene de la restricción o privación impuesta al condenado de bienes jurídicos de su pertenencia, libertad o propiedad.
- 2) Es impuesta por el Estado. La pena es pública, impuesta por el Estado para la conservación del orden jurídico o para restaurarlo cuando haya sido perturbado por el delito.
- 3) La pena debe ser impuesta por los Tribunales de Justicia como consecuencia de un juicio penal.
- 4) Debe ser personal, debe recaer solamente sobre el penado de modo que nadie pueda ser castigado por hechos de otros.

5) Debe ser legal, establecida por la ley, y dentro de los límites fijados para un hecho previsto por la misma como delito.

La pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad. Sin la pena la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible”. p. 171.

Por su parte Calderón Sumarriva (2013) anota las siguientes características de las penas que la doctrina aborda:

“a) Es personal.- La pena es impuesta por el juez a la persona que ha cometido el ilícito penal. No es transferible.

b) Es proporcional.- La pena impuesta por el juez debe ser la respuesta idónea para lograr la resocialización, también necesaria para alcanzar dicho fin y proporcional con el daño ocasionado con el delito.

c) Es legal.- Así como la exigencia de que la conducta prohibida se encuentre tipificada, también es una exigencia que la pena siempre deba constar en el texto expreso de la ley”. p. 123.

Vemos que los caracteres de la pena los precisa la doctrina en función de la persona y del sistema o Estado, que se traduce en el control penal.

2.1.4 Clases de pena

Peña Cabrera (2011) precisa que las penas de acuerdo a nuestro Código Penal se clasifican de la siguiente manera:

“A.- Según su Posición Funcional

1.- *Penas Principales*

Son todas aquellas sanciones punitivas, que se aplican o se imponen directamente por la realización del hecho punible, éstas gozan de una autonomía impositiva de *lege lata*, esto quiere decir, que su aplicación no depende de la imposición de otra clase de pena.

2.- Penas Accesorias

Las «penas accesorias», son todas aquellas que acompañan impositivamente a las penas principales, se aplican bajo un régimen de simultaneidad, ante aquello cabe el axioma «lo accesorio sigue la suerte de lo principal»; en tanto, su aplicación se encuentra subordinada a la aplicabilidad de la sanción principal.

B.- Según su Incidencia Aplicativa

1.- Penas Acumulativas

Importan aquellas penas, que se imponen «acumulativamente», es decir, en simultáneo, sobre la persona del penado; (...) algunos tipos penales establecen la posibilidad de aplicar -tanto una pena privativa de libertad como una limitativa de derechos (inhabilitación)

2.- Penas Alternativas

Las penas alternativas son sometidas a la potestad discrecional del juzgador, quien tiene la facultad de decidirse por una por otra según su criterio de conciencia, no son por tanto, de imperativa sanción; v.gr., las penas privativas de libertad o las penas limitativas de derecho (prestación de servicios comunitarios o limitación de días libres), como los artículos 130, 143, 149, 175, etc.

3.- Penas Sustitutivas

Son aquellas penas que pueden ser sustituidas unas por otras, sobre todo aquellas que suponen una menor dosis de afectación a los bienes jurídicos del condenado; se entienden desde un plano preventivo especial, de prescindir de la pena de prisión, cuando la naturaleza del injusto penal así como las características personales del condenado así lo aconsejen.

C.- Por el Bien Jurídico Afectado

Las penas en este rubro son clasificadas según la naturaleza jurídica del interés jurídico afectado por la sanción punitiva, y son:

a. *Penas Privativas de Libertad*

Son aquellas sanciones punitivas, que suponen la privación de la libertad personal del afectado con la medida, consistentes en el internamiento efectivo del condenado en un establecimiento penitenciario. Conforme lo establecido en el artículo 29º del CP, la pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua; en el primero caso tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años, dispositivo legal, que fuera modificado por el Decreto Legislativo N° 895 del 23/05/1998 («Ley de terrorismo agravado»); luego declarada «inconstitucional» por el Tribunal Constitucional (Exp. N° 005-2001-AI/TC).

b. *Restrictivas de Libertad*

Son las que disminuyen apenas el ejercicio de un derecho personal, limitando cualquiera de sus manifestaciones; se sufre en libertad, residiendo el penado en un lugar determinado o fuera de un ámbito territorial determinado; v. gr. la expatriación y expulsión (artículo 30º, 1 y 2 del CP); debe anotarse, que la infamante pena de

«expatriación», ha sido expulsada del orden jurídico, vía la sanción de la Ley N° 29460 de noviembre del 2009.

b. ***Privación de Derechos***

Algunas penas suponen la limitación o suspensión de determinada actividad funcional o de otra índole, -que fue objeto de prevalimiento para la comisión del hecho punible-, aquella actividad que fue empleada por el autor para la perpetración del injusto penal; limitan al delincuente del goce de ciertos derechos civiles y políticos o del ejercicio de un arte o profesión; la «inhabilitación» del cargo público en el caso de los delitos contra la administración pública (infracción de deber), la suspensión del ejercicio de la patria potestad según el literal b) del artículo 83° del Código de los Niños y Adolescentes, la suspensión de la licencia de conducir (Código Nacional de Tránsito), así como otra clase de medidas que afectan derechos y ejercicios reconocidos constitucionalmente

d.- **Penas pecuniarias**

Suponen todas aquellas sanciones de contenido dinerario que significan una afectación al patrimonio del condenado y se hace efectiva a través del pago de una determinada suma dineraria que se le obliga a sufragar al penado”. pp. 198 y ss.

Calderón Sumarriva (2013) sostiene que “por la forma de aplicación de la pena, esta puede ser de tres tipos clásicos:

a.- Penas principales

Estas se aplican en forma autónoma, es decir, por sí solas al agente del delito.

b.- Penas accesorias

Son aquellas que no pueden aplicarse en forma autónoma, es decir necesariamente acompañan a una principal de cuya existencia dependen.

c.- Penas paralelas

Se presentan cuando el legislador prevé para un delito penas de distinta naturaleza y pueden funcionar como: a) alternativas, cuando existe una pluralidad conminatoria y también la posibilidad de elegir una pena de todas las establecidas; y como, b) conjuntas, cuando existe una pluralidad de penas que deben aplicarse en su totalidad, deben imponerse acumulativamente”. p.124

Muñoz Conde (2010) remitiéndose a la doctrina española, refiere que “La clasificación legal de las penas atiende a dos criterios: el de su naturaleza y el de su gravedad. Junto a ellos, se establece la categoría de las penas accesorias.

2.1.5 Clases de penas según su naturaleza

“La naturaleza de las penas se diferencia atendiendo al derecho del que privan. Así, el art. 32 CP establece que las penas a imponer pueden ser privativas de libertad, privativas de *otros* derechos y multa, que afecta al patrimonio del condenado. En cambio, el *comiso*, que también recae sobre objetos que pueden ser propiedad del condenado, no tiene la consideración de pena sino de consecuencia accesoria a la misma”.

2.1.6 Clases de penas según su gravedad

“En relación a tal criterio, las penas se dividen en graves, menos graves y leves (art. 33). Con ello se adopta una división tripartita que se corresponde con la establecida para las infracciones penales en el artículo 13 (delitos graves, delitos menos graves y faltas). Así, por ejemplo, la pena de prisión es grave si supera los cinco años y menos grave si dura entre tres meses y cinco años (no existe la pena de prisión inferior a tres meses). La multa no figura entre las penas graves, siendo menos grave si supera los dos meses y leve si abarca entre diez días y dos meses”. p.504.

Esta misma clasificación, de acuerdo a su naturaleza, tiene la ley peruana desde que comprende también las penas privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa, y en relación a la clasificación según su gravedad, la doctrina nacional sostiene que las penas graves son aquellas que superan los cuatro años de privativa de libertad, considerando que en esta circunstancia el condenado debe sufrir pena efectiva, las menos graves, serían las que siendo privativas de libertad quedan suspendidas y se cumplen en libertad, bajo un régimen de reglas de conducta, y las leves, serían aquellas que se aplican fundamentalmente en las faltas o en sanciones pecuniarias.

2.1.7 Teorías de la pena

En este tema consideramos conveniente abordar los puntos de vista de algunos autores reconocidos, tanto nacionales como extranjeros, para de esa manera verificar el estado actual de la teoría de la pena en el Derecho Penal.

García Caveró (2012) nos dice que “En las exposiciones doctrinales sobre el fin de la pena, se suele distinguir las llamadas teorías absolutas de la pena, de las llamadas teorías relativas de la pena. El criterio de esta distinción radica en que mientras las primeras ven la pena como un fin en sí misma, las segundas la vinculan a necesidades de carácter social”. p. 82.

2.1.7.1 Las teorías absolutas de la pena

Este mismo autor nos dice: “Las teorías absolutas de la pena sostienen que la pena tiene la misión trascendental de realizar el valor justicia, por lo que no se encontrarían informadas por criterios de utilidad social. Dentro de estas teorías destacan especialmente las llamadas teorías retributivas de la pena, las cuales definen la sanción penal como retribución por una lesión culpable. En su

versión subjetivo-idealista, Kant sostiene que la ley penal es un imperativo categórico que impone la razón del sujeto individual sin atender a consideraciones de carácter utilitarista. Aunque últimamente Jacobs ha relativizado la rigurosidad de esta afirmación, lo cierto es que la utilidad social no se coloca, en todo caso, como criterio legitimante de la pena. El carácter ideal de esta concepción de la finalidad de la pena se pone de manifiesto en el extendido ejemplo de la isla propuesta por el profesor de Königsberg, en donde llega a afirmar que si la sociedad de una isla decide disolverse, debe ejecutarse hasta el último asesino que se encuentre en prisión. La idea central de esta concepción es que la pena debe ser impuesta por imperativos de la razón, aunque su ejecución no sea necesaria para la convivencia social. En su versión objetiva-idealista, la teoría de la retribución de Hegel entiende que el Derecho, como objetividad de la voluntad, debe ser reestablecido ante la negación del delito (voluntad subjetiva del autor). Si bien la voluntad del autor, en tanto irracional, no podría afectar la objetividad del Derecho la única forma de tratar al delincuente como un ser racional es dándole a su voluntad subjetiva una pretensión de validez general. Es, en este contexto, en donde puede comprenderse la extendida afirmación de Hegel de que la pena honra al delincuente como un sujeto racional. La imposición de la pena, al negar la voluntad subjetiva del delincuente, reafirma la racionalidad general del sistema jurídico. Este proceso dialéctico se verifica con independencia de las consecuencias empíricas que produciría. No se trata, por tanto, de un restablecimiento empírico, sino de un restablecimiento de la racionalidad del Derecho". Ibidem

Bustos y Hormazabal (1997) sostienen que “Las teorías absolutas se plasman en diferentes líneas de pensamiento que no tiene mayor sentido entrar a clasificar. En su contenido esencial entienden que la pena es una retribución. Con ella se trata de que el que ha realizado un delito lo retribuya con la pena. Son dos de los más grandes pensadores europeos, Kant y Hegel, los que con mayor claridad han desarrollado la idea de la pena como retribución. Para Hegel (1972, § 97) la pena es la negación de la negación del derecho. Por lo tanto, en la medida que la negación de una negación es una afirmación, con la pena se trata de afirmar el derecho que ha sido negado con la realización del delito. El derecho cumple, entonces, un papel restaurador o retributivo. El valor absoluto trascendente a conseguir con la pena es afirmar la vigencia del derecho (...) Si para Hegel la retribución tiene una fundamentación jurídica, para Kant (1983, 455) tiene una fundamentación ética. Para este pensador la pena es retribución de la culpabilidad del sujeto que a su vez presupone su libertad de voluntad o libre albedrío. El autor culpable es el que hace mal uso de esa libertad y se hace merecedor de pena. La pena es una retribución o un pago por el mal uso de la libertad. Por lo mismo, debe ser una pena justa, esto es proporcionada al mal causado con el delito. Pero, más allá de ello, la pena es un imperativo de la justicia. Por eso debe ejecutarse siempre y en su totalidad. El carácter de valor absoluto de la pena como de realización de la justicia queda de manifiesto en la conocida sentencia de Kant según la cual «aun en el caso de que el Estado se disuelva voluntariamente, debe ser antes ejecutado el último asesino, a fin de que su culpabilidad no caiga sobre el pueblo que no insistió en esa sanción...» p. 44 y ss.

2.1.7.2 Teorías relativas de la pena

Villavicencio (2007) precisa en este extremo que “Son teorías muy antiguas en el Derecho Penal. Éstas atienden sólo al fin de la pena y le asignan utilidad social (prevención). Reciben el nombre de teorías relativas, porque a diferencia de la Justicia, que es absoluta, las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales”. Mientras que las teorías absolutas buscan sólo el sentido de la pena en la imposición de la justicia, sin tomar en cuenta los fines de utilidad social, estas teorías de la prevención asignan a la pena el objetivo de prevenir delitos como medio para proteger determinados intereses sociales. Son teorías utilitarias de la pena, y por ello podemos considerar que siempre tienen en cuenta a la realidad. Mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro” p. 54.

Creus (1992) precisa que las teorías relativas de la pena “son las que no conciben que la pena se legitime en sí misma, sino por finalidades que le son trascendentes (es decir, por los efectos que produce y que revierten sobre las realidades sociales o individuales). Dichas finalidades pueden ser de *prevención general*, asignándose entonces a la pena el objetivo de procurar que los componentes de la sociedad que no hayan cometido delito, no lo cometan, reforzando la amenaza de la pena con su efectiva ejecución cuando alguien lo cometió (un ejemplo de esta apreciación fue la tesis de la "coacción psicológica" de Feuerbach, que, quiérase o no, resulta harto veraz en la formación del derecho penal que nos rige), o de *prevención especial*, cuando el objetivo de la pena se hace radicar en el intento de lograr que el autor del delito, al sufrirla, no vuelva a cometerlo” p. 9.

A.- Las teorías de la prevención

Son las teorías relativas las que propugnan las teorías de la prevención. En ese sentido se tiene una prevención general y otra prevención especial.

García Caveró (2012) a este respecto precisa: “Las teorías de la prevención sostienen que la función de la pena es motivar al delincuente o a los ciudadanos a no lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos. Como puede verse, la función que cumple el Derecho penal (esto es, la protección de bienes jurídicos) tiene lugar a través de una incidencia directa de la pena sobre el Proceso interno de motivación del individuo. El efecto motivatorio de la pena puede estar dirigido a los ciudadanos en general o solamente al sujeto delincuente. Con base en estas dos posibilidades, la doctrina ha diferenciado dos formas distintas de prevención: la prevención general y la prevención especial”. p. 86.

1) La prevención general

“La teoría de la prevención general establece que la función motivatoria del Derecho penal se dirige a todos los ciudadanos. La forma cómo tiene lugar este proceso motivatorio es precisamente lo que diferencia las dos variantes que existen al interior de esta teoría: La prevención general negativa y la prevención general positiva”. *Ibíd*em

Modernamente, sostiene Reátegui (2012) “la prevención general se divide en dos: en prevención general negativa o intimidadora, que pretende disuadir al infractor mediante el mero castigo penal; y la otra en prevención general positiva o integradora, que a su vez pueden ser limitadoras y fundamentadoras. Roxin apunta que en el Derecho alemán "la llamada prevención general positiva, esto es, el mantenimiento de la práctica en la

fidelidad al Derecho, representa actualmente en Alemania el papel de la finalidad principal de la pena. En otras palabras, la coacción que la Ley formula en abstracto se torna concreta en la sentencia, pues con la condena el juez refuerza la amenaza, anunciando a los demás que les ocurrirá lo mismo que al autor si realizan comportamientos similares (prevención general negativa); sin embargo, el fundamento es endeble, ya que no permite determinar el límite hasta el que resulta tolerable que el Estado intimide lo que favorece estrategias que se traducen en la adopción de fuertes incriminaciones penales por hechos no muy graves. pp. 1288, 1289.

Jaen Vallejo (1998) precisa que “Cuando el Derecho Penal se desplaza desde el delincuente concreto a la sociedad en general, se habla de prevención general. Pero el derecho penal puede incidir en la sociedad de dos formas: a través de la prevención general negativa o intimidatoria y a través de la prevención general positiva o integradora. Mientras que esta última se dirige a la colectividad como conjunto de potenciales víctimas, la prevención general negativa contempla la sociedad como conjunto de delincuentes en potencia. Desde esta última perspectiva, la estrategia que se emplea en la lucha contra el delito es clara: la pena se concibe como una intimidación, como una amenaza dirigida al ciudadano para que se inhiba de cometer delitos”. p. 36

Villa Stein (2014) sostiene que “la prevención general lo es frente a la colectividad, conforme a lo cual la finalidad de la pena es el de motivar a los ciudadanos a un comportamiento conforme a derecho. El concepto se lo debemos a Anselmo Von Feurbach, quien concebía la pena como conminación penal que disuada psicológicamente a aquel que tenga tendencias antijurídicas. De lo que se trata con la prevención general es que las penas intimiden y con ella

se prevengan los delitos. Beccaria decía que las penas deben ser ciertas, infalibles, proporcionales, notorias y públicas. Jeremías Bentham señalaba también que la prevención general era el fin principal de las penas y su justificación, y que la impunidad puede incitar a delinquir. Actualmente se menciona la existencia de una prevención general negativa y de una prevención general positiva”. pp. 147, 148

a) La prevención general negativa

García Caveró (2012) señala: “La teoría de la prevención general negativa se caracteriza por ver a la pena como un mecanismo de intimidación para motivar a los ciudadanos a no lesionar bienes jurídicos penalmente protegidos. Este proceso de motivación por medio de la intimidación puede verificarse en dos momentos distintos del sistema penal: En la norma penal: La prevención general negativa mediante la conminación penal contenida en la norma penal fue formulada originalmente por Feuerbach. Según este autor alemán, la pena debe ser un factor de inhibición psicológica para que los ciudadanos no se decidan a cometer un hecho delictivo. Este entendimiento de la función de la amenaza penal presupone que exista un vínculo psicológico entre el mensaje de la norma penal y los ciudadanos. Es aquí donde precisamente se presenta el primer cuestionamiento a esta concepción de la pena, pues se dice que la mencionada vinculación psicológica resulta muy difícil de sostener en gran parte de la población, pues sólo un número reducido de ciudadanos ha leído efectivamente el Código penal. Por ello, la versión moderna de esta teoría entiende que la vinculación entre la norma y los ciudadanos no tiene un carácter empírico, sino normativo, es decir, que se parte del hecho de que este diálogo racional existe, aunque empíricamente no sea así: todos deben conocer las

normas jurídico-penales. La reformulación normativa de la teoría de la prevención general negativa no la libra, sin embargo, de otros puntos críticos. En primer lugar, se dice que existen determinados delitos en los que la amenaza de pena no puede ejercer su función motivatoria –como sucede en el caso de los delitos pasionales-, pues la decisión de delinquir en estos casos no es producto de una evaluación racional de los pros y los contras de la acción. En este sentido, la función de prevención general negativa tendría que limitarse solamente a los delitos en los que el agente hace efectivamente una ponderación de costes y beneficios de su actuación. Así las cosas, la aplicación de la teoría de la prevención general negativa se reduciría sólo a los delitos en los que el agente cumple el modelo de sujeto que actúa racionalmente, es decir, a los llamados delitos económicos. Pero incluso en el ámbito de los delitos económicos se ha cuestionado la realidad del efecto intimidatorio de la amenaza penal. Se dice que para poder ajustar adecuadamente la pena al proceso motivatorio es necesario fijar su cuantía de manera concreta y no general, pues la ponderación de costes y beneficios se hace siempre en cada caso concreto, cambiando las variables de caso en caso”. p. 86.

b) La prevención general positiva

“La formulación original de la prevención general positiva, atribuida a Welzel, se mantiene en la lógica de la motivación de los ciudadanos, pero cambia en el mecanismo de su realización. No es la intimidación a través de la amenaza penal la forma de motivar a los ciudadanos a no lesionar bienes jurídicos, sino el fortalecimiento que produce la pena en la convicción de la población sobre la intangibilidad de los bienes jurídicos. Desde esta lógica, la tarea del Derecho penal consistirá en la protección de bienes jurídicos a través de

la protección de valores ético-sociales elementales de la acción, confirmando la pena al Derecho como orden ético. Por ello, se dice que esta visión de la pena superaría el peligro de un terror penal latente en una visión preventivo-general negativa, pues solamente la pena justa sería la necesaria para confirmar los valores éticos del Derecho. La teoría de la prevención general positiva no está, sin embargo, libre de objeciones. Se le ha cuestionado realizar una labor pedagógica y educativa que penetra indebidamente en la esfera de autonomía atribuida jurídicamente al ciudadano. En este sentido, esta teoría tendría cierto corte autoritario, al imponer a los ciudadanos determinados valores ético sociales de carácter elemental. Desde Kant el Derecho solamente puede exigir el cumplimiento externo de sus mandatos y prohibiciones, pero no procurar que el ciudadano asuma las razones de tales mandatos y prohibiciones (mandato de neutralidad). El reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad, haría poco viable una teoría de la prevención general positiva como la descrita en el sistema jurídico actual”. Ibídem p. 89.

2) La prevención especial

Jakobs (1997) precisa: “a) Cuando se considera misión de la pena desalentar al autor con respecto a la comisión de hechos futuros, se habla de prevención especial. No es que se afirme que el contenido del Derecho penal alemán vigente esté concebido a la medida de la prevención especial por entero o si acaso sólo en sus piezas esenciales; lo que sí se postula es que el Derecho penal debe configurarse de *lege ferenda* de modo que sirva a la prevención especial, o sustituirlo por medidas de seguridad idóneas. La exigencia mínima consiste en prescindir de aquellas penas con cuya ejecución incluso se eleva la probabilidad de que el autor cometa ulteriores delitos. b) La influencia sobre al

autor debe realizarse de modo que se le impida ³⁶ por la coerción física cometer otros hechos o que se le impulse a no cometerlos por su propia voluntad. Esto último sucede por la vía de la corrección (*Besserung*) del autor, sea esta vía la educación o el adiestramiento, la intervención corporal (p. ej., castración), o la intimidación mediante una pena admonitoria. La función de la pena y de las medidas de seguridad que la acompañan o la sustituyen se puede, por tanto, caracterizar, siguiendo a *v. Liszt*, así: «1. Corrección del delincuente susceptible de corrección y necesitado de ella. 2. Intimidación del delincuente no necesitado de corrección. 3. Inocuidación del delincuente no susceptible de corrección». c)

La respuesta a la cuestión de si funciona en absoluto un modelo así y por qué, no es evidente. Las dudas sobre su funcionamiento no son oportunas mientras que en el tratamiento que se aplica al autor, corrigiéndole, intimidándole o inocuidándole surja tanto padecimiento que se marque de ese modo al autor como titular de los costes de la infracción ocurrida, pues mientras se asigne un padecer como consecuencia aún siguen siendo posibles los efectos de la prevención general positiva. Incluso la circunstancia de que al autor se le atribuya algo y se reaccione contra él le señala como causa del conflicto, reafirmandose así la norma. Estos efectos se basan en la impresión que suscitan en la generalidad el juicio penal de imputación y el tratamiento preventivo, y por ello no tienen nada que ver con las singularidades de la prevención especial; son más bien efectos secundarios de cuño preventivo-general”. p. 29

Roxin (1997) “La posición diametralmente opuesta a la teoría de la retribución se encuentra en la interpretación de que la misión de la pena consiste únicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos. Según ello, el fin de la pena apunta a la prevención que va dirigida al autor individual (especial). Se

habla, pues, según esta interpretación, de la "prevención especial" como fin de la pena. La teoría de la "prevención especial", al contrario de la concepción de la pena retributiva, "absoluta", es una teoría "relativa", pues se refiere al fin de prevención de delitos ("relativo" viene del lat. *referre* = referirse a). También esta posición se remonta a los orígenes del pensamiento penal. Ya en Séneca (f 65 d.C), evocando la idea de Protagoras (aprox. 485-415 a.C.) que fue transmitida por Platón (427-347 a.C), se encuentra la formulación clásica de todas las teorías preventivas: "Nam, ut Plato ait: 'nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur...'" ("Pues, como dice Platón: 'Ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque...'" p. 85.

En el tema de la Prevención Especial Villa Stein (2014) sostiene que "el objeto de la pena para la teoría de la prevención especial es el de prevenir que el agente concreto de un delito no lo vuelva a cometer en el futuro, La teoría de la prevención especial se remite en sus orígenes a Platón y Protágoras. Así, recordando a Protágoras decía Platón «Nenio prudens p u m i guia peccaium est, sed ntd peccetur» (ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no peque). Pero es a partir de finales del s. XIX que cobra particular importancia. El correccionalismo del español Dorado Montero concibe un "Derecho Protector de los Criminales-, El positivismo criminológico italiano desarrolla ampliamente el concepto de prevención especial al punto de pretender sustituir las penas por las medidas de seguridad. Es con Franz Von Liszt donde la concepción preventivo especial alcanza su punto culminante. En su programa de Marburgo de 1882, plantea que la pena sólo podía justificarse por su finalidad preventiva. El programa de Marburgo plantea la tesis de la prevención especial según los tres tipos de delincuentes: El ocasional, el corregible y el

incurregible. Frente al delincuente ocasional la pena debe intimidar para que en el futuro se inhíba de delinquir. Frente al delincuente corregible, la pena debe perseguir la corrección (resocialización) frente al delincuente habitual incurregible la pena persigue la inocuización, es decir el aislamiento del delincuente. La tesis de Liszt se impone en Italia por obra de Gramática. La tesis de la prevención especial a partir de la década del 60 se considera como la de la resocialización y la idea del tratamiento en la oportunidad de ejecutar las penas. A estos puntos de vista se le suma el nuevo concepto de la corresponsabilidad social. Actualmente, y dentro de una posición llamada superadora, Bacigalupo a partir de la prevención especial, adjetiviza la misma propiciando con ella una prevención especial, democrática pues la pena cumpliría una función reintegradora al medio social del autor, por ser un instrumento de política social”.

2.1.7.3 Las teorías mixtas

Villa Stein (2014) nos dice que estas teorías son “conocidas también como teorías de la unión por el hecho de pretender armonizar o combinar las teorías absolutas con las teorías relativas. Se sintetiza el aporte diciendo que la pena debe ser justa y útil con lo que se aspira a que la penalidad siendo represiva al propio tiempo resulta preventiva. La química de esta combinación finalista puede incidir más en lo justiciero que en lo preventivo siendo que según la preponderancia de cada factor finalista estaremos frente a una concepción represiva de la pena (por sobresalir finalidades justicieras) o frente a una concepción eminentemente preventista (por primar el propósito utilitario del castigo). Desde esta perspectiva se ha buscado una solución al problema que

resulta de la necesidad de equilibrar la necesidad de la pena (criterio utilitarista) con la justicia de la misma (criterio absoluto). p. 150

En este tema de la investigación Reátegui (2014) sostiene: “Las teorías de la unión son hoy dominantes y aparecen en la historia ^del Derecho Penal, como una solución de compromiso en la lucha de escuelas que dividieron a los penalistas en dos bandos: en "retribucionistas" y "prevencionistas". Estas teorías consideran que la pena es una retribución, ya que su aplicación supone un mal al hecho punible cometido. La retribución marca, de alguna forma, a través de la culpabilidad, el límite de la intervención penal del Estado. Sin embargo la pena criminal no se agota en una mera retribución. Su finalidad sería, adicionalmente, trascendente: la prevención de la comisión de futuros delitos la cual la legitima. En síntesis, la concepción más difundida, dentro de este eclecticismo, es la fundamentación preventivo-general, que pone el acento en el momento de la conminación penal abstracta. Donde el núcleo de los fines del Derecho penal pasa a ubicarse en el momento en que tiene lugar el diálogo racional entre la norma y el destinatario. Empero, esto ha dado cabida en su seno a consideraciones derivadas del pensamiento retributivo (en términos garantísticos), así como a la necesidad (reconocida en la Constitución) de que las penas mantengan una vertiente que posibilite la resocialización”. p. 1292.

2.1.7.4 Tesis de la retribución

Mir Puig (2001) nos dice que “La concepción más tradicional de la pena ha sostenido la necesidad de asignarle la función de retribución exigida por la justicia, por la comisión de un delito. Responde a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido. Ello se ha fundado en razones religiosas, éticas y jurídicas. Desde el punto de

vista religioso, el cristianismo ha dado lugar a fundamentaciones tradicionales de la función retributiva de la pena. Así, el mensaje de Pio XII al VI Congreso Internacional de Derecho penal contenía el siguiente pasaje: “Pero el juez supremo en su juicio final, aplica únicamente el principio de la retribución. Este ha de poseer pues un valor que no cabe desconocer”.

Agrega este autor que “La fundamentación ética de la retribución más absoluta se debe al filósofo alemán Kant. Como, según este autor, el hombre es un fin en sí mismo”, que no es lícito instrumentalizar en beneficio de la sociedad no sería éticamente admisible fundar el castigo del delincuente en razones de utilidad social. Solo es admisible entonces, basar la pena en el hecho de que el delincuente la merece según las exigencias de la justicia, la ley penal se presenta como un imperativo categórico, es decir como una exigencia incondicionada de la justicia”.

“Más jurídica es la fundamentación de la teoría retribucionista que propuso Hegel. Para éste el carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de restablecer la vigencia de la voluntad general representada por el orden jurídico, que resulta negada por la voluntad especial del delincuente. Si la voluntad general es negada por la voluntad del delincuente, habrá que negar esta negación a través del castigo penal para que surja de nuevo la afirmación de la voluntad general”

“Mientras que las teorías absolutas o de la retribución parten en un sentido estricto de que la pena debe imponerse para realizar la justicia sin que haya de tomarse en consideración otros fines de utilidad social, las teorías de la prevención asignan a la pena la misión de prevenir delitos como medio de protección de determinados intereses sociales. Se trata de una función utilitaria que

no se funda en postulados religiosos, morales o en cualquier caso idealistas, sino en la consideración de que la pena es necesaria para el mantenimiento de ciertos bienes sociales. La pena no se justificaría como mero castigo del mal, como pura respuesta retributiva frente al delito ya cometido, sino como instrumento dirigido a prevenir delitos futuros. Mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro. Frente a las teorías absolutas las teorías preventivistas reciben el nombre de teorías relativas. Ello se debe a que a diferencia de la justicia que es absoluta, las necesidades de prevención son relativas u circunstanciales”. pp. 77 y 78.

Bustos y Hormazabal (1997) refieren también que “el fundamento y fin de la pena ha sido objeto de larga discusión en el derecho penal. Esta discusión ha dado lugar a las llamadas teorías de la pena. Estas teorías son en el fondo teorías del derecho penal, pues su objetivo es legitimarlo, esto es, justificar mediante explicaciones racionales la imposición de un castigo que puede afectar al patrimonio, la libertad o incluso la vida de una persona (Zugaldía, 1995, 11). Estas teorías se clasifican en teorías absolutas y teorías relativas de la pena. Las teorías absolutas de la pena parten de una premisa: la existencia de verdades o valores absolutos anteriores al hombre. Se trata con la pena de «que se haga justicia». Sus fines son alcanzar la justicia o afirmar la vigencia del derecho. El derecho penal, en consecuencia, se legitimaría como instrumento eficaz para el logro de esos fines”. p. 44 y ss

Reproduciendo a estos mismos autores tenemos que “Las teorías relativas de la pena, también llamadas de la prevención, prescinden de consideraciones trascendentes para la legitimación del castigo y lo fundamentan en la utilidad de

la pena. La pena y el derecho penal se justificarían racionalmente porque es útil para prevenir el delito”. Ibídem.

2.2.7.5 Naturaleza jurídica de la pena

Angel Gustavo Cornejo (2015) enfatiza lo siguiente al tratar sobre la naturaleza jurídica de la pena: “La necesidad de reprimir al delinciente, es una simple consecuencia del hecho de la convivencia humana, en cualquier forma de comunidad. Este hecho es el último al que alcanza la investigación histórica. Y es así una simple constatación sociológica. Dado el hecho de la convivencia humana, la represión de todo acto que ataque las condiciones de su subsistencias, que lesione los intereses de los asociados, produce una reacción espontánea, que instintivamente lleva a la represalia del ofendido. La acción antisocial, repercute sobre el interés colectivo, en distintas formas; y esto explica cómo y por qué, la reacción instintiva del ofendido, viene seguida de la reacción colectiva; y es recogida por la autoridad de grupo, que asume el rol de vindicador de la ofensa individual; y de la alarma social, efectos del acto reprobado. La autoridad en su forma primitiva, desempeña discrecionalmente el rol de vindicador de las ofensas de sus subordinados y de su grupo. La represión se hace función pública exclusiva del Estado; y toma el carácter de institución jurídica cuando aquel asume, en un grado muy avanzado de cultura, el rol del representante de la sociedad; de órgano del derecho; o se erige en el sumo poder, y, al fin, como la encarnación de la idea de justicia. Pero el Estado, en estos distintos roles y en las diversas formas como se presenta en la historia ha ejercido la función represora, ni con el mismo título ni con idéntico fin. Y las diversas teorías que antes hemos mencionado no son sino los intentos de explicación y fundamentación de las actitudes, que el Estado ha tenido ante la criminalidad. La dilucidación de la

naturaleza y la fundamentación de la represión por el Estado, no puede hacerse, pues, sino dentro de un sistema de ideas preestablecido. Es un aspecto, es un elemento de una realidad histórica y conceptual, con la que, la realidad y el concepto del Estado, están en íntima conexión. p.139.

Sobre la naturaleza jurídica de la pena Peña Cabrera (2011) precisa que “En lo referente a la naturaleza del *ius puniendi* surgen dos posiciones en la doctrina jurídico-penal, de concebir a la pena como un «derecho subjetivo» del Estado o como un «poder o potestad». Jurídicamente suelen distinguirse dos manifestaciones del *ius puniendi* que, según la doctrina, tendrían, en cada caso, un fundamento autónomo: el derecho del Estado a establecer normas penales y el derecho a exigir el cumplimiento de éstas. El primero de ellos, hace alusión al proceso de criminalización, por el cual se le atribuye al Parlamento la exclusiva potestad criminalizadora que se traduce en la formulación de normas penales, como expresión de un poder político, consagrado constitucionalmente; mientras que el segundo, es la necesidad de imponer una sanción como método coactivo del Estado, para asegurar el cumplimiento de las normas (en abstracto) y como un mal que se impone a quien culpablemente infringió la norma jurídico-penal; en esta estructuración normológica, se identifica a la primera como norma primaria (contenido de la conducta) y la sanción como norma secundaria. BINDING, desde una posición objetivo-normativa del Injusto había de apoyar el *ius puniendi* como un derecho subjetivo a la obediencia, si las normas establecen determinados deberes de la misma forma, es decir como correlato, existe un derecho para exigir dicho incumplimiento, entonces con la misma ley que incrimina la conducta surge el

derecho a penar, erigiéndose en primer plano el derecho objetivo, perdiendo toda importancia la expresión *ius puniendi*”. p. 181 y ss.

2.2.7.5 Presupuestos de la pena

Para López (2004) en la aplicación de la pena podemos distinguir los siguientes rasgos o etapas:

“1.- La pena como retribución de la culpabilidad.- La pena presupone culpabilidad. No puede imponerse una pena a quien no es culpable. De manera que la culpabilidad es el fundamento de la pena.

2.- La culpabilidad y la necesidad de pena.- Dado que la pena no puede ir más allá del sujeto, Roxin estima que la culpabilidad es el límite de la pena. Es admisible imponer una pena inferior a la que correspondería conforme a la culpabilidad del sujeto.

3.- La culpabilidad fundada en la prevención general.- Por el contrario, Jakobs, discrepa de la postura anterior. A su juicio, no es posible admitir la culpabilidad como mera limitación de la pena, la cual debe fundamentarse preventivamente. Afirma que una culpabilidad sin relación a fines no puede aportar medida alguna. La culpabilidad se determina por el fin que es la prevención general, pues lo que se persigue con la culpabilidad es la estabilización de la confianza en la norma que fue destruida por el comportamiento delictivo”. pp. 63, 65

2.2.7.6 Fines de la pena

Castillo Alva (2004) respecto de los fines de la pena precisa lo siguiente:

“1. De modo semejante a lo que ocurre con los demás preceptos del Título

Preliminar del Código Penal, el artículo IX determina los marcos normativo y político-criminal de toda la legislación penal (codificada o no) en lo que atañe a las funciones y fines de la pena y de las medidas de seguridad. El legislador no solo se ha pronunciado sobre cuáles deben ser el sentido, orientación y fin de la pena, sino que ha precisado la función que debe cumplir la configuración legislativa y la aplicación práctica de las medidas de seguridad. 2. Cuando la ley alude a la función "preventiva, protectora y resocializadora" de la pena, no se refiere únicamente a la orientación que deben tener las penas privativas de la libertad, máxime si son las sanciones más comunes, aflictivas y extremas que reconoce el ordenamiento jurídico, sino a todas las penas criminales que tienen reconocimiento y existencia normativa en una legislación penal y que en nuestro CP se encuentran reguladas en el artículo 28. En efecto, la función "preventiva, protectora y resocializadora" de la pena es una finalidad atribuible a toda clase de pena -llámese pena privativa de libertad, de multa, limitativa de derechos o pena restrictiva de libertad- y se aplica a las penas principales, a las accesorias ya las diversas sub-clases de penas. Debe abandonarse, por equivocada, aquella visión superficial que pretende circunscribir la aplicación de los fines (o teoría) de la pena a la pena privativa de libertad como si esta fuera su único centro de referencia. Por ejemplo, dentro de las penas restrictivas de libertad (artículo 30 CP) se encuentran la expatriación y la expulsión del país. En el caso de las penas limitativas de derechos (artículo 31 CP) se encuentran la prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación. Lo mismo ocurre con las medidas de seguridad, pues cuando el artículo IX del Título Preliminar prescribe que estas persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación, comprende a la medida de internamiento (artículo 71.1) Y al tratamiento

ambulatorio (artículo 71.2). 3. La finalidad de la pena y las medidas de seguridad no solo abarcan -como a primera vista parece- su aplicación práctica al caso concreto que corre a cargo del Poder Judicial jueces y tribunales penales), sino que su alcance es mucho más amplio dado que comprenden la función legislativa y de ejecución penal. El cumplir con las funciones de la pena y las medidas de seguridad no es competencia exclusiva de los jueces penales. En esta tarea participa de manera protagónica -y siempre en primer lugar- el Parlamento y, en general, el legislador penal, dado que con la creación y puesta en marcha de una pena se debe tomar en cuenta si de modo abstracto la nueva sanción que se pretende incorporar al sistema punitivo se encuentra en condiciones de cumplir con la función "preventiva, protectora y resocializadora" (pena) o con la finalidad de "curación, tutela y rehabilitación" (medida de seguridad). Si una determinada sanción no está en aptitud, por la razón que fuere (por su naturaleza, estructura, etc.), de cumplir con las funciones asignadas en el artículo IX a las penas y/o a las medidas de seguridad, o contraviene de modo manifiesto las finalidades impuestas, sencillamente su instauración deviene en ilegítima, por cuanto contraría las bases, principios y programa de sistema punitivo declarados en el artículo IX del Código Penal. Asimismo, las funciones aludidas deben cumplirse también en la fase de ejecución de la pena y/o de las medidas de seguridad. En realidad, el respeto de la finalidad de las sanciones penales no solo debe efectuarse en el ámbito legislativo y judicial, sino que debe extenderse al campo penitenciario o de la ejecución, de tal manera que tenga una aplicación idónea e integral en todos los niveles". p. 229.

2.2.7.7 Determinación judicial de la pena

Silva Sánchez (2007) precisa que “La teoría de la determinación judicial (individualización) de la pena ha tenido un peculiar desarrollo en la historia del Derecho penal. La dogmática de la teoría del delito, cuya finalidad era la determinación del sí o no del delito y, por tanto, del sí o no de la aplicación del marco penal legal, iba adquiriendo un grado creciente de desarrollo y refinamiento. La teoría de la individualización judicial de la pena, esto es, la determinación del cuánto de la pena dentro del marco legal quedaba, en cambio, al margen de ese desarrollo y refinamiento. Ello, a pesar de que -como se pone de relieve por casi todos los que se refieren al problema- las consecuencias del acto de individualización son determinantes y la posibilidad de recurrirlo y revisarlo, un aspecto esencial del derecho al recurso en materia penal. No es posible dudar de que el desigual desarrollo de la teoría del delito y la teoría de la determinación de la pena se debe en parte a que, para un importante sector de la doctrina, la individualización judicial de la pena no se relaciona con el sistema de la teoría del delito, sino, por el contrario, con las teorías de la pena¹. Se supone que la determinación de la medida de pena correspondiente a un hecho concreto habría de tener lugar recurriendo directamente a consideraciones de retribución, prevención general o prevención especial relacionadas con el referido hecho. A lo sumo, se admite que la valoración retrospectiva de los elementos del concreto hecho cometido se considere como un elemento más junto a aquellos otros. De este modo, la argumentación de amplios sectores doctrinales suele moverse, en el mejor de los casos, en un terreno impuro o mixto, que mezcla lo retrospectivo con lo prospectivo. La determinación de la pena se explica como un ámbito en el que no inciden sólo argumentos relativos al hecho delictivo realizado, vinculados a las reglas dogmáticas de imputación,

sino también (y sobre todo) una argumentación asentada directamente en la teoría de los fines de la pena (esto es, en principios político-criminales generales)”. p. 3

La determinación de las penas, dice Etcheberry (1999), “es una tarea compleja, por la combinación de reglas contenidas en la parte general y en la parte especial del Código Penal, aparte de las que aparecen en las leyes especiales, y por la minuciosidad de estas reglas, consecuencia del afán del legislador propio de la época- de reducir a un mínimo el arbitrio judicial y de precisar hasta el máximo la pena aplicable en cada caso, tratando de prever el mayor número de situaciones posibles”. p.170.

Peña Cabrera (2004) señala: “Como es sabido los marcos penales que se encuentran conminados en los tipos penales de la Parte Especial del CP, se encuentran fijados en <abstracto>>, es decir, el legislador ha determinado marcos mínimos y máximos de penalidad, que han ser recorridos por el juzgador en cada caso concreto. Mientras que la penalidad en abstracto se dirige al ejercicio de los fines preventivo generales de la pena, la determinación de la pena importa un juicio concreto que recae sobre el sujeto infractor, que tiende a compatibilizar los fines preventivo especiales con razones de Justicia. El proceso de conminación legal en abstracto es una formulación de contenido simbólico-normativo, pues busca internalizarse en la psique de los sujetos a fin de que se abstengan de cometer delitos, a tal efecto sanciona con una pena el hecho prohibido, determinado a aquellos a obedecer el mandato determinativo; en cambio, el proceso de concreción legal es de naturaleza individual, en tanto recoge no sólo el hecho punible, sino también las diversas particularidades que presenta el autor culpable a fin de imponer una pena útil y merecida. Y es que el

efecto de confianza y de pacificación recién puede darse a partir de lo que resulte del proceso (...) la tarea de individualizar la pena no se agota en la tarea judicial de determinar la clase y cantidad de pena que corresponde al caso concreto, sino que incluye otras cuestiones, como la creación de un marco punitivo abstracto para cada hecho punible, la determinación de pautas que el juez debe considerar, la discrecionalidad que resulta admisible en su aplicación, la decisión sobre la viabilidad de una condena de ejecución condicional, las modalidades de ejecución o en fin la determinación de la fecha de libertad anticipada, por lo que corresponde distinguir los ámbitos en los que deben adoptarse estas decisiones”. pp. 384, 386.

2.2.7.8 Sistemas de determinación judicial de la pena

Reátegui (2014) precisa: “Existen, en principio, tres sistemas de determinación judicial de la pena:

1) En primer término, se encuentra el sistema de penas utilizado por el Código Penal francés de 1791 que establecía penas fijas absolutamente determinadas por el legislador.

2) En segundo término se encuentra, completamente opuesto a la anterior, el sistema de penas indeterminadas utilizado en el Derecho anglosajón, en el que se deja amplio arbitrio al juez para fijar la pena.

3) El tercer sistema consiste en una ponderación de ambos extremos, es decir, se asume un sistema de penas parcialmente determinadas en la ley que deja ciertos márgenes de discrecionalidad judicial. Dentro de este tercer sistema caben dos vertientes: o el legislador fija simplemente un límite mínimo y máximo de la clase de pena prevista, dejando en manos del juez la determinación de la pena concreta entre estos límites; o establece además ciertas

circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que afectan el marco penal abstracto, así como criterios específicos que el juez debe considerar en su labor de individualización' de la pena. Nuestro Código Penal ha seguido, con propias particularidades, este último sistema de determinación de la pena". p. 1346.

Prado (2007), sostiene que "para fijar la pena hay tres momentos esenciales dentro del proceso de determinación judicial. Estos tres momentos son los siguientes: a) La identificación de la pena básica; b) la busca o individualización de la pena concreta; y c) la verificación de la presencia de las circunstancias que concurren en el caso. Para llegar a la pena concreta, el principal instrumento que se tiene son las "circunstancias", entonces lo que hay que hacer es verificar en el caso concreto la presencia de circunstancias. Estas circunstancias no son parte del delito, están periféricamente ahí, no lo integra, concurre con él, por ende no está ligado a la tipicidad, no está ligado a la anti-juricidad, no está ligado a la culpabilidad, pero va a tener una valoración concatenada con un mayor desvalor de la conducta o con un mayor reproche del autor. Sin embargo, no es otra cosa que un conjunto de indicadores, merced a los cuales se busca graduar la entidad cuantitativa de la pena". p. 30 y ss.

"Son las circunstancias las que nos van a permitir mover dentro del espacio que representa la pena básica como mínimo y como máximo; el poder avanzar hacia el máximo, conectarnos con el mínimo; el poder transitar hacia un extremo intermedio entre ambos es un proceso de evaluación de circunstancias".
Ibidem.

Ahora, si bien es cierto que el Código Penal peruano, siguiendo la tendencia de otras legislaciones extranjeras, ha establecido una escala punitiva

para que el juez pueda fijar la pena concreta luego de un proceso intelectual que importa la valoración de las diversas circunstancias atenuantes y/o agravantes, sin embargo, este proceso y escala no son necesarios para fijar la pena cuando se presentan circunstancias atenuantes privilegiadas o, como sostiene la Corte Suprema de Justicia en la Casación 623-2013- Moquegua, causales de disminución de la punibilidad.

En efecto, para fijar la pena en estos casos sólo será necesario que el juez dosifique la pena siempre por debajo del mínimo legal. El problema que presenta la ley penal es que no existe un límite o parámetro hacia abajo del mínimo legal para que el juez la pueda fijar en términos de razonabilidad y proporcionalidad, hecho que muchas veces, generará la imposición de una pena desproporcionada por exceso o por defecto.

2.1.7.9 Circunstancias atenuantes genéricas

En este tema referido a las circunstancias atenuantes genéricas previstas en el artículo 46 del Código Penal, vamos a reproducir parcialmente el análisis efectuado por Reátegui (2014).

1°. La carencia de antecedentes penales

“Este autor nos dice lo siguiente: “La inexistencia de antecedentes no es algo nuevo, pues en la práctica judicial se valora -negativamente- para determinar la pena. Aquí básicamente se determina en función a su pasado delictivo de la persona involucrado del delito. Ahora en cuanto a su pasado delictivo habrá que aclarar que la norma solo se aplicará -atenuativamente- si es que el sujeto activo no tenga antecedentes "penales", es decir, aquel sujeto que nunca ha sido internado en un centro penitenciario. Sin embargo, en líneas generales, la carencia de antecedentes implica que el condenado sea un primario

y de quien se espera en el futuro no vuelva a delinquir. No obstante el tenor literal de la norma en comentario podría dar cabida a aquellos condenados que hayan quedado rehabilitados o que hayan cancelado definitivamente sus antecedentes (artículo 69 in fine del Código Penal)”.

2°. El obrar por móviles nobles o altruistas

“Esta circunstancia puede confundirse con una causal de justificación que hagan que la conducta sea permitida por el orden jurídico, por lo que es de advertir que si bien hay móviles nobles de por medio, estos de por sí no justifican totalmente la comisión del ilícito. El cometer un delito por móviles altruistas es cometer el delito movido por circunstancias de ayuda al prójimo; por ejemplo, el sujeto que para rescatar a su amigo que se encuentra a punto de desbarrancarse, realiza daños a la propiedad ajena, pues necesita romper la puerta y ventana para cortar camino y proceder al rescate”.

3°. El obrar en estado de emoción o de temor excusables

“En este extremo, se regulan dos circunstancias atenuantes: En primer lugar, el obrar en estado de emoción. Normalmente este tipo de situaciones se presenta en delitos pasionales, donde el comportamiento, o mejor dicho, su autodeterminación del individuo se encuentran total o parcialmente reducido por determinadas circunstancias externadas que observa o experimenta. En realidad como señala Oré Sosa comentando este inciso del artículo 464: "En cuanto al estado de emoción o alteración de ánimo-excusable podría plantearse lo mismo: habría que acudir al concepto de "grave alteración de la conciencia" del artículo 20 inc. 1 para eximir de responsabilidad: y cuando ello no sea posible (estado de emoción que no es grave ni, consecuentemente, excusable) invocar una reducción de la pena en virtud del artículo 21 del CP. Algunos delitos de la Parte

Especial del Código peruano ya regulan dicha circunstancia de "emoción violenta" y lo prevé precisamente como un ilícito atenuado, así véase el delito de homicidio por emoción violenta (artículo 109) aunque habrá que tener en cuenta lo previsto en el artículo 46 del Código Penal, cuando menciona que siempre y cuando el "estado de emoción" no esté prevista específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, de manera que el "estado de emoción" no se aplicará para el homicidio, desde que ya encuentra regulada, sino para otros delitos de la Parte especial, sin distinción alguna. En segundo lugar, el obrar por temor excusables, esta circunstancia nos parece redundante, pues se superpone, de alguna manera, con el "miedo insuperable" como causa que excluye la culpabilidad y, por ende, la responsabilidad (art. 20 inc. 7 del CP).

4°. La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible

“La influencia de apremiantes circunstancias es restrictiva en su aplicación, ya que solo se circunscribe a las "personales" como a las "familiares", es decir, aquella que están íntimamente vinculadas al autor o partícipe del delito. Por ejemplo, el padre priva de la libertad a su hijo menor, es decir, comete el delito de secuestro, al interesarse que la madre le quitará la patria potestad de dicho menor. Estos casos, se relaciona con el estado de necesidad que normalmente están excluidos o disminuidos de responsabilidad penal (véase el artículo 20e, inciso 4 y 5, y el artículo 21e del Código Penal). Serían situaciones de pobreza o quizá de enfermedad que empujan a una persona a cometer delitos. Sin embargo, debe establecerse en qué situación puede operar la atenuante, pues si no se estaría justificando un comportamiento criminal con una alusión

simplista a la pobreza, que es un mal que tienen muchas personas. Esta circunstancia resulta un tanto indeterminada, pues no se sabe a ciencia cierta si se refiere solamente a situaciones de necesidad económica (v. gr. Hurto famélico, necesidad de costear medicamentos costosos”,

5°. Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias

“Esta circunstancia consiste en que el agente minimiza voluntariamente los efectos de su acción delictiva, evitando que se expandan y aumente el daño al bien jurídico tutelado. Esta circunstancia atenuativa bien puede regularse conjuntamente en el siguiente inciso, desde que tiene el mismo objetivo previo al autor o partícipes de hecho punible. Sin embargo, el legislador nacional ha creído conveniente, para efectos metodológicos, realizar una diferencia: una cosa es "disminuir los efectos del delito, y otra cosa es reparar las consecuencias derivadas del delito que es la circunstancia siguiente”.

6°. Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado

“Esta circunstancia toma en cuenta la conducta posterior al delito que exteriorizó el agente. Que el sujeto activo repare en lo posible el daño ocasionado por su accionar ilícito, revela una actitud positiva que debe valorarse favorablemente con un efecto atenuante en la determinación de la pena. En ese sentido García Caveró³³¹⁰ reconoce que "Con la reparación del daño, el autor adelanta una parte de los aspectos que le correspondería cumplir con la pena, afectando así la cuantificación de la pena concreta". Sin embargo, es pertinente acotar, como lo hacía Peña Cabrera³³¹¹ al comentar una disposición 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 de terceros".

7°. Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad

“Esta circunstancia podría equipararse procesalmente a la confesión sincera, que en este ámbito puede operar como circunstancias atenuante cualificada de tal forma que pueda reducirse prudencialmente la pena debajo del mínimo conminado; ya dependerá del juzgador cuál de los dos caminos aplicará al caso: la "confesión sincera" del Código Procesal Penal o la "presentación voluntaria" del sujeto a las Autoridades del Código Penal. Es lo que antes se conocía como la "confesión sincera antes de haber sido descubierto". Esta circunstancia valora un acto de arrepentimiento posterior al delito. Con ello se expresa la voluntad del agente 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, pues, con ella, se rechaza la frecuente conducta posterior al hecho punible y que se suele orientar hacia el aseguramiento y la impunidad del infractor”.

8. La edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible

“Esta circunstancia atenuante está conectada con la responsabilidad restringida del autor, es decir, aquella que se regula en el artículo 22e del Código Penal aunque el Legislador nacional no lo diga expresamente, se entiende el autor, a momento de la comisión del evento delictivo, debe tener la edad de entre 18 a 21 años, única situación, a nuestro juicio, donde la edad del imputado hubiera influido en la conducta punible”. p. 1356 y ss.

Todas estas circunstancias que acabamos de mencionar son las que el juzgador debe tener en cuenta para dosificar el quantum de la pena dentro de la pena básica o pena conminada en la ley. En efecto, estas circunstancias genéricas de atenuación sirven para que el juez realice el procedimiento establecido en el artículo 45-A del Código Penal, esto es, primero ubicar la pena dentro del tercio correspondiente y luego de ello, determinar la pena concreta en función del quantum que el juez estime adecuada y prudente. Entonces, como se dijo anteriormente, con solo estas circunstancias el juez no tiene la potestad para disminuir la pena por debajo del mínimo legal, esto será posible solo cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas, las mismas que son materia del siguiente análisis.

.1.7.9 Circunstancias atenuantes privilegiadas

En lo que se refiere a este aspecto central del tema de investigación es importante precisar que existe debate en la doctrina y por tanto, no hay consenso en reconocer como atenuantes privilegiadas a algunos institutos penales, sino considerarlas como causales de disminución de la punibilidad. Esta discusión tiene su origen en considerar o no considerar a las circunstancias como parte de la teoría del delito. Así, se tiene que muchos jueces y fiscales se decantan por considerar como circunstancias atenuantes privilegiadas, por ejemplo, a la tentativa, a la responsabilidad atenuada y restringida, al error de prohibición, institutos penales que para otro sector de la doctrina constituyen causales de disminución de la punibilidad. Sin embargo, el presente trabajo no tiene por objeto deslindar esta discusión doctrinal, por lo que no será materia de análisis ni discusión. Lo que es relevante para el presente estudio es examinar el criterio de

los jueces al momento de determinar la pena cuando existan circunstancias atenuantes privilegiadas en un caso concreto.

1°. La tentativa

De acuerdo con lo prescrito en el artículo 16 del Código Penal la tentativa viene a ser el comienzo de la ejecución de un delito, que el agente decidió cometer, sin consumarlo. Jescheck y Weigend. (2002) sostienen que “la tentativa presupone tres aspectos: la resolución a la realización del tipo como elemento subjetivo, la inmediata puesta en marcha de la realización del tipo como elemento objetivo y la ausencia de la consumación del tipo como factor negativo conceptualmente necesario”. p. 553.

a.- Elementos de la tentativa.-

Hurtado Pozo (2005) precisa que de acuerdo al artículo 16 del Código Penal, “para poder considerar una acción como una tentativa es necesario comprobar primero si el agente decidió cometer un delito, segundo, si comenzó a ejecutarlo, y tercero, si no lo consumó. Si bien es cierto que lo mismo se deducía de las normas derogadas, sin embargo, el art. 97, último párrafo del Código derogado, solo establecía con respecto a la tentativa estrictu sensu que el agente hubiera comenzado simplemente la ejecución del delito” p. 807 y ss.

b.- Elemento subjetivo

Este mismo autor nos dice que “El artículo 16 prevé que el agente haya decidido cometer un delito determinado (“...un delito que decidió cometer...”). (...) El verbo decidir empleado por el legislador de 1991 debe ser entendido en el sentido de que el autor toma la determinación de consumir un delito. El objeto de su decisión es un hecho típico o mejor dicho, la realización de los elementos

del tipo legal objetivo. En cambio, los elementos subjetivos no son objetos de esta decisión. Por lo tanto la decisión del autor implica la conciencia y la voluntad de concretar el tipo legal objetivo. En este sentido, el elemento subjetivo de la tentativa es idéntico al dolo del delito consumado, comprendido el caso del dolo eventual”. Ibídem

c.- Elemento objetivo.-

Concluimos con Hurtado Pozo (2005) “Según el artículo 16 “el agente comienza la ejecución del delito”. En el artículo 97 del Código derogado el legislador había creído conveniente que el agente había comenzado simplemente la ejecución del delito. (...) Mediante este criterio el legislador ha tratado de distinguir los actos preparatorios de la tentativa, o lo que es igual, de establecer cuales son os actos que deben dar lugar a la intervención penal., (...) La cuestión de saber cómo debe comprenderse la fórmula “comienza la ejecución” ha sido y es aun hoy en día muy discutida, Los alcances que se le reconozcan dependen no solo de juicios lógicos, sistemáticos o dogmáticos, sino sobre todo de muchas otras consideraciones relacionadas con la concepción del derecho penal y de la pena, así como con los criterios de política criminal que se adopten”. Ibídem

Dicho esto, la última parte del artículo 16 del Código Penal establece de manera expresa que “el juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena”. Significa que el juez deberá siempre imponer una pena por debajo del mínimo legal, esto considerando que la pena a que hace alusión la ley es la que está conminada en el tipo penal, vale decir, la pena básica.

2°. La responsabilidad atenuada

Hurtado Pozo (2005) refiere que “Algunos juristas consideran que la atenuación de la pena prevista para los casos de imputabilidad disminuida es debida al hecho de que este estado implica una disminución de la culpabilidad, y que por esta razón la disposición concernida debería encontrarse entre las que figuran bajo el título “la aplicación judicial de las penas”. La disminución de la capacidad penal del agente se debe, con frecuencia, a perturbaciones en su salud mental o en su conciencia, o también a alteraciones de su percepción. Estos estados, que no logran hacer desaparecer del todo la facultad de comprender el carácter ilícito del acto o la de determinarse conforme a esta apreciación, generan sin embargo su debilitamiento”. pp. 645, 646

“En la llamada capacidad de culpabilidad disminuida, sostiene Jakobs (1997), sigue siempre subsistiendo un sujeto capaz de evitar el delito, es decir, la norma se le puede dirigir con tal que se haga con el suficiente énfasis. En todo el ámbito del artículo 21 se trata, pues, de la delimitación de exigibilidad e inexigibilidad, pero no de la delimitación entre imputabilidad e inimputabilidad. En relación con los estados psíquicos anómalos, el precepto se remite al artículo 20. Por eso no hay ni estados psíquicos que en virtud de la ley siempre excluyan plenamente la culpabilidad ni otros que en virtud de la ley disminuyan la culpabilidad como máximo parcialmente. Incluso el prototipo de *todos los estados psíquicos anómalos, la psicosis*, puede que en *el caso concreto*, p. ej., en intoxicaciones leves o alteraciones arterioescleróticas, no conduzca a la plena exculpación”. p. 647.

“La imputabilidad disminuida, refiere Villavicencio (2007) (exigibilidad parcial) no es una forma autónoma de semi inimputabilidad pues no se trata de un estado límite entre inimputabilidad e imputabilidad. En este sentido, el sujeto

es aun capaz de comprender el injusto del hecho y de actuar conforme a esa comprensión, es decir, el sujeto todavía es capaz de evitar la comisión de delitos. En verdad, lo que aquí se encuentra disminuida es la capacidad de autocontrolarse, es decir, al sujeto le puede costar más o menos esfuerzo el comportarse de acuerdo a la norma, debe tener una fuerza de voluntad mucho mayor que el individuo normal, lo que lleva a la disminución de la capacidad de culpabilidad debido a que debe compensarse su menor capacidad de control. El tratamiento de la capacidad de culpabilidad disminuida supone los mismos presupuestos de la inimputabilidad, los mismos estados biológicos psicológicos son tanto para las causas de inimputabilidad como para los supuestos de imputabilidad disminuida, incluso las psicosis en casos de intoxicaciones leves o alteraciones escleróticas puede que no conduzcan a la plena exculpación. Así, quedaría un amplio espacio de valoración antes de llegar a la imputabilidad disminuida en la que se habrá de exigir básicamente que la constitución psíquica del sujeto se aparte claramente de la media de la normalidad y se aproxime a la inimputabilidad”. p. 607

Mir Puig (2011) por su parte sostiene que “en el Código Penal son circunstancias atenuantes (strictu sensu) las previstas en el artículo 21. Cabe distinguir por de pronto, las eximentes incompletas a que se refiere el artículo 21.1, las expresadas en los numerales 2 y 6 del mismo artículo y por último, las atenuantes analógicas permitidas expresamente por el artículo 21.7”.

“Como ha habido ocasión de ver con relación a las eximentes, según el artículo 21.1 del CP son circunstancias atenuantes (privilegiadas porque atenúan la pena en mayor medida que las ordinarias) (...) cuando no concurrieren todos los requisitos para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos”.

3º. Alteración de la conciencia

“Según el artículo 21.1 es circunstancia atenuante la de actuar el agente a causa de su grave adicción a las bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos. Del mismo modo que el artículo 20.2 toma en consideración para eximir tanto la intoxicación aguda producida por el consumo de estas sustancias como el síndrome de abstinencia, habrá que admitir estas dos causas también para atenuar la pena cuando produzcan efectos insuficientes para excluir la imputabilidad y para dar lugar a una eximente incompleta. Actuar a causa de su grave adicción puede incluir tanto la actuación en estado de intoxicación causada por la adicción como la que tiene lugar por un síndrome de abstinencia menor. Se funda esta circunstancia en una disminución de la imputabilidad. Si la disminución es muy notable procede la estimación de una eximente incompleta. La atenuante segunda que da para los casos de menor influencia en la imputabilidad. pp. 618 y ss.

4º. Estado pasional

Es circunstancia atenuante la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos u obcecación u otro estado pasional de entidad semejante. El fundamento de esta atenuante es una disminución de la imputabilidad. Supone en efecto un arrebato u obcecación o un estado pasional de semejante entidad. Ello nada tiene que ver con la valoración que merezcan los motivos, sino solo con su intensidad, pues no nos movemos ahora en el ámbito de lo injusto, sino en el de la imputación personal. De ahí que resulte criticable la dirección jurisprudencial que requiere que el arrebato u obcecación no haya sido causado por una conducta lícita de la víctima. El arrebato debe distinguirse

de la obcecación como la emoción de la pasión. Son célebres las imágenes que empleo Kant para diferenciarlas: la emoción es el agua que rompe con violencia el dique para enseguida esparcirse, mientras que la pasión es el torrente que excava su lecho y en él se encauza. La emoción es súbita (así la ira) la pasión es pertinaz (así la envidia, los celos). Este era el sentido expreso de la contraposición de arrebató y obcecación en el Código de 1928 que se refería al arrebató momentáneo y obcecación pertinaz. Entre los estados pasionales habrá que poder seguir incluyendo los casos de provocación y vindicación próxima antes previstos en los artículos derogados del Código anterior. *Ibíd.*

5°. Responsabilidad restringida por la edad.-

Cerezo (2006) nos dice que “En el derecho penal español también se ha contemplado la ampliación del ámbito de la imputabilidad disminuida a los semi-adultos, es decir a los jóvenes comprendidos entre los dieciocho y veintiún años. “Esta ampliación, incluso a veces hasta límites de edad superiores, ha tenido lugar ya en numerosos países. Por ejemplo en Alemania estos menores están sometidos a las normas del derecho penal juvenil. Según este precepto, el juez aplicará las normas del derecho penal juvenil a los semi-adultos cuando la valoración del conjunto de la personalidad del autor, teniendo en cuenta también las circunstancias ambientales, ponga de manifiesto que en el momento del hecho, dado su desarrollo moral y psíquico, era equiparable a un joven; o cuando según la naturaleza, las circunstancias y los motivos del hecho, se trate de una infracción juvenil. Asimismo, en 1971 se ha introducido en el código penal suizo un tratamiento especial para jóvenes adultos comprendidos entre los dieciocho y veinticinco años”. pp. 207-208

Sobre esta atenuante Reátegui (2015) señala: “Esta circunstancia, aunque con ligeros cambios, también se encuentra prevista en el Código Penal de Colombia, que en su artículo 55, sobre Circunstancias de menor punibilidad, indica lo siguiente: "Son circunstancias de menor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera: 9) Las condiciones de inferioridad psíquica determinadas por la edad o por circunstancias orgánicas, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible". Esta circunstancia atenuante está conectada con la responsabilidad restringida del autor, es decir, aquella que se regula en el artículo 22 del Código Penal; aunque el Legislador nacional no lo diga expresamente, se entiende el autor, al momento de la comisión del evento delictivo, debe tener la edad de entre 18 a 21 años, única situación, a nuestro juicio, donde la edad del imputado hubiera influido en la conducta punible”.p.1361

6°. El error de prohibición

Bacigalupo (2004) precisa que el artículo 21 del Código Penal establece la figura de las eximentes incompletas (...) En efecto, una atenuación de la pena como la prevista para las eximentes incompletas solo es razonable cuando el autor haya supuesto erróneamente y en forma evitable el elemento de la circunstancia eximente (...) La evitabilidad del error de prohibición tiene una función decisiva en el régimen establecido en el artículo 14 del Código Penal. De acuerdo con éste el error sobre la antijuricidad excluirá la punibilidad cuando haya sido invencible. “Invencible” es el error cuando el autor no hubiera podido evitarlo. Por lo tanto, la inevitabilidad se convierte en un presupuesto de la exclusión de la punibilidad por error de prohibición. La evitabilidad del error de prohibición, por el contrario, determina la punibilidad del hecho típico,

antijurídico y culpable, con la pena del delito doloso, aunque con una pena atenuada. pp. 411, 412.

Bramont Arias (2009) “El Error de Prohibición supone el desconocimiento no de un elemento de la situación descrita por el tipo, sino del hecho de estar prohibida su realización. Tal como nos dice Muñoz Conde y García Aran, este error no sólo se da cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la licitud o ilicitud del hecho. En general podemos decir que, en el error sobre la prohibición o sobre la significación antijurídica, el autor cree que actúa conforme a derecho, cuando en realidad no es así. El error de prohibición puede referirse a la existencia de la norma prohibitiva (error de prohibición directo) o a la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación (error de prohibición indirecto)”.

Añade este mismo autor que “El error de prohibición puede ser de dos clases: vencible (cuando actuando con mayor diligencia se pudo salir del error) e invencible (cuando es imposible escapar a éste). Un error vencible referido a la antijuricidad o a la responsabilidad por el hecho tiene efecto atenuante de la culpabilidad y con ello (facultativamente) de la pena; sin embargo, la antijuricidad subsiste”.

Respecto de la sanción sostiene que “El tratamiento del error de prohibición se da en base a la teoría de la culpabilidad que sustenta la tesis de que el error de prohibición no excluye el dolo, constituyendo una causa de inculpabilidad, si es invencible, y pudiendo determinar una responsabilidad (al atenuarla), si es vencible. Últimamente se trata de separar dentro del error de prohibición, al error de conocimiento (conocimiento de la antijuricidad de la

conducta, sea sobre la existencia de la prohibición penal en sí misma, sea sobre la permisibilidad jurídica de la conducta «formalmente» típica -justificaciones-) del error de comprensión, el cual se da cuando el sujeto, si bien conoce o ha tenido posibilidad de conocer la prohibición de la conducta y su carácter injustificado, no prohibido; en relación con esto último se propone el estudio de «las conductas disidentes». y del «error culturalmente condicionado” pp. 131, 132

Caso práctico

Ahora bien, para culminar nuestro marco teórico, emulando al profesor Prado Saldarriaga, debemos decir que debe tenerse en cuenta que la determinación judicial de la pena es el proceso técnico lógico a través de normas ideológicas y operativas que permite justificar la imposición de la consecuencia jurídica de un supuesto de hecho; para efectuar este proceso técnico primero se identifica el tipo penal tras el juicio de tipicidad, verificando la existencia o no de circunstancias especiales o específicas, que exponga la pena fijada por ley y marco abstracto de la posible sanción, mismo que debe ser fraccionado en tres partes con el propósito de crear espacios punitivos equitativos (tercio inferior, tercio intermedio y tercio superior). Segundo, de acuerdo al caso en concreto, debe analizarse la concurrencia o no de circunstancias comunes o genéricas (Art. 46° C.P.) -normas operativas-, con el propósito de graduar la pena dentro del tercio que corresponda conforme a la regla establecida en el numeral 2) del art. 45°-A del Código Penal. Por último, se evalúan los factores ideológicos establecidos en el Art. 45° del Código Penal, debiendo ser sustentados en los principios de culpabilidad, proporcionalidad, lesividad y humanidad.

Ejemplo Práctico: Se tiene que Raúl Pérez, una persona analfabeta,

utilizando un revolver logró que María le entregara 03 celulares de su tienda; asimismo, durante la investigación se ha establecido que Raúl es primario y que se presentó voluntariamente a la autoridad policial 05 horas después de haber cometido el hecho delictivo, entregando los bienes sustraídos a María.

Nos encontraríamos frente al delito de Robo previsto en el Art. 189° del Código Penal (**tipo penal base**), asimismo, se advierte que el hecho se cometió a mano armada por el uso de revolver (**circunstancia especial o específica – numeral 3) del primer espacio punitivo del art. 189° del C.P.**), en consecuencia esta conducta es sancionada y reprimida con pena privativa de libertad no menor de doce ni mayor de veinte años (**pena fijada por ley**), teniendo un marco punitivo abstracto de 08 años de pena privativa de libertad (**diferencia entre el extremo máximo y extremo mínimo de la pena**), creando espacios punitivos equitativos).

| Tercio inferior | Tercio intermedio | Tercio superior |
|------------------------------|---|------------------------------|
| 12 años a 14 años y 08 meses | 14 años y 08 meses a 17 años y 04 meses | 17 años y 04 meses a 20 años |

Cuadro elaborado por el autor

Luego, al efectuarse la revisión de los actuados se tiene que Raúl no registra antecedentes penales por cuanto es primario y se presentó voluntariamente ante la autoridad policial, entregando los bienes sustraídos, con lo que se advierte la concurrencia de a y g del Art. 46° del Código Penal, y estando a las reglas establecida en el 45°-A del Código Penal, correspondería aplicar la regla prevista en el inciso a) del numeral 2 del mencionado artículo “Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio

inferior”, adicionalmente, se tiene que Raúl es analfabeto, sin estudios, con lo que se colige que presenta carencias sociales, mismo que debe ser evaluado en tanto constituye otro factor ideológico establecido en el Art. 45° del Código Penal que conlleva a la imposición de la pena dentro del extremo mínimo del tercio inferior.

Por otro lado, respecto de nuestro tema de investigación, diremos que existen circunstancias imperativas para el operador judicial, que revisten circunstancias de atenuación por su relación con la pena conminada, modifican el marco conminatorio, proyectando la posibilidad de disminuir la sanción por debajo de la pena básica, dejando al libre albedrío del juzgador la pena a imponer, en tanto el inciso a) del numeral 3 del art. 45°-A del Código Penal así lo establece. Ahora bien, dentro de la norma sustantiva o adjetiva penal no se ha establecido y/o catalogado de forma precisa y objetiva al conjunto de estas figuras jurídicas que deben ser consideradas como atenuantes privilegiada, sino por el contrario, durante el desarrollo y estudio del Derecho Penal, dentro del ámbito nacional e internacional, se ha desarrollado doctrina y jurisprudencia que hace mención a tales circunstancias; en el Perú, se ha emitido la Casación 626-2013-Moquegua (casación que establece doctrina jurisprudencial sobre la audiencia, motivación y elementos [fumus delicti comisi, pena probable, peligro procesal -peligro de fuga-) de la medida de prisión preventiva], estableciendo en su fundamento trigésimo primero las causales de disminución de la sanción: a) Error de prohibición vencible (art. 14° C.P.), Error de prohibición culturalmente condicionada vencible (art. 15° del C.P), Tentativa (art. 16°) Responsabilidad Restringida de eximentes imperfecta de responsabilidad penal (art. 21° del C.P), Responsabilidad restringida por la edad (art. 22° del C.P), dejando abierto

además la posibilidad de determinar otras circunstancias que puedan modificar la pena.

Retomando el ejemplo práctico en el que Raúl Pérez, una persona analfabeta, utilizando un revolver logró que María le entregara 03 celulares de su tienda; asimismo, durante la investigación se ha establecido que Raúl es primario y que se presentó voluntariamente a la autoridad policial 05 horas después de haber cometido el hecho delictivo, entregando los bienes sustraídos a María; agreguemos que al momento de cometer el hecho delictivo Raúl contaba con 20 años de edad.

En este caso, el operador judicial al verificar que el imputado cuenta con 20 años de edad, advierte la existencia de atenuante privilegiada por cuanto se fundamenta en la responsabilidad restringida por la edad del autor prevista en el art. 22° del Código Penal, siendo innecesaria la determinación de tercios ya que la pena se determinara por debajo de los 12 años de pena privativa de libertad, conforme se da en la práctica y es corroborado con el estudio de la presente investigación.

De advertirse circunstancias atenuantes privilegiadas, en cada caso en concreto, es fundamental, que el operador jurídico al momento de efectuar la determinación de la pena dentro del nuevo marco punitivo abstracto, fundamente la disminución prudencial de la pena de forma proporcional por años, valorando las normas operativas y normas ideológicas antes mencionadas, con sustento en los principios de culpabilidad, proporcionalidad, lesividad, legalidad, humanidad, etc.

2.3 Antecedentes de la investigación

Antecedente 1°

María Teresa Castañeda Deza (2016) en la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo presentó la tesis titulada *“El principio de seguridad jurídica en la determinación de la pena en las circunstancias atenuantes privilegiadas del Código Penal peruano”* para optar al título profesional de abogada, Sus principales conclusiones son las siguientes:

- i). El no establecimiento de un límite mínimo en la determinación de la pena en las circunstancias atenuantes privilegiadas del Código Penal Peruano afecta el Principio de Seguridad Jurídica, porque se vulnera a su vez la garantía de *lex certa*, la prohibición de las leyes indeterminadas, y ello contribuye a que deje al libre arbitrio y sobre todo a la discrecionalidad judicial el establecimiento de la pena concreta, lo que genera inseguridad jurídica.
- ii). Los principios del Derecho Penal [por] el no establecimiento de un límite mínimo en la determinación concreta de la pena de las circunstancias atenuantes privilegiadas del Código Penal Peruano fueron vulnerados en las sentencias condenatorias emitidas por los juzgados colegiados en la Provincia de Trujillo luego de la dación de la Ley 30076 en la que se aplican las nuevas reglas para la determinación de la pena.
- iii). No se aplicaron criterios para establecer los límites de la pena concreta en las circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas del Código Penal Peruano en las sentencias condenatorias emitidas por los juzgados colegiados en la Provincia de Trujillo luego de la dación de la Ley 30076 en la que se aplican las nuevas reglas para la determinación de la pena.

iv). Las reglas que se aplican en la legislación comparada para determinar la pena concreta cuando existan circunstancias atenuantes privilegiadas, son la determinación de escalas inferiores al mínimo legal, por ejemplo en Chile cuando existe una atenuante privilegiada se disminuye la pena en dos grados inferiores y cuando concurren dos atenuantes privilegiadas, la pena se disminuye en tres grados inferiores, en Argentina, en caso de tentativa y de complicidad secundaria, la pena se reducirá de un tercio a la mitad, incluso se señala que cuando la pena es de cadena perpetua, en caso de atenuante privilegiada la pena es tasada en diez a quince años.

v). La doctrina señala en su mayoría que [se] debe establecer los límites de la pena concreta en las circunstancias atenuantes privilegiadas del Código Penal Peruano-

Antecedente 2°

Verónica Valderrama Mayta (2016) en la Universidad Andina del Cusco presentó la tesis titulada “*La determinación judicial de la pena de acuerdo al artículo 45-a del código penal y el principio de proporcionalidad*”, para optar al título profesional de abogada, Sus principales conclusiones son las siguientes:

i). 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. 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

ii). 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.

iii). 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)

iv). En los casos analizados se ha demostrado que los jueces han aplicado la pena de manera desproporcionada

Antecedente 3°

Paucar Chapa (2013) en un artículo publicado por Gaceta Penal, sostiene que “la introducción del sistema de tercios dentro de la determinación de la pena involucra una decisión de política criminal acertada y que a su vez refuerza los principios de legalidad y proporcionalidad de las penas. Con este sistema de tercios y las nuevas reglas de determinación no debe existir confusión sobre las circunstancias. Pues en la primera fase se evaluarán tanto la pena conminada del tipo penal como de todas las circunstancias específicas, agravantes o atenuantes, que puedan presentarse. Mientras que en la segunda fase o individualización de la pena concreta se evaluarán todas las circunstancias genéricas tanto simples como calificadas y/o privilegiadas entre otros. p. 40

2.2 Marco conceptual (definición de términos)

a.- Determinación de la pena.- Es una tarea compleja, por la combinación de reglas contenidas en la parte general y en la parte especial del Código Penal, aparte de las que aparecen en las leyes especiales, y por la minuciosidad de estas reglas, consecuencia del afán del legislador propio de la época- de reducir a un mínimo el arbitrio judicial y de precisar hasta el máximo la pena aplicable en cada caso, tratando de prever el mayor número de situaciones posibles.

b.- Pena.- La pena es una consecuencia jurídico penal del delito, un castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta. Es una pérdida o disminución de derechos personales que se impone al responsable de un delito. La imposición de una pena es lo que se conoce con el nombre de condena.

c.- Circunstancias atenuantes.- En Derecho Penal las circunstancias atenuantes son las situaciones que modifican la responsabilidad que se contrae al cometer un delito, contribuyen a medir de forma adecuada la pena que extinguirá esta responsabilidad. Para la RAE las circunstancias son el conjunto de lo que está en torno a alguien y la atenuante es la situación que disminuye la gravedad de algo.

d.- Privilegio.- (RAE) Exención de una obligación o ventaja exclusiva o especial que goza alguien por concesión de un superior o por determinada circunstancia propia. En Derecho Penal es la situación singular del procesado frente al proceso que permite una concesión favorable en su beneficio.

III. Hipótesis y categorías de estudio

3.1 Hipótesis general

La disminución de la pena en casos en que concurran circunstancias atenuantes privilegiadas no tiene parámetros o límites regulados por la ley o la jurisprudencia vinculante, por tanto está librada al criterio discrecional del juzgador.

3.2 CATEGORÍAS DE ESTUDIO

Cuadro N° 1

| Categorías de estudio | Subcategorías |
|---|--|
| Categoría 1°: Teoría de la pena | <ul style="list-style-type: none">- La pena; evolución, concepto- Caracteres de la pena- Clases de pena- Teorías de la pena; absolutas, relativas y mixtas.- Teorías de la prevención- Prevención general y especial- Fines de la pena |
| Categoría 2°: Determinación judicial de la pena | <ul style="list-style-type: none">- Circunstancias genéricas- Circunstancias privilegiadas |

Fuente: Elaboración de autor

IV. Metodología

4. Tipo y nivel de investigación

Cuadro N° 2

| | |
|---------------------------------------|--|
| Enfoque de Investigación | Cualitativo: Porque utiliza recolección de datos sin medición numérica para descubrir o afinar preguntas de investigación, y porque en su proceso de interpretación puede o no probar hipótesis. Lo importante es comprender el fenómeno (Castro Cuba, 2015). Describe o explica una o varias cualidades del objeto de estudio para una adecuada apreciación cognoscitiva (Sánchez, 2016). |
| Tipo de Investigación Jurídica | Transversal, Descriptiva, explicativa: Porque analiza y estudia la relación de hechos y fenómenos de la realidad (variables) para conocer su nivel de influencia o ausencia de ellas; busca determinar el grado de relación entre las variables que se estudia (Carrasco, 2017). En el presente estudio se busca identificar que la determinación judicial de la pena cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas, no tiene parámetros o límites regulados por la ley y por tanto está librada al criterio discrecional del juzgador |

Fuente: Elaboración del autor

4.1 Unidad de análisis

La presente investigación enfocó su análisis en el tema de la determinación judicial de la pena en casos en que concurren circunstancias atenuantes privilegiadas, estudio que se efectuó en la sede principal de la Corte Superior de Justicia del Cusco.

4.3. Selección y tamaño de la muestra

Considerando que nuestro estudio es cualitativo, se hizo uso de estadísticas no probabilísticas. De esa manera se utilizó el *método no probabilístico o dirigido* (por conveniencia), para recoger la información documental del Juzgado Penal Supra

provincial del Cusco. Los resultados de las encuestas están referidos sólo a los encuestados, sin poder generalizarlo a toda la población. Así, se ha encuestado a 12 jueces penales, 12 fiscales y 12 abogados defensores que laboran en la sede principal de la Corte Superior de Justicia del Cusco.

4.4 Técnicas de recolección de datos e información

a.- Análisis documental: Se efectuó el análisis de la información recabada; información de libros, artículos de la especialidad, resoluciones judiciales y otros documentos relacionados.

b.- Análisis e interpretación de la información: Interpretación de la información oral y escrita recabada

c.- Instrumentos: Los instrumentos que se utilizaron conforme a las técnicas escogidas fueron la ficha documental y el cuestionario de preguntas.

d.- Procedimiento: El procedimiento comprendió la siguiente técnica:

1.- Depuración y ordenación de la información; este paso permitió conservar la información relevante luego de haber depurado la innecesaria

2.- Tabulación de la información; que permitió la transferencia de datos a fichas de trabajo y a tablas de ordenación con frecuencias y porcentajes

3.- Interpretación de la información; técnica que permitió traducir los datos obtenidos en información elaborada en relación al objetivo de la investigación.

4.5 Análisis de resoluciones de expedientes del juzgado penal colegiado del cusco del año 2017

1.- Expediente N° 299-2013 por el delito de robo agravado en que al acusado se le impuso 10 años de pena privativa de libertad. Vale decir, los jueces disminuyeron la pena en dos años por debajo del mínimo legal. En este caso se invocó la existencia de la tentativa (artículo 16 CP) como una circunstancia atenuante privilegiada.

2.- Expediente N° 1849-2014 por el delito de robo agravado en que al acusado se le impuso seis años de pena privativa de libertad porque los jueces invocaron la existencia de dos circunstancias atenuantes privilegiadas: la ebriedad del agente al momento de cometer el delito (artículo 21 CP) y el grado de ejecución del delito que quedó en grado de tentativa (artículo 16 CP).

3.- Expediente N° 1069-2015 por el delito de daño simple. En este caso al acusado se le impuso 11 meses de pena privativa de libertad suspendida porque el agente actuó en estado de ebriedad y además tenía 18 años al momento de cometer el delito. Los jueces invocaron estas atenuantes privilegiadas (artículos 21 y 22 del Código Penal) para disminuir la pena en más de dos años, considerando que el este delito tiene un máximo de tres años de privativa de libertad.

4.- Expediente N° 0808-2015 por el delito de robo agravado. Vemos en el presente caso penal que los jueces disminuyeron un tercio por debajo del mínimo legal al acusado invocando el artículo 25 segundo párrafo del Código Penal, esto es, su condición de cómplice secundario, de esta manera le impusieron ocho años de pena privativa de libertad efectiva.

5.- Expediente N° 454-2015 por el delito de Actos contra el pudor en agravio de menor de 14 años (artículo 176-A, inciso 2 del CP). En este caso el juzgado colegiado no justifica porqué le impone una pena por encima del mínimo legal, que es de seis años, a pesar que invoca una circunstancia atenuante privilegiada (Artículo 22 del CP, edad del agente). El juzgado le impuso la pena de seis años y seis meses de pena privativa de libertad efectiva.

6.- Expediente N° 614-2015 por el delito de robo agravado. Se observa que en este caso el Juzgado Penal Colegiado impuso al acusado ocho años de pena privativa de libertad efectiva, justificando la disminución en dos circunstancias atenuantes privilegiadas relacionadas con el estado de ebriedad y la edad del agente (artículo 21 y 22 del CP). Se disminuyó la pena en un tercio por debajo del mínimo legal.

7.- Expediente N° 630-2015 por el delito de robo agravado. El juzgado le impuso al acusado 5 años y un mes de pena privativa de libertad efectiva, invocando dos circunstancias atenuantes privilegiadas, esto es, que el delito quedó en grado de tentativa y el agente tenía 18 años al momento de cometer el delito (artículos 21 y 22 del Código Penal).

8.- Expediente N° 1621-2014 por el delito de robo agravado. En este caso se observa que el Juzgado Penal Colegiado del Cusco, disminuyó en menos de un tercio la pena al acusado invocando una circunstancia atenuante privilegiada, porque el delito quedó en grado de tentativa (artículo 16 del CP).

9.- Expediente N° 929-2016 por delito de Actos contra el pudor en menores de 14 años de edad. El Juzgado Penal Colegiado en este caso le disminuyó la pena al acusado un año, teniendo en cuenta una circunstancia atenuante privilegiada

relacionada con su edad (artículo 22 del CP). Le impuso cuatro años de pena privativa de libertad, cuando la mínima es de cinco.

10.- Expediente N° 3297-2016 por el delito de robo agravado. En este caso se puede apreciar que el Juzgado Penal Colegiado del Cusco, invocando dos circunstancias atenuantes privilegiadas; la ebriedad del agente al momento de cometer el delito y el grado de ejecución que quedó en grado de tentativa, disminuyó la pena hasta 9 años, vale decir redujo en menos de un tercio, sin embargo a causa de la conclusión anticipada del juicio, el acusado se hizo merecedor, además, a la reducción de un séptimo de la pena acordada.

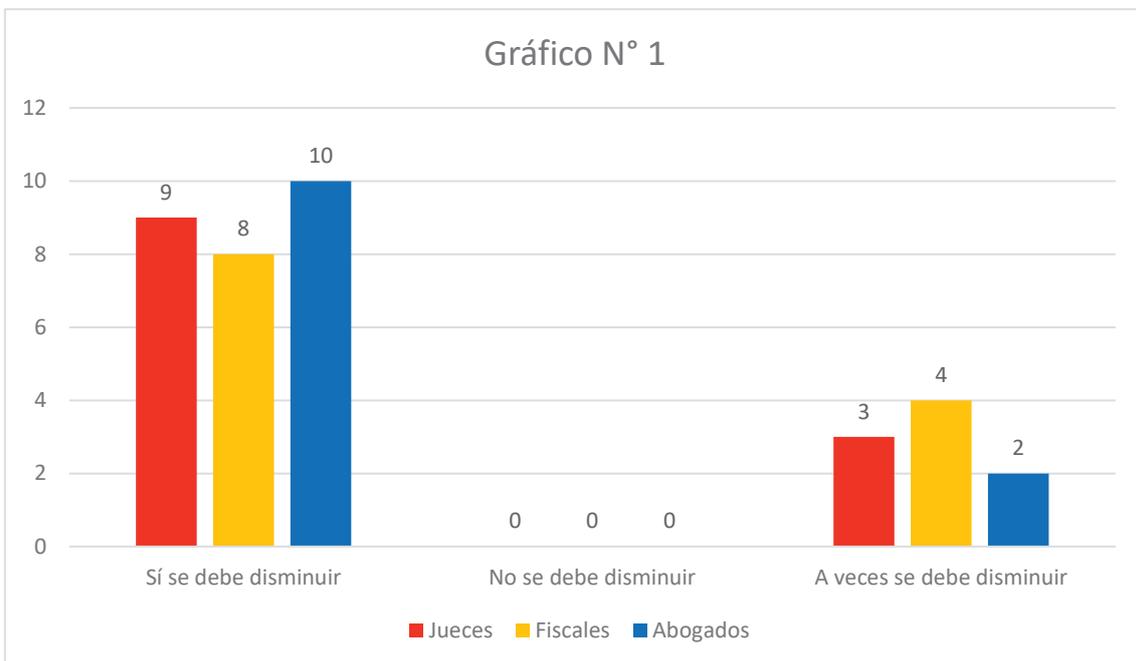
4.6 Encuestas para jueces, fiscales y abogados defensores

- 1. ¿En su condición de juez/fiscal/abogado defensor, considera usted que se debe disminuir la pena al responsable de un delito cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas?**

TABLA N° 1

| | Jueces | | Fiscales | | Abogados | |
|---------------------------|--------|-----|----------|-----|----------|-----|
| | F | % | F | % | F | % |
| Sí se debe disminuir | 9 | 75 | 8 | 67 | 10 | 83 |
| No se debe disminuir | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| A veces se debe disminuir | 3 | 25 | 4 | 33 | 2 | 17 |
| Total | 12 | 100 | 12 | 100 | 12 | 100 |

Fuente: Encuestas elaboradas por el autor



Fuente: Encuestas elaboradas por el autor

INTERPRETACIÓN

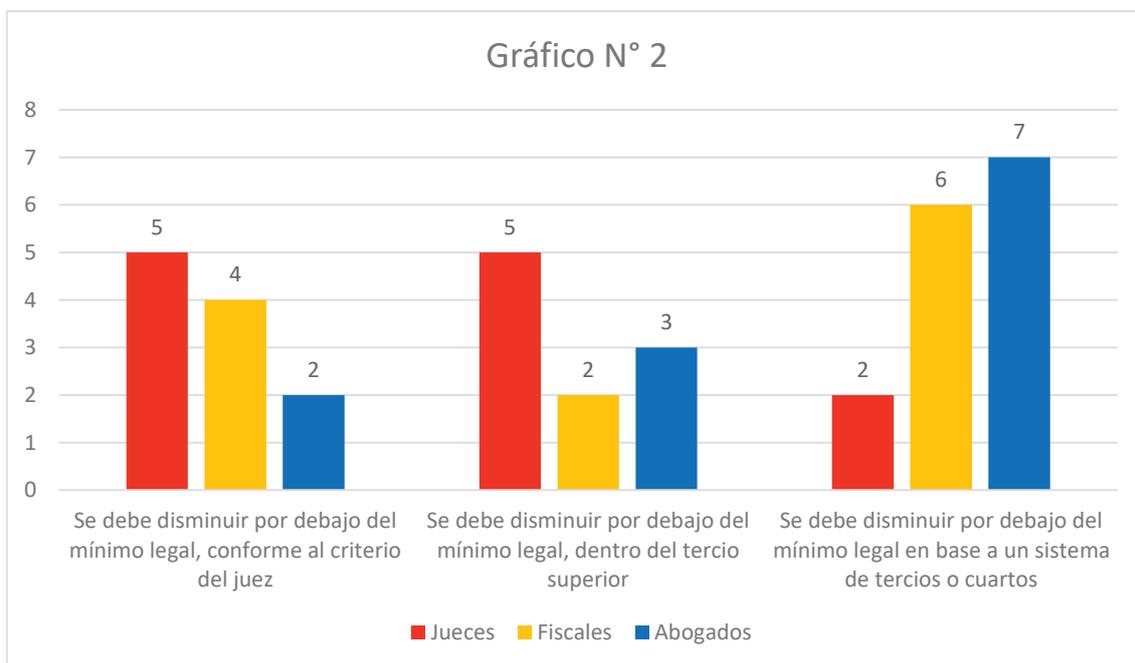
En el cuadro anterior se observa que los Jueces en un 75%, Fiscales en un 67% y Abogados en un 83%, consideran que se debe disminuir la pena al responsable de un delito cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas, ninguno de los entrevistados considera que no se debe disminuir la pena al responsable de un delito cuando concurren estas circunstancias. Y el porcentaje de jueces, fiscales y abogados que consideran que a veces se debe disminuir la pena en estos casos, fluctúan entre el 25%,33% y 17% respectivamente.

2.- ¿En qué medida, considera usted, que se debe disminuir la pena al responsable de un delito cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas?

TABLA N° 2

| | Jueces | | Fiscales | | Abogados | |
|---|--------|-----|----------|-----|----------|-----|
| | F | % | F | % | F | % |
| Se debe disminuir por debajo del mínimo legal, conforme al criterio del juez | 5 | 42 | 4 | 34 | 2 | 16 |
| Se debe disminuir por debajo del mínimo legal, dentro del tercio superior | 5 | 42 | 2 | 16 | 3 | 25 |
| Se debe disminuir por debajo del mínimo legal en base a un sistema de tercios o cuartos | 2 | 16 | 6 | 50 | 7 | 59 |
| Total | 12 | 100 | 12 | 100 | 12 | 100 |

Fuente: Encuestas elaboradas por el autor



Fuente: Encuestas elaboradas por el autor

INTERPRETACIÓN

Conforme al Gráfico y Tabla N°2 se observa que los jueces, fiscales y abogados entrevistados consideran que se debe disminuir la pena al responsable de un delito cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas, por debajo del mínimo legal,

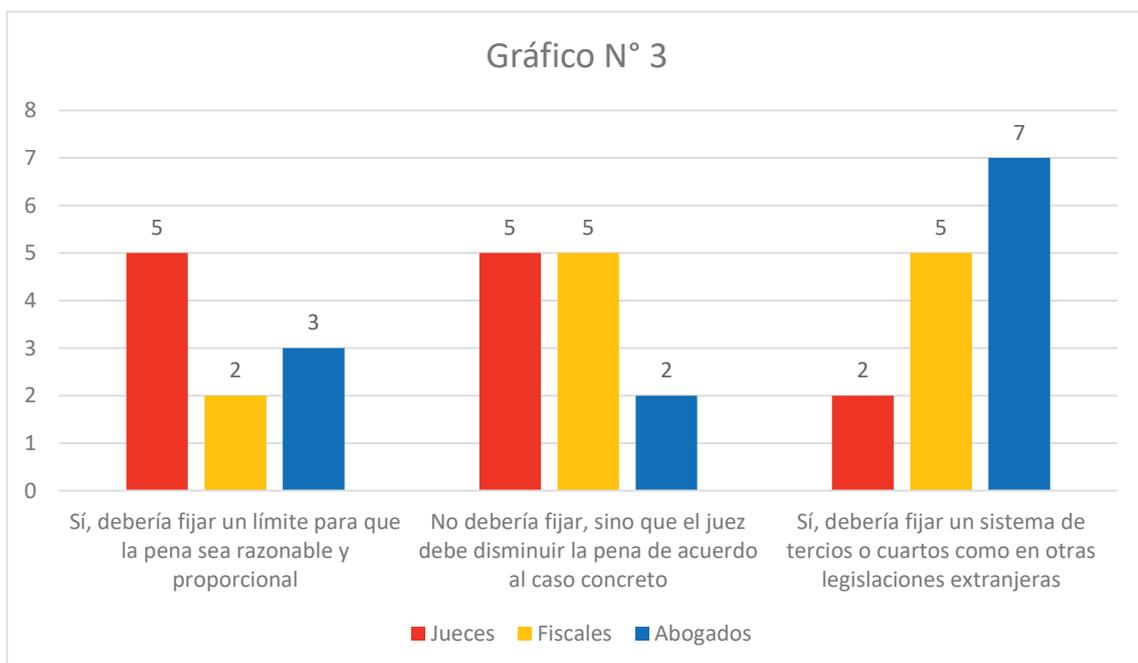
conforme al criterio del juez: jueces 42%, fiscales 34% y abogados 16%, mientras que los que consideran que se debe disminuir por debajo del mínimo legal y dentro del tercio superior son un 42% de jueces, 16% de fiscales y 25% de abogados. Por otro lado se observa que el tercer grupo que sostiene que se debe disminuir por debajo de mínimo legal en base a un sistema de tercios o cuartos son 16% de los jueces, 50% de fiscales y 59 % de abogados.

3. ¿En su opinión, debería la ley penal fijar un quantum de pena como límite, que debe tener en cuenta el juzgador para disminuir la pena por debajo del mínimo legal en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas?

TABLA N° 3

| | Jueces | | Fiscales | | Abogados | |
|---|--------|-----|----------|-----|----------|-----|
| | F | % | F | % | F | % |
| Sí, debería fijar un límite para que la pena sea razonable y proporcional | 5 | 42 | 2 | 16 | 3 | 25 |
| No debería fijar, sino que el juez debe disminuir la pena de acuerdo al caso concreto | 5 | 42 | 5 | 42 | 2 | 16 |
| Sí, debería fijar un sistema de tercios o cuartos como en otras legislaciones extranjeras | 2 | 16 | 5 | 42 | 7 | 59 |
| Total | 12 | 100 | 12 | 100 | 12 | 100 |

Fuente: Encuestas elaboradas por el autor



Fuente: Encuestas elaboradas por el autor

INTERPRETACIÓN

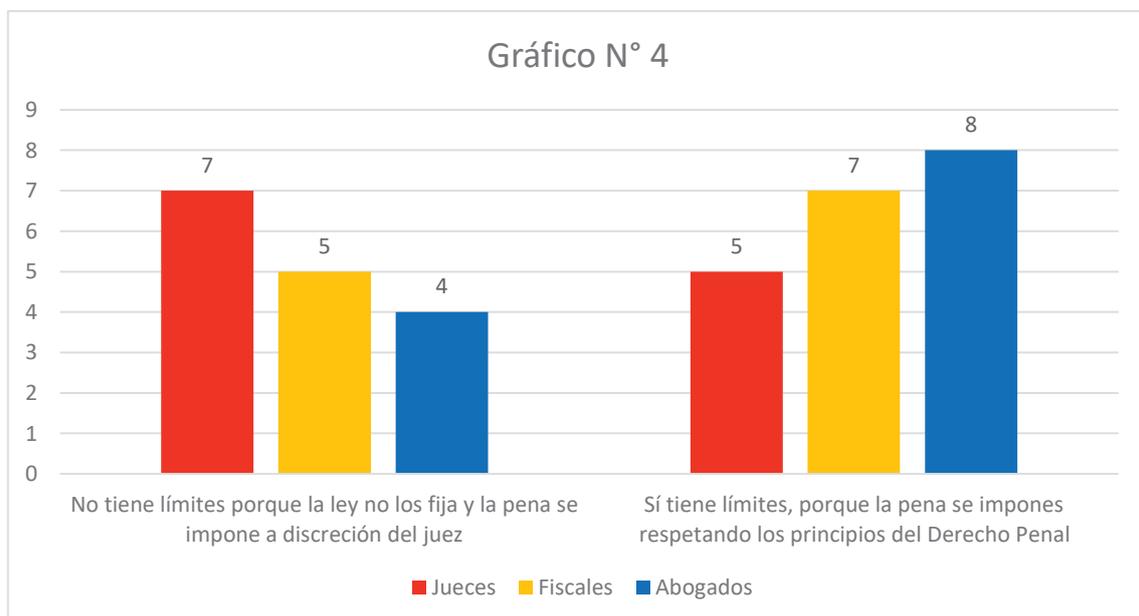
Esta Tabla y Gráfico Nro. 03 nos muestran que una mayoría de jueces (42%) están de acuerdo que la ley penal fije un límite para que la pena sea razonable y proporcional en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas, no así los fiscales que en un 16% son los que menos apoyan esta propuesta y los abogados la apoyan en un 25%. A la vez otro porcentaje igual de 42% de jueces está de acuerdo en que no se debería fijar un quantum de pena como límite sino que el juez debe disminuir la pena de acuerdo al caso concreto, los fiscales coinciden en un 42% pero los abogados apoyan esta propuesta en un 16%. Sólo un 16% de jueces está de acuerdo con que se debería fijar un sistema de tercios o cuartos como en otras legislaciones extranjeras, pero los fiscales (42%) y abogados con un 59 % son los que más apoyan esta última propuesta.

4.- ¿En la actual ley penal, tiene límites el juzgador para disminuir la pena por debajo del mínimo legal en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas?

TABLA N° 4

| | Jueces | | Fiscales | | Abogados | |
|--|--------|-----|----------|-----|----------|-----|
| | F | % | F | % | F | % |
| No tiene límites porque la ley no los fija y la pena se impone a discreción del juez | 7 | 58 | 5 | 42 | 4 | 33 |
| Sí tiene límites, porque la pena se impone respetando los principios del Derecho Penal | 5 | 42 | 7 | 58 | 8 | 67 |
| Total | 12 | 100 | 12 | 100 | 12 | 100 |

Fuente: Encuestas elaboradas por el autor



Fuente: Encuestas elaboradas por el autor

INTERPRETACIÓN

Estos cuadros nos muestran que de acuerdo a la pregunta propuesta: los jueces no tienen límites en la ley penal para disminuir la pena por debajo del mínimo legal en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas, están de acuerdo un 48% de jueces, 42% de fiscales y 33% de abogados. Por otro lado los que dicen que sí tiene límites porque la pena se impone respetando los principios del Derecho Penal son un 42% de jueces, 58% de fiscales y 67% de abogados.

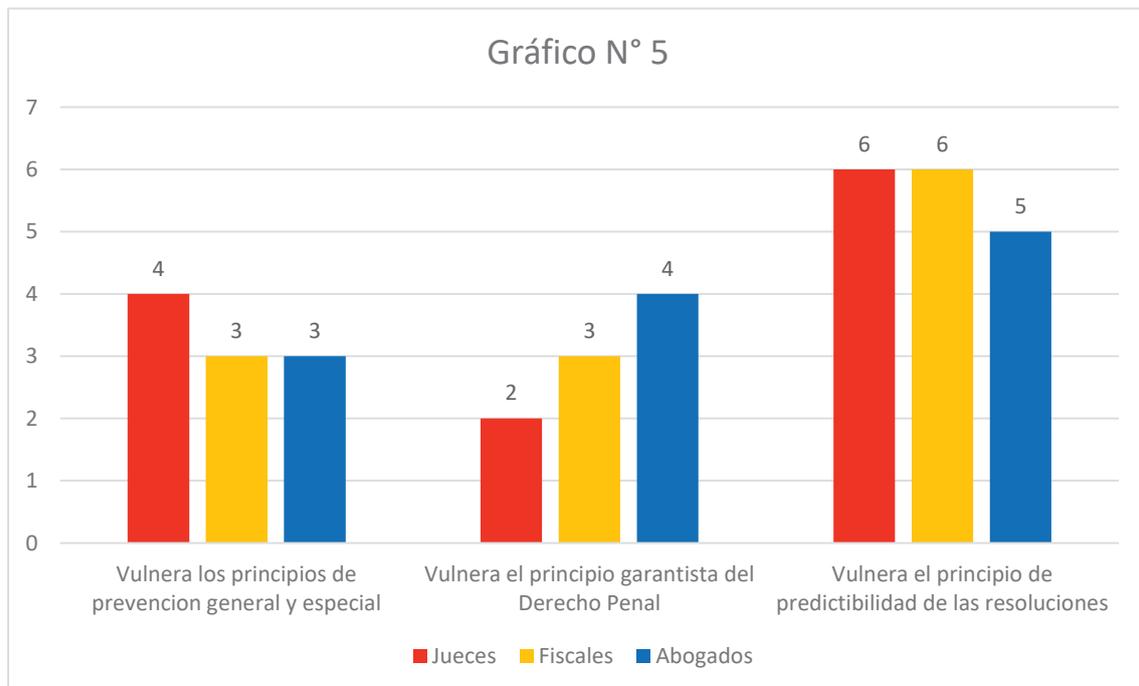
5., ¿Qué efectos relevantes genera en la administración de justicia la disminución discrecional de la pena en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas?

TABLA N° 5

| | Jueces | | Fiscales | | Abogados | |
|---|--------|-----|----------|-----|----------|-----|
| | F | % | F | % | F | % |
| Vulnera los principios de prevención general y especial | 4 | 33 | 3 | 25 | 3 | 25 |
| Vulnera el principio garantista del Derecho Penal | 2 | 17 | 3 | 25 | 4 | 33 |
| Vulnera el principio de predictibilidad de las resoluciones | 6 | 50 | 6 | 50 | 5 | 42 |
| Total | 12 | 100 | 12 | 100 | 12 | 100 |

Fuente: Encuestas elaboradas por el autor

INTERPRETACIÓN



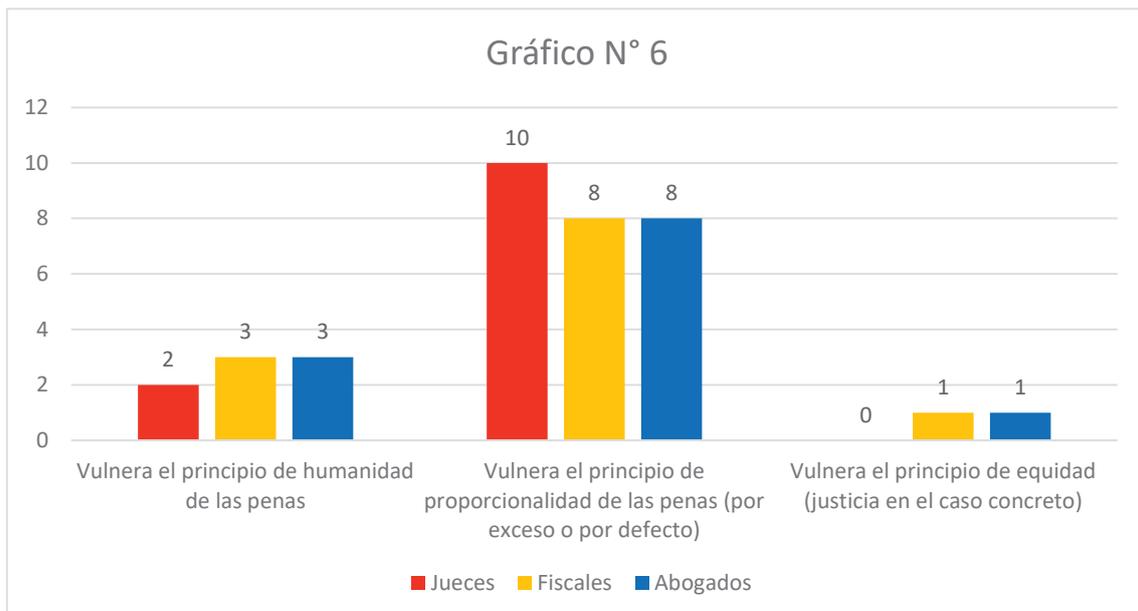
En los cuadros superiores la disminución discrecional de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas genera los siguientes efectos: vulnera los principios de prevención general y especial, para los jueces 33%, para fiscales y abogados en un 25%. Sí vulnera el principio garantista del Derecho Penal jueces 17%, fiscales 25% y abogados 33%. Pero donde se encuentra que hay mayor incidencia es en la vulneración del principio de predictibilidad de las resoluciones, así se tiene que los jueces y fiscales coinciden en un 50% y abogados 42%

6.- ¿Qué repercusión tiene en el sentenciado la disminución discrecional de la pena en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas?

TABLA N° 6

| | Jueces | | Fiscales | | Abogados | |
|--|--------|-----|----------|-----|----------|-----|
| | F | % | F | % | F | % |
| Vulnera el principio de humanidad de las penas | 2 | 17 | 3 | 25 | 3 | 25 |
| Vulnera el principio de proporcionalidad de las penas (por exceso o por defecto) | 10 | 83 | 8 | 67 | 8 | 67 |
| Vulnera el principio de equidad (justicia en el caso concreto) | 0 | 0 | 1 | 8 | 1 | 8 |
| Total | 12 | 100 | 12 | 100 | 12 | 100 |

Fuente: Encuestas elaboradas por el autor



Fuente: Encuestas elaboradas por el autor

INTERPRETACIÓN

La Tabla y Gráfico N°6 nos muestran que la disminución discrecional de la pena en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas, en unos casos, se considera que vulnera el principio de humanidad de las penas, para los jueces en un 17%, para los fiscales y abogados en un 25%. Pero estos índices aumentan considerablemente cuando se dice que esta disminución discrecional de la pena vulnera el principio de proporcionalidad de las penas (por exceso o por defecto), así se tiene: jueces 83%, fiscales y abogados 67%; y muy pocos consideran que vulnera el principio de equidad (justicia en el caso concreto), para los jueces no se produce tal vulneración y para fiscales y abogados en un 8%.

V. Resultados y discusión

4. Análisis interpretación y discusión de resultados

1- Circunstancias atenuantes privilegiadas o causales de disminución de la punibilidad

Aun cuando, como se dijo líneas arriba, no ha sido el propósito de este trabajo de investigación averiguar el por qué se denominan circunstancias atenuantes privilegiadas y, en su caso, porqué causales de disminución de la punibilidad, es necesario precisar que las resoluciones analizadas y las respuestas a la encuestas arrojan como resultado que mayormente el foro nacional conoce como circunstancias atenuantes privilegiadas, entre otros, a la tentativa, la responsabilidad atenuada, la responsabilidad restringida por la edad, la complicidad secundaria, etc. Sin embargo, la Corte Suprema, en reiterada jurisprudencia, se ha pronunciado expresando que todos esos institutos penales son *causales de disminución de la punibilidad*. En efecto, así se desprende de la Casación N° 626-2013-Moquegua y del Recurso de Nulidad N° 761-2018-Apurimac. En el primero al abordar el tema de la prisión preventiva, en el fundamento jurídico número treinta y uno establece que la pena se aplica, entre otros factores, teniendo en cuenta las Causales de disminución de la punición, por ejemplo, el error de prohibición vencible (artículo catorce del Código Penal), error de prohibición culturalmente condicionada vencible (artículo quince del Código Penal), tentativa (artículo dieciséis del Código Penal), responsabilidad restringida de eximentes imperfecta de responsabilidad penal (artículo veintiuno del Código Penal),

responsabilidad restringida por la edad (artículo veintidós del Código Penal), complicidad secundaria (artículo veinticinco del Código Penal); Asimismo, se debe tener en cuenta la regla establecida en el artículo cuarenta y cinco del Código Penal y las fórmulas de derecho premial, como confesión, terminación anticipada del proceso, conformidad del acusado con la acusación y colaboración eficaz. Este listado no es taxativo, por lo que el Juez puede fundarse en otra circunstancia que modifique la pena, siempre que lo justifique en la resolución. En este contexto, tenemos que en el Recurso de Nulidad 761-2018, la Corte Suprema estableció que el interés superior del niño constituye una causal de disminución de la punibilidad supralegal, por lo que en el caso concreto disminuyó la pena de siete a cuatro años suspendida en su ejecución. Dicho esto, se puede apreciar que las circunstancias atenuantes privilegiadas no estarían sometidas a un *numerus clausus*, sino que están abiertas a la casuística penal.

2.- Las denominadas circunstancias atenuantes privilegiadas como institutos penales que sirven para disminuir la pena

Con el estudio realizado se ha verificado que los institutos penales de la tentativa, la responsabilidad atenuada, la responsabilidad restringida por la edad, la complicidad secundaria, el error de prohibición, entre otros, constituyen las denominadas circunstancias atenuantes privilegiadas que sirven al juzgador para disminuir la pena por debajo del mínimo legal. Si bien, la ley penal peruana no precisa de manera expresa cuáles son las circunstancias atenuantes privilegiadas que debe tener en cuenta el juez para dosificar la pena por debajo del mínimo legal, empero, la práctica procesal penal ha inclinado a los jueces a considerar

esos institutos como circunstancias atenuantes privilegiadas para fijar la pena por debajo del mínimo legal. Así tenemos por ejemplo, que el Pleno Jurisdiccional Distrital de Apurímac llevado a cabo en el año 2013, llegó a la siguiente conclusión que “puede admitirse como circunstancias atenuantes privilegiadas no solo las previstas en el artículo 21° que correspondan y la confesión sincera, sino también: el error de prohibición vencible, el error de comprensión culturalmente condicionado -comprensión disminuida-, la tentativa, el desistimiento voluntario, la responsabilidad restringida por la edad, la complicidad secundaria”. Ahora bien, también es importante reiterar que, como sostiene la Casación 626-2013-Moquegua, este listado no es taxativo, por lo que el Juez puede fundarse en otra circunstancia que modifique la pena, siempre que lo justifique en la resolución, tanto es así que en el Recurso de Nulidad N° 761-2018-Cajamarca, se ha disminuido la pena por debajo del mínimo legal invocando el interés superior del niño como una causal de disminución de punibilidad extralegal.

3.- La determinación judicial de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas. Efectos en la administración de justicia y en el imputado

Como se ha sostenido a lo largo del presente trabajo de investigación, la ley en el artículo 45-A del Código Penal ha establecido un marco punitivo dentro del cual los jueces deben fijar la pena concreta en el caso concreto. Sin embargo, este marco o escala punitiva es para determinar la pena dentro de la pena básica o pena conminada en la ley. Significa que tiene aplicación práctica para las personas en quienes no concurre ninguna circunstancia atenuante privilegiada ni

circunstancia agravante cualificada, caso en el cual la pena deberá ubicarse necesariamente dentro de los tercios establecidos en dicha escala punitiva. Pero si se presentan atenuantes privilegiadas o agravantes calificadas, entonces el juez deberá imponer una pena por debajo del mínimo legal o, en su caso, por encima del máximo legal.

No obstante, la ley penal no ha establecido parámetros para disminuir la pena por debajo del mínimo legal en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas (solo en forma genérica se dice en el artículo 45-A, inciso 3, literal a) “Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera: a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior), lo que quiere decir que debe ser por debajo del mínimo legal. Esta situación ocasiona que las condenas impuestas a los responsables en muchos casos vulneren los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En efecto, al no haber un límite o parámetro, los jueces imponen penas a su libre arbitrio y discreción, lo que muchas veces no armoniza con los principios de prevención general y especial. En cambio, en caso de concurrencia de circunstancias agravantes cualificadas como la reincidencia y habitualidad, la norma si ha establecido un marco punitivo por encima de la pena básica, hecho que optimiza la dosificación de la pena. El establecimiento de unos límites o parámetros que fijen lineamientos para que los jueces puedan determinar la pena concreta por debajo del mínimo legal en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas es, en nuestra opinión, una necesidad imperiosa que exige una impartición de justicia prudente y

predecible, en tanto respete los principios de razonabilidad y proporcionalidad de las penas.

4.- La determinación judicial de la pena en casos de circunstancias atenuantes privilegiadas en el juzgado penal colegiado del cusco en el año 2017.

Como se ha podido apreciar de la muestra de expedientes, en el Juzgado Penal Colegiado del Cusco, en el año 2017, se ha considerado casi en la totalidad de los expedientes, la disminución de la pena por debajo del mínimo legal en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas, entre otras, la edad del agente entre 18 y 21 años (artículo 22 del P), el grado de ejecución del delito en grado de tentativa (artículo 16 CP), el estado de ebriedad del agente al momento de cometer del delito (artículo 21 del CP), la complicidad secundaria (artículo 25, segundo párrafo del CP). Pero todos los casos, obviamente, se han disminuido a criterio discrecional del juzgador; en algunos casos se ha disminuido un tercio, en otras una mitad, en otras menos de un tercio e, incluso, se ha apreciado en un caso de la muestra que el Juzgado no ha reducido la pena por debajo del mínimo legal, sino que la ha fijado por encima del mínimo legal, a pesar de la concurrencia de dos atenuantes privilegiadas. No hay duda que esta forma de imposición de pena, no resulta proporcional ya sea por exceso o por defecto en algunos casos concretos, con la entidad o naturaleza del delito y, por tanto, no responde necesariamente en forma adecuada a los principios de prevención general y especial de la pena.

Ahora bien, las encuestas efectuadas a los profesionales vinculados al proceso penal, nos permiten también verificar que la ausencia de una regulación

legal de parámetros o límites para la imposición de la pena por debajo del mínimo legal en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas, genera la vulneración de los principios fundamentales que informan el proceso penal, llámese el de prevención general y especial de la pena, los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la sanción, el principio de predictibilidad de las resoluciones; lesiona también los derechos del procesado a una pena humana, proporcional y equitativa.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Con la investigación realizada se ha podido verificar que la determinación judicial de la pena en casos en que concurren circunstancias atenuantes privilegiadas en un caso concreto, está sometida al criterio discrecional del juzgador, porque la norma penal no fija límites o parámetros para dicho acto procesal, tampoco existe jurisprudencia vinculante sobre la materia. Este hecho en muchos casos lesiona los principios de prevención general y especial de la pena y los de razonabilidad y proporcionalidad de la pena ya sea por exceso o por defecto.

SEGUNDA.- Se ha verificado que los efectos relevantes que genera en la administración de justicia la determinación discrecional de la pena por el juzgador (en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas) son, mayormente, la vulneración de los principios de prevención general y especial y predictibilidad de las resoluciones. Esto se produce porque, no teniendo límites o parámetros, el juez disminuye la pena de manera discrecional, de acuerdo a su criterio, hecho que genera que la pena no responda necesariamente a los principios de prevención general y especial a causa del exceso o benignidad de la sanción y por tanto de la desconfianza de la ciudadanía en la administración de justicia. Por ello, el establecimiento de límites o parámetros mediante tercios o cuartos, como en otras legislaciones, optimizaría la labor de individualización de la pena, porque todos los casos siempre son distintos y merecen un tratamiento punitivo singular.

TERCERA.- Se ha verificado también que la determinación discrecional de la pena por el juez en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas vulnera los

principios de humanidad y proporcionalidad de las penas. El análisis de la imposición de penas en los expedientes revisados del Juzgado Penal Colegiado del Cusco del año 2017, nos permite verificar que el criterio discrecional del juez para disminuir la pena en casos de circunstancias atenuantes privilegiadas, se muestra disímil y sin una adecuada justificación técnico jurídica. Este resultado se explica porque en materia penal todos los casos siempre son distintos y merecen un tratamiento punitivo singular. Por tanto, la pena también debe fijarse dentro de unos parámetros racionales y proporcionales.

RECOMENDACIONES

PRIMERA.- Se incorpore en la ley penal el establecimiento de tercios o cuartos para la disminución de la pena por debajo del mínimo legal cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas.

SEGUNDA.- En defecto de una incorporación inmediata de la norma penal, se promueva la emisión de jurisprudencia vinculante o Acuerdos Plenarios por la Corte Suprema de Justicia de la República a fin de que se fijen lineamientos fundamentales para la disminución de la pena en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BACIGALUPO, E. (2004) “Derecho Penal Parte General”. ARA Editores. Lima
- BRAMONT, Luis. s.f. “El error en el Derecho Penal”. Revista Derecho y sociedad
Recuperado de internet Revistas PUCP. Edu.pe
- BUSTOS J. y HORMAZABAL J. (1997). “Lecciones de Derecho Penal, parte general.
Editorial Trota Madrid.
- CALDERÓN, A. (2013). “El ABC del Derecho Penal”. Editorial San Marcos. Lima
- CALDERÓN A. y CHOCLAN J. (2001). “Derecho Penal Parte General”. Editorial
Bosch, España
- CARRASCO, S. (2017). “*Metodología de la Investigacion Cientifica*”. Lima:
Editorial San Marcos.
- CASTAÑEDA, M. (2016). “*El principio de seguridad jurídica en la determinación de la pena en las circunstancias atenuantes privilegiadas del Código Penal peruano*”. (Tesis de pre grado): Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo.
- CASTILLO, J. L. (2004) en “Código Penal Comentado”. Gaceta Jurídica, Lima.
- CASTRO CUBA. I. (2015). “*Guia para elaborar la tesis doctoral y de maestria*”.
Cusco: Escuela de Post Grado de la Universidad Andina.
- CEREZO, J. (2006). “Derecho Penal, Parte General. Obras Completas”. Tomo I. ARA
Editores. Lima.

- CORNEJO, A.G. (2015). "Derecho Penal Elemental Parte General". Editorial Pacífico
Lima.
- CREUS, C. (1992). "Derecho Penal Parte General". Editorial Astrea. Buenos Aires.
- ETCHEBERRI, A. (1999). "Derecho Penal Parte General" Tomo II, Editorial Jurídica
de Chile
- ESTRELLA, M. (2006). "Manual de Derecho Penal. Parte General". Agencia española de
Cooperación internacional para el Desarrollo. Centro Cultural de España. Cádiz
- GARCÍA, P. (2012). "Derecho Penal Parte General", Jurista Editores. Segunda edición
Lima.
- HURTADO, J. (2005). "Derecho Penal Parte General". Editorial Grijley Lima
- JACOBS, G. (1997). "Derecho Penal, Parte General". Ediciones Jurídicas S.A. Madrid.
- JAEN, M. (1998) "Cuestiones Básicas del Derecho Penal". Editorial Abaco, Tucumán -
Argentina
- JESCHECK y WEIGEND (2002) "Derecho Penal Parte General". Editorial Comares
Granada, España
- LÓPEZ, J. (2004). "Derecho Penal Parte General" Tomo III, Gaceta Jurídica. Lima.
- MIR, S. (2011). "Derecho Penal Parte General". Edit. IBdeF. Buenos Aires.
- NÚÑEZ, R. (1999). "Manual de Derecho Penal Parte General". Editorial Córdoba
Argentina.
- PAUCAR, M. (2013). "Gaceta Penal y Procesal Penal N° 51 setiembre. Lima
- PEÑA CABRERA, A. (2011). "Derecho Penal Parte General", Tercera edición

Editorial Moreno. IDEMSA Lima.

PRADO, V. (2014). “Ponencia en el Auditorio “Alvaro Chocano Marina” de la Corte Superior de Justicia de Arequipa el 25 de octubre del 2014. Recuperado de Internet

PRADO, V. (2009). “Las circunstancias atenuantes genéricas del artículo 46 del Código Penal”. revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/

REÁTEGUI, J. (2014). “Manual de Derecho Penal Parte General” Tomo II. Instituto Pacífico. Lima

ROXIN, C. (1997) “Derecho Penal Parte General”, Tomo I. Editorial Civitas. Madrid.

SÁNCHEZ. F. (2016). “La Investigación Científica Aplicada al Derecho”. Lima: Normas Jurídicas Ediciones.

SILVA, J.M. s.f. “La Teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático); un primer esbozo”. Recuperado de internet. www.indret.com. InDret, Revista para el análisis del Derecho.

VALDERRAMA, V. (2016). “*La determinación judicial de la pena de acuerdo al artículo 45-a del código penal y el principio de proporcionalidad*”. (Tesis de pregrado): Universidad Andina del Cusco.

VILLAVICENCIO, F. (2007). “Derecho Penal Parte General”. Editorial Jurídica Grijley. Lima

VILLA, J. (2014). “Derecho Penal, parte general”, ARA Editores. Lima.

ANEXOS

ENCUESTA

1.- ¿En su condición de juez/fiscal considera usted que se debe disminuir la pena al responsable de un delito cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas?

a.- Sí se debe disminuir

b.- No se debe disminuir

c.- A veces se debe disminuir

2.- ¿En qué medida, considera usted, que se debe disminuir la pena al responsable de un delito cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas?

a.- Se debe disminuir por debajo del mínimo legal, conforme al criterio del juez

b.- Se debe disminuir por debajo del mínimo legal, dentro del tercio superior

c.- Se debe disminuir por debajo del mínimo legal en base a un sistema de tercios o cuartos

3.- ¿En su opinión, debería la ley penal fijar un quantum de pena como límite, que debe tener en cuenta el juzgador para disminuir la pena por debajo del mínimo legal en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas?

a.- Sí debería fijar un límite para que la pena sea razonable y proporcional

b.- No debería fijar, sino que el juez debe disminuir la pena de acuerdo al caso concreto

c.- Sí, debería fijar un sistema de tercios o cuartos como en otras legislaciones extranjeras

4.- ¿En la actual ley penal, tiene límites el juzgador para disminuir la pena por debajo del mínimo legal en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas?

- a.- No tiene límites porque la ley no los fija y la pena se impone a discreción del Juez
- b.- Sí tiene límites, porque la pena se impone respetando los principios del Derecho Penal

5.- ¿Qué efectos relevantes genera en la administración de justicia la disminución discrecional de la pena en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas?

- a.- Vulnera el principio de seguridad jurídica
- b.- Vulnera el principio garantista del Derecho Penal
- c.- Vulnera el principio de predictibilidad de las resoluciones

6.- ¿Qué repercusión tiene en el sentenciado la disminución discrecional de la pena en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas?

- a.- Vulnera el principio de humanidad de las penas
- b.- Vulnera el principio de proporcionalidad de las penas (por exceso o por defecto)
- c.- Vulnera el principio de equidad (justicia en el caso concreto)

| Problema | Objetivos | Hipótesis | Conclusiones |
|---|--|--|---|
| <p>Problema general:</p> <p>¿Cuáles son los límites que tienen los jueces para la disminución de la pena en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas?</p> <p>Problemas específicos:</p> <p>a.-¿Cuáles son los efectos relevantes que genera en la administración de justicia la determinación de la pena a discreción del juzgador en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas?</p> <p>b.-¿Qué repercusión tiene en el sentenciado la determinación de la pena a discreción del juzgador en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas?</p> | <p>Objetivo general:</p> <p>Identificar cuáles son los límites que tienen los jueces para la disminución de la pena en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas</p> <p>Objetivos específicos:</p> <p>a.-Verificar cuáles son los efectos relevantes que genera en la administración de justicia la determinación de la pena a discreción del juzgador en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas</p> <p>b.-Examinar qué repercusión tiene en el sentenciado la determinación de la pena a discreción del juzgador en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas</p> | <p>Hipótesis general:</p> <p>La disminución de la pena en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas no tiene parámetros o límites regulados por la ley o jurisprudencia, por tanto está librada al criterio discrecional del juzgador</p> <p>Hipótesis específicas</p> <p>a.-La determinación de la pena librada al criterio discrecional del juzgador en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas, genera en la administración de justicia, la vulneración de los principios de prevención general y especial de la pena y los principios de predictibilidad y de garantía del Derecho Penal.</p> <p>b.-La determinación de la pena a discreción del juzgador en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas genera para el condenado la vulneración de los principios de humanidad y proporcionalidad de las penas</p> | <p>Conclusiones:</p> <p>1.-La determinación judicial de la pena en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas está sometida al criterio del juzgador</p> <p>2.- La determinación discrecional de la pena en casos de circunstancias atenuantes privilegiadas vulnera los principios de prevención general y especial de la pena y el de predictibilidad de las resoluciones.</p> <p>3.- La determinación discrecional de la pena en casos de circunstancias atenuantes privilegiadas lesiona los principios de humanidad, proporcionalidad de las penas.</p> |