

UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

**“DETERMINACIÓN JUDICIAL Y LEGAL DE LA
PENA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL
PENAL”**

ALUMNA:

Bach. DANTMEIN MÓNICA HUAMÁN ÁVILA

Asesor:

Dr. Pedro Martínez Franco

HUÁNUCO – PERÚ

2016

Dedicatoria

El presente trabajo la dedico a mis padres.

Agradecimientos

- En primer lugar agradecer a Dios por darme la vida y seguir acompañándome día a día.
- En segundo lugar agradecer a la Universidad de Huánuco, por todo el apoyo brindado en mi formación como abogado.

ÍNDICE

Índice	4
Introducción	6
CAPITULO I	8
ASPECTOS DE LA ENTIDAD RECEPTORA	8
CAPITULO II	9
ASPECTOS DEL ÁREA O SECCIÓN	9
CAPITULO III	12
IDENTIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA	12
CAPITULO IV	13
MARCO TEÓRICO	13
1. Etapas de la determinación judicial de la pena	13
a. Identificación de la pena conminada	13
b. Individualización de la pena concreta	13
2. Particularidades	13
2.1. Determinación judicial de la pena de multa	13
2.2. Clasificación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal	14
2.3. Índole de las circunstancias	14
2.4. Efectos de las circunstancias	14
2.5. Relación de las circunstancias con la pena conminada	15
2.6. Concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal	15
2.7. Circunstancias genéricas (art. 46)	17
a. Naturaleza de la acción	18
b. Medios empleados	18
c. Importancia de los deberes infringidos	19
d. Extensión del daño o peligros causados	19
e. Circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión	19
f. Móviles y fines	20
g. Unidad o pluralidad de agentes	20
h. Edad, educación, situación económica y medio social	20
i. Reparación espontánea que hubiere hecho del daño	21

j. Confesión sincera antes de haber sido descubierto	21
k. Condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente	22
3. Reincidencia, habitualidad y determinación judicial de la pena	22
4. Determinación judicial de la pena y concursos de delitos	27
4.1. Concurso ideal de delitos	28
4.2. Concurso real de delitos	28
4.3. Concurso real retrospectivo de delitos	29
4.4. Concurso real de faltas	29
5. Determinación judicial de la pena en el NCPP y el Anteproyecto de CP de 2009	31
CAPITULO V	38
APORTES PARA LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA	38
1. NOCIONES GENERALES SOBRE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA	39
1.1. Las penas en el Código Penal de 1991	39
I. EL SISTEMA DE TERCIOS Y DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL ARTÍCULO 45-A DEL CP	44
II. LA DETERMINACION DE LA PENA EN LA LEY N° 30076	46
III. ¿CUÁLES SON LOS FACTORES QUE FUNDAMENTAN Y DETERMINAN LA PENA?	47
IV. EL PROC.DE LA DETER. E INDIV.DE LA PENA EN LA LEY N° 30076	48
V. EN CASO CONCURRAN CIRCUNS. ATEN. PRIV. O AGRAV. CUALIF.	49
VI. CONSI. PRÁC. AL PROC. DE LA DET. DE LA PENA EN EL NUEVO ESC. NOR.	50
1. Flexibilidad al determinar los tercios	50
2. Las circunstancias del artículo 46 del Código Penal no son las únicas	50
3. La doble valoración	52
CONCLUSIONES	54
RECOMENDACIONES	56
BIBLIOGRAFÍA	57
ANEXOS	59

INTRODUCCIÓN

En la presente investigación sobre el análisis jurídico – doctrinario de los criterios utilizados para la determinación de la pena en la legislación penal vigente, que establece y regula el conjunto de normas y disposiciones jurídicas para determinar las sanciones por los delitos cometidos, se aborda el criterio de determinación judicial relativa de la pena aplicado por los jueces del Perú, dicho criterio consiste fundamentalmente en la definición de ciertos espacios que están limitados por un máximo y un mínimo, dentro de los cuales puede actuar, adecuando las penas a las circunstancias que rodearon el delito y autor, ya que de lo contrario, un imputado no gozaría de la seguridad jurídica a la que tiene derecho, lo cual vulneraría la credibilidad de la administración de justicia.

La determinación de las sanciones penales, debe estar fundamentada en un marco legal, aunque en algunas ocasiones las penas se imponen de forma arbitraria como resultados perjudiciales tanto para el imputado como para la sociedad en general.

En lo que respecta a la legislación penal, que establece y regula el conjunto de normas y disposiciones jurídicas para determinar las sanciones de los delitos cometidos por medio de la imposición de penas, el presente estudio se apoyó en conceptos de diferentes autores sobre de la determinación judicial de la pena y sobre análisis crítico de la determinación de la pena en la Ley N° 30076 (publicada el 19 de agosto del 2013, asimismo incluye modificaciones al Código Penal, al Procesal Penal y a la Ejecución Penal), que han generado a meses de su entrada en vigencia, las más diversas opiniones.

El estudio dogmático y la práctica periódica de la aplicación del sistema de determinación de la pena, tiene además el propósito de establecer recomendaciones pertinentes para su efectiva aplicación en función de los resultados encontrados en el análisis comparativo de la aplicación de criterios Jurídicos Doctrinarios en la determinación de la pena, en la legislación penal vigente, la cual ha introducido cambios.

La investigación hace breve recorrido sobre el la definición de la determinación judicial de la pena, las etapas de esta, las particularidades, las circunstancias genéricas, la reincidencia, habitualidad y determinación judicial de la pena, la determinación judicial de la pena en el Nuevo Código Procesal Penal y el Anteproyecto del Código Penal de 2009; entre otros.

Para apoyar la investigación, se tomó como muestra de estudio, las sentencias de la ciudad de Huánuco- Perú. Se enfatiza el enfoque Jurídico

doctrinario, basados en que el estudio de la legislación aplicable en la determinación de la pena, no es suficiente, sino que, es necesario estudiar los diversos factores tanto históricos, doctrinarios y humanos que inciden en la determinación de la pena.

Se considera que el propósito trazado se alcanzó según el planteamiento del problema, sobre la base de lo cual se elaboraron la investigación, cuyo resultado hizo pertinente la elaboración de conclusiones, y a partir de ellas brindar un aporte a través de las recomendaciones que se han tenido bien presentar.

El estudio se ha fundamentado en un Marco Teórico, y un Marco Legal, lo cual ha permitido analizar en conjunto la aplicación de la Legislación Penal Vigente y la utilización práctica que los juzgadores hacen de los instrumentos dogmáticos en que se basan los preceptos legales examinados.

En la presente investigación se revisó y analizó la doctrina y la regulación legal para determinar la pena en la Legislación Penal vigente, ya sea el procedimiento de la Determinación e Individualización de la Pena en la Ley N° 30076, además de ciertas consideraciones prácticas al procedimiento de la Determinación de la Penal en el nuevo escenario normativo que se tiene presente.

CAPITULO I

ASPECTOS DE LA ENTIDAD RECEPTORA

- 1.1. Nombre o razón social: Poder Judicial de Huánuco.
- 1.2. Rubro: Secretario Judicial del Distrito Judicial de Huánuco.
- 1.3. Ubicación: Jr. 28 de julio/Plaza de Armas.
- 1.4. Reseña:

El presente trabajo de suficiencia profesional se debe la connotación que se viene dando dentro del ámbito de la adecuada aplicación de la pena en los procesos penales, cabe señalar que dentro de los criterios que tienen los diversos jueces para una adecuada aplicación de la pena, se debe considerar que está de por medio los criterios valorativos y el análisis adecuado que se realiza a cada uno de los casos pertinentes.

Dentro del presente trabajo se validaran cada uno de los criterios que tiene los diferentes delitos, sin duda uno de los criterios que se tiene en la adecuada aplicación de la pena, es conocer los criterios que exigen la norma, y las atenuantes que se puedan llegar a dar, no cabe duda que dentro de los criterios de la pena se tiene trabajando diversas teorías, el presente trabajo tiene la finalidad de manifestar todos los criterios que tiene los jueces al momento de aplicar una adecuada pena, a los diferentes imputados, no cabe duda que entre los límites inferiores y los límites superiores se debe validar el adecuado razonamiento en las circunstancias de los límites de la pena.

Sin duda el presente trabajo se realizó en las instalaciones del poder judicial, con la facilidad pues al contar con los expedientes judiciales a mano y las carpetas fiscales con naturaleza penal, se pudo realizar un análisis adecuado del tipo penal y las limitaciones de la pena.

CAPITULO II

ASPECTOS DEL ÁREA O SECCIÓN

El análisis jurídico doctrinario de los criterios que se utilizan para determinar las penas privativas de la libertad, ha estado presente en todas las legislaciones por los diversos autores a través del desarrollo histórico del derecho penal.

Los criterios que utilizan los jueces para determinar las penas, deben estar basados en disposiciones legales establecidas para tal efecto en la normativa penal vigente (Ley N° 30076), el hecho delictivo debe estar tipificado. El análisis jurídico doctrinario, también comprende el establecimiento de que si el hecho es antijurídico, desaprobado en la normativa penal y si existe culpabilidad, tiene como consecuencia una sanción penal por ser un hecho punible.

La función punitiva del Estado es y ha sido cuestionada y modificada en función de las Doctrinas que garantizan, orientan y justifican dicha función. Según Serrano, la función punitiva del Estado tiene límites que constituyen garantías con relación al sujeto; estos límites están dados por la reserva de la función punitiva del Estado y la autolimitación en el ejercicio de tal función sosteniendo que a su vez es privativa, de ahí que sólo mediante leyes puedan decretarse penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, pero tendiendo a la limitación; siendo el Estado el llamado a la autolimitación, recurriendo para esto a preceptos y criterios jurídicos doctrinarios.

Las limitaciones a la función penal emanan de los principios constitucionales, siendo tarea constante la búsqueda del sentido y alcance de la misma con la finalidad de humanizar las penas. “La legalidad de la pena no se optimiza con el requerimiento de que la pena no se encuentre prevista con anterioridades, en la ley penal, sino que demanda también cierto grado de determinación o criterio claro e inequívoco de determinabilidad.

Se puede observar entonces, que es el Estado es el único y legal responsable de la función punitiva, por lo que es necesario una constante autocrítica y constitucionalización en la creación y aplicación de las leyes penales.

La entrada en vigencia de la nueva normativa penal (Ley N° 30076), con figuras jurídicas novedosas en la aplicación de las sanciones penales a cargo de los Tribunales de Sentencia, implica un mayor involucramiento de los jueces que lo integran para determinar las penas privativas de libertad y aplicación correcta de criterios de Determinación Judicial relativa de la pena.

En el contexto, de la realidad Peruana, ésta función recae básicamente en los “jueces”, los cuales aplican las penas correspondientes a los diferentes delitos, de ahí la importancia de conocer si los jueces imponen una pena fundamentada en el marco jurídico doctrinario, si los criterios utilizados son los adecuados de acuerdo al delito cometido, si al momento de imponer la pena se han tomado en cuenta las atenuantes o agravantes u otras situaciones importantes, debido a que pueden ser perjudiciales para el imputado y para la sociedad y en consecuencia se incrementa la inseguridad jurídica lo cual le resta credibilidad a la Administración Pública.

El problema de adecuar la pena al delito cometido obedece a varias razones, entre las que puede mencionarse el hecho de que si los jueces respetan las reglas que señala la normativa penal al momento de determinar una sanción.

Por otra parte la utilización de criterios jurídico - doctrinarios, está directamente relacionada con la capacitación que tengan los jueces de sentencia en la determinación de la pena y la clasificación de la misma.

El autor Zaffaroni “clasifica las penas como principales y accesorias, agregando la clasificación de individuales y divisibles. Las divisibles, tienen fijación legal de un mínimo a un máximo, lo que permite su cuantificación judicial, o sea que la mayoría de las penas están relativamente determinadas, es decir que hay una indeterminación, no son sólo fijas; por lo que los jueces y el Estado les otorga facultades de apreciación en cuanto a la cualificación y calidad de la pena; fenómeno que debe considerarse positivo siempre que tenga lugar dentro de ciertos límites, y que se acompañe con una adecuada formulación de los jueces”.

Por otra parte el autor Ortega¹ trasciende aún más que el autor Zaffaroni y considera que la aplicación de las penas presenta diversos matices como Penalidad compuesta de dos grados de una pena divisible y de la pena de multa; planteando la penalidad compuesta de un grado de una pena divisible y de la pena de multa.

En cada matiz se analiza la imposición de penas determinadas y de las indeterminadas, usando la sana crítica o interpretación, como criterio inicial; pero retomando los grados y otras circunstancias que rodean al delito, como atenuantes, agravantes dolo, culpa y características del autor.

Llorca Ortega, José: Manual de Determinadas de la Pena. De. Tirant lo Blanc, Valencia España 1979, Págs. 43, 44, 45, 56, 57, 58.

CAPITULO III

IDENTIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

En la medida en que la Legislación Penal Peruana se actualiza en la regulación de delitos y penas que se orientan a un grado de cumplimiento mínimo, los índices de criminalidad se incrementan, lo cual conlleva a la formulación del siguiente problema:

- ¿Cuáles son los factores que fundamentan y determinación de la pena?
- ¿Cuáles son las consideraciones prácticas por el juez al momento de determinar la pena?

En las sentencias penales se tipifica la conducta atribuida al acusado, a través del juicio de subsunción, determinándose si es inocente o culpable. En los casos donde el juez concluya en una sentencia condenatoria, deberá determinar la clase e intensidad de las consecuencias jurídicas que va imponer al condenado, individualizando la sanción.

Para fundamentar el tipo de pena y su extensión, el juez debe apreciar todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, las cuales condicionarán la antijuridicidad del hecho imputado y servirán para fundamentar y limitar la culpabilidad del agente. La fijación de la pena debe realizarse dentro los márgenes previstos en la disposición legal correspondiente, empleando, entre otros, los principios de proporcionalidad², legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (arts. II, IV, V, VII y VIII). Así también, las reglas previstas en el Código sobre la individualización y determinación de la pena.

Por un lado, según el art. 45, se deben considerar las carencias sociales que hubiere sufrido el agente, su cultura y sus costumbres, los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen. De otro lado, de conformidad con los arts. 46, 46-A, 46-B y 46-C, se debe tener en cuenta las circunstancias que modifican la responsabilidad penal; de cuya valoración, el juez determinará la mayor o menor gravedad del injusto, así como el mayor o menor grado de culpabilidad del autor o partícipe que lo Cometió.

GARCÍA CAVERO, 2008, p. 709 Ss.

CAPITULO IV

MARCO TEÓRICO

1. Etapas de la determinación judicial de la pena

Tradicionalmente, se distingue entre la identificación de la pena conminada por la ley llamada también pena abstracta— y la individualización de la pena concreta.

a. Identificación de la pena conminada

El primer paso en el proceso de determinación judicial de la pena es precisar los límites de la pena o penas aplicables, en función de los límites mínimos y máximos que la ley prevé como pena conminada por la comisión del delito. Por ejemplo, en el caso del homicidio simple (art. 106), la pena básica o aplicable se extiende de seis años a veinte años.

b. Individualización de la pena concreta

Una vez determinado el tipo de pena y su extensión mínima y máxima, el juez individualizará la pena concreta teniendo en cuenta las circunstancias legalmente relevantes que pudiesen concurrir en el caso. Con esta pena individualizada que se impone al acusado declarado culpable, se materializa el *juspuniendi* del Estado.

2. Particularidades

2.1. Determinación judicial de la pena de multa

Según el art. 41, que prevé la pena de multa, el juez debe seguir diversas etapas para fijar el monto de dinero que deberá abonar el condenado. Primero, debe establecer el número concreto de días-multa a imponerse, según el grado de culpabilidad del imputado y la gravedad del delito cometido. Luego, debe fijar el importe en dinero del día-multa o cuota diaria dineraria, atendiendo a la capacidad económica del condenado, la misma que es establecida de acuerdo al promedio de su renta diaria de ingresos, deducidos los gastos de manutención, educación, pago de impuestos, etc. Por último, el juez, para obtener el importe total de la multa, deberá multiplicar el número de días-multa por el monto de la

cuota diaria dineraria. La multa fijada deberá ser cancelada dentro de los 10 días siguientes de emitida la condena.

2.2. Clasificación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal

Se trata de indicadores, objetivos o subjetivos, de cuya utilización se permite valorar tanto el nivel de gravedad del hecho punible cometido (antijuridicidad del hecho) como la mayor o menor intensidad del reproche personal que se realiza contra quien lo cometió (culpabilidad del agente). De esta manera, se establece su nivel de responsabilidad penal, y se fija el quantum concreto de pena que se le debe imponer.

Atendiendo a las características de nuestra legislación penal, consideramos que las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal pueden ser clasificadas según su índole, sus efectos y su relación con la pena conminada.

2.3. Índole de las circunstancias

Las circunstancias comunes o genéricas están reguladas en el art. 46 y sirven para determinar la pena concreta de cualquier tipo de delito. Por otro lado, las circunstancias especiales o específicas se encuentran previstas en la parte especial del Código y conciernen sólo a determinados delitos. Por ejemplo, se tienen las previstas en el art. 186, que regula las agravantes del delito de hurto (art. 185), y en el art. 297, que prevé las del delito de tráfico ilícito de drogas (art. 296).

Así mismo, en ciertas ocasiones el legislador ha recurrido a tipificar algunas circunstancias con el objeto de calificar de modo particular un tipo básico. Por ejemplo, el tipo legal de parricidio (art. 107) está constituido por el tipo legal del homicidio simple y por la circunstancia agravante referida a la relación familiar existente entre el sujeto activo y la víctima.

2.4. Efectos de las circunstancias

La concurrencia de circunstancias atenuantes disminuye la intensidad del hecho delictivo cometido, reduciendo la intensidad del reproche penal. Esto determina que la pena a imponerse sea menos grave. Por ejemplo, conforme al art. 146, la

conurrencia del móvil de honor, en los delitos contra el estado civil, determina una reducción de la culpabilidad del agente, atenuando la pena.

Por su parte, las circunstancias agravantes acentúan el injusto del hecho cometido e intensifican el reproche de culpabilidad. Su efecto es aumentar la severidad de la pena. Así, el hecho de cometer un hurto en el interior de una casa habitada (art. 186, inc. 1), constituye una agravante del delito de hurto simple (art. 185).

De otro lado, las circunstancias denominadas mixtas pueden tener efectos agravantes, atenuantes o eximentes, según el tipo de hecho delictivo o los sujetos participantes en el hecho delictivo. Así por ejemplo, la circunstancia de parentesco entre agente y víctima tiene un efecto agravante tratándose del delito de promoción y favorecimiento de la prostitución (inc. 4 del art. 179), pero constituye una circunstancia eximente tratándose de delitos patrimoniales como el hurto o los daños (art. 208).

2.5. Relación de las circunstancias con la pena conminada

Las circunstancias cualificadas o privilegiadas crean un nuevo marco de conminación penal, al modificar los límites legales, mínimos o máximos, de la pena prevista para el delito. Estas circunstancias cualificadas agravan la pena por encima del máximo legal previsto para el delito simple. Así, por ejemplo, según el art. 46-B, la reincidencia agrava la pena al preverse que el límite máximo será "...una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal". Las circunstancias privilegiadas, por el contrario, sustituyen el mínimo legal original por uno nuevo e inferior. Por ejemplo, el art. 22 faculta al juez a imponer una pena inferior al mínimo legal previsto, cuando el agente tenga más de dieciocho años y menos de veintiuno.

2.6. Concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal

Es frecuente en los casos penales complejos, por ejemplo por la pluralidad de delitos o de agentes, que concurren diversas circunstancias de igual o distinta índole. En estos casos, la determinación de la pena concreta demanda una

apreciación analítica compleja. El juez debe valorarlas en cada caso concreto para determinar la pena concreta.

Así, por ejemplo, cuando concurren varias circunstancias agravantes, deberá imponerse un quantum de pena cercano al extremo máximo conminado en la ley o, de ser el caso, la pena máxima. En el mismo sentido, la concurrencia de una pluralidad de circunstancias atenuantes deberá permitir aplicar un quantum de pena cercano al límite mínimo fijado por ley.

Si concurren simultáneamente circunstancias agravantes y atenuantes en un solo caso, el proceso de determinación de la pena impone ejercer una valoración correspondiente a la compensación entre los factores de aumento y disminución de la sanción, pudiendo fijarse la penalidad concreta en el espacio intermedio entre el límite mínimo y máximo de la pena conminada por la ley. Este proceso de valoración debe encontrarse debidamente fundamentado en la sentencia, conforme a la garantía de motivación de las resoluciones judiciales. La violación de esta obligación puede dar lugar a que la decisión sea recurrida o anulada.³

Los efectos de las circunstancias concurrentes están limitados por la imposibilidad de realizar una doble valoración sobre un mismo factor de agravación o atenuación. Son, por tanto, aplicables los principios rectores o garantías procesales como el *ne bis in idem*.

En este sentido, cuando las circunstancias concurrentes resultan incompatibles entre sí, su condición de agravación debe excluirse en función de su especialidad. Esto es, la circunstancia específica excluye a la genérica. Un ejemplo evidente es la incompatibilidad de la circunstancia genérica del art. 46-A, frente a la primacía de la circunstancia específica prevista en el art. 297, inc. 1. Si bien en ambas disposiciones el factor-agravante se identifica con la condición de funcionario público del agente, lo específico del delito de tráfico ilícito de drogas cometido por aquél, excluye la consideración complementaria de los efectos de la citada agravante genérica, para decidir sobre la pena concreta.

GONZALEZ 1988 p 222

Un problema adicional se produce en los casos de concurrencia de circunstancias agravantes específicas compatibles pero de distinto grado o nivel. Esto ocurre cuando en la realización de un delito se presentan simultáneamente circunstancias agravantes que tienen diferente grado y, por tanto, distinta escala de pena conminada. Por ejemplo, cuando el agente ha cometido el delito de robo en casa habitada (art 189, inc 1, pf 1), apoderándose de un bien de valor científico (art. 189, inc. 4, pf. 2) y causando lesiones graves (art 189, pf 3).

En estos supuestos la circunstancia de mayor grado absorberá a las de grado inferior. Por consiguiente, la pena concreta se deberá determinar solo entre los límites de la penalidad conminada que corresponda a la escala punitiva de dicha agravante de mayor nivel (en el ejemplo las lesiones graves inferidas a la víctima tiene como escala punitiva la pena de cadena perpetua). Esta alternativa dogmática, que se basa en el principio de absorción, si bien carece de regulación legal propia en el Código, ha sido acogida recientemente por el AP N° 2-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, que en su F.J. 12 señala: “En estos casos la circunstancia de mayor grado absorberá el potencial y eficacia agravante de las de grado inferior. Por consiguiente, ella operará como pena básica a partir de la cual el juez determinará la pena concreta a imponer. Por tanto, ante tal concurrencia de circunstancias agravantes el juez deberá decidir la pena concreta en base a la escala punitiva del agravante específica de mayor grado o nivel”

2.7. Circunstancias genéricas (art. 46)

Esta disposición contiene un amplio catálogo de circunstancias genéricas, ya previstas en el art. 51 del CP de 1924. Sin embargo, en éste código el legislador no distinguió entre agravantes y atenuantes, como sí se había hecho en el CP de 1863 (arts. 9 y 10).

La concurrencia de las agravantes genéricas impone al juez la necesidad de determinar en cada caso, si los efectos de éstas radican en aumentar o atenuar la penalidad. Estas circunstancias se refieren, en buena cuenta, al grado del

injusto o de culpabilidad del agente⁴. Por cuestiones metodológicas, la doctrina ha clasificado estas circunstancias según estén vinculadas a la “gravedad del hecho punible” o a la “personalidad del autor”.

Así, se consideran entre las primeras: la naturaleza de la acción, los medios empleados, la importancia de los deberes infringidos, la extensión del daño o del peligro causado, y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión. En el segundo grupo, se reúnen los móviles y fines, la unidad o pluralidad de agentes, la edad, educación, costumbres, situación económica y medio social, la conducta anterior y posterior al hecho, la reparación espontánea que hubiera hecho del daño, la confesión sincera antes de haber sido descubierto, y los demás antecedentes, condiciones personales y circunstancias que conduzcan al conocimiento de la personalidad del infractor.

La misma clasificación fue empleada en los proyectos de octubre 1984 (art. 60), de 1985 (art. 71) y de 1986 (art. 70). Sin embargo, fue abandonada en los proyectos de 1989 (art 51), de 1990 (art 52) y de enero de 1991 (art 46) El Código vigente conserva el mismo sistema general de circunstancias del CP de 1924, aunque con un número menor de circunstancias genéricas.

a. Naturaleza de la acción

El juez debe apreciar el tipo de delito cometido o el *modus operandi* empleado por el agente, esto es, la forma como se ha manifestado el hecho⁵. Así mismo, debe tener en cuenta el efecto psíquico y social que el hecho produce. De allí, por ejemplo, que, respecto al delito de hurto, constituye una agravante específica la utilización de sistemas de transferencia electrónica de fondos, de la telemática en general o la violación del empleo de claves secretas’ (art 186 pf 2, inc 3)

b. Medios empleados

La realización del delito puede ser favorecida por el empleo de medios idóneos, cuyo uso puede comprometer en mayor o menor medida la seguridad de la víctima o provocar graves estragos. Por ello, se sostiene que esta circunstancia

BRAMONT ARIAS, 2003, p. 249.
ZIFFER, 1996, p. 130 ss.

influye tanto en la ilicitud del hecho⁶ como en la peligrosidad del agente⁷. Un ejemplo de este tipo de circunstancia se prevé en el delito de homicidio calificado, esto es, cuando el agente mata a la víctima empleando fuego, explosión, veneno o por cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas (art 108, inc 4).

c. Importancia de los deberes infringidos

Es una circunstancia relacionada tanto con el injusto, como con la condición personal y social del agente. Mediante esta se desvalora la violación por el agente de los deberes especiales (de orden funcional, profesional o familiar) Esta circunstancia esta prevista con frecuencia tanto en la parte especial del Código como en diferentes leyes complementarias. Por ejemplo, la condición de agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil” del autor de lavado de activos (art 3, inc a, de la Ley N° 27765).

d. Extensión del daño o peligros causados

Esta circunstancia se refiere a la magnitud del injusto en cuanto a su efecto material sobre el bien jurídico tutelado⁸. No obstante, como bien destacaba Cornejo⁹, en relación con el CP de 1924, esta valoración corresponde sobre todo a la conminación de la pena en cada delito y no a un nivel de circunstancia genérica. Por esto resulta más adecuado incluirla como circunstancia agravante específica, tal como se le considera en el delito de robo: “colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica” (art. 189, inc. 3, pf. 2).

e. Circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión

Estas circunstancias conciernen al injusto, en la medida que el agente se aprovecha de éstas (tiempo, lugar, modo y ocasión) para facilitar la ejecución del delito. Por ejemplo, en los delitos de hurto y robo, se considera agravante que el delito se ejecute con “ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular de agraviado” (art. 186, inc. 4) o “durante la noche o en lugar desolado” (art. 189, inc. 2). En otros casos estos factores expresan

VILLAVICENCIO, 1992, p. 199
PEÑA CABRERA, 1987, P.259
BRAMONT ARIAS, 2003, p. 249
CORNEJO, 1936, p. 250

también una actitud inescrupulosa, desafiante y audaz de parte del infractor frente a la ley y los sistemas de control penal. Este es el caso en el delito de tráfico ilícito de drogas cuando el “hecho es cometido en el interior o en inmediaciones de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, de salud, recinto deportivo, lugar de detención o reclusión” (art. 297, inc. 4).

f. Móviles y fines

La motivación y los fines que determinan, inducen o guían la acción delictiva del agente, influyen, de modo determinante, en la mayor o menor intensidad de su culpabilidad. Es decir, coadyuvan a medir el grado de reproche que cabe formular al autor del delito. Su índole subjetiva se manifiesta en lo fútil, altruista o egoísta del móvil o finalidad. En tal sentido, la instigación o ayuda al suicidio, por ejemplo, e reprimida “si el agente actuó por un móvil egoísta” (art. 113, *in fine*). En cambio, en el art. 146, se atenúa la pena de los delitos contra el estado civil, cuando son cometidos “por un móvil de honor”.

g. Unidad o pluralidad de agentes

La doctrina nacional, desde la vigencia del CP de 1924, ha considerado que la circunstancia de pluralidad de agentes indica un mayor grado de peligrosidad y de inseguridad para la víctima, precisamente por la actuación conjunta en la afectación de sus bienes jurídicos¹⁰. Esta circunstancia genérica fundamenta la agravación tanto en el caso de que sean coautores como frente actos de participación de inductores o cómplices primarios. Sin embargo, toda vez que el propio legislador ha decidido que en la actividad del cómplice secundario de antemano concurre una circunstancia específica de atenuación (art. 25, pf. 2), la presente circunstancia, por interpretación sistemática, no es aplicable a éste último.

h. Edad, educación, situación económica y medio social

Se trata de circunstancias vinculadas a la culpabilidad del imputado y a su mayor o menor posibilidad para interiorizar el mandato normativo, así como para motivarse de acuerdo con éste y sus exigencias sociales. Estas circunstancias influyen en el grado de culpabilidad del agente. Sin embargo, hay que prestar atención al hecho que pueden ocultar rezagos de las superadas concepciones

CORNEJO, 1936, p. 248

del positivismo criminológico y pueden ser, por tanto, incompatibles con la preeminencia de un derecho penal del acto sobre un derecho penal de autor¹¹. Cabe anotar que el art. 45, inc. 1, también prevé como fundamento para determinar la pena “las carencias sociales que hubiere sufrido el agente”. Por tanto, el juez debe incluir también en la valoración de estas circunstancias las posibilidades reales de interacción e integración que ha tenido el agente con su entorno social y con los patrones de conducta positiva imperantes en él.

i. Reparación espontánea que hubiere hecho del daño

Esta circunstancia está referida a la conducta posterior al delito que realiza 2833 el agente. Así por ejemplo, la reparación del daño ocasionado por aquél revela una actitud positiva que debe apreciarse favorablemente con el objeto de atenuar la pena. La reparación debe ser espontánea y realizada con anterioridad a la emisión de la correspondiente sentencia. Así mismo, debe ser obra del autor y no de terceros¹².

j. Confesión sincera antes de haber sido descubierto

Esta circunstancia se fundamenta en un acto de arrepentimiento posterior al hecho delictivo, y se expresa en la voluntad del agente de hacerse responsable de haberlo cometido y de asumir plenamente sus consecuencias jurídicas. En tal sentido, esta actitud es valorada como circunstancia atenuante toda vez que el agente demuestra no pretender asegurarse con las ventajas obtenidas por la comisión del delito ni lograr su impunidad, todo lo contrario. Al respecto, la doctrina, desde la vigencia del CP de 1924, sostiene que existe diferencia notable entre el hecho de huir después de consumado el delito y el de denunciarse ante las autoridades. Esto último pone de manifiesto que el agente asume su responsabilidad y, en consecuencia, demuestra que no está dispuesto a reiterar la comisión de similares hechos¹³.

Debe, pues, diferenciarse el efecto de la confesión sincera como circunstancia atenuante, prevista en el Código (art. 46), respecto de los efectos procesales de la confesión sincera que se rinde en sede judicial o fiscal (art. 136 C de PP y art.

VILLAVICENCIO, 1992, p.198
PEÑA CABRERA, 1987, p. 264
PEÑA CABRERA, 1987, p. 264

160 NCPP). La concurrencia de la primera determina su valoración positiva como circunstancia genérica atenuante, y no es indispensable para su configuración la preexistencia de una investigación de carácter penal, por tanto, puede ser equivalente a un auto denuncia. Sin embargo, en la segunda es imprescindible la preexistencia de una pretensión persecutoria iniciada por los órganos de investigación de delito; por ello su fundamento no radica solo en la aceptación de cargos imputados o de las consecuencias jurídicas derivadas, sino en el aporte probatorio y la utilidad que debe tener la confesión para los fines de la investigación que se lleve a cabo, tan es así, que si la confesión carece de aporte o utilidad probatoria, no es aplicable el beneficio procesal previsto en el art. 136 CdePP y art. 161 del NCPP, esto es la disminución facultativa de la pena por debajo del mínimo legal.

k. Condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente

Esta referencia constituye una cláusula general que reenvía a otras circunstancias distintas de las mencionadas expresamente en el texto legal. Así, con el objeto de evitar contradicciones con el principio de legalidad o riesgos de arbitrariedad, el juez debe especificar en concreto la circunstancia que invoca y su equivalencia con las reguladas legalmente. Sobre todo, debe fundamentar razonablemente por qué tal o cual circunstancia resulta idónea para conocer mejor la personalidad del agente. Así, se evitará una vuelta a criterios del positivismo criminológico¹⁴.

3. Reincidencia, habitualidad y determinación judicial de la pena

No son pocas las reformas hechas a la legislación penal nacional que aportan más problemas que soluciones. Un ejemplo de esta deficiencia político criminal es la reincorporación de las agravantes de reincidencia y habitualidad, mediante la Ley N° 28726, del 9 de mayo de 2006, que introdujo los arts. 46-B y 46-C. La imperfección legislativa se manifiesta en las sucesivas modificaciones realizadas a estas disposiciones (Ley N° 29407, del 18 de setiembre de 2009;

VILLAVICENCIO, 1992, p. 200

Ley N° 29570, del 25 de agosto de 2010; y Ley N° 29604, del 22 de octubre de 2010)¹⁵.

Efectivamente, mediante la emisión de las citadas disposiciones, el legislador ha creado graves problemas de interpretación debido a las confusas reglas de determinación de la pena que éstas prevén. Así por ejemplo, en el art. 46-C, se reguló la habitualidad de acuerdo a presupuestos relacionados con la sucesión de delitos, los cuales debían ser realizados por el agente dentro de un plazo de cinco años. Además, se previó “aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal” Paralelamente, en la Ley N° 28730, del 13 de mayo de 2006, se modificó el régimen punitivo del concurso real de delitos, adoptándose el criterio de la acumulación de penas.

Con la reincidencia, prevista por el art. 46-B, también se suscitaron controversias en torno a su regulación y a la efectividad de su condición de circunstancia agravante Al respecto, el AP N° 1 2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, estableció, en sus Fs. Js. 12 y 13, algunos criterios hermenéuticos vinculantes para superar los problemas y dudas derivados de las normas sobre reincidencia y habitualidad. Aprobándose, entre otros, los siguientes acuerdos:

Procesalmente debe tomarse en consideración dos requisitos. El primero, el juzgador, para la calificación de reincidente de un imputado, ha de tener a la vista el boletín de condenas y, en su caso, la hoja carcelaria respectiva -que establece la fecha exacta de la excarcelación-; en defecto de uno o ambos documentos, ha de contar con copia certificada de la sentencia y, si correspondiere, de la resolución que dispone su excarcelación por la concesión de un beneficio penitenciario. El segundo, dado que la reincidencia es una circunstancia agravante cualificada, por imperio del principio acusatorio, ha de ser solicitada por el Fiscal en la acusación. Por tanto, ésta no puede establecerse de oficio sin el debate procesal correspondiente, pues ello importaría, además, un fallo sorpresivo que vulneraría el principio de contradicción.

Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de las disposiciones referente a dichas circunstancias agravantes mediante la STC del 19 de enero de 2007, Exp. N° 0014-2006-AI/TC

Sobre la operatividad de la agravante cualificada del art. 46-C frente a las reglas sobre concurso real y concurso real retrospectivo de delitos. Siendo la habitualidad una circunstancia agravante cualificada, se deberá aplicar sus efectos punitivos sólo en el tercer delito cometido en el lapso de cinco años, y luego se sumará la pena resultante a las penas concretas correspondientes a los otros delitos del concurso real, pero respetando siempre los límites punitivos fijados por los arts. 50 y 51 (la pena total no debe ser superior al doble del máximo conminado para el delito más grave, ni mayor de treinta y cinco años de privación de libertad; y si para uno de los delitos en concurso corresponde cadena perpetua, sólo se aplicara esta sanción excluyéndose las demás).

Sobre los elementos de las agravantes cualificadas previstas en los arts. 46-B y 46-C. Se debe asumir que la reincidencia opera sólo hasta los cinco años posteriores al cumplimiento parcial o total de pena privativa de libertad por condena anterior. Este límite cronológico es compatible con el que históricamente se fijaba en el art. 111 del CP de 1924. Además, resulta similar al considerado por el art. 46-C para la habitualidad que regula una efectividad penal más gravosa. El nuevo delito que da lugar a la reincidencia puede ser de igual o distinta naturaleza que el que determinó la pena privativa de libertad cumplida total o parcialmente.

En cuanto a la habitualidad, ella se produce solamente en el caso de que los tres delitos se hayan cometido en un lapso de 5 años y no medie condena sobre alguno de ellos en dicho plazo. También la habitualidad requiere que todos los delitos cometidos sean dolosos y de igual naturaleza. Esta especialidad en la reiteración delictiva indica la habituación delictiva del agente y justifica su mayor punibilidad.

Sobre la determinación de la pena concreta en caso de concurrencia de las circunstancias cualificadas del art. 46-A y las previstas en los arts. 46-B ó 46-C. Si concurrieran las agravantes cualificadas del art. 46-A (calidad de funcionario público, aprovechamiento de conocimientos privilegiados, comisión en prisión de delitos graves) con las agravantes de reincidencia o habitualidad, se deberán aplicar los efectos punitivos correspondientes en la determinación de la pena concreta, por ser todas circunstancias compatibles. No obstante, la pena

concreta resultante no podrá exceder de los límites contemplados por el art. 46-A (de treinta y cinco años de privación de libertad).

Límites de la penalidad derivada de las agravantes previstas en los arts. 46-B y 46-C. En coherencia con los límites punitivos fijados en los arts. 29, 46-A, 50 y 51, en ningún caso la pena concreta -que corresponda a la efectividad de la agravación por reincidencia o habitualidad- será mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad. Cuando los delitos que dan lugar a tales supuestos tengan prevista pena de cadena perpetua sólo se aplicará dicha pena.

Eficacia de los antecedentes penales cancelados en los casos de reincidencia según los arts. 46-B y 69 in fine. La reforma del art 69, sobre cancelación de antecedentes y rehabilitación inmediata, tuvo lugar mediante la Ley N° 28730, del 15 de mayo de 2006. Esto es, cuatro días después de emitida esta, por la cual se introdujo el art 46 B al Código (la agravante de reincidencia). Por consiguiente, la primera de las normas citadas modificó implícitamente a la segunda. Siendo así, el párrafo in fine del nuevo texto del art 69, donde se dispone que “La reincidencia deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena”, deroga el párrafo final del art 48-B que establecía que “A los efectos de esta circunstancia no se computaran los antecedentes penales cancelados”. De esta manera, pues, a partir de la vigencia de la citada Ley N° 28730, la reincidencia es una excepción a la regla general de la rehabilitación inmediata por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta.

Dicha excepción solo debe ser aplicable a condenas que se hayan impuesto y cumplido con posterioridad a la ya citada reforma del art 69. En todo caso, cuando se haya vencido el plazo de prescripción de la reincidencia acordado en cinco años posteriores a la excarcelación operara definitivamente la cancelación de los antecedentes generados por dicha condena.

Como puede deducirse de estos criterios, los problemas de aplicación de las agravantes cualificadas por reincidencia y habitualidad han sido suficientemente esclarecidos. Por interpretación, se han explicado y completado las disposiciones legales. Por ejemplo, se incorporó un plazo de prescripción para

la reincidencia de cinco años y se logró compatibilizar la cancelación de los antecedentes penales dispuesta en el art. 69 con dicho plazo. Ambos aportes fueron luego formalizados por la citada Ley N° 29407, al modificar los arts. 46-B y 69.

Ahora bien, el marco punitivo que actualmente rige para las agravantes de reincidencia y habitualidad deviene en complejo e incoherente. En efecto, luego de las reformas introducidas por la citada Ley No 29604 se han configurado los siguientes estándares de agravación:

En caso de reincidencia se incrementará la pena conminada hasta en una mitad por encima del máximo legal previsto para el nuevo delito cometido. De modo innecesario se precisa que si el reincidente hubiera sido beneficiado con indulto o conmutación de pena también se elevará la penalidad en igual proporción. Sin embargo, cuando se trate de los delitos graves señalados en el pf. 2 del art. 46-B, la pena se aumentará en no menos de dos tercios por encima del máximo legal correspondiente. En estos casos no serán procedentes los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

En la habitualidad, se deberá elevar la pena conminada hasta un tercio por encima del máximo legal previsto para el delito que configura el agravante (tercer delito) y que debe ser cometido en un lapso no mayor de cinco años. No obstante, cuando se trate de los delitos señalados en la segunda parte del pf. 1, del art. 46-C, la penalidad se aumenta hasta una mitad por encima del máximo legal. Además para la habitualidad en esta clase delitos no rige el plazo de cinco años ni le serán aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

Por su parte, en el AP N° 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, en su F.J. 22, ha aportado también criterios de esclarecimiento en torno a los presupuestos y efectos legales de la reincidencia en faltas, Al respecto se ha sostenido lo siguiente: “Es en el art. 46-B, en donde luego de regular los requerimientos legales para la reincidencia en los delitos dolosos, se alude, con escasa claridad, a la reincidencia en faltas en los términos siguientes: *Igual condición tiene quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas*”.

El acuerdo plenario citado desarrolló los siguientes criterios de interpretación:

- La reincidencia en faltas se produce cuando quien habiendo sido condenado como autor o partícipe de esta clase de infracción penal, incurre en la comisión de una nueva falta, luego de que la condena adquiere firmeza. Se trata, pues, de una modalidad de reincidencia ficta que no exige que se haya cumplido en todo o en parte la pena impuesta.
- La reincidencia en faltas determina modificaciones en la pena conminada para la nueva falta cometida. En tal sentido, el máximo de pena -establecido por la ley- se convertirá en mínimo y se configurará un nuevo límite máximo, que el será equivalente a la mitad por encima del máximo original.
- Para que se configure la reincidencia la nueva falta debe ser cometida en un plazo no mayor a dos años de quedar firme la condena anterior. De esa manera la reincidencia será compatible con los plazos ordinarios de prescripción de la acción penal y de la pena, estipulados en la segunda parte del art. 440, inc. 5.

4. Determinación judicial de la pena y concursos de delitos

Cada delito cometido en concurso con otras infracciones, contiene una sanción penal propia, por lo surge el problema de definir cuál es la pena que corresponde aplicarle al agente. Esto justifica que algunas reglas sobre los concursos se encuentren ubicadas en el acápite de la aplicación de la pena. Sin embargo, habiéndose tratado ampliamente sobre las clases, definiciones y resoluciones de concursos en el marco de la teoría del delito, nos limitaremos a presentar sus consecuencias respecto a la determinación concreta de la pena.

4.1. Concurso ideal de delitos

En el art. 48, modificado mediante la citada Ley N° 28726, se conserva la pena de la infracción más grave como base de determinación, pero se dispone sea aumentada hasta en una cuarta parte por encima del máximo fijado por la ley. Así mismo que no deberá superar, en ningún supuesto, el límite máximo de treinta y cinco años de la pena privativa de libertad temporal. No se consideró, en cambio, el caso en que concurren infracciones reprimidas con pena de cadena perpetua. De presentarse tal situación, debido al carácter indeterminado de esta sanción, no procede incremento alguno.

En el Anteproyecto de CP de 2009, se propone cambiar el límite máximo de la pena agravada. Así, el incremento se fija en el tercio de la pena básica en lugar del cuarto y no se reitera el límite general de 35 años en caso de penas privativas de libertad (art. 51). De este modo, se sigue combinando los principios de absorción y de asperación. Tampoco la regla propuesta se refiere al caso de delitos sancionados con pena de cadena perpetua.

4.2. Concurso real de delitos

El texto original del art. 50 consideraba el denominado principio de absorción¹⁶. Conforme al cual, la pena básica es la más grave de las conminadas para los delitos en concurso, la misma que debía ser aumentada tomando en cuenta los demás delitos de menor gravedad (circunstancias agravantes).

Esta regulación fue modificada mediante la citada Ley N° 28730, considerándose el principio de acumulación de las penas. Así, en primer lugar, debe determinarse la pena concreta de cada uno de los delitos en concurso; y, luego, acumular estas penas para obtener la pena concreta total que debería cumplir el sentenciado. Esta pena no podrá sobrepasar el límite de 35 años de pena privativa de libertad. Así mismo, tampoco deberá superar el doble de la pena concreta parcial impuesta por el delito más grave. Si uno de los delitos resulta sancionado con pena de cadena perpetua, no se tendrán en cuenta las demás

BRAMONT ARIAS, 2003, p. 263

penas concretas parciales. Este procedimiento ha sido tomado en cuenta en CIAP N° 4-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009¹⁷.

4.3. Concurso real retrospectivo de delitos

Existe particular dificultad en la determinación de la pena cuando existen delitos en concurso que no son juzgados simultáneamente en un solo proceso. Esto se debe a que el autor de las diversas infracciones es juzgado y sentenciado, primero, por una o algunas de éstas, y sólo con posterioridad es sometido a nuevo proceso por las demás. Este caso ha sido regulado en el art. 51, modificado por la Ley N° 26832, del 03 de julio de 1997.

Para la imposición de la pena en esta forma de concurso real se debe tener como criterio rector que al agente no se le debe imponer una pena concreta final que resulte ser más severa que aquella que se le hubiere aplicado si se le hubiese juzgado simultáneamente por todos los delitos en concurso. Esto ha sido tomado en cuenta en la modificación del art. 51, mediante la Ley N° 28730. Así, se ha establecido que la pena concreta será determinada como si se tratara del concurso real de delitos previsto en el art. 50. En consecuencia, se sumarán las penas concretas parciales que se impongan por cada delito.

4.4. Concurso real de faltas

Mediante la citada Ley N° 29407, se incorporó el art. 50-A que regula el concurso real de faltas. Sistemáticamente, esta nueva regla debió insertarse en el Libro Tercero, dedicado a las reglas generales y especiales aplicables a esta clase de infracciones. Su contenido es deficiente en la medida en que no permite deducir cuales son los presupuestos, requisitos, modalidades y efectos del concurso real de faltas. En todo caso, hay que reconocer que los caracteres esenciales de esta nueva forma de concurso son, precisamente, la pluralidad de acciones, la concurrencia de faltas independientes, de personas perjudicadas y la unidad de autor.

Cfr. Fs. Js. 7 al 9

Sin embargo, el mayor problema hermenéutico se relaciona con las reglas de determinación de la pena establecidas por el párrafo final del art. 50-A: “será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para éste, teniendo en cuenta el perjuicio total causado” Teniendo en cuenta los criterios asumidos para el caso del concurso real de delitos (arts. 50 y 51), una primera opción interpretativa sería que la penalidad concreta se determine por la acumulación de las penas parciales correspondientes a cada falta en concurso. Pero, el problema subsiste cuando el legislador hace referencia a la “pena privativa de libertad prevista”, la cual no es conminada respecto a ninguna de las faltas previstas en el Libro Tercero del Código. Tampoco resuelve el problema, que en el modificado art. 440, inc. 3, se prevea que una pena privativa de libertad sólo puede ser consecuencia de una conversión en caso reincidencia en faltas contra la persona (art. 441) o contra el patrimonio (art. 444).

Al parecer toda esta confusión se debe al hecho de haberse utilizado, en lo esencial, la errada propuesta contenida en el Proyecto Parlamentario definitivo que antecedió a la Ley N° 29407. Según esa propuesta: “Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deben considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, es castigado como autor o partícipe del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado”

Como se puede observar la redacción propuesta se refería a un “delito” y no una falta -como lo corroboró luego una fe de erratas publicada el 29 de setiembre de 2009- por lo que en ese contexto era posible considerar la aplicación de una pena privativa de libertad. Por consiguiente, pues, de *lege lata* sugerimos que la pena concreta será la correspondiente al resultado acumulado de todas las faltas cometidas por el agente. Y, de *lege ferenda*, planteamos que se modifique la regla y sea prevista en el art. 440, inc. 8, en el sentido siguiente: “Cuando concurren varias faltas independientes cometidas por un mismo autor, se sumaran las penas correspondientes que fije el juez para cada una de ellas,

hasta un máximo del doble de la pena de la falta más grave' Este criterio también ha sido asumido por el AP antes citado.¹⁸

5. Determinación judicial de la pena en el NCPP y el Anteproyecto de CP de 2009

- **Sentencia penal y determinación judicial de la pena en el NCPP**

A pesar de la gran importancia práctica de la cuestión, no se ha reflexionado de manera seria y profunda acerca de la relación que debe existir entre la sentencia y el procedimiento de la determinación judicial de la pena¹⁹. La misma laguna se observa en los esfuerzos dirigidos a establecer pautas o guías metodológicas para la elaboración de sentencias penales²⁰. Lo cual parece indicar qué aún para los especialistas nacionales, las pautas normativas, así como las precisiones teóricas sobre el particular, deben ser planteadas y debatidas exclusivamente en el ámbito del derecho penal sustantivo.

En gran medida tal omisión y percepción resultan coherentes con el estilo restrictivo y lacónico mediante el cual legislador ha diseñado la determinación judicial de la pena, al regular los contenidos y formas de construcción de una sentencia condenatoria. Así, en el C de PP no se establecieron reglas detalladas para la configuración o el resultado de las decisiones que debía adoptar el juez al emitir una sentencia condenatoria. Sin embargo, en el art. 282, con bastante pragmatismo, se establecieron algunas reglas para facilitar la elección judicial de la pena concreta, cuando entre los magistrados a cargo del fallo se plantearan posturas discrepantes en torno a la índole y extensión de dicha sanción.

Al respecto, la norma citada señalaba: "Cuando hubiere disconformidad entre los tres miembros del Tribunal respecto de la pena, se volverán a discutir y votar los puntos en que se haya disentido. Si en esta segunda votación continua la disconformidad, se impondrá la pena intermedia, esto es, la pena por la que voto el miembro del Tribunal en disentimiento con los que votaron por pena superior

AP N° 4-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009, F.J. 11
Cfr. TALAVERA, 2004, p. 83 ss.; MAVILA, 2005, p. 200
Cfr. SANTA CRUZ, 2004, p. 42 ss

o inferior” Según la exposición de motivos, esto era lo más razonable ya que aseguraba, cuando menos, el acuerdo tácito de dos votos por dicha pena intermedia. Así, se estimaba que “más fundado es aplicar la pena intermedia, respecto a la cual puede afirmarse que hay mayoría”²¹.

Cabe reconocer que la misma técnica legislativa ha sido utilizada por otros legisladores latinoamericanos. Por ejemplo, la regulación prevista en el C de PP colombiano de 2000, es similar a la nuestra. Tampoco se dan mayores detalles sobre las reglas para determinar la pena a imponer (arts. 410 a 412). Esto se debe, quizás, a que en el CP colombiano del mismo año (arts. 60 y 61) se prevén reglas más completas que en el nuestro.

En cambio, otros sistemas procesales han optado por un patrón diferente, 2869 en el cual se fijan criterios específicos de determinación judicial de la pena. Así, por ejemplo, en el CPP chileno de 2001 se desarrollan pautas para los casos de delito continuado o concurso real de delitos. En su art. 351, sobre “reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie” se estatuye que: “en los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie se impondrá la pena correspondiente a las diferentes infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados”. Además, se dispone, por un lado, que si por la naturaleza de las diversas infracciones, éstas no pudieren considerarse como un solo delito, el juez por otro, que podrá, con todo, aplicarse las penas en la forma establecida en el art. 74 del citado código, si de seguirse este procedimiento hubiere de corresponder al condenado una pena menor. Por último, se dice que para los efectos de este artículo, se considerará delitos de una misma especie aquellos que afectaren al mismo bien jurídico.

El NCPP mantuvo la misma orientación legislativa que el C de PP. Lo cual se advierte al realizar un análisis de los once artículos que integran el Título VI sobre “La deliberación y la sentencia” (arts. 392 a 403) del Libro Tercero que regula el proceso común. De estas disposiciones sólo tres guardan relación directa con la deliberación y determinación de la pena en una sentencia condenatoria (arts. 392, 393 y 397).

Cfr. GUZMAN, p. 481

En relación con el art. 392, lo relevante se encuentra en el inc. 4. En éste, se ratifica la elección del “término medio” ante la discordia que tengan los jueces al pronunciarse sobre la extensión de la pena concreta a imponer.

En el art. 393, inc. 3, lit.e, se precisa que una cuestión específica sobre la que deben deliberar y votar los jueces, al elaborar un fallo de condena, tiene que ser “la individualización de la pena aplicable y, de ser el caso, de la medida de seguridad que la sustituya o concurra con ella” En esta regla existe un error técnico, pues conforme al Código ninguna medida de seguridad, sea el internamiento o el tratamiento ambulatorio, pueden sustituir penas. Pero al margen de este yerro, lo interesante es que la ley obliga al juez a determinar la pena aplicable en atención a las circunstancias del caso, sin que esto implique afectar el criterio de conciencia que le reconoce la ley. No obstante, la norma ha omitido indicar cuál debe ser el procedimiento a seguir, dejando un vacío legal que debe ser oportunamente cubierto.

En este dominio, en cambio, resultó oportuna e inédita, para la experiencia procesal penal nacional, la propuesta que sobre esta materia hizo el denominado ‘Proyecto Huanchaco’ Esta interesante y poco difundida iniciativa legislativa, elaborada por juristas nacionales y argentinos, incorporo la posibilidad de realizar un juicio sobre la pena. El cual, junto al denominado juicio de culpabilidad, sería también una base y finalidad fundamentales del desarrollo operativo de la audiencia o juzgamiento según el modelo adoptado por dicha propuesta legislativa En tal sentido, el art 255 de dicho Proyecto señala *“El juicio sobre la pena comenzara con la recepción de la prueba que se haya ofrecido para individualizarla, hasta antes del inicio de la segunda parte del juicio, prosiguiendo de allí en adelante, según las normas comunes. Al finalizar el debate, el juzgador mencionará oralmente la pena y demás consecuencias jurídicas del delito que corresponde aplicar al caso concreto, lo que constará en el acta de cierre de la audiencia”*²².

Por último, el art. 397, inc. 3 del NCPP, respetando la primacía del principio acusatorio, aplicable también al ámbito de las circunstancias, prohíbe al juez

Centro de Estudios para la Reforma de la Justicia, Democracia y Libertad – CERJUDEL, 2005, p. 346

“aplicar pena más grave que la requerida por el Fiscal, salvo que se solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación”: Debemos entender que la parte final de dicha disposición alude, entre otros supuestos, a una falta de circunstancias atenuantes privilegiadas o de aquellas causales imperfectas de justificación o exculpación regulada en el art. 21.

- **Determinación de la pena en el Anteproyecto de CP de 2009**

Al parecer las oportunidades para dar mejor operatividad a la determinación judicial de la pena, se encuentran vinculadas a la revisión oficial del Código vigente. Esto se debe a que durante el proceso de implementación del NCPP, actualmente en ejecución, no conviene realizar, por ahora, modificaciones sustanciales a las normas relacionadas con la deliberación punitiva de una sentencia condenatoria.

La Comisión Especial Revisora del Código, creada por Ley N° 29153, aprobó en noviembre de 2008, un nuevo modelo regulador del procedimiento de determinación de la pena. El texto aprobado comporta la modificación sustancial del modelo previsto por los arts 45 y 46 del Código. Además, se incluyen otras innovaciones puntuales. Sistemáticamente, el sistema regulador de la determinación judicial de la pena, propuesto por la referida Comisión, tiene la siguiente estructura:

En el art. 43, referente a los presupuestos de fundamentación y determinación de la pena, se incorpora como contenido adicional al texto original del inc. 1: “la posición preeminente que ocupe en la sociedad”: De esta manera, se incluye este nuevo criterio de fundamentación y determinación de la pena como alterno al ya existente, que sólo se refiere a las “*carencias que hubiere sufrido del agente*”: Con esto se pretende que el juez tenga en cuenta para su decisión punitiva la situación del criminal que delinque manipulando su posición de privilegio.

También la reforma del citado artículo modifica el inc. 3, sustituyendo el término “intereses” por el de “derechos”, por estimarse más amplio, pues comprende tanto aspectos patrimoniales como no patrimoniales.

El art. 44, relacionado con el procedimiento judicial de individualización de la pena, es objeto de cambios más trascendentes. En primer lugar, se dispone expresamente que toda condena debe fundamentar de modo suficiente y explícito los “motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena”. De esta manera se impone expresamente, al juez el deber de justificar su decisión punitiva y, por ende, de desarrollar un procedimiento coherente y técnico para individualizar la sanción aplicable al caso.

En segundo lugar, se describen con precisión las etapas que deberá seguir el juez para determinar la pena. Al respecto, en el citado artículo se ratifica lo ya previsto en el texto original del Código, en el sentido de que los factores centrales para la individualización de la pena se relacionan con el grado de reproche que cabe hacer al agente por su actuar antijurídico (culpabilidad del agente), ello respecto del grado de desvalor que merece la conducta antijurídica realizada (antijuridicidad del hecho).

Se esquematiza el procedimiento operativo que debe seguir el juez. Este debe identificar la pena básica, como espacio punitivo considerando la pena fijada en la ley para el delito (pena conminada); determinar la pena concreta, evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes; dividir el espacio punitivo de la pena básica en tres partes. Estas consisten en las hipótesis siguientes: si no se presentan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta deberá determinarse dentro del tercio inferior; si concurren agravantes y atenuantes, la pena concreta deberá determinarse dentro del tercio intermedio; y cuando concurren únicamente circunstancias agravantes la pena concreta deberá determinarse dentro del tercio superior.

También en el art. 44, inc. 3, se describe un procedimiento operativo especial, para el caso de presencia de circunstancias atenuantes o agravantes “cualificadas”. En tales supuestos, se procederá del modo siguiente: tratándose sólo de circunstancias atenuantes la pena concreta se establecerá por debajo del tercio inferior, si sólo se trata de circunstancias agravantes la pena concreta se determinará por encima del tercio superior y en caso de concurrencia de

circunstancias atenuantes y agravantes la pena concreta se fijará dentro de los límites de la pena básica.

El art. 45 reproduce el catálogo de circunstancias atenuantes genéricas. Se han considerado la carencia de antecedentes penales, obrar por móviles nobles o altruistas, actuar en estado de emoción, pasión o temor excusables, la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares, procurar voluntariamente la disminución de las consecuencias del delito, reparar espontáneamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado, presentarse voluntariamente a las autoridades admitiendo responsabilidad y, por último, la edad del imputado si ello influyó en su conducta.

En el art. 46, se han insertado 13 circunstancias agravantes genéricas: que la acción recaiga sobre bienes de utilidad social o recursos necesarios para la satisfacción de necesidades básicas de la colectividad; la acción incida sobre bienes o recursos públicos, concurren móviles abyectos o fútiles o mediando precio, recompensa o promesa remuneratoria; concurren móviles de intolerancia y discriminación social, étnica, ideológica, religiosa; se empleen medios cuyo uso puede generar peligro común; se actué con prevalimiento, alevosía o de modo subrepticio; se intensifique innecesariamente las consecuencias nocivas del delito; se abuse del cargo, posición económica, formación, poder, oficio o profesión; haya pluralidad de agentes; valerse de inimputables; se dirija o ejecute total o parcialmente el delito, desde un centro carcelario o desde fuera del territorio nacional; se afecte gravemente el equilibrio de los ecosistemas naturales; se emplee explosión, veneno u otro medio de similar eficacia destructiva.

Finalmente el art. 47 regula las circunstancias privilegiadas de atenuación y cualificadas de agravación y se precisan cuáles son sus efectos punitivos. El pf. 1 describe como circunstancia privilegiada atenuante la afectación leve del bien jurídico. Para este caso la pena se atenuará hasta una mitad por debajo del mínimo legal.

En el pf. 2, se definen dos circunstancias agravantes: la calidad de funcionario público y el abuso de tal condición para la comisión del delito; y la reincidencia. Para ambos supuestos la pena se incrementará hasta un tercio por encima del máximo legal del delito cometido, pero sin exceder del límite temporal máximo de 35 años de pena privativa de libertad. Se mantienen, pues, las circunstancias que actualmente contienen los arts. 46-A y 46-B, pero se suprime la relativa a la habitualidad del art. 46-C. La agravante cualificada de la reincidencia, prevista en el art. 49, inc. 2, se configura “cuando después de haber cumplido en todo o en parte una condena a pena privativa de libertad efectiva se incurre en nuevo delito doloso dentro de los 5 años siguientes:

Como se puede inferir el nuevo modelo de determinación judicial de la pena, que se han previsto en el Anteproyecto de CP de 2009, se pretende hacer menos complejo este proceso decisorio. Además, promueve la fundamentación y justificación del resultado punitivo, a la vez que orienta al juez hacia la solución de casos límite, como lo que regula el art. 43.

CAPITULO V

APORTES PARA LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA

Muchos han sido los cambios que ha introducido el legislador nacional en la normativa penal uno de ellos, en mi opinión el más importante y novedoso- hace referencia al denominado “sistema de tercios” como regla para la determinación de la pena, el cual ha sido regulado en el recientemente incorporado artículo 45-A, a través de la Ley N° 30076, del 19 de agosto de 2013. Aquí el legislador no ha optado, como nos suele tener acostumbrados, por una decisión política-criminal de neocriminalización, sobrepenalización o sobrecriminalización, o vinculada a expandir normas de naturaleza propia del Derecho Penal del enemigo, sino que ha reforzado más las alicaídas murallas de protección del principio de legalidad y proporcionalidad de las penas, ofreciendo al órgano jurisdiccional una posibilidad mayor de imponer penas más determinables, identificables, pronosticables y mucho más justas.

El texto legal del artículo 45-A es el siguiente:

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

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

El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas:

- Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes.
- Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes, observando las siguientes reglas:
- Cuando no existan atenuantes ni agravantes, o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior.

- Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio.
- Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior.

Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera:

Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior.

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

1. NOCIONES GENERALES SOBRE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

1.1. Las penas en el Código Penal de 1991

Según el artículo 28 del CP, existen 4 clases de penas²³ (Sirafen), las cuales son²⁴:

- 1) Penas privativas de la libertad (art. 29), donde encontramos la pena privativa de libertad temporal y la pena de cadena perpetua²⁵.

23 En España, por ejemplo, conforme al artículo 33 de su Código Penal, en función de su naturaleza y duración, las penas se clasifican en graves, menos graves y leves.

24 PAUCAR CHAPPA, Marcial Eloy. “Determinación judicial de la pena: Análisis de los acuerdos plenarios sobre sus Principales problemas operativos”. En: Gaceta Penal & Procesal Penal. N° 44, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 86.

25 ROY FREYRE Luis E. “La irracionalidad de las penas y sus correctivos legales En AA VV. “El nuevo Código Penal peruano. Exposición de motivos, anteproyecto del Código Penal y estudios sobre Derecho Penal”. Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011, p. 681, para quien las aludidas tradiciones pueden ser tan graves como las que, a manera de ejemplo, identificamos en nuestro ordenamiento jurídico cuando, por un extremo el artículo 119, inciso 22 de la Carta Política enuncia como uno de los pilares de la administración de justicia: “El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación

- 2) Penas restrictivas de la libertad (art. 30), en la cual encontrábamos hasta dos tipos: la pena de expulsión de extranjeros -por ejemplo, el artículo 303 aplicable a los delitos de tráfico ilícito de drogas-, y la pena de expatriación de nacionales, la cual fue derogada por el artículo 1 de la Ley N° 29460 del 27 de noviembre de 2009.
- 3) Penas limitativas de derechos (arts. 31 al 40), que están compuestas por la prestación de servicios a la comunidad, la limitación de días libres y la muy polémica pena de inhabilitación.
- 4) Pena de multa (arts. 41 al 45), la cual no debe ser confundida con el pago de la reparación civil.
- 5) Adicionalmente, no debemos olvidar la existencia de la pena de vigilancia electrónica (art. 29-A), que fue incorporada por el artículo 4 de la Ley N° 29499 del 19 de enero de 2010, la cual actualmente se encuentra en vacatio legis²⁶.

Todos conocemos que el sistema de sanciones en el Derecho Penal atraviesa por tres niveles: el primero, la predeterminación legal de la pena; el segundo, la determinación judicial de esta; y, el tercero, su ejecución. La determinación de la pena es un proceso dinámico y diferenciado, según la fase en la que se realice. En ese sentido, se habla de una determinación legal, realizada por el legislador, cuando conmina con penas determinados delitos. Se alude a una determinación judicial, a cargo del juez, cuando individualiza e impone una pena concreta a quien ha declarado responsable. Y finalmente se menciona a una determinación administrativa, dependiente de la autoridad penitenciaria y controlable jurisdiccionalmente, para describir la ejecución individualizada de la pena impuesta²⁷. El presente trabajo se ocupará del segundo de ellos.

del penado a la sociedad", y por otro extremo, el modificado artículo 189 del Código Penal que sanciona con cadena perpetua ciertas formas calificadas del delito de robo agravado.

26 Véase, sobre los alcances de su vigencia, la jurisprudencia vinculante contenida en los fundamentos jurídicos cuarto, quinto y sexto del R.N. N° 4216-2009-Lima, del 25 de abril de 2011, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

27 FIGUEROA NAVARRO, Aldo. "Criterios para la elaboración de un sistema legal de penas conminadas en el Código Penal". En: *El nuevo Código Penal peruano. Exposición de motivos, anteproyecto del Código Penal y estudios sobre Derecho Penal*. Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011, p. 415.

Para García Caveró, una vez establecida la existencia de un hecho delictivo y estando vigente el interés del Estado por castigar este hecho, resulta necesario determinar la consecuencia jurídico-penal que le corresponde al delito cometido, siendo que nuestro Código Penal ha seguido, con propias particularidades, el sistema de penas parcialmente determinadas en la ley que deja ciertos márgenes de discrecionalidad judicial²⁸.

Al respecto, Prado Saldarriaga maneja un concepto de determinación judicial de la pena ligado a toda actividad que desarrolla el operador jurisdiccional para identificar, de modo cualitativo y cuantitativo, la sanción a imponer en el caso sub júdice. Esto es, a través de ella se procede a evaluar y decidir sobre el tipo, la extensión y el modo de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que resulten aplicables al caso²⁹. Ahora bien, corresponde dejar clara la diferencia entre determinación legal y determinación judicial de la pena, pues la primera se realiza mediante la concreción legal de las circunstancias modificativas y otros criterios, mientras que la segunda opera dentro del ámbito concedido al arbitrio judicial, que para no convertirse en arbitrariedad ha de sujetarse a criterios objetivos³⁰.

En la doctrina alemana, Meier ofrece su concepto de determinación judicial de la pena o *Strafzurnessung*. Señala que es la parte más importante y, al mismo tiempo, la más difícil de la decisión en la aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Dice además, que en la determinación judicial de la pena, el injusto, de hecho, es ponderado y transformado en sanciones específicas y

28 GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 822, para quien existen, en principio, tres sistemas de determinación de la pena. Por un lado, se encuentra el sistema de penas utilizado por el Código Penal francés de 1791 que establecía penas fijas absolutamente determinadas por el legislador. A este sistema se le opone completamente el sistema de penas indeterminadas utilizado en el Derecho anglosajón, en el que se deja amplio arbitrio al juez para fijar la pena. 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 la 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.

29 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Determinación judicial de la pena y Acuerdos Plenarios*. Idemsa, Lima, 2010, p. 130.

30 MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *El tipo penal: Algunas consideraciones entorno al mismo*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F., 1986, p. 142

aplicables; se establece qué pena le corresponde a determinado hecho punible y qué grado de restricción de la libertad es impuesta al infractor. Por último, desde la decisión del Tribunal, la determinación judicial de la pena expresa la magnitud de la gravedad del hecho.

Sobre la importancia que ha alcanzado esta disciplina dentro del Derecho Penal, Roxin afirma que el Derecho de medición (o determinación) de la pena comprende en cambio todas las reglas que son decisorias en cuanto a la clase y cuantía de la pena que se debe imponer, y que en las últimas décadas se ha desarrollado científicamente hasta convertirse en una disciplina jurídica en buena medida autónoma, pero sistemáticamente pertenece al Derecho Penal material, puesto que determina con más precisión las consecuencias de la conducta punible³¹.

Por su parte, Ferrajoli refiere que el problema de la determinación de la pena por parte del juez se identifica en gran parte con el de los espacios de discrecionalidad asignados a la función judicial, y que la historia de sus soluciones se confunde, en consecuencia, con la del principio de legalidad de las penas³² expresado en la máxima *nulla poena sine lege*³³.

Sobre este concepto, la doctrina ha establecido: “Las circunstancias son factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito. Es decir, hacen posible valorar la mayor o menor desvaloración de la conducta ilícita (antijuridicidad del hecho); o el mayor o menor grado de reproche que cabe formular al autor de dicha conducta (culpabilidad del agente). Mediante las circunstancias se puede apreciar, pues, si un delito es más o menos grave y a partir de ello ponderar el alcance cualitativo

31 ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Civitas, Madrid, 1997, p. 45

32 En este sentido, Bacigalupo sostiene: “Cada una de estas prohibiciones tiene un destinatario preciso: la exigencia de *lex praevia* se dirige tanto al legislador como al juez; la de *lex scripta*, al igual que la de *lex stricta*, al juez; por último, la de *lex certa* tiene por destinatario básicamente al legislador y, subsidiariamente, al juez”, en: BACIGALUPO Enrique. Principios constitucionales de Derecho Penal. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 45.

33 FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Trotta, Madrid, 1989, p. 402 y ss. Según este autor, son importantes en cuanto a la pena, la predeterminación legal de la pena, la determinación judicial de la pena, y la posdeterminación de la medida de la pena en fase de ejecución. Contrariamente otros autores consideran la determinación legal de la pena como esencial para el principio de legalidad cfr BACIGALUPO Enrique. Obcit p. 47

y cuantitativo de la pena que debe imponerse a su autor o partícipe. Por tanto, la función principal de las circunstancias no es otra que coadyuvar a la graduación o determinación del cuántum o extensión de la pena concreta aplicable al hecho punible cometido”³⁴.

Ahora bien, estas pueden clasificarse en tres formas:

- 1) **Por su naturaleza:** i) comunes o genéricas (artículo 46), u) especiales o específicas (por ejemplo, artículo 186 en el delito de hurto), y iii) elementos típicos accidentales, que son aquellos que complementados con un tipo penal forman un nuevo delito (artículo 107, parricidio). Sobre el particular, González Cussac formula la siguiente atingencia: “Porque es el legislador quien ha querido conferir a las circunstancias comunes unos efectos muy concretos sobre la pena, y para ello las regula en el Libro Primero (parte general). Y cuando no lo ha querido así, las ha descrito en el Libro Segundo (parte especial) conformando una determinada figura delictiva, otorgándole una eficacia y significado muy distintos³⁵”.
- 2) **Por sus efectos:** i) atenuantes (artículo 146, “por móvil de honor en los delitos contra el Estado Civil”), u) agravantes (artículo 152, segundo párrafo, secuestro), y iii) mixtas, pues estas en algunos casos pueden atenuar o agravar la pena, por ejemplo la “relación de parentesco” es una agravante en el inciso 4 del artículo 179 (favorecimiento a la prostitución), en tanto que en el artículo 208 sirve como una excusa absolutoria en algunos delitos patrimoniales como los hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños.
- 3) **Por su relación con la pena conminada:** i) cualificadas, son aquellas que van a incrementar la pena por encima del máximo legal (artículos 46-A, 46-B en la reincidencia, y 46-C en la habitualidad), y u) privilegiadas, las cuales van a disminuir la pena por debajo del mínimo legal, y que a modo de ilustración podemos citar el artículo 22 relativo a la

34 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios, pp. 138-139.

35 GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. “La aplicación de la pena en el nuevo Código Penal de 1995”. En: La reforma de la justicia penal: Estudios en Homenaje al Prof. Klaus Tiedemann, Juan Luis Gómez Colomer y José Luis González Cussac (coordinadores) Universitat Jaume I, Castello de la Plana. 1997, p. 262.

responsabilidad restringida, artículo 25, segundo párrafo, para la complicidad secundaria, y el artículo 16 para la tentativa (Versuch).

I. EL SISTEMA DE TERCIOS Y DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL ARTÍCULO 45-A DEL CP

El primer párrafo del novísimo artículo 45-A contiene el siguiente texto legal: *“Toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena (...)”*. En este sentido, se consolida el principio de motivación de las resoluciones judiciales, que se hace extensivo también para los dictámenes fiscales, es decir, que la primera regla para la determinación de la pena concreta se vincula tanto con el pedido que haga el representante del Ministerio público el titular de la acción penal y en estricto cumplimiento del *principio acusatorio* por el cual presenta ante el órgano jurisdiccional, no sólo una imputación concreta a través de las pruebas de cargo, sino también su pretensión punitiva debidamente fundamentada y sometida, en rigor, a los alcances del principio de legalidad de la pena, esto es, que dicha solicitud fiscal se ha de adecuar a los parámetros legales contenidos en la norma³⁶.

Por otro lado, no debe perderse de vista que aquí la fundamentación será diferente a la que se desarrollen para la sustentación de la imputación de la responsabilidad del procesado. Los motivos o razones que se señalan estarán ligados estrictamente a la graduación o calibración de la pena, que en el plano *“cuantitativo”* estará relacionado con el cuántumpunitivo, es decir, se debe fundamentar, por ejemplo, en el caso de la pena privativa de la libertad por qué se solicita “X” años o meses, o en el caso de la pena de multa, por qué se solicita “y” días-multa y “z” de monto luego de realizar la correspondiente conversión. Por otro lado, en el plano *“cualitativo”* estará vinculado con el *“tipo”* de pena a imponer, por ejemplo, si se tiene el delito de injuria (artículo 130) que sanciona con pena de prestación de servicio comunitario o pena alternativas), se deberá

36 No solo se vincula al juez, sino también al fiscal al momento de materializar su presentación punitiva, sobre todo bajo los criterios del NCPP, donde el cual el juez no podría imponer una “pena superior” a la solicitada por el fiscal, salvo en casos excepcionales (artículo 397.3 del NCPP). Es decir, el fiscal no puede solicitar una pena diferente.

especificar las razones por las cuales se impone una y no la otra. Del mismo modo, si en un caso concreto se va a imponer pena efectiva o pena suspendida (artículo 57), deberá de exponerse los motivos de dicha decisión.

Antes de analizar el segundo párrafo, debemos aclarar que existirán dos grandes fases en la determinación judicial de la pena: la primera, que podemos denominar “determinación inicial de la pena básica”, donde vamos a identificar la pena básica conjuntamente con las circunstancias agravantes y atenuantes “específicas” para obtener un intervalo legal mínimo y máximo de pena conminada; y la segunda, que le podemos brindar el nombre de “individualización final de la pena concreta”, donde dicho intervalo legal va a ser dividido en tres segmentos iguales (tercio inferior, tercio intermedio y tercio superior), y finalmente, de acuerdo a las reglas de concurrencia de circunstancias “genéricas” propiamente dichas (art. 46) o cualificadas (arts. 46-A, 46-B y 46-C) o privilegiadas (por ejemplo, arts. 21 y 22), se va a obtener dentro de estos espacios la “pena concreta”.

Ahora bien, la primera parte de este párrafo: “Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley (...)” al usar el término “dentro de los límites fijados por ley”, hace alusión directa al primer momento o “determinación inicial de la pena básica”, donde será evaluada la pena conminada que aparece en el tipo penal, y de ser el caso, la pena que se determine del concurso de sus circunstancias específicas. La segunda parte, “(...) el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad”, hace mención al segundo momento o “individualización final de la pena concreta”, donde se determinará la pena concreta fija en función al “sistema de tercios” con la concurrencia de circunstancias genéricas o comunes, las cuales, tal como lo señala la fórmula utilizada por el legislador “no son específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad”. Aquí, entonces, se resalta la necesidad de fijar la pena concreta a través de los factores involucrados en el caso concreto tanto para la responsabilidad del autor en el hecho (reprochabilidad), así como la naturaleza de la acción (desvalor del hecho), pero que no se encuentren

taxativamente en la estructura del tipo penal, a efectos de no vulnerarse el *principio del ne bis in idem*.

El tercer párrafo concentra el núcleo de las reglas propiamente dichas de la determinación de la pena a través de sus dos grandes fases ya mencionadas precedentemente. En este espacio, la novedad es la incorporación pertinente de un “sistema de tercios” para la segunda fase o “individualización final de la pena concreta”, la cual se relaciona con la nueva redacción del artículo 46, donde el legislador ha dividido acertadamente las circunstancias genéricas simples de atenuación y las de agravación. Es sin duda, un cambio positivo que ha involucrado a todo el sistema de normas de comprender la determinación judicial de la pena. Tal como ya un sector de la doctrina lo había señalado, en todos los casos, claro está, el mínimo y máximo legal para cada tipo penal deberá permitir la divisibilidad de la pena conminada en tercios, que permita al juzgador una fácil operación aritmética para individualizar la pena, de acuerdo con el nuevo sistema adoptado.

Ahora bien, una primera observación a la estructura sistemática que establece el texto legal, ofrece la división acertada entre las reglas de concurrencia de circunstancias “genéricas”, tanto en el inciso 2 como en el inciso 3 del artículo 45. Sin embargo, debe dejarse en claro que la redacción propia de los literales a), b) y c) del inciso 3 deben entenderse como circunstancias privilegiadas y cualificadas, pues si bien en la primera parte se hace mención a circunstancias atenuantes privilegiadas y circunstancias agravantes cualificadas, en los citados literales el legislador ha omitido denominarlas en forma completa como tales, refiriéndose a ellas simplemente como circunstancias atenuantes y agravantes.

II. LA DETERMINACION DE LA PENA EN LA LEY N° 30076

Ley N° 30076, publicada en el diario oficial El Peruano el 19 de agosto de 2013, incluye modificaciones al Código Penal, al Procesal Penal y al de Ejecución Penal, que han generado, a pocos días de su entrada en vigencia, las más diversas opiniones.

En estas líneas nos ocuparemos del proceso de determinación e individualización de la pena, cuyo tratamiento en la norma es, en nuestra opinión, bastante atrevido, práctico aunque se aleja del acostumbrado tecnicismo, plausible, en virtud que se ha optado por dotar de un mecanismo que coadyuvará a la imposición de penas alejadas de arbitrariedad e intuicionismo.

La Ley N° 30076, en lo referente a la pena, ha introducido cambios que podemos sintetizar en los tres grupos.

- Criterios para fundamentar la pena en el artículo 45 del Código Penal.
- Criterios diferenciados que atenúan (primer párrafo) o agravan (segundo párrafo) la pena dentro del marco punitivo en el artículo 46 del Código Penal.
- Procedimiento para realizar una adecuada determinación e individualización de la pena en el artículo 45-A del Código Penal.

Además de estos grupos, se han incluido algunos efectos jurídicos a partir de la presencia de reincidencia y/o habitualidad, que si bien son instituciones que se presentan como circunstancias modificatorias de la pena, en lo relacionado a este tópico no han presentado cambios.

Es prudente indicar que, obviamente, la norma no trae como consecuencia la completa solución del problema, dado que existen ciertas aristas que merecen mayor análisis, descripción y sobre todo definiciones, las cuales abordaremos en el desarrollo del presente trabajo.

III. ¿CUÁLES SON LOS FACTORES QUE FUNDAMENTAN Y DETERMINAN LA PENA?

Consideramos que buena parte lo contenido en el primer inciso del artículo 45 debería ser regulado como una circunstancia agravante en el artículo 46. Esto porque si bien las situaciones de “abuso” de cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función que ocupe en la sociedad pueden incrementar el desvalor de la conducta o en la culpabilidad del autor, incidiendo

de este modo, en la cuantificación de la pena (agravarla), resulta necesario recurrir en estos casos a la cláusula de excepción que busca evitar doble valoración o *bis in ídem*, esto es, la que está contenida en el primer párrafo del artículo 46 del CP (“siempre que no estén prevista específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible”). Por lo demás, el legislador vuelve a incorporar estos supuestos en la agravante del artículo 46 inciso 2.h), propuesta que, por lo dicho anteriormente, nos parece más acertada. Los demás criterios de fundamentación y determinación, vale decir, “las carencias sociales que hubiese sufrido el agente” (inc.2) y “los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen” (inc.3) se corresponden con el texto anterior a la modificación y, a pesar de los cambios operados en cuanto al sistema de determinación judicial, creemos que siguen surtiendo sus efectos tanto para la individualización de la pena dentro de la parte correspondiente (tercio inferior, tercio superior o tercio intermedio), como para determinar la aplicación de un sustitutivo (conversiones) o una medida alternativa (suspensión de la ejecución de la pena, reserva del fallo condenatorio, etc.). No otra parece la solución si se pasan estos factores por el tamiz de los principios de culpabilidad, proporcionalidad y necesidad.

IV. EL PROCEDIMIENTO DE LA DETERMINACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN LA LEY N° 30076

El artículo 45-A del Código Penal ha establecido el siguiente procedimiento:

- Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes.
- Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes.

Las circunstancias atenuantes o agravantes que permiten ubicar la pena concreta dentro de alguno de los tercios (inferior, medio y superior) son las que se encuentran en el artículo 46 (primer o segundo párrafo), según corresponda).

V. EN CASO CONCURRAN CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS O AGRAVANTES CUALIFICADAS

Es en este tópico donde el legislador pudo haber sido más descriptivo, pues tanto en el numeral 2 como en el numeral 3 del artículo 45-A se hace referencia a “circunstancias atenuantes” y “circunstancias agravantes”, lo que podría generar confusión o, en todo caso, la pregunta: ¿Cuándo una circunstancia atenuante servirá para ubicar la pena concreta en el tercio inferior y cuándo servirá para ubicar- la por debajo del tercio inferior?

La respuesta se encuentra dentro del propio numeral 3 del artículo 45-A, dado que este hace referencia a circunstancias atenuantes privilegiadas y a circunstancias agravantes cualificadas, por lo que se deberá definir dichas figuras.

Para el autor Prado Saldarriaga, una circunstancia cualificada produce una modificación ascendente de la conminación penal que se proyecta por encima del máximo legal original, el cual se convierte en mínimo, por su parte una circunstancia privilegiada lo que varía de modo descendente es el mínimo legal original, que será sustituido por uno nuevo e inferior³⁷.

Una segunda interrogante se relaciona con las circunstancias privilegiadas y las circunstancias cualificadas, las que, en virtud del principio de legalidad, no pueden ser otras que las establecidas en el Código Penal y excepcionalmente en el Código Procesal Penal.

No cabe duda que sería práctico tener un registro de estas³⁸. Pero podemos mencionar, a fin de facilitar el trabajo, que las circunstancias privilegiadas

37 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Determinación judicial de la pena y medias alternativas. Módulo Auto Instructivo. Academia de la Magistratura, 2012, p. 11. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios. Idemsa Lima. 2010. PRADO SALDARRIAGA / HURTADO POZO. Manual de Derecho Penal. Parte general, Tomo II, 4 edición, Lima, 2011, p. 323. En doctrina también se conoce a las circunstancias privilegiadas o cualificadas como circunstancias genéricas (atenuantes o agravantes, respectivamente). Cfr. GARCIA CAVERO, Percy. Derecho Penal. Parte general. 2ª Edición, Jurista Editores. Lima. 2013. p. 845

38 Iniciamos el trabajo de la clasificación en el año 2010. Cfr. JIMÉNEZ NIÑO. Sergio. “Determinación de la pena. Un primer esbozo a una interpretación que no se quiere ver”, p. 66.

normalmente se pueden identificar con las frases “podrá reducirse prudencialmente la pena”, “la pena será atenuada” por su parte, las circunstancias cualificadas suelen ser presentadas como “la pena podrá aumentarse en”, “el juez aumenta la pena en”, “el juez aumenta la pena en (...)”³⁹.

VI. CONSIDERACIONES PRÁCTICAS AL PROCEDIMIENTO DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL NUEVO ESCENARIO NORMATIVO

1. Flexibilidad al determinar los tercios

Como hemos mencionado, la entrada en vigencia del artículo referido a la determinación de la pena coadyuvará a dicha labor, pero, debemos entender que el procedimiento se deberá acondicionar a los diferentes escenarios que se nos presenten, siempre respetando su finalidad, pero sin incurrir en extremismos en el cumplimiento de la norma, dado que existen penas abstractas que no permitirán una labor tan sencilla, como la del ejemplo planteado líneas arriba.

El operador debe interiorizar que la norma lo que pretende es desarraigar la pésima costumbre de establecer un punto de referencia para realizar atenuaciones y/o agravaciones, es decir, debe desaparecer de nuestro vocabulario la pregunta: “**¿De dónde parto?**”, motivo por el cual –insistimos– siempre respetando el espacio de juego (extremo mínimo y máximo), se deberán valorar todas las circunstancias y ubicar la pena concreta en algunos de los tercios previamente establecidos.

2. Las circunstancias del artículo 46 del Código Penal no son las únicas

No hay duda que el legislador ha sido bastante innovador al incluir una serie de circunstancias, tanto atenuantes como agravantes, con la finalidad de individualizar la pena (pena concreta). Sin embargo, no se debe creer que dichos indicadores sean los únicos que se pueden aplicar, dado que el principio de culpabilidad, que no es, ni más ni menos, el propio comportamiento del ser

39 Ejemplos: por la condición de sujeto activo (art. 46-A), la reincidencia (art. 46-B), la habitualidad (art. 46-C), el uso de menores de edad (art. 46-O), el concurso ideal (art. 48). entre otras.

humano, subyace a toda imposición de pena y no se puede manifestar, exclusivamente, en las expresiones contenidas en el artículo en referencia.

En este sentido, si el operador encuentra un indicador atenuante aplicable al caso en concreto, que no se encuentra dentro del catálogo del artículo 46 deberá aplicarlo. Por ejemplo, para graficar cuantitativamente un escenario, si el investigado repara el 50% del daño (no el 100% conforme a la atenuante del apartado f) de numeral 1 del artículo 46), no vemos óbice alguno para realizar una atenuación a dicho comportamiento.

El artículo 45-A, indica que ante la presencia de una circunstancia cualificada la pena concreta deberá ubicarse por encima del tercio superior, pero la pregunta que se genera es: ¿Qué tan por encima? ¿Un día a los treinta y cinco años que me habilita la norma sustantiva?

La respuesta a la interrogante, en este caso, es relativamente sencilla, dado que las circunstancias cualificadas (contenidas en el Código Penal) establecen en su tenor, cuál será el extremo máximo, el cual se obtendrá como resultado de una operación aritmética.

El mismo procedimiento se deberá realizar con las diferentes variables de agravación que establezca cualquiera de las circunstancias cualificadas, teniendo en cuenta que el máximo en todos los casos será 35 años.

En este contexto, si bien la norma no lo establece, por razones que expresaremos más adelante, al instaurar este nuevo intervalo de pena (luego de que la circunstancia cualificada “realizó su labor”), al operador jurídico le corresponde realizar el procedimiento establecidos en los numerales 1 y 2 de artículo 45-A, es decir, efectuar la identificación de los tercios y, en mérito a las circunstancias atenuantes y/o agravantes presentes, ubicar la pena concreta en el tercio que corresponde.

Ubicar el extremo mínimo ante la presencia de circunstancias privilegiadas, vaticino, será una tarea que generará problemas de aplicación. Esto en razón de que son muy pocas las circunstancias privilegiadas que establecen cuál será el extremo mínimo, tampoco encontraremos operaciones aritméticas que ayuden a

dicha labor, dado que, como se expresó líneas arriba, estas circunstancias se expresan bajo el cuantitativo de “prudencialmente”.

Casos como este se replicarán en escenarios de complicidad secundaria y sobre todo de tentativa, en esas situaciones el operador deberá valorar adecuadamente el caso en concreto y realizar una disminución “justa”⁴⁰ luego de lo cual se procederá con la identificación de los tercios.

En ese orden de ideas, de aplicar una disminución por la presencia de una segunda circunstancia privilegiada, generando un segundo intervalo de pena, implicaría dar por sentado que existiría una primera pena básica, al aplicar la primera circunstancia privilegiada (en el ejemplo de 8 a 12) y una segunda pena básica al aplicar la segunda circunstancia privilegiada (de 6 a 8)⁴¹.

Sobre esto último, debemos mencionar que la propuesta se aleja de la tendencia doctrinaria de la modificación simétrica del marco penal abstracto, la que requiere el desplazamiento tanto del extremo mínimo como del extremo máximo en casos de la presencia de circunstancias privilegiadas o cualificadas⁴². La ley atiende a una perspectiva diferente válida, la que autoriza que ante la presencia de dichas circunstancias, que la pena concreta se ubique -según corresponda- por debajo del mínimo legal o por encima del máximo legal⁴³.

3. La doble valoración

Uno de los principios que reconoce la doctrina en el tema de la determinación e individualización de la pena, es la prohibición de la doble valoración, la cual se puede presentar en diferentes contextos.

Así, si estamos analizando un delito cometido en edad de responsabilidad restringida (atenuante privilegiada), no podrá usarse la circunstancia atenuante

40 Algunos criterios de cómo materializar el criterio prudencialmente, cfr JIMÉNEZ NIÑO, Sergio. “Determinación de la pena. El esbozo continúa”, p. 43 y ss.

41 Situación que hemos criticado anteriormente: JIMÉNEZ NO. “Determinación de la pena. Un primer esbozo a Una interpretación que no se quiere ver”, p. 70.

42 GARCÍA CAVERO Ob. cit. p. 839, JIMÉNEZ NIÑO. “Determinación de la pena. El esbozo continúa”, p. 47.

43 Notoria es la influencia del Código Penal español, el cual establece que las penas establecidas en tenor se entiende para delitos consumados, siendo que la tentativa se deberá ubicar necesariamente por debajo del mínimo legal.

del apartado f) del numeral 1 del artículo 46 (la edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible), como referente para intentar ubicar la pena concreta en el tercio inferior, dado que el sustrato material que le da sentido (la edad), ya se encuentra contenida en la atenuante privilegiada.

CONCLUSIONES

- En conclusión, 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, como ya se expuso, en la primera fase o “determinación inicial de la pena básica” se evaluarán primero tanto la pena conminada del tipo penal como de todas las circunstancias “específicas” agravantes y atenuantes que puedan presentarse. Mientras que en la segunda fase o “individualización final de la pena concreta” se evaluarán todas las circunstancias “genéricas” tanto simples (artículo 46), como cualificadas (artículos 46-A, 46-B y 46-C) o privilegiadas (artículos 16, 22 y 25, entre otros).
- En términos generales la investigación ha permitido identificar la aplicación de criterios, aunque en algunos casos no estén necesariamente apegados a preceptos, categorías y principios doctrinarios lo que constituye un problema ya que se aplican en un buen porcentaje principios materiales.
- De acuerdo al estudio realizado respecto a la aplicación de criterios basados en los análisis jurídico - doctrinario por parte de los Jueces de Sentencia, se puede concluir que si se aplican, aunque no cien por ciento y esto no porque sean aplicados arbitrariamente sino que se debe a que cuando estos jueces imponen una pena, lo hacen siguiendo lineamientos o reglas que establece la normativa penal, las cuales al ser aplicados en determinados casos, resulta contraria a otra regla o lineamiento que ya ha establecido la misma legislación. Esto se concluye después del análisis hecho a las sentencias anexadas a la presente investigación.
- En ese sentido, se concluye que la Nueva Ley N° 30076, tiene la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana, la cual contiene un paquete de modificatorias penales, procesales y de ejecución penal, cuya finalidad (al menos formalmente) es la de reforzar el sistema de justicia.
- En fin, la personalidad como objeto de valoración, sea como culpabilidad de autor, sea como peligrosidad criminal se trata de una y la misma cosa: se valora y en consecuencia se sanciona al individuo por lo que “es” y no por lo que “hizo”. Es una subjetivación imperdonable del Derecho, que termina invadiendo un terreno en el cual es absolutamente ineficaz. La

personalidad del individuo es una consecuencia de su actividad práctico social que el Derecho no puede transformar, consecuentemente, invalorable e inmedible en la pena, que al ser apreciada acarrea entonces una restricción de los bienes del sancionado en una proporción mucho mayor que la correspondiente al hecho que concretamente se hizo.

- Si el individuo tiene un defecto de la personalidad, que afecta su capacidad de entender o decidir, no hay necesidad alguna de aumentar la pena para evitar delitos futuros, en todo caso disminuirla en razón a una menor capacidad de culpabilidad y, de ser necesario, ponerlo en manos de la ciencia médica.
- En conclusión se toma en cuenta una rebaja de la pena proporcional a la gravedad del hecho, esta interpretación únicamente restrictiva de la prevención especial se funda en que la pena tiene como límite la proporción al delito, el cual, de rebasarse, comprometería el efecto preventivo que radica, precisamente, en esa proporcionalidad, que valorada como “justa”, contribuye a la prevención.
- Por último se concluye que estamos ante tres formas distintas de establecer o regular la determinación judicial de la pena, una, donde al resero es la culpabilidad, otra, donde la pena es proporcional al grado del delito pero con un plus dado en la peligrosidad criminal del individuo y una última donde la pena es proporcional al grado del delito y se toman en cuenta las condiciones personales del individuo para, en razón el caso, disminuir la pena de esa medida evitando la posible resocialización de sujeto; de ellas, la que más se aviene a nuestra concepción de la pena es precisamente esta última.

RECOMENDACIONES

1. De acuerdo al tema tratado en la presente investigación sobre el análisis jurídico doctrinario para la determinación de la pena en la legislación penal vigente, se presentan las siguientes recomendaciones.
2. Que, la Ley N° 30076 ha normado el procedimiento para la determinación e individualización de la pena, recogido en los Acuerdos Plenarios emitidos por la Corte Suprema, siendo así que el procedimiento contenido en la norma es un método que no tiene injerencia en el contenido de algún derecho del investigado, razón por la cual no existe problema de aplicación de la ley penal en el tiempo.
3. Por lo que resulta recomendable tener presente que el procedimiento para la individualización de la pena concreta se inicia con la ubicación de intervalo de pena (pena abstracta), luego se realizan las modificaciones ante la presencia de circunstancias privilegiadas o cualificadas, para finalmente dividir el intervalo obtenido en tercios, y ubicar la pena concreta de acuerdo a la presencia de circunstancias atenuantes o agravantes contenidas en el artículo 46.
4. Es imperativo y urgente profundizar en la prevención del delito y el tratamiento del delincuente, ya que la legislación penal vigente además de tratar de aspectos concretos de la prevención del delito y de la justicia penal, éstos no deben interpretarse únicamente bajo criterios como problemas de comportamiento ilícito y de represión, sino también como fenómenos estrechamente asociados a los problemas del desarrollo económico y social del “Perú”.
5. Los criterios que determinan la pena deben orientarse por lo tanto a la prevención del delito y el logro de la justicia penal en el contexto de un país en desarrollo como es; el caso nuestro, tomando en cuenta las circunstancias políticas, económicas, sociales y culturales del país y sus tradiciones.
6. Es importante resaltar cuáles son los principios jurídicos doctrinarios que presentan a los jueces. Problemas de subjetividad en la determinación de la pena, para que el juez apoyado en una correcta interpretación del ordenamiento jurídico dictamen una sentencia más humanizada y sobre todo equitativa.
7. Es recomendable que las Universidades en general, realicen una revisión constante de las asignaturas referentes a la doctrina jurídica, ya que un porcentaje considerable de profesionales del derecho conocen el contenido del Código Penal y el Código Procesal vigente, pero no su aspecto doctrinario, por lo tanto, la sana crítica se vuelve una herramienta subjetiva en donde la clasificación del delito y la determinación de la pena se vuelven simples aplicaciones de los artículos del Código Penal y procesal Penal.

BIBLIOGRAFÍA:

1. Acuerdo Plenario emitido en el VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de la República, del 16 de noviembre de 2010, F.J. 12.
2. AGUADO CORREA, Teresa. "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano". En: Derecho Constitucional Penal. Idemsa. Lima, 2012
3. ALCÓCER POVIS, Eduardo. La inclusión del enemigo en el Derecho Penal. Editorial Reforma, Lima, 2009.
4. BACIGALUPO, Enrique. Principios constitucionales de Derecho Penal. Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
5. CARO JOHN, José Antonio. Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho Penal funcionalista. Ara Editores, Lima, 2010.
6. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Trotta, Madrid, 1989.
7. FIGUEROA NAVARRO, Aldo. "Criterios para la elaboración de un sistema legal de penas conminadas en el Código Penal" En: El nuevo Código Penal peruano. Exposición de motivos, anteproyecto del Código Penal y estudios sobre Derecho Penal. Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011.
8. GARAYCOTT ORELLANA, Norman. Política criminal en la Constitución Política del Perú. Editorial San Marcos, Lima, 2012.
9. GARCIA CAVERO Percy. Derecho Penal. Parte general. 2º edición, Jurista Editores, Lima, 2012.
10. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. "La aplicación de la pena en el nuevo Código Penal de 1995". En: La reforma de la justicia penal: Estudios en Homenaje al Prof. Klaus Tiedemann, Juan Luis Gomez Colomer y José Luis Gonzales Cussac (Coordinadores) Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 1997.
11. GACETA PENAL & PROCESAL PENA. Arsenio Oré Guardia/ Luis Lamas Puccio/ Luis A. Bramont-Arias Torres/ Cesar Nakazaki, Servigón. Especial "Análisis de las Nuevas Reglas sobre Determinación Judicial de la Pena", Lima, 2013.

12. JAVIER VILLA STEIN. Derecho Penal Parte General, Tercera edición aumentada y actualizada. 2008, Editora y Libería Jurídica Grijley E.I.R.L
13. JOSE HURTADO POZO/ VICTOR PRADO SALDARRIAGA. Manuel de Derecho Penal. Parte General- Tomo II-4ta Edició. Lima, 2011.
14. MEINI MÉNDEZ, Iván. “Notas sobre el Derecho Penal del enemigo y los derechos humanos”. En: Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos. Francisco Macedo (coordinador), Idehpucp, Lima, 2007.
15. PÁUCAR CHAPPA, Marcial Eloy. “Determinación judicial de la pena: Análisis de los acuerdos plenarios sobre sus principales problemas operativos”. En: Gaceta Penal & Procesal Penal. N° 44, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
16. PÁUCAR CHAPPA, Marcial. “El nuevo delito de financiamiento del terrorismo en el Perú”. En: Gaceta Penal & Procesal Penal. N° 42, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.
17. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Nuevo proceso penal, reforma y política criminal. Idemsa, Lima, 2009.
18. ZARRARONI, EUGENIO RAÚL. Tratado de Derecho Penal, EdiasE.d. Argentina 1988, Pág. 87, 85

ANEXOS

ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS

EXPEDIENTE N°00587-2013-36-1201-JR-PE-01
IMPUTADO: CERRON ARAMBURU, ANIBAL.
DELITO: FEMINICIDIO.
AGRAVIADO: EL ESTADO Y NAZARIO NOREÑA,
OLIVIA.

SENTENCIA N° 12-2013

Análisis referente a la Determinación Judicial de la pena:

Una vez analizada la Sentencia N° 12 (Resolución N° 12)⁴⁴, del Expediente N° 587-2013-36 se acredita la responsabilidad penal del acusado Anibal Cerrón Aramburú en la comisión del delito de **FEMINICIDIO**, y teniendo existencia de un hecho delictivo y estando vigente el interés del Estado por castigar el hecho, el magistrado, hace primero referencia que resulta necesario determinar la consecuencia jurídico-penal que le corresponde al delito cometido, donde definen que *la determinación judicial de la pena tiene por función, identificar y decidir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar al autor o partícipe de un delito. Se trata, por tanto, de un procedimiento técnico y valorativo de individualización de sanciones penales.*

Corresponde hacerlo al órgano jurisdiccional debido a que la conminación abstracta que tiene la pena en la ley se expresa, generalmente, en magnitudes abiertas o semi abiertas donde sólo se asigna a aquélla una extensión mínima o máxima. En el caso de la legislación penal, esa es la técnica utilizada. Al respecto, el séptimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario número 1-2008/CJ-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha precisado: “Con ello se deja al Juez un arbitrio relativo que debe incidir en la tarea funcional de individualizar, en el caso concreto, la pena aplicable al condenado. Lo cual se hará coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (artículo II, IV, V, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal), bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales”.

En ese sentido, la forma como se ha tipificado el delito se sanción con una pena privativa de libertad no mayor quince años, al respecto se

debe señalar que al tratarse este de un delito de suma gravedad, que compromete un bien jurídico tan apreciado como es la vida humana, por lo que el juez colegiado no estima que sea posible imponerle ninguna clase de pena alternativa a la pena efectiva privativa de libertad ya que en el caso concreto el límite mínimo de pena es de quince años, máxime si tomaron en consideración que por la forma, modo y circunstancias en que ocurrió el hecho **el dolo estuvo presente y fue determinante durante ese instante en que duró el ataque (disparo) al cuello de la agraviada, advirtiéndose así toda intención de querer matarla, por lo que a la luz de los hechos y conforme a las circunstancias es que debe aplicarse una de tipo pena efectiva como una de las manifestaciones más fuertes del sistema punitivo penal significando esto su reclusión en el establecimiento penal, por lo que el COLEGIADO resolvió CONDENAR al acusado Anibal Cerrón Aramburú como autor del delito contra la vida, el cuerpo y la salud en su modalidad de Feminicidio a una pena de VEINTE AÑOS de pena privativa de libertad; la misma que cumplirá en el Establecimiento Penal que designe la autoridad penitenciario.**

EXPEDIENTE Nº 00570-2013-41-120-JR-PE-03
IMPUTADO: BLANCO SINCHE, MIGUEL ANGEL.
DELITO: OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR.
AGRAVIADOS: BLANCO BAILON, DAYANA
LOURDES
BLANCO BAILON, TREYCI
MARYORIT

Análisis referente a la Determinación Judicial de la pena del EXP. 570-201345:

*Una vez determinado la autoría del acusado Miguel Angel Blanco Sinche, en la comisión del tipo penal de Omisión a la Asistencia Familiar en la modalidad de Incumplimiento de Obligación Alimentaria, determinaran la pena a imponerle teniendo en cuenta para tal efecto que el delito y sus efectos no se agotan solamente en el principio de culpabilidad, toda vez que no es preciso que se pueda responsabilizar al autor del hecho que es objeto de represión penal, sino que debe de tenerse también en cuenta el principio de proporcionalidad, previsto en el Artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, procurando la correspondencia que debe existir entre el injusto cometido y la pena a imponer. Asimismo la sala identifica la pena básica o pena abstracta que ha cometido el acusado como autor del delito de incumplimiento de obligación alimentaria, la pena conminada de ese delito es no mayor de tres años de pena privativa de libertad, o prestación de servicios comunitarios de veinte a cincuenta y dos jornadas. **Es de suma importancia menciona que la Sala hace presente la vigencia de la Ley Nº 30076 publicado el 19 de agosto del 2013, por lo que la determinación de la pena concreta final es que no concurre ninguna circunstancia atenuante privilegiada, la pena concreta final que le corresponde al acusado Miguel Angel Blanco Sinche es de UN AÑO DE PENA privativa de libertad efectiva.***

EXPEDIENTE Nº 0030-2012
IMPUTADO: JUAN FABIAN JORGE.
DELITO: VIOLACIÓN SEXUAL MENOR DE 13
AÑOS DE EDAD.
AGRAVIADO: MENOR DE INICIALES Z.C.M.

SENTENCIA Nº 04-2013-JMP

Análisis referente a la Determinación Judicial de la pena:

En la sentencia analizada se declaró la culpabilidad del acusado Juan Fabián Jorge, por lo que a la Sala le corresponde identificar y decidir la calidad e intensidad de la pena a imponerle como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de 14 años de edad, debiendo individualizar la misma en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad previstos en los artículos II, IV, V, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal.

Otro aspecto que tuvo presente el colegiado es el fin preventivo de la pena, tanto es su aspecto positivo general como especial; por lo que determinaron que la conducta del acusado solamente merecerá una sanción en el extremo de los actos de acceso carnal continuos en el tiempo cuando la menor tenía 13 años, tal situación será la pena de **CADENA PERPETUA** como **AUTOR de la Comisión del Delito contra la indemnidad sexual en su modalidad de Violación Sexual de menor de catorce años en agravio de la menor de iniciales M.Z.C, para los sujetos previsto en los incisos 2 y 3, ello cuando el agente tuviera cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le de particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza.**

EXPEDIENTE Nº 2013-0023.
IMPUTADO: ROOSWELT CERAFIN DUEÑAS SALINAS.
DELITO: VIOLACIÓN SEXUAL MENOR DE 11 AÑOS DE EDAD.
AGRAVIADO: MENOR DE INICIALES J.N.V.CH.

Análisis referente a la Determinación Judicial de la pena:

En la sentencia⁴⁶ analizada se declaró la culpabilidad del acusado en el delito de violación sexual de menor de once años de edad y que es tío de la agraviada, y esto es que tiene la posición que le impulso a la agraviada a depositar en el acusado su confianza, por lo que corresponde identificar y decidir la calidad e intensidad de la pena a imponerle, en esta parte el representante del Ministerio Público estaba solicitando que se le imponga al acusado RosweltCerafin Dueñas Salinas, la pena de cadena perpetua, por lo que el colegiado ha evaluado el presente caso, siendo así que considera que resulta legítimo imponer la pena de **CADENA PERPETUA** al acusado, lo cual podrá ser objeto de revisión al cumplimiento de los treinta y cinco años de pena privativa de la libertad.

EXPEDIENTE Nº00730-2013-75-1201-JR-PE-01
IMPUTADO: ORBEZO VALENTÍN, AMADEO
CESAR y OTRO.
DELITO: FORMAS AGRAVADAS DE TRAFICO
ILICITO DE DROGAS.
AGRAVIADO: EL ESTADO.

Análisis referente a la Determinación Judicial de la pena:

Una vez determinado la coautoría de los acusado Amadeo Cesar Orbezo Valentín y Raúl PercyOrbezoCalderon, en la comisión del tipo penal materia de acusación, corresponde determinar la pena que será impuesta, la cual se tuvo en cuenta el delito y sus efectos no se agotan solamente en el principio de culpabilidad, toda vez que no es preciso que se pueda responsabilizar al autor del hecho que es objeto de represión penal, sino que debe tenerse en cuenta al principio de proporcionalidad, previsto en el artículo VIII del Código Penal, procurando la correspondencia que debe existir entre el injusto cometido y la pena a imponer; por lo que el representante del Ministerio Público solicita que se le imponga QUINCE AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD; marco punitivo que va delimitar la individualización judicial de la pena, conforme al artículo 397.3 del Código Procesal Penal, que establece *“El juez penal no podrá aplicar pena más grave que la referida por el Fiscal, salvo que se solicite una pena por debajo del mínimo legal, sin causa justificada de atenuación, lo que no es el caso”*. En ese contexto se tuvo presente la Ley Nº 30076 la cual se encuentra vigente la determinación judicial de la pena por tercios, conforme a lo previsto en el artículo 45-A del Código penal. Lo cual el Colegiado resolvió **CONDERNAR** a los acusados ya mencionados como Coautores de la comisión del delito contra la salud pública en la modalidad de Promoción y Favorecimiento al consumo ilegal de drogas tóxicas mediante acto de Tráfico en agravio del Estado, razón que se impuso **QUINCE AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA** (...).

**IMPUTADO: EDSON ALY PEREZ CUMPA y OTROS.
DELITO: CONDUCCIÓN DE VEHÍCULO EN
ESTADO DE EBRIEDAD.
AGRAVIADO: EL ESTADO.**

SENTENCIANº 39-2013

Análisis referente a la Determinación Judicial de la pena:

El colegiado tuvo presente la responsabilidad acreditada de los acusados Edson AlyPerez Cumpa, Oscar Hugo Perez Cumpa y José Enrique SanchezYoton, lo cual determinaron la pena a imponerse, para tal efecto tuvieron presente las exigencias que determinan la aplicación de la pena, que no se agotan solamente en el principio de culpabilidad, en razón de que no es preciso que pueda responsabilizar al autor del hecho que es objeto de represión penal, sino que además debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad, previsto en el artículo octavo del Título Preliminar del Código Penal, procurando la correspondencia que debe existir entre el injusto cometido y la pena a imponer, también hace mención al concurso real de delito, rige un procedimiento que responde a las reglas derivadas del denominado principio de acumulación, la sala impone como pena principal CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD, asimismo la inhabilitación solamente al acusado Edson AlyPerez Cumpa por el mismo tiempo de la pena principal consistente en la CANCELACIÓN O SUSPENSIÓN DE LA AUTORIZACIÓN PARA OBTENERLA (...).

1. TOMA DE POSTURA

La presente investigación sobre el análisis jurídico doctrinario de los criterios utilizados por los jueces para la determinación de la pena en la legislación penal vigente, tiene mucha importancia para la legislación peruana, ya que la aplicación incorrecta de criterios, resulta en problemas de arbitrariedad judicial, particularmente la determinación de penas privativas de libertad.

La aplicación de criterios jurídico doctrinarios, también tiene relevancia jurídica y social, ya que de la correcta aplicación de estos criterios depende en gran medida la credibilidad que pueda otorgársele a la administración de justicia, por el contrario, la incorrecta aplicación de criterios, sin adecuar las sanciones penales a los delitos cometidos, no está de acuerdo a derecho y resultaría en daños para el imputado o podría beneficiar a un imputado culpable.

La doctrina jurídica tiene relevancia, ya que en ella se basan los criterios que resultan en la determinación de penas que afectan directamente al ciudadano al cual se le va a aplicar. La determinación de la pena debe estar prevista de todas las garantías sustanciales y procesales respecto del procesado, no se trata de perjudicar ni de beneficiar al imputado, sino de imponer una pena justa adecuada al delito cometido. Esto significa que los jueces deben adecuar la pena a las circunstancias concretas del hecho y del autor, tomando en cuenta para tal efecto, circunstancias que modifican la responsabilidad penal del autor, con esto, se busca conseguir que el imputado tenga seguridad jurídica en el desarrollo del proceso, particularmente cuando se le imponga una sanción penal.

Por otra parte, la creciente complejidad de las sociedades ha requerido el establecimiento de mecanismos legales que regulen las conductas de los individuos, especialmente en materia penal, ya que, la Legislación Peruana adolecía de figuras y penas que afectan la verdadera función del derecho penal, el cual no necesariamente se orienta al castigo de los delitos, sino también a que realmente se humanice la Administración de Justicia; importante es, revisar los criterios de determinación de la pena, utilizados por los jueces de sentencia en sus resoluciones, comparando los criterios de la nueva normativa, con la finalidad de identificar y recomendar mecanismos técnicos científicos para optimizar la aplicación de Justicia.

Siendo así que la determinación de las penas, es y ha sido uno de los mayores problemas que tiene el Sistema Judicial, particularmente en cuanto a su configuración, al grado de estar revisando constantemente los preceptos forenses legales para modificarlos en función de su aplicabilidad.