

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO
URRELO**



ESCUELA DE POSGRADO



MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA
DETERMINACIÓN JUDICIAL DE PENA PRIVATIVA DE LA
LIBERTAD EN LA PROVINCIA DE CHOTA - CAJAMARCA**

Presentado por:

**Abg. Ysela Vega Villanueva
Abg. Darinka Mylady Lossio Rodriguez**

Asesor:

Dr. Víctor Hugo Delgado Céspedes

Cajamarca – Perú

Marzo - 2018

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO
URRELO**



ESCUELA DE POSGRADO



MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA
DETERMINACIÓN JUDICIAL DE PENA PRIVATIVA DE LA
LIBERTAD EN LA PROVINCIA DE CHOTA - CAJAMARCA**

Presentado por:

**Abg. Ysela Vega Villanueva
Abg. Darinka Mylady Lossio Rodriguez**

Asesor:

Dr. Victor Hugo Delgado Céspedes

Cajamarca – Perú

Marzo - 2018

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO
URRELO**



ESCUELA DE POSGRADO



MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA
DETERMINACIÓN JUDICIAL DE PENA PRIVATIVA DE LA
LIBERTAD EN LA PROVINCIA DE CHOTA - CAJAMARCA**

**Tesis presentada en cumplimiento parcial de los requerimientos
para el Grado Académico de Maestro en la Maestría en Derecho
Penal y Criminología**

Presentado por:

**Abg. Ysela Vega Villanueva
Abg. Darinka Mylady Lossio Rodriguez**

Asesor:

Dr. Victor Hugo Delgado Céspedes

**Cajamarca – Perú
Marzo - 2018**

COPYRIGHT © 2018 by

YSELA VEGA VILLANUEVA
DARINKA MYLADY LOSSIO RODRIGUEZ

Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO

ESCUELA DE POSGRADO

APROBACION DE MAESTRIA

**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA DETERMINACIÓN
JUDICIAL DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EN LA
PROVINCIA DE CHOTA.**

Presidente : Dr. Jesús Julca Crespín.

Secretario : Ms. Gabriela Aliaga Zamora.

Vocal : Ms. Yoner Jaimer Romero Cueva.

Asesor : **Dr. Víctor Hugo Delgado Céspedes**

DEDICATORIA

A, nuestras familias, que son el principal detonante de felicidad en nuestras vidas y el motivo para seguir adelante, que nos han colmado de fuerzas y apoyo constante para conseguir las metas propuestas, enseñándonos mucho sobre los óbices de la vida y la lucha constante.

A, nuestros hijos, que nos han enseñado el verdadero significado del amor puro, porque con cada mirada, beso y abrazo que nos dan significan fortaleza para nosotras; son las ganas de vivir y trabajar duro por ellos, y seguir el gran objetivo de ser mejores personas y profesionales.

Ysela Vega Villanueva

y

Darinka Mylady Lossio Rodríguez

AGRADECIMIENTOS:

A, Dios por brindarnos la vida y las fuerzas necesarias para salir adelante, guiando nuestro sendero por el camino del bien; a nuestras familias que han contribuido a forjar los cimientos de nuestro desarrollo personal, enseñándonos los valores éticos y morales, y aportes invaluable de amor y cariño que nos han servido durante nuestras vidas.

A, nuestras instituciones educativas profesionales y maestros que han contribuido en nuestro desarrollo profesional, ellos nos enseñaron que la vida está plagada de retos y bases sólidas que necesitamos vencer para lograr nuestros objetivos, que debemos estar más preparadas para lograr la diferencia, y que las oportunidades buenas que la vida nos da se deben aprovechar para mejorar.

Ysela Vega Villanueva

y

Darinka Mylady Lossio Rodríguez

TABLA DE CONTENIDOS

Ítems	Página
DEDICATORIA	vi
AGRADECIMIENTOS:	vii
RESUMEN	xii
ABSTRACT	xiv
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO 1	3
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	3
1.1. Descripción de la realidad problemática.....	4
1.2. Formulación del Problema	6
1.3. Objetivos	7
1.3.1. Objetivo General	7
1.3.2. Objetivos Específicos	7
1.4. Justificación e Importancia	7
CAPÍTULO 2	9
MARCO TEÓRICO	9
2.1. Antecedentes de la Realidad Objeto de Investigación.....	10
2.1.A. Internacionales	10
2.1.B. Nacionales	11
2.2. Fundamentos Teóricos de la Investigación	15
2.2.1. El Principio de Proporcionalidad	15
2.2.1.1. Antecedentes.....	15
2.2.1.2. Fundamentos normativos en el Perú.	20
2.2.1.3. Otros fundamentos.....	24
2.2.1.4. Estructura del principio de proporcionalidad	25
a. El juicio de idoneidad	26
b. El juicio de necesidad	27
c. El juicio de proporcionalidad strictu sensu	28
2.2.2. La Determinación de Pena.	31
A. Teorías de las penas.....	31
B. Concepto de determinación de la pena.	35
C. Los sistemas de determinación de la pena	39
D. Etapas de la determinación e individualización judicial de la pena.	43
E. El Sistema de tercios	46
F. Motivación en la determinación judicial de la pena.....	48
2.3 Definición de términos:	56
2.4 Hipótesis.....	57
2.4.1. Identificación de variables	58
2.4.2. Identificación de Variables, Dimensiones e Indicadores.....	58
CAPÍTULO 3	60
PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO	60
3.1. Tipo de investigación.....	61
3.2. Diseño y nivel de investigación	61
b) Análisis y Sintético.....	62
c) Histórico y exegético.	62
3.4. Población de estudio	62

3.3.1. Criterio de inclusión y exclusión	62
3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	63
3.4.1. Técnicas.....	63
3.4.2. Instrumentos	64
3.5. Técnicas de análisis de datos	64
3.6. Interpretación de datos.....	64
3.7. Aspectos éticos de la investigación.	65
CAPÍTULO 4	66
RESULTADOS Y DISCUSIÓN	66
4.1. Presentación, análisis e interpretación de resultados.....	67
4.1.1. La aplicación jurídica del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena privativa	74
4.1.2. La aplicación jurídica del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena privativa	76
4.1.3. La aplicación jurídica del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena privativa	77
4.1.4. La aplicación jurídica del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena privativa	80
4.2. Discusión de los resultados.....	80
CAPÍTULO 5	101
CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS	101
5.1. Conclusiones.	102
REFERENCIAS	106
APÉNDICE	109
INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN	109
ANEXOS	112
ANEXO A	113
MATRÍZ DE CONSISTENCIA.....	113

LISTA DE TABLAS

N°	Descripción	Página
Tabla N°1	Sentencias Condenatorias por delitos y años.	67
Tabla N°2	Penas Privativas de la Libertad establecidas en las sentencias condenatorias.	69
Tabla N°3	Aplicabilidad del Principio de Proporcionalidad en las sentencias condenatorias.	74
Tabla N°4	Determinación judicial de la pena privativa de la libertad.	75
Tabla N°5	Sentencias condenatorias en las que se hacen referencias al Principio de Proporcionalidad: Innovación y Fundamentación.	76
Tabla N°6	Sentencias condenatorias en las que se hacen referencias al Principio de Proporcionalidad.	78
Tabla N°7	Sentencias condenatorias en las que se hacen referencias al Principio de Proporcionalidad y que tuvieron incidencia en la pena concreta.	79

LISTA DE FIGURAS

N°	Descripción	Página
Figura N°1	Determinación del Principio de Proporcionalidad en las Sentencias Condenatorias durante el 2014-2015.	68
Figura N°2	Sentencias Condenatorias en las que se hacen referencia al Principio de Proporcionalidad.	75
Figura N°3	Aplicación del Principio de Proporcionalidad dentro del Marco Legal en las Sentencias Condenatorias.	75
Figura N°4	Fundamentación del Principio de Proporcionalidad en las Sentencias Condenatorias.	77
Figura N°5	Sub Principios del Principio de Proporcionalidad en las Sentencias Condenatorias.	78
Figura N°6	Aplicación del Principio de Proporcionalidad para reducir la pena.	79

RESUMEN

La investigación tuvo como objetivo determinar la aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena privativa de la libertad en las sentencias condenatorias, emitidas por los juzgados unipersonales y juzgado colegiado de la provincia de Chota, determinando que en algunas sentencias no se aplicó dicho principio; en otras, solo se lo mencionó sin hacer ningún desarrollo sobre el mismo, en otras solo sirvió para no imponer penas excesivas y mientras que en otras sirvió para bajar por debajo del mínimo, sin aplicar el control difuso, ahora la investigación surgió a raíz de la práctica diaria que realizan los operadores del derecho en los juzgados de la provincia de Chota, advirtiendo que los jueces muchas veces establecían penas privativas de libertad diferentes, pese a estar ante hechos similares, con calificaciones jurídicas iguales, por lo que se obtuvo copias de todas las sentencias condenatorias de los años 2014 y 2015, las mismas que se han clasificado por delito y de una muestra representativa se han realizado un análisis de las sentencias condenatorias en el extremo de determinación de la pena privativa de la libertad, así como un estudio doctrinario y jurisprudencial tanto del principio de proporcionalidad, como del proceso de la determinación de la pena concreta y a partir de ello se ha llegado a las conclusiones, de que los jueces no aplican o aplican deficientemente el principio de proporcionalidad, por desconocimiento el contenido de dicho principio, así como en qué etapa del proceso de determinación judicial de pena debe aplicarse, cómo justificarse y cuándo se debe aplicar de manera excepcional, pero aplicando el control difuso, por lo que se recomienda mayor capacitación, así como hacer la modificación del artículo VIII del Código Penal, regulando con sus sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Palabras Claves: principio de proporcionalidad, pena privativa de la libertad,
determinación de pena y penas adecuadas

ABSTRACT

The purpose of the present investigation was how to determine the application of the principle of proportionality in the judicial determination of the sentence of deprivation of liberty in convictions, by the unipersonal courts and the collegiate court of the province of Chota, determining that in some sentences it was not applied. In others, it was only mentioned without making any development on it, others only served not to impose excessive penalties. Finally in others cases; it served to lower below the minimum, without applying fuzzy control. Now the investigation arose as a result of the daily practice carried by the operators of the law in the courts of the province of Chota, warning that judges often established different custodial sentences, despite being faced with similar facts, with equal legal qualifications, for which copies of all the convictions of the years 2014 and 2015, the same that have been classified by crime and a representative sample, have been carried out an analysis of the condemnatory sentences in the end of determination of the deprivation of liberty, as well as a study doctrinal and jurisprudential both the principle of proportionality, and the process of determining the specific penalty already part. This has led to the conclusion that the judges do not apply or apply the principle of proportionality deficiently, due to ignorance of the content of that principle, as well as at that stage of the judicial determination process of punishment should be applied, how to justify and when it should be applied exceptionally, but applying the control, so that further training is recommended, as well as making the amendment to Article VIII of the Criminal Code, regulating with its sub principles of suitability, necessity and proportionality in the strict sense.

Keywords: principle of proportionality, deprivation of liberty, determination of punishment and adequate penalties.

INTRODUCCIÓN

En un Estado Constitucional de Derecho, todas las decisiones de los funcionarios, deben estar debidamente justificadas, basadas en el principio de razonabilidad y proporcionalidad, y justamente este último principio cobra vital importancia en la determinación de las penas, específicamente de la pena privativa de la libertad; sin embargo, esta importancia no se viene reflejando en la determinación de las penas concretas, en las sentencias condenatorias emitidas por los juzgado unipersonales y Juzgado Penal Colegiado de la provincia de Chota, en los años 2014 y 2015.

Por tal razón, el trabajo de investigación está dirigido a establecer cuál es la aplicación jurídica del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena privativa de la libertad en los juzgados unipersonales y el Juzgado Colegiado de la provincia de Chota –Cajamarca. Para ello se estableció como objetivo determinar la aplicación jurídica del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena privativa de la libertad y luego proponer una adecuada aplicación de la misma.

Con ese propósito, el trabajo ha considerado cuatro capítulos: En el capítulo 1, denominado planteamiento del problema, se ha descrito la realidad problemática, la formulación del problema, el objetivo general y objetivos específicos, así como la justificación de la investigación.

En el capítulo 2, denominado marco teórico, se ha establecido los antecedentes de la presente investigación, que vienen a ser las investigaciones relacionadas con el tema; en los fundamentos teóricos de la investigación se ha dividido en dos partes:

el principio de proporcionalidad y la determinación de pena; así mismo, se estableció la hipótesis, variables e indicadores.

En el capítulo 3, denominado procedimiento metodológico, se ha establecido el tipo de investigación, diseño y nivel de investigación, la población y muestra de estudio, técnicas e instrumentos de recolección de datos.

En el capítulo 4, denominado resultados y discusión, se muestra los resultados del análisis de 60 sentencias condenatorias, de acuerdo a los objetivos; la discusión hecha en base a la hipótesis, en donde se ha contrastado la hipótesis, llegándose a corroborar la misma, pues los jueces de Chota, vienen aplicando indebidamente el principio de proporcionalidad al momento de la determinación judicial de la pena privativa de la libertad.

Finalmente, se presentan las conclusiones y recomendaciones producto de la presente investigación seguida de las referencias bibliográficas y anexos.

Las autoras

CAPITULO 1
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la realidad problemática

El principio de proporcionalidad, en tiempos modernos, ha desplegado su empleo en varias ramas del derecho, la principal: el área constitucional; sin embargo, en la actualidad se habla de la constitucionalidad del derecho, por lo que en el área del derecho penal también es de vital importancia debido a que en esta sede ha sido empleado como un instrumento limitador de la actividad de los poderes del Estado, especialmente de los jueces al momento de la determinación de la pena privativa de la libertad.

Para Saona (2009) “De este modo, dicho principio se convierte en el límite más importante a los poderes constituidos, con el propósito final de que ninguno de ellos pueda hacer un uso arbitrario e irracional del poder que les ha sido conferido” (p.2). Asimismo indica que el principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso se integra como un método de control para evitar las técnicas de desvío de poder, error manifiesto y, en especial, para el balance entre costos y beneficios de aquellas actuaciones del Estado que implican una intervención en los derechos fundamentales, ya que se ha considerado que este principio se deduce del contenido esencial de estos derechos.

Igualmente dicho autor, refiere que cuando una norma jurídica señala una pena legal para un determinado delito, se entiende que esta intervención proviene de las atribuciones del Poder Legislativo, debido a que la existencia de un Estado Constitucional de Derecho no implica necesariamente la anulación del legislador en la limitación de los derechos fundamentales protegidos por la norma fundamental, como es la libertad personal; sin embargo, este principio también vincula y limita

su arbitrio al momento de la determinación de cada pena concreta, la misma que debe ser adecuada, justa y predecible.

Todo esto se ha debido al reconocimiento deficiente a nivel del Código penal del principio de proporcionalidad, que ha tomado en cuenta, tanto los legisladores al momento de establecer las consecuencias jurídicas para los tipos penales, como los magistrados encargados de aplicar y controlar dichas consecuencias, pues si dichas normas restringen derechos fundamentales, como puede ser la libertad personal, tienen que estar debidamente justificadas.

Lo anterior implica, entonces, que los magistrados encargados de controlar las normas penales no están vinculados al principio de proporcionalidad, pese a que la doctrina moderna del neoconstitucionalismo así lo ha establecido o reconocido, pues en un Estado Constitucional de Derecho toda decisión de intervención por parte del *ius punendi* del Estado en un derecho fundamental tiene que estar controlada, debe ser especialmente motivada.

Ahora bien, los pocos magistrados que intentan controlar las normas penales con excesivas penas privativas de libertad, prefiriendo los derechos fundamentales, no comprenden, o solo lo hacen parcialmente, el principio de proporcionalidad, un principio de importancia trascendental en los tiempos modernos en los cuales el legislador se preocupa por satisfacer las exigencias de las mayorías (estableciendo un aumento indiscriminado de las penas y una exacerbación de la respuesta penal, creyendo que es una solución ante los reclamos de la población, desconociendo conceptos básicos de política criminal), olvidándose de su vinculación irrestricta a los derechos fundamentales en los momentos de establecer medidas legislativas.

Lo anteriormente señalado, en la provincia de Chota no está cumpliéndose, pues se tiene sentencias penales condenatorias en las que se ha omitido la aplicación del principio de proporcionalidad, limitándose formalmente a imponer las penas legales de los tipos penales, tal como es el caso de los delitos sancionados con cadena perpetua, en los delitos de violación de menores de 14 años y mayores de 10 años y en los delitos de atentado contra las autoridades, en agravio de policías; mientras que en otras sentencias condenatorias se ha aplicado el principio de proporcionalidad solo para determinar penas concretas dentro de los tercios punitivos, luego de haber llegado a ellos, acudiendo a las circunstancias genéricas de determinación de penas; y, finalmente, tenemos otro grupo de sentencias condenatorias que acudiendo al principio de proporcionalidad ha fijado penas concretas por debajo del mínimo legal, sin realizar mayor justificación ni mucho menos realizar un control difuso; todo esto ha conllevado a que las penas privativas de la libertad no sean adecuadas, razonables, justas y, sobre todo, predecibles; pues, para casos similares, las penas concretas son totalmente diferentes.

1.2. Formulación del Problema

¿Cuál es el análisis de la aplicación jurídica del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena privativa de la libertad en los juzgados unipersonales y el Juzgado Colegiado de la provincia de Chota -Cajamarca durante el periodo 2014 y 2015?

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo General

Analizar la aplicación jurídica del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena privativa de la libertad en los juzgados unipersonales y el Juzgado Colegiado de la provincia de Chota-Cajamarca durante el periodo 2014 y 2015.

1.3.2. Objetivos Específicos

- a) Analizar el aspecto normativo del principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico penal peruano.
- b) Examinar los criterios de aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena en las sentencias condenatorias en los juzgados unipersonales y el Juzgado Colegiado de la Provincia de Chota durante el periodo 2014 y 2015.
- c) Formular una propuesta de modificación jurídica para la adecuada aplicación del principio de proporcionalidad al momento de llegar a la pena concreta.

1.4. Justificación e Importancia

a) A nivel teórico

En el medio académico local (Chota) no existen investigaciones ni trabajos previos a este que hayan abordado el tema de aplicación del principio de proporcionalidad al momento de determinar la pena privativa de la libertad, sobre todo, aplicando o examinando cada uno de sus subprincipios, como son de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

b) A nivel social

Lo que se reporta en la presente investigación puede servir de documento de apoyo a las fiscalías provinciales penales y mixtas de la provincia de Chota para proponer penas justas, razonables y proporcionales en sus requerimientos acusatorios. Además, sirve de apoyo documentario a los jueces penales para determinar penas privativas de libertad concretas justas, razonables y predecibles, y para ello servirá el análisis realizado de cómo justificar aplicando el principio de proporcionalidad en sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Finalmente, ayudará a los profesionales del Derecho y a la comunidad en su conjunto a entender cómo se ha determinado penas privativas de libertad justas, razonables y, sobre todo, predecibles; esto es, que ante hechos similares deben tener penas similares.

CAPÍTULO 2
MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la Realidad Objeto de Investigación.

2.1.A. Internacionales

Ríos Arenaldi (2013), realizó un trabajo de investigación sobre Individualización judicial de la pena y doctrinas de la pena, teniendo como objeto de estudio lo siguiente

Las doctrinas absolutas o retribucionistas, relativas o prevenicionistas y mixtas o de la unión, o sea, los fines de retribución, prevención general negativa, prevención general positiva, prevención especial negativa y prevención especial positiva de la pena (capítulo I), la Jurisprudencia, los sistemas jurisprudenciales, el precedente judicial, la racionalidad de la decisión judicial (capítulo II), el catálogo penal español para personas naturales, la determinación legal y judicial de la pena, las sanciones aplicables a personas jurídicas y reglas para imponer aquéllas, el catálogo penal chileno para personas naturales, las reglas de determinación legal y judicial de la pena, las sanciones previstas para entes colectivos y regulación establecida para decretar aquéllas (capítulo III), precisándose en definitiva -con fallos que detalladamente se anexan-, planteado por qué toda condena importa retribución y prevención general positiva y cuándo el juez español y chileno dispuso pena privativa de libertad conforme la prevención especial positiva o, en su defecto, prevención especial negativa y, en su caso, prevención general negativa, y conocida la metodología empleada, la “tendencia” resultante en relación a los mentados fines (capítulo IV). Entre sus conclusiones más importantes tenemos:

Los sistemas de penas español y chileno son de determinación relativa, en ambos la correspondiente individualización se realiza partiendo de un marco legal genérico, acorde un conjunto de reglas (v. gr., forma de intervención delictual, circunstancias modificativas), lo que hace de la condena un acto discrecional jurídicamente fundado. En España, con el Código penal de 1995, desdoblándose la pena en sí y por sí, cualquiera sea el marco legal concreto, la sanción en su contenido nunca varía mientras que en Chile es factible que ello ocurra porque la mayoría de penas se dividen en grados y fijan según escalas graduales, cuya aplicación mecánica justamente puede llevar a un castigo de otra clase que el inicial previsto (caso de pena superior en uno o más grados a una determinada y en la escala gradual no hay pena superior), incluso podría aplicarse la sanción establecida y otra (mismo caso anterior) o una a aquella distinta y más extensa temporalmente (caso de pena inferior en grado a relegación menor en su grado mínimo, que va de 61 a 540 días, que es destierro en su grado máximo, que va de 3 años y 1 día a 5 años).

2.1.B. Nacionales

Guillermo Piscoya (2011), realizó una investigación sobre La aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena por las salas penales superiores de la provincia de Chiclayo durante el año 2008”, en él precisa que:

El problema investigado consistió en encontrar respuesta a la interrogante: ¿En qué medida, la indebida aplicación del principio de proporcionalidad de las penas por parte de los órganos jurisdiccionales penales del distrito judicial de Lambayeque (Salas Penales Superiores) al momento de fijar las penas, durante el año 2008, se debe a una regulación normativa deficiente de la determinación judicial de la pena en nuestro ordenamiento penal y procesal penal?, siendo el objeto de estudio proponer modificaciones o regulaciones normativas en torno a la aplicación del principio de proporcionalidad y la determinación judicial de las penas, a fin de lograr una adecuada dosificación de pena por parte de los órganos jurisdiccionales, para lo cual la población estudiada, estaba conformada por un total de 2249 sentencias condenatorias emitidas por las tres Salas Especializadas en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, durante el año dos mil ocho. Según reporte de la oficina de estadística del distrito judicial de Lambayeque en el año dos mil ocho: la Primera Sala Penal emitió 758 sentencias, la Segunda Sala Penal 584 sentencias y la Tercera Sala Penal emitió 907 sentencias. Siendo el método utilizado Inductivo – deductivo, Analítico – sintético, comparativo y análisis estadísticos de datos. Obteniéndose los siguientes resultados más importantes: Los encuestados consideran en un 31 % que el Principio de Proporcionalidad permite graduar la pena por debajo del mínimo legal, el 10 % el principio de lesividad y el 14 % los fines de la pena. Esto refleja que en los operadores jurídicos el principio de

proporcionalidad es el que más influencia tiene en materia de dosificación de pena por debajo del mínimo legal; y, arriba a las conclusiones que a continuación se menciona:

En el Perú, la determinación judicial de la pena, pese a los esfuerzos desplegados por el Poder Judicial, ha sido devenido en proceso empírico y con carencia absoluta de motivación, que trajo como consecuencia el uso generalizado de medidas alternativas a la pena privativa de la libertad, deslegitimando el sistema y generando una sensación de impunidad e inseguridad en la ciudadanía, que el poder político ha pretendido y pretende superar a través de una política criminal de “golpe por golpe”. Una de las principales causas de las deficiencias en materia de determinación judicial de la pena se ha debido a la deficiente regulación normativa tanto en nuestro Ordenamiento Penal como Procesal Penal, el cual no ha dotado a los jueces de mecanismos o procedimientos adecuados a fin de determinar judicialmente la pena.

El principio de proporcionalidad dentro de un Estado Constitucional de Derecho, se erige como un “límite de límites” y en virtud del cual es posible sopesar todo tipo de excesos en el ejercicio del poder que pueda tener injerencia en la libertad u otros derechos fundamentales de las personas. En ese orden de ideas la determinación de la pena, tiene que responder a sus exigencias bajo el análisis de los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido

estricto, superando el principio de legalidad, núcleo duro del Derecho Penal.

Poma Valdivieso (2013), en su tesis: “Individualización judicial de la pena y su relación con la libertad y el debido proceso a la luz de la jurisprudencia en materia penal en las salas penales para reos en cárcel del distrito judicial de Lima”:

El problema investigado, consisten en las siguiente interrogantes: ¿Contienen las Sentencias Expedidas por las Salas Penales para Reos en Cárcel Del Distrito Judicial de Lima Criterios para la Individualización de la Pena?, ¿Son estos Conformes con los Requisitos Contemplados por los Artículos 45 y Siguintes Del Código Penal?, ¿Los Criterios Utilizados por los Magistrados Lesionan El Debido Proceso y la Libertad Personal?, siendo su objeto de estudio conocer los criterios adoptados por los magistrados de las Salas Penales de la Corte Superior de Justicia de Lima al momento de individualizar la pena, teniendo como población estudiada en el presente trabajo de investigación 3000 expedientes y que comprende la totalidad de sentencias expedidas durante los años 2009, 2010 y 2011 (enero a junio) por las 04 Salas Penales para procesos con Reos en Cárcel del Distrito Judicial de Lima (sede central), utilizando como método el analítico, arribando a los resultados más importantes, que del total de procesados sentenciados, solo al 43.49% se les consideró sus carencias sociales y económicas, el 32.14% se le consideró su grado o nivel cultural, el

2.62% se valoró el criterio referido a las costumbres del procesado y solo el 0.21% intereses de la víctima o de su familia. Entre las conclusiones más importantes tenemos:

En la mayoría de las sentencias emitidas durante los 2009, 2010 y 2011 (enero a junio) por los Magistrados de las Salas Penales de la Corte Superior de Justicia de Lima se ha vulnerado el derecho al debido proceso de los sentenciados, ya que sus sentencias no han sido debidamente motivadas ni fundamentadas en el extremo referido al quantum de la pena.

2.2. Fundamentos Teóricos de la Investigación

2.2.1. El Principio de Proporcionalidad

2.2.1.1. Antecedentes

Para Bernal Pulido (2007), el principio de proporcionalidad es una noción general, utilizada desde épocas remotas en las matemáticas y en diversas áreas del conocimiento. La relación entre el medio y el fin, que constituye la base epistemológica de la proporcionalidad, se reveló ya como forma de pensamiento en la filosofía práctica de la Grecia clásica. Estos primeros desarrollos repercutieron más tarde en la cultura jurídica romana, donde según ha mostrado F. Wieacker, el principio de proporcionalidad alcanzó una importancia capital en bastos ámbitos del Derecho Privado. Ya en tiempos modernos, este principio irrumpió en el Derecho Público, aunado a la gestación de los primeros controles jurídicos de la actividad del Estado y, desde entonces, no ha dejado de evolucionar y de expandirse a lo largo de

todas las áreas del Derecho que regulan las relaciones entre el poder público y los particulares.

Este mismo autor Bernal Pulido (2007), indica que el surgimiento del principio de proporcionalidad, como concepto propio del Derecho Público europeo, se remonta al contractualismo iusnaturalista de los tiempos de la Ilustración, en donde se concebía al hombre como un ser dotado de libertad, la que se encontraba expuesta a toda suerte de avatares y riesgos en donde imperaba la ley del más fuerte; razón por la cual, los individuos se ven compelidos a asociarse en un pacto civil, en el que su libertad sufre restricciones impuestas por el Estado a cambio de que este les proteja su vida, su libertad y sus bienes .

Entonces, siguiendo a Bernal Pulido (2007), diremos que mito fundacional del Estado se desprenden los dos presupuestos filosóficos políticos más importantes del principio de proporcionalidad:

En el primer término, la idea de que la libertad se perpetúa en la sociedad civil como un bien inherente al individuo; es decir, de que en toda asociación política se debe reconocer al hombre la libertad para comportarse de acuerdo a su propio criterio, elegir sus finalidades particulares y orientarse hacia el logro de sus objetivos.

En segundo lugar, el Estado solo puede intervenir en la libertad de la persona en los casos necesarios y con la magnitud imprescindible para satisfacer las exigencias derivadas de los derechos de los demás y de los intereses esenciales de la comunidad.

El disfrute de la libertad aparece, entonces, como la situación normal y la intervención estatal como una circunstancia excepcional, limitada en sus efectos únicamente a lo inexcusable.

Esta concepción del poder político fue el sustrato propicio para que se comenzara a exigir que las intervenciones estatales en la libertad individual fuesen proporcionadas.

Entre las primeras manifestaciones de esta exigencia cabe destacar el alegato de Beccaria a favor de la proporcionalidad de las penas, cuya principal doctrina fue recogida luego por el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

El principio de proporcionalidad se desarrolló notablemente en el derecho de policía de Prusia a fines del siglo XVII y comienzo del siglo XVIII, donde resultó decisiva la doctrina de Carl Glottlieb Svarez, quien esbozó los sub principios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto y señaló que para la posibilidad de las intervenciones estatales en la libertad pudieran considerarse legítimas, dependía de su intensidad y de los objetivos que pretendiesen alcanzar. No todos los propósitos habilitan el poder político para intervenir en la libertad individual con igual contundencia. El Estado tiene competencia para intervenir en la libertad con mayor intensidad, cuando persiga evitar daños comunitarios o disminuir el riesgo frente a peligros apremiantes.

Por su parte el sub principio de idoneidad cobró nitidez también en la cultura jurídica de Prusia en donde se suscitó el convencimiento de que el ejercicio del poder delegado en la monarquía y en la

administración solo era legítimo, cuando se encaminaba hacia la persecución de fines relevantes para la comunidad.

Por estas razones, los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto se ensamblaron en un único concepto jurídico, que comenzó a conocerse como el principio de proporcionalidad en sentido amplio o el principio de la prohibición del exceso y adquirió en Prusia el rango de principio de derecho de policía, de donde se ha expandido al Derecho Público europeo, que lo ha llevado a convertirse en un criterio ineludible para controlar la observancia de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos estatales y comunitarios.

A lo largo de todo el siglo XIX, este principio comenzó a aplicarse en el Derecho Administrativo alemán. El principal factor desencadenante de esta notable difusión fue la preponderancia que durante esta época adquirió la reivindicación de los derechos individuales frente al Estado. El discurso de los derechos públicos subjetivos acrecentó la convicción de que el individuo era el fin último del ejercicio de todo poder político y de que cualquier intervención estatal en la órbita de su libertad debería ser proporcionada. A esta circunstancia se sumó la creación de una jurisdicción administrativa independiente que se valió de manera asidua del principio de proporcionalidad para fundamentar la anulación de las medidas coercitivas que limitaban en exceso los derechos individuales.

Desde el final de la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días, la utilización del principio de proporcionalidad, como criterio para fundamentar las decisiones de control sobre los actos de la administración, se ha generalizado en las jurisdicciones administrativas europeas. Su aplicación ha proliferado de país en país y se ha difundido a lo largo de diversos campos del Derecho Administrativo. Las jurisdicciones francesa, italiana, española lo aplican continuamente para controlar la legalidad de los actos administrativos, en especial la de aquellos actos que son producto del ejercicio de poderes discrecionales.

El principio de proporcionalidad se viene aplicando en el Derecho inglés, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de las comunidades europeas, los Tribunales de Estrasburgo y de Luxemburgo; así como diversos países europeos, y no solo en el ámbito del Derecho Administrativo y Constitucional, sino también el Derecho del Trabajo, Derecho Ambiental, Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y hasta en el Derecho Atómico.

La jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán ha sido precursora en la aplicación del principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos y sobre todo en la defensa de los derechos fundamentales. Dicha jurisprudencia ha sido seguida por otros tribunales constitucionales europeos, como el francés, el italiano, el portugués, el austriaco, el húngaro, el checo,

el esloveno, el estonio, el español, el colombiano, el peruano, la jurisdicción constitucional suiza.

2.2.1.2. Fundamentos normativos en el Perú.

A nivel constitucional:

Según Hernandez Rengifo (2013), en el debate para aprobar el artículo 200 de la Constitución, la Comisión de Constitución y Reglamento, después de debatir y aprobar las garantías constitucionales, casi no discutieron este último párrafo. El Dr. Henry Pease García en su intervención en la 42 sesión vespertina, de fecha 12 de abril de 1993, fue el que propuso lo siguiente:

“El ejercicio de los procesos de habeas corpus y amparo no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción a los que se refiere el artículo 231. Cuando se interpusiera una acción de esta naturaleza en relación a uno de los derechos suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examinara la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo adoptado”.

El fundamento de tal propuesta fue que el juez sea el que examine primero la razonabilidad de los derechos suspendidos y la proporcionalidad del acto restringido adoptado; es decir, que sea el juez el que defienda los derechos fundamentales, sobre todo en los lugares fuera de Lima en donde se debilita la vigencia de los derechos.

El texto aprobado por la Comisión de Constitución y Reglamento del artículo 200 de la Constitución, fue:

“El ejercicio de los procesos de habeas corpus y amparo no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción a que

se refiere el artículo 231. Cuando se interpusiera una acción de esta naturaleza en relación a uno de los derechos suspendidos, el órgano jurisdiccional del acto restringido adoptado”.

Finalmente, el pleno del Congreso Constituyente Democrático aprobó el siguiente texto:

“El ejercicio de las de habeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137 de la Constitución.

Cuando se interpone acciones de esa naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restringido. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio”.

El fundamento constitucional del principio de proporcionalidad lo encontramos en el artículo 200, último párrafo de la Constitución Política del Perú:

“Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con los derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restringido”.

Debemos analizar este texto. En primer lugar, esta norma fundamental está redactada como principio y no como regla, porque se refiere a las acciones de garantía de habeas corpus y amparo, que protegen derechos fundamentales, en donde están incluidos casi todos los derechos de la persona, incluso el habeas data también se

podría proteger mediante este inciso. En segundo lugar, el juez competente va a examinar si es o no proporcional el acto que restringe un derecho fundamental.

Las restricciones o suspensiones a los derechos fundamentales, no solamente se pueden dar en un estado de excepción, sino también en cualquier actuación que realice, el Estado o los particulares, razón por la cual, con la misma razón, el juez está facultado para examinar la proporcionalidad del acto restringido en todos los demás casos.

A nivel del Código Penal:

En el art. VIII del Título Preliminar del Código Penal, prescribe que: *“La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La medida de seguridad solo puede ser ordenado por intereses públicos predominantes”*.

Castillo Alva (2002), la ley en el precepto mencionado solo consagra la prohibición que la penalidad pueda sobrepasar la responsabilidad por el hecho; mas no dice nada acerca de los criterios materiales de los cuales puede derivarse u obtenerse el principio de proporcionalidad. En realidad, el legislador lo único que declara es una prohibición de exceso que constituye uno de los principales derivados del principio de proporcionalidad o, como algunos afirman, la formulación negativa del principio, pero ello no debe llevar al error de identificarlos o entenderlos como sinónimos. Puede suceder que una pena que no es excesiva sea desproporcional, ya sea por lenitiva al imponer un castigo muy leve o por no adecuarse a una correcta valoración del bien jurídico, la dañosidad social, la actitud interna o a las circunstancias.

No siempre el cumplimiento irrestricto a la prohibición de exceso supone el respeto automático al principio de proporcionalidad, tal como lo demuestra el hecho en el que, por ejemplo, se impone una conminación abstracta leve o nimia a un delito grave. Aquí si bien no se infringe la prohibición de exceso –más bien se lo acata de manera amplia- no se puede afirmar que se ha cumplido con el principio de proporcionalidad; ya que por el contrario se ha terminado por imponer una pena ínfima a un hecho grave. Por ello, no siempre la configuración de una pena que no es excesiva implica la realización de la proporcionalidad. A veces, respetándose la prohibición de exceso se desnaturaliza la esencia de la proporcionalidad. Pese a todo, nuestra doctrina penal, cometiendo un grave error, viene identificando la proporcionalidad con la prohibición de exceso al interpretar el art. VIII del Título Preliminar del C.P. Afirmer que el mandato jurídico referido a que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho es un reconocimiento legislativo al principio de proporcionalidad que constituye una lamentable confusión entre prohibición de exceso y el principio de proporcionalidad en uno de sus elementos integrantes o extremos como es su límite máximo. Se olvida que todavía queda pendiente precisar el contenido y la medida objetiva de la proporcionalidad que no solo requiere un límite máximo, sino también un límite mínimo.

2.2.1.3. Otros fundamentos

Además, de los fundamentos constitucionales antes indicados, Bernal Pulido (2007) ha sostenido que el principio de proporcionalidad, “admite varias fundamentaciones complementarias”: a saber: (i) la propia naturaleza de principios de los derechos fundamentales; (ii) el principio del Estado de Derecho; (iii) el principio de justicia; (iv) el principio de interdicción de la arbitrariedad.

Por su parte, Castillo Alva (2002) sostiene que el principio de proporcionalidad tiene una fundamentación compleja. Por un lado, encuentra su fundamento en la consagración constitucional al respecto de: “La dignidad de la persona como fin supremo de la sociedad y el Estado” [art. 1 de la Const.]. Toda pena desproporcional e injusta es a nuestro entender un tratamiento indigno de la persona a quien se le reduce a la calidad de medio o instrumento y no se lo considera como un fin en sí misma. La falta de proporcionalidad en el Derecho penal supondrá –tal como se ha puesto de manifiesto- “un sacrificio innecesario y excesivo del derecho a la libertad y a la dignidad de la persona humana”.

Por otro lado, obedece a criterios inmanentes de justicia como realización de los valores sociales y constitucionales más importantes que integran la idea del Estado de Derecho. Hoy en día resulta inconcebible imaginar el concepto de democracia y de Estado de Derecho desligado de la idea de igualdad y de proporcionalidad, que son elementos lógicos de la justicia. Una sociedad desigual y un

orden jurídico que imponga cargas coactivas desproporcionales a las acciones de sus ciudadanos no puede preciarse de ejercitar los valores democráticos ni de buscar la paz social y respetar la dignidad de la persona humana. Solo concibiendo al Estado de Derecho como un programa inacabado en constante lucha por alcanzar la igualdad de sus miembros y una distribución de beneficios y sanciones según la valiosidad o no de los comportamientos –es decir, en base a la proporcionalidad- puede aproximarnos al ideal de sociedad justa que todos soñamos.

2.2.1.4. Estructura del principio de proporcionalidad

Sobre la estructura de este principio, tanto la doctrina y la jurisprudencia de diversos tribunales, es unánime en sostener que comprende tres juicios: **el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad *sensu stricto***. Por eso, el principio de proporcionalidad puede definirse de modo general como aquel principio integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de la inutilidad, innecesariedad y desequilibrio del sacrificio.

De modo que una restricción o sacrificio de un derecho fundamental será constitucionalmente permitido si la medida que establece la restricción o sacrificio es una medida idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto.

A continuación, se estudiará cada uno de los tres juicios en los que se descompone el principio de proporcionalidad, para ello seguiremos a Castillo Cordava (2008):

a. El juicio de idoneidad

El primer juicio que compone el test de proporcionalidad es el juicio de idoneidad o de adecuación. Este juicio tiene una doble exigencia: requiere que la medida o acto restrictivo de un derecho fundamental tenga un fin; y exige que la medida en sí misma sea adecuada para el logro de ese fin, es decir, «debe ser idónea para producir la protección del bien jurídico». En palabras del TC (EXP. N. 0050–2004–AI/TC y otros acumulados, 2005, F. J. 109.), de acuerdo con este juicio «toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, suponiendo dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo y, segundo, la idoneidad de la medida sub examine».

Sin embargo, no cualquier finalidad sirve para legitimar una medida que restringe derechos fundamentales, sino que el fin propuesto debe ser constitucionalmente permitido y socialmente relevante. Así, «permite descartar toda posibilidad de sujeción mínima al principio de proporcionalidad si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no solo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes». Por tanto, se requiere

de medidas «cuyo dictado obedezca a la necesidad de proteger fines constitucionalmente legítimos que la puedan justificar» (EXP. N. 0050–2004–AI/TC y otros acumulados, de 3 de junio de 2005, F. J. 109.).

La aplicación de este juicio se formula siempre en el presente de modo que puede ocurrir que una medida que en su origen fue no idónea, con el tiempo y el cambio de circunstancias, puede haber devenido en idónea y viceversa. Complementariamente, el fin al que ha de obedecer el operador jurídico, no es solo el fin expresamente declarado por el emisor de la medida (legislador, funcionario de la administración o juez), sino también a la finalidad que pueda real y verdaderamente subyacer a la medida.

b. El juicio de necesidad

Si la medida que afecta un derecho fundamental ha superado el juicio de idoneidad, no por ello es una medida proporcionada, sino que ha de superar —como siguiente paso— el juicio de necesidad. Mediante este juicio se examina si una medida que restringe un derecho fundamental es la menos restrictiva de entre otras medidas igualmente eficaces para alcanzar la finalidad constitucionalmente permitida y perseguida. De forma que «para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado».

Definido así el juicio de necesidad, es claro que presupone el juicio de eficacia, en cuanto que el juicio de necesidad solo se realiza entre medidas igualmente eficaces para el logro de la finalidad que se persigue. Con otras palabras, se «[r]equiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que este intervenga en el derecho fundamental» (EXP. N. 0050–2004–AI/TC, citado, F. J. 109.).

Así, una medida será necesaria «si el legislador no habría podido elegir otro medio igualmente eficaz, pero nada o sensiblemente menos restrictivo del derecho» que el empleado finalmente; o cuando una finalidad «no se puede alcanzar con otro tipo de medidas que coarten menos la libertad». Dicho negativamente, una medida que restringe un derecho fundamental será innecesaria cuando «resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador».

c. El juicio de proporcionalidad strictu sensu

La ley de la ponderación

Para que una medida idónea y necesaria sea proporcionada debe superar aún el llamado juicio de proporcionalidad en sentido estricto o sencillamente juicio de ponderación. A través de este juicio se exige que la medida que restringe un derecho fundamental «se encuentre en una relación adecuada [*angemessenem Verhältnis*] con el peso y la significación del

derecho fundamental». Generalmente se admite que se está frente a una relación adecuada o razonable cuando existe un equilibrio entre las ventajas o beneficios y las desventajas o los costos que conlleva adoptar la medida restrictiva de un derecho fundamental. Definida la relación razonable como una relación de equilibrio se podrá llegar a admitir que a mayor beneficio se permitirá una mayor restricción del derecho constitucional. Este es, en buena cuenta, el contenido de la propuesta Ley de ponderación por Alexy (2007) que dice: «[c]uanto mayor es el grado de la no satisfacción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro».

c.1. Vinculación a la teoría de los derechos fundamentales como principios

Para advertir la vinculación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto con la teoría de los derechos fundamentales como principios, se asumirá lo siguiente: que P1 es un derecho fundamental que entra en contraposición con P2 (otro derecho fundamental o bien jurídico constitucional), que M1 es una medida adoptada con la finalidad F consistente en el favorecimiento de P1, pero que restringe a P2. La vinculación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto con la concepción de los derechos fundamentales como principios queda manifestada cuando se constata que precisamente por considerarse que tanto P1 como P2 son principios, es

decir, que son mandatos de optimización, la medida M1 debe al menos generar un beneficio a P1 de la misma importancia que el perjuicio que causa a P2. Es decir, no sería posible hacer prevalecer una optimización de uno por sobre la del otro sin antes haber sopesado con cuál de los dos mandatos de optimización se generan más beneficios y menos perjuicios para los derechos fundamentales en juego. Si no fuesen considerados como principios, la adopción de M1 se produciría al margen de la justificación del grado de restricción o perjuicio que pueda sufrir P2.

Asumiendo que en las circunstancias del caso concreto (C) la adopción de M1 supondrá una relación razonable entre los beneficios que signifique a P1 y los perjuicios que produzca sobre P2, M1 será proporcionada. Por lo tanto, esta medida será constitucional y la lesión, sacrificio o restricción que pueda suponer sobre P2 está constitucionalmente justificada. Esto significará que P1 es el derecho fundamental victorioso, y P2 el derecho fundamental derrotado.

De modo que frente a la cuestión decisiva de determinar «bajo cuales condiciones cuál principio tiene precedencia y cuál debe ceder», la respuesta es que P1 precede a P2 en las circunstancias del caso concreto: (P1 P P2) C. En estas

circunstancias estaría permitido lesionar, sacrificar, restringir P2.

2.2.2. La Determinación de Pena.

A. Teorías de las penas

Prado Saldarriaga (2010), señala la posesión de cada una de las teorías de las penas, frente a la sanción penal, así de las teorías absolutas, señala que, desde sus distintos orígenes y enfoques, estas teorías se relacionan con una concepción de justicia retributiva y absoluta. Su desarrollo filosófico se debe al idealismo alemán y a los planteamientos de KANT (ley penal como imperativo categórico) y de HEGEL (el delito como negación del Derecho y la pena como negación de la negación). También contribuyeron a su consolidación los dogmas y doctrinas eclesiales referentes a la realización de la justicia divina.

En el presente, una proyección ideológica de las teorías absolutas o de la retribución se encuentra todavía en las constantes referencias que la doctrina formula sobre el Principio de Culpabilidad como base y como límite de la penalidad y sobre el Principio de Proporcionalidad como garantía para la determinación legal y judicial de las penas.

Por su parte las teorías relativas. Estas concepciones teóricas parten de reconocerle una utilidad a la sanción penal que está más allá de una mera retribución. Evolutivamente sus principales tesis se han ido diseñando sobre la base de asignar a la pena fines preventivos. Desde esta línea de argumentación se han construido dos posiciones.

La primera posición, estima que la pena persigue internalizar en la comunidad un mensaje de intimidación que determine a sus integrantes a abstenerse de cometer delitos. La pena así entendida cumple un fin de Prevención General. Se suele señalar a Paul Johann Anselm von Feuerbach como el principal exponente de esta teoría. Este jurista alemán formulo en el siglo XIX su famosa “teoría de la coacción psicológica”, cuyo planteamiento esencial atribuía a la pena el sentido de una contra motivación negativa que se amparaba en el más que podría acarrear para el delincuente la comisión de un delito. Ahora bien, en el marco de las teorías de prevención general se han desarrollado desde la segunda mitad del siglo XX nuevos planteamientos que, alejándose de las concepciones intimidatorias, estiman que el fin de la pena es, más bien, funcional y se expresa como comunicación social de la confirmación en la conciencia ciudadana de la vigencia y validez del orden jurídico como base formal y modelo de la organización e interacción de la sociedad. A este moderno enfoque se le ha denominado Teoría de la Prevención General Positiva o Integradora.

La segunda posición, en las teorías relativas de la pena, afirma que la sanción punitiva procura incidir positivamente en el delincuente de manera que este desista en el futuro de incurrir en nuevos hechos punibles. Es, pues, un fin preventivo que se proyecta de modo individualizado y principalmente a través de la ejecución de la pena. Se trata, por tanto, de una Prevención Especial.

Es de destacar que las teorías relativas han sido objeto de constantes y agudas críticas por la instrumentalización que realizan de los individuos y porque desconocen los derechos de la persona a la dignidad y a la pluralidad ideológica o cultural. Especialmente se ha cuestionado que ellas utilizan al ser humano y lo cosifican en términos de colectividad o individualidad.

La pena, pues, tal como se expone en las teorías relativas manipula la consciencia colectiva o individual de las personas. A través de la pena, el legislador, y con él el Estado, influncian e instrumentalizan políticamente a la población, neutralizando o interfiriendo en sus valores, patrones conductuales, expectativas y desarrollos. En definitiva, lo que se busca con la pena es prevenir o reprimir la disidencia.

Las teorías mixtas. También conocidas como “Teorías de la Unión” nos ponen de manifiesto al fracaso teórico, político y filosófico de los intentos por dar una explicación satisfactoria sobre el “fin de la pena”. En su expresión fundamental estas teorías procuran demostrar que la pena apuntaría hacia varios “fines”, los cuales tienden a una interrelación y complementación que se produce en el marco de un proceso dialectico de limite y utilidad. Surge de esta manera una contradictoria vinculación entre retribución, prevención general y prevención especial. La cual, pese a su aparente comodidad expositiva, ha mantenido el hasta ahora insoluble problema científico e ideológico de las “antinomias de los fines de la pena”.

Lamentablemente concurrimos en el presente a un predominio de las concepciones uniformadoras. El cual no solo se refleja en las doctrinas sobre los fines de la pena, sino en los intentos de la dogmática contemporánea por alcanzar una descripción coherente y conciliadora del proceso de determinación judicial de la pena.

Pero tampoco en dicho ámbito las teorías eclécticas han logrado realidad y consistencia, puesto que los resultados de métrica penal no han alcanzado a ser explicados con solvencia, quedando todo el esfuerzo en la mente del juez y en su voluntad punitiva. Es más, toda pretensión preventiva especial se ha quedado siempre más cercana a la administración penitenciaria que a la decisión jurisdiccional.

Ahora bien, la influencia de las teorías de la unión en nuestra legislación penal es en el presente formalmente manifiesta. En efecto, el Código Penal peruano de 1991 parece inclinarse por conceder a la pena una opción funcional preventiva y retributiva a la vez. En tal sentido los artículos I y IX del Título Preliminar le reconocen capacidades preventivo, generales y preventivo especiales. En cambio, los artículos IV, VII y VIII le plantean exigencias de culpabilidad, lesividad y proporcionalidad, insinuando con ello efectos retribucionistas.

Sin embargo, la realidad y la experiencia histórica del derecho penal nacional indica permanentemente que nuestro sistema penal la pena ha cumplido siempre una misma función que la ha caracterizado como un mecanismo deshumanizado de intimidación social, de castigo y de autoritarismo. En nuestro medio, pues, la pena es, ha

sido y sigue siendo solo prevención general negativa o mera retribución. Situación que contradice frontalmente las expresas disposiciones contenidas en el artículo 139°, inciso 22 de la actual Constitución y en el artículo II del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, las cuales, con un lenguaje eufemístico, declaran normativamente que la pena debe cumplir una función preventivo especial o de resocialización.

La pena en el Perú posee, pues características funcionales que la alejan definitivamente de toda consideración preventivo especial. Ella siempre cede al terror y al espectro, generalmente amplificado, del sentimiento de inseguridad ciudadana que vive el país. Se convierte, por tanto, en una respuesta irracional y violenta a la cual el Estado suele recurrir improvisadamente con un coyuntural afán de eficacia, que solo genera frustración a la vez que riesgos innecesarios a los derechos fundamentales de la ciudadanía.

B. Concepto de determinación de la pena.

Consiste en el proceso por el que se transforma una pena imponible, de acuerdo con lo establecido en un determinado tipo del Código Penal, en la concreta pena correspondiente al responsable de un hecho delictivo, de acuerdo con la gravedad del hecho cometido y sus circunstancias personales.

Señala, Feijoo Sánchez (2009): “si se asume que el delito es un injusto culpable y graduable, la determinación de la pena no es más que la graduación del injusto culpable”.

Prado Saldarriaga (2010), indica que en efecto, la determinación judicial de la pena parte de un hecho histórico verificable judicialmente y al cual cabe adscribirse consecuencias jurídicas de naturaleza punitiva en función a su magnitud y significado social o político criminal. Para ello, el órgano jurisdiccional en una sentencia penal emite hasta tres juicios importantes. En un primer momento él se pronuncia sobre la **tipicidad o relevancia de la conducta** atribuida al procesado (**juicio de subsunción**). Luego, a la luz de la evidencia decide la **inocencia o culpabilidad** de este en base a los hechos probados (**declaración de certeza**). Y, finalmente, si se declara la **responsabilidad penal** del imputado deberá definir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar **como autor o partícipe** de la infracción penal cometida (**individualización de la sanción**).

La determinación judicial de la pena tiene, pues, relación con la última decisión judicial. Su función, por tanto, es identificar y medir las dimensiones cualitativas y cuantitativas de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar al autor o partícipe culpable de un delito. Se trata, por tanto, de un procedimiento técnico y valorativo de **individualización de sanciones penales**. Como señala Velásquez (2007) con su estudio dogmático solo “se persigue jalonar la elaboración de una teoría de la medición de la sanción que sea coherente con los principios que inspiran un determinado ordenamiento jurídico de tal manera que posible lograr la imposición

de una sanción racional, proporcional y, consecuencia, adecuada en cada caso de la vida real.

Por consiguiente, pues, en términos concretos se puede decir que la expresión **determinación judicial de la pena**, se alude a un procedimiento técnico y valorativo que aplica el operador jurisdiccional para identificar de modo cualitativo, cuantitativo y ejecutivo la sanción a imponer en el caso sub iudice. Esto es, a través de ella se procede a evaluar y decidir sobre el tipo, la extensión y el modo de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencias accesorias que resulten aplicables al caso. En la legislación y en la doctrina especializada, esta actividad judicial también recibe otras denominaciones como aplicación de la pena, individualización judicial de la pena o dosificación de la pena

Para Ore Sosa (2013), el proceso de determinación de la pena es, ciertamente, complejo. Bien se sabe que ella admite dos instancias: la legal y la judicial. La **determinación legal** se realiza —aunque huelgue decirlo— en abstracto, e incide en el tipo de pena y en el marco previsto (mínimo y máximo) en el Código Penal para cada delito.

La ley también establece circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, esto es, aquellas que tienen por virtud atenuar o agravar las penas fijadas en abstracto para cada hecho punible. Estas pueden corresponder a la misma parte especial (p. ej. Las formas agravadas de los delitos de homicidio, robo y tráfico ilícito de drogas) o a la parte general del Código Penal (p. ej. La

reincidencia, la habitualidad, la tentativa o la omisión impropia). La instancia de **determinación judicial o de individualización de la pena**, por el contrario, no se realiza en abstracto, sino que atiende a las especificidades del caso concreto: mira tanto al delito cometido (injusto) como a la culpabilidad del autor. Para ello, debe atender a una serie de criterios que el mismo legislador establece, sobre todo, en el artículo 46 del Código Penal.

Como se puede ver, la fase de concreción o individualización de la pena no se abandona al libre arbitrio judicial, pues dicha tarea debe respetar los límites legales previamente establecidos (mínimos y máximos de la pena básica, y las circunstancias modificativas), así como valorar en el caso concreto los factores propuestos por el legislador para la dosificación de la pena (naturaleza de la acción, medios empleados, importancia de los deberes infringidos, extensión de los datos, etc.)

Para Prado Saldarriaga (2010), la determinación judicial de la pena parte de un hecho histórico verificable judicialmente y al cual cabe adscribirle consecuencias jurídicas de naturaleza punitiva en función a su magnitud y significado social o político criminal. Para ello, el órgano jurisdiccional en una sentencia penal emite hasta tres juicios importantes. En un primer momento él se pronuncia sobre la tipicidad o relevancia penal de la conducta atribuida al procesado (juicio de subsunción). Luego, a la luz de la evidencia existente decide la inocencia o culpabilidad de éste en base a los hechos probados (declaración de certeza). Y, finalmente, si declaró la

responsabilidad penal del imputado deberá definir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicarle como autor o partícipe de la infracción penal cometida (individualización de la sanción).

La determinación judicial de la pena tiene, pues, relación con esta última decisión judicial. Su función, por tanto, es identificar y medir las dimensiones cualitativas y cuantitativas de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar al autor o partícipe culpable de un delito. Se trata, por tanto, de un procedimiento técnico y valorativo de individualización de sanciones penales.

Por consiguiente, pues, en términos concretos podríamos señalar que con la expresión determinación judicial de la pena, se alude a toda la actividad que desarrolla el operador jurisdiccional para identificar de modo cualitativo y cuantitativo la sanción a imponer en el caso sub judice. Esto es, a través de ella se procede a evaluar y decidir sobre el tipo, la extensión y el modo de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que resulten aplicables al caso.

C. Los sistemas de determinación de la pena

Para Velásquez Velásquez (2007) identifica en el derecho comparado hasta seis sistemas: a) El sistema de tabulación de agravantes y atenuantes con penas fijas. Muestra una inmensa desconfianza hacia el juez, señalando de forma rígida las causas de agravación y atenuación, y se establece un máximo cuando concurren agravantes, un mínimo cuando se encuentran atenuantes y una pena intermedia si no existen ni unas ni otras o se duda en torno

a su presencia (Código penal francés de 1791 y brasileño de 1830);

b) El modelo de tabulación con señalamiento de criterios generales de tasación seguido de atenuantes y agravantes con penas flexibles. Se indican algunas pautas generales para la imposición de la pena entre un mínimo y un máximo señalado para cada infracción – dentro del que debe moverse el juez – seguidas de unas circunstancias de mayor y de menor punibilidad (Código Bávaro de 1813); c) El método de penas flexibles sin enunciación de criterios generales. Se señala un mínimo y un máximo de pena para realizar la tarea de medición, pero sin indicar – como norma general – los criterios generales en este ámbito (Código penal francés de 1810); d) El régimen de tabulación de circunstancias con penas relativamente rígidas. Se hace un listado de agravantes y atenuantes y se establece la tasación de la pena a partir de un marco señalado en la ley para cada figura, a partir de tres grados de delito: al primero, se le aplica el máximo; al segundo, el término medio entre el máximo y el mínimo; y al tercero, el mínimo de la pena (Código penal español de 1822, colombiano de 1837 y 2000); e) El patrón de penas flexibles sin enunciación de criterios generales con atenuantes genéricas no especificadas.

Permite disminuir la pena en una proporción determinada. Por ejemplo, el Código de Zanardelli para Italia de 1889, después de establecer un mínimo y un máximo de la pena aplicable, se hacía un largo listado de atenuantes (personales y reales) que autorizaban al

juez a disminuir la pena en una sexta parte, y se señalaban las agravantes en diversas disposiciones; f) Las fórmulas de criterios generales o sintéticas con penas flexibles. Prevé criterios genéricos de tasación de penas (Códigos penal suizo de 1937, argentino de 1921, peruanos de 1924 y 1991).

Para Bustos Ramírez (2004) distingue cuatro criterios: a) El criterio de la culpabilidad.- La culpabilidad cumple una función limitadora en la dosificación de la pena; es el límite de la pena, esto “significa que a efectos de la responsabilidad penal sólo se puede considerar los hechos referidos a la acción culpable y no otros elementos referidos a la personalidad del autor como una manera de ser o de comportarse socialmente”; b) El criterio preventivo general.- Por la prevención general, el Derecho penal es uno de advertencia para todos los ciudadanos y hacia él deben dirigirse sus efectos; siendo ello así el Estado persigue la eficacia de la pena, pero “el efecto preventivo general que eventualmente pudiera producir la pena, tiene que quedar siempre subordinado a lo que debe ser la pena en un Estado social y democrático de derecho y a lo que éste debe perseguir”; c) El criterio preventivo especial.- Desde la perspectiva de la prevención especial, la pena centra su interés en el individuo considerado como tal en sus particularidades, y por ende persigue la reeducación, reinserción o resocialización del agente infractor. Bustos Ramírez (2004) sostiene que “Si se trata de presentar al sujeto alternativas para el desarrollo de su personalidad, la pena ha

de estar dirigida a una mayor humanización y en ese sentido debe adecuarse a las características particulares de cada sujeto”; d) El Criterio político-criminal sobre necesidad de la pena.- El autor antes citado afirma que este principio se convierte en un límite básico a la facultad de sancionar del Estado, y en virtud del cual, al momento de determinar la pena, debe tenerse en consideración el injusto realizado (hecho típico y antijurídico) y el sujeto responsable (con todas las circunstancias que lo rodean al momento de la realización del injusto).

Para Villa Stein (2008) hace referencia a tres criterios: a) El criterio de culpabilidad, b) El criterio preventivo general; y c) El criterio preventivo especial; pero tomando posición expresa que “los criterios de prevención general o especial deben combinarse con el de culpabilidad a partir de referentes empíricos serios y extraños al derecho, conforme en parte, con el *spielraumtheorie* (ámbito de juego), que defiende Bruns y Roxin, aunque éste último para posibilitar penas inferiores pero sin acudir a referentes empíricos externos que lo sustenten”.

D. Etapas de la determinación e individualización judicial de la pena.

Mendoza (2015) Desde una óptica formal y para efectos didácticos se señala que el proceso de individualización de la pena, se compone de tres momentos: i) individualización legislativa, ii) judicial y iii) administrativa, correspondiendo cada uno de estos momentos a los tres poderes del Estado: legislativo, judicial y ejecutivo. Sin embargo, a nivel legislativo no se realiza un proceso de individualización, dado que, por la misma naturaleza de generalidad y abstracción de las leyes, estas solo fijan un determinado marco punitivo y criterio normativos generales para individualizar la pena. También se concibe una individualización penitenciaria de la pena (Poder Ejecutivo), porque esta no se encuentra sujeta a parámetros de control jurisdiccional; sino que corresponde a criterios de Tratamiento Penitenciario interdisciplinario (psicológico, social y administrativo).

La determinación e individualización de la pena se concreta en el momento judicial, pues se tiene el contexto fáctico de la comisión del hecho delictivo y a su presunto autor, datos que permitirán, recién asignar un significado normativo a las pautas constitucionales y legales, establecidas para el proceso de individualización de la pena. En la doctrina se han propuesto etapas que, con una u otra variación, tiene los mismos fundamentos. Mendoza (2015) citando a Eduardo Demetrio Crespo propone distinguir cinco fases de la IJP:

a. Ajuste a los fines de la pena.

- b. Averiguación de los **factores** de hecho relevantes para la individualización de la pena.
- c. Determinación de la dirección valorativa de los factores reales.
- d. Ponderación de las **circunstancias** de la individualización de la pena entre sí.
- e. Clasificación del caso en la escala de penas del marco penal previo.

Mendoza (2015) citando a Bacigalupo, en lo esencial acoge a esa ordenación sistemática y propone los siguientes niveles:

- a. Determinación de los fines de la pena.
- b. Fijación de las **circunstancias** de hecho a valorar.
- c. Valoración de los factores reales de la individualización a favor o en contra del autor.
- d. Transformación de todas las consideraciones en una expresión numérica.

Mendoza (2015) citando a Jescheck (1996) señala que el proceso de determinación (individualización) judicial de la pena se estructura en tres frases:

- a. La determinación de los fines de la pena.
- b. Fijación de los factores que influyen en la determinación de la pena.
- c. La expresión de los considerandos que lo fundamentan

Mendoza (2015) indica que operativamente se tiene un mejor orden, establecer como **primer paso**, la determinación de la pena abstracta; que por ciertos, presenta dificultad cuando la pena conminada, no se

corresponde con un marco abstracto o, cuando concurren circunstancias privilegiadas de atenuación o cualificadas de agravación; en estos supuestos los operadores penales, que proponen y/o deciden la pena, tiene que establecer el límite superior o inferior del marco abstracto, o en su caso fijar el nuevo marco penal como consecuencia de las circunstancias de las circunstancias privilegiadas o cualificadas. El **segundo paso** corresponde a la fijación de las circunstancias modificativas-distintas a las circunstancias privilegiadas y cualificadas-; repárese que en las tres propuestas de poner énfasis en las **circunstancias modificativas**, con las expresiones: “Averiguación de los **factores** de hecho relevantes para la individualización de la pena”, “Fijación de las **circunstancias** de hecho a valorar”, “ Fijación de los **factores** que influyen en la determinación de la pena”; sin duda, dado que la audiencia es un escenario de debate cognitivo, las **proposiciones fácticas que configuran las circunstancias modificativas**, adquieren centralidad para efectos de la concreción de la pena; si no se cuenta con éstas, el debate degenera en puras estimaciones y pareceres, sin base fáctica que los sustente, con el consiguiente decaimiento de carácter cognitivo del proceso. El **tercer paso**, luego del debate cognitivo, es la valoración de las proposiciones fácticas configuradoras de las circunstancias, y su materialización en fundamentos.

Considera Mendoza (2015), no considera que constituya un paso o etapa, la adopción de uno o más fines constitucionales de la pena, o en su caso la negación de alguna finalidad; pues constituye el criterio axiológico, que irradia todos los pasos: i) fijación del marco abstracto; ii) fijación de las circunstancias modificativas, iii) como la valoración y fundamentación de las circunstancias modificativas. Ese plexo valorativo constitucional está presente, en cada una de las etapas, pues da sentido a las proposiciones fácticas, su debate valoración y fundamentación. Por tanto, el control constitucional que realiza el juez, abarca no solo la evaluación de los fines de la pena sino con urgencia los marcos punitivos exasperados.

Este es el aspecto central que el Juez debe tener en cuenta en todo momento durante el proceso de la IJP.

Mendoza (2015) citando a Quinteros Olivares (2010), este “problema no se agota en la interpretación del Código Penal y trasciende al ámbito de la interpretación constitucional”.

Aún la propuesta procedimental de la división por tercios del espacio punitivo, debe ser interpretada, conforme a la Constitución, para que esta no se reduzca solo a una operación aritmética de procedimientos.

E. El Sistema de tercios

Mendoza (2015), indica que el artículo 45-A del C.P., introdujo un sistema de individualización de la pena, que constituye un notable avance en la determinación del marco concreto de la pena-primer, segundo y tercer tercio-. Sus reglas procedimentales son claras:

Se procede a dividir el marco penal abstracto del tipo penal en tres partes, así se obtiene: un tercio inferior, un tercio intermedio y un tercio superior (art. 45-A inc.1), luego para determinar en qué tercio se ha de individualizar la pena (pena concreta) se atiende a la concurrencia de las circunstancias de atenuación y agravación genéricas previstas en el artículo 46 del C.P. Así no existen circunstancias atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes; la pena concreta se determinará dentro del tercio inferior. Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio. La pena se determinará dentro del tercio superior, cuando solo concurren circunstancias agravantes. Hasta acá ya se presentan varios problemas, entre los más relevantes se tiene el problema de la interpretación restrictiva de las circunstancias modificativas agravantes, la interpretación extensiva de las circunstancias atenuantes, la configuración factual de las circunstancias, etcétera.

Fijado el marco concreto, el juez procederá recién a individualizar la pena; en efecto, en el momento de la individualización judicial de la pena propiamente dicha ya no se trata de aplicación de reglas dosimétricas, basadas o sustentadas en un mecanismo de subsunción; sino de actividad exclusivamente judicial, que ha de ser llevada a cabo con criterios de racionalidad. Sin embargo, es en este punto, donde se hacen más álgidos los problemas de la doble valoración, cuando pretende utilizar nuevamente las circunstancias modificativas

que determinaron el marco concreto, ahora para fijar la pena concreta. Como se aprecia, debemos ser claros en el rendimiento de los dispositivos normativos modificados; pues extender su operatividad a alcances no regulados, puede no solo afectar la non bis in ídem, sino degenerar en un mero procedimiento de aritmética, ajeno a un proceso complejo de individualización de la pena, desde la Constitución.

F. Motivación en la determinación judicial de la pena

F.1 El deber de motivación de las resoluciones judiciales.

La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (art. 138.º de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa (Exp. N.º 1230-2002-HC/TC).

En el Perú, a partir de la constitución de 1993, en su artículo 139, inciso 5, precisa que es principio y derecho de la función jurisdiccional “*La Motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias...con mención expresa de la Ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan*”. Igualmente el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial precisa en su artículo 12 que “*Todas las resoluciones judiciales, con excepción de las de mero trámite son motivadas, bajo*

responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan..”, “Los fundamentos del deber de motivación, señor jueces del colegiado, ustedes lo sabe-presunción- solo cumplo con mi deber de recordarlo se origina en la filosofía liberal del siglo XVIII, que planteó como uno de los objetivos a ser conseguidos por la democracia el hacer visible al poder, “iluminarlo” frente a los ojos del gran público y que dejara así de ser un misterio al que solo tenía acceso los entendidos. El fundamento del deber de motivación de las resoluciones judiciales es evitar el ejercicio arbitrario del poder” (Modulo de razonamiento jurídico Penal-Amag-2007) .

El cumplimiento de este deber de los jueces, en atención a lo establecido por nuestra Constitución, evita la arbitrariedad y permite apreciar, de parte de los destinatarios de las decisiones judiciales, las razones que la justifican pudiendo ser objeto de análisis y, eventualmente de discrepancia por los involucrados en el proceso judicial en el que se expiden.

Sobre este particular el Tribunal Constitucional (EXP N.º4348-2005-PA/TC –LIMA F.J 2), ha dicho: “Al respecto, debe precisarse, en primer lugar, que la exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en los términos del artículo 139º inciso 5) de la Constitución, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia en la que se encuentren, deban expresar claramente los argumentos que los han llevado a la solución de la controversia o incertidumbre jurídica, asegurando que el ejercicio de la función jurisdiccional se

realice con sujeción a la Constitución y a la ley expedida conforme a ésta.

Como lo ha precisado este Colegiado en reiterada jurisprudencia, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido constitucional se respeta, prima facie, siempre que exista: a) fundamentación jurídica, que no implica la sólo mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión.”

F.2. Las funciones de la motivación de las resoluciones judiciales.

Para Castillo Alva (2014), las funciones de la motivación son:

a) Función endoprocesal.

La función endoprocesal de la motivación permite un control técnico de la decisión judicial que puede ser desarrollado por las partes en litigio (control privado) como por los órganos jurisdiccionales superiores (control institucional).

b) Función extraprocesal.

Esta función despliega su eficacia fuera y más allá del proceso y toma en cuenta la repercusión que las decisiones judiciales (motivadas) cumplen en el seno de la sociedad⁶⁸, desempeñando un papel integrador, de cohesión y de legitimación de la jurisdicción democrática. Se denomina también función *coram populo*.

Así mismo para otros juristas, también incluyen la siguiente:

c) Función pedagógica.

En cada resolución judicial debidamente fundamentada, se aplica el derecho material otorgando protección a quien solicita tutela jurisdiccional, en tal sentido, las resoluciones judiciales pueden cumplir un rol orientador no sólo para sus destinatarios inmediatos, sino para la ciudadanía en general, de manera que la conducta debida pueda basarse en el contenido de las resoluciones judiciales.

F.3. Deficiencias del deber de motivación de las resoluciones judiciales.

Nuestro Tribunal constitucional, ha indicado que el contenido constitucional garantizado del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales queda delimitado, entre otro en los siguientes supuestos (EXP. N.º 00728-2008-PHC/TC, F.J. 7.):

- a. *Inexistencia de motivación o motivación aparente.* Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o

porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

b. *Falta de motivación interna del razonamiento.* La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

c. *Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas.* El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los *casos difíciles*, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este

caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones. Si un Juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por “X”, pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de “X” en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por el juez [constitucional] por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez.

- d.** *La motivación insuficiente.* Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.
- e.** *La motivación sustancialmente incongruente.* El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos

judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139º, *incisos* 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.

- f. *Motivaciones cualificadas.* - Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan

derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal.

F.4 Tipos de Justificación

a. Justificación interna

Según Atienza (2005), la justificación a “la que se refiere la validez de una inferencia a partir de premisas dadas [es la] *justificación interna*”.

En tal sentido, Iturralde (2004) considera que “a justificación interna [...] tiene por objeto examinar la ‘coherencia’ entre las premisas y la conclusión, esto es, comprobar si la conclusión se sigue lógicamente de las premisas.

b. Justificación externa

Para Atienza (2005) señala que la justificación externa es “la que somete a prueba el carácter más o menos fundamentado de sus premisas [...]. La justificación interna es tan solo cuestión de lógica deductiva, pero en la justificación externa hay que ir más allá de la lógica en sentido estricto”. Es por ello que dicho autor considera que “es necesario presentar argumentos adicionales –razones– a favor de las premisas, que probablemente no serán ya argumentos puramente deductivos, aunque eso no quiera decir tampoco que la deducción no juegue aquí ningún papel. [Por ello,] este tipo de justificación [...]

consiste en mostrar el carácter más o menos fundamentado de las premisas”.

Por ello, Iturrealde (2004) señala que “[a] la justificación externa le compete el análisis de las razones sustantivas en apoyo de cada una de las premisas que forman el razonamiento judicial. El problema que la justificación externa plantea es que no puede establecerse a priori cuáles son las ‘buenas razones’”.

2.3 Definición de términos:

- a) **Argumentar:** Atienza (2013), “Es la actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar”. (p.268).

- b) **Teoría:** Es una concepción racional que ofrece una visión y/o explicación sobre cualquier aspecto de la realidad, es pues la construcción intelectual que el hombre realiza en su intento de encontrar una explicación al resultado de su trabajo filosófico, científico, incluso tecnológico, alrededor de algún estado de casos problemáticos.

- c) **Pena:** Es la consecuencia o sanción que establece la norma, para la persona que realiza un delito.

- d) **Pena legal:** Es la pena establecida por el legislador para cada delito y está compuesto por el límite mínimo y límite máximo. Es la pena de la que parte el juzgador para hacer la determinación judicial de la pena.

- e) **Pena concreta:** Es la pena fijada por el juez para cada persona que se le encuentra culpable de un delito. Es decir, es la pena final, que el responsable del delito debe cumplir.

- f) **Circunstancias del delito:** Prado (2015) Son los factores que rodean al delito, tanto objetivas y subjetivas, que sirve para graduar dentro de la pena legal, concluyendo en la pena concreta.
- g) **Sistema Acusatorio:** Es aquel sistema de persecución penal en el cual se encuentran separadas las funciones de investigación, acusación y resolución de un hecho ilícito, asegurando con aquello la imparcialidad, independencia, igualdad y legalidad del actuar punitivo del Estado.
- h) **Debido Proceso:** Es aquel proceso sustentado en una racional y justa aplicación de la ley.
- i) **Caso:** Es un conflicto una disyuntiva de índoles social y el caso penal aparece como parte de la realidad social, por lo que pueden concluir diversos planos de análisis: sociológico, psicológico o jurídico.
En sentido el caso Penal suele presentar proposiciones enfrentadas que deben ser resueltas concretamente por el operador de justicia en estricto respeto al contenido de las normas legales.

2.4 Hipótesis

Existe una aplicación jurídica deficiente del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la Pena Privativa de la Libertad en los Juzgados Unipersonal y el Juzgado Colegiado de la Provincia de Chota-Cajamarca durante el periodo 2014 y 2015, por las siguientes razones:

- a. Deficiencia de la regulación normativa del principio de proporcionalidad en el código penal.

- b. Desconocimiento en qué momento exacto, del proceso de determinación judicial de la pena privativa de libertad, tiene operatividad el principio de proporcionalidad.
- c. Cuando se aplican el principio de proporcional para bajar la pena concreta por debajo del mínimo legal, no se aplica el control difuso.

2.4.1. Identificación de variables

Estas son las variables son:

Variable 1: Principio de proporcionalidad

Variable 2: Determinación judicial de la pena privativa de la libertad

2.4.2. Identificación de Variables, Dimensiones e Indicadores

La operacionalización de variables de la hipótesis: *“Existe una aplicación jurídica deficiente del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la Pena Privativa de la Libertad en los Juzgados Unipersonal y el Juzgado Colegiado de la Provincia de Chota-Cajamarca durante el periodo 2014 y 2015”*, se hace en base a dos variables, *“Principio de proporcionalidad”* y *“Determinación judicial de pena privativa de la libertad”*.

Identificación de Variables e Indicadores de la Variable

Variable 01:	<i>Principio de proporcionalidad</i>			
Definición Conceptual	Definición Operacional			
<i>Principio de proporcionalidad</i>	Dimensiones/Indicadores	Ítems	Instrumento	
<p>“Es un principio y opera como un límite a todas las restricciones de los derechos esenciales o fundamentales, derivando su aplicación del principio del Estado de Derecho.</p>	<p>Regulación deficiente del principio de proporcionalidad en el código penal.</p> <hr/> <p>Sub Principio de idoneidad / pues las penas privativas de libertad, tiene que buscar un fin constitucional</p> <hr/> <p>Sub Principio de Necesidad/, pues las penas privativas de la libertad tienen que ser necesarias para lograr un fin constitucional.</p> <hr/> <p>Proporcionalidad en sentido estricto/pues se tiene que ponderar.</p>	<p>.....</p> <hr/> <p>.....</p> <hr/> <p>.....</p>	<p>Sentencias– análisis de las sentencias que tienen penas privativas de la libertad.</p>	
Variable 02:	<i>Determinación judicial de las penas privativas de la libertad.</i>			
Definición Conceptual	Definición Operacional			
<i>Determinación judicial de las penas privativas de la libertad</i>	Dimensiones/Indicadores	Ítems	Instrumento	
<p>“Es el proceso que parte desde la pena legal hasta llegar a la pena concreta, la misma que sirve para determinar penas justas.</p>	<p>Pena legal. Pena fijada por el legislador.</p> <hr/> <p>Pena concreta. Pena concreta fijada por el juez</p> <hr/> <p>Aplicación del control difuso para aplicar el principio de proporcionalidad/creo que las penas privativas de la libertad, por debajo del mínimo inferior, tiene que aplicarse mediante el control difuso.</p>	<p>.....</p> <hr/> <p>.....</p> <hr/> <p>.....</p>	<p>Sentencias– análisis de las sentencias que tienen penas privativas de la libertad.</p>	

CAPÍTULO 3

PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO

3.1. Tipo de investigación

El tipo de investigación es **aplicada**, en tanto se buscó obtener conocimiento sobre la aplicación jurídica del principio de proporcionalidad en la determinación de las penas privativa de la libertad en los juzgados unipersonales y colegiados de la provincia de Chota y, a partir de ello, buscar que se aplique correctamente este principio logrando determinar penas privativas de libertad adecuadas, justas y razonables.

3.2. Diseño y nivel de investigación

La estrategia que se siguió para poder alcanzar los objetivos propuestos corresponde a un **diseño de investigación no experimental**, en tanto no se manipularon las variables, sino que se observó la realidad tal cual.

El nivel de investigación es **documental, descriptivo y explicativo**, pues esta estuvo basada en documentos (sentencias) seleccionadas, las mismas que fueron analizadas; así mismo la investigación describió como se determinó las penas concretas de privación de la libertad en las sentencias seleccionadas; y, finalmente, se explicó por qué es que se aplicó deficientemente el principio de proporcionalidad en dichas sentencias.

3.3. Método de investigación

a) Inductivo – Deductivo.

Del estudio particular del tema bajo investigación intentaremos conclusiones, tener una concepción amplia o viceversa dado que dichos métodos no son contradictorios.

b) **Análisis y Sintético.**

Se empleará el análisis sustantivo de normatividad vigente en nuestro país, así como de otros países, aplicables al estudio que realizamos.

c) **Histórico y exegético.**

Se utilizará en el análisis histórico, es decir, el estudio de los antecedentes conceptualización y objeto de la investigación.

3.4. Población de estudio

Se revisaron y analizaron todas las sentencias penales expedidas durante los años 2014 y 2015 en el Distrito Judicial de Cajamarca, Provincia de Chota, las mismas que ascienden 150 sentencias condenatorias.

3.5. Muestra de estudio

La muestra la determinamos mediante procedimientos no probabilísticos, por ello es que se tomó como muestra el 40% de las sentencias emitidas en los años 2014 y 2015, por los juzgados unipersonales y el Juzgado Colegiado de la provincia de Chota, Distrito Judicial de Cajamarca, las mismas que han sido analizadas de acuerdo a los indicadores de las variables, todo ello en el extremo de la determinación de pena privativa de libertad concreta impuesta a los condenados, analizando si los juzgadores han aplicado el principio de proporcionalidad, si han dado razones suficientes que justifique la imposición de las mismas, si su razonamiento ha sido coherente, lo que llevaría a sostener que ha existido una adecuada motivación y, en cuanto a las que no han estado debidamente justificadas, se ha establecido a qué deficiencias de la motivación pertenecen.

3.3.1. Criterio de inclusión y exclusión

A. Inclusión:

- Sentencias Condenatorias emitidas por los Juzgados Unipersonales y colegiado de la Provincia de Chota.
- Sentencias Condenatorias a Pena Privativa de Libertad, emitidas por los Juzgado Unipersonales y Colegiado de la Provincia de Chota.

- Sentencias Condenatorias a Pena Privativa de Libertad, emitidas por los Juzgado Unipersonales y Colegiado de la Provincia de Chota, entre los años 2014 y 2015.

B. Exclusión:

- Sentencias Condenatorias a Pena Privativa de Libertad, emitidas por los Juzgado Unipersonales y Colegiado de la Provincia de Chota, que no estén comprendidos entre los años 2014 y 2015.

3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

3.4.1. Técnicas.

a) **Análisis documental.** Es *“la operación por la cual se extrae de un documento un conjunto de palabras que constituyen su representación condensada. Esta representación puede servir para identificar al documento, para facilitar su recuperación, para informar de su contenido o incluso para servir de sustituto al documento. Por ello, el análisis de la información comprende técnicas tradicionales de las bibliotecas, como son la catalogación y la clasificación y técnicas nuevas como son el análisis, la clasificación e indización automatizadas, técnicas éstas que van a caracterizar a los Centros de Documentación”* (Vicker Y. 1962, 15). En el presente caso, de las sentencias condenatorias, en el extremo de determinación de la pena, se analiza si se viene aplicando el principio de proporcionalidad en la determinación de la pena privativa de la libertad y si se justifica de manera correcta

3.4.2. Instrumentos

3.4.2.1. Ficha Documental

Se utilizará una Ficha Documental para registrar los resultados de las sentencias condenatorias, de los dos juzgados unipersonales de Chota, así como del juzgado Penal Colegiado de la Provincia de Chota, durante los años 2014 y 2015, luego del análisis de las mismas, se determinó la aplicabilidad del principio de proporcionalidad en la determinación concreta de la pena privativa de la libertad.

3.5. Técnicas de análisis de datos

Mediante las fichas documentales, se analizaron las 60 sentencias condenatorias.

3.6. Interpretación de datos.

Para la interpretación de los datos, se utilizó el método deductivo pues se parte de aspectos generales de la investigación, para llegar a situaciones particulares, en tal sentido, seguiremos a Taylor & Bogdan (1987), quienes plantean el tratamiento de los datos a través de un análisis comprensivo, articulado sobre la comprensión y rastreo de los mismos, mediante la búsqueda de niveles fundamentales de los hechos que se han descrito a lo largo de los diferentes instrumentos utilizados en la investigación.

Se trabajó analizando y describiendo el resultado de cada una de las variables La aplicabilidad del principio de proporcionalidad en la determinación de las penas concretas de privación de la libertad.

3.7. Aspectos éticos de la investigación.

Los resultados son confiables en tanto que las suscritas no ha interferido en los resultados, las suscritas han aplicado los instrumentos y ha recolectado los datos honestamente, no alterando ningún resultado, pudiéndose verificar los resultados en cualquier momento.

CAPÍTULO 4
RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. Presentación, análisis e interpretación de resultados

En la investigación se encontraron resultados que presentamos continuación, en el orden de los objetivos planteados; sin embargo, antes de pasar a cada uno de ellos, presentamos todas las sentencias por año, por delito, así como las penas privativas de la libertad concretas impuestas en cada sentencia:

Para ello se obtuvo información de las 60 sentencias condenatorias emitidas por los juzgados unipersonales y el Juzgado Penal Colegiado de Chota - Cajamarca, durante los años 2014 y 2015, y su aplicabilidad del principio de proporcionalidad y luego se establecieron las deficiencias con las que se viene aplicando dicho principio.

Tabla 1

Sentencias condenatorias por delitos y años

DELITOS	2014	2015	TOTAL
Tenencia ilegal de armas de fuego	5	7	12
Usurpación agravada		1	1
Homicidio culposo y otro		1	1
Lesiones leves por violencia familiar		2	2
Lesiones graves y lesiones leves		1	1
Falsificación de documento público y uso de documento público falso		1	1
Omisión a la asistencia familiar	10	1	13
Peculado		1	1
Homicidio simple en grado de tentativa y tenencia ilegal de armas de fuego		1	1
Lesiones leves	2	1	3
Tenencia ilegal de materiales inflamables-combustible		1	1
Lesiones graves seguidas de muerte		2	2
Hurto agravado	3	1	4
Lesiones leves y tenencia ilegal de armas de fuego	1		1
Violación sexual	2		2
Lesiones graves	3		3
Usurpación	1		1

Estafa	1	1
Contra los bosques o formaciones boscosas	1	1
Peculado agravado por extensión	1	1
Uso de documento privado falso	1	1
Tenencia ilegal de armas de fuego y uso de documento falso	1	1
Estelionato	1	1
Receptación agravada y uso de documento público falso	1	1
Uso de documento público falso	1	1
Falsa declaración en procedimiento administrativo	1	1
Lesiones culposas	1	1
Homicidio	1	1
Homicidio culposo	1	1
TOTAL	39	21
		60

Fuente: Estadística del Poder Judicial de Chota, años 2014 y 2015

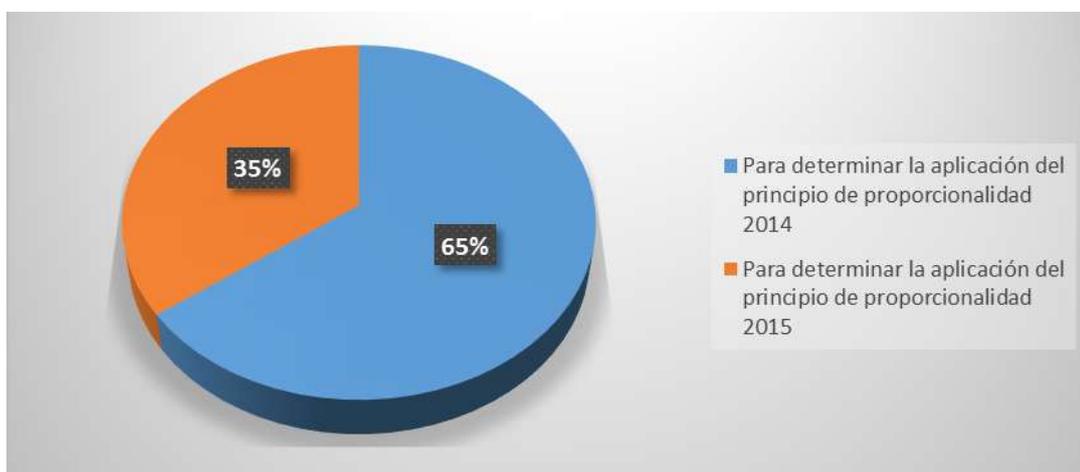


Figura 1. Determinación del Principio de Proporcionalidad en las Sentencias condenatorias durante 2014-2015.

En la tabla 1 puede observarse que 60 de 150 sentencias condenatorias, es decir en el 40% de las sentencias condenatorias se han tomado en cuenta para determinar la aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación de pena concreta, es decir, 39 sentencias condenatorias comprenden al año 2014 y 21 sentencias condenatorias al año 2015.

Tabla 2***Penas privativas de la libertad establecida en las sentencias condenatorias.***

N°	N° Expediente	PARTES	DELITO	FECHA	PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD
1	49-2011-15	Narces Vidarte Montenegro	Homicidio culposo	16 de enero del 2014	Un año y nueve meses de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de un año
2	42-2012	José Hermitanio Fernández Díaz	Omisión a la asistencia familiar	27 de enero del 2014	Dos años de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de dos años
3	09-2013-15	Carlos Humberto Díaz Sánchez	Homicidio	17 de febrero del 2014	Ocho años de pena privativa de libertad con carácter de efectiva
4	40-2012-2	Manuel Alex Vásquez Tapia	Lesiones culposas	24 de febrero del 2014	Cuatro años de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de dos años
5	40-2013	Alipio Barturen Gonzales	Omisión a la asistencia familiar	4 de marzo del 2014	Un año y nueve meses de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de un año
6	66-2012	Delbert Nilton Cueva Pesantes	Hurto agravado	5 de marzo del 2014	Tres años y seis meses de pena de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de dos años
7	55-2013	Junet Katherine Delgado Castro	Falsa declaración en procedimiento administrativo	7 de marzo del 2014	Un año y nueve meses de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de un año.
8	33-2013	José Manuel Irigoin Delgado	Tenencia ilegal de armas de fuego	13 de marzo del 2014	Cuatro años de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de dos años
9	46-2011	José Luis Cardozo Molocho	Omisión a la asistencia familiar	9 de abril del 2014	Un año de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de un año
10	207-2013-84	Luis Alberto Díaz Guadalupe, Luis Salcedo Sifuentes y José Fernando Herrera Vásquez	Hurto agravado	10 de junio del 2014	Luis Alberto Díaz Guadalupe y Luis Salcedo Sifuentes se le impone cuatro años de pena privativa de libertad, a José Fernando Herrera Vásquez se le impone tres años de pena privativa de libertad suspendida por el periodo de prueba de dos años
11	42-2013-32	Jairo Medina López	Uso de documento público falso	13 de junio del 2014	Tres años de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de un año
12	87-2014-52	María Hayde Vásquez Tantalean	Lesiones leves	13 de junio del 2014	Diez meses de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de diez

					meses
13	66-2012-68	José Luis Gonzales Vásquez	Hurto agravado	17 de junio del 2014	Tres años y diez meses de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de dos años y seis meses
14	223-2011	Fernando León Benel Aguirre	Tenencia ilegal de armas de fuego	9 de julio del 2014	Cuatro años de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de tres años
15	37-2014-84	Faustino Carranza Rimarachin	Omisión a la asistencia familiar	15 de julio del 2014	Un año de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de un año
16	39-2013-92	José Jaime Cieza coronel	Receptación agravada y uso de documento público falso	17 de julio del 2014	Receptación agravada a un año y nueve meses de pena privativa de libertad y por el delito de uso de documento público falso a dos años y tres meses de pena privativa de libertad, pena concreta cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida por el periodo de prueba de dos años
17	53-2013-5	Edilberto Pérez Gonzales	Omisión a la asistencia familiar	23 de julio del 2014	Un año con seis meses de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de un año.
	88-2014-42	Celso Rodríguez Bustamante	Tenencia ilegal de armas de fuego	1 de agosto del 2014	Cinco años con dos meses de pena privativa de libertad con carácter efectiva
19	120-2014-51	Jeyner Hoyos López	Violación sexual	5 de agosto del 2014	Siete años de pena privativa de libertad con carácter de efectiva
20	39-2014-51	Edwin Cusma Regalado	Omisión a la asistencia familiar	15 de agosto del 2014	Un año de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de un año
21	39-2012-90	James Nauca Tirado	Omisión de asistencia familiar	19 de agosto del 2014	Un año y diez meses de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de un año
22	74-2014-2	Modesto Pardo Corrales	Estelionato	21 de agosto del 2014	Un año cuatro meses de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de un año
23	281-2013-15	Wilder Delgado Guevara	Tenencia ilegal de armas de fuego y uso de documento falso	25 de agosto del 2014	Tenencia ilegal de armas de fuego tres años de pena privativa de libertad y por el delito de uso de documento falso a un año de pena privativa de libertad, pena concreta cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida por el periodo de prueba de tres años
24	40-2012-67	Hitler Mesones Monteza	Tenencia ilegal de armas de fuego	29 de agosto del 2014	Seis años de pena privativa de libertad con carácter de efectiva
25	40-2014-12	Jorge Zárate	Omisión a la	1 de setiembre	Seis meses de pena privativa de

		Peralta	asistencia familiar	del 2014	libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de seis meses
26	69-2014-40	Roger Fernández Díaz	Lesiones graves	10 de setiembre del 2014	Cuatro años de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de dos años y seis meses
27	228-2013-18	Daniel Vallejos Cabrera	Omisión a la asistencia familiar	11 de setiembre del 2014	Un año con nueve meses y dieciocho días de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de un año
28	20-2012-61	Clever Franklin Pereda Cerna	Lesiones graves	15 de setiembre del 2014	Cuatro años de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de dos años
29	77-2013-55	José Hugo Cercado Herrera	Omisión a la asistencia familiar	29 de setiembre del 2014	Un año de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de un año
30	29-2013-36	Sergio Abel Vázquez Rivera	Uso de documento privado falso	6 de octubre del 2014	Dos años y seis meses de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de dos años
31	29-2011-15	Wilmer Edquen Rodríguez	Peculado agravado por extensión	9 de octubre del 2014	Cuatro años de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de dos años
32	77-2011-84	Cesar Augusto Tarrillo Acuña	Contra los bosques o formaciones boscosas	14 de octubre del 2014	Tres años de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de un año
33	240-2012-56	Sonia Elizabeth Valentín Solís	Estafa	23 de octubre del 2014	Un año y ocho meses de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de un año
34	43-2013-33	Justiniano Fernández Albarez	Tenencia ilegal de armas de fuego	26 de noviembre del 2014	Cuatro años de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de tres años
35	68-2014-77	Lizandro Chávez Bustamante y Luis Antonio Chávez Rojas.	Lesiones leves	26 de noviembre del 2014	Luis Antonio Chávez Rojas por el delito de lesiones leves se le impone un año y dos meses de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de un año.
36	222-2014-38	Adriano Jara Cubas	Usurpación	5 de diciembre del 2014	Dos años de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de un año y seis meses
37	252-2013-56	Aliz Campos Campos	Lesiones graves	10 de diciembre del 2014	Cuatro años de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de tres años
38	44-2014-30	Segundo Irrael Altamirano Olivera	Violación sexual	10 de diciembre del 2014	Seis años de pena privativa de libertad con carácter de efectiva

39	128-2014-11	Crisostimo Rafael Rojas	Lesiones leves y tenencia ilegal de armas de fuego	11 de diciembre del 2014	Delito de lesiones leves se le impone ocho meses de pena privativa de libertad y por el delito de tenencia ilegal de armas de fuego a seis años de pena privativa de libertad, pena concreta seis años y ocho meses de pena privativa de libertad
40	103-2014-62	Gladys Idrogo Coronel	Lesiones graves por violencia familiar	16 de enero del 2015	Cuatro años de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de tres años
41	55-2014-11	Ylda Flor Tongo Fernández	Lesiones graves seguidas de muerte	19 de enero del 2015	Cinco años de pena privativa de libertad con carácter de efectiva
42	215-2014-4	Marco Aurelio Roncal Soto	Hurto agravado	29 de enero del 2015	Tres años con cinco meses y cinco días de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de dos años
43	52-2014-96	Segundo Bustamante Benavidez	Tenencia ilegal de armas de fuego	30 de enero del 2015	Seis años de pena privativa de libertad con carácter de efectiva
44	220-2014-21	Ananías Fernández Zavaleta	Lesiones graves seguidas de muerte	9 de febrero del 2015	Siete años con seis meses de pena privativa de libertad con carácter de efectiva
45	15-2012-41	Enedina Idrogo Saavedra	Tenencia ilegal de materiales inflamables-combustible	16 de febrero del 2015	Seis años con tres meses de pena privativa de libertad con carácter de efectiva
46	32-2013-69	Wilder Nery Peralta Manosalva	Lesiones leves	4 de marzo del 2015	Un año y veintidós días de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de un año
47	07-2014-93	Romario Ronaldo Idrogo Tarrillo	Homicidio simple en grado de tentativa y tenencia ilegal de armas de fuego	14 de mayo del 2015	Cuatro años de pena privativa de libertad
48	76-2012-10	Wilmer Guerrero Silva	Peculado	10 de junio del 2015	Cuatro años de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de tres años
49	164-2015-1	Marco Antonio Suclupe Vega	Omisión a la asistencia familiar	12 de junio del 2015	Un año con dos meses de pena privativa de libertad con carácter de efectiva
50	169-2014-54	Ugo Gavidia Pérez	Tenencia ilegal de armas de fuego	18 de junio del 2015	Cinco años un mes y veintiún días de pena privativa de libertad con carácter de efectiva
51	18-2013-48	Gusman	Tenencia	3 de julio del	Seis años de pena privativa de

		Rojas LLamos	ilegal de armas de fuego	2015	libertad con carácter de efectiva
52	329-2014-99	Porfirio Chilón Avellaneda	Falsificación de documento público y uso de documento público falso	12 de agosto del 2015	Dos años y cuatro meses de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de un año
53	104-2014-32	Daniel Pérez Fernández	Tenencia ilegal de armas de fuego y tentativa de homicidio	17 de agosto del 2015	Delito de tentativa de homicidio se le impone cuatro años de pena privativa de libertad y por el delito de tenencia ilegal de armas de fuego tres años de pena privativa de libertad, pena concreta siete años de pena privativa de libertad
54	201-2014-12	Víctor Jaime Vásquez Uriarte	Tenencia ilegal de armas de fuego y daños gravosos	20 de agosto del 2015	Seis años de pena privativa de libertad con carácter de efectiva
55	266-2014-23	Exequiel Sánchez Rodrigo y Roxana Maribel Sánchez Rodrigo	Lesiones graves y lesiones leves	20 de agosto del 2015	Exequiel Sánchez Rodrigo por el delito de lesiones graves se le impone cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida por el periodo de prueba de tres años y a roxana maribel sánchez rodrigo por el delito de lesiones leves a ocho meses de pena privativa de libertad, suspendida por el periodo de prueba de un año
56	63-2015-56	Natolia Bustamante Benavides	Lesiones leves por violencia familiar	1 de setiembre del 2015	Tres años de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de dos años
57	147-2014-72	Jorge De La Cruz Medina	Tenencia ilegal de armas de fuego y lesiones leves	4 de setiembre del 2015	Delito de tenencia ilegal de armas de fuego se le impone seis años de pena privativa de libertad y por el delito de lesiones leves a un año de pena privativa de libertad, pena concreta ocho años de pena privativa de libertad
58	23-2013-27	Wilmer Chávez Penas	Homicidio culposo y lesiones culposas graves	9 de setiembre del 2015	Cuatro años de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de tres años
59	322-2014-81	Jorge Delgado Herrera	Tenencia ilegal de armas de fuego	14 de setiembre del 2015	Cuatro años de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de tres años
60	166-2015-93	Leonardo Tayca Díaz y otros	Usurpación agravada	24 de setiembre del 2015	Cuatro años de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida por el periodo de prueba de tres años

Fuente: Estadística del Poder Judicial de Chota, años 2014 y 2015

En la tabla 2 de las 60 sentencias condenatorias en las que se ha establecido el delito de cada sentencia, así como la pena impuesta a cada procesado, la misma que sirvió para tomar en cuenta en las penas concretas a las que se llegó, luego del juzgamiento y que en las demás tablas se advirtieran, en cuáles de ellos se aplicó el principio de proporcionalidad.

4.1.1. La aplicación jurídica del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena privativa

El objetivo general planteado es: Analizar la aplicación jurídica del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena privativa de la libertad en los juzgados unipersonales y el Juzgado Colegiado de la provincia de Chota-Cajamarca durante el periodo 2014 y 2015.

Para ello se ha revisado cada una de las 60 sentencias, en especial el extremo de la determinación judicial de la pena, las mismas que han sido analizadas a la luz del marco teórico; luego, de acuerdo a los objetivos, se ha obtenido los siguientes resultados:

Tabla 3

Aplicabilidad del principio de proporcionalidad en las sentencias condenatorias

SENTENCIAS	2014	2015	TOTAL
Hacen referencia al principio de proporcionalidad	11	9	20
No hacen referencia al principio de proporcionalidad	28	12	40
Total	39	21	60

Fuente: Estadística del Poder Judicial de Chota, años 2014 y 2015

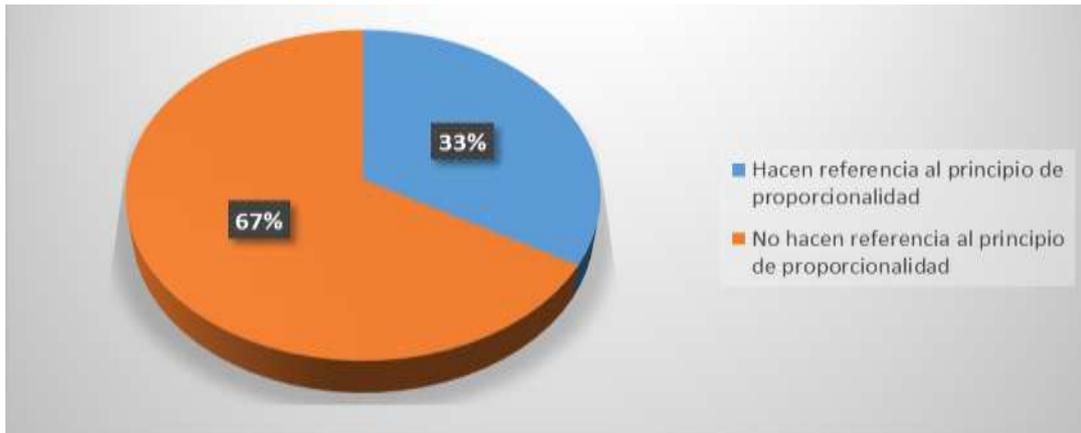


Figura 2. Sentencias condenatorias en las que se hace referencia al Principio de Proporcionalidad.

En la tabla 3 de las 60 sentencias condenatorias, que vienen a ser el 100% de la muestra analizada, el 33% se hace referencia al principio de proporcionalidad, mientras que en el 67% no se ha hecho mención a dicho principio.

Tabla 4

Determinación judicial de la pena privativa de la libertad

SENTENCIAS	2014	2015	TOTAL
Determinación por etapas: marco legal y luego la pena concreta	11	16	27
No establece un procedimiento para llegar a una pena concreta	28	5	33
Total	39	21	60

Fuente: Estadística del Poder Judicial de Chota, años 2014 y 2015

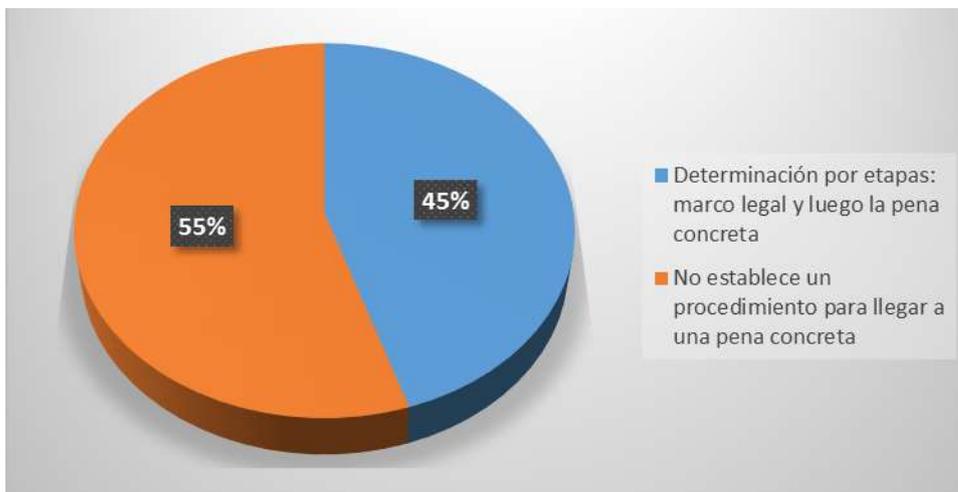


Figura 3. Aplicación del Principio de Proporcionalidad dentro del Marco Legal en las Sentencias Condenatorias.

En la tabla 4 de las 60 sentencias condenatorias que vienen a ser el 100% de la muestra analizada, en el 45% se ha determinado la pena privativa de la libertad mediante las etapas de pena legal y luego pena concreta, mientras que en el 55% no se ha hecho mediante dicho procedimiento.

4.1.2. La aplicación jurídica del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena privativa

Como primer objetivo específico planteado se tiene: Analizar el aspecto normativo del principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico penal peruano.

Para ello, en primer lugar, se obtuvieron las sentencias condenatorias que hacían referencia al principio de proporcionalidad, así como al marco normativo en base al cual se invocaba este principio, al momento de la determinación judicial de la pena, durante los años 2014 y 2015.

Tabla 5

Sentencias condenatorias que hacen referencia al principio de proporcionalidad: invocación y fundamentación

SENTENCIAS	2014	2015	TOTAL
Tuvo incidencia en la pena concreta que se estableció (fundamentación)	3	4	7
No tuvo incidencia en la pena concreta que se estableció (invocación)	8	5	13
Total	11	9	20

Fuente: Estadística del Poder Judicial de Chota, años 2014 y 2015

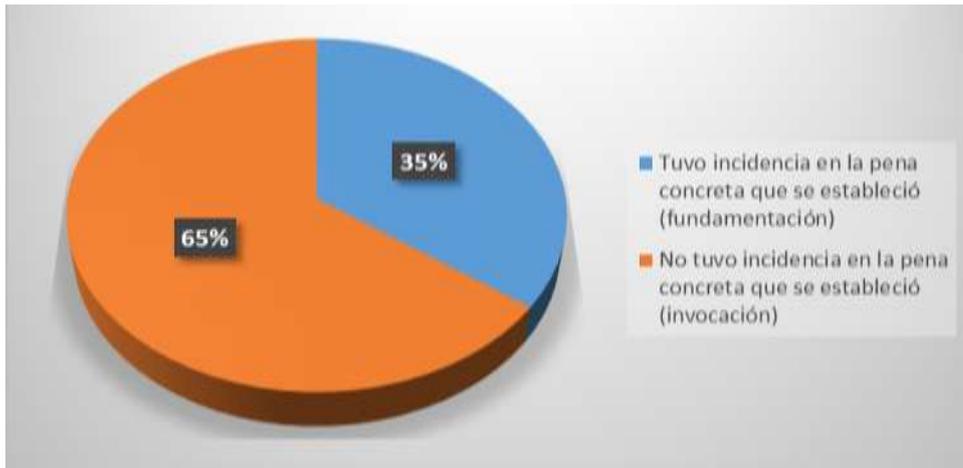


Figura 4. Fundamentación del Principio de Proporcionalidad de las Sentencias condenatorias.

En la tabla 5 de las 20 sentencias condenatorias en las que se hace referencia al principio de proporcionalidad al momento de la determinación judicial de la pena, indicando como marco normativo al artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, en el 35% se ha determinado que el principio de proporcionalidad ha tenido incidencia en la pena concreta, es decir, que se ha fundamentado; mientras que en el 65% solo se invoca dicho principio sin que influya o tenga incidencia en la pena privativa de la libertad concreta a la que se ha llegado.

4.1.3. La aplicación jurídica del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena privativa

Como segundo objetivo específico planteado se tiene: Examinar los criterios de aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena en las sentencias condenatorias en los juzgados unipersonales y Juzgado Penal Colegiado de la provincia de Chota.

Para ello, en primer lugar, se obtuvieron las sentencias condenatorias que hacía referencia al principio de proporcionalidad al momento de la determinación judicial de la pena en los años 2014 y 2015; luego, se

establecieron los criterios adoptados para aplicar el principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena.

Tabla 6

Sentencias condenatorias que hacen referencia al principio de proporcionalidad

SENTENCIAS	2014	2015	TOTAL
Hacen referencia a los sub principios idoneidad, necesidad y principio de proporcionalidad en sentido estricto	3	0	3
No hacen referencia a los sub principios idoneidad, necesidad y principio de proporcionalidad en sentido estricto	8	9	17
Total	11	9	20

Fuente: Estadística del Poder Judicial de Chota, años 2014 y 2015

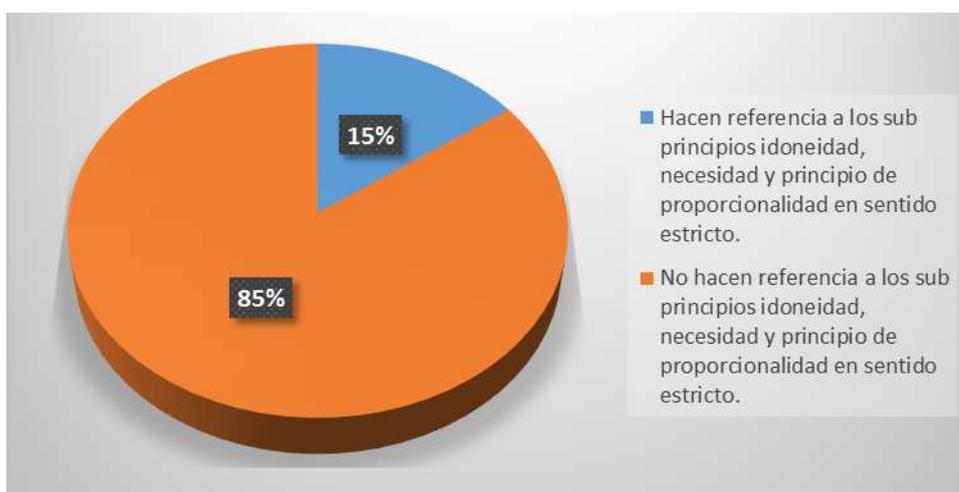


Figura 5. Sub Principios de Principio de Proporcionalidad en las Sentencias condenatorias.

En la tabla 6 de las 20 sentencias condenatorias en las que se hace referencia al principio de proporcionalidad al momento de la determinación judicial de la pena, indicando como marco normativo al artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, en el 15% se ha determinado que se ha hecho referencia a los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; mientras que en el 85% solo se invoca dicho principio, mencionando el marco normativo antes indicado, sin hacer referencia a sus subprincipios.

Tabla 7

Sentencias condenatorias que hacen referencia al principio de proporcionalidad y que tuvieron incidencia en la pena concreta

SENTENCIAS	2014	2015	TOTAL
Dentro del marco legal	2	2	4
Por debajo del marco legal	1	2	3
Total	3	4	7

Fuente: Estadística del Poder Judicial de Chota, años 2014 y 2015

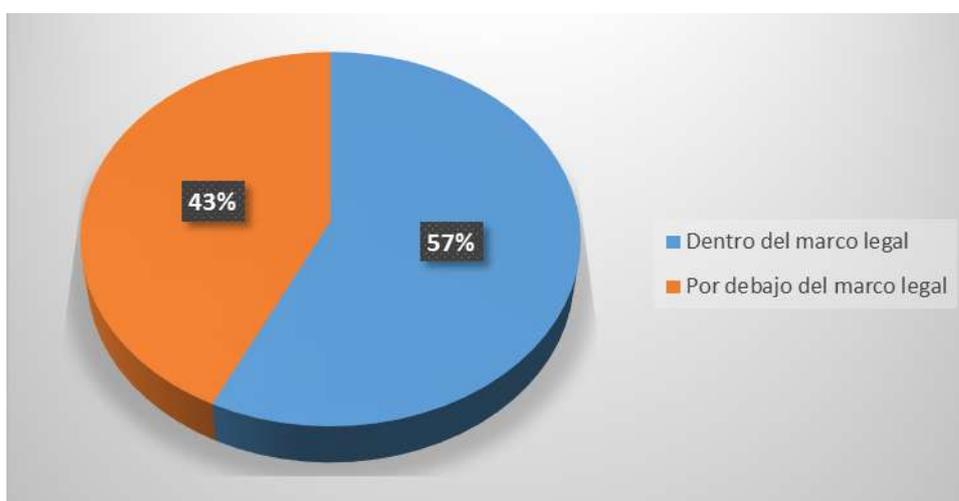


Figura 6. Aplicación del Principio de Proporcionalidad para Reducir la Pena en las Sentencias condenatorias.

En esta tabla 7 se muestran sentencias condenatorias en las que se hace referencia al principio de proporcionalidad al momento de la determinación judicial de la pena y que tuvieron incidencia directa en la pena concreta, en el 57% el principio de proporcionalidad incidió o sirvió para fundamentar una pena concreta dentro del marco legal, mientras que en el 43% mediante el citado principio, se fundamentó para reducir la pena privativa de la libertad por debajo del mínimo legal.

4.1.4. La aplicación jurídica del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena privativa

Como tercer objetivo específico planteado se tiene: Formular una propuesta de modificación jurídica para la adecuada aplicación del principio de proporcionalidad al momento de llegar a la pena concreta.

En base a los resultados, antes expuestos, se planteará una propuesta de regulación del principio de proporcionalidad para que los operadores del Derecho apliquen de manera adecuada este principio al momento de la determinación judicial de la pena.

4.2. Discusión de los resultados

A continuación, vamos a contrastar los resultados con la hipótesis y las razones de la misma, con las teorías y antecedentes de investigación descritos en el marco teórico, a fin de verificar si se confirman:

En cuanto a la hipótesis: “Existe una aplicación jurídica deficiente del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena privativa de la libertad en los juzgados unipersonales y el Juzgado Colegiado de la provincia de Chota-Cajamarca, por las siguientes razones:

- a. Deficiencia de la regulación normativa del principio de proporcionalidad en el Código Penal.
- b. Se desconoce en qué momento exacto del proceso de determinación judicial de la pena privativa de libertad tiene operatividad el principio de proporcionalidad.
- c. Cuando se aplica el principio de proporcionalidad para bajar la pena concreta por debajo del mínimo legal no se aplica el control difuso.

De acuerdo a los resultados de las tablas n°. 3, 4, 5, 6 y 7 se puede verificar como resultado de la investigación que la aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena es deficiente. Esto se refleja de las 20 sentencias que, de acuerdo a la tabla n°. 03, son las que han hecho referencia al principio de proporcionalidad, recurriendo como marco normativo al artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, sin mayor análisis; esto lo podemos advertir si tomamos como ejemplo el Expediente n°. 128-2014-11-SJPU-CH, Resolución Número Trece, que en el CONSIDERANDO SEXTO: DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA: “

*6.1 Habiéndose declarado la culpabilidad del acusado Crisostimo Rafael Rojas, corresponde ahora identificar y decidir la calidad e intensidad de la pena a imponerle como autor del delito de Lesiones Leves y Tenencia Ilegal de Armas de Fuego, **debiendo individualizarse 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**; 6.2 Estando a lo señalado y como quiera que la conducta del acusado se encuadra en el artículo 122 del Código Penal, que prevé el delito de Lesiones Leves, un primer parámetro está constituido por la pena conminada para este delito, que es no mayor de dos años de pena privativa de libertad; y en cuanto al delito de Tenencia Ilegal de Armas de Fuego, previsto en el artículo 279 del Código acotado, la pena conminada para este delito es no menor de seis ni mayor de quince años de pena privativa de libertad; 6.3 Asimismo, para la individualización de la pena concreta, deben considerarse lo señalado por el artículo 45 A inciso 2 literal a) del Código Penal, que establece que: “Cuando no existan atenuantes ni agravantes, o concurran*

únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior”. Asimismo, el artículo 46 inciso 1 literal a) del acotado código, prescribe: “Que constituye circunstancias de atenuación la carencia de antecedentes penales”. En tal sentido, en autos ha quedado acreditado que el acusado no cuenta con antecedentes penales, por lo que la pena a imponérsele debe estar ubicada dentro del tercio inferior, para ambos delitos;

6.4 Asimismo, teniendo en consideración que el Ministerio Público, ha solicitado se imponga al acusado, ocho meses de pena privativa de libertad por el delito de Lesiones Leves, y seis años de pena privativa de libertad por el delito de Tenencia Ilegal de Armas de Fuego, el Juzgador considera que dichas penas deben ser amparadas ya que se encuentran dentro del marco de la pena abstracta fijada por el legislador, y además porque el artículo 397 inciso 3 del Código Penal, prescribe: “Que, el Juez penal no podrá aplicar pena más grave que la requerida por el Fiscal, salvo que se solicite una pena por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación”; lo cual no es el caso de autos. Por otro lado, al haberse acreditado la comisión de dos delitos por parte del acusado, los mismos que corresponden a un concurso real de delitos; se debe estar a lo dispuesto en el artículo 50 del Código Penal, que prescribe: “Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el Juez para cada uno de ellos, hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de treinta y cinco años. (...)”. Estando a la norma legal antes glosada, corresponde sumar las penas de los delitos antes señalados, en consecuencia, se le debe imponer al acusado la pena de seis años y ocho meses de pena privativa de libertad efectiva”

(negritas son nuestras); como puede verse en esta sentencia, existe una deficiente aplicación del principio de proporcionalidad al momento de la determinación judicial de la pena, pues solo se hace referencia acudiendo al artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal; sin embargo, no se realiza ninguna fundamentación, no se desarrolla los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, tampoco se advierte que se tome en cuenta para llegar a la pena concreta; simplemente se hace un proceso de determinación judicial de la pena; primero, de establecer la pena para cada delito, luego se hace la división del sistema de tercios, llegándose a la pena concreta, sin que el principio de proporcionalidad tenga incidencia en esta última. Así mismo, en la sentencia del Expediente n°. 0120-2014-51-SJPU-CH, Resolución Número Cinco, en el extremo: CONSIDERANDO OCTAVO: DETERMINACION JUDICIAL DE LA PENA: “8.1 *Habiéndose declarado la culpabilidad del acusado respecto al hecho ocurrido con fecha 16 de mayo del 2013, en agravio de la persona de las iniciales M.L.C.P., corresponde ahora identificar y decidir la calidad e intensidad de la pena a imponerle como autor del delito de Violación Sexual previsto por el artículo 170 del Código Penal, debiendo individualizarse la misma en coherencia con los principios previstos en los artículos II, IV, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal;* 8.2 *En tal sentido, al haberse subsumido los hechos en el artículo 170 del Código Penal vigente a la comisión de los hechos, uno de los primeros parámetros que justamente sustenta el principio de legalidad y culpabilidad, está dado por la pena conminada que en este caso es pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años;* 8.3 *Determinada la pena conminada, el juzgador considera que las circunstancias aplicables al caso*

concreto recogidas en el artículo 46 del Código Penal son: que el acusado no cuenta con antecedentes penales (circunstancia de atenuación), y haber ejecutado la conducta punible con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima y aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar que han dificultado la defensa de la víctima (circunstancia de agravación); y habiendo solicitado el representante del Ministerio Público una pena de siete años de pena privativa d libertad, éste órgano jurisdiccional considera que dicha pena es la que corresponde imponer al acusado, por encontrarse dentro del tercio intermedio; conforme lo establece los artículos 45-A, y 46 del Código Penal, modificado por la Ley N° 30076, que a criterio del Juzgador, para el presente caso, le resulta más favorable al acusado”. De esta sentencia se advierte también que solo se hace referencia al artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal para referirse al principio de proporcionalidad; sin embargo, es solo referencia, porque, como es de verse, no tiene ninguna incidencia en la pena concreta; es decir, no se ha fundamentado, no se ha dado razones, menos se ha desarrollado los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, y esto se debe en gran parte porque dicho principio está regulado como prohibición de exceso, lo cual dificulta su aplicación cuando no está en juego penas elevadas, sino simplemente determinar penas justas y razonables, dentro de un marco legal ni máximo ni mínimo, sino intermedio.

Lo anteriormente señalado, también conlleva a sostener que los jueces desconocen cómo debe aplicarse el principio de proporcionalidad en el proceso de determinación de pena; primero, porque en la mayoría de casos no se determina la pena mediante etapas; es decir, de pena legal a pena concreta; y,

en segundo lugar, en los casos en los que sí se aplica por etapas, no se sabe en qué momento tiene eficacia dicho principio, pues el Código penal solo establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho, y cuando esto no ocurre, es decir, cuando las penas se determinan en cualquiera de los tercios, simplemente no se aplica porque se cree, erradamente, que solo cabe aplicar en extremos límites, prohibición de exceso y por debajo del mínimo, sin que se advierta que también se aplica en límites legales, es decir, que sirva para disminuir o aumentar la pena concreta, pero dentro el tercio punitivo determinado.

En los casos en los que tuvo incidencia el principio de proporcionalidad, tal como es de verse de la tablas n°. 5 y 6 , se advierte que se toma en cuenta para determinar la pena concreta dentro de los tercios, es decir, dentro del marco legal establecida para el delito; pero, no se desarrolla los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, tal como es de verse del **Expediente n°. 00029-2013-26-SJPU-CH, Resolución Número Doce, en el CONSIDERANDO SEXTO: DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA:** “ *6.1 Habiéndose declarado la culpabilidad del acusado, corresponde ahora identificar y decidir la calidad e intensidad de la pena a imponerle como autor del delito de Uso de Documento Privado Falso, debiendo individualizarse la misma en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad previsto en los artículos II, IV, V, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal; 6.2 Estando a lo señalado y como quiera que la conducta del acusado se encuadra en el artículo 427° último párrafo del Código Penal, un primer parámetro está*

*constituido por la pena conminada para este delito, es decir entre dos a cuatro años; 6.3 Asimismo, para determinar la pena concreta, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 45 A, y 46° del Código Penal, modificado por la Ley N° 30076, de fecha 19 de agosto del 2013, la misma que se aplica al caso de autos, por ser más beneficiosa para el acusado sentenciado, conforme manda el artículo 6 del Código Penal. Que, dichas normas legales establecen lo siguiente: Art. 45 A, inciso 2, literal a): Que, cuando no existan atenuantes ni agravantes, o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior. Art. 46 inciso 1 literal a): Que, establece que constituyen circunstancias de atenuación, la carencia de antecedentes penales; 6.4. Estando a lo antes señalado, y como quiera que el delito de Uso de Documento Privado Falso, prevé una pena de dos a cuatro años de pena privativa de libertad, el tercio inferior, corresponde de dos a dos años y ocho meses de pena privativa de libertad; el tercio intermedio, corresponde de dos años y ocho meses a tres años cuatro meses de pena privativa de libertad; y el tercio superior, corresponde de tres años cuatro meses a cuatro años de pena privativa de libertad; 6.5 En consecuencia, en el presente caso, advirtiéndose que el acusado no cuenta con antecedentes penales, conforme es de verse del oficio N° 2595-2013-CRDJ-USJ-GAD-CSJCA-PJ, de fecha quince de mayo del dos mil trece, emitido por el Registro Distrital Judicial, ingresado e incorporado al juicio mediante su lectura, el cual constituye una circunstancia atenuante, la pena que le corresponde **imponerle se encuentra ubicada en el tercio inferior**, esto es, de dos a dos años y ocho meses de pena privativa de libertad; y atendiendo a que el artículo 45 del acotado Código, establece que se debe individualizar la pena teniendo*

en cuenta la cultura y costumbres del acusado, así como los intereses de la víctima, se debe tener en cuenta que el acusado cuenta con grado de instrucción superior incompleta, y además ha causado un daño a la parte agraviada, con su accionar, por lo que la pena a imponer, acorde con el Principio de Proporcionalidad y Lesividad, debe ser de dos años y seis meses de pena privativa de libertad, a criterio del Juzgador. En cuanto a la pena de multa, igualmente deberá ser reducida prudencialmente, siendo una proporcional, doscientos días multa; 6.6 *Por otro lado, considero, atendiendo a la Finalidad de la Pena, prevista en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, que la pena a imponerse debe tener la calidad de suspendida en su ejecución, ya que se cumple con los requisitos que prevé el artículo 57 del Código Penal, es decir, la pena que se va a imponer no es superior a cuatro años, el acusado ha reconocido haber hecho uso del documento cuestionado antes diversas entidades, es una persona mayor de edad, y además de no tener la calidad de reincidente ni habitual, siendo un reo primario, lo que hace prever en el Juzgador, que tal medida es suficiente para que el acusado internalice el mandato de prohibición de la norma penal, y no vuelva a cometer nuevo delito; además, es de precisar que tal sanción, está en concordancia con los Principios de Proporcionalidad, Lesividad y Finalidad de las Penas, que lo que precisamente, busca es la resocialización de un penado a la sociedad".* En esta sentencia se advierte que el juzgado si recurre al principio de proporcionalidad para determinar la pena concreta, la misma que ya estaba determinada en el tercio inferior.

Finalmente, se advierte que de acuerdo a las tablas n°. 6 y 7, las sentencias en las que se cita y desarrolla el principio de proporcionalidad con sus sub

principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, es solo cuando los juzgadores han determinado penas privativas de la libertad por debajo del mínimo legal; sin embargo, no han aplicado ningún control difuso, por lo que en este extremo también demuestra una aplicación deficiente, tal como es de verse del **Expediente N° 322-2014-81- SJPU-CH, Resolución Número Ocho: CONSIDERANDO SEPTIMO: DETERMINACION JUDICIAL DE LA PENA: “7.1.- Que el Ministerio Público, solicita se le imponga al acusado una pena de cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución, en aplicación del Principio de Proporcionalidad de las Penas, por lo que corresponde determinar al Juzgador, si la pena solicitada por el Ministerio Público, por debajo del mínimo legal, se encuentra justificada; 7.2 Al respecto, tal como ha sido planteada la imputación, y que ha sido aceptada por el acusado, quien además a declarado en juicio señalado que el arma lo tenía en su poder con motivos de seguridad, teniendo en cuenta la labor que desempeñaba; a criterio del Juzgador, constituye una buena razón para apelar al PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS, pues conforme al mismo, tanto en su manifestaciones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha, obliga al juzgador a realizar al análisis no solo de la legitimidad de la sanción y su fin constitucionalmente legítimo, sino además, si la pena propuesta satisface las necesidades de punición que requiere el acusado conforme a los fines de la pena, y finalmente si dicha medida resulta equivalente y proporcional a la conducta desplegada; 7.3.- Al respecto, este órgano jurisdiccional considera, que dicho análisis pasa por tener en cuenta los siguientes aspectos, conforme a la propia imputación: Que el acusado es una persona que tuene actividad lícita, pues no se ha puesto en**

cuestión la misma, además ello, se ha probado no solo con la declaración del acusado sino también con los documentos consistentes en: Contrato de prestación de servicios de fecha 01 de febrero del año 2011, suscrito entre el acusado y la empresa Nestlé S.A. y la Lista de proveedores; Que, es una persona que no tiene antecedentes penales, que nos pueda llevar a sostener que el arma que portaba conllevaba un peligro mayor a su propia naturaleza; Que las circunstancias de la posesión del arma de fuego, recurriendo a las máximas de la experiencia, ha sido para actos de seguridad, por el oficio que desempeñaba el acusado en su condición de transportista, trasladando leche fresca, y sumas de dinero, para el pago de sus proveedores, conforme al contrato que había suscrito con la empresa Nestlé S.A.; Que si bien, no estamos ante una justificación clara que pueda hacer desaparecer el injusto del hecho inculcado; sin embargo, nos encontramos ante una conducta explicable a la luz del contexto en que desarrollaba la actividad del acusado; quien además ha reconocido los hechos desde el inicio, demostrando arrepentimiento en su conducta, pagando incluso la totalidad de la reparación civil; y, Atendiendo a las de proporcionalidad y de contexto de los hechos antes precisados, este órgano jurisdiccional, considera que la sanción de cuatro años de pena privativa de libertad, es proporcional al delito cometido; más aún, si en el presente caso, se debe analizar igualmente el PRINCIPIO DE LESIVIDAD, en la medida que el acusado ha reparado el daño ocasionado por el delito, y además contaba con licencia vencida para portar una escopeta (distinta a la incautada), lo que reduce en gran medida el peligro generado por su conducta, pues se entiende que al haber obtenido anteriormente una licencia para portar un arma de fuego, no obstante estar vencida, dicho acusado ha pasado por los

estándares de evaluación, para portar dicha arma de fuego, no obstante ello, considera el Juzgador que si bien tal circunstancia no lo exime de responsabilidad penal, pero si debe considerarse para efectos de imponer una pena justa, acorde con los PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y LESIVIDAD; 7.4.- Resulta pertinente además señalar, que el Juzgador ha tenido en consideración para imponer una pena por debajo del mínimo legal, en aplicación del Principio de Proporcionalidad; el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal de Jueces Superiores, del País, llevado a cabo el día 19 y 20 de junio del año en curso, en la ciudad de Lima, en el cual se acordó por UNANIMIDAD, que resulta legitimo la APLICACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD para rebajar la pena por debajo del mínimo legal cuando el extremo mínimo de la pena fijada (PROPORCIONALIDAD ABSTRACTA) es considerado excesivo, en atención entre otros, al daño y al bien jurídico protegido; 7. 5.-En cuanto a la suspensión de la efectividad de la pena, al advertirse además que se dan todas las exigencias previstas por el artículo 57 del Código Penal, toda vez que la propuesta punitiva es de cuatro años de privación de libertad, además por la naturaleza, modalidad del hecho punible y personalidad del agente resulta previsible que esta medida le impedirá cometer nuevo delito; y por ultimo estando ante una persona que no tiene la condición de reincidente o habitual, SIENDO UN REO PRIMARIO, por el PRINCIPIO DE FINALIDAD de las penas, resulta proporcional imponer la pena señalada con el carácter de suspendida; 7.6.- Por otro lado, además de lo antes señalado, el juzgador ha considerado imponer una pena de cuatro años suspendida en su ejecución, en atención a lo establecido en el artículo IX del Título Preliminar, que establece que la pena: “Tiene función

*preventiva, protectora y resocializadora”. En ese sentido, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el R.N. 935-2004, ha establecido. “Que, el derecho penal moderno asume los principios doctrinarios básicos de mínima intervención, humanidad, prevención y resocialización de la pena, contenido tantos en la Constitución Política del Estado, como en los artículos uno, octavo y noveno del Título Preliminar del Código Penal Peruano vigente; y estos mismos principios que son lineamientos doctrinarios filosóficos que rigen y regulan el poder punitivo del Estado, establecen que el derecho penal actual es ultima ratio, para su aplicación, y que la misma debe buscar la reincorporación del sujeto infractor al seno de la sociedad y no destruirle física y moralmente, en el entendimiento de que la realidad carcelaria en nuestro país, es sumamente drástica y generadora, de perjuicios irreparables en la persona de los condenados a pena privativa de libertad (...)”. (Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria. R.N. 935-2004 – Cono Norte, AVALOS RODRIGUEZ, Constante Carlos, *Modernas Tendencias Dogmáticas en la Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, Pág. 85*); 7.7. Asimismo, es necesario indicar que existe jurisprudencia penal, emitida por otros órganos jurisdiccionales del país, que, en aplicación del Principio de Proporcionalidad, han emitido sentencias en este tipo de delitos, por debajo del mínimo legal. Así tenemos: a) Sentencia emitida por el Tercer Juzgado Penal Unipersonal de Chiclayo, en el Exp. N° 4372-2009, seguido contra el acusado Dany Wilson Manosalva Bautista, por el delito de Tenencia Ilegal de Armas de Fuego y Municiones, en agravio del Estado; en el cual se le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución, por el*

*periodo de prueba de dos años, y el pago de una reparación civil, de doscientos nuevos soles; b) Sentencia emitida por el Décimo Juzgado Penal Unipersonal de Chiclayo, en el Exp. N° 4726-2010, seguido contra el acusado Segundo Saldaña Blanco, por el delito de Tenencia Ilegal de Armas de Fuego, en agravio del Estado; en el cual se le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución, por el periodo de prueba de dos años, y el pago de una reparación civil, de doscientos nuevos soles; 7.8. Mención aparte, merece igualmente la sentencia emitida por la Sala Penal Liquidadora de Chota, que en el Exp. N° 2007-42, seguido contra Dilmer Marín Leonardo Díaz, por el delito de Violación Sexual de Menor de Edad, en agravio de la menor de iniciales L.M.M.M., aplicando el Principio de Proporcionalidad, entre otros, le impuso cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución, por el periodo de prueba de tres años, y el pago de una reparación civil de dos mil nuevos soles, es decir una pena muy por debajo del mínimo legal; 7.8.- Por todo lo antes indicado, el juzgador ha considerado que en aplicación del Principio de Proporcionalidad, Humanidad, Finalidad de las Penas y Lesividad, se debe imponer al acusado una pena privativa de libertad a suspendida en su ejecución; 7.9. Igualmente, por mandato de la ley, de debe imponer al sentenciada pena de INHABILITACION conforme lo prescribe el artículo 36 inciso 7 del Código Penal, consistente en: Incapacidad definitiva para renovar u obtener licencia de autoridad competente para portar y hacer uso de arma de fuego; de igual forma, en la sentencia emitida en el **Expediente n°. 40-2012-67- SJPU-CH, Resolución Número Cinco, en el extremo de DETERMINACION DE LA PENA, establece: “En lo concerniente a la determinación de la pena, que es un procedimiento mediante el cual se***

*individualiza el monto concreto de la a imponerse, para ello el juzgador tiene que atender a las circunstancias cuantitativas y cualitativas para graduar el injusto aplicable, ello atendiendo en nuestro sistema, a la función preventiva de las sanciones penales, al principio de legalidad, al de culpabilidad, entre el derecho punitivo sancionador del Estado y la responsabilidad por la acción cometida por el agente pero teniendo en cuenta además que el Código Penal ha establecido también como circunstancia a considerar la influencia del contexto social en la conducta delictiva, lo que los expertos denominan la co-culpabilidad de la sociedad, asimismo el de humanidad, que atiende a la búsqueda de la reducción de la violencia estatal y reconduce la pena a criterios razonables que eviten en lo posible el daño a la constitución psicofísica de la persona y finalmente el principio de proporcionalidad, conforme al cual, la pena concreta tiene que guardar relación con el grado de responsabilidad del agente, con la magnitud del daño causado y con la trascendencia del bien jurídico lesionado, es decir tiene que existir una correspondencia valorativa entre el delito cometido y la sanción a imponerse; La pena a imponerse debe guardar proporción con la entidad del injusto, la forma y circunstancias de la comisión del delito y la culpabilidad por el hecho, siendo que se debe de resaltar el vínculo entre el imputado y la agraviada. Debiendo de tomarse en cuenta asimismo los **finés de la pena** al momento de la graduación de la pena a imponerse teniendo en cuenta: a) la finalidad preventiva (la prevención de futuras infracciones, la cual se logra actuando sobre el propio delincuente y sobre la colectividad), b) finalidad protectora la misma que se sub divide en i) la protección general (referida a la actuación de la pena sobre la colectividad. La pena establecida en la ley*

*cumple una función intimidante que de cierta manera frena impulsos delictivos, también la ejecución de la misma cumple la función de ejemplificada que aparta a la sociedad de la comisión de ilícitos penales), y ii) la protección especial (basada en la intimidación individual que se ejerce sobre el delincuente para que este no vuelva a delinquir; se realiza en el momento de ejecutar la pena impuesta en su contra, se pretende que al ejecutarse la misma se le aparte de la comisión de nuevos delitos); y por ultimo c) la finalidad resocializadora (que a la vez se estaría de una prevención especial que está dada por la recuperación social del delincuente, es decir que mediante la ejecución de la pena debe de lograrse la corrección del mismo, para readaptarlo a la sociedad); Para determinar la pena también se debe de tener en cuenta **el principio de lesividad**, que se encuentra estipulada en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, el cual exige que el derecho penal solo regule aquellas conductas humanas que sean socialmente relevantes. Por tanto, han de ser acciones que tengan un impacto social, que no se circunscriban únicamente a la esfera privada. En este sentido, debe existir un “tercer” afectado por la conducta, otra persona independiente del autor que padezca las consecuencias lesivas o peligrosas del acto; ello no quiere decir que deba ser una persona identificada, sino que este “tercero” puede ser la colectividad, como en el caso de los delitos de peligro. Por otro lado las conductas que quedan dentro de la **esfera privada**, pero por ámbito privado no debe entenderse que el delito sea cometido en la intimidad, en el domicilio del autor y que, por eso, no deba regularse por el derecho penal. En definitiva, el principio de lesividad exige que las consecuencias y repercusiones del hecho sean socialmente relevantes, que se proyecten en la*

sociedad. Por lo que el derecho pena no debe regular todas las conductas que la normal positiva considera reprochables: es posible que una conducta moralmente incorrecta (desde la perspectiva de la moral convencional) no pueda ser objeto de regulación por el mismo derecho pena porque no existe lesión alguna de intereses ajenos. El consumo “consciente” de drogas (no su tráfico) es una conducta moralmente reprochable, pero que el derecho penal no puede regular por considerarse que no existe un “tercero” lesionado; el suicidio o las lesiones provocadas por uno mismo o consentida (intervenciones quirúrgicas...) son otros ejemplos; Asimismo se debe de tener en cuenta el **principio de proporcionalidad**, el mismo que es conocido como el “principio de prohibición de exceso o de la pena justa”, política penal que está muy ligado a la culpabilidad, la misma que instituye que la pena debe de guardar relación con el grado de responsabilidad del agente, con la magnitud del daño ocasionado y con la trascendencia del bien jurídico lesionado. Por lo tanto la definición y aplicación de sanciones penales debe de guardar una equivalencia razonable, en sus dimensiones cualitativas y cuantitativas, con el tipo de delito cometido, con las circunstancias de su realización y con la intensidad del reproche que cabe formular a su autor; Para el derecho penal la proporcionalidad supone la correspondencia valorativa entre el delito y la sanción respectiva (pena o medida de seguridad), o entre el injusto y la sanción que se le asocia. Es sentido negativo del principio de proporcionalidad supone el rechazo del establecimiento de conminaciones y la imposición de penas que carezcan de toda relación valorativa con el hecho delictivo, ya sea cuando el conflicto sobre cuya base opera es la ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos es groseramente desproporcional respecto

*a la lesividad del conflicto. Realmente este principio no está regulado de modo expreso en nuestra legislación, sin embargo su aceptación como política reguladora del control penal surge del artículo 3° de la Constitución Política, artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, pero sobre todo, de una equilibrada y razonada aplicación judicial de los criterios de determinación de la pena que regulan, así como se encuentra complementada por los artículos 45°, 45 A y 46 y siguientes del Código Penal; Por lo que **para determinar la pena concreta**, debe analizarse en el contexto de los artículos 45, 45 A, 46, 46 A, 46 B, 46 C del Código Penal, con las respectiva modificatoria estipulada en la Ley N° 30076, ley que fue publicada el diecinueve de agosto del dos mil trece , y que según mandato constitucional, dispuesto en el artículo 109° de la Constitución Política del Perú, las leyes entran en vigencia (obligatorio cumplimiento), al día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte; por lo que la mencionada ley se encuentra en plena vigencia; Por lo que primero, se debe de estableces el espacio punitivo de determinación de la pena prevista en la ley para el delito sub examine, para arribar a una pena concreta, previa evaluación de las circunstancias agravantes o atenuantes, para la ubicación de la pena concreta en el sistema de tercios, y posteriormente evaluar si existen circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas. **La Pena En El Caso Sub Judice:** Tenemos que el espacio punitivo de la pena para el delito concreto, lo prevé el artículo 279° del CP, la pena básica establecida para el delito de Tenencia Ilegal de Armas oscila entre los 06 años –límite mínimo- y 15 años –límite máximo- de privación de la libertad; Pena que tomando el mínimo hacia el máximo,*

tenemos treinta y seis meses, por lo que dividido en tercios nos da pena del tercio inferior va de seis años a ocho años con cuatro meses, la pena intermedia va de ocho años cuatro meses a diez años ocho meses, y la pena del tercio superior de diez años ocho meses a trece años con dos meses; Así determinando la pena en conformidad con lo dispuesto por el artículo 45 A, inciso 1.- literales a), y 46 del Código Penal, calificando las circunstancias atenuantes penales, su condición es de agente primario, no presentándose ninguna otra circunstancia atenuante, por otro lado, no existe ninguna circunstancia agravante en la determinación de la pena con relación al caso de autos; Por otro lado tampoco existe circunstancia cualificada agravante tales como reincidencia ni habitualidad, así como tampoco existe circunstancia privilegiada atenuante como la tentativa, responsabilidad restringida, causas incompletas de culpabilidad, tal como lo estipula el artículo 45 A incisos 3, literales a), b), y c) del Código Penal, modificado por Ley N° 30076. Por lo que la pena concreta a aplicarse al acusado se encontrara estimada dentro del tercio inferior en virtud de lo dispuesto por el artículo 45 A inciso 2, literal a), del Código Penal; Y por otro lado tomando el artículo 45 inciso 1° y 2° del Código Penal, se puede apreciar que el acusado cuenta con primaria completa, no tiene un grado de cultura superior, presumiéndose que viene de un hogar de recursos económicos limitados, siendo el caso que al no concluir estudios secundarios, se ha dedicado a trabajar en agricultura en su comunidad, percibiendo un ingreso por debajo del mínimo vital, y respecto del inciso 3° tomando en cuenta el interés de la víctima, en este caso el Estado Peruano, que trata de mantener un estado de derecho, debiendo de vivir la sociedad con una seguridad ciudadana, manteniendo en ésta al armonía, con

*seguridad en las calles donde las personas puedan transitar libremente sin el temor de ser expuestos a ningún peligro común, como el de que se pueda disparar en un momento dado un arma de fuego y que pueda causar daño a cualquier ciudadano, generando una inseguridad ciudadana y el temor de las personas de transitar sin peligro alguno, debiendo de tenerse en cuenta al momento de imponerse la pena por el delito cometido, todas las cualidades propias del acusado. **Respecto al quantum de la pena a imponerse al acusado.** Se debe de tener presente: a) En el presente caso además de lo expuesto que el juzgado ha considerado, que en este tipo de delitos por cuestiones de política criminal el legislador concede los beneficios penitenciarios, por lo que consideramos que la pena concreta en este caso es la pena dentro del tercio inferior de seis años a ocho años con cuatro meses, estipulada en el tipo penal. Pues se ha logrado establecer la extensión del delito y la responsabilidad del agente; b) La imposición de esta pena, se basa en lo dispuesto por el artículo VII, del Título Preliminar del Código Penal, que dispone que la responsabilidad penal del autor, definida como el principio de responsabilidad o culpabilidad, en el caso de autos se ha podido verificar el dolo con el que ha actuado el acusado, al mantener en su posesión un arma de fuego, pues si bien es rondero, también es cierto que los ronderos reciben charlas de capacitación, pese a que los testigos han indicado que nunca les han hablan de armas, pero tomando en cuenta que su comunidad está a dos horas de Chota, y en audiencia se ha manifestado por los testigos y fiscal que llegan señal de televisión y radio, por lo que los vecinos de la comunidad de Pariamarca- comprensión de Querocoto, de la Provincia de Chota, tiene acceso a frecuente con la ciudad de Huambos, Chiclayo y Lambayeque. No*

existiendo en autos una pericia idónea, que acredite el error culturalmente condicionado que invoca el abogado de la parte acusada; c) Asimismo la imposición de la pena arribada por el Juzgado, es proporcional a la del delito y a las circunstancias en que se perpetró el evento delictivo, el mismo es que en delito de peligro abstracto; es decir la gravedad de la pena está determinada por la trascendencia social de los hechos, en donde se ha valorado la nocividad social del ataque del bien jurídico protegido (la seguridad pública y el peligro común), y se encuentra dentro de los alcances del principio de legalidad, el mismo que se encuentra estipulado en el tipo penal sub examine, y que se encuentra tipificado en los artículos II, III y IV del Título Preliminar del Código Penal, pues la conducta del agente se encontraba previsto como delito, al momento que cometió el ilícito, y el juzgado para calificar el hecho cometido, considerado delito, no ha hecho uso de la analogía, pues en derecho no está permitido usar la analogía, pues ningún caso es idéntico a otro, dado que existe en cada caso concreto circunstancias propias que las caracterizan. Principio de legalidad que es un principio propio del derecho público que tiene por objetivo garantizar la seguridad jurídica, y que además se encuentra regulado en los literales a), b) y d) del inciso 24° del artículo 2, inciso 9° del artículo 139, párrafo 2° del artículo 103 de la Constitución Política del Perú; d) Finalmente la juzgadora, encuentra gravosa el accionar del procesado, quien ha lesionado el bien jurídico protegido como la seguridad pública y el peligro común, y siendo que la pena tiene una función preventiva, protectora y resocializadora, tal como lo dispone el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, acorde para el peligro que la conducta humana, a la familia como a la sociedad, en busca de una sociedad en

convivencia pacífica, previniendo hechos como estos. Por lo que encuentra proporcional la pena a imponerse al acusado con relación al bien jurídico protegido como es la seguridad pública y el peligro común, no pudiendo sobrepasarse la responsabilidad por el hecho, tal como lo preceptúa el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal; f) Por lo que la juzgadora, al arribar que la pena concreta condenatoria, se encuentra definida en el tercio inferior, estima que ésta sería de una pena concreta de siete años dos meses, pero con la reducción que le asiste por lo dispuesto en el artículo 45 del C.P, y ser un agente primario y no tener antecedentes penales, así como verificada su condición social y cultura con estudios primarios completos y según lo estipulado en el artículo 279° del Código Penal, es decir, la pena a imponerse sería la pena mínima legal estipulado en dicho artículo, de seis años de pena privativa de la libertad". En estos casos, que definitivamente son mínimos, no se aplicó el control difuso, que es la única manera de salirse del marco legal punitivo establecido para cada delito, lo que obviamente lleva a otra deficiencia más en la aplicación del principio de proporcionalidad al momento de la determinación judicial de la pena, por ello consideramos que nuestra hipótesis se ha confirmado, pues la aplicación del principio de proporcionalidad es deficiente, trayendo como consecuencia penas injustas, arbitrarias e impredecibles.

CAPÍTULO 5
CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS

5.1. Conclusiones.

1. De acuerdo a las sentencias condenatorias analizadas, emitidas por los juzgados unipersonales y el Juzgado Colegiado de la provincia de Chota en el periodo 2014-2015, se concluye que existe una deficiente regulación normativa para la determinación de la pena, pues el principio de proporcionalidad regulado en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, solo indica la prohibición de sobrepasar la responsabilidad por el hecho, lo cual no es correcto, pues dicha afirmación solo implicaría establecer un límite máximo, olvidando que este principio también debe servir para establecer el límite mínimo; luego también puede aplicarse en casos que la pena se determine en los tercios punitivos, es decir, dentro del marco legal.
2. También se ha establecido, que existe una deficiente aplicación del principio de proporcionalidad en las sentencias condenatorias analizadas, dado que las sentencias que citan al principio de proporcionalidad al momento de determinación judicial de la pena, lo hacen como simple “cliché”, sin ninguna incidencia en el resultado de la pena concreta, pues solo se citan al inicio del proceso de determinación de pena, luego se olvidan al momento de fijar la pena concreta, lo que conlleva a concluir que se desconoce cómo debe justificarse dicho principio para establecer una pena justa.
3. Así mismo, en los casos que se citó el principio de proporcionalidad, no se desarrollaron los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, lo que obviamente es una de las razones por las que no se aplicó debidamente dicho principio; además, debe quedar claro que el principio de proporcionalidad debe tener incidencia al momento de la

determinación judicial de pena privativa de la libertad, pero dentro del marco legal, esa es la regla, concretamente; luego de que se haya establecido los tercios: inferior, intermedio o superior, conforme al artículo 45-A y 46 del Código Penal, es ese el momento en donde los jueces deben recurrir al principio de proporcionalidad, para establecer penas justas.

4. Finalmente, debe indicarse que mediante el principio de proporcionalidad, de manera excepcional, puede fijarse una pena privativa de la libertad concreta por debajo del mínimo legal, pero para ello debe aplicarse mediante control difuso, lo que implica que los jueces que hagan uso de ello, deben elevar el expediente en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, y no proceder como en las sentencias analizadas en las que se ha bajado penas privativas de la libertad por debajo del mínimo legal, citando a dicho principio, pero sin dar razones diferentes a las circunstancias genéricas del artículo 46 del Código Penal.

5.2. Sugerencias.

Aquí se sugiere al Congreso de la Republica, modifique el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, en donde no solo se establezca que el principio de proporcionalidad implique una prohibición de exceso, que sirve para establecer un límite máximo; sino que también permita establecer un límite mínimo, para ello dicho artículo debe quedar redactado de la siguiente manera: *“Artículo VIII. Principio de proporcionalidad de las sanciones. La pena debe fijarse en función a los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto”*.

Se recomienda que nuestros operadores del Derecho, especialmente jueces y fiscales, que deben profundizar en el desarrollo doctrinal y jurisprudencial de la determinación de la pena, sobre todo conozcan cómo deben fijarse las penas en un estado constitucional de derecho que exige penas justas y debidamente justificadas. Para ello se debe capacitar mejor en las consecuencias jurídicas del delito, específicamente, en los principios que lo fundamentan, etapas de la determinación de la pena, circunstancias genéricas, circunstancias específicas y esquemas operativos de determinación de la pena.

Así mismo, se recomienda tanto a fiscales como a jueces, que cuando solicitan o impongan penas por debajo del mínimo legal recurriendo al principio de proporcionalidad, deben hacerlo de manera excepcional, expresando las razones excepcionales que no son las circunstancias genéricas del artículo 46 del Código penal. Además, debe aplicarse recurriendo al control difuso, es decir, prefiriendo la Constitución a la norma regulada en el Código penal.

Finalmente, se recomienda a los operadores de Derecho seguir el siguiente procedimiento: En primer lugar, se debe determinar las etapas de la determinación de la pena, pena legal y pena concreta; la primera etapa, es la fijada por el legislador en cada tipo legal y, la segunda, es la pena concreta, en base a los tercios. Y, en segundo lugar, una vez ubicada en el tercio inferior, intermedio o superior, recién recurrir al principio de proporcionalidad, que implica que la pena debe estar revestida de idoneidad, es decir, que este destinada a la consecución de un fin constitucional; necesidad, que implica que el sacrificio o afectación del derecho que resulta limitado, mostrando que no

existe un procedimiento menos gravoso o restrictivo; y, finalmente, proporcionalidad en sentido estricto, que supone ponderar entre las restricciones y protecciones; es decir, acreditar que existe un cierto equilibrio entre las protecciones que se obtienen con la medida limitadora en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo y las restricciones o limitaciones que de la misma se derivan para el ejercicio del derecho.

REFERENCIAS

- Atienza, Manuel (2013). *El sentido del Derecho*. Editorial Ariel. Barcelona.
- Acevedo Cepeda, C. (2009). *Determinación de la pena en Chile. Principios de un Estado Democrático De Derecho*. Chile
- Aguado Correa Teresa y Otros (2014). *El Principio de Proporcionalidad Penal*. Editorial AD-HOC. Primera Edición.
- Alexy, Robert (2007) *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal. 2ª edición en castellano. Madrid: CEC.
- Avalos Rodríguez, Constante Carlos. *Determinación Judicial de la Pena (Nuevos Criterios)*. Editorial Gaceta Jurídica. Primera Edición 2015.
- Barnes, Javier (1998). *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar*. En: *Cuadernos de Derecho Público, N° 05*, Especial Dedicado el Estudio del Principio de Proporcionalidad. Madrid: INAP.
- Bernal Pulido, Carlos (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Tercera Edición. Madrid: CEC.
- Bustos Ramírez, J. (2004). *Obras Completas Tomo I Derecho Penal Parte General*. Lima: Ara Editores.
- Cardenas Mares, José Miguel (2007). *La Debida Motivación de las Resoluciones. El Control de su Aplicación en los Procedimientos Administrativos y en los Arbitrajes en: Actualidad Jurídica*. Tomo 164. Editorial Gaceta Jurídica. Julio.
- Castañeda Otsu, Susana (2004). *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo II. Editorial Kipus. Segunda Edición. Cochabamba. Bolivia
- Castillo Córdova (2008) Luis. *Principio de Proporcionalidad y Habeas Corpus: En Revista Anuario de Derecho Penal*.
- De La Mata Barranco, Norberto (2007). *El Principio de Proporcionalidad Penal*. Editorial Tirant Lo Blanch.
- Espinoza – Saldaña Barrera, Eloy (2005) (Coordinador). *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Jurista Editores. Lima.
- García Yzaguirre, José Víctor. *El Test de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Editorial ADRUS. Primera Edición 2012.
- Grández Castro, Pedro y Miguel Carbonel (2010) (Coordinador) *El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*. Editorial Palestra Editores.

- Guillermo Piscoya, J. R. (2011). *La Aplicación del Principio de Proporcionalidad en la Determinación Judicial de la Pena por las Salas Penales Superiores de la Provincia de Chiclayo durante 2008*. Lambayeque.
- Clerico, Laura (2009). *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*. Editorial EUDEBA. Primera Edición.
- Londoña Ayala, Cesar Augusto (2009). *Principio de Proporcionalidad en el Derecho Procesal Penal*. Editorial Ediciones Nueva Jurídica.
- Lopera Mesa, Gloria Patricia (2006). *Principio de Proporcionalidad y Ley Penal*. Editorial Estudios Constitucionales.
- Mendoza Ayma, Francisco Celis (2015). *Presupuesto Acusatorio Determinación e Individualización de la Pena Proceso Penal*. Editorial Jurista Editores.
- Muñoz Conde, F. (1985). *Derecho Penal y Control Social*. Fundación Universitaria de Jerez de La Frontera. Jerez.
- Ore Sosa, E. (2013). *Determinación judicial de la pena, reincidencia y habilidad. Apropósito de las modificaciones operadores por la Ley N° 30076*. En Gaceta Jurídica, Gaceta Penal y Procesal Penal. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- Pintado Delgado, M. E. (2006). *Propuesta para una Correcta Motivación y Fundamentación de las Sentencias Penales*. Lambayeque.
- Poma Valdivieso, F. M. (2013). *Individualización Judicial de la Pena y su Relación con la Libertad y el Debido Proceso a la luz de la Jurisprudencia en Materia Penal en las Salas Penales para Reos en Cárcel del Distrito Judicial de Lima*. Lima.
- Prado Saldarriaga, V. R. (2010). *Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios*. Lima: IDEMSA.
- Prado Saldarriaga, Víctor Roberto y Otros (2015). *Determinación Judicial de la Pena*. Editorial Instituto Pacifico.
- Prieto Sanchís, Luis (2009). *Diez Argumentos sobre Neoconstitucionalismo, Juicio de Ponderación y Derechos Fundamentales*. En: Luis Ortega y Susana de la Sierra (Coords). *Ponderación y derecho administrativo*. Marcial Pons.
- Puente Aba, Luz María (2012). *La Pena de Inhabilitación Absoluta*. Editorial Comares.
- Rios Arenaldi, J. R. (2013). *Individualización Judicial de la Pena y Doctrinas de la Pena*. Italia.
- Roxin, C. (1,997). *Derecho Parte General* (2da. Edición ed.). Alemania: CIVITAS S.A.

- Rubio Correa, Marcial Antonio (2011). *El Test de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Editorial Fondo Editorial.
- Saona Marín, Tamara (2009): "Aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio en el control constitucional a posteriori de normas penales por el tribunal constitucional chileno". Disponible en: <https://es.scribd.com/document/74673780/PROPORCIONALIDAD> [Fecha de consulta: 9 de octubre 2016].
- Solier, S. (1973). *Derecho Penal Argentino* (Vol. II). (T. Editora, ed.) Argentina, Buenos Aires: tea.
- Velásquez Velásquez, F. (2007). *Manual de Derecho Penal Parte General*. 3era Edición. Medellín: Librería Jurídica Comlibros.
- Villa Stein, J. (2008). *Derecho Penal Parte General* 3era Edición. Lima: Grijley.
- Zagrebelsky, G. (1,999). *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia* (3era. edición ed.). Madrid: trota.
- Zysman Quiros, Diego (2013). *Castigo y Determinación de la Pena en los Estados Unidos*. Editorial Ediciones Jurídicas y Sociales.

APÉNDICE
INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE
INFORMACIÓN

GUIA DE REGISTROS DE DATOS

N°	N° Expediente	PARTES	DELITO	FECHA	PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD
1					
2					
3					
4					
5					
6					
7					
8					
9					
10					
11					
12					
13					
14					
15					
16					
17					
18					
19					
20					
21					
22					
23					
24					
25					
26					
27					
28					
29					
30					
31					
32					
33					
34					
35					
36					
37					
38					
39					
40					
41					
42					
43					
44					
45					
46					
47					

48					
49					
50					
51					
52					
53					
54					
55					
56					
57					
58					
59					
60					

ANEXOS

ANEXO A

MATRÍZ DE CONSISTENCIA

Formulación del Problema	Objetivos	Hipótesis	Variables	Procedimiento Metodológico
<p>¿Cuál es la aplicación jurídica del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena privativa de la libertad en</p>	<p>General Analizar la aplicación jurídica del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena privativa de la libertad en los juzgados unipersonales y el Juzgado Colegiado de la provincia de Chota-Cajamarca durante el periodo 2014 y 2015.</p>	<p>General Existe una aplicación jurídica deficiente del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la Pena Privativa de la Libertad en los Juzgados Unipersonal y el Juzgado Colegiado de la Provincia de Chota-Cajamarca, por las siguientes razones:</p>	<p>Variable N° 01 Principio de proporcionalidad</p>	<p>Tipo de Investigación: Básica Diseño y nivel de Investigación: No experimental y correlacional Población de Estudio: Sentencias Técnica: Análisis Documental Instrumento:</p>

los juzgados unipersonales y el Juzgado Colegiado de la provincia de Chota - Cajamarca?				Ficha Documental
	Específicos		Variable N° 02	
	a) Analizar el aspecto normativo del principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico penal peruano.	a. Deficiencia de la regulación normativa del principio de proporcionalidad en el código penal.	Determinación judicial de la pena privativa de la libertad	
b) Examinar los criterios de aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena en las sentencias condenatorias en los juzgados unipersonales y el Juzgado Colegiado de la Provincia de Chota.	b. Desconocimiento en qué momento exacto, del proceso de determinación judicial de la pena privativa de libertad, tiene operatividad el principio de proporcionalidad.			

	<p>c) Formular una propuesta de modificación jurídica para la adecuada aplicación del principio de proporcionalidad al momento de llegar a la pena concreta.</p>	<p>c. Cuando se aplican el principio de proporcional para bajar la pena concreta por debajo del mínimo legal, no se aplica el control difuso.</p>		