



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS:

**“CESURA DE JUICIO E INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL
DE LA PENA EN EL PERÚ”**

ASESOR:

LEOPOLDO YZQUIERDO HERNÁNDEZ

PRESENTADO POR:

JESÚS MIGUEL MORA NOVOA

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

LAMBAYEQUE, 2018

**Tesis denominada “CESURA DE JUICIO E INDIVIDUALIZACIÓN
JUDICIAL DE LA PENA EN EL PERÚ” presentada para optar el TITULO
DE ABOGADO, por: Jesús Miguel Mora Novoa**

.....

BACHILLER

Jesús Miguel Mora Novoa

.....

ASESOR

Leopoldo Yzquierdo Hernández

APROBADO POR:

.....

PRESIDENTE

José María Balcázar Zelada

.....

SECRETARIO

Francisco Santiago Delgado Paredes

.....

VOCAL

Ricardo Ponte Durango

**CESURA DE JUICIO E
INDIVIDUALIZACIÓN
JUDICIAL DE LA PENA EN
EL PERÚ**

DEDICATORIA

A mis padres y hermanos, sin los
cuales nada en absoluto sería posible
para mí.

AGRADECIMIENTO

A mi familia, quienes siempre me brindan el apoyo moral en cuanto proyecto decida enrumbar.

A mis amigos, por impulsarme cada día al logro de mis objetivos.

ÍNDICE

DEDICATORIA	4
AGRADECIMIENTO	5
ABSTRACT.....	14
INTRODUCCIÓN	17

CAPÍTULO I ASPECTOS METODOLÓGICOS

1. Realidad problemática.....	20
1.1. Planteamiento del problema.....	20
1.2. Formulación del problema.....	22
1.3. Justificación e importancia del estudio.....	22
1.3.1. Justificación del estudio.....	22
1.3.1.1. Fáctica.....	22
1.3.2. Importancia del estudio.....	25
1.4. Objetivos.....	26
1.4.1. Objetivo General.....	26
1.4.2. Objetivos Específicos.....	26
1.5. Hipótesis	26
1.6. Variables	26
1.6.1. Variable Independiente	26
1.6.2. Variable Dependiente.....	27
1.7. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	28
1.7.1. Métodos.....	28
1.8. Técnicas.....	30
1.9. Instrumentos.....	30

CAPÍTULO II TEORÍA DE LA PENA EN EL SISTEMA NACIONAL

1. Introducción	33
2. Definición de pena.....	34
3. Justificación de la pena	38
3.1. Fundamento ético de la pena.....	39

3.2. Fundamento utilitario (de oportunidad o práctico)	40
3.3. Fundamento político	40
3.4. Fundamento Socio Criminológico	40
3.5. Teorías escépticas	41
4. Fin de la pena	41
4.1. Teorías Absolutas.....	43
4.1.1. Aspectos a favor de las teorías Absolutas	46
4.1.2. Aspectos en contra de las Teorías Absolutas	48
4.1.3. Teoría Retribucionista.....	49
4.1.4. Teoría de la Expiación	53
4.2. Teorías Relativas.....	56
4.2.1. Prevención General	57
4.2.2. Prevención Especial	65
4.3. Teorías Mixtas	68
5. Los fines de la pena en el Sistema Nacional	75

CAPITULO III

DETERMINACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL PERÚ

1. Introducción	86
2. El complejo camino hacia el <i>quantum</i> de la pena	87
2.1. Etapas en la Determinación e individualización judicial de la pena.....	89
2.1.1. Pena Básica	92
2.1.2. Pena Concreta.....	96
3. Principales Sistemas de Individualización Judicial de la Pena.	99
3.1. Determinación Penal del Positivismo:	100
3.2. Determinación Penal del criticismo talional:	100
3.3. Determinación penal del idealismo dialéctico:	101
3.4. Determinación ético-aristotélica:	102
3.5. Teoría de la pena exacta o puntual.....	103
3.6. Teoría del Espacio de Juego.....	105
3.7. Teoría del Valor Relativo.....	108
3.8. Teoría de la combinación.....	109
4. Evolución de la Individualización Judicial de la Pena en el Perú.....	110
4.1. Código Penal de 1863	110
4.2. Código Penal de 1924	112

4.3. Código Penal de 1991	114
5. Individualización Judicial de la Pena la Ley N° 30077-Sistema de Tercios	119
5.1. Antecedentes	119
5.2. Operatividad del Sistema de “Tercios”	122
5.2.1. Determinación judicial con circunstancias genéricas	123
5.2.2. Determinación judicial con circunstancias específicas.	126
5.2.3. Determinación judicial circunstancias agravantes cualificadas.	127
5.2.4. Determinación judicial-causales de disminución de punibilidad.....	129
5.2.5. Determinación judicial reglas de reducción por bonificación procesal.	130
5.2.6. Determinación judicial de la pena en caso de penas conjuntas.....	130
6. Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Penal	131

CAPÍTULO IV

EL PROCESO PENAL EN EL PERÚ

1. Introducción	136
2. Sistemas Procesales.....	137
2.1. Sistema Procesal Acusatorio.....	138
2.1.1. Antecedentes	138
2.1.2. Concepto.	142
2.1.3. Características	142
2.2. Sistema Procesal Inquisitivo	144
2.2.1. Antecedentes	144
2.2.2. Concepto	146
2.2.3. Características	146
2.3. Sistemas procesales Mixtos	150
2.3.1. Antecedentes	150
2.3.2. Concepto	152
2.3.3. Características	153
3. Evolución Histórica del Proceso Penal Peruano.	155
3.1. Incanato.....	155
3.2. Época colonial.....	155
3.3. Época Republicana.....	157
3.3.1. Código de Enjuiciamientos en Materia Penal.	157
3.3.2. Código de Procedimientos en Materia Criminal.....	158
3.3.3. Código de Procedimientos Penales de 1940	160
3.3.4. Código Procesal Penal de 1991	161

3.3.5.Nuevo Código Procesal Penal de 2004	161
4.El Actual Sistema Procesal Peruano.	162
5.Principios que Rigen el sistema Procesal Peruano.....	164
5.1. El principio acusatorio.	165
5.2. El principio de oralidad.....	167
5.3. El principio de publicidad del juicio.....	168
5.4. El principio de inmediación.....	170
5.5. El principio de contradicción.....	172
5.6. El principio de igualdad de armas.....	173
5.7. El principio de presunción de inocencia.....	174
5.8. Principio de inviolabilidad del derecho de defensa	176
5.9. Principio de unidad y concentración.....	178
5.10.Principio del Juez Natural o Legal	180

CAPITULO V

IMPLEMENTACIÓN DE LA CESURA DE JUICIO EN EL PERÚ

1.Introducción	183
2.Antecedentes de la Cesura de Juicio	184
3.Definición de Cesura de Juicio.	187
4.Momento y contenido de cada fase de la Cesura	190
4.1. Teoría del injusto penal.....	192
4.2. Teoría de la culpabilidad.....	192
4.3. Teoría de la investigación unitaria.....	193
4.4. Teoría de la investigación específica o bipartita.....	194
5.¿Cesura Obligatoria o Facultativa?	195
5.1. Teoría de la obligatoriedad	196
5.2. Teoría facultativa:	197
5.3. Teoría relativa	197
6.La Cesura de Juicio en la legislación Comparada.....	197
6.1. Suiza.-	197
6.2. Estados Unidos.-	198
6.3. Guatemala	200
6.4. Costa Rica	201
6.5. República Dominicana.....	202
6.6. Argentina.....	204

6.7. Paraguay.....	205
6.8. Puerto Rico.....	206
6.9. Chile.....	207
6.10.Colombia.....	209
6.11.México	210
7.La cesura de juicio en el Perú	212
8.Influencia de la Cesura de Juicio en la individualización Judicial de la Pena. .	216
9.Incorporación de la Cesura – Fórmula legislativa.....	219
9.1. Contenido de la Cesura	219
9.2. Aporte Probatorio.....	220
9.3. Obligatoriedad de la Cesura.....	221
9.4. Apelación	222
9.5. Ejecución Provisional luego del interlocutorio de culpabilidad	223
9.6. Desventajas de la incorporación de la Cesura de Juicio	224
9.6.1.Dilatación del Proceso.....	224
9.6.2.Mayores costos procesales.....	224

CAPÍTULO VI ANÁLISIS Y RESULTADOS

1.Trabajo de Campo Realizado.....	226
2.Población.....	226
3.Muestra.....	226
4.Análisis de los resultados obtenidos	252

CAPITULO VII CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

1.Discusión de resultados.....	256
CONCLUSIONES	261
Conclusión General	261
Conclusiones Específicas	261
Recomendaciones.....	262
Proyecto de ley sobre implementación de la cesura de juicio.....	264
Bibliografía	267

RESUMEN

El presente trabajo de investigación se estructura en siete capítulos, cada uno de los cuales ha sido desarrollado con la finalidad de demostrar que la Cesura del Juicio Penal, conllevaría a optimizar el proceso de determinación judicial de la pena. Para dicho cometido en el primer capítulo se desarrolla la parte metodológica, en la cual se explicitan desde los orígenes de la investigación hasta la propuesta tentadora a la respuesta del problema, justificando el mismo y estructurando la investigación en base a métodos y técnicas que permitirán la contrastación de la hipótesis.

En el segundo capítulo, se abordará las teorías de la pena en nuestro sistema nacional, preámbulo ineludible si lo que se busca es optimizar el procedimiento para su determinación, en este acápite recordaremos el concepto de pena, los fines de la misma y la forma en la que estos han ido acomodándose a los diversos sistemas jurídicos y, sobre todo a la evaluación del pensamiento penal, igualmente nos centraremos en el rol que la pena ocupa en nuestro sistema nacional, a través de un análisis histórico de su regulación en nuestro país y sobre todo, el tratamiento dado en la actualidad. Así al final de este estudio se podrá establecer si la finalidad de la pena en el Perú puede ser lograda con el actual sistema o, necesita conforme la propuesta, de la implementación de la cesura de juicio.

En el tercer capítulo, evaluaremos la determinación judicial de la pena, al igual que en el caso anterior se realizará un análisis histórico en nuestro país, y sobre todo nos centraremos en el llamado sistema de tercios, cuya operatividad, a

consideración del autor hace imperioso sacar del ocio al debate de la pena dado por los operadores jurídicos, al finalizar este capítulo, podremos comprender la operatividad del sistema de determinación de la pena en el Perú, así como si este resulta compatible con la finalidad de la pena.

En el cuarto capítulo analizaremos el proceso penal en el Perú, dado que si bien, la determinación de la pena tiene sustento sustantivo, su operatividad tiene un carácter procesal, pues es en el proceso en el que llega establecerse su quantum, de esta forma, al culminar el estudio podremos comprender cuál es nuestro modelo procesal y si en el mismo es compatible la implementación de la cesura.

Culminando el marco metodológico, se estudiará la figura de la Cesura de Juicio, desde sus antecedentes, hasta los costos y beneficios de su aplicación en nuestro país, en este capítulo resalta el estudio de la legislación comparada, que nos da matices del esbozo de regulación que se propone y, sobre todo, la influencia que este simple, pero eficaz proceso acarrea en la determinación judicial de la pena.

El quinto capítulo está reservado para el análisis de los resultados obtenidos en el trabajo de campo, específicamente de la evaluación de las doscientas sentencias examinadas, se presentarán esquemáticamente los resultados, así como las inferencias logradas de los mismos, sobre todo, las comparaciones entre procesos que ameritaron un debate de la pena y los que no tuvieron dicha etapa.

Culminado el presente trabajo, se pondrá de manifiesto si la hipótesis propuesta al inicio ha sido contrastada con los resultados, en la medida que, a criterio del autor, la cesura permitirá optimizar la individualización judicial de la pena.

ABSTRACT

The present investigation work is structured in seven chapters, each of which has been developed with the purpose of demonstrating that the bifurcation, would lead to optimize the process of judicial determination of the punishment. For this purpose in the first chapter the methodological part is developed, in which the origins of the research are explicitly explained, up to the tempting proposal to answer the problem, justifying it and structuring the research based on methods and techniques that will allow the testing of the hypothesis.

In the second chapter, the theories of punishment in our national system will be addressed, an inescapable preamble if what is sought is to optimize the procedure for its determination, in this section we will remember the concept of punishment, the ends of it and the way in which that these have been accommodating to the various legal systems and, especially to the evaluation of criminal thinking, we will also focus on the role that grief occupies in our national system, through a historical analysis of its regulation in our country and Above all, the treatment given today. Thus at the end of this study it will be possible to establish if, the purpose of the penalty in Peru can be achieved with the current system or, needs according to the proposal, the implementation of the bifurcation.

In the third chapter, we will evaluate the judicial determination of the punishment, as in the previous case a historical analysis will be carried out in our country, and above all we will focus on the so-called system of thirds, whose operation, to the author's consideration, makes it imperative take the discussion of the penalty

given by the legal operators out of leisure, at the end of this chapter, we will be able to understand the operation of the punishment determination system in Peru, as well as if this is compatible with the purpose of the punishment.

In the fourth chapter we will analyze the criminal process in Peru, given that although the determination of the punishment has substantive support, its operation has a procedural character, since it is in the process in which its quantum is established, in this way, at the end of the study, we will be able to understand what our procedural model is and whether the implementation of the caesura is compatible in it.

Culminating the methodological framework, the figure of the bifurcation will be studied, from its antecedents, to the costs and benefits of its application in our country, in this chapter highlights the study of comparative legislation, which gives us nuances of the outline of regulation What is proposed and, above all, the influence that this simple, but effective process entails in the judicial determination of punishment.

The fifth chapter is reserved for the analysis of the results obtained in the fieldwork, specifically the evaluation of the three hundred sentences examined, the results will be presented schematically, as well as the inferences obtained from them, especially the comparisons between processes that merited a debate of the sentence and those that did not have this stage.

After the present work, it will become clear if the hypothesis proposed at the beginning has been contrasted with the results, to the extent that, at the discretion of the author, the bifurcation will optimize the judicial individualization of the sentence.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación versa sobre la influencia de la Cesura de Juicio en la Determinación Judicial de la Pena, de cara al nuevo sistema de tercios implantado en nuestro país.

El término “cesura” poco usual en el derecho, deviene del vocablo latín *caesura* que significa corte, interrupción, y esto es lo que pragmáticamente implica, aunque más exactamente tomamos la acepción de división, en la medida que amerita la *bifurcation* –usando un término anglosajón- del juicio, de manera que se estructure en dos partes, la primera dedicada a la evaluación del hecho y la vinculación del procesado con el mismo, mientras que la segunda sólo para determinar la pena y demás consecuencias accesorias, aunque el contenido de cada fase difiere en ciertas legislaciones, la idea central es la división del juicio penal en dos fases.

En nuestro país, se ha instaurado un juicio monofásico, en el cual todos los aspectos del hecho y de la determinación de su responsabilidad se ven discutidos en un único momento, lo cual además de las posibles contradicciones en las que pueda incurrir la defensa al propugnar la absolución y a la rebaja de la pena al mismo tiempo, ha conllevado al desplazamiento de la determinación de la pena a un segundo plano, tan es así que en no pocas ocasiones ni siquiera es discutido este aspecto, limitándose los operadores del derecho a fijar fórmulas abiertas y carentes de sustento en el caso concreto.

En tal sentido, debido a la aplicación casi mecánica de la pena sin someterla al contradictorio, ha surgido en el investigador el interés por analizar los efectos que traería el propiciar un espacio adecuado para el debate de la pena, teniendo en cuenta los fines de la misma declarados tanto en la Constitución como en los demás cuerpos normativos.

De este modo se presenta a continuación, un estudio sobre la influencia que tendría en la determinación judicial de la pena el dividir el debate, permitiendo con ello que el quantum punitivo no sea solo una enunciación genérica sino una fundamentación real de las circunstancias que la norma y sobre todo los fines de la pena exigen para una correcta cuantificación.

CAPÍTULO I

ASPECTOS

METODOLÓGICOS

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.

1.1. Planteamiento del problema.

La individualización judicial de la pena es uno de los aspectos dogmáticos del Derecho Penal que menos se ha estudiado y, que por ende es el menos evolucionado, lo cual, conllevó en su momento a la vigencia de genéricas disposiciones normativas sobre la materia, así como a una indeterminación respecto de la forma en que debía individualizarse la pena concreta.

Los operadores del derecho, específicamente los jueces, se encontraban hasta antes de la Ley N° 30076, sin un criterio unívoco para establecer la sanción penal en el caso en concreto, en base a esta indeterminación es que se promulgó la mencionada norma que instauró el “sistema de tercios” basado en la división del marco penal en tres tramos, en los que el magistrado discurriría según la concurrencia de circunstancias de atenuación o agravación de la conducta.

Sin embargo, este sistema en lo que va de su vigencia –más de cinco años– ha resultado una herramienta “práctica” que ha mecanizado la labor judicial y que si bien permite la predictibilidad en cuanto al quantum de la pena, ocasiona en no pocos casos una sanción desproporcional y hasta desigual, erigiéndose como una “camisa de fuerza” que ha hecho perder de vista a los magistrados las valoraciones relevantes al momento de establecer la sanción a aplicar, pues ahora, se realiza una mera operación matemática cual hoja de cálculo, sin valorar los distintos aspectos que

concurrir en la conducta y en el autor.

Es en ese marco es que se ubica el presente trabajo pues, se advierte que no se debate en el juicio oral – o se realiza de manera secundaria- el tema sobre la aplicación de la pena y el quantum de la misma, limitándose en la actualidad a realizar un cálculo matemático sin alegaciones de la defensa que prefiere centrarse en la inocencia del inculpado, ello para no debilitar su teoría del caso.

Lo antes expuesto, trae como consecuencia que se dejen de lado principios penales que concurren en la determinación judicial de la pena, ello para asegurar la defensa contra la extrema legalidad penal que soslaya derechos fundamentales, como sabemos el control difuso es el mecanismo constitucional para este tipo de casos, pero a pesar de ello en la práctica judicial no ha sido utilizado o se ha hecho de un modo incorrecto, en tanto no existe dentro del juicio una oportunidad procesal oportuna para debatir su aplicación.

En ese sentido nos encontramos en un escenario en el que, cual avalancha, los problemas en torno la determinación judicial de la pena que incide directamente en la noción de “pena justa” se abalanzan uno sobre el otro creando a su vez un problema mayor, avalancha que se inicia con la asistemática consignación de penas en el catálogo del Código Penal, penas desproporcionales de las cuales ya bastante se ha escrito; aunado a ello el sistema para ubicar la pena dentro de los márgenes legales carece de un

criterio dogmático, estableciendo una herramienta práctica y que formalmente es correcta –asignar una menor pena a un menor injusto- pero que, una vez aplicada descubrimos sus falencias, asimismo un sistema procesal en el cual poco o nada se debate lo concerniente a la individualización judicial de la pena finiquitando con una insuficiente o aparente motivación sobre la misma, nos pone sin duda frente a un escenario oscuro.

1.2. Formulación del problema.

¿En qué medida la implementación de la cesura de juicio en el Perú contribuiría al proceso de individualización judicial de la pena?

1.3. Justificación e importancia del estudio.

1.3.1. Justificación del estudio.

1.3.1.1. Fáctica: En la actualidad la determinación judicial de la pena es una de las áreas menos abordadas en la dogmática penal, pero es de suma relevancia práctica, pues a través de ella se establece la medida de pena que a cada individuo le corresponde según el delito cometido, en lo que finalmente se concretiza el derecho penal.

En ese sentido se advierte la concurrencia de múltiples casos en los que en circunstancias disímiles la pena es la misma, (agravando la situación de uno respecto del otro sin justificación objetiva) y a la inversa, concurren casos en los que en circunstancias semejantes se

aplican distintas pena, causando igualmente agravio respecto de uno de los sentenciados.

Es así que en la práctica judicial, el tema de estudio es de suma importancia y suscita la atención no sólo de los operadores jurídicos, sino también de los ciudadanos, quienes, al fin y al cabo luego del veredicto de culpabilidad esperan la imposición de una pena “justa” aunque muchas veces dicha justicia sea solo un encubrimiento de venganza, la cual no forma parte del fin de la pena y que de forma tergiversada es incluida implícitamente en las diferentes sentencias que se estudiarán en el presente trabajo.

Asimismo, se ve reflejada en la práctica judicial, el hecho de no debatirse la pena ni los principios que la fundamentan, sino simplemente se ha instaurado una mecanización en la aplicación de un sistema de tercios que ha “solucionado” los problemas judiciales, claro está relativos a la actividad reflexiva y valorativa que comprende toda resolución judicial.

1.3.1.2. Doctrinaria: A la fecha existen múltiples corrientes respecto a la determinación judicial de la pena, desde la teoría de la pena exacta, el ámbito de juego, hasta las nuevas teorías enfocadas en la proporcionalidad. Ninguna de ellas ha sido aceptada como la que reúne la solución para todos los casos presentados, sin embargo en nuestro país se adoptó en un momento la del ámbito de juego, y

ahora con el nuevo sistema de tercios, se ha mermado en demasía la discrecionalidad que tenía el magistrado para aplicar una sanción, sustrayendo el análisis a un cálculo matemático preestablecido por el legislador.

Independientemente de la teoría a la que se adscriba –salvo la de pena tasada- resulta relevante e innegable que, la individualización judicial deba ser debatida, la pregunta es si dicho debate debe realizarse en la misma oportunidad que los aspectos relativos a la determinación de responsabilidad o, en una oportunidad distinta.

Es así que se erigen las teorías de un juicio monofásico o bifásico, lo cual incide también en el tipo de sistema procesal al que se adscriba determinada legislación –inquisitivo, acusatorio, mixto-

1.3.1.3. Legal: La modificatoria incluida por la Ley N° 30076, que incorpora el sistema de tercios, si bien fue recibida por los magistrados con mucha aceptación, a lo largo de su vigencia ha dejado varios vacíos e incluso resultados incongruentes, que determinan una reevaluación de su aplicación y precisiones normativas en cuanto a sus alcances, más aún si en la práctica judicial se ha instaurado una mecánica aplicación, cual tabla de sumas y restas, perdiendo de vista los verdaderos fundamentos de la pena.

A su vez el Nuevo Código Procesal Penal promulgado por el Decreto Legislativo N° 957, cuya vigencia progresiva se inició en 2004, ha sido catalogado de corte garantista, adversarial y acusatorio, incorporando un sistema procesal moderno que propugnaba la eficacia en la persecución del delito y a su vez el respeto por los derechos fundamentales, sin embargo dicho código justifica también el presente estudio en la medida que no se ha considerado una etapa privilegiada para el debate de tan importante cuestión en un proceso: la individualización judicial de la pena.

1.3.2. Importancia del estudio.

La presente investigación se realiza para obtener conocimientos sustentados en doctrina y para poder determinar si la cesura de juicio contribuiría positivamente al actual sistema de individualización judicial de la pena, pues la aplicación literal del sistema de tercios, aunado a los distintos problemas ya reseñados, ha conllevado a establecer penas formal y legalmente correctas pero que no satisfacen sus fines.

En ello radica la importancia del presente trabajo, pues, un sistema jurídico penal que se limite a estudiar la teoría del delito y nos indique quien es responsable, queda incompleto y hasta inservible si, al momento de aplicar la sanción, no se logra una que cumpla con los fines de la pena y satisfaga también los intereses de la sociedad.

1.4. Objetivos.

1.4.1. Objetivo General.

- Determinar la contribución que realizaría la implementación de la cesura de juicio en el proceso de individualización judicial de la pena en el Perú.

1.4.2. Objetivos Específicos.

- Establecer cuál es la finalidad de la pena según nuestro Ordenamiento Jurídico Nacional.
- Conocer en qué consiste el proceso de individualización judicial de la pena y su operatividad en el sistema nacional.
- Determinar el sistema procesal al que se adscribe nuestro País así como sus principales características.
- Establecer los costos y beneficios que acarrearía la implementación de la Cesura de Juicio en el Perú.

1.5. Hipótesis

La implementación de la Cesura de Juicio en el Perú permitiría optimizar el proceso de individualización judicial de la pena.

1.6. Variables

1.6.1. Variable Independiente

La implementación de la Cesura de Juicio en el Perú

1.6.1.1. Indicadores

- Proceso Penal
- Sistema procesal Acusatorio
- Sistema Procesal Inquisitivo
- Sistemas Procesales Mixtos
- Juicio Monofásico
- Juicio Bifásico
- Derecho a la Defensa
- Motivación de las resoluciones Judiciales

1.6.2. Variable Dependiente

Optimizar el proceso de individualización judicial de la pena.

1.6.2.1. Indicadores

- Definición de pena.
- Justificación de la pena
- Fin de la pena
- Determinación judicial de la Pena
- Individualización judicial de la Pena
- Principio de Culpabilidad
- Principio de Proporcionalidad
- Sistema de Tercios

1.7. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos.

1.7.1. Métodos

1.7.1.1. Métodos de la ciencia en general

i). Método Inductivo. Método que postula el partir de apreciaciones particulares para llegar a conclusiones generales, en la investigación en concreto se utiliza este método a efectos de analizar cada uno de los casos materia de muestra para identificar si podemos admitir como premisa general que en los procesos llevados a juicio no se debate la pena y se aplica solamente la operación aritmética del sistema de tercios.

ii). Método Analítico, Método que supone la desmembración del “todo” en cada una de sus partes a efectos de un mejor estudio, en la investigación que se ha realizado, este método es utilizado en la medida que la institución de la determinación judicial de la pena será estudiada desde la finalidad que la pena tiene en nuestro sistema, hasta las implicancias de nuestro relativamente reciente sistema de tercios.

iii). Método Deductivo. El cual supone partir de conclusiones generales a los fenómenos particulares, en la presente investigación se utiliza este método en la medida que a partir de la regla general de que toda pena para ser impuesta debe estar debidamente motivada a efectos de que en cada caso en particular

analizado verificar si se cumple la misma.

1.7.1.2. Métodos específicos del derecho.

i). Método Histórico. El mismo que supone el análisis de las normas dictadas a lo largo del tiempo a efectos de avizorar su avance y a qué obedece el cambio, en el caso en concreto este método se utiliza a efectos de determinar en base a qué criterios y de qué forma ha evolucionado en nuestro país el sistema de determinación judicial de la pena y los criterios que han sido considerados para su aplicación, asimismo la evolución que ha tenido el proceso penal peruano y en específico el debate del juicio.

ii). Método Sistemático. El cual supone el análisis de las normas de nuestro ordenamiento jurídico como un todo conexo, es decir, sin aislar la normativa del Derecho Penal de la del Derecho Constitucional y viceversa, a efectos de establecer la interpretación más acorde con la normativa nacional.

iii). Método Teleológico. Método que implica el análisis de la “ratio legis” es decir la finalidad de la norma, para establecer cuál es la interpretación que debe darse de los diferentes dispositivos normativos analizados, artículos 45, 45-A, 46 entre otros.

iv). Método Comparativo, A través del cual se establece la búsqueda

de normativa extranjera a efectos de contrastarla con la nacional, y poder encontrar en los sistemas jurídicos afines los efectos que ha tenido la implementación de la cesura de juicio.

1.8. Técnicas.

Las técnicas deben ser seleccionadas teniendo en cuenta lo que se investiga, en el presente caso, se ha optado por utilizar la recolección de datos

1.9. Instrumentos.

Los instrumentos son los medios auxiliares para recoger y registrar los datos obtenidos a través de las técnicas, en este caso se realizará una ficha de recolección de datos.

CAPÍTULO II

TEORÍA DE LA PENA EN EL

SISTEMA NACIONAL

*“La Fuerza de las Leyes propiamente dichas depende,
ante todo de su sanción, que es la que pone por decirlo
así, el sello a la autoridad de aquellas” (Burlamaqui)*

1. Introducción

Conforme nos ilustra el profesor JESCHECK (2014):

El origen de la pena reside en la oscuridad de creencias mágicas dominantes en la antigüedad, en virtud de las cuales la venganza del ofendido y su clan frente al delincuente y al suyo, se combinaba con actos simbólicos dirigidos a la reconciliación con los Dioses enojados por la comisión del hecho. Pero la pena pública aparece ya documentada en el antiguo Derecho judío, en los comienzos de Roma y con los germanos. (pág. 95)

Sin embargo tal concepción de las sanciones, como es propio en las relaciones sociales, han sufrido una marcada evolución, desde las cruentas aflicciones físicas contenidas por ejemplo en el código de Hammurabi o la llamada ley del “talión”, hasta las modernas teorías preventivas y resocializadoras de la pena.

Este cambio en el sistema de penas, ha obedecido en gran medida a la evolución que ha tenido la perspectiva de su finalidad¹, impulso que se atribuye a CESARE BECCARIA, quien con su libro “*De los delitos y las penas*” publicado en 1764, revolucionó la concepción punitiva del siglo XVIII en pleno auge de la ilustración, en efecto, el citado autor inicia su obra dando una luz del origen de las penas que él llama “*motivos sensibles*” y que manifiesta son creadas con la finalidad de evitar las usurpaciones privadas de

¹ Giuseppe Maggiore, en su libro “Derecho Penal Volumen II” afirma que toda la reforma y reconstrucción científica del Derecho Penal desde el siglo XVIII se ha debido a la incidencia de Beccaria, expone ello en la disquisición sobre si debe indagarse el fundamento de la pena.

la libertad general conformada por el cúmulo de libertades individuales cedidas. (Beccaria, 1993, pág. 52)

Como se advierte es una de las primeras nociones de lo que ahora conocemos como la protección de bienes jurídicos y que forma parte del principio de Lesividad, por ello y mucho más, la obra en comento es un paradigma del enfoque que debe merecer la pena, el análisis sobre la finalidad que la misma persigue y la eficacia que tiene hacia dicho fin.

Es en ese sentido que resulta gravitante el ubicar en el contexto nacional, cuál es el fin perseguido por la pena, norte que permitirá a su vez sistematizar su aplicación y claro está armonizar las disposiciones correspondientes a su determinación e individualización.

2. Definición de pena.

El término “pena” es sinónimo de “castigo” y en términos generales pone de manifiesto el dolor o aflicción que se inflige a quien ha violado un mandato. (ANTOLISEI, 1988, pág. 483)

Para los profesores MUÑOZ y ARÁN (2010) “Pena es el mal que impone el legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables del mismo” (pág. 46) agregan que la misma se justifica en la “Necesidad como medio de represión indispensable para mantener la condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad. Sin la pena la convivencia

humana en la sociedad actual sería imposible” (García Arán & Muñoz Conde, 2010, pág. 47)

Por su parte el profesor nacional Hurtado Pozo (2005), manifiesta que “La sanción penal, consecuencia de la infracción, implica la restricción o la privación de derechos fundamentales” (pág. 34)

Asimismo ZUGALDÍA ESPINAR (citado en CALDERÓN CERESO & CHOCLÁN MONTALVO, 2001) expone que la pena “Es conceptualizada como un castigo fundamentado en la culpabilidad del autor, de esencia retributivo, y orientada en la medida de lo posible hacia fines preventivos (prevención general y prevención especial)”. (pág.444)

También puede decirse de la pena que se trata de una expectativa de la actuación Estatal definida por un acto coactivo esencial para la comprensión del derecho penal. (BUSTOS RAMIREZ, 1989, pág. 20)

Otro autor nacional que define la pena como un mal es el profesor PEÑA CABRERA (1999) quien afirma:

La pena se asoma como un mal ante los hombres, porque esta sanción significa, precisamente la afectación de ciertos derechos de quien lesionó o puso en peligro un bien jurídico tutelado por el Derecho Penal. Sin embargo, el hecho que la pena sea un mal para quien la recibe es sólo poner de manifiesto su carácter principal; porque el mal que encierra la

pena está unida a la idea de *necesariedad*. (pág. 94)

Cabe destacar que entre pena y delito existe una relación sustancial, como lo pone de manifiesto POLAINO NAVARRETE (2004):

La intrínseca relación existente entre ambos conceptos puede analizarse desde un punto de vista lógico y desde un aspecto material. En primer lugar, el delito es el antecedente lógico de la reacción criminal. En segundo término, el delito actúa además como fundamento material de la pena, en cuanto ésta constituye la consecuencia jurídica de aquél y opera como elemento habilitante para que actúe el *ius puniendi* del Estado.

Sin la comisión de un delito, no puede actuar el mecanismo del Derecho penal, en cuanto ordenamiento que establece, para la comisión del delito, una determinada pena, la cual conceptual y normativamente es la consecuencia jurídica de aquél: *sin delito no hay pena*. (pág. 86 y 87)

Explica también el profesor Antolisei (1988) sobre el carácter de la pena:

Su carácter esencial es la aflictividad; una pena no aflictiva sería y es una verdadera *contradictio in terminis*; sería como decir luz oscura o fuego frío. El carácter que acabamos de indicar es propio de todos los castigos, aun de los que se infligen en el ámbito privado: en la familia, en los colegios, en las asociaciones, etc. En todo caso, el castigo implica un sufrimiento. La pena que a nosotros nos interesa difiere de los demás castigos en que es infligida por el Estado: es una *sanción pública*. (pág. 483)

A pesar de estas referencias a la pena como un mal impuesto al autor de un injusto, explica el profesor JAKOBS (1997) que:

El injusto es un mal y el deber de cargar con los costes también es un mal, pero a pesar de ello no cabe definir la pena como infligir un mal a causa del mal cometido: Sería absurdo “querer un mal porque ya se ha dado otro mal”, y este seguir un mal a otro describe a la pena sólo según su “carácter superficial”². La pena hay que definirla positivamente: Es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada. (pág. 9)

El tratadista argentino ZAFFARONI (1988) conceptualiza a la pena como:

La privación de bienes jurídicos que el Estado impone al autor de un delito en la medida tolerada por sentimiento social medio de seguridad jurídica y que tiene por objeto resocializarle, para evitar nuevos ataques a bienes jurídicos penalmente tutelados. (pág. 77)

Al igual que ellos, diversos profesores, hacen referencia a la pena, como la respuesta que tiene el Estado a través del *ius puniendi* frente a la realización de un hecho considerado como infracción penal –delito o falta-, conceptualización consensuada, y que no ofrece mayores dificultades, supuesto que no ocurre cuando se pretende desarrollar su justificación y finalidad.

² En este punto JAKOBS hace referencia a las ideas de Hegel, sobre la superficialidad de la pena como un mal.

3. Justificación de la pena

La pena como afirma el ya citado profesor Muñoz Conde (2010) se justifica por “su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad” (pág. 48). Este criterio es compartido por JESCHECK (2014) quien reproduce una cita similar de Schmidhäuser y, además agrega que:

Sin la pena el Derecho dejaría de ser un Ordenamiento coactivo para quedar reducido a normas puramente éticas. Como expresión de la violencia estatal la pena pertenece a toda comunidad fundada sobre normas jurídicas (justificación político-estatal de la pena). Además la pena es necesaria para satisfacer la necesidad de justicia de la comunidad. Sería imposible una convivencia pacífica de las personas, si el Estado se limitara a la defensa frente a la comisión inminente de delitos y exigiera tanto al ofendido como a la comunidad tolerar el delito cometido y vivir con su autor como si no hubiera sucedido injusto alguno. (pág. 96)

En efecto la pena se justifica en la medida de que el Derecho debe proveer un mecanismo idóneo para la protección de los bienes jurídicos más relevantes, (Principio de Lesividad) ya sea por la puesta en peligro o lesión de los mismos.

Siempre que estemos frente a una sociedad, entendida como la agrupación organizada de hombres, se requerirá de cierta disciplina para la convivencia y para que los intereses contrapuestos puedan subyacer, disciplina que se pone

de manifiesto en un sistema de castigos que, al final desembocarán en la aplicación de una sanción. (ANTOLISEI, 1988, pág. 486)

Cabe aclarar que hablar de justificación es sinónimo de fundamento de la pena, término que varía según se trate el autor, esta acotación es pertinente en la medida de hacer referencia a las teorías sobre la fundamentación de la pena a las que hace alusión el profesor POLAINO NAVARRETE (2004), así tenemos:

3.1. Fundamento ético de la pena

Propugnada por un sector de la doctrina liderado por Hans WELZEL, entiende que:

“Toda acción del Estado, en tanto ejercicio de poder, requiere de una fundamentación ética, en mayor medida aun que la acción del individuo (...) la pena no se fundamenta en una pura pretensión moral, sino en una necesidad social. Hasta tanto la pena es necesaria para el mantenimiento del orden social, por sí misma no es un fin, sino un medio para la realización de un orden justo. (Citado en POLAINO NAVARRETE (2004) pág. 104).

Se critica esta teoría en la medida que su concepción puede atribuirse a otras sanciones jurídicas, como las administrativas, por lo que su ambigüedad no logra retratar el fundamento de la sanción penal en específico.

3.2. Fundamento utilitario (de oportunidad o práctico)

Otro sector de la doctrina, afirma que la pena se justifica en la medida de los beneficios que genera, los cuales resultan superiores a los costos generados, como puede advertirse esta teoría se orienta ya hacia lo que serán las teorías preventivas de la pena (sobre todo prevención general negativa) y cuyas críticas estriban en el mismo sentido, la degradación de la individualidad moral del sujeto. (POLAINO NAVARRETE, 2004, pág. 107)

3.3. Fundamento político

Esta teoría expone que sin la pena “el orden jurídico no podría ser más un orden coactivo capaz de reaccionar con eficacia ante las infracciones del mismo.” (GARCIA PABLOS DE MOLINA, 2009, pág. 188). Sin embargo explica POLAINO NAVARRETE (2004) que este fundamento no es aceptado, al no explicar del todo satisfactoriamente la imposición de pena, pues, a su criterio ello descuida aspectos primordiales en la justificación penal. (pág. 108)

3.4. Fundamento Socio Criminológico

Centra su explicación en que la pena es el medio más eficaz contra el crimen, conforme pone de manifiesto la realidad social. En palabras de PABLOS DE MOLINA (2009) la pena “satisface las ansias de justicia de la comunidad”

3.5. Teorías escépticas

Si bien el profesor JAKOBS (1997) hace una referencia unitaria a las teorías que explican la finalidad, naturaleza y fundamento de la pena, sin categorizar unas de otras, consideramos que, en lo atinente a lo que él explica como teorías escépticas, se hace referencia a la fundamentación de la pena.

Estas teorías niegan una justificación a la pena, y como explica el profesor antes citado, es propugnada por *idealistas* que consideraban la posibilidad de una sociedad sin delito.³

4. Fin de la pena

Cuando hablamos de fin, de la pena, se hace alusión a su función, o eficacia, en otras palabras los efectos que produce y los que son queridos por el Estado al promulgarlas. (ANTOLISEI, 1988, pág. 486)

Hacer mención al fin de la pena, es sin duda referirnos a las diversas teorías que se han propugnado a efectos de explicar su finalidad el cual es uno de los temas más álgidos de la dogmática penal y que ha suscitado debates que perduran a la actualidad, como explica el profesor BACIGALUPO (2004):

Desde hace más de dos mil años se ha intentado responder a la pregunta sobre la naturaleza de la pena con un gran número de puntos de vista, razón por la cual apenas resulta imaginable que puedan existir nuevas respuestas. Estas respuestas han sido formuladas como **teorías de la**

³ JAKOBS hace mención claramente a la “*Utopía*” de Tomás Moro y a la “*Cittá del Sole*” de Tomás de Campanella, como dos obras que retrataban una sociedad irrealizable.

pena. (pág. 31)

En efecto los dogmáticos del Derecho Penal, han pretendido explicar la finalidad de la pena a través de las llamadas teorías de la pena, que se evocan a un aspecto de la misma, como explica, el profesor GARCÍA CAVERO (2008):

Para establecer los límites a la aplicación de la pena por parte del poder penal, el Derecho Penal, ha desarrollado diferentes teorías: las teorías relativas y las teorías mixtas, siendo las teorías absolutas negadas pues implican la pura retribución por el hecho (pág. 47)

Estas teorías:

Llamadas también clásicas, retributivas o de la justicia, parten de la existencia de verdades o valores absolutos, considerando así que el sentido y el fundamento de la pena es sólo la justicia” (GARCIA CAVERO, 2008, pág. 47)

Las mismas suponen que la finalidad de la pena se agota en la mera venganza, el originar un mal por otro mal, que compense el daño causado.

En contraposición se tienen a las teorías relativas que se fundan en la idea de prevención, y se subdividen en las de prevención general y prevención especial, según la misma esté dirigida al colectivo o al sujeto en específico.

Finalmente como en casi todo sistema de teorías existen las llamadas teorías mixtas, que pretende de alguna u otra forma compensar las oposiciones entre teorías –principalmente entre las relativas- originando entre otras las teorías unificadora dialéctica de Roxin, la teoría diferenciadora de Schmidhäuser, etc.

4.1. Teorías Absolutas

Explica el profesor ROXIN (1997) que la denominación de “absolutas” se debe a su derivación de la expresión latina *absolutus* que significa desvinculado, en esa medida estas teorías se apartan –desvinculan- de cualquier consideración o efecto social atribuible a la pena. (pág. 82), de igual sentido es el profesor JAKOBS (1997) quien manifiesta que:

En una teoría de la pena se denominan absolutos aquellos elementos cuyo contenido surge, sin la consideración a la contribución de la norma a mantener el orden social, exclusivamente de la circunstancia de que se ha lesionado una norma; éstos pueden ser, junto al «si» de la pena, también su medida o límite máximo. (pág. 20)

Aunado a ello se tiene la posición de GARCÍA PABLOS DE MOLINA (Citado en VILLAVICENCIO TERREROS (2007), pág.47) quien afirma que la denominación de “Absolutas” se debe a que estas apelan a valores absolutos como lo es la justicia.

Se conoce por mucho que estas teorías centran el eje de su atención en la retribución, de ahí que se le conozcan también como teorías retributivas, del resarcimiento, recompensa, de la justicia, etc., para estas teorías lo fundamental es el castigo, negando toda utilidad de la pena fuera de la sanción en sí misma, lo cual lleva a considerar que no se trata de una teoría propiamente dicha sobre el “fin” de la pena, en tanto llega a negar que ostente una finalidad, y:

Aparece sencillamente como la imposición querida de un mal dirigida a la compensación por la comisión de una infracción jurídica culpable.

Las bases ideológicas de las teorías absolutas residen en el reconocimiento del Estado como valedor de la justicia terrenal y esencia de los valores morales, en la creencia de la capacidad de autodeterminación de la persona y en la limitación de la misión del Estado a la protección de la libertad individual. En las teorías absolutas de la pena confluyen, pues, planteamientos idealistas, conservadores y liberales. (JESCHEK & WEIGEND, Tratado de Derecho Penal Parte General, 2014, pág. 104)

Sin embargo el profesor MIR PUIG, (1998) concordando su pensamiento con el profesor ROXIN sostiene que si bien estas teorías no atribuyen a la pena ninguna utilidad social, ello no significa que no asignen función a la pena, pues esta vendría determinada por la *realización de la justicia*. (pág. 47)

Aunque esencialmente se refieran a las teorías absolutas como retribución existen variables dentro de estas teorías que se fundan en la expiación del condenado, como forma de redimir su culpabilidad frente al delito, lo cual trataremos más adelante.

Se sostiene también que la retribución se fundamenta en la noción de justicia, pena justa, íntimamente ligada con el criterio de culpabilidad, pues la pena debe responder a la gravedad del hecho cometido por el autor, de ahí que derive en un límite a la fijación temporal de la pena –en contraposición a la corriente preventiva especial-.

Esta noción punitiva ha sido enraizada desde antaño a través de las penas físicas que buscaban una equivalencia entre infracción y sanción, como la ley del talión, si bien fueron dejadas de lado por su contenido represivo, en la actualidad vemos como han sido reevaluadas ante el fracaso de la prevención especial materializada en la resocialización y el aumento de la criminalidad, una especial mirada debe darse al plano internacional con la: Persecución y castigo de los delitos de lesa humanidad cometidos por ex gobernantes, en la medida que se sustentan únicamente en la necesidad de dar a estas personas un justo castigo por los hechos que cometieron hace ya muchos años. (GARCIA CAVERO, 2008, pág. 44)

4.1.1. Aspectos a favor de las teorías Absolutas

Como explica el profesor BACIGALUPO (2004) a favor de estas teorías se resaltan dos puntos: **i)** Se impide utilizar al condenado para fines preventivos generales, es decir como herramienta de intimidación de la colectividad, que es la principal crítica realizada por Kant a las teorías preventivas, pues el hombre no puede ser un medio sino es un fin en sí mismo⁴ y **ii)** La finalidad de la pena no está condicionada por la tendencia general a delinquir a la que el autor del delito es ajeno. (pág. 32) Como vemos la teoría retribucionista, no resulta en su generalidad irracional a la dogmática penal, pues por un lado asume un límite al *ius puniendi* –culpabilidad- y también desprende del castigo las consideraciones ajenas al delincuente como es el aumento de la criminalidad, de lo cual no se tendría por qué hacerle responsable.

En efecto, puede decirse sobre los aspectos favorables de la teoría retribucionista que:

Su mérito radica en su capacidad de impresión psicológico social, así como en el hecho de que proporciona un baremo para la magnitud de la pena; si la pena debe "corresponder" a la magnitud de la culpabilidad, está prohibido en todo caso dar un escarmiento mediante una penalización drástica en casos de culpabilidad leve. La idea de la retribución marca, pues, un límite al poder punitivo del Estado y tiene, en esa medida, una función liberal de salvaguarda de

⁴ Anota el profesor Bacigalupo que en estos casos para la finalidad a la que apuntan las teorías preventivas generales no se requiere la correspondencia proporcional entre la gravedad del delito y la pena.

la libertad. Ciertamente es que no se puede determinar matemáticamente de forma exacta qué pena se corresponde con la magnitud de la culpabilidad; sin embargo, con la ayuda de las reglas legales de determinación de la pena y una teoría de la determinación de la pena científicamente perfeccionada, se consiguen de todos modos magnitudes penales de alguna forma calculables. (ROXIN C. , 1997, pág. 84)

En esa misma línea de pensamiento explica CALDERÓN & CHOCLÁN (2001):

La idea de la retribución como compensación justa de la culpabilidad hoy no ha perdido toda significación al constituir un importante principio limitativo en cuanto expresa la idea de que la pena debe ajustarse al contenido de injusto y culpabilidad por el hecho cometido. Por ello ha dicho ZIPF que el principio de culpabilidad en cuanto tal, no representa un fin de la pena y su función es más bien la de limitar la persecución de los fines de la pena a una medida adecuada a la culpabilidad por el hecho. (pág. 446)

En igual línea expresa BUSTOS (1989) que:

El aspecto positivo de estas teorías absolutas es su preocupación por la justicia y por tanto por la pena justa, tanto desde el punto del hecho como respecto del sujeto por el hecho realizado, de ahí que ellas hayan servido para desarrollar el principio de culpabilidad, sólo

se responde por el hecho y en cuanto el sujeto sea culpable. Por eso estas teorías han sido esencialmente garantistas, esto es, impiden una intervención abusiva del Estado, que implique sólo el ejercicio de su fuerza, de ahí que hayan estado traspasadas por un sentido ético (fundado, ya en el derecho natural o en el racionalismo liberal). (pág. 22)

4.1.2. Aspectos en contra de las Teorías Absolutas

La primera de las críticas viene de la mano de JESCHECK (2014), quien manifiesta:

La realización de la moral absoluta sobre la tierra no es una misión del Estado y que por sus fines y medios de poder tampoco puede serlo. La mayoría del injusto realmente cometido queda, según es conocido, sin castigar. Para la coacción estatal, con la aplicación de la pena únicamente puede tratarse de mantener la convivencia pacífica y segura de las personas a través de la coacción jurídica. Precisamente por ello, la pena no es impuesta siempre y en todo caso donde debe hacerse justicia, sino únicamente cuando ello es inevitable en interés de la protección de la sociedad. Hay que destacar además que en las teorías absolutas de la pena en absoluto se reconoce a la persona como un ente necesitado de ayuda, repetidamente maltratado y débil ante las tentaciones; en verdad se trata a la persona justamente, pero con una frialdad glacial. La verdad duradera de las teorías absolutas consiste en que sólo puede

aspirarse a la protección de la sociedad por medio de la pena, en la medida en que ello sea necesario y *siempre de un modo justo*. (pág. 105 y 106)

Es así que al tratar de partir de un punto de vista ético, de buscar un valor absoluto – que en realidad es variable- como la justicia como si existiese un orden de verdades irrefutables, pierden de vista la realidad social que regula el derecho y de la cual es expresión, sumado a que la mera idea de retribución atenta contra la dignidad humana en un Estado de Derecho. (BUSTOS RAMIREZ, 1989, pág. 23)

Además las teorías absolutas tampoco brindan una explicación sobre por qué la pena deba ser el instrumento de la compensación de la culpabilidad, asimismo el mal causado por la pena lejos de inocular el mal que constituye el delito se agrega como un segundo mal. (CALDERON CEREZO & CHOCLAN MONTALVO, 2001, pág. 446)

4.1.3. Teoría Retribucionista

La retribución como se ha dicho es la máxima expresión de las teorías absolutas, y que ha abarcado gran parte de la exposición general sobre estas, por lo que en este apartado es menester precisar algunos conceptos.

La retribución es entendida como una compensación del mal producido por el delito, equilibrando la culpabilidad del autor por el ilícito cometido, por lo que la pena siempre mira al pasado, al hecho que se

cometió. Descansando tal idea en tres presupuestos, **i)** La Potestad estatal para castigar al responsable, **ii)** La existencia de culpabilidad, **iii)** La necesidad de armonizar la culpabilidad al grado de la pena –pena justa- (VILLAVICENCIO TERREROS, 2007, pág. 48)

Sin embargo autores como GARCÍA CAVERO (2008), consideran que:

Si bien las teorías de la retribución pueden dar un criterio de referencia para la pena (culpabilidad), presuponen la necesidad de pena, por lo que no se encontrarían en posibilidad de explicar cuándo se tiene que penar. La necesidad de pena sólo podría determinarse atendiendo a los requerimientos del concreto sistema social. (pág. 45)

4.1.3.1. Retribución Moral- Pensamiento de Kant (subjetivo-idealista)

Considerada la retribución más absoluta, tan es así que JAKOBS considera que para Kant el contenido de la pena es el talión, pues bien, esta teoría supone que el delito es infracción al orden ético, por lo que la conciencia moral exige la retribución a través de la pena, Kant consideraba que la conducta debe ser moral y que lo es cuando responde a un deber de conciencia. (VILLAVICENCIO TERREROS, 2007, pág. 50)

Su postulado por excelencia es la norma como un *imperativo categórico*, esto es “como una exigencia incondicionada de la

justicia, libre de toda consideración utilitaria como la protección de la sociedad u otras” (MIR PUIG, 1998, pág. 47)

Pone de manifiesto el pensamiento Kantiano su ejemplo de la isla, cuya población decidiese disolverse y por ende disiparse, por lo que se plantea el problema de qué hacer con los delincuentes, proponiendo la solución de que aún cuando resultase inútil para la disuelta sociedad debería procederse a ejecutar todos los asesinos hallados en prisión, sólo para que todos entiendan el valor de sus actos, poniendo de relieve la idea fundamental y extrema del retribucionismo de castigar aún cuando no resulte ello beneficioso para la sociedad, lo que al final se erige como una de sus principales críticas. Como cita GARCÍAS PABLOS DE MOLINA (2009) Kant pregonaba *Fiat iustitia ut pereat mundus*; es preferible que muera un hombre a que se eche a perder todo un pueblo, pues si se va a pique la Justicia, no tiene sentido ya que vivan los hombres sobre la tierra. (pág. 199)

4.1.3.2. Retribución Jurídica- Pensamiento de Hegel (objetivo-idealista)

Por su parte Hegel considera que la pena se justifica en la medida de que existe la necesidad de restablecer la vigencia de la voluntad general representada por el orden jurídico, negada por la voluntad del delincuente. (MIR PUIG, 1998, pág. 47)

Este considera al delito como la trasgresión del ciudadano contra el imperio de la ley y, por ende se exige como reparación la pena, reafirmando así la autoridad del Estado. La máxima expresión del pensamiento Hegeliano es la concepción de la pena como un proceso dialéctico, (tesis, antítesis y síntesis) según el cual, el orden jurídico (tesis) es negado por el delito (antítesis) y a su vez la negación del delito es la pena (síntesis), siendo en consecuencia la pena la negación de la negación del derecho, cumpliendo su papel retributivo. (VILLAVICENCIO TERREROS, 2007, pág. 51)

Explica JAKOBS (1997) que la visión de Hegel difiere en poco con la prevención general positiva pues su concepto para fundamentar la pena es el concepto de Derecho, y:

“No interrelaciona hecho y pena como hechos externos, sino como sucesos dotados de significación, ya no se trata –como en Kant- de una igualdad de género, sino de igualdad según el valor de los mismos. Con lo que Hegel se da cuenta de que la pena necesaria corresponde al poder de la sociedad ya seguro de sí mismo, es decir que en sociedades consolidadas puede rebajarse la medida de la pena pues en ellas es más reducida la peligrosidad de la acción para la sociedad. Un Código Penal pertenece por tanto, ante todo a su tiempo y al estado en que se encuentre la sociedad civil. Así pues, en Hegel la pena es absoluta en lo conceptual, pero en su concreta configuración es

relativa al respectivo estado de la sociedad. (JAKOBS, 1997, pág. 23)

Nótese que existen similitudes muy palpables entre la doctrina retributiva de Hegel y el pensamiento de Jakobs en cuanto a la función de estabilización de la norma penal, pues Hegel busca con la pena una respuesta adecuada y suficiente al delito restableciendo la vigencia y señorío del Derecho. (GARCIA PABLOS DE MOLINA, 2009, pág. 201) Tan es así que POLAINO NAVARRETE (2004) remite la concepción Hegeliana a las teorías relativas o de la prevención:

Porque si bien en HEGEL la pena tiene un incuestionable ingrediente retributivo, no es ese el único componente que justifica la pena, en la concepción de este pensador. (pág. 119)

4.1.4. Teoría de la Expiación

El concepto de la expiación es diferente a la retribución, pues consiste en una actividad anímica personal, de contenido moral, del autor en aceptar interiormente a través del arrepentimiento, la necesidad de la pena y así poder recuperar su libertad moral. (ORTIZ citado en VILLAVICENCIO, 2007, pág. 49)

Como se deriva del término, expiar, que implica la purificación de las culpas por medio de un sacrificio, esta teoría propugna que:

Hay un orden divino que no puede ser infringido. El que lo viola, ofende a Dios e incurre en el castigo conminado por Él para los trasgresores de su ley. La pena, pues, no es sino expiación del mal, mitigada, en su ejecución, por el arrepentimiento.

Desde SANTO TOMÁS hasta DE MAISTRE y STAHL, es esta la doctrina predominante en los autores católicos, aunque algunos de ellos la templan con la de la seguridad jurídica y la defensa común.

Y esto para refrenar los excesos del poder del Estado. Se dice que Dios castiga por amor al orden y que cede a los hombres parte de su poder punitivo. Sin embargo, la autoridad solo puede castigar en la medida necesaria para gobernar debidamente; ni más ni menos.

El objeto del bienestar común obra como un límite del poder del Estado. (MAGGIORE, 1972, pág. 257 y 258)

La expiación, es entendida también como reconciliación del delincuente consigo mismo y con la sociedad o como aceptación del castigo como sanción justa y merecida, se encuentra, como ya se ha referido vinculada al cristianismo y su orientación por la expiación del pecado o su redención mediante la penitencia, es así que para los partidarios de esta teoría, la expiación se concibe como una determinada disposición moral o personal del culpable, de suerte que el castigo no buscaría el restablecimiento de la justicia o el Derecho, sino el de la propia

personalidad del autor. Este, en consecuencia, reconocería en el castigo una consecuencia justa y merecida por su delito, generando sentimientos sinceros de culpabilidad y arrepentimiento. (GARCIA PABLOS DE MOLINA, 2009, pág. 203)

Explica KAUFMAN (citado en GARCÍA PABLOS DE MOLINA, 2009) que:

El expiacionismo confiere a la pena un sentido positivo, la pena no es solo un padecer, sino un actuar, y reclama del condenado la reparación del mal ocasionado (componente social) y su arrepentimiento (componente moral). El penado, pues, tiene que dar algo de sí; no basta con que sufra el castigo. Las teorías expiacionistas contemplan la pena como fenómeno individual y moral, no como institución estatal. Pretenden conferir, además, relevancia jurídica a procesos psicológicos íntimos que solo pueden interesar a la moral y no a la fundamentación penal del castigo en un Estado plural y democrático. Este no puede brindar la fuerza y la coacción al servicio de metas expiacionistas, porque la genuina función de la pena se orienta a la protección del orden social y los bienes jurídicos fundamentales que lo integran, no a la mejora personal o a la perfección moral de los ciudadanos. Las teorías expiacionistas son incompatibles con el Derecho positivo español.- Ahora bien el pensamiento expiacionista liberado de sus componentes éticos, moralizadores y metafísicos, ha sido en buena

medida asumido por las modernas teorías de la prevención especial, y en concreto por los modelos resocializadores. (pág. 204)

4.2. Teorías Relativas

Las teorías relativas a diferencia de las retribucionistas no agotan el sentido de la pena en su mérito vindicativo, sino en función a su utilidad social, es decir “asignan a la pena la misión de prevenir delitos como medio de protección de determinados intereses sociales” (MIR PUIG, 1998, pág. 49).

En otras palabras, se ve a la pena como un medio para prevenir delitos futuros, exponiendo la célebre frase esbozada por Séneca, quien evoca la idea de Protágoras y transmitida por Platón: *Nam, ut Plato ait: nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur* “Pues como dice Platón: ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado sino para que no se peque” postulado que constituye la piedra angular de las principales críticas a dicha teoría.

La denominación de relativas deriva por un lado de que a diferencia de la justicia –perseguida por la retribución- que es absoluta, las necesidades preventivas son de carácter relativo y circunstancial. (MIR PUIG, 1998, pág. 51) En el mismo sentido explica ROXIN (1997) el término “Relativo” deviene del latín *referre* que significa referirse, pues estas se refieren al fin de prevención de delitos. (pág. 85). Consiguientemente, son

relativos aquellos elementos de las teorías de la pena cuyo contenido lo proporciona la función de la pena para el orden social. (JAKOBS, 1997, pág. 20)

Estas teorías tienen fe en la posibilidad de educar a las personas que han delinuido, a través de una adecuada intervención sociopedagógica, por tanto, en las teorías relativas coinciden ideas humanitarias, sociales, racionales y utilitarias. (BRAMONT ARIAS, 2000, pág. 74) Exponen que la pena no tiene por misión realizar la justicia en la tierra, sino proteger a la sociedad y, por tanto no es un fin en sí misma, sino un medio de prevención, confluyendo derroteros ideológicos de carácter humanitario, social, racional y utilitarista. (JESCHEK & WEIGEND, Tratado de Derecho Penal Parte General, 2014, pág. 106) Aunque autores como BRAMONT expresen que: “Lo único que logran confirmar los defensores de la prevención general es la antigua comprobación que el efecto preventivo más bien radica en la certeza y prontitud de la aplicación de la pena” (pág. 25)

A su vez estas teorías relativas se subdividen en, preventivas generales y preventivas relativas según el destinatario de la acción penal.

4.2.1. Prevención General

Su máximo representante FEUERBACH, (citado por BACIGALUPO; 2004) expone que era “una preocupación del estado que se hace necesaria

por el fin de la sociedad, que aquel que tenga tendencias antijurídicas se vea impedido psicológicamente de motivarse según estas tendencias” (pág. 33). En efecto dicho autor le da al Estado una función reguladora, siendo su principal objetivo la creación de la “condición jurídica”, es decir la existencia conjunta de los hombres conforme a las leyes del derecho. (PEÑA CABRERA, 1999, pág. 105)

En este supuesto, la función de prevenir delitos que tiene la pena se encuentra dirigida a la población en general, sin individualizar al receptor del mensaje. (BRAMONT ARIAS, 2000, pág. 74). En ello residía la intención de FEUERBACH, en una coacción psicológica, que se ubicara precisamente en la conminación penal, en el momento en el que se da a conocer la norma, en pocas palabras la amenaza constituiría un motivo suficiente de desistimiento en el comportamiento criminal. Como explica BACIGALUPO (2004): “Este fin consiste en la intimidación de la generalidad, es decir, en inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados.” (pág. 32)

Esta teoría tiene dos ventajas fundamentales frente a la teoría preventiva especial. En primer lugar, puede demostrar sin compromiso que incluso en ausencia del peligro de repetición del hecho no se debe renunciar totalmente a la pena; la sanción es necesaria porque los delitos, que se quedan sin consecuencias para el autor, incitan a la imitación. Y en segundo lugar; el principio de la prevención general no tiende a sustituir

descripciones claras del hecho por pronósticos de peligrosidad vagos y arriesgados para el Estado de Derecho; por el contrario, exige disposiciones a ser posible exactas, porque el objeto de la prohibición debe estar fijado exactamente si el ciudadano debe ser motivado a distanciarse de una determinada conducta. (ROXIN C. , 1997, pág. 92)

4.2.1.1. Prevención General Positiva o Integrada

Propugna la prevención de delitos mediante la afirmación de valores que se establecen en una sociedad, es decir se persigue la estabilización de la conciencia del derecho. El derecho penal restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma cada vez que lleva a cabo seriamente un procedimiento como consecuencia de una infracción de la norma. (BRAMONT ARIAS, 2000, págs. 74,75). Esta teoría fue impulsada por WELZEL, quien continúa en la idea de motivar a los ciudadanos pero cambia la forma en que dicha modalidad se produce, en tanto dicha motivación se consigue con el fortalecimiento que origina la pena en la convicción de la población sobre la intangibilidad de los bienes jurídicos. (GARCIA CAVERO, 2008, pág. 50)

Como expone ROXIN (1997):

El aspecto positivo de la prevención general comúnmente se busca en la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico.

Conforme a ello, la pena tiene la misión de demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo. En realidad, en la prevención general positiva se pueden distinguir a su vez tres fines y efectos distintos, si bien imbricados entre sí: el efecto de aprendizaje, motivado social pedagógicamente; el ejercicio en la confianza del Derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el Derecho se aplica; y, finalmente, el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor. Sobre todo al efecto de pacificación, mencionado en último lugar, se alude hoy frecuentemente para la justificación de reacciones jurídico penales con el término de "prevención integradora" (ROXIN C. , 1997, págs. 91,92)

Como se expuso en cuanto a la teoría retributiva de Hegel, si bien tradicionalmente se le ubica dentro de las teorías absolutas, sus postulados son recogidos por el máximo exponente de la prevención general positiva, esto es JAKOBS, en la medida que para Hegel:

“La pena tiene como fin la retribución del delito y a su vez proteger el Derecho, esto es, **el mantenimiento de la vigencia**

de la norma jurídica con lo que objeto de protección del Derecho es el propio Derecho” (resaltado nuestro)
(POLAINO NAVARRETE, 2004, pág. 137 y1378)

La postura de Jakobs –versión sistémica- en cuanto al fin preventivo general de la norma se esboza resumidamente en que: i) La misión de la pena es la garantía de la identidad normativa de la sociedad, o sea, el aseguramiento de la vigencia de la norma, el reconocimiento o mantenimiento de su validez, ii) Cuando un delito es sancionado penalmente se reafirma la validez real de la norma, que ve así de este modo asegurada su vigencia. De este modo, la pena se concibe como un instrumento de aseguramiento contrafáctico y cognitivo de la vigencia de la norma, iii) El Derecho Penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. Jakobs considera que la infracción normativa es una desautorización de la norma, la cual da lugar a un conflicto social en la medida en que se pone en tela de juicio la norma como modelo de orientación, por ende la pena es la reacción a dicho conflicto, recordemos la similitud de su postulado con el retribucionismo Hegeliano, siendo la misión de ésta la de reafirmar la vigencia de la norma, más no la de evitar lesiones de bienes jurídicos, dando lugar a que la norma siga siendo un modelo de orientación idóneo. (JAKOBS, 1997, págs. 13-14)

Por su parte Armin Kaufman (citado por MIR PUIG, 1998) atribuye tres fines a la prevención general positiva: **i)** una **función informativa –aprendizaje-** de lo que está prohibido y de lo que hay deber de hacer; **ii)** La misión de reforzar y mantener la **confianza** en la capacidad del orden jurídico de permanecer e imponerse; por último, **iii)** La tarea de crear y fortalecer en la mayoría de ciudadanos una actitud de **respeto –pacificación-** por el Derecho y no una actitud moral. (pág. 51)

A esta teoría, al igual que en su vertiente negativa, se le atribuye la crítica en la indeterminación del límite punitivo, es decir que no se establece hasta qué medida la sanción debe extenderse de manera que reafirme la confianza en las expectativas sociales, frente a ello, expone MIR PUIG (1998):

Así, exigir que la prevención general no sólo se intente por el miedo a la pena, sino también por una razonable afirmación del Derecho en un Estado social y democrático de Derecho, supondrá tener que limitar la prevención general por una serie de principios que deben restringir el Derecho penal en aquel modelo de Estado. Entre tales principios cuenta la exigencia de proporcionalidad entre delito y pena. Admitirlo permitirá evitar las graves objeciones que se han dirigido a una prevención general ilimitada. (pág. 52)

4.2.1.2. Prevención General Negativa o Intimidatoria

En este supuesto se pretende coaccionar o intimidar psicológicamente a los miembros de la sociedad para que no cometan delitos. (BRAMONT ARIAS, 2000, pág. 75)

La prevención general negativa nace en el supuesto de la conminación penal, pero constituye asimismo, por la acción de su efecto necesariamente una teoría de la imposición y de la ejecución de la pena, puesto que de esto depende la eficacia de la amenaza, hecho que también fue puesto de manifiesto por FEUERBACH para quien “el fin de infligir la pena está en la motivación de la eficacia de la amenaza legal, en hasta qué punto sin ella esta amenaza carecería de contenido (sería ineficaz), siendo que la ejecución otorga dicha eficacia.” (ROXIN C. , 1997, pág. 90) Es decir confirma la seriedad de la conminación legal, aunque como expresa GARCÍA PABLOS DE MOLINA (2009) para FEUERBACH la aplicación de la pena pasaba por un lado secundario, siendo lo primordial el conocimiento de las leyes, incluso manifiesta que el que la pena además pudiera cumplir con otros fines como el de la corrección del delincuente es algo accidental, casual. (pág. 218) Tan es así que para el citado autor, la imputabilidad era capacidad para ser intimidado y que los semiimputables debían tener por eso, mayor y no menor pena. (BUSTOS RAMIREZ, 1989, pág. 27)

Sin embargo el inglés Bentham, consideró dicha prevención también en la etapa de ejecución de la pena, siendo muestra de ello el llamado “Panóptico” que consistía en una prisión que pudiera ser observada vívidamente por los ciudadanos, a efectos de que conozcan los suplicios de la reclusión, esto es un claro ejemplo de intimidación a través de una medida que, sería inadmisibile en nuestro Estado Constitucional de Derecho.

Ahora bien, la prevención general negativa es criticada por dos aspectos, el primero referido al utilitarismo con el que se concibe al ser humano, crítica esbozada por Kant, quien afirma que el hombre no puede ser un medio sino que es un fin en sí mismo, ante lo cual FEUERBACH estableció que la prevención general era de recibo en la etapa de conminación penal, siendo accidental los efectos en la ejecución penal, y, de otro lado se tiene la ausencia de proporcionalidad en cuanto a la formulación de las penas pues, bajo la lógica de la intimidación, mientras mayor sea la gravedad de las penas que se imponen mayor debería ser su eficacia. (BRAMONT ARIAS, 2000, pág. 76), lo cual generaría a su vez contradicciones como las expuestas por MIR PUIG (1998), Conforme expone este autor, una prevención general ilimitada generaría resultados nefastos para un Estado de Derecho, en efecto, en su obra ya citada expone supuestos en los que delitos de mínima lesividad que, por ende reciben un menor reproche social, son muy frecuentes –caso del

aborto- y que a efectos de una prevención general exigiría una mayor pena, *contrario sensu* supuestos de delitos de máxima gravedad que tienen un gran reproche social y no son muy frecuentes, requerirían una conminación penal menor, hecho que causaría un claro conflicto social. (pág. 52)

A ello debe sumarse que, para ciertos delitos por su naturaleza –, pasionales- la pena no puede cumplir su rol motivador, siendo que en tales casos no existe esa ponderación costo beneficio que presupone la prevención general negativa, es más si analizamos muchos de los delitos realizados cotidianamente, no podríamos advertir que efectivamente el delincuente realice tal análisis previo al delito a cometer, hecho que a criterio del profesor GARCÍA CAVERO (2008) supone la verificación de esta teoría en los delitos económicos, donde el agente “cumple el modelo del sujeto que actúa racionalmente.” (pág. 48)

4.2.2. Prevención Especial

Esta teoría encuentra sus antecedentes en los postulados de Platón, y se extiende sobre todo a partir del último tercio del siglo XIX siendo defendida por el correccionalismo en España, la Escuela Positiva en Italia, la que sustituía la pena por las medidas de seguridad y la llamada “dirección moderna” de Franz Von Liszt el cual en su denominado

programa de Marburgo⁵ incluía los siguientes parámetros: **i)** La pena correcta, es decir la justa es la pena necesaria, la que se determina con arreglo a la prevención especial, **ii)** La finalidad de la prevención especial se cumple de forma distinta según las tres categorías de delincuentes: ocasionales, corregibles y habitual. (MIR PUIG, 1998, pág. 54)

Es así que para evitar la reincidencia en el delito debe observarse una triple dimensión de la pena: **intimidación**; para el delincuente ocasional no necesitado de corrección, pero sí de correctivo⁶; **resocialización**; dirigida al delincuente que es susceptible de corrección⁷ a través de la educación durante el tiempo de cumplimiento de la pena, e **inocuidación**; dirigida a la anulación, del delincuente habitual incorregible con la “servidumbre penal” por tiempo indeterminado. (BRAMONT ARIAS, 2000, págs. 76, 77). Etapas que como expone POLAINO NAVARRETE (2004) corresponden a prevención especial positiva, prevención especial negativa y prevención especial neutralizadora o neutralizante respectivamente. (pág. 124 y 125)

Como se advierte y siguiendo al profesor BRAMONT en la prevención especial se trata al delincuente como un enfermo que debe ser tratado terapéuticamente, siendo el problema determinar cuánto tiempo necesita una persona para “curarse” (pág. 77).

⁵ Cuya verdadera denominación es “La idea de fin en Derecho Penal”

⁶ Término utilizado por Mir Puig.

⁷ Denominado por Mir Puig como delincuente de Estado, en la medida que tiene cierta permanencia en el delito.

Por su parte Ferri, exponente italiano de la prevención especial, señalaba que la sanción no obedece a un castigo proporcional a una culpa moral, sino debe defender socialmente al ciudadano frente a los delincuentes a efectos de lograr la “reutilización” más rápida de los menos peligrosos. (BUSTOS RAMIREZ, 1989, pág. 27)

Esta teoría recibe fuertes críticas, entre ellas las referidas al supuesto de imposibilidad de resocialización del delincuente, en cuyo caso no existiría un límite al *ius puniendi* pues obligaría su inocuización perpetua, y a su vez, ante la ausencia de peligro de reincidencia la pena no resultaría necesaria, hecho que debilitaría definitivamente el orden público al enviar un erróneo mensaje a la sociedad. (PEÑA CABRERA, 1999, pág. 109). Del mismo modo Roxin (citado por BUSTOS, 1989) esboza la crítica referida a que no existe legitimación para que la mayoría pueda subyugar a una minoría conforme a sus formas de vida, es decir no existe el “derecho” de educar contra su voluntad a personas adultas. (pág. 28).

En base a tales afirmaciones, concluiríamos como Mir Puig (1998) que la sola idea de prevención especial no es suficiente para legitimar la pena – ante las lagunas donde dicha prevención no es invocable- empero ello no significa que deba rechazarse esta función penal en tanto, una configuración de penas que tienda a impedir la recaída en el delito mediante un adecuado tratamiento resocializador o que al menos no

favorezca la desocialización del delincuente contribuye a la evitación de delitos. (pág. 56)

Resulta interesante el planteamiento expuesto por el profesor argentino Eugenio ZAFFARONI, para quien el único camino que puede seguir un Estado de Derecho es la prevención especial mediante la resocialización del penado, siendo que eventualmente la pena podría tener un efecto preventivo general, lo cual no la fundamenta. Cabe puntualizar que para este profesor, la resocialización no es más que el medio para obtener la seguridad jurídica y no es directamente el fin que se busca, concluyendo que para determinar la pena se requiere armonizar los límites teleológicos con el límite jurídico, es decir cuánto de pena se requiere para la resocialización del penado en contra posición con la pena que es tolerada por la sociedad y que no lesione el sentimiento de seguridad jurídica, encuentra así ZAFFARONI el límite de la prevención especial en la Seguridad jurídica, más no en la idea de retribución, entendiendo que ambos son conceptos independientes.

4.3. Teorías Mixtas

Existen múltiples intentos por conciliar las bondades de una u otra teoría, intentos que nacen precisamente de las críticas acérrimas a cada una de ellas, dentro de tales postulados tenemos al propio Liszt, quien propugna un derecho penal de doble vía esto es, se le reconoce una naturaleza retributiva, pero en caso de ciertos delincuentes estima necesario proceder

con criterios preventivos especiales, aplicar medidas. (BUSTOS RAMIREZ, 1989, pág. 30)

Explicaba Antolisei (1988) que la pena, ya desde su tiempo –finales del siglo XX- no tenía un carácter único, sino que era una composición mixta en la que la idea de enmienda –resocialización- tiene una considerable influencia al lado de la idea central retribucionismo. (pág. 500). En ese mismo sentido el profesor BRAMONT (2000) manifiesta que al tratar las teorías eclécticas se atribuye a la pena una pluralidad de funciones, en la que la pena traducen una retribución de la culpabilidad –idea de pena justa- pero sirve también para prevenir el delito –idea de pena útil- por lo que la única pena legítima sería la que sea pena justa y a la vez útil. (pág. 78)

Las teorías mixtas tienen dos orientaciones: **i)** Se remarca la idea de justicia por encima de la prevención, siendo lo principal la defensa del bien jurídico que al ser afectado merece una retribución, concediéndose a los fines preventivos un papel complementario; **ii)** Se orienta a la utilidad, es decir prevención, correspondiéndole a la retribución servir de límite máximo de las exigencias preventivas, impidiendo un marco punitivo superior al merecido. (BRAMONT ARIAS, 2000, pág. 79). Clasificación que es compartida por ROXIN, quien divide estas teorías en unificadores retributivos y unificadoras preventiva, asimismo el profesor nacional HURTADO POZO (2005), refiere que las teorías conciliadoras tienen dos

tendencias, la primera considera como base la retribución como objetivo primario de punición sin descartar la concurrencia de efectos preventivos, predominando la expiación; y la segunda tendencia tiene como sustrato la prevención, siendo que en caso de conflicto entre prevención general y especial, se le da preponderancia a esta última. (pág. 38)

Otra de las posturas eclécticas es la que concibe a la pena como un fenómeno complejo con distintos aspectos: retribución, prevención general y especial, lo cual es recogido en España según manifiesta Mir Puig, sin embargo el hecho de que esta teoría –de unión- intenten conciliar los postulados de las aparentemente contrapuestas teorías absolutas y relativas, no deja de ser por ello objeto de críticas, una de estas se enfoca a la excesiva discrecionalidad con la que se contaría para legitimar la pena que desearía imponerse, en la medida que, una pena severa podría justificarse en la necesidad de prevención general, o una pena condicional en la prevención especial, siendo que:

De esta forma cualquier pena podría ser impuesta en el sistema penal recurriendo para su legitimación a la teoría que mejor se ajuste a la pena deseada. (GARCIA CAVERO, 2008, pág. 53)

Ante tal teoría que obedece a una yuxtaposición de los fines de la pena, surge el planteamiento de Claus Roxin, en su teoría dialéctica de la unión, la misma que ubica los fines según el momento de la pena, para quien, nos explica Bacigalupo (2004):

El derecho penal actúa con la pena en diferentes momentos: conminación penal en que aparece en primer plano la prevención general, entendida en forma amplia, semejante a la posición de Hassemer; imposición y medición de la pena, que sería el momento de la realización de la justicia, en el fondo el planteamiento retributivo-preventivo general a semejanza de Merkel o Jakobs, y, por último, ejecución de la pena, que es el momento de la prevención especial, el de la reinserción o resocialización del delincuente. Es entonces un proceso dialéctico en que el momento de retribución no aparece de modo abstracto, para cumplir un ideal absoluto de justicia, sino limitado y condicionado por la realidad impuesta por los momentos de prevención general y especial. Claro está que para dicho autor predomina en estos momentos de la pena, la prevención especial, siendo la retribución una manifestación de la justicia sólo en el sentido de límite impuesto por la culpabilidad a la prevención. (pág. 33).

Aunque autores como POLAINO Navarrete (2004) precisa que en el postulado de Roxin debe excluirse el sentido retribucionista, y citando a dicho autor expone que:

La teoría preventiva de la unión asume postulados de la prevención general y de la prevención especial, pues ambos están en la base de la misma. Cuando sendos fines entran en colisión entre sí, pone en primer lugar el fin de resocialización de la prevención especial. La prevención general, en cambio, domina las conminaciones penales,

y en caso de ausencia de fines de prevención especial justifica la pena por sí sola, mientras que no puede ponerse en ejecución una pena preventivo-especial carente de toda intención preventivo general, a pesar del absoluto dominio del fin de la resocialización.

La teoría preventiva de la unión no legitima una aplicación de los puntos de vista de la prevención general y de la prevención especial elegidos sin orden ni concierto, sino que lleva a ambos a un sistema cuidadosamente equilibrado, que con la limitación de sus elementos confiere un fundamento teórico a la punición estatal, nivelando los puntos de partida individuales mediante un procedimiento de limitación mutua.

En suma, para la presente tesis de la unión, la pena sirve a los fines de la prevención general y de la prevención especial, estando limitada en su nivel por la medida de la culpabilidad, si bien puede sobrepasar este nivel cuando las exigencias de la prevención especial lo hacen necesario y a ello no se oponen las exigencias mínimas de la prevención general. Una tal concepción no posee sólo una relevancia predominantemente teórica, sino que alcanza numerosas y relevantes consecuencias prácticas, como se comprobaba en sede de culpabilidad y responsabilidad, a la luz de la aplicación del Derecho positivo. (pág. 147 y 148)

Respecto a esta postura, y realizando una crítica a la misma se tiene lo expuesto por ZIPF (citado por CALDERON CEREZO & CHOCLAN MONTALVO, 2001), para quien el principio de culpabilidad, prevención individual y prevención general, constituyen el triángulo mágico de la determinación de la pena, pero que la distribución de dichos fines de la pena en la legislación, sentencia y ejecución de sentencia respectivamente, es falsa puesto que con ella se dá a entender una clasificación excluyente. (pág. 450). Sin embargo debe precisarse que, Roxin en su teoría dialéctica no realiza tal exclusión, por el contrario en cada una de estas etapas se le adecúa una función distinta pero “siempre en relación con las demás y no aisladas, no se trata de una tajante distinción por fases, sino de una poderación diferenciada” (VILLAVICENCIO TERREROS, 2007, pág. 67.)

En efecto Roxin, en cada momento de la pena establecía cual de los fines debería prevalecer respecto del otro, básicamente los fines preventivos tanto generales como especiales, manteniendo como único rasgo de retribución el de culpabilidad, que se erige como un límite a las funciones preventivas. Cabe precisar que para Claus Roxin, entre un conflicto de prevención general y especial, dota de preponderancia a la prevención especial, afirmando en primer término que la resocialización es un imperativo constitucional que no puede dejarse de lado siempre y cuando pueda cumplirse y, como segundo punto que:

En caso de conflicto, una primacía de la prevención general amenaza con frustrar el fin preventivo especial, mientras que, por el contrario, la preferencia de la prevención especial no excluye los efectos preventivo generales de la pena, sino que, a lo sumo, los debilita de forma difícilmente mesurable; pues también una pena atenuada actúa de forma preventivo general. Por otra parte, corresponde la preferencia a las necesidades preventivo especiales sólo hasta donde la necesidad mínima preventivo general todavía lo permita. Es decir, por motivo de los efectos preventivo especiales, la pena no puede ser reducida hasta tal punto que la sanción ya no se tome en serio en la comunidad; pues esto quebrantaría la confianza en el ordenamiento jurídico y a través de ello se estimularía la imitación. En muchos casos, aunque no siempre, el límite inferior del marco penal atiende ya a la consideración del mínimo preventivo general. La teoría penal aquí defendida se puede resumir pues, como sigue: **la pena sirve a los fines de prevención especial y general. Se limita en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite en tanto lo hagan necesario exigencias preventivo especiales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventigo generales.** (ROXIN C. , 1997, pág. 97 y 103)

Mención aparte merece la postura de Schmidhäuser, quien esboza la llamada teoría diferenciadora de la pena, en la cual se propugna que las

sanciones penales se establecen para combatir la criminalidad, explica POLAINO Navarrete (2004) que:

Al reconocerse esta tarea como fin de la pena, nos encuadramos desde el principio en el camino de una teoría relativa de la pena. Esto no significa que la pena haya de ser adecuada para hacer desaparecer el delito en absoluto. Pues toda teoría del delito ha de aceptar que el comportamiento desviado también pertenece a la sociedad. Por ello sólo puede ser un fin alcanzable de la pena contener la comisión de delitos dentro de unos límites que permitan una próspera convivencia social. (pág. 146)

Para Schmidhäuser la finalidad de la pena es la prevención general, pero ya no entendida como medio necesario de evitar todo delito, ya que resulta imposible, sino como búsqueda de impedir la ejecución del delito hasta donde sea posible, y así mantener la convivencia social.

5. Los fines de la pena en el Sistema Nacional

Hasta el momento, hemos tratado las diferentes teorías sobre la pena que se han elaborado a lo largo de los años, sin embargo, a efectos del desarrollo del presente trabajo, hemos de contextualizar la evolución que ha tenido la pena en nuestro sistema nacional. Como podemos recordar, nuestro país en su vida republicana cuenta con doce constituciones, tres códigos penales⁸ y tres códigos de ejecución penal, que tienen de recibo distintas disposiciones sobre la pena y la finalidad a la que esta se orientaba en el contexto histórico específico.

⁸ Ello sin contar el Código de Santa Cruz que rigió la Confederación Perú-Bolivia, cuya vigencia se limitó también a la duración de dicha unión internacional y que tendría fin con el régimen del citado mandatario.

En nuestras primeras constituciones de 1823 y 1826 no existía mención acerca de la finalidad de las penas, estas dos se limitaban a proscribir la aplicación de penas crueles; es ya a partir de la Constitución de 1828 que se establece un primer esbozo sobre la orientación punitiva del Estado a través de la siguiente fórmula:

Art. 163º.- Las Cárceles son lugares de seguridad y no de castigo: toda severidad inútil a la custodia de los presos es prohibida.

Idéntica disposición se repetiría en las Constituciones siguientes de 1834, 1839, 1860, 1867 y 1920, siendo que la Constitución de 1856 y la de 1933 no contenían disposición al respecto. A su vez recordemos que hasta antes de 1863 en materia criminal, se encontraban vigentes una serie de disposiciones dictadas por el General José San Martín, con el fin de organizar el gobierno del país, estando integrado el Derecho Penal republicano por la Recopilación de las Leyes de Indias de 1680, y como supletorio se aplicaría todo el Derecho de Castilla. Del mismo modo nuestro primer Código Penal de 1863, no contenía mención alguna sobre la finalidad de la pena, a su vez el Código de Maúrtua de 1924, sólo definía a la pena como “*la privación o restricción de derechos*”. Como vemos, hasta dicho periodo la tendencia implícita era la prevención general, a través de la separación del delincuente de la sociedad, en tanto se incidía en que las cárceles (llamadas también casas de detención) estaban orientadas a la seguridad, entendemos, de la sociedad frente al criminal.

Asimismo podemos observar en el Código de 1863, rasgos retribucionistas, al

establecer una especie de pena tasada que implicaba la graduación de la pena en base al injusto (culpabilidad) sin tomar en cuenta factores ajenos al delito, como las circunstancias personales del imputado.

Es a partir de nuestra Primera Ley Penitenciaria denominada **“Unidad de normas para ejecución de sentencias condenatorias” emitida por Decreto Ley N° 17581 del año 1969**, que se establece expresamente una orientación punitiva, claro está, se hace referencia a la ejecución penal, que como hemos visto, es uno de los estadios que ostenta la pena (conjuntamente con la conminación legal y la sentencia judicial), reproduciendo el siguiente texto:

Art3: La ejecución de las penas privativas de la libertad tiene por objeto la readaptación del condenado. Deberá desarrollar el sentido de responsabilidad, robustecer sus posibilidades afectivas, exaltar los valores espirituales y morales y relevar las obligaciones familiares y comunitarias.

En la Constitución de 1979, la marcada orientación preventiva especial recogida por la norma antes citada, es delimitada con mayor claridad en la siguiente fórmula:

Art. 234

(...)

El régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, de acuerdo con el Código de Ejecución Penal.

Esta tendencia se mantiene en el **Código de ejecución penal de 1985 dictado por Decreto Legislativo N° 330**, que establecía:

Artículo 1.- La ejecución de las penas y medidas privativas de libertad dictadas por el órgano jurisdiccional tienen por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del interno a la sociedad.

Ahora bien con el Código Penal de 1991 se advierte ya la adopción de la teoría dialéctica de la unión, pues se observan los tres momentos de la pena: **i)** Conminación legal: Art. I del Título Preliminar: Prevención de delitos (Prevención General); **ii)** Determinación judicial: Art. VIII del Título Preliminar: La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (Retribución), y **iii)** Ejecución: Art. IX del Título Preliminar: La pena es resocializadora (Prevención Especial). En síntesis, la pena en un primer momento tiene como finalidad prevenir la comisión de delitos; luego, debe establecerse de forma proporcional -sin llegar al límite que sería la retribución- y finalmente, procurar que durante el cumplimiento de la sentencia se logre resocializar al individuo para poder reincorporarlo a la sociedad. (BRAMONT ARIAS, 2000, págs. 81, 82)

Como afirma VILLAVICENCIO TERREROS (2007):

El Código Penal peruano de 1924 elaborado sobre la base de los proyectos suizos (anteproyectos 1908, 1916 y proyecto 1918) recibió la influencia de los criterios preventivos especiales de la época. El sistema de penas y medidas de seguridad que el legislador nacional adoptó,

incluyó a las de internamiento, penitenciaría, relegación, prisión, expatriación, multa e inhabilitación (artículo 10 y siguientes.) (pág. 71)

Agrega que: “podemos considerar que el código se refiere a las teorías preventivas. Así, pues, nuestro código se inscribe en la línea de una teoría unitaria aditiva de la pena como función de la pena” (pág. 72)

En el mismo año, 1991 se promulgó el actual Código de Ejecución Penal el cual establece:

Artículo II.- La ejecución penal tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

La misma regla se aplica al procesado, en cuanto fuera pertinente.

Precepto que acentúa la corriente resocializadora en el último estadio de la pena, y que se concuerda con la Constitución dictada en 1993 que dispone:

Artículo 139 Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

Nuestra Constitución Política de 1993 se inspira en un Estado social y democrático de derecho (artículo 43); por ello, sólo resulta incompatible con las teorías absolutas de la pena. Sin embargo, lo decisivo para el rechazo de las teorías absolutas se encuentra en el artículo 139, inciso 22, cuando declara que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (en el mismo sentido el Código de

Ejecución Penal, Título Preliminar, artículo I). Esta es una evidente referencia a la resocialización, concepto que está orientado por el criterio preventivo-especial en la ejecución penal pero que, lamentablemente, no se cumple en su integridad por carencia de recursos y otras circunstancias. (pág. 72)

Señala GARCÍA CAVERO (2008) nuestro Tribunal Constitucional, ha rechazado completamente una teoría absoluta de la pena, señalando no sólo que carece de todo sustento científico, sino que constituye una negación absoluta del principio derecho a la dignidad humana reconocido en la Constitución (STS N° 0019-2005-PI/TC). Pero reconoce que esta afirmación no conlleva a que se desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo, negando solamente que la función de la pena se agote en generar un mal en el penado. (pág. 45)

Agrega el citado autor que el Tribunal Constitucional se ha decantado por seguir las líneas generales de la teoría dialéctica de la unión en la STC N° 0019-2005-AI, en donde, remitiéndose a varias disposiciones constitucionales, procede a estructurar una teoría de la pena que unifica diversas funciones. En esta línea, el Tribunal afirma que toda ley dictada como parte de la política criminal del Estado será inconstitucional si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho. (GARCIA CAVERO, 2008, pág. 54)

En la jurisprudencia tenemos tres pronunciamientos acerca de la finalidad de la pena, así pues, en el Expediente N° 2000-232, la Segunda Sala Penal de

Reos en Cárcel del Cono Norte de Lima expuso:

Se debe ser coherente con la finalidad teleológica ya que la pena sirve para la reinserción social del acusado que es en definitiva lo que se pretende, ello acorde con lo dispuesto en el artículo ciento treinta y nueve, inciso veintidós de la Constitución Política del Estado, que establece que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

Por su parte en cuanto a la resocialización, la Segunda Sala Penal Corporativa de Procesos Ordinarios con Reos en Cárcel del 21 de mayo de 1999, en el Expediente N° 320-99, estableció que:

Ha de considerarse para determinar el monto de la pena, la confesión sincera del inculpado, el hecho de que estuviera en un supuesto de imputabilidad restringida y la finalidad resocializadora de la pena

A pesar de estas precisiones, nuestro Código no se encuentra exento de críticas, como lo afirma POLAINO NAVARRETE (2004):

Sin embargo, algunos Códigos penales, cómo el peruano, en manifiesta demostración de cara a la galería y con ausencia de un claro programa dogmático y político-criminal, considera la resocialización como una función de la pena. Así, el art. IX del CP peruano sostiene que “la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora”, lo cual no es que sea incorrecto, sino que -a nuestro juicio- es irreal, porque, como queda dicho, la resocialización (quíerese o no) no es *conditio sine qua non* de la

pena, sino una finalidad a la que racionalmente ha de tenderse: si, por la razón que fuera, no se consigue la rehabilitación o reinserción del delincuente, la pena sigue siendo válida y no por ello habría de ser declarada inconstitucional. Esta es, a nuestro juicio, una prueba fehaciente de que la idea de la resocialización no es función dogmática de la pena, sino sólo una loable finalidad que debe intentar alcanzarse. (págs. 128,129)

Como hemos podido apreciar en nuestro sistema nacional, la resocialización desde la dación de la Primera Ley Penitenciaria de 1969⁹, se ha constituido en el objetivo a lograr en la aplicación de penas, tan es así que actualmente ello se encuentra reconocido también en nuestra constitución, lo cual forma parte de ciertas críticas, en la medida que esta finalidad no puede ser contrastada en todos los casos y, no podría explicar por sí sola la necesidad de pena, como explica BUSTOS RAMÍREZ (1989):

“Hay una serie de delincuentes que no requerirían tratamiento, luego hay otros que no serían susceptibles de tratar, pues no se conoce un tratamiento para ellos, los llamados incorregibles (...) En cuanto a los corregibles, las estadísticas que hay al respecto son discutibles si se ha logrado realmente su corrección, por lo menos si ella es posible en los términos actuales de la sociedad” (pág. 29)

Definitivamente, la resocialización en la actualidad no es más que un ideal vacío de contenido, que se encuentra para la “repisa” de tantos principios

⁹ Denominada “Readaptación” en esta primera norma de ejecución penal.

incumplidos en nuestro sistema nacional. En definitiva, la pena se ha convertido en un mecanismo de represión estatal, que trata de paliar las deficiencias sociales en el fortalecimiento de los controles informales.

En efecto, lo único que nuestro estado ha logrado es trasladar el problema, dictando medidas tendientes a atender el clamor popular, ahondar sobre ello implicaría criticar algo sobre lo que bastante se ha escrito y debatido.

En nuestro país, la resocialización no es óptima debido a cuestiones prácticas, pues el tratamiento penitenciario requiere disponer de grandes recursos, lo que es muy difícil, aun en países de gran desarrollo, más aún para nuestro limitado presupuesto. Poseer los establecimientos adecuados es siempre un privilegio, por lo que en el fondo el tratamiento queda reducido a un pequeño grupo de sujetos y aun respecto de ellos hay dudas en cuanto a su eficacia y la supresión de la reincidencia, que es lo que se persigue. En todo caso, lo que sí resulta una contradicción es que dentro de la prisión tradicional se pueda llevar a cabo un tratamiento resocializador. (BUSTOS RAMIREZ, 1989, pág. 26)

Sin embargo, considero que, no se ha realizado un correcto análisis de la situación actual, dejándose llevar el legislador por hechos particulares, esto es delitos de gran impacto mediático que “hacen sonar las alarmas”, pues, si revisamos las estadísticas, de los 78, 342 internos que se tenían al 2016, el 73% esto es 57, 465 registraban su primer internamiento, mientras que 12, 446, el segundo, 4, 349 su tercer ingreso y el remanente de 4082 registraba de cuatro a más ingreso, por lo que la tasa de reincidencia no muestra a mi consideración una incidencia que justifique penas tal elevadas en el caso de

reincidencia y habitualidad –entendiendo que se pretende evitar esta tendencia- o la limitación tan drástica de los beneficios penitenciarios. (Información obtenida del Consejo Nacional De Política Criminal Boletín I-2016)

CAPITULO III

DETERMINACIÓN E

INDIVIDUALIZACIÓN

JUDICIAL DE LA PENA EN

EL PERÚ

1. Introducción

El derecho en general, requiere de la fuerza coercitiva para hacer eficaces sus mandatos, de lo contrario, la norma sería “poesía” y no cumpliría su rol regulador de conductas. En ese escenario el Derecho Penal sea cual fuera la naturaleza (preventiva o retributiva) que se le asigne, requiere de la pena para lograr sus fines, tal como se ha precisado en el apartado referente a la justificación de la pena.

En ese sentido, en un proceso penal el Ministerio Público no requiere la mera declaratoria de culpabilidad de una persona, sino con ello el sometimiento a una pena (la misma que podría ser sustituida por medios alternativos). A pesar de ello, la doctrina no ha dedicado el mismo entusiasmo al tratamiento de la determinación judicial de la pena, que el otorgado a la teoría del delito, de ahí su poco desarrollo.

La cuantificación de la “pena justa” es un tema de sumo relevante para el Derecho Penal, pues luego de analizadas todas las instituciones referentes al delito, la declaratoria de condena aparejará la imposición de una pena, la misma que deberá obedecer a su función asignada, en el caso peruano, la resocialización.

En el presente capítulo, se analizarán los diversos sistemas de individualización judicial de la pena que han surgido en la dogmática, los principios que convergen en este intrincado proceso, las fórmulas legales que

se han sucedido en nuestro país y, finalmente el actual escenario con la dación de la Ley N° 30076 y la consiguiente imposición del llamado sistema de tercios.

2. El complejo camino hacia el *quantum* de la pena

Como expone el profesor JESCHEK (Citado por CALDERÓN & CHOCLÁN, 2001): “La función judicial de individualización de la pena constituye, junto a la apreciación de la prueba y a la aplicación del precepto jurídico penal a los hechos probados, la tercera función autónoma del juez penal y representa la cúspide de su actividad resolutoria” (pág. 514).

Sobre esta misma institución, precisa el profesor citado que:

“La individualización de la pena es la *fijación de las consecuencias jurídicas de un delito*. Comprende la elección de la sanción (por ejemplo, prisión, multa, prohibición de conducir, privación del permiso de conducir) y, en su caso, la resolución acerca de la suspensión condicional de una pena o medida de seguridad” (pág. 1298)

Una acotación interesante de este autor es que la medición de la sanción en el caso concreto es una decisión jurídicamente vinculada, es decir, que no es completamente discrecional por parte del magistrado, sino que éste debe guiarse por las directrices plasmadas por el legislador (en nuestro caso las modificatorias dadas por la Ley N° 30076), citando ORÉ SOSA (2013):

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 daños, etc.). (pág. 12)

Sobre el concepto de determinación judicial de la pena, explica también el profesor MIR PUIG (1998):

Se entiende por «determinación de la pena» la fijación de la pena que corresponde al delito. Ello afecta tanto a la decisión de la clase de pena que ha de imponerse, como a la cantidad de la que se señale. En un sentido amplio se incluye también en la determinación de la pena la decisión acerca de la suspensión de la pena o su sustitución por otras penas o por medidas de seguridad. (pág. 744)

Parfraseando a SAUER, la mayor preocupación del condenado es que de ser declarado culpable, cuál es la pena que le corresponderá por el hecho punible, igualmente ello resulta una expectativa social, en tanto la simple declaratoria de condena no satisface el pedido de “justicia” popular; en ese sentido debe comprenderse la enorme importancia que se le ha de dar a este tema, al punto que desea brindársele el carácter de disciplina científica autónoma. (CALDERON CEREZO & CHOCLAN MONTALVO, 2001, pág. 514).

Dino Caro Coria (2015), señala que:

Al individualizar la pena en el caso concreto, el juez busca hacer realidad la pretensión preventiva especial en virtud de la cual ese ofensor en concreto no incurrirá en nuevos hechos delictivos (prevención especial positiva y negativa). Ese proceso de IJP, además, tiene efectos reflejos de tipo intimidatorio en la colectividad, la cual, al apreciar como el ofensor es efectivamente sancionado, comprenderá que, de incurrir en la realización de un hecho calificado por la ley penal como delito, la conminación penal será puesta en acción (prevención general negativa), confirmando el mensaje general subyacente en cada norma penal (prevención general positiva). (pág. 15)

2.1. Etapas en la Determinación e individualización judicial de la pena

Puede decirse que, en el camino hacia la individualización de la pena, existen dos grandes fases, en primer término la determinación legal de la pena y posteriormente la determinación judicial de la misma, la primera está referida obviamente a la labor legislativa, en la cual el legislador fija para cada tipo penal el marco abstracto de pena que corresponde al delito, como ya se ha visto en esta fase operaría la llamada prevención general – positiva o negativa-. Asimismo en esta fase se incluiría, a decir del profesor VILLA STEIN (1998) “las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y las penas para los tipos de autoría y de participación en abstracto, así como para el supuesto teórico de imperfecta realización” (pág. 469)

Para este mismo autor, en cuanto a la segunda fase, la determinación judicial de la pena, corresponde al “juicio de imposición de pena que hace el juzgador para adecuar la pena genérica con que el legislador conmina la conducta subsumida en el tipo, al caso específico que ha juzgado” (VILLA STEIN, 1998, pág. 469)

Del mismo parecer son los profesores CALDERÓN & CHOCLÁN, (2001) para quienes se presentan las fases de individualización legislativa e individualización judicial; en esa misma línea de pensamiento el profesor MIR PUIG (1998), divide la determinación legal y la determinación judicial, incorporando una llamada determinación penitenciaria de la pena, evidentemente siguiendo la tradicional obra de Saleilles, aunque ésta última “determinación” se refiere más a la ejecución de la misma; asimismo por terminar de citar a quienes optan por esta división tenemos a los profesores RODRÍGUEZ & SERANO (1994) quienes dividen dos momentos, la individualización legal y la judicial. (pág. 934)

Evidentemente, por la naturaleza del presente trabajo, se hará referencia a la determinación e individualización judicial de la pena, en ese sentido a pesar de que tradicionalmente se identifican ambos conceptos como sinónimos, consideramos pertinente la acotación realizada por el profesor CELIS MENDOZA AYMA (2015) quien diferencia tres etapas en la fijación de la pena judicial: **i)** Determinación del marco abstracto de la pena **ii)** Determinación del marco concreto de la pena y **iii)** La

individualización judicial de la pena; como vemos, para este autor las dos primeras etapas se ligan estrechamente con la legalidad, siendo la primera aquella en la que el magistrado ubica el tipo de pena y el marco abstracto que el tipo penal señala, la segunda es la valoración de las circunstancias que rodean el hecho punible para determinar un marco concreto y, finalmente la tercera corresponde ya a la especificación del quantum de pena que el particular sujeto sometido a juicio merece. (pág. 105)

No puede se puede dejar de mencionar lo postulado por el profesor argentino ZAFFARONI (1998) quien rechaza la existencia de tres etapas en la individualización judicial de la pena, refiriéndose al esquema de Saleilles, casi aceptado por la doctrina; sino que se tratarían a su entender de:

Tres actividades que convergen en una misma tarea individualizadora (...) sintéticamente dicho; la individualización de las penas abarca la cuantificación, la selección y la ejecución; la cuantificación abarca los bienes jurídicos de que se priva al penado. El primer concepto es demasiado amplio, puesto que excede el campo penal; el segundo es demasiado estrecho y no abarca todo lo que al respecto estudia el derecho penal. Por consiguiente, creemos que lo adecuado es referirnos a la determinación de la pena en el caso concreto, como concepto que abarca la labor judicial de determinación de la clase de pena (cuando se trata de conminaciones alternativas o facultativamente conjuntas), de la cuantía de ellas

dentro de los límites legales (cuando se trata de penas que admiten grados) y de la forma de imposición (cuando se puede elegir entre la imposición efectiva o la condenación condicional) o de cumplimiento (como en el caso de la multa). (págs. 273-274)

Finalmente, el Acuerdo Plenario N° 01-2008/CJ-116, reconoció que en nuestro sistema penal, la determinación judicial de la pena tiene dos etapas secuenciales, la primera destinada a ubicar la pena básica, esto es verificar el mínimo y el máximo de pena conminada aplicable al delito y en la segunda etapa el juzgador debe individualizar la pena concreta entre el mínimo y el máximo de la pena básica, evaluando para ello las diferentes circunstancias contenidas en la ley. En base a tal distinción se analizarán ambos momentos de la individualización judicial de la pena.

2.1.1. Pena Básica

A nivel de pena básica, el magistrado ubica la pena previamente fijada por el legislador, que por lo general viene expresada en un mínimo y máximo específico, aunque en nuestro país para determinados tipos penales no se encuentre fijado el mínimo (Omisión de Asistencia familiar) o el máximo (Homicidio Calificado) en cuyo caso debe el juzgador integrar tal disposición normativa con el precepto genérico previsto en el artículo 29° del Código Penal.

En este nivel explica el profesor PRADO SALDARRIAGA (2015) la finalidad responde al principio rector de legalidad, en tanto el magistrado

“solo puede aplicar la pena en la forma y magnitud que le autoriza la ley” (pág. 49). Para este autor en la citada etapa el juez realiza una declaración formal y expresa sobre su autoridad punitiva y sobre la legitimidad de su ejercicio. (pág. 50)

A decir del profesor CELIS MENDOZA AYMA (2015):

El procesamiento de esta etapa, genera dos consecuencias:

- a) La determinación del marco legal en abstracto para el hecho punible, permite la identificación del espacio punitivo que será dividido en tercios.
- b) La prohibición de considerar otra vez el hecho punible para efectos de la concreción de la pena. (pág. 108)

Cabe acotar que aunque corresponda más a la semántica que a los efectos prácticos, existe una diferencia entre la pena legal o conminada, frente a la pena básica, entendemos que la primera es la establecida en el tipo penal de manera taxativa, y la otra es expresamente la pena aplicable al caso, es decir el tipo de pena (cuando el delito prevé penas alternativas) con la integración de sus límites mínimos y máximos (en los casos de norma penal incompleta). En ese sentido en no pocas ocasiones la pena legal o conminada será a su vez la pena básica, como por ejemplo en el delito de Homicidio, donde el límite mínimo y máximo viene determinado (de seis a veinte) y se trata de un solo tipo de pena (la privativa de libertad), ello no ocurre por ejemplo en el delito de

Autoaborto, tipificado en el artículo 114° de nuestro Código Penal, en el cual la pena legal o conminada es no mayor de dos años en el extremo de la privación de libertad o prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas; en este caso el magistrado ha de decidir si corresponde aplicar la pena privativa de libertad o en su defecto la prestación de servicios comunitarios (determinación cualitativa), hecho esto, de elegir la privación de libertad, ha de integrar el límite mínimo en base al artículo 29°, por lo que finalmente la pena básica sería no menor de dos días ni mayor de dos años, sobre la cual establecerá la pena concreta a aplicarse (determinación cuantitativa).

Sobre este aspecto y, refiriéndonos en específico al caso de penas alternativas, es importante preguntarse ¿Qué aspectos debe tenerse en cuenta para elegir una u otra pena?, explica el profesor JESCHEK que:

Discutida es también la cuestión de qué criterios han de ser utilizados para alcanzar la primera etapa (fijación del marco penal).

Mientras que la jurisprudencia ya exige aquí una valoración global de todas las circunstancias relevantes para la individualización de la pena y, por ejemplo tiene en cuenta las relaciones personales del autor y los efectos que la pena desplegará sobre sus posibilidades de resocialización (...) en cambio, para la elección del marco punitivo la mayor parte de la doctrina sólo trae a colación aquellas circunstancias que tienen que ver con la realización misma del tipo.

(pág. 1299)

En nuestro país, la jurisprudencia se ha pronunciado al respecto, así tenemos que La Sala Penal Especial de la Corte Suprema en la sentencia del Expediente N° A.V. 19-2001 (caso Fujimori) indicó: “En la primera etapa se deben definir los límites de la pena o penas aplicables. Se trata de la identificación de la pena básica, en cuya virtud corresponde establecer un espacio punitivo que tiene un mínimo o límite inicial y un máximo o límite final (...)”. La Primera Sala Penal Transitoria, al revisar el recurso de nulidad interpuesto contra la sentencia citada, indicó: “(...) el primer momento de la determinación de la pena lo fija el legislador con ese mínimo y ese máximo, el juez lo reconoce a través de la pena básica (...)”. (JIMENEZ NIÑO, 2010)

Como Anota AVALOS RODRIGUEZ (2015) existen tres tipos de marco penal, **i)** El caso de penas únicas: en el que se aplicará una pena con exclusividad, cabe anotar que ello es sin perjuicio de la posibilidad de aplicar las conversiones en los casos que resulte atendible; **ii)** El caso de penas acumulativas: en las que a criterio del citado autor se acumulan dos penas principales o principales con accesorias, discrepando éste con lo manifestado por el profesor Javier Villa Stein y Prado Saldarriaga, el primero que considera como penas conjuntas sólo la acumulación de principales y accesorias y, el segundo que considera sólo la acumulación de penas principales; **iii)** El caso de las penas alternativas, en el cual consideramos debatible incluirlo en el ámbito de la determinación de pena básica, pues no se trata sólo de ubicar la pena señalada por ley, sino

de elegir una para el caso en particular, lo cual desvincula la mera apreciación legal, como señala el citado autor que:

No señala la normativa, de modo expreso, algún criterio para decidir cuál es la clase de pena por la que se debe decantar el juzgador cuando el marco penal ofrece sanciones alternativas.

El principio de proporcionalidad –a través de su requisito intrínseco o sub principio de necesidad- hace que, cuando se trate de penas que se van a hacer efectivas, se tenga que elegir la que signifique el menor grado de ingerencia en los derechos del condenado (por ejemplo, en el art. 295 del CP, donde se amenaza con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de diez a treinta jornadas; se debe elegir la sanción que no importa privación de libertad); salvo que se presente alguna circunstancia que haga absolutamente necesaria la imposición de la clase de pena que por definición resulta de mayor gravedad; como podría ser la habitualidad del condenado. (págs. 140-142)

2.1.2. Pena Concreta

Sobre esta última etapa¹⁰ CALDERÓN & CHOCLAN (2001) precisan:

“Esta función judicial¹¹ (...) Es conceptualmente separable de la verdadera función autónoma del juez que no procede de una delegación del legislador, sino que se presenta como competencia

¹⁰ Aunque los citados autores utilizan indistintamente el término “individualización” para la fase legislativa y judicial, precisando párrafos adelante el término “determinación” para la primera.

¹¹ Refiriéndose a la fase legislativa.

exclusiva de la Jurisdicción en cuanto se trata de determinar una pena en función de las peculiaridades de cada caso. Por tanto, esta segunda actividad consiste en la individualización judicial de la pena propiamente dicha, estableciendo su concreta medida, dentro del marco penal así fijado, en función de las particularidades del autor y del hecho.

Como explican RODRÍGUEZ & SERANO (1994):

La ley, como acabamos de ver, hace un esfuerzo por proporcionar la pena abstracta a las circunstancias del delito y del delincuente, pero es el juez quien, en definitiva, ha de fijar la pena concreta que ha de cumplir el que ha cometido el delito. Salvo en los raros casos en que la pena está absolutamente determinada, de modo que constituye una magnitud invariable¹², el juez dispone de una gama, más o menos extensa, de penas posibles, entre las que ha de optar por una en función de los criterios que señala la propia ley.” (pág. 952)

Los citados autores incluyen en esta segunda fase, la determinación cualitativa de la pena en los delitos con penas alternativas, en su defecto el profesor peruano GARCÍA CAVERO (2008), precisa:

A partir del marco penal abstracto, modificado por las eventuales circunstancias modificativas genéricas, el juez penal debe individualizar la pena por el delito o los delitos. Este proceso no está desprovisto de ciertas líneas de orientación legalmente previstas, de manera que no puede considerarse una cuestión propia

¹² Como en nuestro caso la Cadena Perpetua como pena única en ciertas modalidades agravadas de un delito.

de la discrecionalidad judicial. La individualización de la pena está sometida al principio constitucional de la proporcionalidad, el cual, se encuentran concretado en un conjunto de criterios específicos establecidos en el Código penal que el juez penal debe observar de manera especial.

Abundado en el tema cabe precisar lo establecido por el profesor MIR PUIG (1998), quien refiriéndose a la etapa final de la determinación de la pena concreta refiere:

Una vez asignado el marco penal concreto que corresponde al delito- o delitos, en caso de concurso-, el juez dispone de arbitrio para moverse dentro de dicho marco. Es la fase de la «determinación judicial de la pena en sentido estricto». A continuación tal vez haya que decidir si procede la suspensión condicional de la pena resultante, o si cabe sustituirla por otra consecuencia jurídica. A ello corresponde la «determinación judicial de la pena en sentido amplío». (pág. 753)

En la sentencia ya citada anteriormente dictada al ex presidente Alberto Fujimori La Sala Penal Especial de la Corte Suprema, estableció que “(...) En la segunda etapa se debe identificar la pena concreta dentro del espacio y límite prefijados por la pena básica en la etapa precedente. Se realiza en función a la presencia de circunstancias legalmente relevantes y que están presentes en el caso. Las circunstancias son factores o

indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito, cuya esencia permanece intacta. Es decir, posibilitan apreciar la mayor o menor desvaloración de la conducta ilícita –antijuridicidad del hecho– o el mayor o menor grado de reproche que cabe formular al autor de dicha conducta –culpabilidad del agente–, permitiendo de este modo ponderar el alcance cualitativo y cuantitativo de la pena que debe imponerse a su autor o partícipe (...).”

3. Principales Sistemas de Individualización Judicial de la Pena.

A lo largo del tiempo se han desarrollado diversos sistemas que pretenden encontrar la medida de pena que mejor se ajuste a la finalidad a la que esté orientada la pena en el momento y contexto histórico específico, como precisa el profesor argentino ZAFFARONI (1998), a partir del racionalismo que reaccionaba ante la arbitrariedad y su desconfianza a la actividad judicial dio lugar a “la tabulación de agravantes y atenuantes con penas fijas, que hacía del juez un mero ejecutor de la ley, tal como acontecía con el código francés de 1791”. (pág. 275)

Como afirma el citado autor a este sistema de tabulación se adhirieron el código brasileño del Imperio de 1830, el Código de Baviera, el código Español de 1822 que tabulaba en largo enlistado las agravantes y las atenuantes, estableciendo tres grados de delito con penas relativamente rígidas. Por otro lado se tiene a la orientación de penas flexibles como el Código francés de 1810 y el Código alemán de 1871 que fijan un máximo y

un mínimo sin proporcionar criterios generales, asimismo el código Zanarelli (Italia) establecía un mínimo y un máximo, sin sentar pautas, se trataba de un sistema de penas flexibles, sin enunciación de criterios generales con atenuantes genéricas no especificadas y finalmente se tiene el código Suizo que retomó un sistema que en cierta forma representaba una vuelta al criterio de FEUERBACH, aunque mucho más simplificado el código suizo -y antes los proyectos- inaugura el sistema de los criterios legales generales o fórmulas sintéticas con penas flexibles, Código que finalmente ejerció influencia para que se adoptaran fórmulas relativamente sintéticas en Argentina, Perú, México, y en Costa Rica.

ZAFFARONI, establecía una serie de sistemas, según los cuales la concepción del delito influía en los elementos a tener en cuenta al momento de establecer el quantum punitivo, así precisa:

3.1. Determinación Penal del Positvismo:

Como explica ZAFFARONI para el positivismo, el delito es la expresión extrema de un pensamiento censalista mecanicista, es la causación de un resultado socialmente dañoso, por ende la medida de la sanción penal será la que requiera la neutralización de la determinación del sujeto para el delito (que es la peligrosidad). (pág. 282)

3.2. Determinación Penal del criticismo talional:

Para esta corriente el hombre es un ente capaz de auto determinarse, al que

el imperativo categórico le impone el deber de respetar al prójimo como a sí mismo. Así las cosas la violación del imperativo demanda un castigo, el cual es la pena, que sólo puede concebirse como pena pues requiere un contenido de dolor, debiendo ser un dolor equivalente al producido por el delito, para esta corriente la pena es el castigo o retribución que estará talionalmente vinculado con la magnitud del injusto y del reproche de culpabilidad. (ZAFFARONI, 1988, págs. 282-283)

3.3. Determinación penal del idealismo dialéctico:

La imagen del hombre del idealismo dialéctico es la de un sujeto que únicamente actúa cuando lo hace libremente. Las penas son la necesaria consecuencia de que la conducta de esos hombres viola el derecho y se impone la necesidad de repararlo. El delito es la conducta (libre) que lesiona el derecho (una culpabilidad antijurídica). La pena es la reparación del derecho por vía de la negación del delito; también aquí asume la forma de una reafirmación talional del derecho (el delito niega el derecho; la pena niega el delito y reafirma el derecho). La pena tendrá en cuenta el grado del injusto, que dependerá del grado de libertad. Los que no son libres no realizan conductas y no merecen la pena, porque no lesionan al derecho. En esta categoría no entran únicamente los inimputables, sino también los que no comparten los valores sociales de la comunidad (el “grado de civilización”) que les permiten considerarse “libres” (categoría en la que pueden entrar desde los indígenas hasta el enemigo político). A éstos se les aplican las medidas que corresponden a las cosas peligrosas, en función del derecho de policía del Estado. (ZAFFARONI, 1988, págs.

283-284)

3.4. Determinación ético-aristotélica:

Se parte de la base de que el delito es una conducta antijurídica reprochable a un autor, al que se concibe como un ente capaz de autodeterminación. Para esta doctrina la pena es la retribución del reproche de culpabilidad y que la culpabilidad no es el reproche del acto, sino en “combinación” con la personalidad, pues el autor inclinado al delito ha ido formando su personalidad de manera reprochable. Así, la medida de la pena será la retribución de la inclinación de su personalidad hacia el delito. Esa inclinación de su personalidad (que suele llamarse o fundarse en un “pronóstico de conducta”) es la peligrosidad positivista, que aquí aparece dentro de la culpabilidad, no ya como una cuestión meramente descriptiva, sino como un aspecto reprochable de su personalidad misma. Dentro de este sistema, todas son penas, y nada obsta a que una “medida” pueda ocupar el lugar de una pena puesto que la cuantificación de la pena y de la medida es la misma, fundadas ambas en el reproche de la personalidad (de lo que el hombre es y no de lo que el hombre hizo), de modo que esta cuantificación puede dar lugar tanto a un sistema de penas únicamente o a un sistema “vicariante” de penas y medidas. (ZAFFARONI, 1988, págs. 285-286)

Como vemos, todas estas corrientes señaladas por ZAFFARONI, revelan la orientación punitiva, hacia donde se dirige la medición de pena, que

finalmente irradiará en un sistema concreto, entendido este como el conjunto de reglas que conducirán hacia una pena materializada en la expresión algebraica.

Respecto de estos sistemas concretos tenemos en la doctrina los siguientes:

3.5. Teoría de la pena exacta o puntual.

Esta considera posible calcular exactamente, en el caso concreto, cuál es la pena que corresponde a la culpabilidad del autor, para la teoría de la pena puntual existe una única pena completamente determinada que corresponde a la culpabilidad del autor. Esta teoría niega por tanto el concepto de un “espacio de juego”, porque entiende que existe una única pena justa y adecuada a la culpabilidad. Se ha dicho de esta teoría que constituye una ficción teórico-jurídica, ya que, debido a la insuficiencia de la capacidad humana de conocimientos, tal pena no puede ser determinada exactamente, siendo negada por el Tribunal Alemán. (PRADO SALDARRIAGA y otros, 2015, pág. 89.)

En su versión pura, este sistema plantea que el único criterio determinante para la individualización del castigo que se debe imponer es la magnitud de la culpabilidad del sujeto, sin que sea posible tener de ningún modo en cuenta las necesidades preventivas existentes. Se trata de un sistema que encuentra su fundamento en las teorías retributivas de la pena. Se sostiene que el juzgador debe encontrar la medida de pena que se corresponda en forma exacta con el grado de culpabilidad del sujeto en el hecho criminal.

(AVALOS RODRIGUEZ, 2015, págs. 63,64)

Nos explica el profesor CELIS MENDOZA AYMA (2015):

Niega la existencia de un marco de culpabilidad y afirma que solo existe una pena adecuada a la culpabilidad, esta es siempre una medida fija y determinada, por tanto, la pena correcta solo puede ser una, pues la culpabilidad debe establecerse en forma precisa: solo existe una pena que se acomode a la culpabilidad del infractor. Se niega la existencia de un “marco de culpabilidad” y, pues la pena adecuada a la culpabilidad es una sola; en ese orden, el juez, al momento de decidir qué pena aplicar, no puede guiarse por los fines preventivos. (pág. 95)

Esta teoría es criticable por un lado, por la incorrección de su presupuesto teórico, es decir, que la culpabilidad pueda en algún caso conducir a un punto exacto de culpabilidad dentro del marco penal típico; y por otro, en cuanto que supone un absoluto inmovilismo político-criminal. (PRADO SALDARRIAGA & OTROS, 2015, pág. 90). Asimismo porque el concepto de culpabilidad puede ser definido en base a criterios muy disímiles. (CELIS MENDOZA AYMA, 2015, pág. 95)

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

con exactitud la magnitud de la culpabilidad de un sujeto. (AVALOS RODRIGUEZ, 2015, pág. 64)

Este autor citando a KAUFMAN, expone que no es posible conocer cuál es la medida exacta de la culpabilidad de un autor, y dado que la culpabilidad es un fenómeno metafísico, tampoco es posible averiguar a partir de ella una medida de pena determinada matemáticamente, sin embargo no por ello se adhiere a la teoría del espacio de juego, pues agrega respecto de esta que confunde el aspecto del conocimiento teórico con el aspecto ontológico del problema, (PRADO SALDARRIAGA & OTROS, 2015, pág. 90)

3.6. Teoría del Espacio de Juego.

DEMETRIO CRESPO (1999) al respecto nos dice que, esta teoría fue formulada por la Jurisprudencia alemana en los siguientes términos:

“La pena adecuada a la culpabilidad no puede ser exactamente determinada. Existe un espacio de juego, que está delimitado, por arriba, por la pena ya adecuada a la culpabilidad y, por debajo, por la pena todavía adecuada a la culpabilidad. El juez no puede sobrepasar el límite superior. No está autorizado a imponer una pena tan severa en cuanto al tipo y cantidad que no sea ya, según su apreciación, adecuada a la culpabilidad. El juez puede, sin embargo decidir según su criterio en qué medida debe aplicar la pena dentro del espacio de juego. BGHSt BD. 7 (pág. 188)

MIR PUIG (1998) señala que en esta teoría la culpabilidad obliga a imponer la pena dentro de un margen (espacio de juego) que oscila entre un máximo y un mínimo, pero la fijación de la medida exacta de la pena dentro de dicho «espacio de juego» debe hacerse con arreglo a las exigencias de prevención especial, salvo cuando excepcionalmente lo impida la prevención general. (pág. 61)

Para esta teoría la pena adecuada a la culpabilidad no es una magnitud exacta y que, por tanto, no puede ser establecida en un punto preciso y, concibe la pena, dentro de un marco de culpabilidad, aun imprecisa; ello facilita al juez acertar con su adecuación, evita el cuestionamiento puntilloso de su admisibilidad. Dentro de este marco, se atribuye a la prevención un carácter decisivo para fijar la pena. (CELIS MENDOZA AYMA, 2015, pág. 94)

La teoría del espacio de juego busca el equilibrio entre la función preventiva de la pena y sus limitaciones a través de los principios de proporcionalidad a la gravedad del injusto y a la culpabilidad del autor; la pena adecuada a la culpabilidad comprende un marco determinado entre un máximo y un mínimo, en el que el marco de la culpabilidad no es sino una fase intermedia en el camino para la determinación de la pena última, que debe ser una pena puntual. (DEMETRIO CRESPO, 1999, pág. 189)

A esta teoría se le reconoce un significado fundamental para la solución

del problema de las antinomias entre los fines de la pena. La teoría del espacio de juego quiere reducir la dureza de los términos de dicha antinomia que los presenta como excluyentes entre sí, e implantar una conciliación entre los mismos que supere el sincretismo inútil de las teorías de la unión, y otorgue a la discusión una cierta armonía. (DEMETRIO CRESPO, 1999, pág. 189)

El ámbito de juego está diseñado para tratar de amalgamar el fin retributivo y el fin preventivo, pues se entiende que en ese marco de culpabilidad, el juez podrá moverse en función de los fines de prevención. Sin embargo, la determinación de ese marco de culpabilidad, no tiene modo de aproximación objetiva, queda: i) en la generalidad de lo que políticamente el legislador consideró lesivo, y ii) la particular percepción de la ofensividad del acto delictivo que tenga el juzgador. Por tanto, el marco de culpabilidad constituido por un máximo todavía adecuado a la culpabilidad y un mínimo ya adecuado a la culpabilidad, ciertamente no es, por sí, objetivamente determinable. (CELIS MENDOZA AYMA, 2015, pág. 95)

Horn, citado por AVALOS RODRÍGUEZ (2015) sostiene que este sistema tiene un origen netamente procesal:

Los tribunales de revisión, conociendo las dificultades en que se encuentra el juez cuando tiene que convertir la pena en un monto determinado, probablemente la tarea más compleja de toda la

determinación de la pena, pretendieron señalar, únicamente, que son admisibles las penas que se encuentren dentro de lo razonable. Dicho de otro modo, que solo es posible la revisión del monto de pena cuando existe una desproporción evidente e intolerable. La doctrina, sin embargo, distorsionó esta mera ‘contemplación’ de tipo procesal y apoyó en ella la existencia de un marco de culpabilidad. (pág. 65)

3.7. Teoría del Valor Relativo.

Se señala que la culpabilidad y los fines preventivos de la sanción criminal son de necesaria consideración en el proceso de determinación de la pena (usado en sentido amplio), pero van a poseer un valor de empleo diferente según el segmento de este proceso en que el juzgador se encuentre. En el primer segmento se deberá fijar la magnitud de la pena teniendo en cuenta únicamente la culpabilidad del agente, sin ser posible recurrir a consideraciones preventivas. En el segundo segmento se deberá decidir la clase de pena a imponer y su modo de ejecución, para lo que solamente entrarán en juego las necesidades de prevención. (AVALOS RODRIGUEZ, 2015, pág. 66)

Esta teoría sostiene que se debe determinar el valor de cada uno de los fines de la pena, en cada etapa del proceso de determinación de la pena. Así la pena debe ser fijada teniendo en cuenta, en primer lugar, criterios retributivos y luego los preventivos. El primer paso de determinación de la pena, es graduar la culpabilidad en proporción a la gravedad del hecho, no entra en consideración ninguna reflexión orientada a la prevención, y

queda establecida la culpabilidad en un punto fijo del marco legal; el segundo paso, es graduar los criterios de prevención, en función de la cual se toma la decisión relativa a la clase de pena y al modo de ejecución; obviamente deben estar ausentes las consideraciones retributivas o de culpabilidad. La teoría del valor relativo divide el proceso de individualización de la pena en dos etapas bien diferenciadas que se guían por criterios de retribución y de prevención. Esta teoría asigna a la culpabilidad la función de coadyuvar en la determinación de la pena en sentido estricto y a la prevención el rol de orientar en la decisión sobre de si hay que suspender o sustituir la pena por otra medida. (CELIS MENDOZA AYMA, 2015, pág. 96)

3.8. Teoría de la combinación.

Para esta teoría la pena aplicable a cada injusto se halla en el “triángulo mágico” de la culpabilidad, la prevención general y la prevención especial. Considera que la pena: i) debe retribuir el ilícito según la culpabilidad del infractor, ii) debe servir para reeducarlo y para proteger a la sociedad de su eventual reincidencia en el delito. Finalmente, la sanción punitiva iii) debe servir de ejemplo para el resto de la sociedad. Empero, no proporciona los instrumentos conceptuales para concretar la pena, pues solo viene a reiterar los fines eclécticos de la pena. (CELIS MENDOZA AYMA, 2015, págs. 96,97)

4. Evolución de la Individualización Judicial de la Pena en el Perú.

En nuestro país, como ya hemos referido han transitado tres códigos Penales, el de 1863, el de 1924 y el actual de 1991, modelos en los cuales se han acogido diferentes sistemas para individualizar la pena, este último código, con la actual modificatoria asume un camino distinto al de su origen, circunstancias que se analizarán a continuación.

4.1. Código Penal de 1863

Este código regulaba en su artículo 32° en adelante las reglas de determinación judicial de la pena, en este modelo se dividen las penas en grados: la penitenciaria en cuatro grados, la de expatriación, inhabilitación, cárcel, reclusión, confinamiento, suspensión de derechos y arresto mayor y menor en cinco; a su vez cada grado se divide en tres términos, uno inferior, medio y superior, exponiendo el propio código el siguiente cuadro de escalas:¹³

ESCALA NUM. 1.
Para la pena de penitenciaria.

GRADOS.	TÉRMINO MÍNIMO.	TÉRMINO MEDIO.	TÉRMINO MÁXIMO.
I.	4 años.	5 años.	6 años.
II.	7 »	8 »	9 »
III.	10 »	11 »	12 »
IV.	13 »	14 »	15 »

ESCALA NUM. 2.
Para las penas de expatriacion é inhabilitacion absoluta y especial.

GRADOS.	TÉRMINO MÍNIMO.	TÉRMINO MEDIO.	TÉRMINO MÁXIMO.
I.	1 año.	2 años.	3 años.
II.	4 años.	5 »	6 »
III.	7 »	8 »	9 »
IV.	10 »	11 »	12 »
V.	13 »	14 »	15 »

¹³ Código Penal de 1863

ESCALA NUM. 3.*Para las penas de cárcel, reclusion, confinamiento y suspensión de derechos políticos.*

GRADOS.	TÉRMINO MÍNIMO.	TÉRMINO MEDIO.	TÉRMINO MÁXIMO.
I.	4 meses.	8 meses.	1 año.
II.	16 »	20 »	2 años.
III.	28 »	32 »	3 »
IV.	40 »	44 »	4 »
V.	52 »	56 »	5 »

ESCALA NUM. 4.*Para la pena de arresto mayor.*

GRADOS.	TÉRMINO MÍNIMO.	TÉRMINO MEDIO.	TÉRMINO MÁXIMO.
I.	40 dias.	50 dias.	2 meses.
II.	70 »	80 »	3 »
III.	100 »	110 »	4 »
IV.	130 »	140 »	5 »
V.	160 »	170 »	6 »

ESCALA NUM. 5.*Para la pena de arresto menor.*

GRADOS.	TÉRMINO MÍNIMO.	TÉRMINO MEDIO.	TÉRMINO MÁXIMO.
I.	2 dias.	4 dias.	6 dias.
II.	8 »	10 »	12 »
III.	14 »	16 »	18 »
IV.	20 »	22 »	24 »
V.	26 »	28 »	30 »

A su vez, se establecía que la pena se elevaba o disminuía en un término por cada agravante o atenuante que concurría, según fuera el caso, pero que en ningún supuesto este aumento o disminución podría ser superior de tres términos, concurrieran las agravantes o atenuantes que fueran.

Del mismo modo, revisando el catálogo de delitos y de penas aplicables a los mismos, observamos que se adhiere a un sistema de penas exactas, estableciendo el grado y término preciso para cada uno de ellos, aunque, con la particularidad que dicha pena exacta puede ser variada conforme concurren circunstancias atenuantes o agravantes, claro está dejando poco

a la discrecionalidad del juez, en tanto cada agravante y atenuante se encuentra tabulada con un término.

Dicha discrecionalidad era nula en el caso por ejemplo de la penitenciaria, en la cual cada término equivalía a un año y, por ende se realizaba un cálculo matemático.

Observamos que este código, inspirado en el Código Francés de 1791 consigna una tabulación de agravantes y atenuantes con penas fijas, donde las consideraciones preventivas eran nulas, además de no incluirse criterios de co-responsabilidad, sino de mera culpabilidad.

4.2. Código Penal de 1924

A diferencia del Código anterior, en este se establecían como únicas penas las de muerte, internamiento, penitenciaría, relegación, prisión, expatriación, multas e inhabilitación.

En cuanto a la de internamiento se adoptó un sistema de penas indeterminado, más allá de un mínimo de veinticinco años, mientras que la de penitenciaría se extendería desde uno a veinte años.

La relegación podía ser indeterminada o a tiempo fijo, mientras que la prisión se extendía desde dos días hasta veinte años, mientras que la multa, salvo disposición contraria en específico se establecía en base a la renta

probable del sentenciado y era no menor de dos días ni mayor de tres meses.

Finalmente la inhabilitación podía ser perpetua o temporal, esta última tendría una duración mínima de veinticinco años o a tiempo fijo por un máximo de diez años, pudiendo igual que en la actualidad ser fijada de manera principal o accesoria, en este último caso su tiempo iniciaba desde el día de la liberación definitiva.

En cuanto a la determinación de la pena en sí, el artículo 50° del código en mención establecía que *“Los jueces aplicarán la pena adoptando el máximo o el mínimo señalados por la ley para el delito o imponiendo entre los dos extremos la medida que creyeren necesaria. Deberán expresar en la sentencia los motivos que aconsejen la medida que hubieren adoptado”*

De igual forma, establecía que para su aplicación se apreciará la culpabilidad y el peligro del agente, reseñando un catálogo de circunstancias las que no eran definidas como agravantes o atenuantes en específico, pero que serían apreciadas por el juez al momento de fijar la pena, como la naturaleza de la acción, los medios empleados, pluralidad de agentes, edad, educación vida personal, familiar y social del agente, etc.

Se preveían atenuantes privilegiadas como la tentativa y las eximentes imperfectas, así como agravantes cualificadas como la reincidencia, en cuyo caso la pena no era menor al máximo fijado por el delito.

Como se puede apreciar, en este caso el código se sometía a la teoría del espacio de juego, estableciendo un margen máximo y mínimo entre los cuales el magistrado podría discurrir según las circunstancias pertinentes, sin asignarles a estas ningún valor en específico.

4.3. Código Penal de 1991

Nuestro Código Penal de 1991, en su redacción original establecía para la determinación judicial de la pena, un catálogo de circunstancias atenuantes y agravantes que deberían ser valoradas al momento de su individualización, ello conjuntamente con la disposición del artículo 45° sobre los presupuestos para la aplicación de la pena como las carencias sociales que hubiere sufrido el agente; su cultura y sus costumbres; y los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen¹⁴. A todo esto debe sumársele el sistema de penas con un espacio dado a la valoración del magistrado, fijando la ley un extremo mínimo y máximo, nos lleva a concluir que se acogió el sistema del espacio de juego.

¹⁴ Con la modificatoria de la ley N° 30076 se ha incorporado el abuso del cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad. Del mismo modo con la modificatoria de la ley N° 30364 se incorporó la afectación de los derechos de la víctima y la consideración de su situación de vulnerabilidad.

Este sistema se mantuvo aún con las diversas modificaciones, en especial de la reincidencia y habitualidad así como las referentes al concurso de delitos, siendo en su momento un articulado novedoso, como es el caso del artículo 45° que como afirma VILLAVICENCIO TERREROS (2007) da cabida a lo que se denomina co-responsabilidad o co-culpabilidad, según la cual el Estado es el que determina qué conducta es prohibida; es él quien criminaliza la conducta, quien establece lo que es delito; además, siendo éste el que prescribe la pena, es coherente afirmar que tanto pena como delito son sus productos. Si bien es cierto el sujeto es el que realiza el delito, no es su producto; «el delito» es una «construcción» Siendo el Estado el que determina lo que es delito, es, por ende, co-responsable, debiendo preocuparse de establecer las condiciones más favorables para que el individuo no delinca. (pág. 73)

Explica el profesor antes citado, que en el numeral 2 se hace mención de la cultura y costumbres del agente, que deberán ser tomados en cuenta por el Juez al momento de determinar la pena. Siendo el Perú un país pluricultural, donde co existen distintas culturas, en el que junto a los patrones de conducta del sistema oficial co existen los de otros grupos culturales, entrando en muchos casos en conflicto (sociedad conflictual), es entendible que el discurso oficial no sea aprehendido por toda la sociedad peruana, pues en diversos casos entrará en conflicto con los patrones de conducta de otros grupos culturales o subculturales. Finalmente, el tercer numeral de este artículo establece que el Juez debe tomar en consideración

los “intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen”. Dada la desfavorable situación de la víctima en el sistema penal (es una especie de perdedor por partida doble: frente al infractor y después, frente al Estado, el Derecho Penal de mínima realización supone la protección privilegiada de la víctima, como por ejemplo, a través de una estrategia de privatización de conflictos -como modelo político-criminal para la descriminalización de ciertos delitos-; también, otorgársele a la víctima mayor intervención en el tratamiento de los conflictos, tendentes a acortar las diferencias con el infractor, reducir el costo social de la pena, asegurar la posibilidad de indemnización de la víctima, etc. (VILLAVICENCIO TERREROS, 2007, págs. 73,74)

Abunda el citado profesor nacional que:

Las circunstancias señaladas en el artículo 46° del Código Penal sólo representan factores particulares para la determinación de la pena. Por mucho tiempo, la medición judicial de la pena estuvo basada en el dogma de la discrecionalidad judicial, de forma tal que las disposiciones legales sobre la materia parecían prescindibles y hasta eran percibidas como un obstáculo. Precisamente, el estancamiento de la teoría de la medición de la pena se debió a la incapacidad de alejarse de ese dogma. En la actualidad, la dogmática de la medición judicial de la pena viene siendo desarrollada en base a reglas jurídicas particulares. Ahora se habla de un derecho de medición judicial de la pena que, por cierto, registra un retraso en su desarrollo

frente a los estudios sobre la teoría del delito. Es también el caso del derecho penal peruano, que necesita desarrollar esta importante temática. El camino que el juez seguirá hasta determinar definitivamente la pena aplicable atraviesa tres etapas: **i)** Determinar el marco punitivo aplicable en función a los márgenes de pena previstos en la ley penal. **ii)** Determinar la pena en base a la valoración de la culpabilidad del hecho. **iii)** Asumir una decisión preventiva de manera tal que las diferentes magnitudes de pena que se pueden observar a partir de la culpabilidad deben regularse en función a criterios preventivos especiales y generales. (VILLAVICENCIO TERREROS, 2007, págs. 74,75)

Explica PEÑA CABRERA FREYRE (2015), en su artículo “El proceso de determinación e individualización de la pena en el sistema de los tercios” respecto a la individualización judicial de la pena en la redacción original del actual Código Penal este no contenía en realidad un verdadero “sistema punitivo”, al no albergar reglas que definieran de forma estricta los criterios a tomar en consideración para la “determinación” e “individualización de la pena”.

Explica que la redacción del artículo 45 hace alusión a los “presupuestos para fundamentar y determinar la pena”, dando un listado de circunstancias a tomar en cuenta por el juzgador, sin especificar si estas debían operar como atenuantes o agravantes, y en qué medida o proporción habría de

incidir en el quantum de la pena. Luego, en el anterior artículo 46 se regulaban aquellos factores que el juez podía considerar para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, de manera que le suministraba ciertos datos que le permitían graduar la penalidad según el contenido de desvalor del injusto penal como el grado de reproche culpable. En ese sentido, para el autor citado el marco de la pena justa, de acuerdo con un concepto de culpabilidad por el acto, estaba plenamente garantizado, pues las dosimetrías penales permiten justamente respetar dicha garantía fundamental; nota propia de un Derecho Penal acorde con los principios del acto, de protección de bienes jurídicos, de culpabilidad y de proporcionalidad. Sin embargo, no se señalaba si dichas circunstancias eran “agravantes” o “atenuantes”, conduciendo a que se consideren de naturaleza “mixta” y, sobre todo, que no podían ser atendidas si eran específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad.

El autor antes citado expresa también que, el Código Penal en su redacción inicial en cuanto a la Determinación Judicial de la Pena contenía un sistema que le otorga discrecionalidad al juzgador en la etapa de la determinación e individualización de la pena, mas no se la deja a su puro arbitrio, en la medida que tiene el deber de exponer las razones de su decisión, por lo que en su criterio sí se contaba con un sistema, sin embargo, padecía de una serie de vacíos y claroscuros, que por razones de

orden cultural e ideológico no era posible subsanar mediante puros criterios interpretativos. (Gaceta Penal & Procesal Penal, Marzo 2015)

5. Individualización Judicial de la Pena en la Ley N° 30076-Sistema de Tercios.

5.1. Antecedentes

El profesor PRADO SALDARRIAGA (2015) principal impulsor de la promulgación de la norma en comento, explica que las reglas sobre aplicación de la pena no fueron objeto de modificaciones trascendentes durante todo el proceso de reforma del Código Penal de 1924, que comenzó en setiembre de 1984 y que culminó en abril de 1991 con la promulgación del Código Penal vigente. Esto es, la reformulación de las normas sobre determinación judicial de la pena permaneció por más de 80 años, como una tarea pendiente del legislador nacional. Fue estructurándose, paulatinamente, durante el desarrollo de un hasta ahora frustrado proceso de revisión integral del Código Penal de 1991 y que comenzó el 2004. Aquel año se publicó un Anteproyecto de reforma de la Parte General, que redactó una Comisión Especial Revisora del Código Penal y que promovió el Congreso de la República a través de la Ley N° 27837 del 4 de octubre de 2002. (pág. 32)

Este primer antecedente incluyó un modelo de origen colombiano basado en la configuración de un espacio punitivo general, o pena básica, que generaba, luego, en su interior, cuatro segmentos específicos entre los

cuales el trabajo explorador analítico de las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes en el caso objeto de condena, llevarían al Juez a construir y decidir la pena concreta del condenado en uno de ellos. Este esquema innovador e inédito para nuestra legislación penal ofrecía, pues, en principio, un evidente aporte sistemático a la vez que reducía razonablemente el espacio de arbitrio judicial. Pero, además, en el Anteproyecto 2004 se incluían, como ocurría, en el viejo Código Penal de 1863 de inspiración hispánica, catálogos cerrados de circunstancias genéricas agravantes y atenuantes. De esta manera se intentaba superar el modelo helvético, de estructura abierta e innominada, que generó una mala práctica fiscal y judicial, consistente en referirse en los dictámenes o sentencias solo al numeral que contenía el catálogo de circunstancias, sin precisar ni deslindar cuáles circunstancias estuvieron materialmente presentes o no en el hecho punible cometido. En el artículo 49° del Anteproyecto de Código Penal de 2004 se regulaba el “Ámbito de movilidad de individualización de la pena” dividiendo la pena en cuartos. En este apartado el profesor en comento critica la incorporación en el proyecto del modelo colombiano, indicando que en el derecho penal colombiano las causales de disminución de punibilidad determinan que el marco punitivo conminado para el delito cometido se reduzca en ambos extremos de la pena conminada y que luego el espacio de punibilidad rediseñado sirva para la búsqueda de la pena concreta, aunque, como veremos más adelante el sistema de cuartos y el sistema de tercios guardan ostensas similitudes, lo propio el Código Penal Colombiano con el actual

sistema peruano. (PRADO SALDARRIAGA & OTROS, 2015, págs. 32,33)

Agrega el profesor Prado Saldarriaga que, una segunda fuente legal, ya más cercana al sistema elegido por la Ley N° 30076, correspondió al Anteproyecto de Código Penal 2008-2010. Este documento fue también resultado del trabajo colectivo de una Comisión Especial Revisora del Código Penal, patrocinada por la representación nacional y que fue constituida por Ley N° 29153 del 15 de diciembre de 2007. Al respecto, las principales decisiones adoptadas partían de modificar el sistema configurado por el Anteproyecto 2004 y sustituirlo por un nuevo esquema operativo menos complejo y de articulado más coherente -en palabras del vocal supremo citado- Asimismo, afina las disposiciones sobre agravantes y atenuantes genéricas así como las correspondientes a circunstancias agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas. Igualmente se acordó incluir un nuevo criterio de fundamentación y determinación que tomaba en cuenta el abuso de la posición de poder y privilegio social de la que era poseedor el autor del delito. Finalmente indica que la tercera fuente legal proviene en exclusiva del Poder Judicial y está ligada directamente con la promulgación de la Ley N° 30076. Se trata de un Proyecto inicialmente redactado por una Comisión de Expertos que convocó el Poder Judicial y que fuera luego revisado por una Comisión de Jueces Supremos que tuvo el honor de presidir. El documento final fue aprobado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República y remitido al Congreso

Nacional el 22 de octubre de 2012. En la Exposición de Motivos de esta propuesta legislativa se hizo hincapié en la problemática específica de la determinación judicial de la pena precisándose que el Código Penal vigente no establece de manera precisa el procedimiento técnico que debe seguir el Juez Penal para la imposición de una sanción. (PRADO SALDARRIAGA, & OTROS 2015, págs. 35-37)

5.2. Operatividad del Sistema de “Tercios”

El sistema de tercios, como su propio nombre indica, divide la pena conminada en tres segmentos que disemina la pena en partes iguales, estableciendo un tercio inferior, medio y máximo. Siendo que según la concurrencia de atenuantes o agravantes genéricas se discurriría entre ellos, así en el primero sólo si hubiese atenuantes o no hubiese ni estas ni agravantes, en el tercio medio si concurrieran atenuantes y agravantes y en el tercio superior si concurrieran sólo agravantes.

Del mismo modo se establece que, en caso de circunstancias atenuantes privilegiadas, la pena se determina por debajo del mínimo legal, en caso de concurrencia de atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas la pena se determina en el marco de la pena básica y, en el caso de concurrir sólo agravantes cualificadas la pena se determina por encima del máximo legal.

Para efectos prácticos citaremos al Dr. PRADO SALDARRIAGA, quien resumió cinco esquemas operativos, en los siguientes términos:

5.2.1. Determinación judicial con circunstancias genéricas

Explica el profesor PRADO (2015) que este esquema debe utilizarse únicamente para la determinación de la pena en el caso de delitos sin circunstancias agravantes o atenuantes específicas como el homicidio simple del artículo 106° del Código Penal.

En estos supuestos debe aplicarse lo establecido en el artículo 45-A, incisos 1 y 2. Como es lógico, lo primero a realizarse es identificar la pena básica aplicable al delito en cuestión, una vez hallado, se divide la pena total en tres segmentos, independientemente de si se transforma a meses la pena inicialmente o se calcula la cantidad al dividirse los años, el resultado no es objetable en tanto se trata de una operación matemática, de tal manera que si se trata de un delito de homicidio simple cuya pena es de seis a veinte años, los tercios quedarán de la siguiente forma; el primero de 6 años hasta 10 años y 8 meses. El segundo segmento abarcaría desde los 10 años y 8 meses hasta los 15 años y 4 meses. Finalmente, el tercer segmento comprendería un espacio entre 15 años y 4 meses hasta 20 años.

El tercer paso, y siguiendo básicamente la redacción de la modificatoria, corresponde la identificación de las circunstancias genéricas que concurren en el delito cometido. Para ello se recurre al catálogo de circunstancias señaladas en el artículo 46, para en base a la concurrencia de estas, ubicar la pena concreta en el tercio que corresponda.

Cabe acotar que una vez llegado a ese punto, es decir la ubicación del tercio que corresponda, el código “hace silencio”; verbigracia ante la concurrencia de sólo atenuantes en el ejemplo del homicidio, nos ubicaríamos en el tercio inferior, esto es de seis años a diez años ocho meses, empero, no existe una disposición normativa que precise la cantidad exacta de pena aplicable, por lo que diversos autores ensayan sobre lo que debe hacerse en este caso.

Así, el profesor PRADO SALDARRIAGA (2015) expone:

Ahora bien, es importante precisar que el valor cuantitativo de cada circunstancia (en años, meses o días de pena privativa de libertad) puede lograrse dividiendo la extensión del espacio inicial o tercio inferior entre 8, si son atenuantes genéricas. Por ejemplo en el homicidio simple cada atenuante genérica equivale a 7 meses. Igual operación, pero en base a la extensión del tercio superior, y con un divisor de 13, se hará para determinar la equivalencia de cada circunstancia agravantes genérica. Así, en nuestro ejemplo del homicidio, a cada agravante genérica corresponderá un valor cuantitativo de aproximadamente 4 meses con 9 días. (págs.65)

Como se advierte, se llega al extremo legalismo y “aritmética penal” de establecer una penalidad fija para cada atenuante, dejando cero ámbito de discrecionalidad al magistrado, casi al punto de lo establecido por el código penal de 1863.

Para el profesor CELIS MENDOZA AYMA (2015) esta situación debe resolverse de modo distinto, para el citado autor, no debe valorarse nuevamente las circunstancias que ya delimitaron el marco penal reducido, es decir el tercio aplicable, en pro del principio de prohibición de doble valoración, sino que debe resolverse conforme al filtro de culpabilidad.

Este autor, luego de explicar tendidamente la influencia del principio de culpabilidad en la aplicación de la pena propone considerar lo que él denomina “el esfuerzo por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad”, resumiendo su teoría, se tiene que, cada sujeto se encuentra en una situación determinada de riesgo frente al delito, por ejemplo quien ostena buenos recursos económicos tendrá menos riesgo de cometer un hurto que quien se encuentre en extrema pobreza, y si a ello sumamos una familia disfuncional, la falta de interiorización de valores y el fallo de los controles sociales informales, su estado de vulnerabilidad es alto, por lo que “dar un paso” al delito requiere de menos “esfuerzo” que para el primer sujeto. Es así que se confronta la culpabilidad por el acto con la culpabilidad por el esfuerzo del sujeto por llegar al delito, sintetizando en una culpabilidad normativa que reduce el reproche por el acto. (CELIS MENDOZA AYMA, 2015, págs. 143-145)

Como se advierte suena coherente tal posición, empero no brinda un mecanismo práctico para ubicar la pena en su extremo preciso, como es

obvio, ninguna teoría podría realizarlo de manera satisfactoria, pues, a diferencia de las ciencias exactas, El Derecho se enfoca en la conducta, la misma que es diferente en cada caso.

Para el autor AVALOS RODRIGUEZ (2015) en este punto considera la concurrencia del criterio de culpabilidad y por supuesto el de proporcionalidad, sin que resulte “contraproducente desde las exigencias de la prevención general y especial” (pág. 199)

5.2.2. Determinación judicial con circunstancias específicas.

En caso de circunstancias atenuantes o agravantes específicas, el esquema operativo a aplicar en palabras de PRADO SALDARRIAGA es distinto pues en este caso ubica igualmente la pena básica correspondiente al delito, luego se ubica las circunstancias agravantes específicas que concurren, en el caso de agravantes, “cada circunstancia específica tendrá un valor cuantitativo que será equivalente al cociente de dividir la extensión del espacio punitivo” y por cada una que concorra se discurrirá hacia el máximo de la pena.

Tratándose de circunstancias atenuantes específicas la operación a seguir sería similar, pero en este caso se empieza a descender desde el límite máximo del espacio punitivo hacia su límite inicial o mínimo según concurren las circunstancias atenuantes. (págs. 65,66)

5.2.3. Determinación judicial de la pena con circunstancias agravantes cualificadas.

En este supuesto como en todos los demás, los pasos a seguir para la determinación de la pena concreta comienzan con la identificación del máximo de la pena conminada para el tipo de delito cometido. Este extremo marcará un nuevo mínimo a partir del cual se deberá extender un nuevo máximo aplicando hasta donde corresponda la escala porcentual que la ley autoriza. Así, por ejemplo, en el artículo 46-B, segundo párrafo, sobre la eficacia de la agravante cualificada de la reincidencia, se dispone que ese nuevo máximo se configurará aumentando la penalidad “hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal”. Por consiguiente, si se trata de un delito de homicidio simple donde según el artículo 106 el máximo de penalidad conminada es 20 años de pena privativa de libertad, la concurrencia de una agravante cualificada de reincidencia determinará que sobre ese límite (ahora mínimo) se construya un nuevo límite máximo en 30 años que representa la mitad de aquel (10 años).

En este nuevo marco de penalidad conminada (con un mínimo de 20 y un máximo de 30 años de pena privativa de libertad), el órgano jurisdiccional deberá proceder, luego, a identificar la pena básica y la pena concreta que correspondan aplicando el mismo esquema operativo diseñado por el artículo 459-A, inciso 1 y 2 y utilizando los catálogos de circunstancias atenuantes y agravantes genéricas regulados en el artículo

46. Esto es, siguiendo las mismas pautas que ya hemos enunciado al describir nuestro primer esquema operativo. Por tanto, el mayor número de atenuantes o agravantes genéricas que se detecten, o la presencia de ambas, orientará la pena concreta hacia el tercio inferior, intermedio o superior del nuevo marco punitivo construido que operará como pena básica.

Ahora bien, en la agravante cualificada de la habitualidad regulada en el artículo 46-C, se aplicará el mismo esquema reseñado con las variantes que fija la ley para la extensión del nuevo máximo (“un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal”).

Cabe anotar, finalmente, que los artículos 46-B y 46-C que nos sirven de ejemplo, también contemplan situaciones especiales para los casos de delitos graves, indulto, etc. y donde los estándares de aumento de la penalidad conminada son diferentes (dos tercios o una mitad). En estos supuestos, el órgano jurisdiccional aplicará el esquema descrito en la escala pertinente. Algo similar ocurrirá ante la presencia de las circunstancias agravantes cualificadas reguladas por los artículos 45-A y 459-D, que fijan como límite de la extensión punitiva del nuevo máximo legal o de la pena concreta 35 años. (PRADO SALDARRIAGA & OTROS, 2015, pág. 66 y 67)

5.2.4. Determinación judicial de la pena en caso de causales de disminución de punibilidad

Este esquema solo comprende dos operaciones. La primera se concreta a ubicar la posibilidad punitiva siempre en un punto inmediato inferior al que corresponde al límite mínimo de la penalidad conminada para el delito correspondiente. Ello debido a que dicho mínimo legal identifica el límite menor de punibilidad que fija la ley para un delito perfectamente realizado (consumado o sin la concurrencia de causales plenas o imperfectas de exención de responsabilidad como las reguladas por los artículos 20, 219 o 229 del Código Penal) así como para su autor, coautor, autor mediato o partícipes punitivamente equivalentes (condición que atribuyen los artículos 249 y 259 ab initio al instigador y al cómplice primario, respectivamente). El segundo paso a seguir implica una degradación punitiva, siempre en línea descendente, la que tendrá como único límite la proporcionalidad de una lectura razonable y prudente del suceso tático, de sus dimensiones antijurídicas (por ejemplo tentativa inacabada o acabada u omisión impropia), así como de los niveles de intervención de las personas implicadas. Se trata, entonces, de aplicar una escala discrecional que el juez recorrerá a su libre, pero razonable arbitrio y que debe alcanzar una justificación solvente del resultado punitivo como principal garantía de representar una pena justa. (PRADO SALDARRIAGA & OTROS, 2015, pág. 67)

5.2.5. Determinación judicial en caso de reglas de reducción por bonificación procesal.

Formalmente este es el más sencillo de los esquemas operativos, ya que solo requiere ejecutar una simple operación aritmética consistente en aplicar sobre la pena concreta parcial, o resultado punitivo obtenido del proceso previo de determinación judicial de la pena, el porcentaje de reducción cuantitativa que fija la ley. Por ejemplo, si el resultado punitivo o pena concreta parcial para el condenado por un delito de estafa fue de seis años de pena privativa de libertad, pero el procesado se acogió al procedimiento especial de terminación anticipada del proceso, se le deberá aplicar conforme a lo autorizado por el artículo 471 del Código Procesal Penal, la bonificación procesal de una reducción equivalente a “una sexta parte” de dicha pena concreta parcial y que cuantitativamente es de un año de privación de libertad. En consecuencia, pues, la pena concreta definitiva que se fijará en la sentencia y que deberá cumplir el condenado será de cinco años de pena privativa de libertad. (PRADO SALDARRIAGA & OTROS, 2015, pág. 67 y 68)

5.2.6. Determinación judicial de la pena en caso de penas conjuntas

Este esquema adicional se aplica solo cuando los delitos cometidos por el procesado tienen una penalidad compuesta por dos o más penas principales. Dado que el Juez, en estos casos, debe imponer todas las penas concretas en base a las mismas circunstancias concurrentes, sus estándares y resultados de punición para cada clase de pena tienen que

ser los mismos o cuando menos poder ser equiparables. Un caso frecuente en la praxis judicial es el que se presenta en los delitos de tráfico ilícito de drogas con la concurrencia de circunstancias agravantes específicas. Para este supuesto delictivo, la ley regula una penalidad conjunta compuesta por tres clases de penas: pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años; multa no menor de ciento ochenta ni mayor de trescientos sesenta y cinco días-multa; e inhabilitación no menor de seis meses ni mayor de diez años (según reforma introducida en el artículo 38 del Código Penal por la Ley N 30076). Y el procedimiento a seguir para la determinación de la pena en este tipo de delitos será el siguiente: Primero el juez determinará la extensión de la pena concreta privativa de libertad, entre el mínimo y máximo de la penalidad conminada, los que delimitarán, a su vez, la pena básica o espacio de punición. La pena concreta surgirá de la eficacia punitiva que corresponda al número de circunstancias agravantes concurrentes. Luego, en segundo lugar, el Juez procederá a identificar una extensión equivalente para las otras dos penas conjuntas, de multa e inhabilitación, en sus respectivos espacios punitivos. Para este último efecto el órgano jurisdiccional podrá aplicar la operación aritmética de regla de tres simple. (PRADO SALDARRIAGA & OTROS, 2015, pág. 68)

6. Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Penal

MAGGIORE (1972) refiere que:

Se llaman circunstancias los elementos no constitutivos, sino simplemente accesorios, del delito, que influyen en su gravedad, dejando intacta su esencia. Se llaman también, con expresión que se remonta hasta los antiguos juristas prácticos, *acádentalia delicti*, en contraposición con los *essentidia delicti*. (MAGGIORE, 1972, pág. 3)

Explica MIR PUIG (1998) que, las circunstancias modificativas son elementos accidentales del delito, en el sentido de que de ellos no depende el ser del delito, sino sólo su gravedad, haciendo dos precisiones: i) las circunstancias atenuantes y agravantes en sentido estricto (refiriéndose a las contenidas en la parte general del Código Español) no son los únicos elementos accidentales de los cuales depende la gravedad del hecho, pues en la parte especial el Código describe numerosos elementos que elevan o disminuyen la pena, a los que llama elementos típicos accidentales. Su diferenciación respecto de las circunstancias atenuantes y agravantes es necesaria porque existen ciertas normas que el Código destina sólo a éstas y

ii) La segunda precisión es que la expresión «elementos accidentales» con que calificamos a las circunstancias modificativas no significa sólo que su concurrencia no sea necesaria para la presencia de un delito. Algunos elementos esenciales del delito, como el dolo o el resultado, pueden también dejar de darse sin que deje de concurrir un delito (que podrá ser imprudente o de mera actividad, respectivamente). Mas estos elementos son esenciales en los delitos en que los exige la ley, mientras que las circunstancias nunca son exigidas por la ley para que concurra un delito, sino sólo para que el delito vea modificada su gravedad. Que las circunstancias modificativas sean

elementos accidentales del delito por afectar no a su presencia, sino sólo a su gravedad o cantidad, no impide que afecten a elementos esenciales del delito, aumentando o disminuyendo su cantidad. (págs. 628,629)

Sobre el particular BUSTOS RAMÍREZ (1989) afirma que las circunstancias del delito son elementos accidentales nominados o innominados dentro de la estructura del delito, que influye en la determinación de la pena; su carácter accidental implica entonces que no constituyen (ni son co constitutivas) del injusto ni de la responsabilidad del sujeto. Por eso hay que diferenciarlas de aquellas que han pasado a formar parte del injusto del respectivo. Las circunstancias tienen, pues, por objeto una mayor precisión del injusto, es decir, están dirigidas a una mejor consideración graduacional de las valoraciones que lo componen e, igualmente, en relación al sujeto responsable, se trata de una mejor graduación de su responsabilidad, sobre la base de determinar las circunstancias que han influido en su conciencia y en sus estados motivacionales. (pág. 361)

El citado autor las clasifica según la determinación de la pena en **agravantes**, **atenuantes o mixtas**; según su normativización en **nominadas**, que son aquellas expresamente señaladas de modo específico en la ley, que es el sistema básico seguido por el Código e **innominadas**, son aquellas que solamente están comprendidas de modo general mediante una cláusula legal general, será el juez quien las determine; asimismo en **Generales**, son aquellas que, en principio, son aplicables a todos los delitos (pero que a veces, por la propia estructura del tipo legal no se pueden aplicar, en virtud

del principio de non bis in Ídem, y específicas, son las que en la Parte Especial (o también en la Parte General, así la alevosía) están señaladas para un delito determinado o un grupo de delitos solamente y por último, en relación a su comunicabilidad entre los partícipes de un delito, puede ser personales, que son aquellas que sólo agravan o atenúan la responsabilidad de aquellos en quienes concurren y materiales referidas tanto al hecho como a los medios, y que agravan o atenúan a todos los que las hayan conocido al momento de la acción o de su cooperación. (BUSTOS RAMIREZ, 1989, págs. 361,362)

CAPÍTULO IV

EL PROCESO PENAL EN EL

PERÚ

1. Introducción

Tradicionalmente se ha distinguido entre derecho sustantivo y derecho procesal o adjetivo, el primero se entiende como el conjunto de normas que establecen los derechos u obligaciones de los individuos, mientras que el segundo se constituye como el mecanismo para hacer efectivo los mismos. Esta simbiosis implica que, el derecho sustantivo por sí solo, sería una mera declaración prosaica de lo que debe ser, a su vez el derecho procesal de manera aislada, no tendría razón de ser en la medida que no encontraría contenido a su función.

Esta interrelación no es ajena al Derecho Penal, en la medida que, en su aspecto sustantivo concibe las directrices para considerar un hecho como punible, así como una persona como responsable y demás aspectos relevantes con el reproche penal, empero, tales declaraciones resultarían insuficientes sin un mecanismo que logre efectivizar dichos mandatos, mecanismo que conocemos como “el proceso penal”, que es materia del presente capítulo, el cual es definido como *“el medio para la concreción del derecho [de]concluir jurídico-penalmente”* (MORAS MOM, 2004, pág. 14) Sin duda, y como analizaremos, las concepciones doctrinarias del derecho penal sustantivo, han influido transversalmente en la construcción de un sistema procesal, desde el Proceso Penal Acusatorio Antiguo, pasando por el inquisitivo, los sistemas mixtos y, la reevaluación de sistema acusatorio con matices de “modernidad”, igualmente analizaremos la evolución en específico de nuestro sistema procesal y, finalmente, el desarrollo del actual sistema, especialmente los principios regulados en el mismo.

Este estudio tiene como finalidad comprender las implicancias de instaurar un sistema acusatorio adversarial, ello para analizar si, la institución de cesura de juicio resultaría compatible con la normativa y orientación procesal actual.

2. Sistemas Procesales

A decir de Oré Guardia (2011) el sistema procesal se define como el conjunto de principios y reglas que rigen un determinado ordenamiento jurídico en la resolución de conflictos, entre otros, de naturaleza penal. La manera en que se protegen los derechos; la modalidad e intensidad de las sanciones; el papel que desempeñan la víctima, el imputado y el Estado; la prelación que se asigna a ciertos derechos y, en general, la forma como se desenvuelven las acciones, sujetos, órganos, entre otros, es lo que determina el tipo de sistema procesal penal que rige en un momento y lugar determinado. Será la visión integral de la justicia penal, con sus instituciones, órganos y roles, lo que nos orientará acerca del sistema procesal que se haya acogido en un ordenamiento en específico. De ello se colige que los sistemas procesales encuentran claros vínculos con la forma en que se organiza un Estado, siendo necesario vincular su análisis al contexto histórico-político al cual pertenecen. Asimismo se precisa que los modelos procesales son categorías pedagógicas; no existen modelos procesales puros; y el modelo procesal y el régimen político están íntimamente relacionados. (pág. 46 y 47)

Clásicamente se ha distinguido dos sistemas procesales, el inquisitivo y el acusatorio, así como un tercero que resulta de la combinación de características de ambos modelos procesales.

Como anota LEVENE (1993) Según a quién se asignen las principales funciones procesales, resultará cualquiera de las dos formas fundamentales del proceso. Si las tres funciones, la de acusar, la de defensa y la de decisión, son encomendadas a tres órganos independientes, un acusador, un defensor y un juez, el proceso será acusatorio. Si las tres funciones se concentran en manos de una sola persona u órgano, el juez, el proceso será inquisitivo. (pág. 105)

2.1. Sistema Procesal Acusatorio

2.1.1. Antecedentes

El sistema acusatorio, que ahora es el corte que impera en nuestro país, fue, por tradición el primero en implantarse en la historia. Se desarrolló principalmente en la Grecia antigua, en el último siglo de Roma y en la Edad Media hasta el siglo XIII. El principio que regía era el de la preeminencia del individuo y la pasividad del Estado. (ORE GUARDIA, 2011, pág. 49)

PEDRÁZ PENALVA (citado por Peña Cabrera Freyre, 2016) precisa que, históricamente apareció el sistema acusatorio tipificado por su vigencia en defecto de un poder público, confiriendo a la asamblea la tarea de presenciar el simulado combate entre la víctima/perjudicado y

el supuesto autor del hecho, torneo arbitrado por un sujeto: el juez que se limitaba desde su neutralidad, a permitir y presenciar su regular desarrollo y a anunciar el resultado, sin participar en el pronunciamiento. Estamos así ante el juicio por los pares. (pág. 413)

Por su parte Peña Cabrera Freyre (2016), hace mención a un proceso acusatorio que él denomina “antiguo” y otro “moderno”, respecto al primero que entra en escena con la formación de las ciudades y la aparición de las primeras codificaciones, donde tenemos un órgano encargado de procesar y de dirimir el conflicto y, dos partes enfrentadas, es decir, el Acusador y el Acusado, donde la excitación del procedimiento, sólo puede tomar lugar a instancia del ofendido (*nemo iudex sine adore*). Por consiguiente, no se puede abrir la causa a procesamiento, si es que la parte interesada no interpone su denuncia ante el órgano jurisdiccional dirimente. (pág. 413)

La forma acusatoria se encuentra en el Código de Manú, cuyo libro VIII, N- 3, dispone: "Ni el rey ni hombre alguno a su servicio debe suscitar por sí mismo ningún proceso"; también en la legislación mosaica, y tuvo gran auge en Grecia, en Roma, en el derecho germánico, en los fueros municipales españoles, en las ciudades italianas durante el Medioevo. (LEVENE, 1993, pág. 105)

AMBOS (citado por Oré Guardia, 2011) manifiesta que el sistema acusatorio “puro” es decir antiguo, primigenio en Grecia y Roma, tenía

las siguientes notas características **i)** El proceso tenía su origen y se desarrollaba como un enfrentamiento de partes; **ii)** La intervención del pueblo se producía de manera directa. Tanto la acusación como la defensa recibían respaldo popular. **iii)** El proceso estaba regido por el principio dispositivo, es decir, los jueces estaban vinculados a las peticiones formuladas por las partes en sus respectivos escritos de acusación y de defensa, hasta tal punto que ni siquiera tenían discrecionalidad para determinar el alcance de la pena. **iv)** El proceso era de carácter privado y la sentencia se considerada como una expresión de la soberanía popular. Agrega que luego con la influencia del derecho romano, se establecieron como elementos propios del modelo acusatorio: **i.)** La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal. **ii)** La carga de la prueba recae sobre la parte acusadora. **iii)** La igualdad de las partes, **iv)** Disponibilidad de la prueba por las partes, **v)** La publicidad y oralidad de los juicios, **vi)** La pasividad del Juez. (págs. 49,50)

Por su parte MONTERO (citado por Arbulú Martínez 2015) señala los siguientes presupuestos necesarios para la operatividad del sistema acusatorio en sus fases primigenias:

- a) El particular presentaba una acusación.
- b) La acusación determinaba los ámbitos objetivo (el hecho que se imputaba) y subjetivo (la persona a la que se acusaba).
- c) El juez no podía ni investigar los hechos, ni practicar prueba que no le hubiera sido solicitada por las partes.

- d) La sentencia tenía que ser congruente, de modo que no podía condenarse a persona distinta de la acusada por el particular, ni por hechos distintos, ni a pena diferente de la solicitada por el acusador
 - e) La actividad jurisdiccional era un verdadero proceso, esto es, estaba sujeta a los principios de dualidad, contradicción e igualdad.
- (ARBULU, 2015)

Finalmente respecto al Modelo Acusatorio en sus inicios, debe decirse que: Si bien no proyectó la verdadera naturaleza del Derecho penal material y del Derecho procesal penal, en cuanto a su caracterización pública y al interés social, que motiva el ejercicio persecutorio y sancionador, sí identificó principios angulares, de todo proceso de partes, tomando en cuenta, que un verdadero Proceso Penal democrático, tiene como estructura basilar la imparcialidad del órgano judicial así como la bilateralidad, oralidad y debate probatorio que debe escenificar el juicio punitivo. (PEÑA CABRERA FREYRE, 2016, pág. 416)

Actualmente y en nuestro país el Sistema Acusatorio no solo implica la separación de funciones entre juzgador, acusador y defensor sino también que trae consigo otras exigencias fundamentales tales como que necesariamente deben existir indicios suficientes de que un individuo haya cometido un hecho constitutivo de delito y no solo meras sospechas para poder realizar una imputación o iniciar un proceso afectando de esta manera la dignidad del sujeto imputado. (AMAG, 2007, pág. 25)

2.1.2. Concepto.

Un modelo acusatorio determina un proceso penal con división de funciones, recayendo la tarea de acusar en sujeto distinto al juzgador. El acusador tiene la carga de la prueba, frente a lo cual se permitirá que el acusado desvirtúe la imputación a través de la presentación de prueba de descargo, siempre amparado en la presunción de inocencia, en tanto no se emita fallo que determine su culpabilidad. (ORE GUARDIA, 2011, pág. 50)

Reyna Alfaro nos refiere que el modelo acusatorio propone una visión algo distinta del proceso penal, del modo en que se distribuyen las funciones de obtención y presentación de la evidencia, acusación, determinación de la responsabilidad penal e individualización de la pena. La fiscalía se encuentra a cargo de la formulación de cargos contra el imputado, los abogados -incluyendo el acusador- presentan la evidencia a partir de la cual el juez decide la responsabilidad o inocencia del imputado determinado la pena aplicable. (INSTITUTO PACÍFICO, 2015)

2.1.3. Características

Siguiendo a Oré Guardia (2011), son características tradicionales del Sistema Acusatorio: a) La necesidad de una acusación previa, puesto que el Juez no podía proceder ex officio b) La jurisdicción estuvo ejercida por una asamblea o un jurado popular, sin que se admita la doble instancia

con carácter general. c) Las partes (acusador y acusado) se encontraban en paridad jurídica, con igualdad de derechos; d) El acusado gozaba generalmente de libertad. e) El procedimiento se caracterizó por la oralidad, contradicción y la publicidad, prevalecientes en casi todo el desarrollo del proceso. f) Los elementos de prueba eran introducidos al proceso únicamente por las partes, por tanto, el juzgador carecía de facultades para investigar, debiendo limitarse a examinar las pruebas sobre las que había versado la discusión de las partes. g) La sentencia tuvo el valor de cosa juzgada, pues era inmutable. (pág. 51 y 52)

Por su parte Peña Cabrera Freyre (2016) manifiesta que adoptar el modelo «Acusatorio-Garantista», importa consolidar la posición conductora de la investigación por parte de los representantes del Ministerio Público, de afianzar la separación entre el órgano que persigue y acusa el delito, de aquel que se encarga de juzgar la causa. Supone consolidar la dirección y conducción de la investigación penal al Fiscal, de forma que al despojar al juzgador, de los poderes de dirección material del proceso, éste se sitúa en una posición imparcial dando lugar a un verdadero proceso de partes, a partir de la iniciación formal del Proceso Penal, pues en los actos de indagación preliminar (sumariales), rige el principio de «Investigación Oficial» (pág. 433)

Igualmente San Martín Castro (2003) señala como características de este tipo de sistema:

- ✓ El proceso se pone en marcha cuando un particular formula la acusación. El juez no procede de oficio.
- ✓ La acusación privada determina los ámbitos objetivo y subjetivo del proceso, es decir el hecho punible y la persona que se va a procesar.
- ✓ Rige el brocado *iuxta alegata et probata* es decir el juez no investiga hechos ni practica pruebas no ofrecidas por la partes.
- ✓ El juez no puede condenar ni a persona distinta de la acusada ni por hechos distintos de los imputados. Es el principio de inmutabilidad de la imputación.
- ✓ El proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad, permaneciendo el acusado en libertad (pág. 124)

2.2. Sistema Procesal Inquisitivo

2.2.1. Antecedentes

El sistema inquisitivo tuvo su origen en el procedimiento *cognitio extra ordinem* que se remonta al Derecho Romano Imperial. También suele vincularse con la Santa Inquisición y el *ancient régime*, por haberse consolidado bajo la influencia del Derecho Canónico. Es una de las manifestaciones del Estado totalitario, que fue extendiendo su vigencia durante toda la Edad Media hasta el siglo XVIII. Quizá el principal motivo que contribuyó al surgimiento de este sistema, además de la instauración de un régimen despótico, fue la inactividad de los

particulares para acusar y perseguir el delito. Esto último se debió a la disposición de MARCO ULPIO mediante la cual se afectó al acusador con las mismas medidas cautelares que sufría el acusado, dado el incremento de acusaciones basadas en la ambición y en el rencor. (ORE GUARDIA, 2011, pág. 53)

PEÑA CABRERA anota que Históricamente, la forma Inquisitoria surgió cuando, a consecuencia de las vicisitudes políticas de esos tiempos, desaparecieron las condiciones que le daban vida a la forma acusatoria, que en el siglo XVI decayó totalmente y no fue más que un nebuloso e inerte recuerdo. Es decir, el Sistema Inquisitivo surgió con los regímenes monárquicos, se perfeccionó en el Derecho Canónico y, finalmente, pasó a casi todas las legislaciones europeas de los siglos XVI, XVII y XVIII (PEÑA CABRERA FREYRE, 2016, pág. 416).

LEVENE (1993) anota que, la forma inquisitiva cuyo nombre deriva de los "quaestores", ciudadanos encargados por el Senado romano de investigar ciertos delitos predomina en el derecho eclesiástico de la Edad Media, en los tiempos de Inocencio y especialmente de Bonifacio VIII, y se codifica en la célebre Ordenanza Criminal de Luis XIV (agosto de 1670). Los juristas de la época sostenían que el juez debía proveer a todo, incluso a la defensa, y Carpzovio explicaba: "*Judex supplere debet defensiones rei ex officio*" (El juez debe suministrar o suplir la defensa de oficio) (pág. 105)

2.2.2. Concepto

En contraposición con el sistema anterior, la idea directriz del sistema inquisitivo es la supremacía del orden social, representado por el Estado, frente al valor relativo asignado a la persona humana. El protagonista de este sistema procesal era, entonces, el inquisidor, quien, en virtud de la *máxima salus populi suprema lex est*, reunía poderes absolutos frente a un acusado inerme ante él; tanto que se dice que el acusado no era el sujeto, sino el objeto de la actuación. Precisamente, en este nuevo y complejo proceso inquisitorial, la valoración probatoria es uno de los aspectos más importantes, en tanto el nuevo orden de cosas, como el interés social y la interrelación de normas y mandatos religiosos tenían como objetivo la consecución de la verdad histórica. Las reglas de valoración de la prueba hicieron que, en la práctica, fuera muy difícil lograr la condena del acusado, no admitiéndose la prueba por indicios y siendo muy estricta la regla que indica que la carga de la prueba recaerá sobre el acusador. Tal rigidez guarda estrecha relación con los dos aspectos más criticados de este sistema en las últimas décadas: la coacción del acusado, sometido incluso a crueles torturas; y la concentración de funciones de inquisidor y juzgador en una misma persona. (ORE GUARDIA, 2011, págs. 54,55)

2.2.3. Características

Anota ORÉ GUARDIA (2011) como características de este sistema procesal:

- a. La acción fue ejercida por un procurador real mediante una

denuncia secreta, pero era promovida ex officio por el propio magistrado inquiriente (procedat iudex ex officio)

- b. La jurisdicción era un poder intrínseco al monarca o príncipe, el mismo que delegaba ese poder a sus funcionarios organizados jerárquicamente y lo reasumía cuando era necesario. Es decir, se encontraba de manera latente la posibilidad de la doble instancia.
- c. El juez se erigió en dueño absoluto del proceso, acumulando una pluralidad de funciones: la de investigador, la de acusador y la de juzgador; por su parte, el acusado fue considerado y tratado como un objeto del proceso, sin derecho de defensa, sin conocimiento del proceso hasta que la investigación estuviera casi perfeccionada, y obligado a auto incriminarse y sufrir refinadas torturas.
- d. Las medidas preventivas como la detención y la incomunicación se constituyeron en reglas, pues se presuponía la culpabilidad. La libertad constituía la excepción.
- e. El procedimiento se caracterizó por ser secreto, escrito, discontinuado, con delegación y falta de debate.
- f. En cuanto al régimen probatorio, imperó el sistema de valoración legal de la prueba; es decir, que la misma ley, a priori, concedía eficacia probatoria a materiales o elementos de prueba.
- g. La verdad material, como fin del proceso, sirvió de coartada para diseñar un sistema probatorio caracterizado por la permisibilidad de cualquier medio de averiguación de la verdad, atribuyendo a la confesión la condición de prueba reina.

h. La sentencia era susceptible de ser recurrida en virtud de la delegación de facultades jurisdiccionales. Así es como surge el efecto devolutivo de los recursos y la organización jerárquica de los Tribunales. (pág. 56 y 57)

La causa penal puede ser abierta, a instancia directa del órgano jurisdiccional, quien de oficio apertura el procedimiento, dando lugar a una serie de etapas procesales, caracterizadas por la reserva, la escritura, las formalidades y ritualidades, donde la figura del Juez Inquisidor, hace de aquel un funcionario todo poderoso, encargado de instruir y de juzgar, con poderes de dirección material del proceso. Esto es, se convierte en juez y parte, dando lugar a una posición procesal carente de toda imparcialidad, puesto que su misión fundamental es de llegar a la «verdad histórica», a cualquier precio, sin interesar que en dicho proceder, se afectará el contenido esencial de los derechos fundamentales. (PEÑA CABRERA FREYRE, 2016, pág. 417)

El sistema de valoración probatoria del proceso inquisitivo fue el de prueba tasada; en dicho sistema probatorio lo grave no era que uno de los miembros del tribunal hubiese tomado contacto previo con las pruebas, sino que ante el tribunal enjuiciador no se practicaba prueba alguna ni se valoraba la previamente obtenida, pues el fallo no se fundaba en la libre valoración de los hechos. Así, si el tribunal que juzga no valora las pruebas, lo de menos es que el inquisidor forme parte de ese tribunal o no, pues los resultados aportados al juicio mediante actas escritas son los que determinarán el contenido del fallo. De esta manera, un nuevo

componente jurídico desprovisto de mayor intencionalidad, terminaba por generar un impacto negativo tanto en la actuación probatoria como en la imparcialidad del juzgador. (ORE GUARDIA, 2011, pág. 57)

Los procedimientos iniciados de oficio, y con un neto carácter autoritario se orientan a la averiguación de lo oculto o disimulado, a los hechos y a sus motivaciones, procurándose obtener la “verdad real” y no la sostenida por los involucrados, por lo que se potencia todo lo concerniente a la investigación y, consecuentemente, se abandona la discusión, la publicidad, el concepto de partes y se agudiza el predominio y las manifestaciones del poder institucionalizado. Así, cuando se indica que la investigación del juez constituye elemento determinante del enjuiciamiento, a veces de la acusación y, en todo caso, de la sentencia. El juez pesquisador instruye y resuelve o lo hace otro órgano pero con base al material recogido por aquél. (PEÑA CABRERA FREYRE, 2016, págs. 418-419)

Desde un aspecto material, puede indicarse, que el modelo procesal Inquisitivo, está ligado sustancialmente a las teorías retributivas de la pena, en cuanto a una respeto estricto al principio de legalidad, en el sentido, de que a todo delito que sea conocido por los órganos jurisdiccionales competentes, ha de seguir la imposición de una sanción punitiva; lo que implica una relación lineal inquebrantable: delito-persecución-juzgamiento-pena. Es propiamente con las teorías

retributivas de la pena, que se reconoce la oficialidad de la persecución penal así como la esencia de un modelo procesal encaminado a la búsqueda irrenunciable de Justicia; donde la resolución jurisdiccional, esto es, la pena no ha de desplegar utilidad alguna en la persona del penado, sólo se busca el restablecimiento de la paz y seguridad jurídica alterada por la comisión del hecho punible. (PEÑA CABRERA FREYRE, 2016, pág. 420)

2.3. Sistemas procesales Mixtos

2.3.1. Antecedentes

Llegados al siglo XVIII, se pone de plano una orientación jurídica, tendiente a rechazar, desdeñar aquellas prácticas inquisitivas e inhumanas, que caracterizaron al Antiguo Régimen, floreciendo una nueva visión del estado de las cosas, sostenida sobre el ontologismo humano. Una renovación idealista, que inspiró a los revolucionarios franceses, que propiciaron la caída del régimen monárquico en Francia y que impulso la dación de las Constituciones libertarias en los Estados Unidos de Norteamérica, incidiendo en la necesidad de reformular el Proceso Penal. Aparece así, el principio de legalidad en toda su dimensión *nullun crimen nulla poena sine lege praevia*; quiere decir esto, que ningún individuo puede ser sancionado punitivamente, si es que al momento de cometer la acción u omisión, su proceder conductivo no estaba previsto como “delito” en la ley penal. (PEÑA CABRERA FREYRE, 2016, pág. 420)

El sistema, mixto surgió tras la Revolución. Francesa, se concibió, originariamente como el resurgimiento del sistema acusatorio que mantenían las instituciones inglesas. Así, con el triunfo de la Ilustración, las ideas de pensadores como Beccaria, Montesquieu y Voltaire lograron atenuar la devastadora injerencia del Estado en el control del orden social y en la represión de los que perturbaran al mismo. Con todo, los pilares del inquisitivo permanecieron. Como claro reflejo de lo señalado, la Asamblea Constituyente ideó una nueva forma de encaminar el proceso y lo dividió en dos fases: una secreta y escrita que comprendía la instrucción y otra pública que comprendía el contradictorio y el juicio oral público. Esto supuso un desdoblamiento de las funciones del Estado en la impartición de la justicia penal. (ORE GUARDIA, 2011, pág. 59)

El sistema mixto cobró realidad con el Código de Instrucción Criminal Francés de 1808, en el que se consagró una serie de derechos y garantías para el acusado, tales como la presunción de inocencia, el juicio previo, el derecho de defensa y otros que reivindicaban a la persona frente al anterior valor absoluto que se concedía al orden social. El texto legal francés se difundió a todas las legislaciones modernas, pero mantuvo siempre el principio básico de la combinación del sistema acusatorio e inquisitivo. La influencia de este Código llegó a América Latina por dos vías: las Leyes de Enjuiciamiento Criminal españolas de 1872 y 1882, y el Código Italiano de 1930. (ORE GUARDIA, 2011)

2.3.2. Concepto

Supuso introducir al Proceso Penal, un matiz esencialmente Acusatorio, que puede describirse de la siguiente forma:- el juez Instructor ya no está en facultad legal, de abrir el procesamiento penal de oficio, en tanto se requiere necesariamente, la promoción de la acción penal por parte de un órgano estatal, ajeno a la judicatura, apareciendo en escena, el Fiscal (prosecutor), quien en defensa de los intereses de la sociedad, es el funcionario encargado, de ejercitar, promover y formular la acción penal correspondiente, ante el órgano jurisdiccional competente. Siendo así, no puede iniciarse el Proceso Penal, sin que previamente, el Fiscal ejercite la acción penal pública, a su vez, la causa no puede pasar a Juzgamiento, si es que el persecutor público no formula su Acusación (nullum accusatio sine iudicium). El proceso, por consiguiente, pasó a manos del tribunal sólo cuando es llamado a intervenir por la acusación. (ORE GUARDIA, 2011, pág. 423).

Sin embargo y, a pesar que el profesor citado afirme que emerge con un matiz acusatorio, dado que no es posible concebir los sistemas acusatorio e inquisitivo en sus formas totalmente puras, se propugna la existencia de sistemas mixtos predominantemente inquisitivos o predominantemente acusatorios, según sea el caso. Un sistema mixto combina diversos elementos de los sistemas previamente descritos; por ejemplo, el proceso puede ser desarrollado oralmente en algunas etapas y por escrito en otras.

De igual manera, aunque la acción penal recaiga primordialmente en manos del Estado, existe la posibilidad de que, en algunos delitos, ésta sea ejercida por particulares. La definición de un sistema, ya sea mixto o de forma pura, se establece según la naturaleza de las normas procesales penales y la tendencia de sus características. (Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho, A.C, 2011, pág. 11)

2.3.3. Características

Este sistema procesal tiene las siguientes características:

- a. La acción es ejercida por un órgano estatal independiente del poder judicial conocido como el Ministerio Público.
- b. La jurisdicción es ejercida, durante la instrucción, por un juez unipersonal (Juez de Instrucción); durante el juicio oral, por un órgano colegiado (el Tribunal).
- c. “La situación de los sujetos procesales es distinta en las dos etapas del proceso: durante la instrucción preparatoria, el juzgador es el director de la investigación, mientras el Fiscal y las partes sólo pueden proponer pruebas que aquél practicará si las considera pertinentes y útiles; durante el juicio, el juzgador actúa generalmente como un árbitro, y las partes gozan de iguales derechos”.
- d. El imputado deja de ser objeto de la investigación, y adquiere el status de sujeto de derechos. También se le reconoce libertad para plantear su defensa.

- e. Se admiten medidas privativas de libertad y se teoriza sobre su excepcionalidad.
- f. El procedimiento está constituido por dos etapas: por un lado, la instrucción preparatoria caracterizada por ser escrita, reservada y limitadamente contradictoria; por otro, el juicio oral, que se caracteriza por ser diametralmente opuesto, esto es, oral, público y contradictorio.
- g. En cuanto al régimen probatorio, el Estado asume la carga de la prueba. Asimismo, se abandona el sistema de valoración de prueba legal para dar paso al de sana crítica.
- h. La sentencia es recurrible. (ORE GUARDIA, 2011, págs. 60,61) de PEÑA CABRERA (2016) un aspecto fundamental en el sistema Mixto, es la separación que se produce entre el órgano encargado de administrar justicia (hacer ejecutar lo juzgado) con aquel órgano encargado de perseguir y de acusar toda manifestación delictiva; lo que avizora los primeros rasgos del principio acusatorio en el Proceso Penal. El objetivo que se pretende con ello es conseguir un equilibrio en la contienda y una “igualdad de armas”, de tal modo que en todo momento haya posibilidad de ataque y defensa, esto es, de un enfrentamiento dialéctico sometido a constante y recíproca contradicción. (pág. 424)

3. Evolución Histórica del Proceso Penal Peruano.

3.1. Incanato

En el Perú durante el incanato, conforme anota CATAORA (1996), el proceso era iniciado de oficio, existía la confesión por tortura y no había apelación de la sentencia, siendo que, el acusado de un delito era inmediatamente capturado y puesto a disposición del Inca o del Curaca según la gravedad del hecho, a su vez el juzgamiento se llevaba a cabo en un solo acto con asistencia de testigos, terminando el juicio con una sumaria sentencia que se ejecutaba de inmediato. (pág. 69)

3.2. Época colonial

En el Virreinato, con la ocupación española devino en la instauración de la Real Audiencia de Lima, la cual fue la institución corporativa que servía a los intereses señoriales realengos, es decir, al Estado virreinal, constituyéndose como un tribunal de justicia que ponía las pautas de la convivencia entre el poder señorial y los estamentos dominados, teniendo competencia en lo criminal y lo civil. (TORRES, 2008, pág. 269)

El inicio procesal podía ser de oficio por la autoridad competente o la iniciativa de las personas afectada, “en el proceso se pedía el auxilio de los peritos para la identificación de la prueba del delito, también cirujanos, cuchilleros, armeros y toda persona competente en sus oficios que pudieran aportar al reconocimiento y sustento de la prueba cuando exigía el juzgado del crimen” (TORRES, 2008, pág. 271)

Como Afirma TORRES VENEGAS (2008):

En los autos se incluía las declaraciones de los testigos y pruebas del delito, mas tenía carácter secreto, no lo conocía la parte denunciada. El denunciado era encarcelado y se tomaba las declaraciones testimoniales en la cárcel, a lo que se le conocía como “autos de prisión”. Toda declaración se hacía bajo el juramento hacia Dios, la divinidad era el testigo del más allá ante la declaración testimonial del testigo y esto constituye un procedimiento de las causas criminales. El proceso podía durar entre 15 y 30 días, de acuerdo a las circunstancias delictivas, era preferible realizar una justicia sumaria sin aceptar testigo de descargo de parte del reo acusado. El procedimiento procesal era complicado, sumario del delito, acusación del fiscal, condición del reo capturado o ausente, declaración de testigos, rol de preguntas, rectificación de lo dicho por los testigos, prórroga del auto criminal y todo con sus notificaciones bajo la rúbrica del escribano. El poder de lo escrito creaba una maquinaria burocrática, que prácticamente aceptaban los implicados. El reo podía apelar la sentencia, pero era un procedimiento que no llegaba a concretarse mayormente, su condición se convierte en la de un “reo rematado”, que pasa a recibir el castigo correspondiente. (págs. 271-272)

3.3. Época Republicana

Ya en la legislación procesal del Perú republicano, como anota ARBULÚ MARTÍNEZ (2015) el antecedente más remoto es el Código de Enjuiciamientos en materia penal de marzo de 1863 que tuvo influencia española. Luego se dio el Código de Procedimientos en materia criminal (del dos de enero de 1920) que tuvo influencia francesa. Siendo el Código de Procedimientos Penales promulgado el veintitrés de noviembre de 1939, vigente a partir de 1940, el que se encuentra aún vigente en el distrito judicial de Lima y que ha expresado un modelo mixto, inquisitivo acusatorio. Finalmente el no ya tan reciente Código de 2004 que contiene un modelo acusatorio adversarial, el mismo que se viene aplicando progresivamente en el Perú, incluyendo nuestro distrito judicial de Lambayeque. (pág. 26)

3.3.1. Código de Enjuiciamientos en Materia Penal.

SAN MARTÍN CASTRO (citado por Arbulú Martínez, 2015) refiere que dicha norma tuvo sus fundamentos en el Reglamento de España de 1835 y el Código de José II y de estructuras organizativas que se parecían al modelo inquisitivo, escrito y con prueba tasada.

Tiene como rasgos característicos:

- Función accesoria del Ministerio Público, que es un denunciante en limitados casos, simple colaborador de la investigación judicial y acusador en los delitos públicos.
- Predominio del juez llamado juez del crimen, quien tiene a su cargo el sumario y el plenario.

- Prisión preventiva mayormente obligatoria.
- Falta de derechos de los imputados, y más en la fase sumarial.
- Prueba tasada como criterio de valoración.
- Predominio de la escrituralidad y, por ello, esencialmente burocrático (pág. 26 y 27)

3.3.2. Código de Procedimientos en Materia Criminal

Norma publicada por la Ley N° 4019 el 2 de enero de 1920 y entró en vigencia el 1 de junio del mismo año, siendo de influencia francesa y sus características más relevantes a decir de SAN MARTÍN CASTRO (citado por Arbulú Martínez, 2015) son:

- La acción penal es pública, ejercida por el Ministerio Fiscal y de oficio, excepto los delitos privados y cuando proceda acción popular.
- Rige el principio de legalidad.
- Se incorpora la acción civil por los daños causados por el crimen, delito o contravención, la cual se ejercita por los que han sufrido el daño acumulativo de la acción penal.
- Se introducen las excepciones y las cuestiones prejudiciales, que son resueltas por el Superior Tribunal.
- El proceso se conforma por dos etapas, y cada una es dirigida por un juez. La primera etapa tiene como objeto reunir los datos necesarios sobre el delito cometido, sus autores, cómplices o encubridores, para que puedan realizarse juzgamientos; y el juicio oral a cargo del Tribunal Correccional o del Jurado.

- La instrucción es reservada y escrita.
- Contra el imputado, puede dictarse orden de comparecencia o de detención siempre que se conozca o presuma quien es el delincuente.
- Las causales de detención son muy amplias.
- El juicio es oral y público, sea ante tribunal correccional o ante el jurado.
- La asistencia del fiscal es obligatoria, así como del acusado y del abogado defensor.
- El tribunal aprecia las pruebas con criterio de conciencia, pero en el fallo debe exponer las razones de su decisión.
- La sentencia solo tiene en consideración lo pasado en los debates (los documentos y declaraciones leídos en los debates son los únicos que pueden servir como medios de prueba).
- Contra los fallos del tribunal correccional procede recurso de nulidad.
- La Corte Suprema tiene facultad de conocer sobre los hechos y, está autorizada a absolver al condenado indebidamente, pero no puede hacerlo respecto del absuelto.
- Se reconocen como procedimientos especiales los seguidos por delitos de injuria, calumnia y contra la honestidad, por delitos flagrantes y por faltas. (pág. 27 y 28)

3.3.3. Código de Procedimientos Penales de 1940

El Código de Procedimientos Penales, que actualmente sigue rigiendo en el distrito judicial de Lima fue promulgado por Ley N° 9024, de fecha 23 de noviembre de 1939 y como afirma ARBULÚ MARTÍNEZ (2015):

Es la expresión de un modelo mixto, donde si bien hay Ministerio Público, el juez de instrucción realiza actos de investigación. La instrucción comprende la etapa de investigación bajo dirección del juez en los procesos ordinarios a efectos de reunir la prueba de la realización del delito, de las circunstancias en que se ha perpetrado, y de sus móviles; establecer la distinta participación que hayan tenido los autores y cómplices, en la ejecución o después de su realización, sea para borrar las huellas que sirven para su descubrimiento, para dar auxilio a los responsables o para aprovecharse en alguna forma de sus resultados.

La instrucción dirigida por el juez puede reunir elementos de convicción para que el fiscal presente una acusación y se lleve a cabo el juzgamiento que es oral, público y contradictorio, hasta llegar a una sentencia. Es decir es el juez quien la recaba toda la información al fiscal provincial, que solo tiene una labor de impulso de la instrucción. En este nivel muchos fiscales se manejan con el criterio de que el “juez investigue”, realizado el juzgamiento con una acusación fiscal controlada en una limitada etapa

intermedia y generalmente por escrito, se dicta sentencia, que puede ser impugnada vía recurso de nulidad que debe conocer la Corte Suprema. (pág. 27 y 28)

Cabe precisar que aún en los distritos judiciales donde no se ha implementado el Nuevo Código Procesal Penal, se ha adelantado la vigencia de ciertas normas, como las referentes a las reglas para dictar la prisión preventiva, el principio de oportunidad entre otros.

3.3.4. Código Procesal Penal de 1991

Promulgado por Decreto Legislativo N° 638 del 25 de abril de 1991 debió entrar en vigencia en mayo de 1992, pero ello no fue así por la interrupción del régimen democrático en abril de 1992. Entre 1995 y 1997, se produjeron dos intentos de reformas. El texto de 1997, aprobado en el Congreso, fue observado por el Ejecutivo argumentando problemas presupuestales y de capacitación de los operadores. Este Código de 1991 tiene tres libros; el Primero, la Parte General de la Ley Penal; el Segundo, la Parte Especial; y el Tercero, las Faltas. Se puso en vigencia un conjunto de artículos referentes a plazos de procesamiento, medidas cautelares que todavía mantienen vigencia y que también entran en liquidación con el Código de 1940. (ARBULU, 2015, pág. 29 y 30)

3.3.5. Nuevo Código Procesal Penal de 2004

Con este nuevo modelo se sustituye el -aún vigente en ciertos distritos- Código de Procedimientos Penales, el cual resulta un modelo mixto,

predominantemente escrito y reservado, mientras que el actual se constituye como acusatorio adversativo, oral y público. Código que empezó a implementarse en el país, a partir de 2006, en la Corte Superior de Justicia de Huaura. (ARBULU, 2015, pág. 30)

4. El Actual Sistema Procesal Peruano.

En cuanto al actual sistema procesal acogido por el Perú, se puede decir que nuestro ordenamiento procesal penal adopta un modelo Acusatorio Moderno, también llamado por algunos doctrinarios modelo “Acusatorio-Garantista”, del cual podemos advertir una separación bastante definida entre las funciones del órgano competente para acusar con el órgano competente para resolver.

Adoptar el modelo “Acusatorio-Garantista”, importa consolidar la posición conductora de la investigación por parte de los representantes del Ministerio Público, de afianzar la separación entre el órgano que persigue y acusa el delito, de aquel que se encarga de juzgar la causa. Supone consolidar la dirección y conducción de la investigación penal al Fiscal, de forma que al despojar al juzgador, de los poderes de dirección material del proceso, éste se sitúa en una posición imparcial, dando lugar a un verdadero proceso de partes, a partir de la iniciación formal del Proceso Penal, pues en los actos de indagación preliminar (**sumariales**), rige el principio de “Investigación Oficial”. Se indica en la doctrina colombiana, que esta acepción (...) se vincula desde el punto de vista histórico con el ritual del juzgamiento del

proceso penal anglosajón, y particularmente con el artículo octavo de la Declaración de los Derechos de Virginia de 1776, el cual consagraba expresamente la garantía de un juicio rápido por un jurado imparcial. (Peña Cabrera Freyre, Derecho Penal y Procesal Penal - Tomo VIII, 2016, pág. 434).

La implementación de un sistema acusatorio no solo tiene que ver con la función investigadora del fiscal y su rol promotor de la acción penal, sino que también incumbe la facultades discrecionales que se le confiere, a partir de los criterios de oportunidad y otras fórmulas de consenso (justicia penal negociada) que se dirige a privilegiar la economía procesal, abreviando el proceso y personalizando la conflictividad social producida por el delito, atendiendo el interés del imputado y de la víctima (pareja criminal), dejando de lado la imagen de una justicia penal apegada estrictamente al principio de legalidad, de pretender perseguir todas las causas con apariencia de criminalidad y de sancionar penalmente a todos los transgresores de la norma jurídico-material. Dicha postura es fiel reflejo de las teorías retribucionistas de la pena, propia de un Estado de Derecho, mas en un Estado Social y Democrático de Derecho adquieren protagonismo los fines de la pena desde un aspecto preventivo, concretamente la teoría de la prevención general-positiva o integradora, que toma en consideración las tareas de integración social conforme a fórmulas pacíficas de solución al conflicto, sin mellar la vigencia del orden jurídico. Por eso, quienes con proclives a otorgar mayores atribuciones al fiscal en el ámbito del proceso penal, se apoyan en un

principio de legalidad basado en una posición retributiva de la pena. (Peña Cabrera Freyre, El Nuevo Proceso Penal Peruano 2,2009, pág. 44)

5. Principios que Rigen el sistema Procesal Peruano.

El sistema procesal penal acusatorio es antagónico al sistema inquisitivo, aquél se condice con un sistema republicano y con la vigencia del Estado de derecho, está regido por sólidos principios, conforme a lo que está expresamente previsto en el artículo I del Título Preliminar del nuevo CPP: “Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio (...). Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservaran el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia”. A este esquema doctrinario se ha adoptado el nuevo CPP, que en los artículos 356 y siguientes regula bajo el título de Preceptos Generales, los principios rectores del juicio estableciendo que el juicio es la etapa principal del proceso. Se realiza sobre la base de la Acusación. Sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú, rigen especialmente la oralidad, la publicidad, la inmediación, la contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observan los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor. (CUBAS VILLANUEVA, 2017, págs. 260, 261)

5.1. El principio acusatorio.

Este principio es uno de los pilares más importantes del modelo procesal actual, porque se relaciona con algunos de los aspectos o características esenciales del modelo procesal acusatorio; pues conforme lo ha establecido la doctrina, el principio acusatorio tiene una doble connotación; por un lado, supone la necesidad de que se formule la acusación de parte del sujeto procesal legitimado; es decir, por el Ministerio Público; pero adicionalmente a ello, y como contraste a la concentración de poderes propia de los sistemas inquisitivos, el principio acusatorio implica una clara división o delimitación de roles o de poderes procesales; así: a) el acusador que persigue el delito, b) el acusado y su defensor que en ejercicio del derecho de defensa pueden contradecir la tesis acusatoria; y c) el juez, quien actúa como tercero imparcial puesto que ya no detenta la dirección de la investigación, ni aporta la prueba en el proceso, sino que se comporta como un juez de decisión y de garantías (ARANA MORALES, 2014, pág. 26)

Está previsto por el inciso 1 del artículo 356 del CPP: “El juicio es la etapa principal del proceso. Se realiza sobre la base de la acusación, sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú”. Consiste en la potestad del titular del ejercicio de la acción penal de formular acusación ante el órgano jurisdiccional penal, con fundamentos razonados y basados en las fuentes de prueba válidas, contra el sujeto agente del delito debidamente identificado. La dimensión práctica

del acusatorio se concreta mediante el acto procesal penal que se denomina acusación. Sin acusación previa y válida no hay juicio oral.

El órgano jurisdiccional no puede iniciar de oficio el juzgamiento. “La acusación válidamente formulada y admitida produce eficacia (efecto) vinculante. Su fundamento es la idea rectora de que sin previa acusación es imposible jurídicamente el advenimiento del juzgamiento oral, público y contradictorio”. (CUBAS VILLANUEVA, 2017, pág. 261).

A decir de ORÉ GUARDIA (2011):

El principio acusatorio implica la configuración y el desenvolvimiento del proceso penal, a través de una clara y delimitada distribución de funciones que se asignan a dos sujetos distintos: por un lado, la investigación y acusación, ejercida por el Ministerio Público o querellante; y, por otro lado, la decisión o juzgamiento desempeñado por el órgano jurisdiccional. (pág. 98)´

Como señala el citado autor, como principales manifestaciones de este principio se tiene que: **i)** La acusación debe ser sustentada por un órgano o persona distinta de quien juzga, **ii)** No puede haber proceso sin acusación previa y **iii)** El órgano jurisdiccional no puede condenar ni por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada.

En virtud del principio acusatorio se reconoce nítidamente la separación de

funciones para el desarrollo del proceso penal: al Ministerio Público le corresponde la función requirente, la función persecutoria del delito por ello es titular del ejercicio de la acción penal pública y de la carga de la prueba. (CUBAS VILLANUEVA, 2017, pág. 261).

5.2. El principio de oralidad.

Según este principio, quienes intervienen en la audiencia deben expresar a viva voz sus pensamientos, todo lo que se pida, pregunte, argumente, ordene, permita, resuelva, será concretado oralmente, pero lo más importante de las intervenciones será documentado en el acta de audiencia aplicándose un criterio selectivo. La oralidad es una característica inherente al juicio oral e “impone que los actos jurídicos procesales constitutivos del inicio, desarrollo y finalización del juicio se realicen utilizando como medio de comunicación la palabra proferida oralmente; esto es, el medio de comunicación durante el juzgamiento viene a ser por excelencia, la expresión oral, el debate contradictorio durante las sesiones de la audiencia es protagonizado mediante la palabra hablada”. (CUBAS VILLANUEVA, 2017, págs. 268, 269).

La comunicación tanto entre los sujetos del proceso mismo (juez, fiscal querellante, actor civil-procesado; defensor y demandado civil) como con los terceros que a él llegan (testigos, peritos, intérpretes, informantes, etc., empleados y público) se hace por la palabra hablada: oralidad. Ello lleva a la total inmediación entre su emisor y el receptor, lo que permite una vivencia total del hecho, sus circunstancias, veracidad, impresiones, etc., y

por encima de todo: velocidad en el desarrollo de los actos procesales de investigación. (MORAS MOM, 2004, pág. 327)

Como anota Oré Guardia (2011) la propugnación del principio de oralidad no significa que esta sea absoluta, sino que la misma predomine sobre la escrituralidad, de ahí que “para calificar un modelo procedimental como oral o escrito deberá atenderse a su contemplación como estructura total, más que a una de sus fases concretas, insistiéndose en la íntima relación que guarda oralidad, intermediación y concentración, como principios independientes. (pág. 196)

Con respecto a la vigencia del principio de oralidad el artículo 361 establece que la audiencia se realiza oralmente, pero se documenta en acta que contendrá una síntesis de lo actuado y será firmada por el juez o juez presidente y el secretario. El fiscal y los defensores de las partes pueden hacer constar las observaciones que estimen convenientes. La audiencia podrá registrarse a través de un medio técnico. El acta o la grabación demostrarán el modo como se desarrolló el juicio, la observancia de las formalidades previstas para él, las personas que han intervenido y los actos que se llevaron a cabo. Rige a este efecto el artículo 121 del presente Código. (CUBAS VILLANUEVA, 2017, págs. 269, 270).

5.3. El principio de publicidad del juicio.

Es la garantía más idónea para que un proceso se lleve a cabo acorde con las Normas Internacionales de Derechos Humanos y Constitución Política

del Estado que velan por un debido proceso. Entendiéndose que el juzgamiento debe llevarse a cabo públicamente con transparencia, facilitando que cualquier persona o colectivo tengan conocimiento, como se realiza un juicio oral contra cualquier persona acusada por un delito y controlen la posible arbitrariedad de los jueces. (AMAG, 2007, pág. 37)

Se fundamenta en el deber que asume el Estado de efectuar un juzgamiento transparente, esto es, facilitar que la Nación conozca el por qué, el cómo, con qué pruebas, quiénes, etc., se realiza el juzgamiento de un acusado.

El principio de publicidad está garantizado por el inciso 4 del artículo 139 de la Constitución Política, por los tratados internacionales, los artículos I apartado 2 del Título Preliminar y 357 del CPP. “Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio (...)”. Este principio de vital importancia es una forma de control ciudadano al juzgamiento. Hassemer señala, además, que este principio es una forma de autolegitimación de las decisiones de los órganos que administran justicia. Consiste en garantizar al público la libertad de presenciar el desarrollo del debate y en consecuencia de controlar la marcha de él y la justicia de la decisión misma. (CUBAS VILLANUEVA, 2017, pág. 270).

Este principio se configura en torno al derecho a la libertad de información que tiene la ciudadanía, concretándose con la posibilidad de esta de asistir dentro de las limitaciones del caso a las etapas fundamentales del proceso,

salvo que la ley disponga lo contrario, como en caso de las audiencias que versen sobre afectación a la libertad sexual y otros supuestos regulados en el artículo 357° del Nuevo Código Procesal Penal.

5.4. El principio de inmediación.

Este principio nos informa que no debe mediar nadie entre el juez y la percepción directa de la prueba. Para que la información sea creíble se debe asumir este principio, que trae como consecuencia que la instrucción tiene solo el carácter de ser una etapa preparatoria y en ningún sentido, se le otorga valor probatorio alguno a las diligencias practicadas en ésta. (AMAG, 2007, pág. 32)

La inmediación da lugar a una relación interpersonal directa, frente a frente, cara a cara, de todos entre sí: acusado y juzgador, acusado y acusador, acusado y defensores, entre estos con el juzgador y acusador, el agraviado y el tercero civil. El juzgador conoce directamente la personalidad, las actitudes, las reacciones del acusado, así como del agraviado, del tercero civil, del testigo o perito. En consecuencia, la inmediación es una necesidad, porque es una de las condiciones materiales imprescindibles para lograr el conocimiento integral del caso para expedir el fallo. (CUBAS VILLANUEVA, 2017, pág. 273).

Se puede decir que *“Por la inmediación el juez reconstruye y vive el hecho y conoce a sus personajes, sin intermediarios en forma directa y con mejores posibilidades de fidelidad”* (MORAS MOM, 2004, pág. 117)

Como anota Oré Guardia citando a Montero Aroca (2011), los principios de oralidad e inmediación se encuentran muy vinculados, pero no son lo mismo. En efecto, mientras que el principio de oralidad denota que el medio de comunicación entre los sujetos procesales es la palabra hablada, la inmediación exige que esta comunicación hablada sea directa, asimismo la verdadera inmediación solo es posible en un procedimiento oral, puesto que en este más frecuente la comunicación de las partes entre sí y con el juez, contrariamente en un proceso predominantemente escrito, el juez que ha de dictar sentencia no necesita haber presenciado la práctica de las pruebas por cuanto su decisión ha de basarse en lo que consta por escrito (págs. 199-200)

Como manifestaciones de dicho principio tenemos que: **i)** El órgano jurisdiccional debe tener contacto directo con los sujetos procesales y las pruebas, **ii)** Sólo podrá emitir sentencia el órgano jurisdiccional que presenció la práctica de pruebas y estuvo en contacto directo con los sujetos procesales. (ORE GUARDIA, 2011, págs. 200-201)

En cuanto a la finalidad de este principio como afirma MORAS MOM (2004) : *“La relación inmediata entre la fuente de conocimiento y el sujeto que la adquiere facilita su pureza y su posibilidad de verdad real; evita la intermediación y la deformación que ésta y la distancia temporal y material que ella implica, siempre arrastran”* (pág. 116)

5.5. El principio de contradicción.

Permite que las partes puedan intervenir con una igualdad de fuerzas dentro del juzgamiento y realicen libremente todo lo posible para desvirtuar o controvertir el caso de la contra parte. Es la derivación de la garantía constitucional de la inviolabilidad del derecho de defensa establecido en el Art.139. 14 de la Constitución Política del Perú. (AMAG, 2007, pág. 34)

Este principio se encuentra reconocido en el Título Preliminar y en el artículo 356 del Nuevo Código Procesal Penal, consiste en el recíproco control de la actividad procesal y la oposición de argumentos y razones entre los contendientes sobre las diversas cuestiones introducidas que constituyen su objeto. Se concreta poniendo en conocimiento de los demás sujetos procesales el pedido o medio de prueba presentado por alguno de ellos; así el acusado podrá contraponer argumentos técnicos-jurídicos a los que exponga el acusador. El contradictorio sustenta la razón y conveniencia del interrogatorio cruzado en la audiencia y el deber de conceder a cada sujeto procesal la potestad de indicar el folio a oralizar. Este principio rige el desarrollo de todo el proceso penal, pero el momento culminante del contradictorio acontece en la Audiencia en la contraprestación de los argumentos formulados en la requisitoria oral del fiscal (acusación) y los argumentos de la defensa del acusado y ello nos permite conocer la calidad profesional del acusador y de los defensores. (CUBAS VILLANUEVA, 2017, pág. 274).

Respecto a dicho principio anota Oré Guardia que, cada parte procesal no solo tiene la posibilidad de presentar sus alegaciones y medios probatorios, sino que también puede oponerse a los argumentos de su contrincante y controlar la prueba ofrecida por este, esta dualidad conlleva a la presencia del contradictorio, en donde el juez actúa como un árbitro ajeno al debate, teniendo por función únicamente garantizar que se den las condiciones de igualdad para ambas partes. (ORE GUARDIA, 2011, pág. 204)

5.6. El principio de igualdad de armas.

El Código Procesal Penal lo establece expresamente en el numeral 3 del artículo I del Título Preliminar de la siguiente forma *“Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservaran el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia”*.

Todos los ciudadanos que intervengan en un proceso penal recibirán idéntico tratamiento procesal por parte de los órganos de la jurisdicción penal. Este principio es esencial en un sistema acusatorio adversarial cuyo desarrollo depende de las partes y en el que la imparcialidad del juez está garantizada. Aquí se nota con nitidez la neutralidad al punto que no puede disponer de oficio la realización del proceso, ni la realización de pruebas, salvo las excepciones previstas en la ley. (CUBAS VILLANUEVA, 2017, pág. 276).

Denominado también igualdad procesal, según explica Oré Guardia, se proyecta procurando que las partes enfrentadas en el proceso, órgano acusador e imputado, estén sometidas a las mismas reglas procedimentales y, además, que cuenten con los mismos medios para defender sus pretensiones. No está demás señalar que la referida igualdad entre las partes resulta esencial en un sistema acusatorio. (2011, pág. 149)

5.7. El principio de presunción de inocencia.

Establecido en el artículo II del Título bajo el siguiente enunciado: *“Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos se requiere una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado. Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido”*.

CUBAS VILLANUEVA (2017) precisa que este principio solo puede ser desvirtuado a través de la actividad probatoria con las siguientes notas esenciales: i) La carga de la prueba corresponde exclusivamente a la parte acusadora (Ministerio Público) y no a la defensa; aquel ha de probar en el juicio los elementos constitutivos de la pretensión penal; ii) La prueba

debe practicarse en el juicio oral bajo intermediación del órgano jurisdiccional, con las debidas garantías procesales. El juez penal que juzga, solo queda vinculado a lo alegado y probado en el juicio oral; iii) Las pruebas deben ser valoradas, observando las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia por jueces ordinarios, competentes, independientes e imparciales. Este principio está en íntima relación con el derecho a la libertad que la Constitución garantiza a toda persona (art. 2º. 24). Por ello, en el marco de un proceso acusatorio, todas las medidas coercitivas en general y la prisión preventiva en particular, tienen carácter excepcional y provisional. Solo podrán imponerse cuando haya peligro procesal; es decir, peligro de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria. (pág. 277).

Entre las manifestaciones de dicho principio se tiene que, **i)** El imputado no puede ser tratado o presentado como culpable, **ii)** el acusador tiene la obligación de demostrar la culpabilidad del imputado a través de una suficiente actividad probatoria, **iii)** El juez podrá declarar la culpabilidad del imputado solo cuando tenga la certeza de responsabilidad. (ORE GUARDIA, 2011, págs. 127-133)

Por su parte el profesor (BINDER, 1999) señala que:

Juicio previo y principio de inocencia son dos caras de una misma moneda y por tal razón las hemos destacado como garantías básicas del proceso penal. A partir de ellas y sobre ellas comienza a

construirse el escudo protector frente al poder arbitrario, que es el cometido de todas las garantías que juegan en el proceso penal. (...) Se debe entender, pues, que no se trata de ningún beneficio a favor del reo, o una prebenda legislada para "favorecer" sino, muy por el contrario, una limitación muy precisa a la actividad sancionatoria del Estado. Este principio rige, fundamentalmente, como principio rector de la construcción de la sentencia como un todo, pero también sirve para interpretar o valorar algún elemento de prueba en general. Se discute si rige también para la interpretación del Derecho, pero ese es otro problema que, en todo caso, no se vincula con el principio de inocencia. El principio *in dubio pro reo* aplicado a la valoración de la prueba o a la construcción de la sentencia es una de las consecuencias directas y más importantes del principio de inocencia. (pág. 124 y 127)

5.8. Principio de inviolabilidad del derecho de defensa

Se encuentra recogido por el artículo 139 inciso 14 de la Constitución, según el cual toda persona tiene derecho a *“(...) no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de las causas o razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”*.

Igualmente se encuentra recogido en el artículo IX del Título Preliminar

del Código Procesal Penal, que establece: *“Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra y a ser asistida por un abogado defensor de su elección o, en su caso por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad”*.

Como expresa CUBAS VILLANUEVA (2017):

El nuevo Código Procesal Penal configura el derecho de defensa desde una perspectiva amplia; es esencial garantizar este derecho porque así se posibilita el ejercicio de los demás derechos reconocidos por la Constitución Política, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y las normas procesales. Para promover la efectiva vigencia de este derecho, se garantiza la asistencia de un traductor o interprete cuando no se habla el idioma del tribunal, la información del hecho, la libertad que tiene el imputado para decidir si declara o si guarda silencio; la posibilidad real y concreta que pueda comunicarse con su defensor y de contar con el tiempo suficiente para preparar su defensa y ofrecer medios probatorios y la posibilidad de recurrir. (págs. 278,279)

Conforme anota BINDER (citado por Oré Guardia: 2011) el derecho de defensa cumple, dentro del proceso penal, un papel particular: por una parte actúa en forma conjunta con las demás garantías y; por la otra, es la

garantía que torna operativas a todas las demás. Por ello, el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales. La inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal. (pág. 170)

5.9. Principio de unidad y concentración

La audiencia tiene carácter unitario. Si bien puede realizarse en diferentes sesiones, estas son partes de una sola unidad. Esto debido a la necesidad de continuidad y concentración de la misma. La audiencia debe realizarse en el tiempo estrictamente necesario, las sesiones de audiencia no deben ser arbitrariamente diminutas ni indebidamente prolongadas. Así una sesión que termina es una suspensión, no una interrupción del juicio. La razón de este principio está en que el juzgador, al oír y ver todo lo que ocurre en la audiencia, va reteniendo en su memoria la información expuesta. Sin embargo, cuanto más larga sea la audiencia, se va diluyendo dicho recuerdo, corriéndose el riesgo de expedirse un fallo no justo.

El principio de concentración está referido, primero, a que en la etapa de juicio oral serán materia de juzgamiento solo los delitos objeto de la acusación fiscal. Todos los debates estarán orientados a establecer si el acusado es culpable de esos hechos. Si en el curso de los debates resultasen los indicios de la comisión de otro delito, este no podrá ser

juzgado en dicha audiencia. En segundo lugar, el principio de concentración requiere que entre la recepción de la prueba, el debate y la sentencia exista la “mayor aproximación posible”. Este principio de concentración está destinado a evitar que en la realización de las sesiones de audiencia de un determinado proceso, se distraiga el accionar del tribunal con los debates de otro. Es decir, que la suspensión de la audiencia exige que cuando los jueces retomen sus actividades, continúen con el conocimiento del mismo proceso, a fin de evitar una desconcentración de los hechos que se exponen.

El artículo 360 establece que una vez instalada la audiencia, esta seguirá en sesiones continuas e ininterrumpidas hasta su conclusión. Si no fuere posible realizar el debate en un solo día, continuará durante los días consecutivos que fueran necesarios hasta su conclusión. La audiencia solo podrá suspenderse:

- a. Por razones de enfermedad del juez, del fiscal o del imputado o su defensor;
- b. Por razones de fuerza mayor o caso fortuito; y,
- c. Cuando el Código Procesal Penal lo disponga.

Sin embargo la suspensión del juicio oral no podrá exceder de ocho días hábiles. Superado el impedimento, la audiencia continuará, previa citación por el medio más rápido, al día siguiente. Cuando la suspensión dure más

de ese plazo, se producirá la interrupción del debate y se dejará sin efecto el juicio, sin perjuicio de señalarse nueva fecha para su realización.

Es importante destacar que entre sesiones, o durante el plazo de suspensión, no podrán realizarse otros juicios, esta disposición se ha adoptado con el fin de concluir normalmente un juicio y de poner término a la inadecuada práctica de fijar un sinnúmero de audiencias correspondientes a diferentes procesos, ninguna de las cuales se desarrolla adecuadamente. (CUBAS VILLANUEVA, 2017, págs. 280,281)

Este principio evoca que varios actos procesales se realicen en una sola audiencia o si esto no fuera posible, en pocas sesiones continuas, con la finalidad de evitar que, al momento de emitir pronunciamiento, desaparezcan o se diluyan de la memoria del juez las apreciaciones e impresiones adquiridas por este, asimismo dicho principio no sólo abarcaría a la etapa de juicio oral, sino también se extendería a las otras dos fases del proceso, investigación preparatoria y etapa intermedia. (ORE GUARDIA, 2011, pág. 212)

5.10. Principio del Juez Natural o Legal

Principio recogido en el artículo 139.3 de la Constitución Política del Perú, en virtud del cual el órgano jurisdiccional debe estar constituido antes de la iniciación del proceso, siendo que a consideración de ORE GUARDIA (2011) la predeterminación únicamente puede referirse al cargo, en la medida que lo contrario llevaría a afirmar que el proceso debe culminar si

el magistrado no puede continuar en el cargo.

Asimismo precisa el citado autor que una consecuencia directa del mismo es la prohibición de establecer jueces *ad hoc* o tribunales excepcionales, creados con posterioridad a la noticia criminal o, especialmente para el caso concreto. (págs. 104,105 y 108)

Este principio implica que: *“la competencia para entender en una determinada causa -es decir, la facultad que tiene un juez para aplicar el Derecho en un caso concreto, según una distribución territorial o de materias- debe estar determinada por la ley. Ello implica que solamente el legislador puede determinar la competencia Ahora bien: la determinación legal referida no basta para satisfacer la exigencia de este principio. Para que se cumpla efectivamente con la garantía del juez natural, es necesario también que la determinación legal de que se trata sea "previa" al hecho que motiva el juicio. La competencia siempre debe ser fijada conforme a criterios generales y teniendo en cuenta una distribución del trabajo que puede reparar en la especialización, pero no debe encubrir una decisión discriminatoria”* (BINDER, 1999, págs. 143-146)

CAPITULO V

IMPLEMENTACIÓN DE LA

CESURA DE JUICIO EN EL

PERÚ

1. Introducción

Bertoni, en su célebre trabajo denominado La Cesura de Juicio Penal, expuso un caso hipotético, en el cual se discutía una violación seguida de muerte, presuntamente perpetrada por un recién llegado al pueblo donde ocurrieron los hechos, en tal supuesto, el inculpado fue declarado inocente, sin embargo se expusieron hechos acerca de su vida pasada que lo estigmatizaron para siempre, el autor citado, enmarca la discusión de separar el debate de la culpabilidad y del quantum de la pena, por fines propios a la presunción de inocencia e intimidad del procesado, la cual debe ser afectada sólo hasta donde resulte necesario.

Empero, centra su trabajo, en la influencia que tiene la Cesura, en la determinación judicial de la pena, finalidad que pretende ser resaltada en este trabajo, dado que, en nuestra realidad, se avizora la renuncia prácticamente legitimada al debate de la determinación judicial de la pena, tan es así que el sistema de tercios ha pretendido calibrar la imposición de pena, como si de un teorema se tratara.

Ante esta problemática, se considera que, la cesura del debate, traerá consigo dos funciones que favorecerán a una mejor imposición de pena, esto es **se tendrá un espacio propicio para el debate de esta, y además se evitará la estigmatización del procesado bajo el derecho penal de autor.**

Sin embargo, estas son solo dos aristas de varias ventajas que acarrearía este

mecanismo, las cuales conjuntamente con las objeciones claro está, será analizadas en adelante.

2. Antecedentes de la Cesura de Juicio

La cesura del juicio oral ha sido una característica del sistema anglosajón, íntimamente ligada, por lo tanto, al sistema del **common law** y, sobre todo, a un sistema acusatorio. Su establecimiento divide el juicio penal en dos etapas: la primera, a cargo de un jurado, conformado por funcionarios no profesionales y eventuales, pero bajo la dirección de un juez, en la que se debate la **culpabilidad** del procesado; la segunda, que depende de aquella, donde se debate la **determinación judicial de la pena**, en presencia única del funcionario profesional y permanente: el juez. En la actualidad, se discute si la inexistencia de un juicio bifásico determina el quiebre de la estructura básica del sistema acusatorio y, por ende, lo convierte en uno inquisitivo. (VÁSQUEZ GANOZA, 2011, pág. 103)

Como Anota LOJA VEGA (2013) los antecedentes de la figura se encuentran en el modelo del juicio por jurados del Derecho anglosajón. Básicamente, y tal como se encuentra regulado en la mayoría de los Estados, el jurado se limita a dictaminar sobre la culpabilidad o inocencia del imputado. La etapa de la sentencia (sentencing phase) es conducida por un solo juez, no teniendo injerencia ningún miembro del jurado. En este segmento del juicio es el primero el que fijará concretamente la pena. Personas distintas a las que determinan la culpabilidad, determinan la pena.

De igual forma cabe anotar como antecedente que, el X Congreso de Derecho Penal que fuera realizado en Roma en el año de 1969, recomendó que el juicio sea dividido en dos partes, ello bajo las siguientes reglas:

1. El juez debería estar autorizado a limitar, en caso de infracción, al menos en asuntos graves, el examen de las pruebas y los debates, en una primera fase, a las cuestiones relativas al hecho delictivo y la culpabilidad; es decir, a la verificación del delito en sus elementos objetivos y subjetivos. En este caso, el tribunal no debería abordar, en esta fase, el examen de la personalidad del inculcado con el fin de elegir la sanción apropiada, sino tras haber decidido sobre la culpabilidad, con la excepción de ciertos casos (cuando, por ejemplo, una enfermedad mental influye gravemente sobre la culpabilidad, puede ser necesario examinar esta situación en la primera fase).

2. La división del proceso en dos fases puede efectuarse bien sin reenvío, recogiendo las pruebas y abriendo los debates en el curso de una única sesión, o bien reenviando la segunda fase a una fecha ulterior fijada por el juez. En caso de reenvío, la duración debería ser lo más breve posible. En un sistema dado debería ser deseable la obtención del acuerdo del sospechoso para cualquier reenvío a un examen separado y sucesivo de las cuestiones relativas a la sanción.

3. En la medida de lo posible, las informaciones adquiridas con el fin de efectuar la elección de la sanción y que se refieren a las circunstancias personales y familiares del imputado no deberían ser reveladas, incluso

ni al juez, antes de la primera verificación del delito, ni deberían ser conocidas por el público, en caso de que esta publicidad pudiera perjudicar al sospechoso. Las investigaciones y los resultados del estudio de la personalidad del acusado deberían recogerse en un dossier secreto que podría ser por otra parte consultado por los defensores y por el acusador público.

4. Cuando el proceso se divida en dos fases separadas, la segunda fase podrá tener lugar bien ante la misma autoridad judicial, bien ante otra autoridad competente para la elección de la sanción. En esta última hipótesis, la segunda fase debería tener lugar tras el examen de la personalidad ante una autoridad judicial por expertos en criminología con competencias particulares para la elección de la sanción. (Una gran mayoría de la Sección se manifestó, en todo caso, a favor de la primera alternativa).

5. Si una nueva prueba, sobrevenida durante la segunda fase, suscita dudas sobre la culpabilidad del imputado, la sentencia condenatoria será reconsiderada a la luz de esta prueba.

6. Si el proceso se divide en dos fases, deberán respetarse todas las garantías jurídicas del imputado también durante la segunda fase y la elección de la sanción será objeto de una sentencia motivada.

7. El sistema de dos fases no implica que se abran dos vías distintas de recurso. (Asociación Internacional de Derecho Penal AIDP, 2015, págs. 518,519)

3. Definición de Cesura de Juicio.

Para BINDER, “La cesura es un mecanismo procesal que permite dividir el debate en dos partes, una dedicada al análisis de la existencia del hecho y el discernimiento de la culpabilidad, y la otra dedicada a la determinación o individualización de la pena. Este mecanismo de la cesura permite ordenar el debate teniendo en cuenta la importancia —cada día más reconocida— de la concreta aplicación de la pena. De este modo, en la primera parte del debate se determinará si el acusado ha cometido la acción que se le imputa y si es culpable. Finalizada esta etapa, se dicta lo que se suele denominar interlocutorio de culpabilidad, es decir, una sentencia fraccionada que sólo decide sobre la existencia del hecho y la culpabilidad del acusado. Luego de este interlocutorio de culpabilidad se continúa con el debate sobre la pena (se ofrece prueba relativa a la individualización de la pena) y se dicta una decisión formal sobre las penas que integra, junto con el interlocutorio de culpabilidad, la sentencia completa.” (BINDER, 1999, pág. 258 y 259)

Etimológicamente el término “cesura” proviene del latín *caesura*, de *caedere*, significa cortar, y es un concepto que se usa en poesía griega, latina y moderna para regular la armonía. A nuestros efectos, ese corte en el juicio penal revela la posibilidad de la división del debate que lleva a cabo un tribunal oral en dos partes; la primera, dedicada al conocimiento y determinación de la culpabilidad del imputado en el hecho acusado, que culmina con una decisión denominada “interlocutorio de culpabilidad”; y la segunda, ocupada en la individualización de la sanción correspondiente, que

abarca la responsabilidad civil, pero que tiene como punto estelar el llamado “juicio sobre la pena”. Consiste en la posibilidad de dividir el juicio en dos partes distintas o diferenciadas. En la primera de estas audiencias importa determinar en principio, si el hecho existe como tal, o sea, si es culpable sólo si el imputado resulta condenado en esta etapa se verificara la segunda, o sea, aquella que tendrá por finalidad asignarle al acusado ya convicto la pena más apropiada, tomando en consideración los criterios para la determinación de la pena. (CCASA CCUNO, 2015, pág. 128)

Por su parte BARBERO SANTOS (1969) explica que cesura es un término tomado por Cornil del lenguaje poético que Ancel también manifiesta preferir-, consiste en una distinción entre la decisión sobre la culpabilidad y la decisión sobre la elección de la pena. El juez penal debe investigar en primer término el fundamento de la acusación o sea, si el procesado ha cometido un acto legalmente cualificado como crimen o delito, y si el actor es imputable. Es la fase que Ancel llama "proceso de culpabilidad". En la segunda fase, que denomina "proceso de defensa social", se enjuiciaría al hombre, sobre la base de la elección de una sanción penal apropiada a su situación y a sus características individuales. (pág. 270)

Finalmente para BERTONI, La cesura de juicio consiste en que una parte del proceso esté destinada a la averiguación de la culpabilidad del imputado y, otra posterior que se ocupa de reunir todos aquellos elementos permitidos

para determinar concretamente cuál es la sanción correspondiente. (ROXIN, BERTONI, BELOFF, ZIFFER, & RIOS, 1993, pág. 113)

Por su parte VARGAS refiere que, la cesura es un procedimiento que permite el conocimiento por separado de lo relativo a la existencia del hecho y la culpabilidad del imputado, y lo relativo a la individualización de la sanción aplicable. La cesura del juicio implica la división del proceso en dos etapas: **a)** Una etapa de análisis de los hechos y de la autoría del responsable penalmente; y **b)** Una etapa de determinación punitiva, en caso de sentencia condenatoria. La cesura del juicio permite un análisis puro de las cuestiones relativas al hecho delictivo y a la imputación a su autor (interlocutorio de culpabilidad o primera fase del juicio); y un adecuado ejercicio del debate sobre la determinación punitiva con respeto al derecho de defensa (debate sobre la pena). (VARGAS YSLA, 2013)

Podríamos decir entonces que, la cesura es el mecanismo por el cual se puede celebrar el juicio en dos partes, una primera dedicada a la declaratoria de culpabilidad y de declararse la culpabilidad se procede en la siguiente fase a la determinación judicial de la pena; sin embargo, tal procedimiento, aunque con una definición simplista y aparentemente práctica, encierra un fundamento trascendental y a su vez en contra partida diversas dificultades, que, son co sustanciales a toda regulación jurídica, las cuales cabe adelantar no tornan en ineficaz ni de imposible realización su aplicación.

4. Momento y contenido de cada fase de la Cesura

Como explica MAIER citado por Bertoni, el estudio del momento de la “bifurcación” del juicio es la contracara del contenido de cada fase: fijado esto último, lo primero surgirá invariablemente. (ROXIN, BERTONI, BELOFF, ZIFFER, & RIOS, 1993, pág. 117)

Sobre ello VÁSQUEZ GANOZA (2011) explica que el primer problema complejo que trae la división del juicio oral en dos etapas, es la posición que puede adoptarse en cuanto al contenido de lo que en ellas se debata. Pareciera que la respuesta ya se dio cuando se dijo que en la primera etapa, el objeto del estudio es la culpabilidad o responsabilidad del procesado, dejando para la segunda, su personalidad y su relevancia para la determinación de la pena. (pág. 107)

En el mismo sentido BERTONI afirma que esta cuestión puede ser encarada desde dos posturas: la primera, que denomina extrema, y que ubica al principio del juicio todas las cuestiones que se relacionan con la corroboración del injusto (tipicidad y antijuridicidad de la conducta); a su vez, la segunda posición, que podría llamarse moderada, considera que la división comienza recién después de haber debatido la culpabilidad del sujeto. (ROXIN, BERTONI, BELOFF, ZIFFER, & RIOS, 1993)

El fundamento de la posición extrema radica en que, si una de las principales funciones de la división del juicio es que no se divulguen cuestiones

relacionadas con la personalidad del sujeto hasta que no se tenga certeza de la constatación del injusto, es claro que cualquier acercamiento que se intente para determinar -por ejemplo- su capacidad de culpabilidad, ya implica inmiscuirse en aspectos personales. Así, la primera fase culminaría con un interlocutorio por el hecho, tratándose todo lo referente a la culpabilidad y a la determinación de la pena en un segundo período.

Esta postura, que puede parecer muy loable en una primera aproximación, rápidamente presenta problemas de índole práctico: hoy en día no existe un consenso dogmático acerca de la ubicación sistemática de ciertas categorías (sobre todo en materia de error); además, muchas veces la investigación sobre ciertas cuestiones relacionadas con el fuero interno del imputado, resultan necesarias para la apreciación de los casos de error o la comprobación de elementos subjetivos.

Relacionado con esto, surge también el interrogante sobre el momento apropiado en que deben comenzar a investigarse las circunstancias que serán valoradas para la determinación de la reacción estatal.

En opinión de BERTONI lo más aconsejable sería comenzarla a partir del interlocutorio de culpabilidad, es decir, cuando ya se tiene certeza de que el autor es culpable del hecho que se le imputa. Argumenta que aún con los inconvenientes relacionados con la prolongación de los juicios que pueda atribuírsele a tal opción, considera que es un problema solucionable a partir

de la fijación de plazos razonables, tal vez una prolongación del juicio por estas razones traiga aparejado un beneficio considerable para el enjuiciado, ya que la pena que en definitiva se le impondrá habrá estado suficientemente meditada, esta solución le parece la más conveniente para que la intromisión en aspectos íntimos del enjuiciado se practique con la certeza en mano de su culpabilidad; asimismo, y salvo que se piense en que la segunda fase sea resuelta por jueces distintos a la primera, se evita también la subjetivización de ellos, pues ciertas circunstancias sólo podrán ser conocidas una vez que lo han considerado culpable por el hecho. (ROXIN, BERTONI, BELOFF, ZIFFER, & RIOS, 1993)

Con relación al contenido de cada fase surgen dos teorías, expuestas por LOJA VEGA:

- 4.1. Teoría del injusto penal.** Para esta teoría la primera fase debe abarcar la tipicidad y la antijuricidad, dejando la culpabilidad y la fijación de la pena para la segunda. Entiende que, al examinarse la culpabilidad en la primera etapa, se estaría adentrando en el análisis de la personalidad del autor, cuando lo que se busca precisamente con la cesura es lo contrario.

- 4.2. Teoría de la culpabilidad.** Esta teoría expone que la primera fase del juicio debe abarcar hasta la culpabilidad, dejando únicamente para la segunda fase la dosificación de la pena. Con relación a ello, no debe perderse de vista que el límite del poder estatal se encuentra en que la condena solo podrá fundarse en que el individuo haya tenido posibilidad

de valorar el hecho cometido y de motivarse conforme a Derecho). Es decir, esta teoría, por ejemplo, en el caso de determinarse un estado de necesidad exculpante en el primer nivel, haría innecesaria la apertura de la segunda fase. Esta última postura, como vemos, es más convincente. (LOJA VEGA, 2013)

A su vez, respecto al momento de la cesura, explica el citado autor, que también se puede hablar de dos teorías:

4.3. Teoría de la investigación unitaria.

Esta teoría señala que, paralelamente a la investigación de los medios de prueba tendientes a la determinación de la responsabilidad por los hechos, se debe comenzar con la investigación necesaria para la dosificación de la pena. Ello se sustenta en que no aletargaría el proceso y posibilitaría un control sustancial probatorio en la etapa intermedia. De ese modo, se cumpliría tanto con la celeridad procesal como con el debido proceso. (LOJA VEGA, 2013)

Vásquez Ganoza citado por LOJA expone que, desde nuestra legislación, esta teoría es la más adecuada, en atención a que no contraviene el principio de inocencia, como critica Maier, pues sería el Juez de la Investigación Preparatoria quien recepcione la investigación, sin contaminación para el juzgamiento.

LOJA, contraría tal postura pues afirma que ello supone una injerencia no segura, pues cabe la posibilidad que haya un veredicto absolutorio y, entonces, las investigaciones respecto de su personalidad devendrían en innecesarias, pues la segunda fase no tendría lugar, toda vez que depende de la suerte de la primera, de manera que inmiscuirse en la privacidad de la persona, violentando la presunción de inocencia, esperando una probable y no cierta condena, supone un abuso.

4.4. Teoría de la investigación específica o bipartita.

Esta teoría, por el contrario, cree conveniente empezar la investigación necesaria para determinar la pena, una vez concluida la primera fase, esto es, una vez determinada la responsabilidad penal, postura apoyada por Bertoni conforme a lo ya anotado.

BUSTOS RAMÍREZ señala que la única posibilidad extrema de la cesura, es la división del debate en tres fases, donde, “la primera versará sobre la determinación del injusto; la segunda analizará la culpabilidad o responsabilidad del acusado; y la tercera - una vez resueltos afirmativamente los presupuestos señalados - recién se ocupará de la medición de la pena”. (GUTIERREZ ATENCIO, 2006, pág. 156)

Gramática, citado por BARBERO SANTOS, indica que la primera fase del proceso consistiría en la atribución del comportamiento, es decir, en la verificación de las pruebas y en la decisión acerca de si una determinada

persona se ha comportado realmente de aquella forma concreta que, de acuerdo con la ley, puede justificar la declaración de antisocialidad . En la segunda fase, de apreciación de la antisocialidad, se investigaría la personalidad del sujeto y se decidiría si la persona a quien se ha atribuido un comportamiento legalmente determinado es o no antisocial y debe ser o no sometida a las medidas de defensa social . Solo en esta segunda fase, surgiría el problema de la "capacidad de entender y de querer", pero no como un elemento jurídico de la imputabilidad, sino como un elemento antropológico de la antisocialidad (BARBERO SANTOS, 1969, pág. 270)

GUTIÉRREZ ATENCIO, por su parte señala “partiendo de que la investigación de las circunstancias que serán valoradas para determinar la pena comenzará, solo después, de un interlocutorio de culpabilidad, que nos revele la certeza de la culpabilidad del sujeto activo” esta sería la opción para él más saludable. (pág. 159)

5. ¿Cesura Obligatoria o Facultativa?

Otro punto a resolverse es si la cesura debe ser facultativa u obligatoria, según MAGARIÑOS, (citado por GUTIÉRREZ ATENCIO, 2006) la cesura del debate no debe regularse ni como imperativa, ni como facultativa para el tribunal, ya que es al imputado a quien le corresponde evaluar los eventuales beneficios o perjuicios que le puede ocasionar la realización de la segunda etapa del juicio y, en consecuencia, decidir si solicita o no su desarrollo. (pág. 160)

Por su parte BERTONI, estima conveniente que la cesura sea siempre obligatoria, por cuanto a su criterio sería la única manera de vencer la inercia de más de un siglo de restarle importancia a la cuestión de la determinación de la pena. Empero, no descarta una tercera posibilidad, esto es que el propio imputado decida si se pasa o no a la segunda fase. A primera vista, esta última cuestión parece bastante seductora, ya que lo cierto es que el propio sujeto es el que padece las consecuencias de la imposición de pena.

No obstante, replica él mismo que toda teoría relativa de la pena tiende a un fin que debe ser útil no sólo al individuo, sino también al Estado; si esto es así, el Estado también tiene un interés en la correcta determinación de la pena, por lo que, para ser consecuente con los postulados de aquella, no podría dejar librado sólo a la voluntad del individuo la decisión de la apertura de la segunda fase. (ROXIN, BERTONI, BELOFF, ZIFFER, & RIOS, 1993, pág. 119)

En nuestro país LOJA VEGA, explica que respecto a este tema confluyen hasta tres teorías:

5.1. Teoría de la obligatoriedad: De manera obligatoria para el tribunal,

citando lo antes expuesto por Bertoni en cuanto a vencer la inercia en el debate de la pena; **De manera obligatoria para las partes:** Lo cual a su criterio contravendría la defensa asumida.

5.2. Teoría facultativa: De manera facultativa para el tribunal: cuando el tribunal lo considere pertinente. Esta postura, no obedece a fines garantistas. **De manera facultativa para las partes:** si se argumenta que la cesura del juicio se debe dar a pedido de la defensa, en virtud de que es el propio sujeto el que padece las consecuencias de la imposición de pena, sin embargo, rebate él mismo esta postura con lo expuesto por Bertoni respecto al fin preventivo de la pena que sirve no sólo al individuo sino a la sociedad.

5.3. Teoría relativa: Como facultad para las partes cuando la pena fijada en abstracto supere un determinado tope: Por ejemplo, cuando supere los 5 años de pena privativa de libertad. **Como facultad para el juez cuando la pena fijada en abstracto no supere un determinado tope:** Por ejemplo, cuando no supere los 5 años de pena privativa de libertad. (LOJA VEGA, 2013)

6. La Cesura de Juicio en la legislación Comparada.

6.1. Suiza.- En este país, se regula la figura de la Cesura en la Ley de Procedimiento Penal del año 2007, modificado recientemente en 2017, prescribiendo en primer término en su artículo 339° que, a pedido de las partes o por decisión propia del tribunal de puede dividir la audiencia, asimismo en su artículo 342° establece que, al procederse con dicha cesura las fases quedan podrían quedar delimitadas de la siguiente forma: **i)** en la

primera parte del procedimiento sólo el delito y la cuestión de la culpabilidad del acusado será considerado, y que en el segundo se considerarán las consecuencias de la condena o la absolución; o **ii**) en la primera parte del procedimiento se considerará únicamente el delito y en el segundo la cuestión de la culpabilidad de los acusados junto con las consecuencias de la condena o la absolución serán consideradas.

Igualmente prevé que la decisión sobre la división de la audiencia principal no es discutible, asimismo se tiene en cuenta que en el caso de la división de los procedimientos, las circunstancias personales del acusado sólo pueden ser consideradas en la audiencia principal en el caso de que el acusado es declarado culpable, a menos que las circunstancias personales que del acusado sean de importancia en la evaluación de los hechos objetivos del caso o el estado mental del acusado.

En cuanto a la impugnación establece que el veredicto se dará después de las deliberaciones, pero sólo podrá ser objeto en conjunto con todo el juicio.

6.2. Estados Unidos.- Como sabemos la cultura jurídica en Estados Unidos es completamente distinta a la nuestra porque pertenece al sistema del Derecho Anglosajón o Common Law, siendo que las raíces de la cesura del juicio oral se remontan a este sistema que es conocido con el nombre de **Bifurcation**, sin embargo, su utilización no se reduce al ámbito penal,

sino también puede ser utilizado en casos civiles donde pueden ser tratados por separado la responsabilidad y los daños. (GUTIERREZ ATENCIO, 2006)

La Bifurcation en el ámbito penal consiste en el fraccionamiento del debate del juicio oral en dos partes, así en su primer tramo se realiza el juicio tendiente a determinar tanto la existencia del hecho, la antijuridicidad del mismo y su tipicidad, como la responsabilidad penal del acusado con relación al mismo. En tanto que durante el segundo tramo, habiéndose ya establecido la culpabilidad del acusado, se dispone la realización de una audiencia a cargo del juez que presidió el juicio, con el único fin de imponer la pena. Recién en esa audiencia, nunca antes, el juez contará con un informe completo previamente elaborado por una agencia estatal sobre la personalidad, medio ambiente, educación y demás características del imputado; como así también información precisa acerca de los antecedentes criminales de aquél. (GUTIERREZ ATENCIO, 2006)

Conforme las *federal rules of criminal procedure*, el jurado es quien emite un veredicto de culpabilidad o absolución, solo en el primer caso, los autos pasan a la evaluación de la sentencia, cuya imposición es por parte del tribunal, siendo que según la regla 32, esta procede previo informe.

Una notar particular de este sistema es que, a menos que el acusado lo consienta, no pueden ventilarse aspectos de su vida que no tengan íntima

relación con su culpabilidad misma, así se prescribe que: *A menos que el acusado haya prestado su consentimiento por escrito, el oficial de libertad condicional no debe presentar un informe de presbicia ante el tribunal ni divulgar su contenido a nadie hasta que el acusado se haya declarado culpable o no lo contendere, o haya sido declarado culpable.*

6.3. Guatemala.- El Código Procesal de Guatemala dictado por Decreto Número 51-92 dictado por su poder legislativo, establece en su artículo 353, que por la gravedad del delito, a solicitud del Ministerio Público o del defensor, el tribunal dividirá el debate único, tratando primero la cuestión acerca de la culpabilidad del acusado y, posteriormente, lo relativo a la determinación de la pena o medida de seguridad y corrección que corresponda. El anuncio de la división se hará a más tardar en la apertura del debate.

En este caso al culminar la primera parte del debate, el tribunal resolverá la cuestión de culpabilidad y, si la decisión habilita la imposición de una pena o medida de seguridad y corrección, fijará día y hora para la persecución del debate sobre esta cuestión.

Para la decisión de la primera parte del debate se emitirá la sentencia correspondiente, que se implementará con una resolución interlocutoria sobre la imposición de la pena en su caso.

El debate sobre la pena comenzará el día hábil siguiente con la recepción de la prueba que se hubiere ofrecido para individualizarla, prosiguiendo de allí en adelante, según las normas comunes. El plazo para recurrir la sentencia condenatoria comenzará a partir del momento en que fije la pena.

Asimismo cuando se ejerza la acción civil, el tribunal la resolverá en la misma audiencia señalada para la fijación de la pena.

6.4. Costa Rica.- El Código Procesal Penal Costarricense promulgado por Ley N° 7594 de 10 de abril de 1996, establece en su artículo 323, la figura de la cesura, prescribiendo que dentro del plazo de cinco días de dictado el auto de apertura de juicio el imputado podrá pedir que el debate se celebre en dos fases, con el fin de que en la primera se discuta lo concerniente a la existencia de la culpabilidad y en la segunda, si existe, lo relativo a la individualización de la pena y las consecuencias civiles, asimismo en el mismo plazo las partes civiles podrán realizar la misma solicitud; pero, en lo que se refiere a las consecuencias civiles.

Igualmente en su artículo 324 se prevé que cuando se haya dispuesto la celebración del debate en dos fases, el tribunal fijará la fecha para la primera. Al pronunciarse sobre la culpabilidad, deberá fijar, si es necesario, la fecha para la segunda audiencia, la que deberá realizarse dentro de los cinco días siguientes.

Asimismo se prescribe en su artículo 359 que el juicio sobre la pena o las consecuencias civiles comenzará con la lectura de la primera parte de la sentencia. Luego el tribunal procurará la conciliación en lo que se refiere a las pretensiones civiles. A continuación se recibirá la prueba que se haya ofrecido para individualizar la pena o las consecuencias civiles, y proseguirá, de allí en adelante, según las normas comunes.

Al finalizar el debate, el tribunal dictará la resolución sobre la pena y la responsabilidad civil y conformará la sentencia completa, según las reglas previstas para esa resolución. El plazo para recurrir la sentencia comenzará a partir de la notificación integral. Si se ha ordenado un juicio de reenvío sólo para determinar la pena o las consecuencias civiles, se aplicarán las mismas reglas.

6.5. República Dominicana. Este país es uno de los que dotan de mayor importancia a la cesura del juicio, al dedicarle toda la sección IV de su Código Procesal Penal.

En efecto, se establece que en los casos en que la pena imponible pueda superar los diez años de prisión, el tribunal, a petición de la defensa, puede dividir el juicio en dos partes. En la primera se trata todo lo relativo a la existencia del hecho y la culpabilidad del imputado y en la segunda, lo relativo a la individualización de la sanción aplicable. Es inadmisibles la revelación de prueba sobre los antecedentes y la personalidad del imputado

en la primera parte del juicio. En los demás casos, a petición de parte, el tribunal también puede dividir informalmente la producción de la prueba en el juicio y el debate, conforme a las reglas que anteceden, permitiendo una discusión diferenciada sobre ambas cuestiones, pero dictando una decisión única, conforme lo previsto para la sentencia.

A su vez en el art. 349 se prevé que en los casos que procede la división del juicio, al dictar la sentencia que establece la culpabilidad del imputado, el presidente fija el día y la hora del debate sobre la pena, que no puede celebrarse ni antes de diez ni después de veinte días, y dispone la realización del informe. Las partes ofrecen prueba en el plazo de cinco días a partir de la lectura de la sentencia.

El debate sobre la pena se realiza conforme a las reglas del juicio, asimismo el imputado puede presentar pruebas de circunstancias atenuantes, aunque no estén previstas en la ley.

Al igual que en Norteamérica y Puerto Rico se establece la actuación de Informes obligatorios, pues el tribunal, antes del fallo sobre la pena, debe tener ante sí un informe que le es rendido sobre la base de una investigación minuciosa de los antecedentes de familia e historia social del imputado convicto y del efecto económico, emocional y físico que ha provocado en la víctima y su familia la comisión de la infracción, que le permita emitir la decisión.

Para la elaboración de este informe: 1) No se puede obligar al imputado a suministrar información; 2) Los jueces no pueden considerar el informe sino hasta el momento de la vista sobre la pena; 3) Antes de considerar el informe, los jueces deben leerlo al imputado a fines de verificar la fidelidad de su contenido respecto de la información suministrada por éste; 4) El informe se anexa al acta de la vista. Si el informe no es presentado, el juez o tribunal falla prescindiendo de su examen. Las partes tienen acceso a los informes, a los fines de que éstos puedan ser controvertidos mediante la presentación de prueba.

Finalmente al concluir el debate y examen de la prueba para la determinación de la pena, los jueces pasan de inmediato y sin interrupción a deliberar en sesión secreta, sin que pueda suspenderse la deliberación hasta que logren, conforme las reglas de valoración de la prueba, individualizar la pena. El fallo se adopta por mayoría. De no producirse ésta en relación a la cuantía de la pena se aplica el término medio. Acto seguido, los jueces regresan a la sala de audiencias y quien presida, da lectura al fallo, en el cual se explican los elementos considerados para alcanzar la solución contenida en el mismo, en términos comprensibles para el común de las personas y se completa la sentencia, conforme a las reglas previstas. El pronunciamiento del fallo no puede ser postergado.

6.6. Argentina.- Al ser un país federado, dependiendo del distrito federal las normas procesales varían, así en el Código Procesal Penal de la provincia

de Buenos Aires dictada por Ley 11.922, se establece que el Tribunal podrá diferir el pronunciamiento respecto a la sanción imponible, por resolución fundada y de acuerdo a las circunstancias del caso, lo cual tratará en debate ulterior independiente sobre la pena o la medida de seguridad aplicable, la restitución, reparación o indemnización demandadas y la imposición total de las costas, pudiéndolo postergar hasta por el término de un mes desde la fecha de notificación de la resolución. Asimismo, durante ese lapso resolverá respecto de las medidas y observaciones que propongan las partes.

Igualmente en la Ley 27.063 de fecha 09 de diciembre del 2014, se promulgó el Código Procesal Penal de la Nación Argentina, -que aún no entra en vigor- estatuyéndose la figura de la cesura en su artículo 270, en el cual se dispone que en la misma oportunidad en que se diera a conocer la declaración de culpabilidad el juez fijará, dentro de las cuarenta y ocho horas, audiencia de debate sobre la pena y su modalidad de cumplimiento. En la audiencia y la deliberación regirán las mismas reglas dispuestas para la primera parte del juicio en el que se determinó la culpabilidad, en los casos en que la acción civil haya sido ejercida, los jueces establecerán la indemnización, si correspondiere.

6.7. Paraguay.- La figura de la cesura se regula en el Código Procesal Penal dictado por Ley N° 1286/98, estableciendo en su artículo 377° que el presidente podrá, cuando sea conveniente para individualizar adecuadamente la pena o para facilitar la defensa del acusado, dividir el

juicio en dos partes.

En la primera se tratará todo lo relativo a la existencia del hecho y la reprochabilidad del acusado y en la segunda lo relativo a la individualización de la sanción aplicable. Si la sanción que se puede aplicar a las resultas del juicio puede ser superior a los diez años la división será obligatoria si la solicita el imputado. El tribunal también podrá dividir informalmente la producción de la prueba en el juicio y el debate, conforme a las reglas que anteceden, permitiendo una discusión diferenciada sobre ambas cuestiones, pero dictando una resolución única; al finalizar la primera parte del juicio el tribunal resolverá sobre la existencia del hecho y la reprochabilidad del acusado según las reglas comunes y, si la decisión habilita la imposición de una sanción, fijará día y hora para la prosecución del juicio sobre la sanción.

El juicio sobre la pena comenzará con la recepción de la prueba que se haya ofrecido para individualizarla, prosiguiendo, de allí en adelante, según las normas comunes. Al finalizar el debate, el tribunal dictará la resolución sobre la pena y conformará la sentencia completa según las reglas previstas para dicha resolución. El plazo para recurrir la sentencia comenzará a partir de este último momento.

6.8. Puerto Rico

Las *Reglas de Procedimiento Criminal* establecen un procedimiento

similar al caso Norteamericano, al establecer en la regla 146 que el jurado emite el veredicto por el cual declarará al acusado "culpable" o "no culpable" o "no culpable por razón de locura"; mientras que la "sentencia" significa el pronunciamiento hecho por el tribunal en cuanto a la pena que se le impone al acusado, es decir, veredicto es a jurado como sentencia es a tribunal, la primera referente a la culpabilidad y la segunda a la dosificación de la pena.

En igual sentido que las reglas federales norteamericanas , se establece en la regla 162.1 puertorriqueña la necesidad de un informe pre sentencia, estableciendo que el tribunal, antes de dictar sentencia, deberá tener ante sí un informe que le haya sido rendido, después de haberse practicado una investigación minuciosa de los antecedentes de familia e historial social de la persona convicta y del efecto económico, emocional y físico que ha causado en la víctima y su familia la comisión del delito, que le permita emitir una decisión racional de sentencia, ello en todos los delitos graves, excepto de primer grado y en los delitos menos graves.

6.9. Chile

En Chile, con el Código Procesal Penal promulgado en el año 2000, se establecía la Cesura de Juicio de la siguiente manera:

Art- 343

En el caso de condena, el tribunal deberá resolver sobre las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en la misma

oportunidad prevista en el inciso primero (culminado el debate) No obstante, tratándose de circunstancias ajenas al hecho punible, el tribunal podrá postergar su resolución para el momento de la determinación de la pena en la sentencia, debiendo indicarlo así a las partes.

A su vez en su artículo 345° se preveía que pronunciada la decisión de condena, el tribunal podría si lo considerare necesario citar a una audiencia con el fin de abrir debate sobre los factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena que el tribunal señalará.

En la actualidad el artículo 345 ha sido derogado por la Ley N° 27004 y el artículo 343° modificado en los siguientes términos:

En el caso de condena, el tribunal deberá resolver sobre las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en la misma oportunidad prevista en el inciso primero (culminado el debate) No obstante, tratándose de circunstancias ajenas al hecho punible, y los demás factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena, el tribunal abrirá debate sobre tales circunstancias y factores, inmediatamente después de pronunciada la decisión a que se refiere el inciso primero y en la misma audiencia. Para dichos efectos, el tribunal recibirá los antecedentes que hagan valer los intervinientes para fundamentar sus peticiones, dejando su resolución para la audiencia de lectura de sentencia.

Cabe precisar que el artículo 345 fue derogado por redundancia con la nueva redacción del artículo 343, más no por considerarse inoportuno el debate sobre la pena a imponerse.

6.10. Colombia

Colombia, merece un comentario a parte, en tanto como se ha precisado en capítulos anteriores, en dicho país se ha instaurado para la determinación judicial de la pena, el llamado sistema de cuartos, del cual modesta y respetuosamente considero se inspiró el sistema de tercios nacional – aunque el doctor Prado Saldarriaga indique lo contrario-, a pesar de este sistema matemático, se prevé una especie de cesura de juicio, aunque de manera moderada, por decirlo de algún modo, en los siguientes términos:

Si el fallo fuere condenatorio, o si se aceptare el acuerdo celebrado con la Fiscalía, el juez concederá brevemente y por una sola vez la palabra al fiscal y luego a la defensa para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable. Si lo consideraren conveniente, podrán referirse a la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado (medidas alternativas como la suspensión de la pena en nuestro país).

Si el juez para individualizar la pena por imponer, estimare necesario ampliar la información a que se refiere el inciso anterior, podrá solicitar a

cualquier institución, pública o privada, la designación de un experto para que este, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles, responda su petición.

Escuchados los intervinientes, el juez señalará el lugar, fecha y hora de la audiencia para proferir sentencia, en un término que no podrá exceder de quince (15) días calendario contados a partir de la terminación del juicio oral, en la cual incorporará la decisión que puso fin al incidente de reparación integral.

6.11. México

Al igual que Argentina, México es un estado federado¹⁵, que tiene regulación propia por cada distrito federal y a su vez una regulación general para casos de conocimiento nacional, así se cuenta con un Código Nacional de Procedimientos Penales, en el cual se regula la figura de la cesura, estableciendo que si la acusación tuviere por objeto varios hechos punibles atribuidos a uno o más imputados, el Tribunal de enjuiciamiento podrá disponer, incluso a solicitud de parte, que los debates se lleven a cabo separadamente, pero en forma continua, igualmente el Tribunal de enjuiciamiento podrá disponer la división de un debate en ese momento y de la misma manera, cuando resulte conveniente para resolver adecuadamente sobre la pena y para una mejor defensa de los acusados.

Asimismo, en caso de condena, en la misma audiencia de comunicación

¹⁵ De ahí que su denominación oficial sea “Los Estados Unidos Mexicanos”

del fallo se señalará la fecha en que se celebrará la audiencia de individualización de las sanciones y reparación del daño, dentro de un plazo que no podrá exceder de cinco días.

En cuanto a esta última audiencia se establece que después de la apertura de la audiencia de individualización de los intervinientes, el Tribunal de enjuiciamiento señalará la materia de la audiencia, y dará la palabra a las partes para que expongan, en su caso, sus alegatos de apertura. Acto seguido, les solicitará a las partes que determinen el orden en que desean el desahogo de los medios de prueba y declarará abierto el debate. Éste iniciará con el desahogo de los medios de prueba y continuará con los alegatos de clausura de las partes.

Cerrado el debate, el Tribunal de enjuiciamiento deliberará brevemente y procederá a manifestarse con respecto a la sanción a imponer al sentenciado y sobre la reparación del daño causado a la víctima u ofendido. Asimismo, fijará las penas y se pronunciará sobre la eventual aplicación de alguna de las medidas alternativas a la pena de prisión o sobre su suspensión, e indicará en qué forma deberá, en su caso, repararse el daño.

Semejante regulación se encuentra también en los estados federados de Chihuahua, Oaxaca entre otros.

7. La cesura de juicio en el Perú.

Explica LOJA que, el legislador nacional no ha establecido expresamente la división del juicio penal. En atención a ello, no sucede en la práctica judicial el hecho de que, por un lado, se determine la responsabilidad penal del acusado y, por el otro, la pena a imponer. Por eso, a criterio PEÑA CABRERA se habla de que, con relación a la medida de la pena, esta debe corresponderse con los datos que las partes hayan incorporado en el debate, ratificados y/o reforzados en los alegatos finales, que deben ser valorados de conformidad con los principios de proporcionalidad, culpabilidad, lesividad y humanidad de la sanción punitiva. (LOJA VEGA, 2013)

En la actualidad en nuestro sistema procesal, la pena a imponer se basa en los datos que las partes incorporan al juicio para determinar la existencia del hecho punible y su vinculación con el acusado, mas no así para establecer la pena –o para este fin propiamente–. Así, entonces, notamos que ciertamente no existe un debate sobre la pena de manera expresa en nuestro ordenamiento procesal penal peruano, salvo lo dispuesto en el artículo 372 del NCPP, en el caso de la conclusión anticipada del juicio, donde se señala que, aceptados los hechos, el debate se limitará a la aplicación de la pena si es que se mantiene un cuestionamiento sobre ella; en igual sentido el Acuerdo Plenario N° 05-2008, trató de manera casi imperceptible el asunto referido a la cesura, exponiendo sólo que, puede dividirse el debate cuando el procesado acepte la responsabilidad pero no el quantum de la pena o la reparación civil, sin precisar mayores alcances sobre la misma en casos distintos; así el citado

precedente precisa en su fundamento vigésimo quinto:

“La cesura del juicio que se establece, pretorianamente impuesta, deriva del respeto a la garantía de tutela jurisdiccional a favor de la víctima y de la imperiosa evitación de la indefensión material que le puede acarrear una decisión sin prueba, no obstante su necesidad procesal. La interpretación constitucional de la institución de la conformidad –específicamente del inciso 3) del citado artículo 5° de la Ley número 28122- desde los numerales 3) y 14) del artículo 139° de la Ley Fundamental, que reconocen las garantías procesales de tutela jurisdiccional y defensa procesal, así lo impone. Esta conclusión no sólo no está prohibida por la ley, sino que no la tergiversa –no es incompatible con ella-, pese al silencio legislativo o, mejor dicho, a la presencia de una laguna legal. Si en una misma causa es posible, para un supuesto, dictar una sentencia conformada, y para otro, emitir –luego de la prosecución del juicio, bajo perspectivas de contradicción efectiva- una segunda sentencia; entonces, no existe impedimento alguno que se profiera una segunda sentencia, precedida de un juicio en forma, referida ya no a los objetos penal y civil –que es el supuesto anterior, contemplado en el numeral 4) de la Ley número 28122-, sino circunscripta exclusivamente al objeto civil, y sólo para los imputados conformados –es la regla, por lo demás, que ha establecido el apartado 5) del artículo 372° del Nuevo Código Procesal Penal.”

Sin embargo, en nuestro país, hubo un intento de legislar esta institución procesal, así el denominado “Proyecto Huanchaco” elaborado por reconocidos juristas como Florencio Mixán Máss, Víctor Burgos Mariños y Alfredo Pérez Galimberti, los cuales en la exposición de motivos, consideraron que:

Para el supuesto de que el Juicio incluya pluralidad delitos y/o acusados, prevé la permisión de que los debates sobre la culpabilidad y sobre la pena sean llevados a cabo separadamente pero en forma continua; o sea, la permisión de dividir el juicio en dos partes (juicio sobre el hecho delictuoso o culpabilidad y juicio sobre la pena, respectivamente). En la primera parte, lo relativo a la existencia del hecho, su tipicidad y la responsabilidad del acusado; mientras que en la segunda parte, lo relativo a la individualización de la pena y de las demás consecuencias jurídicas del delito.

Cuando el juzgador, efectuando una calificación rigurosa al finalizar el debate sobre el hecho, considere que corresponde imponer una pena cuyo extremo máximo sea mayor a lo solicitado por el Fiscal en la acusación, deberá convocar a un Juicio sobre la Pena.

Asimismo, propusieron la positivización en los términos siguientes:

ART. 254. Juicio sobre la culpabilidad y sobre la pena. Si la acusación tuviere por objeto varios hechos punibles, atribuidos a uno o más acusados, el juzgador podrá disponer que los debates sean llevados a cabo separadamente, pero en forma continua. El juzgador podrá dividir el juicio en dos partes. En la primera se tratará todo lo relativo a la existencia del hecho, su calificación y la responsabilidad penal del acusado. En la segunda parte, lo relativo a la individualización de la pena y a las demás consecuencias jurídicas del delito. Al finalizar la primera parte del juicio el juzgador absolverá o declarará culpable al

acusado; en este último caso, dará pase a la segunda parte, para se realice el debate contradictorio sobre la individualización de la pena. Cuando sea probable una condena que supere los ocho años de pena privativa de libertad, será obligatorio dividir el juicio en dos partes.

ART. 255. Juicio sobre la pena.- El juicio sobre la pena comenzará con la recepción de la prueba que se haya ofrecido para individualizarla, hasta antes del inicio de la segunda parte del juicio, prosiguiendo de allí en adelante, según las normas comunes. Al finalizar el debate, el juzgador mencionará oralmente la pena y demás consecuencias jurídicas del delito que corresponde aplicar al caso concreto, lo que constará en el acta de cierre de la audiencia.

ART. 256. Resolución única.- El juzgador también podrá dividir discrecionalmente la producción de la prueba en el debate, conforme a las reglas que anteceden, permitiendo una discusión diferenciada sobre ambas cuestiones, pero dictando una resolución única, conforme lo previsto para la sentencia. (Estudios sobre Reforma de la Justicia Penal Proyecto Huanchaco Trujillo-Perú 96)

Precisa LOJA VEGA que la Comisión de Alto Nivel encargada de elaborar el Anteproyecto del NCPP, incluyó al “Proyecto Huanchaco” en sus trabajos, incorporando varias de sus propuestas en el vigente Código. Sin embargo, el juicio sobre la pena se dejó de lado. Las razones no fueron explicadas. Lo cierto es que fue un desacierto del legislador, siendo el enjuiciado el más perjudicado, pues esta idea innovadora, acorde con el Derecho comprado

posibilitaría enormemente una correcta determinación judicial de la pena, y que los principios que la gobiernan y criterios para su aplicación, se desarrollen mejor. (LOJA VEGA, 2013)

8. Influencia de la Cesura de Juicio en la individualización Judicial de la Pena.

La principal influencia de la cesura de juicio en relación a la aplicación de la pena, es sin duda, el propiciar en un momento idóneo para el debate de todas las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta para la determinación judicial de la pena, como explica LOJA *“esa correcta determinación de la pena requiere del trabajo conjunto de ideas, medios probatorios, argumentos y alegaciones de varios sujetos aportados en un debate, que propicie el concierto de determinados principios (...) la fijación del quantum de la pena se legitima con la cesura del juicio penal, posibilitando que un juez imparcial motive su sentencia en virtud del debate que se propicie para ese fin. En ese sentido, la cesura del juicio penal se convierte en una conditio sine qua non para la correcta determinación judicial de la pena. Entendemos, pues, que dejar tan importante papel a la absoluta discrecionalidad de nuestros magistrados no obedece a criterios de justicia, que en última instancia es lo que el Derecho busca.”* (LOJA VEGA, 2013)

Resulta claro que, la determinación del quantum punitivo no puede obedecer a criterios arbitrarios ni mucho menos fórmulas matemáticas prácticas en su aplicación pero carentes de sustento dogmático, que lo único que hacen es engañar al pueblo sobre la legitimidad de la pena impuesta, lamentablemente en nuestro país y en especial en nuestro distrito judicial, se observa a diario,

la vaguedad de los términos en los que se impone una sanción y, sobre todo, la mecánica con la que se aplican los sistemas matemáticos positivizados.

Al respecto Vargas Ysla refiere que: *“Un juicio oral como el que consagra el Código Procesal Penal de 2004, que prescribe la producción de un juicio monofásico en el cual las condiciones y circunstancias personales del autor pueden ser tomadas indiscriminadamente tanto para determinar la culpabilidad como para la determinación judicial de la pena, conducen a una mala praxis sobre la determinación judicial de la pena. Ello conlleva, además, el riesgo de que el juez no discrimine entre ambas cuestiones, y a que las informaciones relevantes para la determinación de la culpabilidad las valore (incluso de modo inconsciente) al momento de decidir el quantum de la pena, determinando así la predisposición del juzgador”* agrega que *“para alcanzar la realización del criterio aquí propuesto para la determinación judicial de la pena se requiere la decisión política de dividir el debate. Ello permitiría que la primera etapa del juicio abarque todos los presupuestos del delito, es decir, todos los elementos necesarios para poner a cargo o no del imputado una acción punible, y que culmine con la declaración de su culpabilidad o responsabilidad penal; y que una segunda etapa esté destinada a dilucidar todo lo relativo a la sanción o pena que se habrá de imponer.”* (VARGAS YSLA, 2013)

A través del presente trabajo se ha puesto de manifiesto que es imperioso en un Estado Constitucional de Derecho que pretenda legitimar la imposición de una pena privativa de la libertad el imponer la misma en base a criterios

racionales, de política criminal y tendientes a lograr la finalidad de la pena, para lo cual es imprescindible también que estos sean debatidos plenamente, sean objeto de prueba y corroboración, más no supuestos o imaginados.

Sin embargo, desde incluso antes de la imposición del sistema de tercios, el debate sobre la pena era muy insípido, la cual se imponía en base a la discrecionalidad judicial, hecho que se ha agravado aún más con este sistema en la medida que, se aplica aritméticamente la sanción, renunciando implícitamente a otras consideraciones, en tal medida, considero que, propiciar un escenario adecuado para el debate sobre las circunstancias personales del sentenciado, e implantar obligatoriamente el trascurso por dicha etapa, conllevaría a que se ofrezca deliberadamente material probatorio sobre dichas circunstancias, igualmente se someta al contradictorio la imposición del sistema de tercios o, su apartamiento basado en circunstancias particulares, así como todo elemento que conlleve a una adecuada sanción.

En tal medida la cesura permitiría reivindicar los presupuestos de la aplicación de la pena, al incorporarse en el debate las carencias sociales del autor, su cultura y costumbres sin que ello merme la teoría del caso y menos aún subjetivase al juzgador, pues en la actualidad temas como la reincidencia, habitualidad, y las condiciones sociales, estigmatizan al autor e inclinan la decisión de los magistrados, por lo cual, si estas circunstancias son debatidas con posterioridad, cuando se haya llegado a un juicio de culpabilidad, sin recurrir a ellas, se podrá aplicar una correcta sanción, o para ser más exacto, una sanción más justa.

9. Incorporación de la Cesura – Fórmula legislativa

Se ha establecido hasta ahora en abstracto los beneficios y cargas de la figura procesal de la Cesura de Juicio, empero, para proceder a culminar con la investigación, debemos realizar a modo de proposición la forma en cómo se incorporaría la Cesura en nuestro país.

9.1. Contenido de la Cesura

Considero que, en nuestro país, la mejor opción para implementar la cesura de juicio es, con adherencia a la mayoría de legislaciones, establecer que en la primera fase del debate se someterá a contradictorio la realización del hecho punible, su tipicidad, la concurrencia de alguna causa de justificación y finalmente de alguna causa de inimputabilidad, luego en la segunda parte todo lo concerniente al debate sobre la imposición de la pena y la reparación civil, así como demás consecuencias accesorias.

De esta manera, salvo que se invoque una causa de inimputabilidad, no se admitiría el debate en la primera parte del juicio sobre las circunstancias personales del procesado, pues ello se vería dilucidado en la segunda etapa, en la cual se expondría no sólo el quantum de la pena, sino también la forma de su aplicación, la imposición de una medida alternativa, así como las consecuencias accesorias al delito.

Cabe precisar que, existirían supuestos muy excepcionales en los cuales a pesar de existir una condena se procedería con la apertura de la segunda fase, estamos hablando del caso de imposición de reparación civil del

absuelto, conforme al artículo 12.3 del Código Procesal Penal supuesto que también puede preverse.

9.2. Aporte Probatorio

Otro tema relevante es el aporte probatorio, es decir, desde qué momento se admitiría la recepción de pruebas respecto a la determinación judicial de la pena y la reparación civil, así como las demás consecuencias accesorias, al respecto, considero que como el modelo Paraguayo, los medios de prueba pueden ser recibidos desde el primer momento en que técnicamente puede realizarse, en nuestro caso, conforme a las reglas del artículo 350° del Código Procesal Penal, dentro de los diez días de corrido el traslado con el requerimiento acusatorio.

Igualmente, considero que, a pesar de tal disposición, la oportunidad de recibir medios de prueba debe flexibilizarse en el caso de la determinación judicial de la pena, dado que si bien el artículo 373° del Código Procesal Penal establece la posibilidad de incorporar nuevas pruebas en dos supuestos, como es aquellos de los cuales se haya conocido con posterioridad y reiterar los medios inadmitidos en control de acusación, se podría establecer que en la apertura de la segunda parte del debate, además del trámite anterior se permitiría incorporar toda prueba pertinente para efectos de determinar la pena.

Finalmente, al igual que en países como Estados Unidos y Paraguay, considero que debe incorporarse un informe social sobre el imputado, a

efectos de determinar correctamente la pena, sin embargo, debido a que, en su mayoría los procesos versan sobre delitos de menor punibilidad, considero que dicho informe debería restringirse a casos donde la pena mínima supere los cuatro años, o, en los que el Ministerio Público haya solicitado una pena superior a dicho quantum. Igualmente considero que dicho informe debería incorporarse aún en los supuestos de Conclusión Anticipada, pero sólo en casos en que además de los supuestos anteriores no haya conformidad en cuanto a la pena o, el acuerdo arribado establezca la imposición de una pena efectiva, supuesto en el cual, previamente a la aprobación del mismo se recibiría el informe social, cabe precisar que en este último supuesto dicho informe sería el único medio de prueba para actuar.

9.3. Obligatoriedad de la Cesura

Este es otro punto en el cual no existe unanimidad en la legislación comparada, al respecto considero que, la cesura debe ser obligatoria para supuestos en los cuales la pena mínima supere los cuatro años o en los que la pena solicitada por el Ministerio Público supere dicho quantum, en supuestos distintos, sólo en base a circunstancias excepcionales la defensa del procesado puede solicitar la cesura del debate, como por ejemplo en el transcurso del juicio si el Juez ejerciendo el poder de tribunal del artículo 374° del Código Procesal Penal establece la posibilidad de concurrencia de un tipo penal que supere el quantum reseñado.

Considero razonable este quantum en la medida que, superado el mismo se pierde la posibilidad de aplicar una medida alternativa a la privación de la libertad efectiva, como la suspensión de la pena o las conversiones a las mismas, igualmente aplicar la cesura a todos los casos sería innecesario en la medida que, en la mayoría de casos se trata de penas aplicadas con el carácter de suspendida o convertida y que por ende amerita un menor control en su aplicación.

Justifico la obligatoriedad en los casos donde la pena pueda proyectarse como efectiva, en la medida que, como afirma BERTONI, esta sería la única manera de vencer la inercia de más de un siglo de restarle importancia a la cuestión de la determinación de la pena, pues, el pragmatismo del sistema actual conllevaría al “ocio” jurisdiccional y hasta de los demás operadores jurídicos al decantarse por un juicio monofásico, más aún si quienes no tienen los recursos necesarios se ven defendidos por abogados de oficio que, en muchos casos debido a las recargadas labores, no pueden avocarse de manera eficaz al proceso, pues el sistema se encuentra congestionado.

9.4. Apelación

Finalmente en cuanto a este aspecto, considero que, la apelación debe ser única, independientemente de que se cuestione la declaratoria de culpabilidad y/o la pena impuesta, ello en la medida que, culminado el debate sobre la realización del hecho punible y la responsabilidad del autor, se dictaría un interlocutorio de culpabilidad, el cual conformaría una

sentencia y motivación única al finalizar la etapa del debate sobre la pena y su aplicación.

9.5. Ejecución Provisional luego del interlocutorio de culpabilidad

Otro supuesto que debe preverse para implementar la cesura de juicio, es qué pasaría con el sujeto declarado culpable pero sin pena aplicada aún, en estos casos tenemos las siguientes variables: **i) Sujeto con prisión preventiva**, de haberse declarado su culpabilidad el magistrado ordenaría que simplemente el procesado se mantenga recluido, aún si el periodo de prisión se venciera luego del interlocutorio de culpabilidad y antes de la determinación de la pena, este seguiría interno en la medida que se ha determinado su reproche penal y, se entiende que al haber merecido tal medida coercitiva, la pena probable será efectiva **ii) Sujeto en libertad**, en este caso, en la medida que se ha determinado la pena a imponerse, y existe una alta probabilidad de que la pena sea declarada con el carácter de efectiva (recordemos que la cesura se restringiría a casos cuya penas superen los cuatro años) se ordenaría de manera inmediata el internamiento del procesado hasta que se dicte la sentencia definitiva, luego de la cual, de optarse por una sanción que no implique carcelería se dispondrá su liberación, caso contrario el tiempo recluido se computará de la pena impuesta, salvo casos en los que resulte de aplicación el artículo 402.1 del Código Procesal Penal.

9.6. Desventajas de la incorporación de la Cesura de Juicio

Toda reforma trae consigo un estudio de costos y beneficios, en tal sentido, en contrapartida a los evidentes factores positivos en la determinación de la pena, considero que incorporarla ocasionaría:

9.6.1. Dilatación del Proceso

En la medida que culminado el debate de culpabilidad, el juicio se extendería para dar pase a la evaluación de la pena y la reparación civil, sin embargo, dado el modelo actual de oralidad, inmediación y contradicción, la segunda fase no duraría más de los ocho días –al igual que en la actualidad para la totalidad del debate-, un costo mínimo frente a tan loable beneficio.

9.6.2. Mayores costos procesales.

Incorporar una fase más al contradictorio, o más propiamente dividir en dos la que en la actualidad es una sola, genera con la dilatación del proceso un costo mayor procesalmente hablando, pues se tendría que utilizar más horas de trabajo de los magistrados así como de los asistentes judiciales, de igual forma, considerar la incorporación de un informe social del procesado incumbiría la contratación de personal especializado, pero, como se ha anotado, este último queda restringido a casos donde la pena superaría el quantum mínimo de cuatro años y con ello una privación de libertad efectiva.

CAPÍTULO VI
ANÁLISIS Y
RESULTADOS

1. Trabajo de Campo Realizado

Para el presente trabajo se ha realizado un trabajo de campo consistente en la recolección de sentencias emitidas por los juzgados unipersonales y colegiados del distrito de Chiclayo, a efectos de establecer si se ha debatido la pena en tales procesos, si se aplicó el sistema de tercios sin ninguna otra valoración o si se dejó de aplicar el sistema de tercios, así como otros datos que serán expuestos en los gráficos elaborados.

Esta información ha sido recabada directamente del área de estadística de la Corte Superior de Justicia de Chiclayo, por lo que son datos contrastables con dicha institución pública.

2. Población

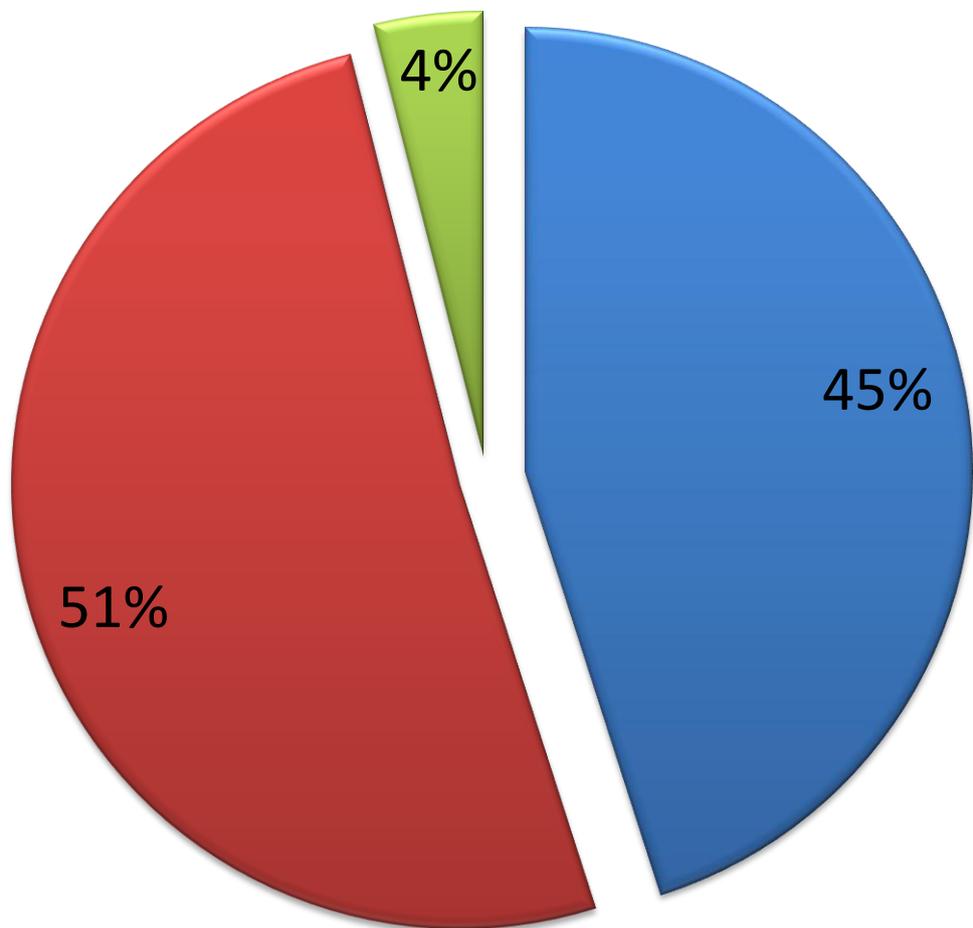
La Población consiste en todas las sentencias condenatorias emitidas por los ocho juzgados unipersonales y dos colegiados en los años 2015 y 2016, en el distrito de Chiclayo, haciendo un total de 5728 sentencias.

3. Muestra

La muestra la componen 200 sentencias de la población total, siendo que luego de analizar tal muestra se han arribado a las siguientes conclusiones graficadas en los esquemas que se exponen a continuación.

MUESTRA

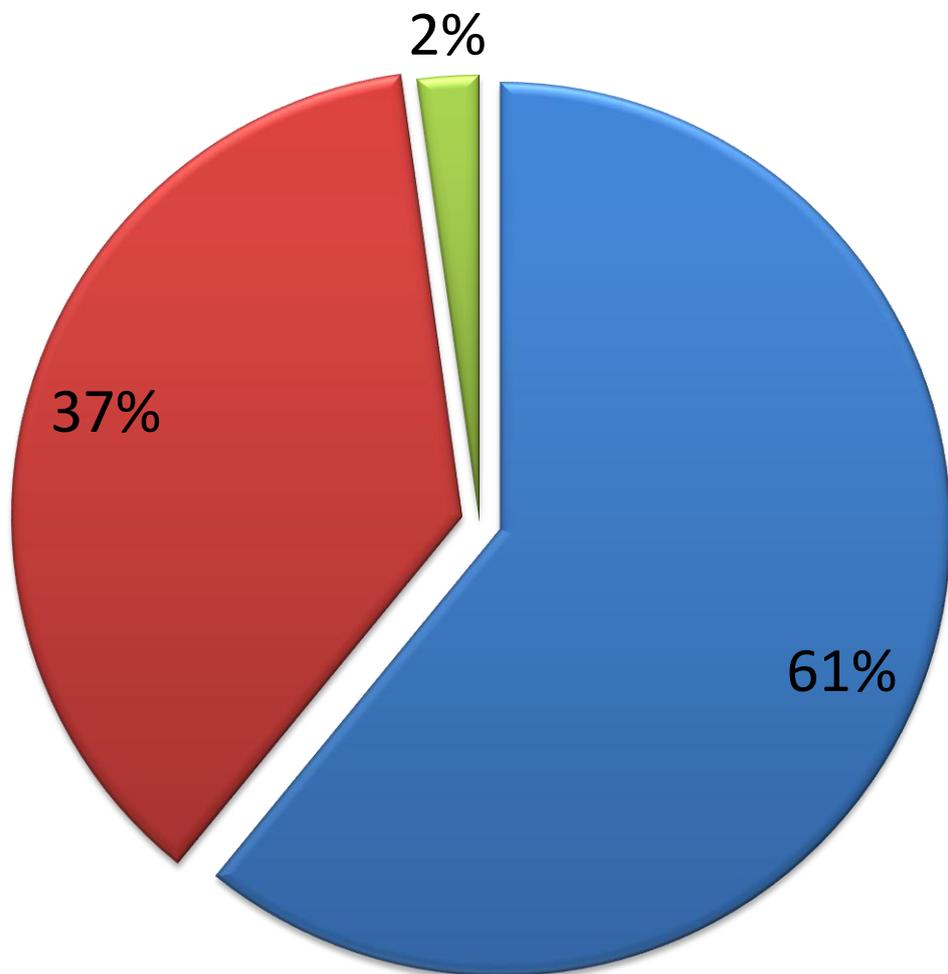
- JUICIO COMPLETO
- CONCLUSIÓN ANTICIPADA
- SE SOMETE A JUICIO PENA



ESQUEMA 1

JUICIO ORAL COMPLETO - FISCAL

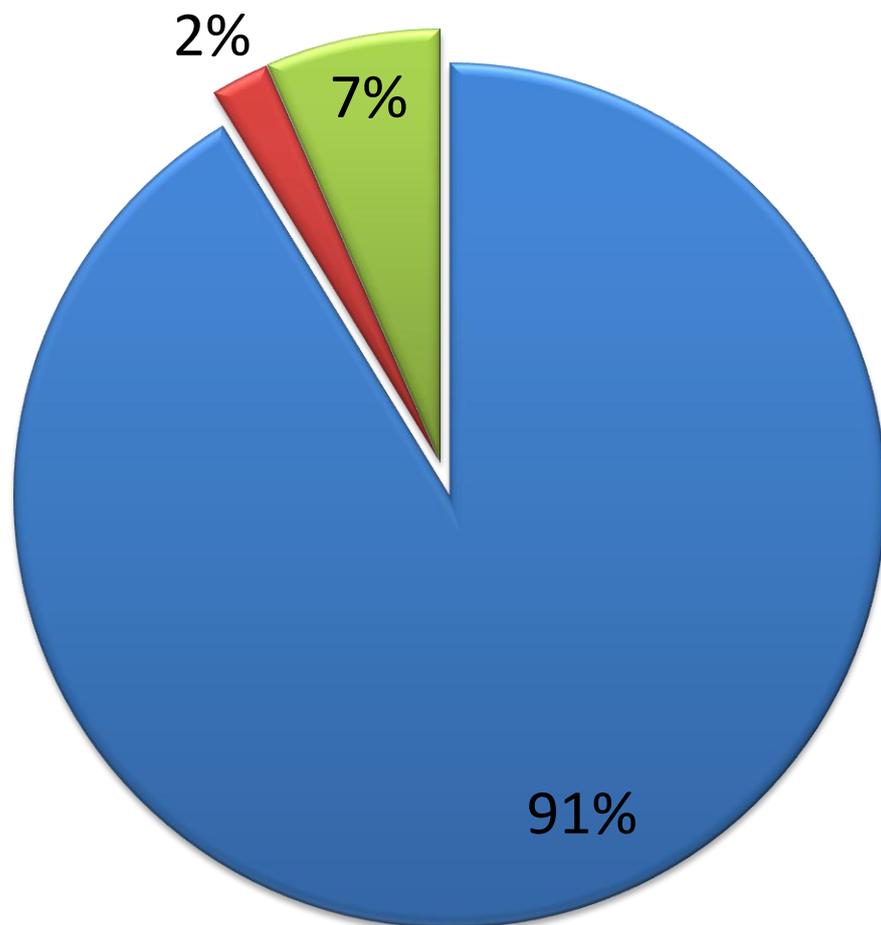
- NO SUSTENTÓ PENA
- SISTEMA DE TERCIOS
- OTROS CRITERIOS



ESQUEMA 2

JUICIO ORAL - DEFENSA

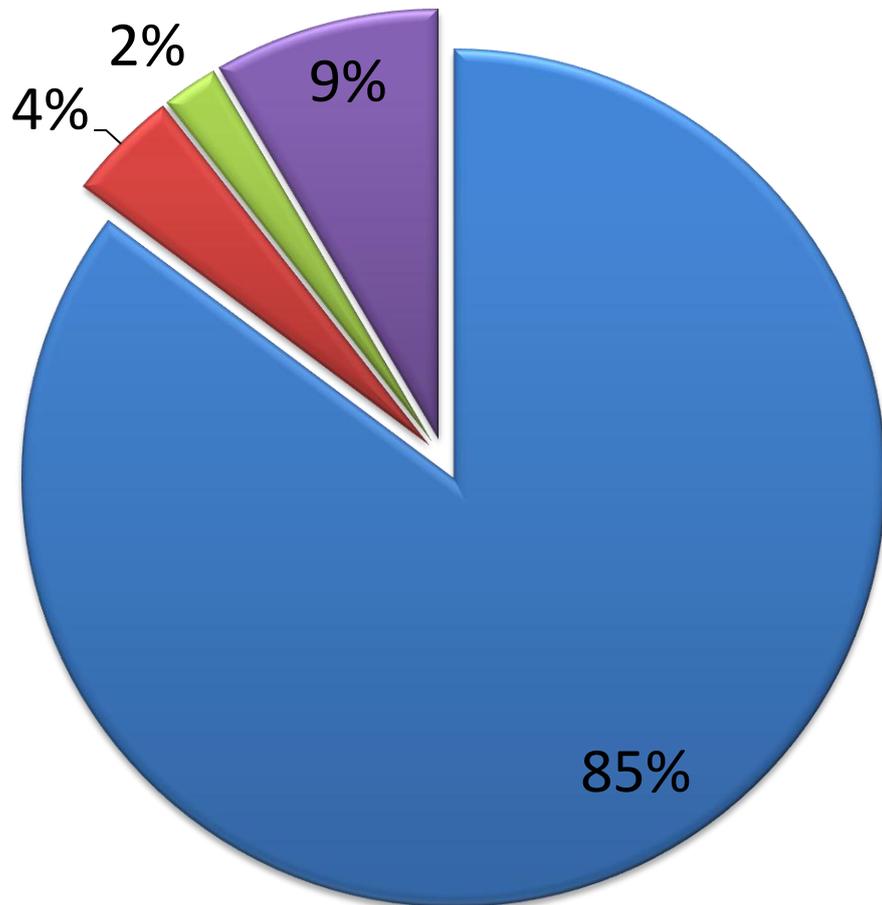
- NO OBJETÓ PENA
- OBJETÓ PENA SISTEMA DE TERCIOS
- OBJETÓ PENA EN BASE A OTROS CRITERIOS



ESQUEMA 3

JUICIO ORAL - DETERMINACIÓN JUDICIAL

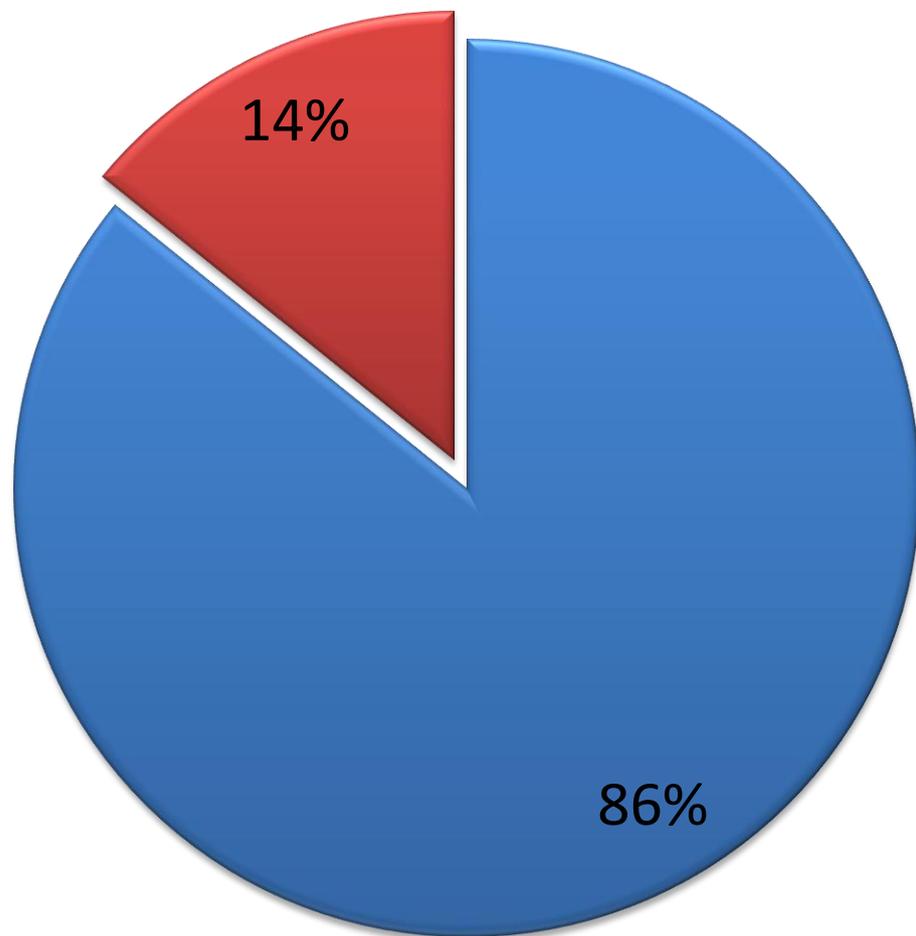
- SISTEMA DE TERCIOS
- PRESUPUESTOS DE LA PENA
- PRINCIPIOS
- NO FUNDAMENTÓ PENA



ESQUEMA 4

JUICIO ORAL - PRUEBAS PARA LA PENA

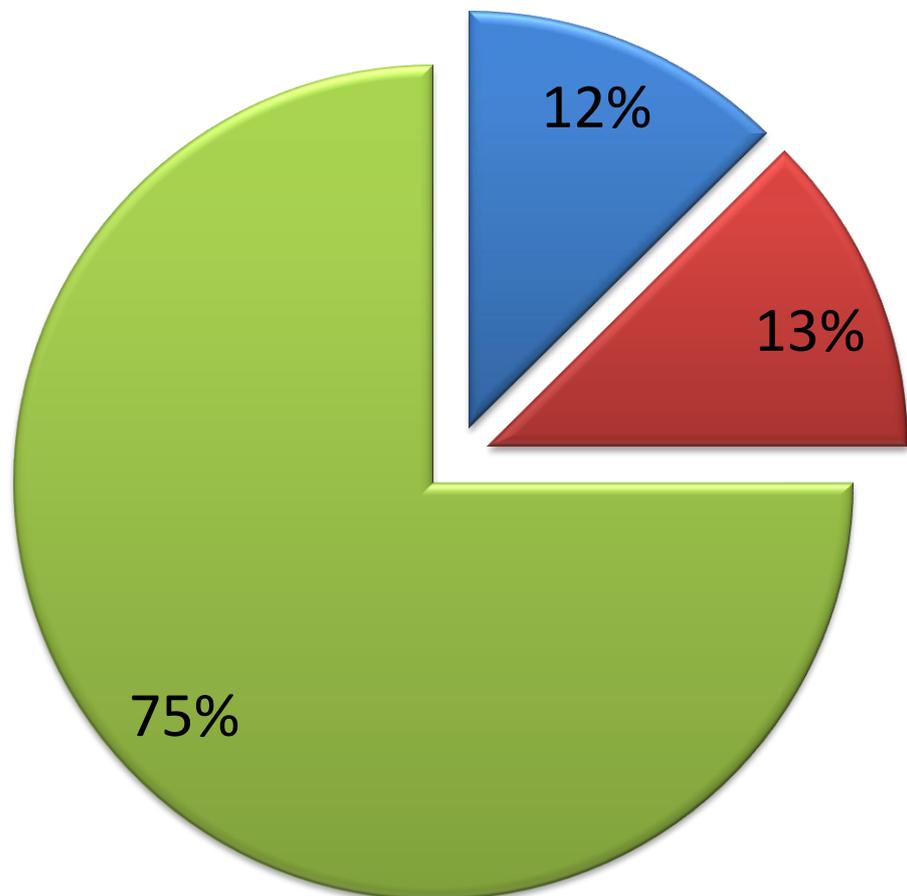
- NO SE ACTUARON PRUEBAS
- SÓLO ANTECEDENTES PENALES
- ANTECEDENTES Y OTROS



ESQUEMA 5

DEBATE POR LA PENA- FISCAL

- NO SUSTENTÓ PENA
- SISTEMA DE TERCIOS
- OTROS CRITERIOS

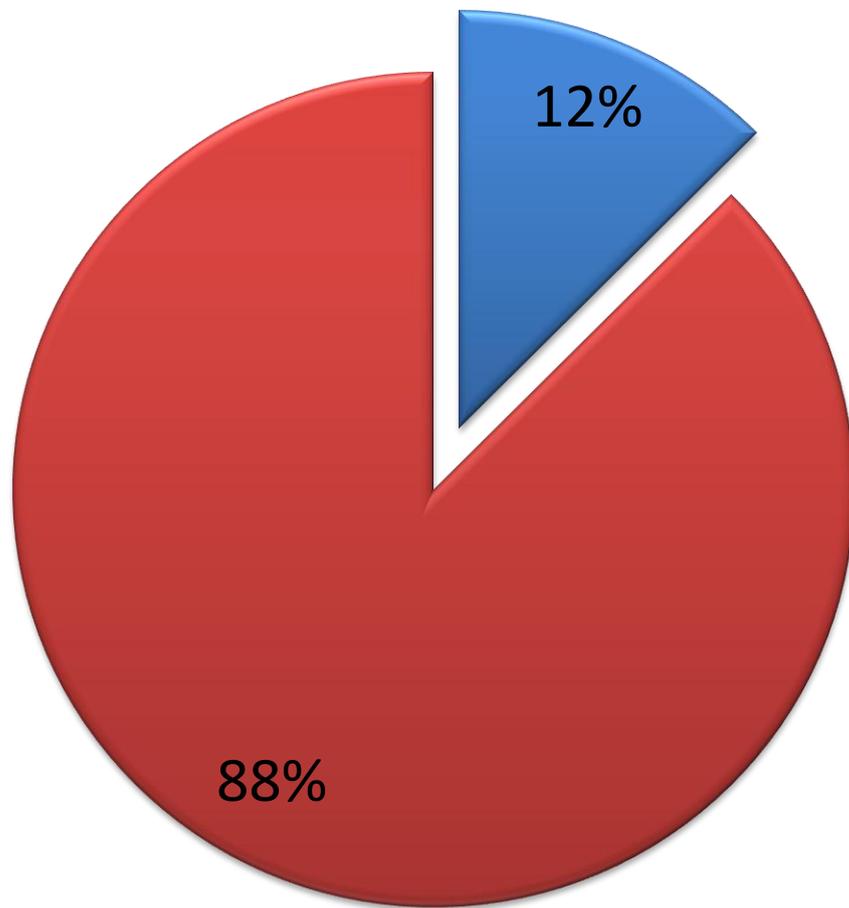


ESQUEMA 6

DEBATE POR LA PENA - DEFENSA

■ SISTEMA DE TERCIOS

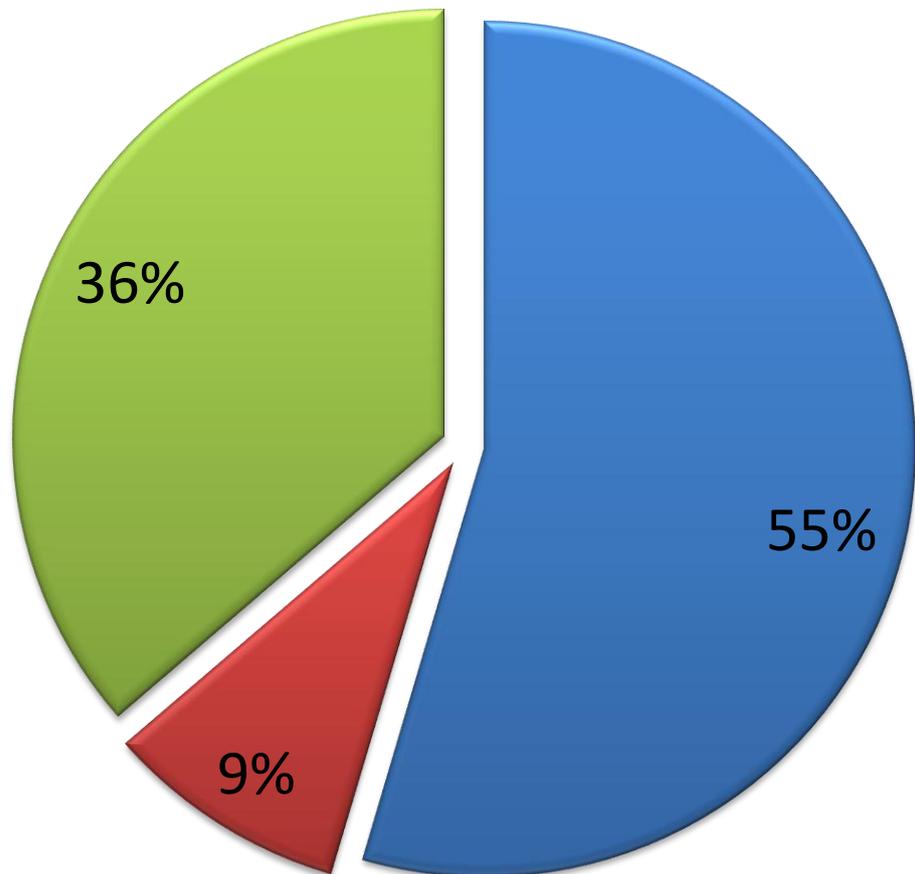
■ OTROS CRITERIOS



ESQUEMA 7

DEBATE POR LA PENA - DETERMINACIÓN JUDICIAL

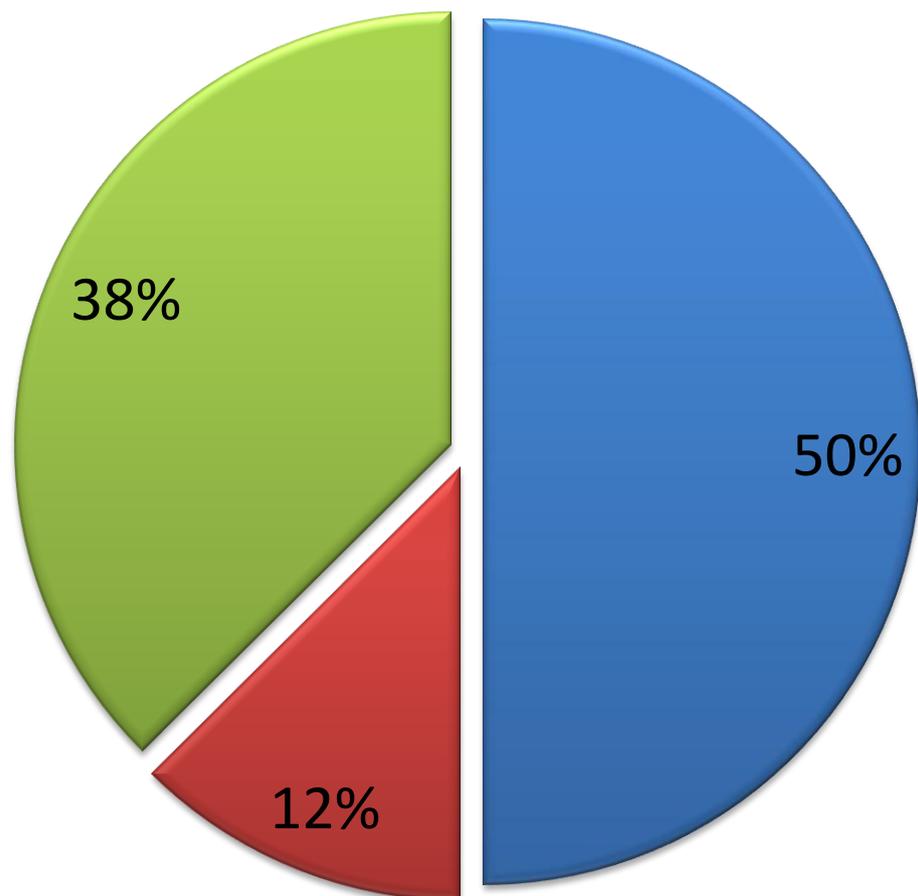
- SISTEMA DE TERCIOS
- PRESUPUESTOS DE LA PENA
- PRINCIPIOS



ESQUEMA 8

DEBATE POR LA PENA- ACTIVIDAD PROBATORIA

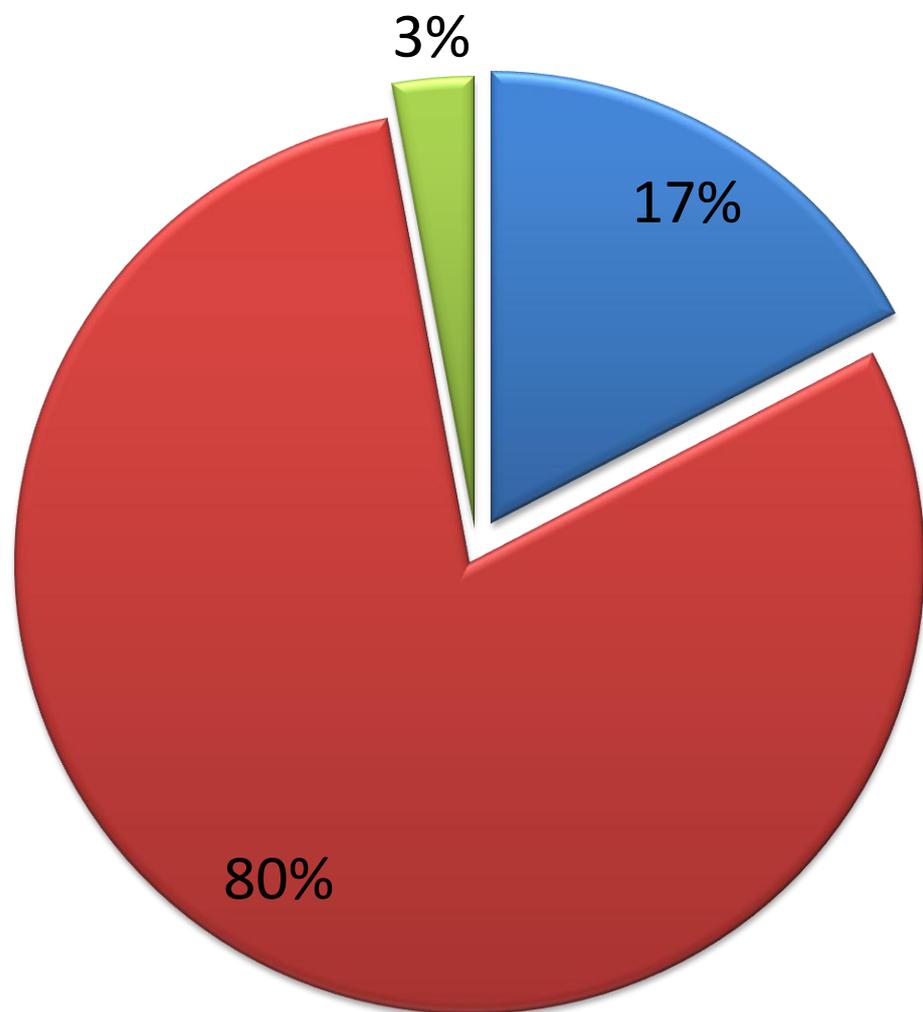
- NO SE ACTUARON PRUEBAS
- SÓLO CERTIFICADO DE ANTECEDENTES PENALES
- CERTIFICADO Y OTROS



ESQUEMA 9

CONCLUSIÓN ANTICIPADA - FISCAL

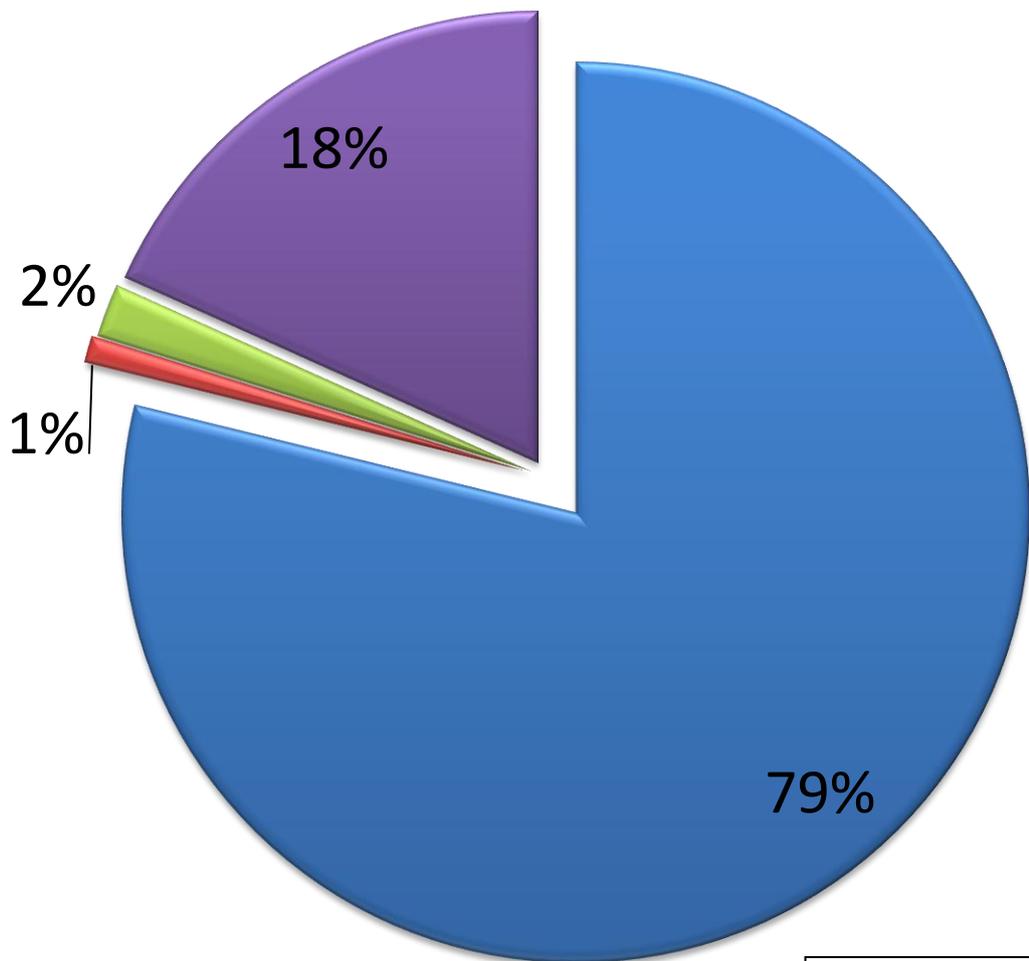
- NO SUSTENTÓ PENA
- SISTEMA DE TERCIOS
- OTROS CRITERIOS



ESQUEMA 10

CONCLUSIÓN ANTICIPADA - APROBACION JUDICIAL DEL ACUERDO

- SISTEMA DE TERCIOS
- PRESUPUESTOS DE LA PENA
- PRINCIPIOS
- NO SE FUNDAMETÓ PENA



ESQUEMA 11

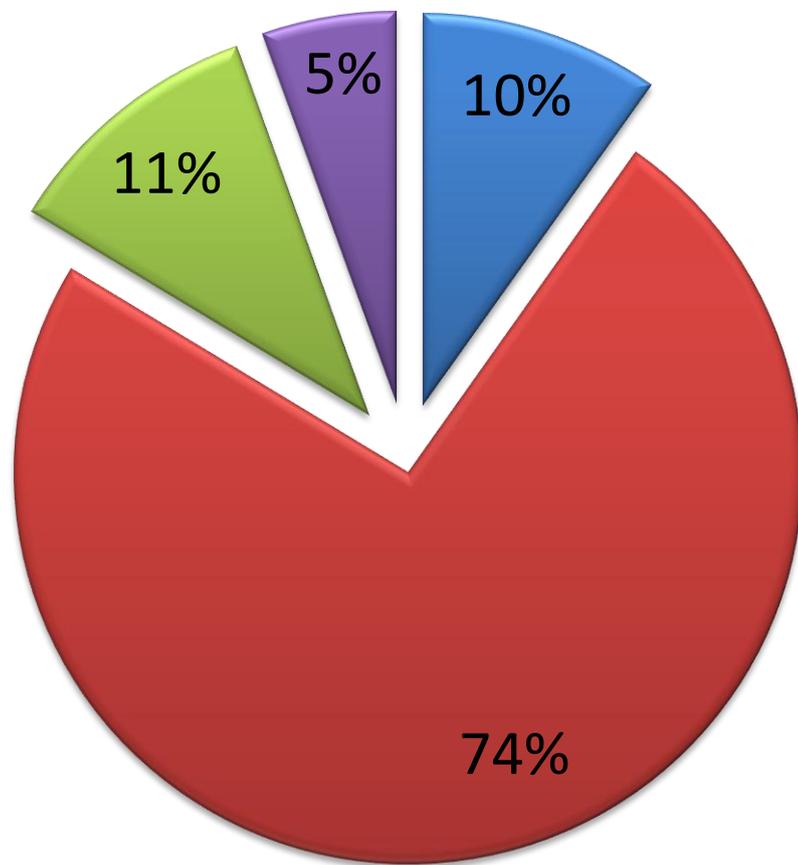
JUICIO ORAL

■ Pena ≤ 4

■ 4 < Pena ≤ 18

■ 18 < Pena ≤ 35

■ Cadena Perpetua



ESQUEMA 12

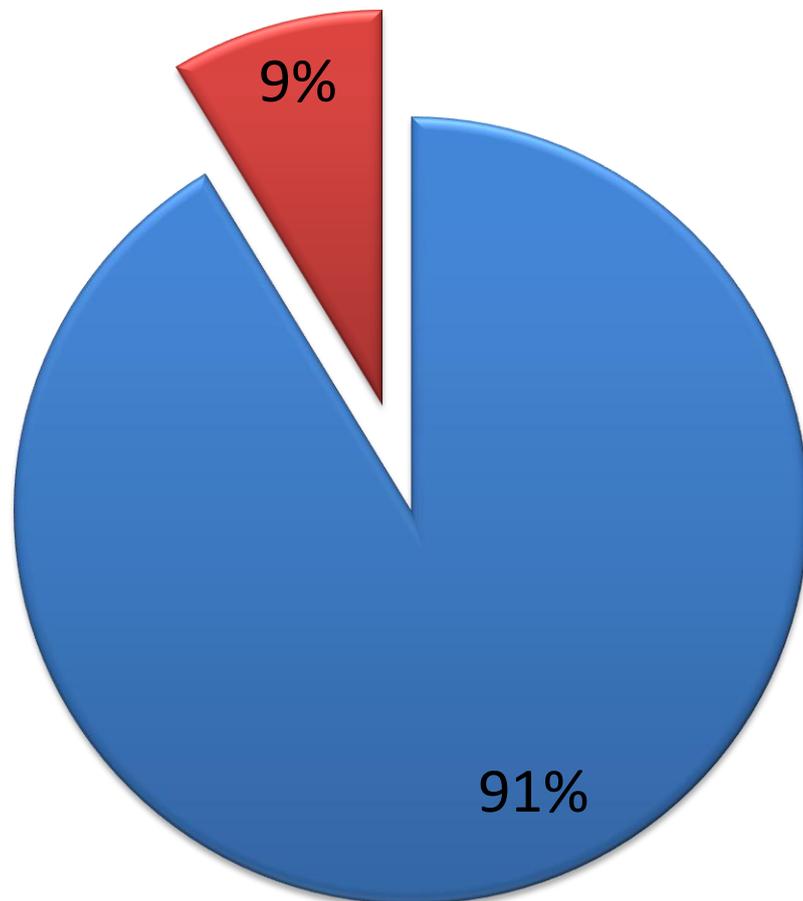
CONCLUSIÓN ANTICIPADA

■ Penas ≤ 4

■ $4 < \text{Penas} \leq 18$

■ $18 < \text{Penas} \leq 35$

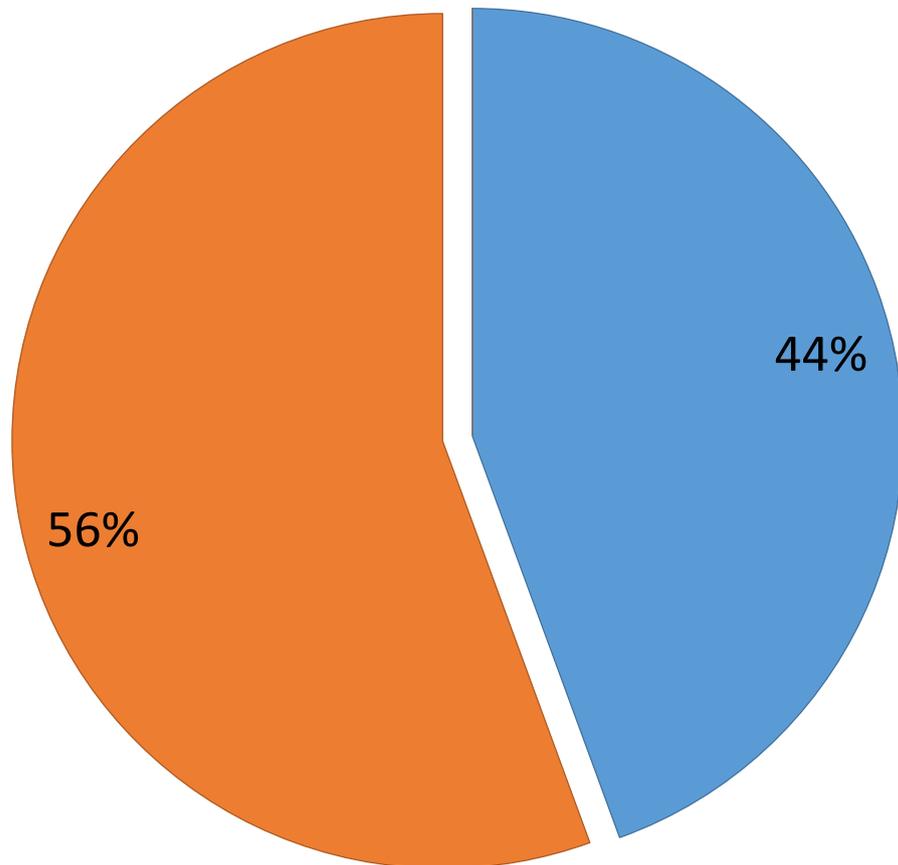
■ Cadena Perpetua



ESQUEMA 13

**PENAS ≤ 4 AÑOS - JUICIO ORAL -
PERSPECTIVA FISCAL**

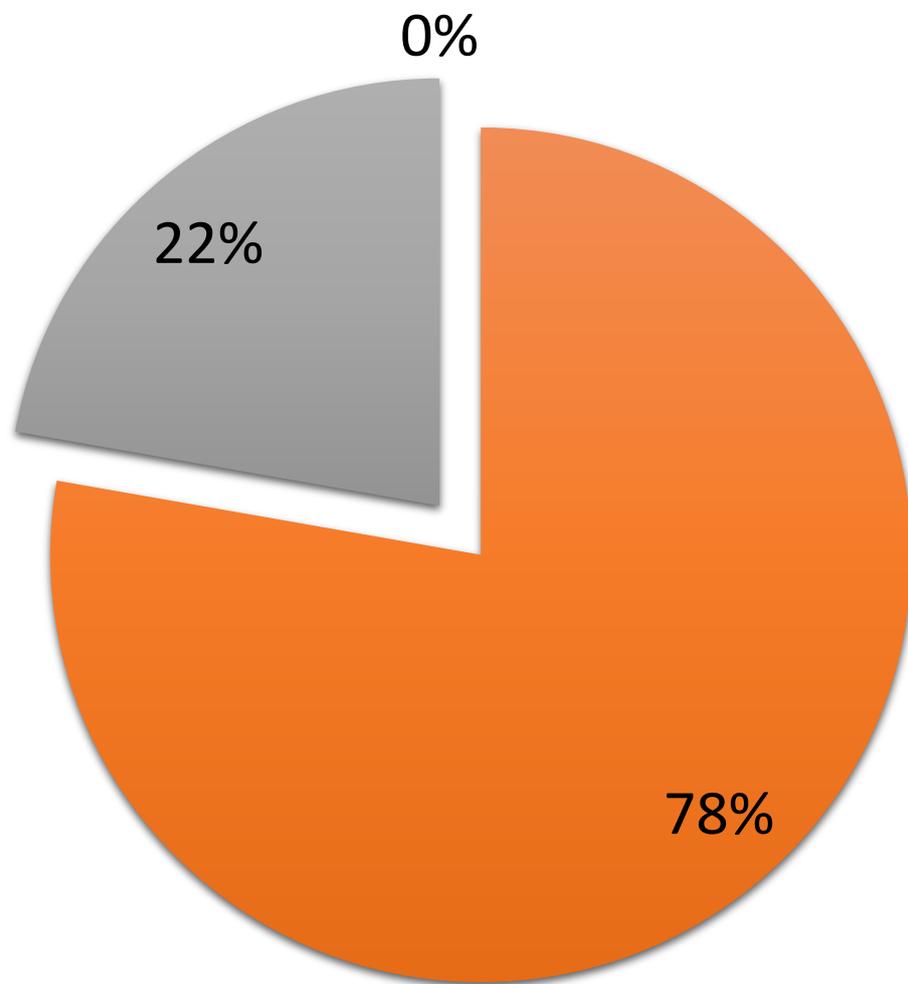
- SISTEMA DE TERCIOS
- NO SUSTENTÓ PENA
- OTROS CRITERIOS



ESQUEMA 14

**PENAS ≤ 4 AÑOS - JUICIO ORAL -
PERSPECTIVA DEFENSA**

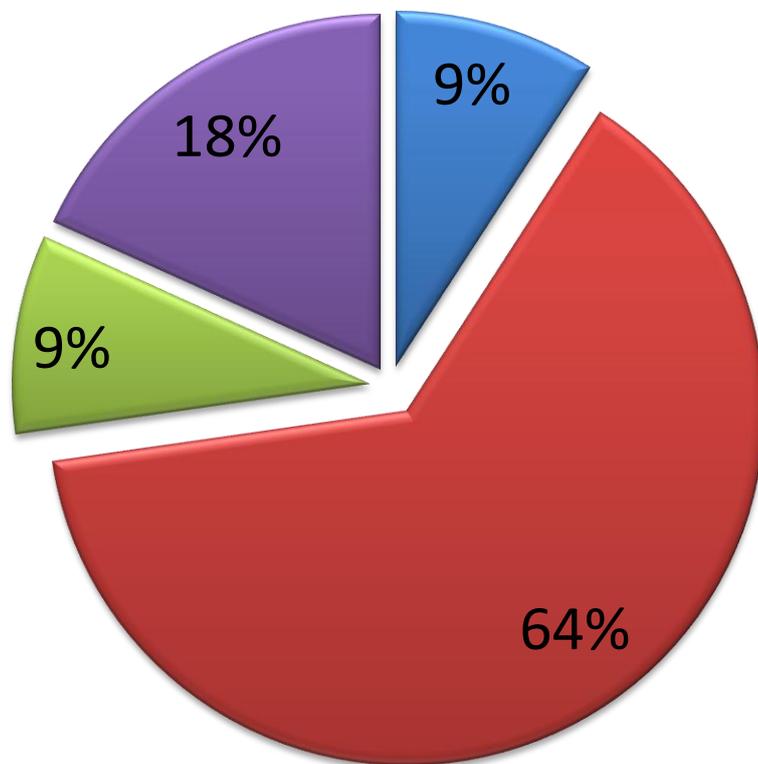
- SISTEMA DE TERCIOS
- NO OBJETÓ PENA
- OTROS CRITERIOS



ESQUEMA 15

PENAS ≤ 4 JUICIO ORAL- DETERMINACIÓN JUDICIAL

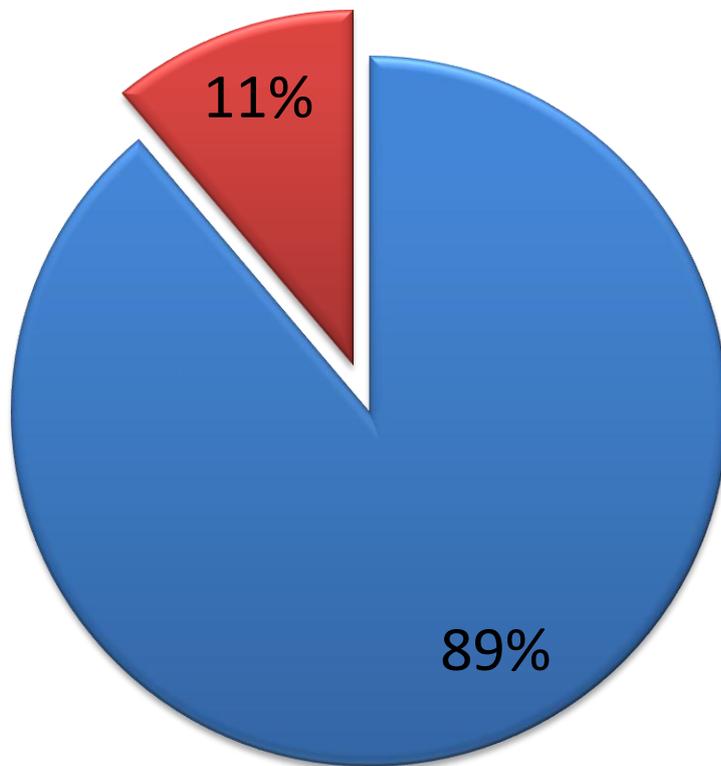
- NO SUSTENTÓ PENA
- SISTEMA DE TERCIOS
- PRINCIPIOS
- PRESUPUESTOS DE LA PENA



ESQUEMA 16

**PENAS ≤ 4 JUICIO ORAL-ACTUACIÓN
PROBATORIA**

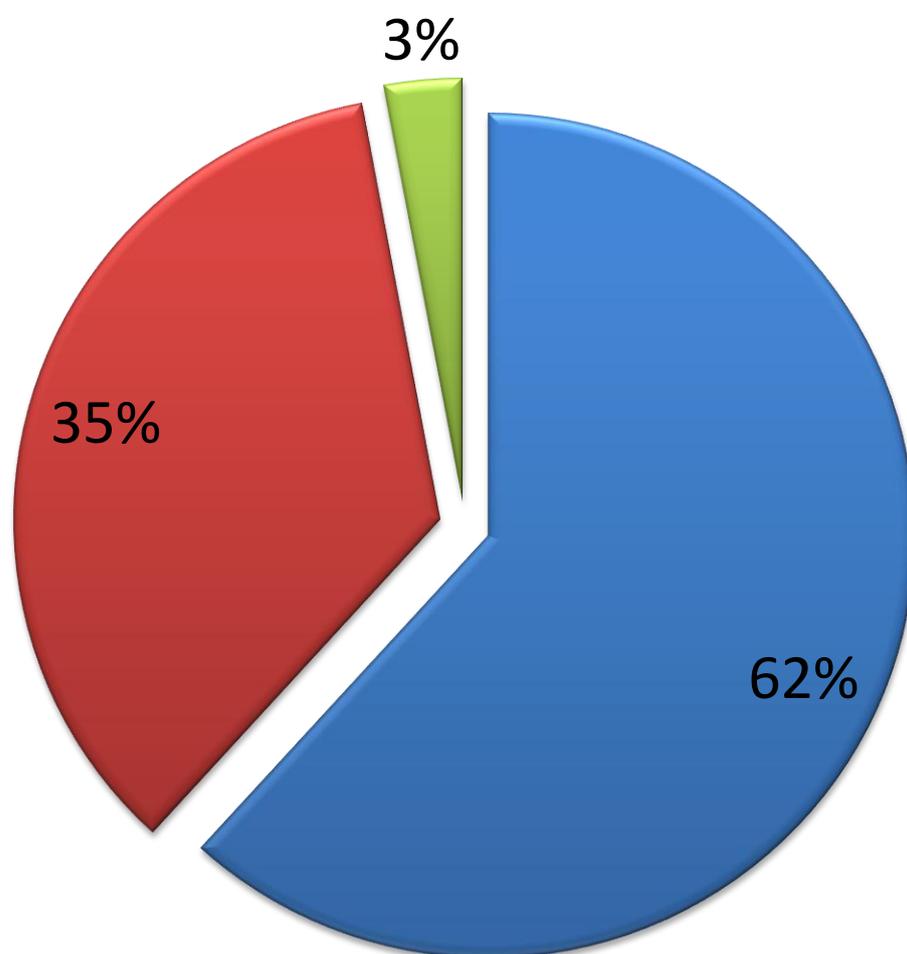
- NO SE ACTUARON PRUEBAS
- ANTECEDENTES PENALES
- ANTECEDENTES PENALES Y OTROS



ESQUEMA 17

4 < Penas ≤ 18 JUICIO ORAL- PERSPECTIVA FISCAL

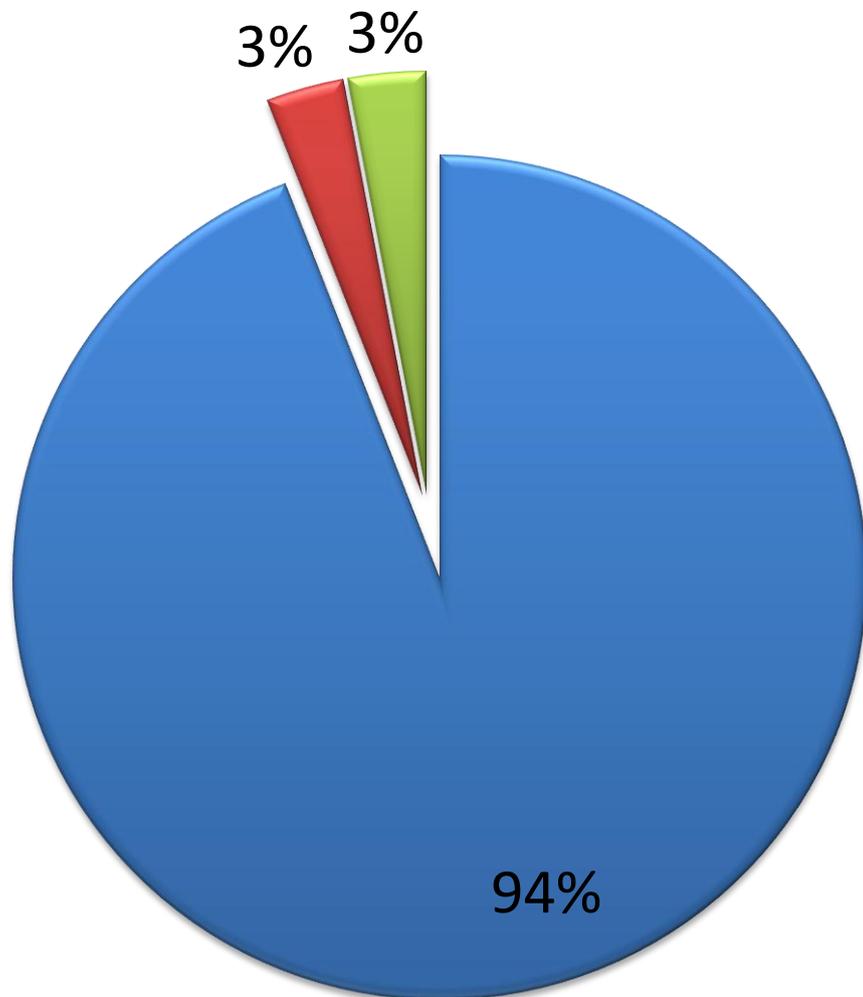
- NO SUSTENTÓ PENA
- SISTEMA DE TERCIOS
- OTROS CRITERIOS



ESQUEMA 18

**4 < Penas ≤ 18 JUICIO ORAL- JUICIO ORAL-
PERSPECTIVA DEFENSA**

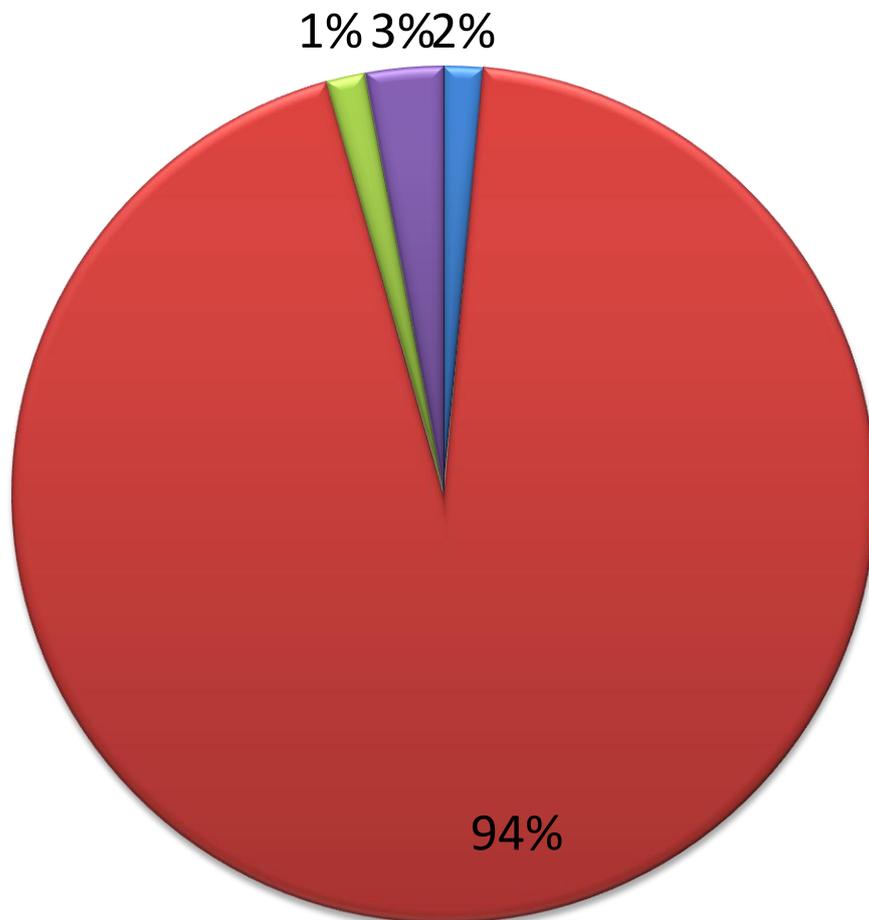
- NO OBJETÓ PENA
- OBJETÓ SISTEMA DE TERCIOS
- OTROS CRITERIOS



ESQUEMA 19

**4 < Penas ≤ 18- JUICIO ORAL-
DETERMINACIÓN JUDICIAL**

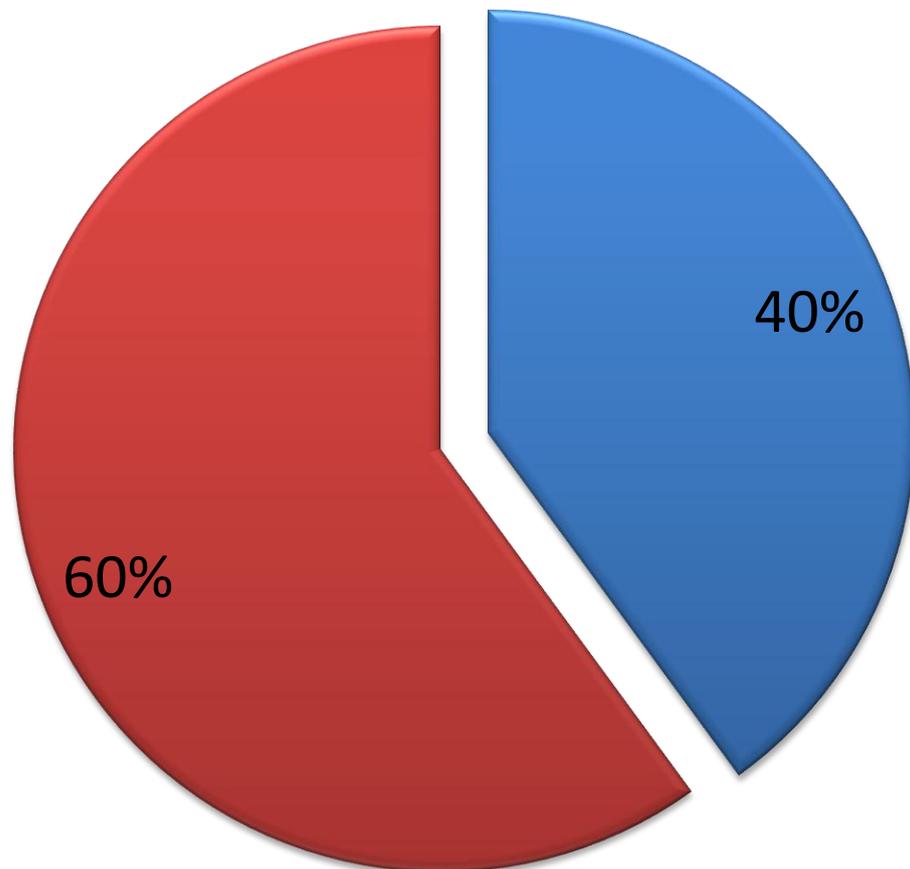
- NO SUSTENTÓ PENA
- SISTEMA DE TERCIOS
- PRINCIPIOS
- PRESUPUESTOS DE LA PENA



ESQUEMA 20

**18 < Penas ≤ 35- JUICIO ORAL-
PERSPECTIVA FISCAL**

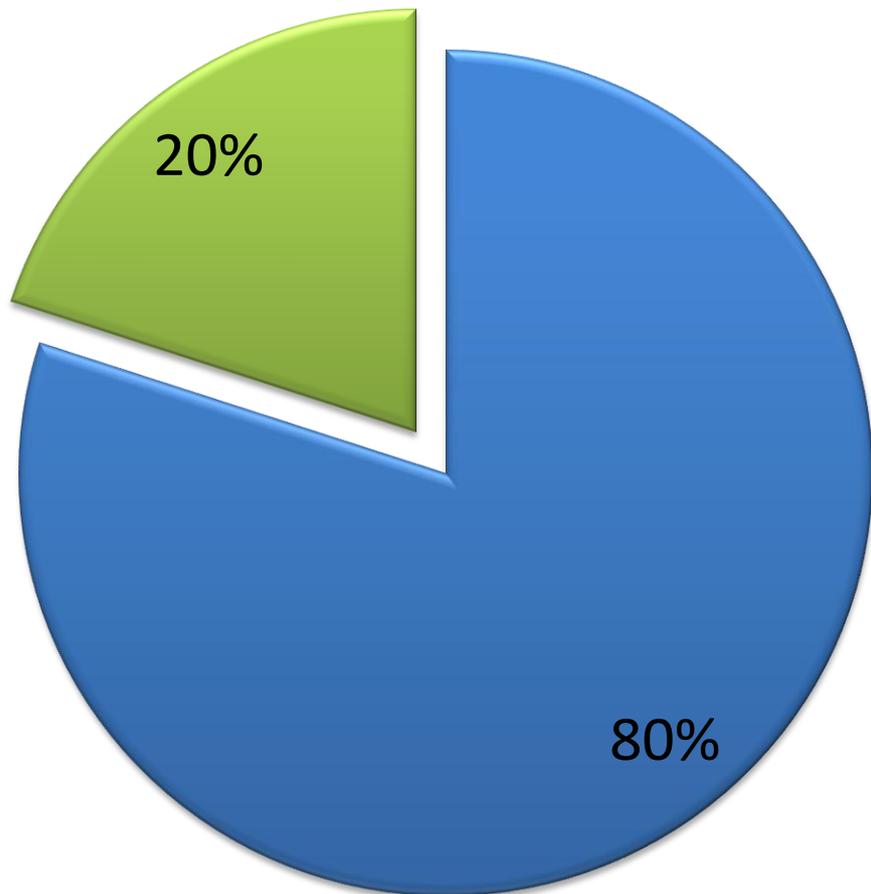
- NO SE SUSTENTÓ PENA
- SISTEMA DE TERCIOS
- OTROS CRITERIOS



ESQUEMA 21

**18 < Penas ≤ 35- JUICIO ORAL-
PERSPECTIVA DEFENSA**

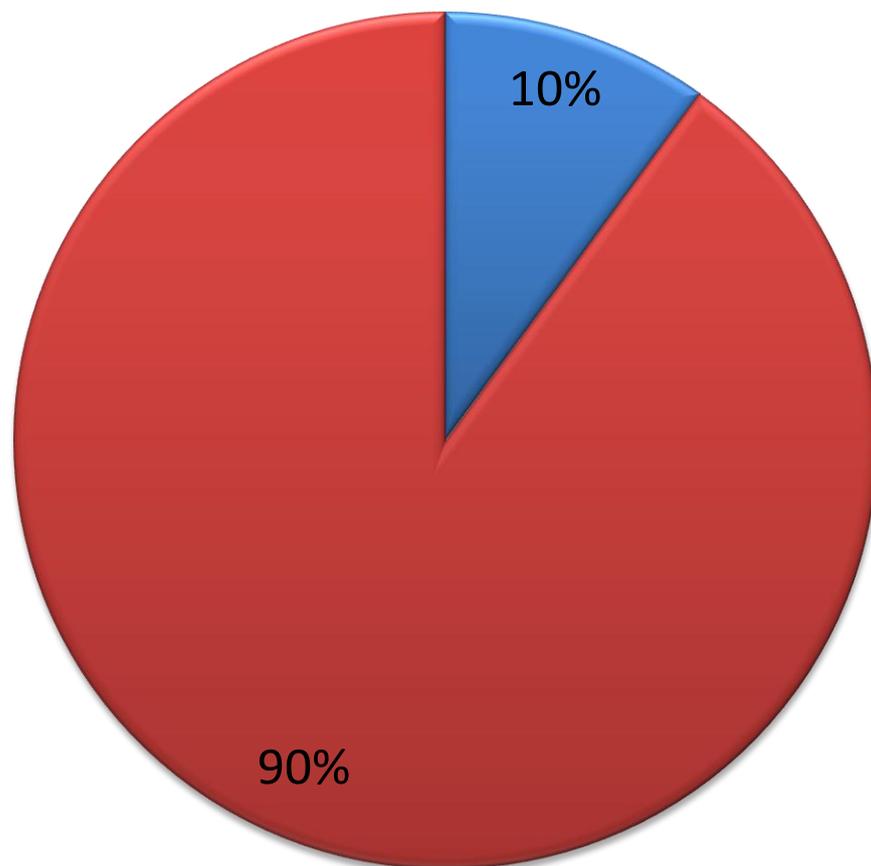
- NO SE OBJETÓ PENA
- SISTEMA DE TERCIOS
- OTROS CRITERIOS



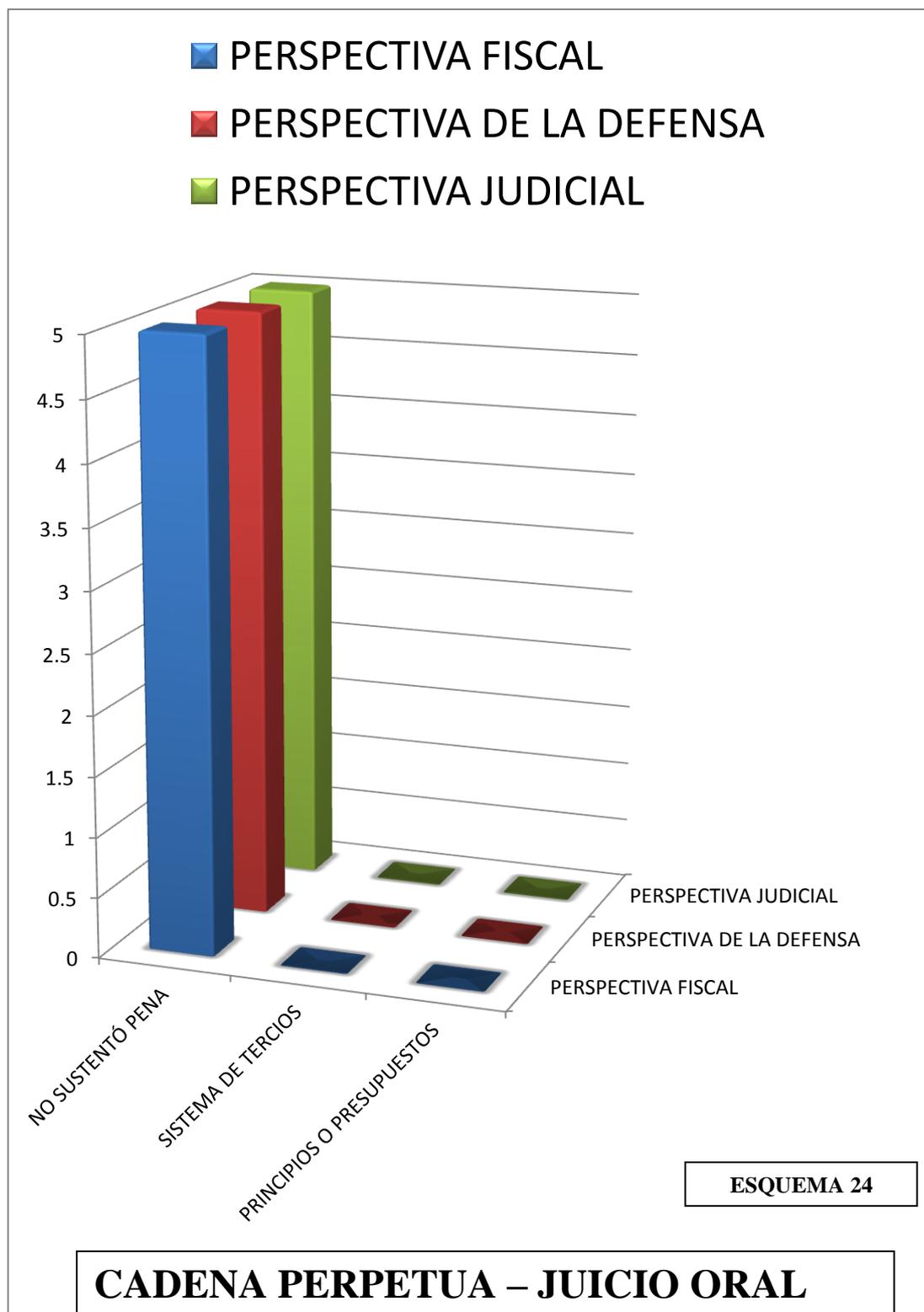
ESQUEMA 22

**18 < Penas ≤ 35- JUICIO ORAL-
DETERMINACIÓN JUDICIAL**

- NO SUSTENTÓ PENA
- SISTEMA DE TERCIOS
- PRINCIPIOS
- PRESUPUESTOS DE LA PENA

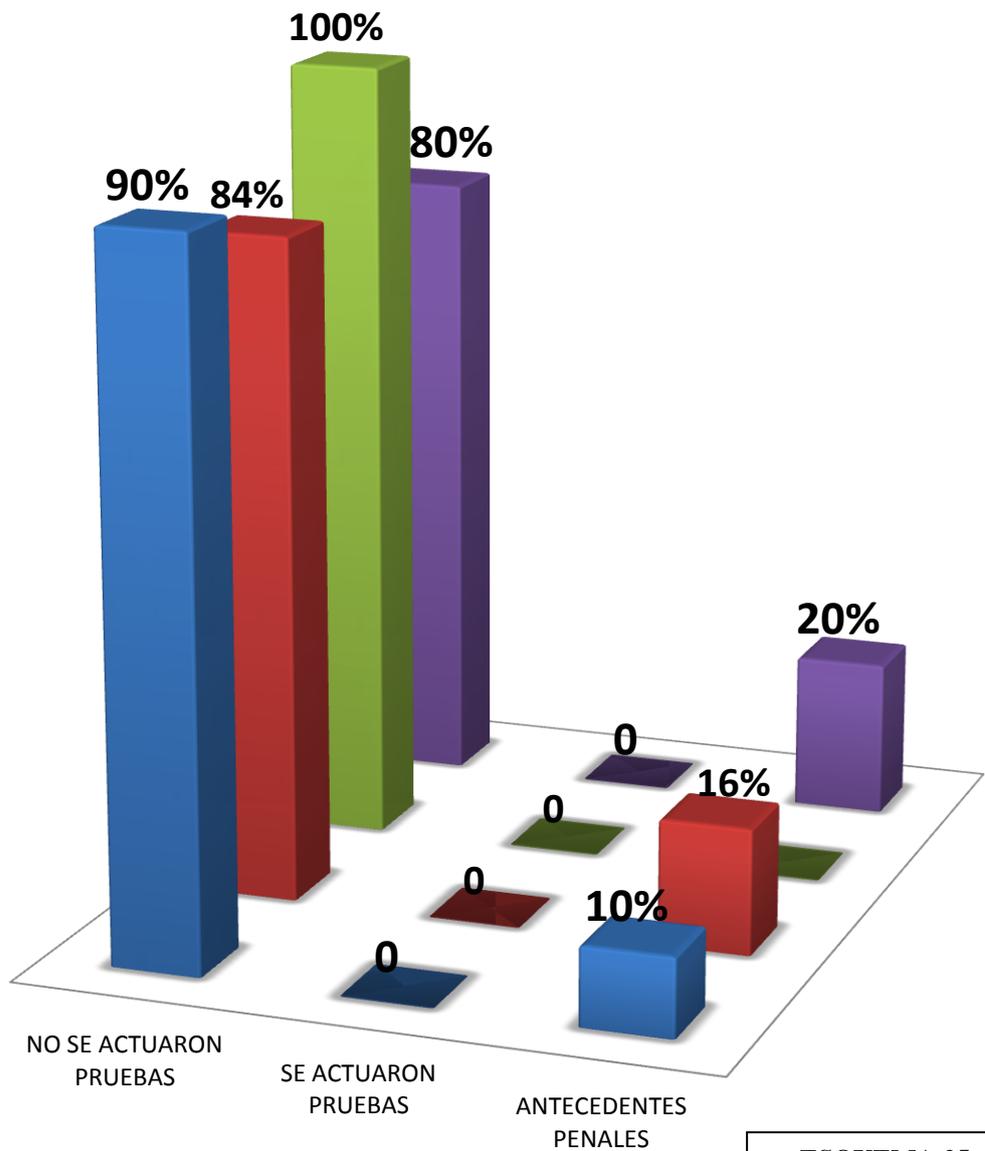


ESQUEMA 23



Título del gráfico

- PENAS ≤ 4 AÑOS
- 4 < Penas ≤ 18
- 18 < Penas < 35
- CADENA PERPETUA



ESQUEMA 25

ACTUACIÓN PROBATORIA

4. Análisis de los resultados obtenidos

Como se ha podido apreciar de las gráficas que se han expuesto, en una gran mayoría de casos la pena no es debatida, ya sea porque el fiscal no la sustenta, o porque la defensa no la objeta, menos aún el magistrado pone de relieve la necesidad de su fundamentación.

Del gráfico N° 02 observamos que en su mayoría el Ministerio Público no sustenta la pena, y en los casos en los que sí lo hace se limita a criterios de mera legalidad del sistema de tercios, siendo que en un escaso 2% solicita la imposición de pena en base a otros criterios, verbigracia la aplicación de circunstancias como el consentimiento y diferencia escasa de edad entre sujeto activo y pasivo en casos de violación sexual de menores de catorce años; esta deficiencia, podría afectar en menor manera la determinación judicial de la pena si la defensa objetara la misma, empero conforme al gráfico N° 03, observamos que abrumadoramente, en un 91% la defensa no objetan la pena, esto puede deberse a que alegar por un lado la absolución y por otro que se aplique una pena menor a la requerida (que lleva implícita la condena) debilita la teoría del caso, la misma que como hemos visto debe ser uniforme y no contradictoria.

Como consecuencia que las partes no propongan criterios extralegales para fundamentar la pena, tenemos que el magistrado en un 85% sustenta la pena en el mero sistema de tercios, que como hemos analizado resulta insuficiente para fijar una pena justa, siendo que en un escaso 4% se invocaron los presupuestos de la

pena y en un 2% principios, como se aprecia del gráfico N° 04, todo ello se ve reflejado también en el hecho que en un escueto 1 % se actuaron medios de pruebas distintos a los estandarizados certificados de antecedentes penales.

De la esquematización por quantum de pena en el gráfico N° 14 podemos apreciar que en penas menores o iguales a cuatro años, el fiscal nunca sustentó la pena en base a criterios adicionales a los del sistema de tercios, siendo que en un preocupante 56% no se sustentó la pena, en contraparte, según el gráfico N° 15, vemos que la defensa en un 78% no objetó la pena, lo cual conlleva a que conforme el gráfico N° 16, el juez sustente la pena en base al sistema de tercios en un 64%, no la sustente en un 9% e invoque principios en un escaso 9%, podía de cierta forma atenuarse la gravedad del asunto en que en este rango de penas las mismas se imponen casi siempre con el carácter de efectiva, sin embargo, esta situación no mejora en el caso de penas superiores; así del gráfico 18, vemos que en las penas mayores a cuatro años y menores de dieciocho –que supone prisión efectiva- el fiscal no sustentó la misma en un 62%, mientras que en un 35% se fundó en el sistema de tercios –mera legalidad- dejando por ende un escaso 3% para otros criterios.

En el gráfico N° 19 observamos que la tendencia de no objetar la pena se repite aún en estos casos de punibilidad grave, en los cuales el 94% de casos la defensa no rebate el quantum solicitado, y, en el mismo porcentaje según el gráfico 20, el magistrado sustenta la pena en mera legalidad –sistema de tercios-

En las penas sumamente graves mayores a dieciocho años, nunca se sustentó la pena fiscal en base a criterios adicionales a los de mera legalidad, igualmente la defensa en un 80% no objetó la pena, lo cual conlleva a que en un abrumador 90% el magistrado sustente la pena en el sistema de tercios mientras que en un 10% restante ni siquiera la sustentó.

Culminando los juicios orales, (gráfico 24) tenemos el caso de las cadenas perpetuas, en las cuales tanto fiscal, defensa como el juez, sustentan su aplicación en que se trata de penas únicas, sin que se evalúe posibilidad de reducirla en base a otros criterios, finalmente en el gráfico 25 podemos ver que, en ningún supuesto se actuaron pruebas para acreditar la pena, más allá de los certificados de antecedentes penales, lo cual pone de relieve el papel casi nulo que se le da a su determinación.

Realidad distinta puede evidenciarse en el caso en los cuales se aplicó la cesura – con las limitaciones del caso- pues, como se advierte del gráfico N° 06 en un considerable 76% el Ministerio Público tuvo que sustentar la pena en base a criterios adicionales a los de mera legalidad frente al 2% que se sucede en caso de juicios monofásicos, igualmente la defensa –gráfico 07- en un 88% sustentó su objeción en criterios extra legales –sistema de tercios- frente al 7% que acaece en juicio oral mientras que el juez en un 36% sustentó la pena en base a principios en contraposición al 2% verificado en juicio oral.

CAPITULO VII

CONTRASTACIÓN DE

LA HIPÓTESIS

1. **Discusión de resultados.**

Conforme se expuso al inicio de esta investigación, la respuesta tentativa al problema de investigación era que, “La implementación de la Cesura de Juicio en el Perú permitiría optimizar el proceso de individualización judicial de la pena”, siendo así tenemos que la variable independiente es La implementación de la Cesura de Juicio en el Perú, mientras que la variable dependiente la constituye el Optimizar el proceso de individualización judicial de la pena.

Estando a ello, en cuanto a la **variable independiente** advertimos, que, en nuestro distrito judicial **sí se aplica la cesura de juicio** pero claro está sólo en el caso de aceptación de cargos, conforme a los criterios señalados en el Acuerdo Plenario N° 05-2008/CJ-116 que prevé la posibilidad de una conformidad parcial, en consonancia con lo establecido en el artículo 372° del Código Procesal Penal, debatiéndose la pena “por separado” y si bien en su mayoría se aplica un juicio monofásico, 45% frente a un 4% de cesura, la implementación de esta en casos puntuales, **hace previsible que su aplicación resulta posible** y podría extenderse a otros supuestos como los que serán materia de recomendación.

En cuanto a la variable **dependiente**, esta se ve contrastada al confrontar **la fijación y debate de la pena en caso de juicios monofásicos**, frente a **la fijación y debate de la pena en caso de la cesura por conformidad parcial** que es lo más cercano a la cesura de juicio que se está proponiendo.

Teniendo en cuenta que, la optimización del proceso de individualización judicial de la pena, presupone a criterio del autor tres aspectos, **i) debate de la pena**, el mismo que se logra cuando el Ministerio Público sustenta la pena en base a criterios suficientes y en contra partida la defensa la objeta o refuerza su conformidad con la misma; **ii) Actuación probatoria para la pena**, dado que, fijar la pena en base a criterios meramente legales sin tener en cuenta al sujeto –quien finalmente la sufre- conlleva a estandarizar la reacción punitiva, sin caer en la cuenta que, **cada sujeto es inmanentemente distinto del resto**, en tal sentido, más allá de que los hechos criminales puedan tener similitudes, la pena no se basa solo en el hecho (culpabilidad) sino y sobre todo en el sujeto (resocialización) por lo que acreditar sus condiciones personales resulta de sumo importante; y **iii) Fijación de pena en base a principios y presupuestos de la pena**, en la medida que, la legalidad en el Perú, resulta insuficiente, por la **aritmética** de la determinación punitiva legal, **resulta imperioso** que se invoquen los principios – que irradian las normas- directores de la imposición punitiva, tales como el de proporcionalidad, humanidad, asimismo, debe analizarse los llamados presupuestos de la pena, **tan olvidados**, como son las carencias sociales del sujeto, sus costumbres, etc.

Siendo así y citando el capítulo anterior observamos que, en cuanto al primer punto en los juicios monofásicos, el fiscal en un 61% y la defensa en un 91% no hicieron mención alguna a los criterios para fijar la pena, mientras que en un 37% el primero y 2% el segundo lo hicieron en base a mera legalidad –sistema

de tercios-, dejando con ello un reducido 2% de sustento fiscal en base a principios y presupuestos, y un 7% la objeción en el mismo sentido por la defensa, **con lo que tenemos que, en el juicio monofásico la pena en una mayoría abrumadora no se debate.**

En cuanto al segundo criterio, esto es **la actuación probatoria respecto de la pena**, advertimos que, en el juicio monofásico en un contundente 86% no se actúa prueba alguna para determinar la pena, y, pareciera un poco alentador el 24 % restante, empero esto es un tanto ilusorio pues, este resto porcentual corresponde a supuestos en los que se actuó solamente el certificado de antecedentes penales, con lo cual se concluye indefectiblemente que, **en el juicio monofásico la pena no encuentra respaldo probatorio, más allá de las que determinan la realización del hecho mismo.**

Finalmente en el aspecto de **los criterios judiciales de fijación de la pena**, tenemos que, en el juicio monofásico, **el juez en un abrumador 85%** sólo invocó el sistema de tercios, que en realidad consistió en ubicar el tercio correspondiente y luego de ello, enunciar la pena aplicable, sin precisar el porqué de elegir uno u otro margen dentro de ese tercio; en un 9 % no fundamentó la pena, y en un 6% fundamentó la pena en principios o presupuestos de la pena, **con lo cual concluimos que en el juicio monofásico la determinación de la pena es en su mayoría meramente legalista sin tomar**

en cuenta las condiciones personales del agente ni los principios que sustentan la pena.

Ahora bien, en cuanto a los procesos con cesura –dada la conformidad parcial- se advierte en cuanto al **i) Debate de la pena**, que, el Fiscal en un 75% sustentó la pena en base a criterios más allá del sistema de tercios, es decir en virtud de principios y presupuestos de la pena, igualmente es obvio que en todos estos casos la defensa objetó la pena, pero además advertimos que esta objeción en un contundente 88% se fundamentó en criterios más allá del mero artículo 45-A del Código penal, por lo que concluimos que, con la cesura, se logra **un debate de la pena; ii) Actuación probatoria para la pena**; tenemos que si bien se mantiene el 50% de casos en que no se actúa prueba, en el restante 50% sí se actuaron penas y, en un 38% se actuaron penas más allá del mero certificado de antecedentes penales, porcentaje que, comparado con la nula actuación en el juicio oral monofásico, nos informa que **con la cesura se aumentan los casos de actuación de pruebas para la pena; iii) Finalmente en cuanto a los criterios judiciales de aplicación de la pena**, tenemos que, en la cesura el magistrado **en ningún caso dejó de fundamentar la pena, mientras que en un 36% se sustentó en base a principios**, -frente al 4% de juicio oral- es decir, en la cesura, **se toman en cuenta para la aplicación de la pena criterios que trascienden del mero sistema de tercios.**

Siendo así, comparando, ambos escenarios, podemos afirmar que, **la hipótesis se encuentra contrastada**, dado que la implementación de la Cesura de Juicio en el Perú permite optimizar el proceso de individualización judicial de la pena, al propiciar un escenario adecuado para su debate e invocación de criterios idóneos para su fijación.

CONCLUSIONES

Conclusión General

Se ha determinado que la implementación de la cesura de juicio en el proceso de individualización judicial de la pena en el Perú, contribuiría a **i)** fomentar el debate de la pena, **ii)** fomentar la actuación probatoria respecto a la pena y **iii)** generar que el magistrado sustente la pena en base a criterios que trasciendan del sistema de tercios, todo lo cual optimiza el procedimiento de determinación judicial de la pena.

Conclusiones Específicas

Se ha establecido que según nuestro Ordenamiento Jurídico Nacional la finalidad de la pena tiene una orientación reeducadora, rehabilitadora y de reincorporación del penado a la sociedad; empero también se erigen fines preventivos generales negativos, dada por la orientación intimidatoria de la misma.

Se ha conocido que, el proceso de individualización judicial de la pena es aquel por el cual el magistrado logra fijar de la pena aplicable al caso concreto según los márgenes legales que le otorga la norma, operando la misma en el sistema nacional a través del llamado sistema de tercios.

Se ha determinado que el sistema procesal al que se adscribe nuestro País es en realidad mixto, con tendencia adversarial, teniendo como principal característica la influencia del llamado principio acusatorio, el cual conjuntamente con la oralidad e

inmediación buscan dotar de mayor eficacia la justicia penal.

Se ha establecido los costos y beneficios que acarrearía la implementación de la Cesura de Juicio en el Perú de manera extendida, siendo que, en contrapeso, se advierte que, las bondades de dicha figura procesal justifican su incorporación para supuestos que van más allá de la conformidad parcial.

RECOMENDACIONES

Dada la proliferación de penas desproporcionadas, se advierte que, la mera legalidad del sistema de tercios, que prácticamente restringe la aplicación de penas en una operación aritmética, resulta insuficiente para fijar el quantum correcto, por tal razón resulta recomendable que, el Ministerio Público, en su requerimiento acusatorio incluya los presupuestos de la pena establecidos en el artículo 45° del Código Penal, así como tener en cuenta los principios que rigen la aplicación de la pena, como la proporcionalidad.

Igualmente, dado el principio de objetividad que rige al Ministerio Público, es recomendable que, investigue también sobre las condiciones personales del procesado, tratando de indagar mínimamente su origen, instrucción y condición socioeconómica, para poder establecer el marco punitivo más apropiado.

En cuanto a la perspectiva de la defensa, se recomienda que, se recaben no sólo medios probatorios destinados a desacreditar la tesis fiscal en cuanto a la realización del hecho punible y la participación del procesado, sino también, en cuanto a las condiciones personales del procesado que coadyuve con la fijación de una pena justa; igualmente es recomendable que se objeten los meros criterios de legalidad, que como hemos referido resultan ostentadamente insuficientes.

Asimismo se recomienda la incorporación de la cesura de juicio, empero más allá de los supuestos de la conformidad parcial, extendiéndose su aplicación para una mayor diversidad de casos, que genere un espacio adecuado para el debate de la pretensión punitiva, así como la actuación de pruebas respecto de este extremo; en el mismo sentido, se sugiere la incorporación legal de un informe socioeconómico obligatorio en supuestos en los cuales se prevea la imposición de una pena efectiva; todo ello conforme al proyecto de ley que se expone en la presente.

Finalmente se sugiere la derogación del llamado sistema de tercios establecido por la Ley N° 30076, en la medida que supone una limitación no justificada para el legislador en cuanto a la individualización judicial de la pena.

**PROYECTO DE LEY SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CESURA DE
JUICIO EN EL PROCESO PENAL**

“Año del diálogo y la reconciliación nacional”

SUMILLA: Proyecto de ley sobre la implementación de la cesura de juicio en el Código Procesal Penal para optimizar la individualización judicial de la pena.

Los integrantes del Grupo Parlamentario....., que suscriben, ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa que les confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú y el artículo 75° e inciso 2 del artículo 76° del Reglamento del Congreso de la República; proponemos el siguiente proyecto de Ley:

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Con respecto a los motivos que justifican el presente proyecto de ley, han sido ampliamente expuestos a lo largo del presente trabajo de investigación, por lo que sería redundante volver a repetirlos.

II. FÓRMULA LEGAL

Incorpórese el artículo 373-A al Nuevo Código Procesal Penal bajo la fórmula siguiente:

Artículo 373-A- Cesura del Juicio oral

1. Dispuesta la continuación del juicio el magistrado dispondrá la realización del plenario en dos fases, en la primera se debatirá y actuará la pena correspondiente para establecer la realización del hecho así como la responsabilidad penal del procesado, mientras que en la segunda se hará lo propio para determinar la pena aplicable así como el monto de la reparación civil y demás consecuencias accesorias.

2. Terminado el debate respecto de la realización del hecho y la responsabilidad penal del procesado, el órgano jurisdiccional emitirá el interlocutorio de culpabilidad, de ser este condenatorio se convocará para el debate sobre la determinación de la pena, el mismo que será programado dentro de los ocho días siguientes, luego de ello y dentro de dos días siguientes se emitirá la sentencia correspondiente.

3. La Cesura se dispondrá conforme las siguientes reglas:

a. En el supuesto de que el delito materia de acusación tenga una pena mínima mayor o igual a los cuatro años de pena privativa de la libertad la cesura será obligatoria.

b. En el caso de concurso real, ideal o concurrencia de agravantes calificadas que determinen el incremento del marco punitivo en su extremo mínimo a cuatro o más años de pena privativa de la libertad, la cesura será obligatoria

c. Para supuestos distintos a los antes indicados, la cesura será facultativa y determinada por el juez a solicitud del fiscal o la defensa del procesado por resolución debidamente motivada e irrecurrible.

d. No procede la cesura del juicio para delitos con penas conminadas distintas a las de pena privativa de la libertad.

Las reglas comunes del desarrollo del juicio serán de aplicación a cada fase del debate mientras no sean contradictorias con su finalidad.

Incorpórese el numeral 4 del artículo 353° del Código Procesal Penal:

4. El juez de oficio, en los supuestos señalados en los literales a y b del numeral 3 del artículo 373-A ordenará se practique un informe social al (los) procesado (s), el mismo que contendrá, los antecedentes de familia e historia social del imputado, así como todo elemento que resulte relevante para establecer las condiciones personales del mismo antes de la comisión del hecho delictivo.

El informe antes indicado deberá ser entregado hasta antes del debate sobre la determinación judicial de la pena a efectos de que sea actuado en la misma.

Modifíquese el inciso 5 del artículo 447 del Código Procesal Penal

5. El auto que resuelve el requerimiento de proceso inmediato debe ser pronunciada, de modo impostergable, en la misma audiencia de incoación. En dicho auto además se dispondrá la realización del informe al que hace referencia el artículo 353.4.

BIBLIOGRAFÍA

1. AMAG. (2007). *Código Procesal Penal Manuales Operativos- Normas para la Implementación* (Primera Edición ed.). Lima, Perú: AMAG.
2. ANTOLISEI, F. (1988). *Manual de Derecho Penal* (Octava Edición ed.). Colombia: Editorial Temis.
3. ARANA MORALES, W. (2014). *Manual de Derecho Procesal Penal* (Primera Edición ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
4. ARBULU, M. V. (2015). *DERECHO PROCESAL PENAL UN ENFOQUE DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL* (Primera Edición ed., Vol. I). Lima, Perú: Gaceta Penal & Procesal Penal.
5. Asociación Internacional de Derecho Penal AIDP. (2015). RESOLUCIONES DE LOS CONGRESOS DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL (1926-2014). *Revista Internacional de Derecho Penal*, 86, 229.
6. AVALOS RODRIGUEZ, C. C. (2015). *Determinación Judicial de la Pena- Nuevos Criterios* (Primera Edición ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
7. BACIGALUPO ZAPATER, E. (2004). *Derecho Penal-Parte General* (Primera Edición ed.). Lima, Perú: Ara Editores.
8. BARBERO SANTOS, M. (1969). La división en dos fases del proceso penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 22, 269-282.
9. Beccaria, C. (1993). *De Los Delitos y Las Penas* (Primera ed.). (G. CABANELLAS DE TORRES, Ed.) Sao Paulo, Brazil: Heliasta S.R.L.

10. BINDER, A. M. (1999). *Introducción al Derecho Procesal Penal* (Segunda Edición ed.). Buenos Aires, Argentina: AD HOC S.R.L.
11. BRAMONT ARIAS, T. L. (2000). *Manual de Derecho Penal Parte General* (Primera Edición ed.). Lima, Perú: Editorial Santa Rosa.
12. BUSTOS RAMIREZ, J. (1989). *Manual de Derecho Penal-Parte General* (Tercera Edición ed.). Barcelona, España: ARIEL.
13. CALDERON CEREZO, A., & CHOCLAN MONTALVO, J. A. (2001). *Derecho Penal Parte General* (Segunda Edición ed., Vol. I). España: Editorial BOSCH.
14. CARO CORIA, D. (Abril de 2015). Individualización Judicial de la Pena. *Gaceta Penal & Procesal Penal*(78).
15. CATACTORA, G. M. (1996). *Manual de Derecho Procesal Penal* (Primera Edición ed.). Lima, Perú: Editorial Rodhas.
16. CCASA CCUNO, G. (2015). *NECESIDAD DE LA APLICACIÓN DE LA CESURA DE JUICIO ORAL COMO MECANISMO PROCESAL PARA OPTIMIZAR LOS DEERECHOS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL EN EL PERU DURANTE LOS AÑOS 2013-2014*. AREQUIPA.
17. CELIS MENDOZA AYMA, F. (2015). *Presupuesto Acusatorio- Determinación e individualización de la pena Proceso Penal -La Medida del dolor* (Primera Edición ed.). Lima, Perú: Jurista Editores.
18. Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho, A.C. (2011). *Manual para el curso de la licenciatura en Derecho* (Agosto-2011 ed.). México: CEEAD.

19. CUBAS VILLANUEVA, V. (2017). *El Proceso Penal Común-Aspectos Teóricos y prácticos* (Primera Edición ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
20. DEMETRIO CRESPO, E. (1999). *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*. Salamanca, España: Ediciones Universidad de Salamanca.
21. García Arán, M., & Muñoz Conde, F. (2010). *Derecho Penal Parte General* (Octava ed.). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
22. GARCIA CAVERO, P. (2008). *Lecciones de Derecho Penal* (Primera Edición ed.). Lima, Perú: GRIJLEY.
23. GARCIA PABLOS DE MOLINA, A. (2009). *Derecho Penal Parte General Fundamentos* (Primera Edición ed.). Lima, Perú: Jurista Editores.
24. GUTIERREZ ATENCIO, D. (2006). *La Cesura del Debate como reflejo de un proceso penal más Acusatorio -Tesis para obtener el título de Abogado*. Costa Rica.
25. Hurtado Pozo, J. (2005). *Manual de Derecho Penal Parte General I* (Tercera ed.). Lima, Perú: GRIJLEY.
26. INSTITUTO PACÍFICO. (2015). *EL PROCESO PENAL ACUSATORIO* (Primera Edición ed.). LIMA, PERU: Pacífico Editores.
27. JAKOBS, G. (1997). *Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación* (Segunda Edición ed.). (J. CUELLO CONTRERAS, & J. L. SERRANO GONZALES DE MURILLO, Trads.) España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas.

28. JESCHEK, H. H., & WEIGEND, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal Parte General* (Quinta Edición ed., Vol. I). (M. O. Cardenete, Trad.) Lima, Perú: Instituto Pacífico.
29. JESCHEK, H. H., & WEIGEND, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal Parte General* (Quinta Edición ed., Vol. II). (M. O. Cardenete, Trad.) Lima, Perú: Instituto Pacífico.
30. JIMENEZ NIÑO, S. (Julio de 2010). La Determinación de la Pena un primer esbozo a una interpretación que no se quiere ver. *Gaceta Penal & Procesal Penal*(13).
31. LEVENE, R. (1993). *Manual de Derecho Procesal Penal* (Segunda Edición ed.). Buenos Aires, Argentina: Depalma.
32. LOJA VEGA, W. (enero de 2013). La Cesura del Juicio Penal como conditio sine qua non para la correcta determinación judicial de la pena. *Gaceta Penal & Procesal Penal*(25).
33. MAGGIORE, G. (1972). *Derecho Penal- El Delito La Pena medidas de Seguridad y Sanciones Civiles* (Quinta ed., Vol. II). Bogotá, Colombia: Editorial TEMIS.
34. MIR PUIG, S. (1998). *Derecho Penal Parte General* (Quinta Edición ed.). España: Editorial REPERTOR.
35. MORAS MOM, J. R. (2004). *Manual de Derecho Procesal Penal* (Sexta Edición ed.). Buenos aires: Abeledo-Perrot.
36. MUÑOZ CONDE, F., & GARCÍA ARÁN, M. (2010). *Derecho Penal Parte General* (Octava Edición ed.). España: Tirant Lo Blanch.

37. ORE GUARDIA, A. (2011). *Manual de Derecho Procesal Penal* (Primera Edición ed., Vol. I). Lima, Perú: Editorial Reforma.
38. ORE SOSA, E. (Septiembre de 2013). Determinación Judicial de la Pena, Reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 30076. *Gaceta Penal & Procesal Penal*(51), 336.
39. PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. (2016). *DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL* (Primera Edición ed.). LIMA, PERU: IDEMSA.
40. PEÑA CABRERA, R. (1999). *Tratado de Derecho Penal Estudio Programático de la Parte General* (Tercera Edición ed.). Lima, Perú: GRIJLEY.
41. POLAINO NAVARRETE, M. (2004). *Derecho Penal Modernas Bases Dogmáticas* (Primera Edición ed.). Lima, Perú: GRIJLEY.
42. PRADO SALDARRIAGA, V., DEMETRIO CRESPO, E., VELASQUEZ VELASQUEZ, F., VAN WEEZEL, A., & COUSO, J. (2015). *Determinación Judicial de la Pena* (Primera Edición ed.). Lima, Perú: Instituto Pacífico.
43. RODRIGUEZ DEVESA, J. M., & SERRANO GOMEZ, A. (1994). *Derecho Penal Español-Parte General* (Decimoséptima Edición ed.). Madrid, España: Editorial DYKINSON.
44. ROXIN, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Fundamentos de la Estructura de la teoría del Delito* (Segunda Edición ed., Vol. I). (D. M. LUZON PEÑA, M. DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, & J. d. REMESAL, Trads.) España: Editorial CIVITAS.

45. ROXIN, C., BERTONI, E., BELOFF, M., ZIFFER, P., & RIOS, R. (1993). *DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA* (PRIMERA EDICIÓN ed.). BUENOS AIRES, PERU: DEL PUERTO EDITORES.
46. SALAS BETETA, C. (2011). *El Proceso Penal Común* (Primera Edición ed.). Perú: Gaceta Jurídica.
47. SAN MARTÍN CASTRO, C. (2003). *Derecho Procesal Penal* (Segunda Edición ed.). Perú: GRIJLEY.
48. TORRES, V. J. (2008). Poder y justicia penal en Lima: 1761-18211. *Investigaciones Sociales*, 12(20), 249-279.
49. VARGAS YSLA, R. R. (Marzo de 2013). La Cesura del Juicio Oral: ¿Regla o Excepción en el código procesal penal de 2004? *Gaceta Penal & Procesal Penal*(21).
50. VASQUEZ GANOZA, C. Z. (2011). *Juicio Oral- Problemas de aplicación del Código Procesal Penal de 2004* (Primera Edición ed.). Perú: Gaceta Penal & Procesal Penal.
51. VILLA STEIN, J. (1998). *Derecho Penal Parte General* (Primera Edición ed.). Lima, Perú: San Marcos.
52. VILLAVICENCIO TERREROS, F. A. (2007). *Derecho Penal Parte General* (Primera Edición ed.). Lima, Perú: Editorial GRIJLEY.
53. WALTER, L. V. (2013). La cesura del juicio penal como conditio sine qua non para la correcta determinación judicial de la pena. *Gaceta Penal y Procesal Penal*(25).

54. ZAFFARONI, R. E. (1988). *Tratado de Derecho Penal Parte General* (Primera Edición ed., Vol. I). Argentina: Editorial EDIAR.
55. ZAFFARONI, R. E. (1988). *Tratado de Derecho Penal Parte General* (Primera Edición ed., Vol. V). Argentina: Editorial EDIAR.