



UNIVERSIDAD NACIONAL
"PEDRO RUIZ GALLO"

ESCUELA DE POSTGRADO



MAESTRÍA EN DERECHO

**LA EVALUACIÓN DE LA INCIDENCIA
Y CORRESPONDENCIA DEL BIEN
JURÍDICO PROTEGIDO EN LA
DETERMINACIÓN DE LA PENA
PRIVATIVA DE LA LIBERTAD**

TESIS

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN
CIENCIAS PENALES**

AUTOR

Abog. HECTOR DAVID MONSALVE TOCAS

ASESOR

Mag. FRANCISCO SANTIAGO DELGADO PAREDES

**LAMBAYEQUE – PERÚ
2018**

PRESENTADO POR:

Hector David Monsalve Tocas
Bachiller

Mag. Francisco S. Delgado Paredes
Asesor

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, para optar el Grado de **MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES.**

APROBADO POR:

PRESIDENTE DEL JURADO
Dr. José María Balcázar Zelada

SECRETARIO DEL JURADO
Dr. Alejandro Lamadrid Ubillus

VOCAL DE JURADO
Dr. Fredy Widmar Hernández Rengifo

AGRADECIMIENTO:

*A mi profesor y gran amigo que yace en el cielo de la mano de Dios, el **Dr. Segundo Sánchez Delgado**, por inculcarme el hábito por el estudio del Derecho Penal; a mi asesor de tesis, Mag. Francisco Santiago Delgado Paredes, a los catedráticos de la Escuela de Pre y Post-Grado de la Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo, Abogados, Jueces y colegas Fiscales, por compartir sus conocimientos con los cuales he hecho posible la realización de la presente tesis, gracias por todo el apoyo, considero que ustedes fueron mi mejor elección, porque me ha servido como ejemplo y deseo contar siempre con su sabiduría y amistad.*

El Autor

DEDICATORIA:

Quiero dedicar esta investigación a las personas más importantes en mi vida, mis padres: Ermelinda y Héctor, fieles amigos y consejeros, a mi esposa Olga y mis hijos: Héctor Josué y Marjhorí Camila, por su sacrificio, amor y comprensión, por su apoyo incondicional al cumplimiento de mis objetivos y metas, que he emprendido en la carrera profesional del Derecho y que hoy me permiten optar el grado de Magister, dando así otro paso muy importante en mi vida profesional y personal, circunstancias que la afrontamos con esmero y humildad.

El autor

INDICE

CONTENIDO

AGRADECIMIENTO.....	2
DEDICATORIA.....	3
RESÚMEN.....	12
ABSTRACT.....	14
INTRODUCCIÓN.....	16
ANTECEDENTES.....	20

CAPÍTULO I.

I. ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA.....	28
1.1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	28
1.2.- PREGUNTA PROBLEMATIZADORA.....	32
1.3.- UNIDADES DE ANÁLISIS.....	33
1.4.- JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.....	34
1.5.- OBJETIVOS:	
a) Objetivo General.....	36
b) Objetivos Específicos.....	37
1.6.- HIPÓTESIS.....	38
1.7.- VARIABLES.....	39
a) Variable Independiente.....	39
b) Variable dependiente.....	41

CAPÍTULO II.

II.- MARCO TEÓRICO.

2.1.- ANTECEDENTES.....	43
2.2.- BASE TEÓRICA.....	48
2.2.1. FUNCIÓN SISTEMÁTICA DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN EL DERECHO PENAL.....	48

2.2.1.1.- Caracteres del Derecho Penal.....	48
2.2.1.2.- Misión y Función del Derecho Penal.....	49
2.2.1.3.- Ideologías y Derecho.....	49
2.2.1.4.- Política Criminal y sistema jurídico penal.....	50

2.2.2.- LA CRIMINOLOGÍA Y EL DELITO.

2.2.2.1.- La Criminología.....	51
2.2.2.2.- El Delito.....	52
2.2.2.3.- Elementos constitutivos del delito.....	55
A.- La Acción.....	55
a.1. Elementos de la acción.....	56
a.2. Clasificación.....	56
a. 2.1. Por Comisión.....	56
a. 2.2 Por Omisión.....	56
a.2.3. Comisión Por Omisión.....	56
2.2.2.4.- Consecuencias Jurídicas del Delito.....	56

2.2.3.- EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y SU FUNCIÓN.

2.2.3.1.- Concepto de bien jurídico.....	58
2.2.3.2.- Protección de los bienes jurídicos.....	58
2.2.3.3.- Fines de la teoría sobre el bien jurídico.....	59
2.2.3.4.- Bien jurídico y Objeto de Acción.....	60
a) Bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos universales.....	61
- Teorías dualistas y monistas.....	62
- Teoría personalista del bien jurídico.....	62
2.2.3.5.- Valor de una teoría personalista del bien jurídico.....	63
2.2.3.6.- Los bienes jurídicos – penales como concreción de los intereses reales de los ciudadanos.....	63

2.2.3.7.- El principio de proporcionalidad como ponderación de intereses protegidos y afectados por la intervención penal.....	64
2.2.3.8.- El bien jurídico protegido según Gunter Jakobs.....	64
2.2.3.9.- El bien jurídico según Claus Roxin	67
2.2.10.- El bien jurídico protegido en los delitos de peligro concreto y de peligro abstracto.....	69

2.2.4.- LA PENA.

2.2.4.1.- Concepto de pena.....	74
2.2.4.2.- Características de las penas.....	75
2.2.4.3.- Objeto de la pena.....	76
2.2.4.4.- Clasificación de la pena.....	78
▪ Por sus consecuencias.....	78
▪ Por su aplicación.....	78
▪ Por la finalidad que persigue.....	78
▪ Por el bien jurídico que afecta.....	79
2.2.4.5.- Justificación de la pena.....	79
2.2.4.6.- Naturaleza de la pena.....	79
2.2.4.7.- Sentido de la pena.....	80
2.2.4.8.- Fundamento de la pena.....	80
2.2.4.9. Fundamento político del Derecho penal y función de la pena.....	80
a) La función de la pena en el Derecho penal liberal.....	81
b) La función de la pena en el Derecho Penal intervencionista.....	81
2.2.4.10.- LAS TEORÍAS DE LA PENA.....	83
2.2.4.10.1.- Teorías Absolutas o Retributivas.....	83
2.2.4.10.2.- Las Teorías Relativas o Preventivas.....	85
2.2.4.10.3.- Teorías de la Unión.....	87

2.2.4.11. Aplicación de los fines de la pena en el código penal peruano.....	91
A) Según su naturaleza.....	93
☞ Penas Corporales que en sentido estricto.....	93
☞ Penas Privativas de Libertad.....	93
☞ Penas Restrictivas de Libertad.....	93
☞ Penas Limitativas de Derecho	93
☞ Penas Pecuniarias que afectan el patrimonio del condenado.....	94
B) Según su autonomía.....	94
c) Según su aplicabilidad.....	94
 2.2.4.12.-CLASES DE PENAS EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA.....	 96
 2.2.4.12.1.- PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.....	 96
A) Marco Legal Penal.....	96
B) Planteamiento General.....	96
C) Antecedentes Históricos de la Pena Privativa de Libertad.....	97
D) Concepto de Pena Privativa de la Libertad.....	98
E) Objeto de la Pena Privativa de Libertad.....	98
F) Regímenes Penitenciarios.....	99
 2.2.4.12.2.- PENAS RESTRICTIVAS DE LIBERTAD.	
✓ Marco Legal Penal.....	101
✓ Concepto.....	102
✓ CLASES.....	102
 2.2.4.12.3.- PENAS LIMITATIVAS DE DERECHOS.....	 103
✓ Marco Legal Penal.....	103
✓ Planteamiento General.....	103

a) Prestación de servicios a la comunidad.....	103
b) Limitación de días – libres.....	105
c) Inhabilitación.....	106
2.2.4.12.4.- PENA DE MULTA	
✓ Marco Legal Penal.....	109
✓ Concepto.....	109
✓ Características.....	110
✓ Contenido de la Pena de multa.....	111
✓ Fijación de la multa.....	112
2.2.4.13.- DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA.....	112
A) Concepto.....	112
B) Etapas de la Determinación Judicial de la Pena.....	114
C) Fundamento del Pronóstico de la Pena.....	115
2.2.4.14.- LOS LÍMITES DEL IUS PUNIENDI.....	120
2.2.4.14.1.- Límites del <i>Ius Puniendi</i> en un Estado de Derecho.....	120
a) El principio de legalidad.....	121
2.2.4.14.2.- Límites del <i>Ius Puniendi</i> en un Estado Social.....	122
a) El principio de utilidad do la intervención penal.....	122
b) El Principio de Subsidiaridad y carácter fragmentario del derecho penal.....	123
c) El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.....	124
2.2.4.14.3.- Límites del <i>Ius Puniendi</i> en un Estado Democrático.....	125

a) El principio de racionalidad y humanidad de las penas.....	125
b) El principio de culpabilidad.....	126
c) El principio de proporcionalidad.....	128
d) El principio de resocialización.....	129
2.2.4.14.4.- Los Límites Constitucionales de la Prevención General.....	130
2.2.4.14.5.- Los Límites Constitucionales de la Prevención Especial.....	132
2.2.5.- NORMAS (LEGISLACIÓN NACIONAL).....	134
✓ Código Penal: Análisis de presupuestos normativos relacionados a la determinación de la pena privativa de la libertad.....	134
2.2.6.- ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y DE LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS POR LOS JUZGADOS PENALES DEL DISTRITO FISCAL DE CAJAMARCA.	
☞ Sentencia del Tribunal Constitucional, del 19 de Enero del 2007, dictada en el Expediente. N° 0014-2006-PI/TC-LIMA.....	150
☞ Sentencia del Tribunal Constitucional del 21 de Julio del 2005, dictada en el Expediente N° 0019-2005-AI/TC-Callao – Fundamentos 35 y 36.....	151
☞ Sentencia del Tribunal Constitucional del 21 de Julio del 2005, dictada en el Expediente N° 019-2005-AI/TC. Fundamento 35.....	152

- ☞ Sentencia del Tribunal Constitucional, del 29 de Agosto del 2005, dictada en el Expediente N° 5994-2005-PHC/TC-Lima.....153

- ☞ Sentencia del Tribunal Constitucional, del 29 de Agosto del 2005, dictada en el Expediente N° 5994-2005-PHC/TC-Lima.....154

- ☞ Sentencia de la Segunda Sala Penal de reos en cárcel del Cono Norte de Lima, del 09 de Agosto del 2000 Exp. N° 2000-232.....155

- ☞ Ejecutoria N° 935 - 2004 de la Corte Suprema de Justicia de la Sala Penal Transitoria.....155

- ☞ Pleno Jurisdiccional Penal 1/2000.....156

- ☞ Ejecutoria Suprema del 12/05/1998, expedido por la Sala Penal Permanente – Juez Supremo ponente: Dr. Pariona Pastrana. R.N N° 3763-2011-Huancabelica.....158

- ☞ Sentencia Condenatoria Anticipada (Resolución N° 02), de fecha 01-08-2016, dictada por el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Cajamarca, en el Exp. N° 556-2015-1-0601-JR-PE-03.....159

- ☞ Sentencia N° 04-2018 (De conformidad - Resolución N° 25), de fecha 05-01-2017, dictada por el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Cajamarca, en el Exp. N° 748-2012-3-0601-JR-PE-02.....161

CAPÍTULO III

III.- MARCO METODOLÓGICO	164
3.1.- Diseño de contrastación de la hipótesis.....	164
3.2.- Población y muestra.....	164
☞ Población.....	164
○ Muestra.....	165
3.3.- Análisis de los resultados obtenidos en la investigación.....	166
3.3.1 Cuadros estadísticos del campo de investigación.....	166
○ Respecto a la encuesta dirigida a los Jueces Especializados en lo Penal, Fiscales Penales que ejercen funciones en el Distrito Judicial de Cajamarca.....	169
○ Respecto a la encuesta dirigida a los Abogados Especializados en lo Penal y litigantes que ejercen funciones en el Distrito Judicial de Cajamarca.....	185
IV.- CONCLUSIONES	200
V.- RECOMENDACIONES	209
VI.- BIBLIOGRAFÍA	213
VIII. ANEXOS	218
☞ Encuesta dirigida a los Jueces Especializados en lo Penal, Fiscales Penales y Abogados Especializados en lo Penal y Litigantes que ejercen funciones en el Distrito Judicial de Cajamarca.....	219

RESÚMEN

Pongo a disposición del público lector, la tesis con la que pretendo optar el grado de Maestro en Derecho con Mención en Ciencias Penales, titulada: ***"La Evaluación de la Incidencia y Correspondencia del Bien Jurídico Protegido en la Determinación de la Pena Privativa de la Libertad"***, ello con el objeto de contribuir e impulsar el desarrollo y conocimiento del pensamiento jurídico penal respecto al tema propuesto, coadyuvando de ésta manera a la marcha rápida de la metodología jurídico penal al momento de determinar las penas, en función a que debe exigirse al Estado Peruano la adopción de un sistema penal fructífero, claro y ordenado teniendo en cuenta la realidad social y finalidades político-criminales.

En la medida que el Derecho penal, es la infranqueable barrera de la político - criminal, en la cual el Estado Peruano debería incluir los métodos adecuados, en sentido social para la lucha contra el delito, a lo que la doctrina denomina la llamada misión social del Derecho Penal y en tanto éste es un instrumento de intervención estatal y que en mayor medida incide en la libertad individual de los ciudadanos y así lo demuestran los últimos acontecimientos, que han conllevado al legislador peruano – operador del derecho dada la conmoción social a la sobre-criminalización de las penas privativas de la libertad y por cuanto a la fecha a nivel nacional, no existe investigación sobre la valoración de la incidencia y su correspondencia y tratamiento legal del bien jurídico protegido, es que me ha motivado su estudio.

Con esta finalidad he considerado esencial abarcar diversos aspectos como las Teorías de la Pena, así como conceptos de la Parte General de nuestro ordenamiento jurídico penal, además he considerado pertinente incluir a la presente investigación las respectivas

conclusiones y algunas sugerencias para nuestros operadores del derecho, determinados ellos a partir de los criterios del propio autor y los criterios legales y jurisprudenciales a adoptar al momento de aplicar y cuantificar la sanción penal, tomando en cuenta su perspectiva respecto a la valoración, incidencia y correspondencia del bien jurídico en la determinación de la pena privativa de la libertad, según instrumento aplicado, con una población de (100) personas, constituidas por Jueces Especializados en lo Penal, Fiscales Penales y Abogados que ejercen la labor en el Distrito Judicial de Cajamarca.

Deseando que sepan apreciar el esfuerzo realizado para lograr la presente tesis y tener la conciencia firme que aún, pese a los esfuerzos denodados por el Estado, el Legislador y Operadores del Derecho, nos hace falta alcanzar la función primordial de la pena que es la tutela jurídica, así como también su Prevención General (evitar la comisión de delitos) y su Prevención Especial (como es la reinserción social del interno, es decir adaptarlo a una vida social respetuosa con las exigencias del derecho) y para tal fin se debe apreciar el bien jurídico protegido que se tutela, el plan político-criminal a poner en marcha y los criterios para la aplicación de la pena ya que esta debe cumplir sus fines de PREVENCIÓN, PROTECCIÓN y RESOCIALIZACIÓN que derivan de la misión y sentido de la legislación penal que no es otra cosa que la prevención del delito como medio de protección de bienes jurídicos, pero que esta debe ser de manera proporcional a la responsabilidad penal por el hecho y con observancia de además de los principios rectores del derecho, los principios de legalidad, proporcional y humanidad de las penas.

ABSTRACT

I make available to the reading public, the thesis with which I intend to choose the degree of Master of Laws with Mention in Criminal Sciences, entitled: "The Assessment of the Incidence and Correspondence of Protected Legal Good in the Determination of the Deprived Penalty of Liberty ", With the purpose of contributing to and promoting the development and knowledge of criminal legal thinking regarding the proposed topic, thus contributing to the rapid progress of the criminal legal methodology when determining penalties, depending on what should be required of the Peruvian State the adoption of a fruitful criminal system, clear and orderly taking into account the social reality and political-criminal purposes.

To the extent that criminal law, is the insurmountable barrier of the political - criminal, in which the Peruvian State should include the appropriate methods, in a social sense for the fight against crime, to what the doctrine calls the so-called social mission of Criminal Law and as it is an instrument of state intervention and that to a greater extent affects the individual freedom of citizens and this is demonstrated by the latest events, which have led to the Peruvian legislator - operator of the right given the social conmosión to the overcriminalization of custodial sentences and as to the date at the national level, there is no investigation on the assessment of the incidence and its correspondence and legal treatment of the protected legal right that has motivated its study.

For this purpose I have considered it essential to cover various aspects such as the Theories of Punishment, as well as concepts of the General Part of our criminal law, and I have considered it pertinent to include the present findings and some suggestions for our legal operators, determined them based on the criteria of the

author and the legal and jurisprudential criteria to be adopted at the time of applying and quantifying the penal sanction, taking into account his perspective regarding the assessment, incidence and correspondence of the legal right in the determination of punishment deprivation of liberty, according to an applied instrument, with a population of (100) people, constituted by Specialized Judges in Criminal Matters, Criminal Prosecutors and Lawyers who exercise their work in the Judicial District of Cajamarca.

Wishing you to appreciate the effort made to achieve this thesis and have a firm conscience that still, despite the efforts of the State, the Legislator and Law Operators, we need to achieve the primary function of the punishment that is the guardianship legal, as well as its General Prevention (to prevent the commission of crimes) and its Special Prevention (as it is the social reinsertion of the inmate, that is, to adapt it to a social life that respects the requirements of the law) and for that purpose the protected legal right that is protected, the political-criminal plan to be implemented and the criteria for the application of the sentence since it must fulfill its aims of PREVENTION, PROTECTION and RESOCIALIZATION that derive from the mission and sense of the criminal legislation that it is nothing other than the prevention of crime as a means of protecting legal rights, but that this must be proportional to criminal responsibility r the fact and with observance of besides the guiding principles of the law, the principles of legality, proportion and humanity of the penalties.

INTRODUCCIÓN

La tesis propuesta, versa sobre el tema: "***La Evaluación de la Incidencia y Correspondencia del Bien Jurídico Protegido en la Determinación de la Pena Privativa de la Libertad***", tratada de una manera específica con el afán de dar un alcance jurídico sobre el tema en comento, así mismo se pretende poner la atención sobre un aspecto de la sanción penal que no hace especialmente a la prevención general o especial, sino a lo puramente retributivo, como castigo que se impone a los que hacen mal uso de su libertad y que obedece a un principio de pura justicia en las relaciones interpersonales que el estado debe garantizar.

Pena se debe entender como la sanción impuesta por la ley a quién, por haber cometido un delito o falta ha sido condenado en sentencia firme por el órgano jurisdiccional competente.

El Código Penal vigente desde 1991, implanto un sistema dualista, ya que mantiene como consecuencias personales del delito, las penas y medidas de seguridad, aplicándolas alternativamente.¹ Si el sujeto es culpable se aplica la pena; y, si el sujeto adolece de algún trastorno causal de inimputabilidad se aplican las medidas de seguridad.

Así la sanción nace debido a que las relaciones entre miembros de la sociedad no siempre son pacíficas, en toda sociedad existe la cuota necesaria de violencia entre los individuos que no pueden ser controladas con medios de control natural. Entonces es necesaria la intervención de un orden jurídico "violento" como lo es el Derecho Penal, que luego de haber señalado como delitos ciertas conductas

¹ Se llama sistema bicameral, cuando la sanción penal constituye una pena privativa de libertad. Impuesta por tiempo determinado y después se cumple una medida de seguridad o a la inversa.

proscritas en la sociedad, sanciona a su autor con la imposición de una pena o medidas de seguridad. No es otra cosa que un medio de "control social"² que emplea la violencia sometida a ciertas normas jurídicas y constitucionales.

La imposición de pena, especialmente la privativa de libertad, que duda cabe, es la más violenta intervención que hace el Estado (monopolizador del IUS PUNIENDI) en el bien jurídico " libertad" del condenado, el más valioso valor integrador de la condición humana y que fundamenta la existencia de sociedades libres, de ahí la importancia y necesidad racional de contar con una Plan de Política Criminal, debidamente estructurado y sistematizado en nuestro país, teniendo en cuenta que el Estado Peruano, es el único ente legitimado, para utilizar las penas privativas de la libertad, como un medio de control legítimo y estas deben ser aplicadas y ponderadas *en forma proporcional al bien jurídico protegido, su función social y su correspondencia respecto a cada ilícito penal, de tal manera que nos permita prevenir, erradicar y/o planificar en su fase de ejecución de la pena.*

Por otro lado, si bien el derecho penal moderno ha humanizado sus penas desapareciendo con ello la afectación de la integridad corporal (torturas, azotes, mutilaciones), o las penas inhumanas contra el sentenciado y ha reemplazado este tipo de penas, por la privación de la libertad personal, para delitos graves y fórmulas alternativas de punición a la privación de la libertad, como multas y otras privativas de variados derechos, para delitos menores o faltas".³ En el derecho penal moderno como hemos visto, existe una reserva del uso legítimo de la violencia en los poderes públicos, ya que el Estado es el único

² Debemos entender como control social al conjunto de medios sociales o con repercusiones sociales que sirven para ordenar y regular el comportamiento humano externo en muy diversos aspectos. El control social no solo establece los límites de la libertad sino que es un instrumento que tiene como fin que sus miembros puedan vivir en sociedad.

³ VILLA STEIN, Javier., p. 449. Derecho Penal. Parte General. Editorial San Marcos. Lima 1998

que utiliza las penas como un medio de control legítimo. Es un instrumento de control formalizado que debe ser aplicado a la persona en forma proporcional y legal.

La pena, entonces, es el medio tradicional y más importante, dada su gravedad, de los que utiliza el derecho. La pena existe para mantener el orden jurídico que ha establecido la sociedad como indispensable para desarrollarse armónicamente en un ambiente de paz social. "Aplicar una pena implica disminuir la capacidad de actuación dentro de la sociedad e incluso pueden darse casos que se anula totalmente. La pena es la disminución o valuación del bien jurídico libertad pertinente a una persona; en otras palabras, la pena ataca el bien jurídico máspreciado por el hombre - su libertad - pero esto solo se puede dar cuando la sociedad se siente amenazada o lesionada por el comportamiento del individuo.⁴

El derecho penal debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que debe tender a la prevención de delitos (Estado social), entendidos como aquellos comportamientos que todos los ciudadanos estimen dañosos para sus bienes jurídicos "bienes" no en un sentido naturalista ni ético individual, sino como posibilidades de participación en los sistemas sociales. Un Derecho penal debe, pues orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad, porque la concreción de sanciones penales deben cumplir las exigencias mínimas de certeza y razonabilidad que aseguren una penalidad justa y equilibrada para cada tipo de delito y además deben ser basado en también en el principio de humanidad, mismo que presupone *"que todas las relaciones humanas, personales y sociales que surgen de la justicia*

⁴ BRAMONT ARIAS TORRES, Luís Miguel. Ob. Cit p. 71. Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial. Santa Rosa. Perú. 2000.

en general y de la justicia penal en particular, deben configurarse sobre la base del respeto a la dignidad de la persona, a lo que ha de añadirse su consiguiente derecho al pleno desarrollo de su personalidad”, entonces el legislador y el operador del derecho debe adoptar criterios plausibles y prácticos a la hora de tomar sus decisiones, y al mismo tiempo, un criterio externo de comprobación y sobre todo la justicia en sus decisiones y evitar utilizar el Código Penal como instrumento politizado, sin un plan de política criminal estructurado, utilizándolo únicamente para amenazar con una pena todo al que infringe una norma de convivencia social y/o sobre-criminalizar las mismas.

La idea del bien jurídico conduce, por tanto, a una Política Criminal racional: el legislador penal debe medir sus decisiones con criterios justos y claros, utilizándolos, al mismo tiempo, para su justificación y crítica en todas sus decisiones judiciales.

ANTECEDENTES

En la medida que el Derecho penal, es la infranqueable barrera de la político - criminal, en la cual el Estado Peruano debía incluir los métodos adecuados, en sentido social para la lucha contra el delito, a lo que la doctrina denomina misión social del Derecho Penal, determinada ésta a partir de la protección de los bienes jurídicos como una parte de la teoría del delito, mientras que su función consiste en la suma de las consecuencias queridas o buscadas oficialmente por el sistema penal para tal fin, es que nace la sanción penal, ello debido a que las relaciones entre miembros de la sociedad no siempre son pacíficas, en toda sociedad existe la cuota necesaria de violencia entre los individuos que no pueden ser controladas con medios de control natural, entonces se hizo necesaria la intervención de un orden jurídico "violento" como lo es el Derecho Penal, que luego de haber señalado como delitos ciertas conductas proscritas en la sociedad, sanciona a su autor con la imposición de una pena o medidas de seguridad, siendo esto pues otra cosa que un medio de "control social"⁵ que emplea la violencia sometida a ciertas normas jurídicas y constitucionales.

Etimológicamente la palabra pena proviene del latín *poena*, que significa castigo, tormento físico, padecimiento y sufrimiento. La pena es la sanción aplicable a quien viola la norma jurídica prohibitiva, es decir es un "mal" que debe imponerse al culpable o responsable de la comisión de un delito. Para Fernández Carrasquilla "...La pena es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para conservar el orden jurídico..."⁶

⁵ Debemos entender como control social al conjunto de medios sociales o con repercusiones sociales que sirven para ordenar y regular el comportamiento humano externo en muy diversos aspectos. El control social no solo establece los límites de la libertad sino que es un instrumento que tiene como fin. que sus miembros puedan vivir en sociedad.

⁶ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA. Juan: -Derecho Penal Fundamental": T. II. Pág. 414; quien precisa como nota de la pena el ser costosa.

En el Perú el sistema punitivo se remonta a las culturas precolombinas, y con ello hablamos de 10.000 años aproximadamente. El sistema punitivo incaico, posterior al precolombino, se le conoce "de oídas" y de ello han sabidos dar cuenta los cronistas españoles venidos con la conquista, período en que España impone su modelo cultural con el Derecho Indiano que afianza en ésta como en otras tierras americanas por cerca de 300 años de transculturación.

En el siglo XVI, se da inicio a la aplicación de esta pena, era común que las conductas antisociales merecieran duros castigos con los cuales se afectan a la vida, a la integridad física (corporal) el honor o el patrimonio del condenado, pero de ninguna manera se le privaba de su libertad por sí sola.

La influencia del Derecho indiano perdura en realidad hasta entrando el siglo XIX, pues en diversas instituciones de la post independencia (1821), como Derecho Colonial. Con motivo de la Independencia surge tímidamente un Derecho republicano cuyo punto de partida lo da el proyecto del Código Penal de Mangue Lorenzo de Vidaurre en 1828.

Las penas a lo largo de la historia han constituido una sanción de diverso grado de dureza y con manifestaciones variadas. En la época antigua primó la "ley del Talión" y muy posteriormente la sanción penal adquirió un carácter público, correspondiéndole al Estado, en sus diversas expresiones históricas, la delimitación y aplicación de las medidas punitivas, sin embargo la dureza de la sanción penal no se eliminó totalmente.

Se sabe que incluso en el incanato, como lo narra Huamán Poma de Ayala⁷, existió la pena de muerte, cuya ejecución podía ser mediante el "despeñamiento", la "lapidación", entre otros, para los delincuentes de la época.

Según el artículo 10° del Código Penal derogado de 1924, modificado por el Decreto Ley 17388 del 24 de enero de 1969, se estipulaban las siguientes penas en nuestro medio, vigentes hasta los primeros días de abril de 1991: a) Muerte, ejecutado mediante el fusilamiento, b) Internamiento, con un mínimo de 25 años de privación de la libertad, c) Penitenciaria, de 1 a 20 años de privación de la libertad, d) Relegación, indeterminada o a tiempo fijo de 1 a 20 años de privación de la libertad, e) Prisión, de 2 días a 20 años de carcelaria, f) Expatriación, f) Multa, e Inhabilitación.

Se sostuvo en aquel entonces que las penas privativas de libertad reunían los requisitos deseables en las penas, se decía que eran: expiatorias, proporcionales, ciertas, fácilmente determinables, divisibles, igualitarias, ejemplares, correccionales, etc. Sin embargo, hay que reconocer que tales condiciones y cualidades atribuidas a las penas privativas de libertad de aquellos tiempos se han desvanecido actualmente en su totalidad. Hoy en la época actual se habla de un universal fracaso histórico de la pena privativa de libertad debido a los efectos perniciosos de las penas de larga duración, porque destruyen la personalidad del interno; y con respecto a las penas de corta duración, porque en ellas no es posible el tratamiento resocializador, sino el contagio penitenciario.

En este contexto, el mayor conocimiento del ser humano, así como el avance de las ciencias de la conducta conjuntamente con las penales, han dado lugar al desarrollo de la Ciencia Penitenciaria y al Derecho

⁷ POMA DE AYALA. Huamán. "La Nueva Crónicas Buen Gobierno", Lima-Perú 1997. Pág. 121.

de Ejecución Penal, los mismos que tienen por objeto de estudio principal al condenado y a la ejecución de las penas, sobre todo de la pena privativa de la libertad, pena que empezó a cobrar auge y reemplazar a las corporales del siglo XVIII.

Esto significa también que los fines de la pena, que sigue diversas vertientes en cuanto a su cumplimiento, correspondían a dichas disciplinas encargadas de la ejecución penal, sobre todo el propósito de resocializar al condenado.

Las nuevas tendencias del Derecho Penal consideran al delincuente como una persona a la cual pese haber cometido un acto antijurídico, debe tener las posibilidades necesarias de tomar conciencia de su acto, y en cuanto esto suceda, alcanzar una resocialización que le permita, una vez, cumplida su sanción integrarse a la sociedad como un elemento de bien.

Aquí hay que distinguir que el sistema de penas preponderante, durante la vigencia del abrogado Código Penal de 1924, contemplaba una diversidad de sanciones, de las cuales la más privilegiada era la privación de la libertad (prisión, relegación, internamiento o penitenciaria); sin embargo, el avance contemporáneo de la ciencia penal, ha influido con criterios garantistas, democráticos y humanitarios, y determinaron un replanteamiento del sistema punitivo, que privilegia las penas alternativas a la privación de la libertad. Estos sustitutos constituyen un acierto útil, desde una perspectiva resocializadora, donde existe -en teoría- un total respecto a los derechos fundamentales de la persona.

El Sistema Penal en el Perú, determina que los fines de la pena, deben de cumplirse en diferentes esferas (Policía Nacional, Ministerio Público, Poder Judicial, INPE); sin embargo por cuestiones de

presupuesto, ineficacia, burocracia y demás defectos del sistema, esto no se cumple a cabalidad, por ello la prevención debe existir con una buena política criminal que incluya medidas legislativas acertadas con el objetivo de realizar un buen programa preventivo sostenido en el tiempo.

La imposición de pena, especialmente la privativa de libertad, qué duda cabe, es la más violenta intervención que hace el Estado (monopolizador del IUS PUNIENDI) en el bien jurídico " libertad" del condenado, el más valioso valor integrador de la condición humana y que fundamenta la existencia de sociedades libres, empero en el derecho penal moderno ha humanizado sus penas desapareciendo con ello la afectación de la integridad corporal (torturas, azotes, mutilaciones), o las penas inhumanas contra el sentenciado y ha reemplazado este tipo de penas, por la privación de la libertad personal, para delitos graves y fórmulas alternativas de punición a la privación de la libertad, como multas y otras privativas de variados derechos, para delitos menores o faltas".⁸ En el derecho penal moderno como hemos visto, existe una reserva del uso legítimo de la violencia en los poderes públicos, ya que el Estado es el único que utiliza las penas como un medio de control legítimo. Es un instrumento de control formalizado que debería ser aplicado a la persona en forma proporcional y legal.

La pena, entonces, en tanto es el medio tradicional y más importante, dada su gravedad, de los que utiliza el derecho y existe para mantener el orden jurídico que ha establecido la sociedad como indispensable para desarrollarse armónicamente en un ambiente de paz social y en tanto ataca el bien jurídico máspreciado por el hombre - su libertad - pero esto solo se puede dar cuando la sociedad

⁸ VILLA STEIN, Javier., p. 449. Derecho Penal. Parte General. Editorial San Marcos. Lima 1998.

se siente amenazada o lesionada por el comportamiento del individuo⁹, *debe se aplicaba en observancia además de las normas penales, de los derechos fundamentales que le asiste a todo ciudadano (agraviado – investigado), la Ley N° 30076, los Principio de Legalidad, Resocialización, Proporcionalidad, Humanidad de las Penas generadas ellas también a partir de la valoración de los bienes jurídicos que sin duda vienen generando una discusión político criminal de los últimos años, ello es sin duda una consecuencia de una "modernización del Derecho Penal" que ha tenido que adaptar a la evolución y cambio social, pero esto, no es ninguna razón o motivo para concebir el bien jurídico desde el prisma de los bienes jurídicos individuales y considerar que los bienes jurídicos no son más que los derechos que de ellos derivan, por el contrario en una época en la que socialización es cada vez mayor, el Estado Peruano debe reflexionar sobre la importancia de incidencia y correspondencia del bien jurídico protegido y su correcta protección en los tipos penales que pregona el Código Penal vigente, evitando así la desproporción de las penas, la sobre-criminalización de las mismas y por qué no politizar para beneficios individuales, sino universales y que coadyuven al fin preventivo, protector y resocializador.*

En consecuencia, a todas estas críticas a la pena privativa de libertad y que han dado lugar al nacimiento de estrategias de Política Criminal, por ahora infructuosas, y a las constantes modificatorias a nuestro Código Penal vigente, se debe evitar en lo posible transformar a la pena privativa de libertad como el único mecanismo legal que haga viable la misión del derecho penal (la protección de bienes jurídicos), sino se debe optar por reducir su aplicación, ofreciendo medidas alternativas como son la suspensión de la ejecución de la pena, la reserva del fallo condenatorio, la exención de

⁹ BRAMONT ARIAS TORRES, Luís Miguel. Ob. Cit p. 71. Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial. Santa Rosa. Perú. 2000.

pena, la conversión de pena y la sustitución de penas para abolir la aplicación de la pena privativa de libertad a menor intensidad, aplicando estrategias de política criminal debidamente estructuradas y sistematizadas.

En consecuencia, concluyo éste ítem, señalando que nuestra realidad penitenciaria y la obsolescencia de las cárceles cerradas hicieron imperiosa la revisión total de la norma penal, siendo necesaria nuevas medidas drásticas para hundirla en el pasado las experiencias infructuosas que han venido aconteciendo con la aplicación de la norma penal y considerar con énfasis el desarrollo intensivo de una estrategia de política criminal y de prevención en donde se incluya y se valore la incidencia y correspondencia del bien jurídico protegido.

CAPÍTULO I

CAPÍTULO I

I.- ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA.

1.1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

La investigación versó sobre el tema: ***"La Evaluación de la Incidencia y Correspondencia del Bien Jurídico Protegido en la Determinación de la Pena Privativa de la Libertad"***, donde se describió un aspecto importante en el ámbito jurisdiccional penal, vinculado a la imposición de la sanción penal que en la práctica lamentablemente no cumplía su objetivo de generar una prevención general o especial, limitándose a un contexto puramente retributivo, como "castigo" que se imponía a los que hacían mal uso de su libertad y que obedecía a un principio de pura justicia en las relaciones interpersonales que el Estado debería garantizar.

De este modo, la investigación estuvo vinculado a prestar especial atención a rol que venía cumpliendo el bien jurídico protegido en nuestra Legislación Peruana, su incidencia y correspondencia respecto a la determinación de la pena, es decir, a determinar al igual que el tipo penal objetivo y subjetivo del delito, si interactuaba en la estructura de la pena y si está correctamente tutelado de acuerdo a su valor nominal (vida, patrimonio, etc).

El problema en la determinación legislativa y judicial de la "Pena Privativa de la Libertad, en el Código Penal Peruano, se encontraba generando un problema en el ámbito jurisdiccional en nuestro país, ya que se pudo prever del Código Adjetivo Penal, que **el legislador peruano, frente a la demanda social generada ante comisión de hechos delictivos que causaban zozobra a la sociedad peruana, éste, recurría al derecho penal como única ratio,**

puniendo penas sobre-criminalizadoras, sin tener en cuenta la función, incidencia y correspondencia del bien jurídico protegido en la estructura de la pena, vulnerando los principio de legalidad, proporcionalidad, humanidad, y resocialización de las penas, haciendo caso omiso a los límites del *ius-puniende del derecho estatal*, y obedeciendo a una cultura netamente punitiva, más no preventiva y utilizando al delincuente como un instrumento, para intimidar a la ciudadanía.

Pena se debe entender como la sanción impuesta por la ley a quién, por haber cometido un delito o falta ha sido condenado en sentencia firme por el órgano jurisdiccional competente.

El Código Penal vigente desde 1991, implantó un sistema dualista, ya que mantiene como consecuencias personales del delito, las penas y medidas de seguridad, aplicándolas alternativamente. Si el sujeto es culpable se aplica la pena, y, si el sujeto adolece de algún trastorno causal de inimputabilidad se aplican las medidas de seguridad.

Así la sanción nace debido a que las relaciones entre miembros de la sociedad no siempre son pacíficas; en toda sociedad existe la cuota necesaria de violencia entre los individuos que no pueden ser controladas con medios de control natural. Entonces es necesaria la intervención de un orden jurídico "violento" como lo es el Derecho Penal, que luego de haber señalado como delitos ciertas conductas proscritas en la sociedad, sanciona a su autor con la imposición de una pena o medidas de seguridad. No es otra cosa que un medio de "control social" que emplea la violencia sometida a ciertas normas jurídicas y constitucionales.

La imposición de pena, especialmente la privativa de libertad, que duda cabe, es la más violenta intervención que hace el Estado

(monopolizador del IUS PUNIENDI) en el bien jurídico " libertad" del condenado, el más valioso valor integrador de la condición humana y que fundamenta la existencia de sociedades libres.

En suma, **la pena privativa de libertad es la más importante de todas, no solo por su importancia cuantitativa, sino también por su naturaleza que la hace perdurable en el tiempo y permite planificar durante la ejecución un plan de reinserción social del delincuente en la comunidad.**

El Derecho penal moderno ha humanizado sus penas desapareciendo con ello la afectación de la integridad corporal (torturas, azotes, mutilaciones), o las penas inhumanas contra el sentenciado y ha reemplazado éste tipo de penas, por la privación de la libertad personal, para delitos graves; sin embargo estas son incorrectamente ponderadas por el legislador o determinadas judicialmente en la práctica jurídica; pues en el derecho penal moderno como hemos visto, existe una reserva del uso legítimo de la violencia en los poderes públicos, ya que el **Estado es el único que utiliza las penas como un medio de control legítimo, ya que la pena es un instrumento de control formalizado que debe ser aplicado a la persona en forma proporcional y legal.**

En este punto, consideré que lo detallado era una parte prioritaria del problema del tema de investigación, y éste consistía en que si bien el legislador peruano, como un plan de política criminal, a fin de combatir el delito, amedrentar al delincuente y coadyuvar a la paz social, había prescrito normas que sancionan la comisión de conductas delictivas en nuestro Código Penal Peruano, a través de la determinación de penas privativas de libertad; sin embargo, estas se venían dando sin tener en cuenta la función, la incidencia y correspondencia de los bienes jurídicos protegidos para la

determinación de la pena, y venían siendo previstas omitiendo el análisis de algunos planteamientos teóricos inherentes a ésta problemática; tales como los límites de *ius-puniendi* del derecho estatal, los principios de subsidiariedad, proporcionalidad, humanidad, resocialización, etc.

Qué, si bien unas de las clases de pena, que prevé el Código Penal Peruano en su artículo (28), es la Pena Privativa de Libertad, esta se había convertido en una de las penas principales para el legislador peruano, de tal manera que ante una comisión constante de un hecho delictivo que generaba zozobra en la sociedad, recurría al derecho penal como prima y única ratio, imponiendo penas drásticas, sobre-criminalizadoras y en que devenían en desproporcionadas entre sí mismas.

Cité como referencias ejemplificadoras, lo siguiente, en el caso del artículo 106 del Código Penal (Homicidio Simple), donde el bien jurídico protegido es la vida, se impone la pena mínima de 6 años y máxima de 20 años al sujeto activo; sin embargo, en el 173 del Código Penal para el delito de Violación de la Libertad Sexual, donde el bien jurídico protegido es la Indemnidad Sexual, ha establecido la pena mínima de 30 años y máxima de 35 años, en algunos casos de cadena perpetua, figura que se da también, frente a otros bienes jurídicos, como la Libertad, el Patrimonio, delitos Contra la Vida el Cuerpo y la Salud, etc, del cual podíamos percatarnos que existe una desproporcionalidad de las penas, dado que siendo el bien jurídico protegido vida el que debe ser más valorado por el legislador, se prevé que para este es más importante la libertad sexual – indemnidad sexual, más que la vida misma de la persona, lo mismo ocurre entre el delito de robo agravado, extorsión, etc, así mismo debe tener presente que siendo el bien jurídico tutelado un derecho implícito estos de acuerdo a la estructura normativa que nos propone

nuestro Código Penal, estos no correspondían por cuanto en los delitos Contra el Patrimonio, también se protege la vida, en los casos de Robo Agravado con Subsecuente Muerte, cuando esta causa de muerte puede constituir una constancia agravante frente a los delitos Contra la Vida, el Cuerpo y Salud; de ahí se preveía el interés en establecer la función, incidencia y correspondencia de los bienes jurídicos para la determinación de las penas, visto desde el punto de vista individual y colectivo; de tal manera que se realice una correcta ponderación y determinación jurídica de las Penas Privativas de la Libertad.

Este aparente “desorden” es lo que provocó que plantee la necesidad de evaluar la propuesta a nivel de tesis de investigación.

1.2.- PREGUNTA PROBLEMATIZADORA.

Se observó que el Estado Peruano no cuenta con un plan de Política Criminal, que permita prevenir, combatir y erradicar los delitos, circunstancias que conllevaron a una sobre sobre-criminalización de las conductas antijurídicas, conforme a la descripción normativa de las leyes penales en su conjunto, con lo cual se generaba la cuestión:

¿Los Jueces y Fiscales del Distrito Judicial de Cajamarca, al momento de evaluar el Expediente e Investigación Penal, en los de Homicidio, Violación Sexual y Robo Agravado, tienen en cuenta la incidencia del bien jurídico protegido y desarrollan los principios penales en la evaluación final del caso y fundamentación de la pena privativa de la libertad, desarrollada en la sentencia?

1.3.- UNIDADES DE ANÁLISIS.

- ✓ El Legislador peruano, frente a la demanda social generada ante comisión de hechos delictivos que causaban zozobra a la sociedad peruana, ha recurrido al derecho penal como única ratio, puniendo penas sobre-criminalizadoras, vulnerando los principio de legalidad, proporcionalidad, humanidad y resocialización de las penas, haciendo caso omiso a los límites del ius-puniendi del derecho estatal.

- ✓ La pena privativa de libertad, es la más importante de todas, no solo por su importancia cuantitativa, sino también por su naturaleza que la hace perdurable en el tiempo y permite planificar durante la ejecución un plan de reinserción social del delincuente.

- ✓ El Estado, es el único que utiliza las penas como un medio de control legítimo, ya que la pena es un instrumento de control formalizado que debe ser aplicado a la persona en forma proporcional y legal, por ello es necesario determinar la función, su incidencia y correspondencia del bien jurídico tutelado, frente a la estructura de la pena.

1.4.- JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.

El fin de la investigación versó sobre el tema: ***"La Evaluación de la Incidencia y Correspondencia del Bien Jurídico Protegido en la Determinación de la Pena Privativa de la Libertad."***

Esta investigación es necesaria porque nos permitirá a partir de un análisis del contexto social actual de nuestro país, y un estudio jurídico, doctrinario y jurisprudencial de las causas y consecuencias de los altos índices delictivos en los delitos Contra la Vida, el cuerpo y la Salud (Homicidio), la libertad Sexual (Violación Sexual) y el Patrimonio (Robo Agravado), proponer un procedimiento a seguir y un plan de Política Criminal eficaz, que incluya las entidades estatales del Estado MINDES, MINSA, CEM, DEMUNA, etc), además de la Policía Nacional, Poder Judicial y Ministerio Público, así establecer criterios uniformes a los magistrados del Distrito Judicial de Cajamarca, al momento de determinar la pena privativa de la libertad frente a este tipo de conductas delictivas, teniendo en cuenta la incidencia y correspondencia del bien jurídico protegido al momento de la determinación judicial de misma, amén de la Ley N° 30076 que impone el Sistema de Tercios.

Esta investigación estuvo dirigida al público lector, a los abogados, Jueces y Fiscales, estudiantes de derecho y/o personas de diferente estrato social, ya que la problemática de la incidencia delictiva de los delitos Contra la Vida, el cuerpo y la Salud (Homicidio), la libertad Sexual (Violación Sexual) y el Patrimonio (Robo Agravado), genera zozobra a todo el conglomerado social peruano, que reclama penas más drásticas e incluso la pena de muerte, empero a través de un análisis

minucioso del tema planteado, ahondado desde un ámbito de estudio social, político, jurídico – doctrinario y jurisprudencial se determinó las causas y consecuencias de su incidencia, por lo que como parte de la Comunidad jurídica en sub-conjunto (abogados- Jueces y Fiscales), nos permitirá establecer opiniones, criterios y pautas a proponer al Estado Peruano, para la estructuración y ejecución de un plan de Política Criminal, no únicamente basado en la conmoción social o utilizando a la pena como un instrumento preventivo, sino determinar legislativamente y judicialmente la pena privativa de la libertad frente a estos delitos, teniendo en cuenta además la incidencia y correspondencia del bien jurídico protegido, evitando así la sobre-criminalización y desproporcionalidad de las normas.

El problema identificado en la tesis es que se observa en la sociedad, el “contexto criminológico” y la incidencia de delitos Contra la Vida, el cuerpo y la Salud (Homicidio), la libertad Sexual (Violación Sexual) y el Patrimonio (Robo Agravado), y esto lo hace perdurable en el tiempo un contexto muy negativo a la sociedad, razón por la cual obliga al Estado Peruano, que a través de sus legisladores, Jueces y Fiscales, a recurrir a una mayor rigurosidad del derecho penal en la imposición de penas privativas de la libertad frente a estos delitos, advirtiéndose la inexistencia de un plan de Política Criminal debidamente estructurado que nos permita no sólo combatir del delito, sino prevenirlo y erradicarlo, así como aplicar programas de reinserción social durante la ejecución de la pena y reinserción social del delincuente.

La investigación sobre la Incidencia y Correspondencia del Bien Jurídico Protegido en la Determinación de la Pena Privativa de la Libertad, era necesaria por cuanto es sabido que hasta la fecha no existe investigación jurídica al respecto, pues desde antaño se viene observando que el Estado Peruano no cuenta con un plan de Política Criminal debidamente organizada, pues éste frente a la conmoción social e incidencia delictiva ha recurrido al derecho penal como única ratio y utilizado la pena como un instrumento puramente preventivo y no netamente sancionador y al individuo o condenado como un instrumento para intimidar a la sociedad.

1.5.- OBJETIVOS:

a. Objetivos General.

Describir el contexto social actual de nuestro país, así como **proponer** y desarrollar un Plan de Política Criminal para nuestro sistema jurídico penal peruano y establecer recomendaciones básicas que debe tener en cuenta el Legislador, los Jueces y Fiscales del Distrito Judicial de Cajamarca para ponderar las penas privativas de la libertad en los delitos Contra la Vida, el cuerpo y la Salud (Homicidio), la libertad Sexual (Violación Sexual) y el Patrimonio (Robo Agravado), teniendo en cuenta la función, incidencia y correspondencia del bien jurídico protegido en la determinación de la pena, de tal manera que nos permita prevenir delitos y aplicar durante la ejecución de la pena un plan de reinserción social del delincuente.

b. Objetivos Específicos.

- ☞ **Identificar**, a través de un análisis social, doctrinario y jurisprudencial, si el Estado Peruano cuenta con un plan de Política Criminal debidamente estructurado y si éste nos permite combatir eficazmente el delito, prevenirlos y aplicar durante la ejecución de la pena un plan de reinserción social del delincuente.

- ☞ **Analizar** el contexto social actual de nuestro país y la respuesta jurídico penal que ha adoptado el Estado Peruano frente al alto índice delictivo de los delitos Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud (Homicidio), contra la Libertad Sexual (Violación Sexual) y contra el Patrimonio (Robo Agravado).

- ☞ **Proponer** un plan de Política Criminal y establecer bases para un procedimiento específico que debería desarrollar el Estado Peruano, a través de sus Legisladores, Jueces y Fiscales del Distrito Judicial de Cajamarca, para la aplicación de las penas privativas de la libertad frente a los delitos Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud (Homicidio), contra la Libertad Sexual (Violación Sexual) y contra el Patrimonio (Robo Agravado), teniendo en cuenta el bien jurídico protegido, su incidencia y correspondencia, independientemente de lo establecido en la Ley N° 30076 que impone el Sistema de Tercios.

1.6.- HIPÓTESIS.

a. Hipótesis General.

Si el Estado Peruano, no cuenta o no aplica un plan de Política Criminal debidamente estructurado y los Jueces y Fiscales del Distrito Judicial de Cajamarca, no cuentan con criterios uniformes y un procedimiento específico para la aplicación de las penas privativas de la libertad, teniendo en cuenta la función, incidencia y correspondencia del bien jurídico protegido; **entonces** las acciones realizadas por el Estado, no permitirán combatir, prevenir y erradicar los delitos Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud (Homicidio), contra la Libertad Sexual (Violación Sexual) y contra el Patrimonio (Robo Agravado) y conllevará a la desproporcionalidad y sobre-criminalización de las penas.

<p>determinación de los parámetros establecidos en el Decreto Legislativo N° 30076, que impone el Sistema de Tercios.</p>	<p>en sobre-criminalización.</p>	<p>legislativa del Código Penal, en base a la estadística del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial.</p>	<p>Decreto Legislativo N° 30076.</p>
	<p>Evaluación de artículos penales, en los cuáles el legislador ha optado por ponderar más la "pena" frente a los otros fines del derecho penal</p>	<p>Estadísticas de tipos penales, que han cumplido su propósito de prevenir y/o erradicar el delito sobre la base de la sobre-criminalización , ante la PNP-Fiscalía y Poder Judicial.</p>	<p>Entrevista a los Operadores del Derecho (Jueces y Fiscales) de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca y Control Difuso.</p>

b. Variable dependiente.

INDICADORES	SUB INDICADORES	INDICES	TÉCNICAS
Análisis de las penas impuestas en la Corte Superior de Cajamarca en función a la "gravedad" del delito cometido y la "sanción efectiva".	Evaluación de estadísticas durante los años 2016-2017	Análisis de casos por especialidad y por "categorías" conforme al Código Penal	Análisis estadístico Análisis exegético de la Ley penal
	Evaluación de las estadísticas de Cajamarca respecto de las estadísticas a nivel nacional expedidas por el Centro de Investigaciones Jurídicas del Poder Judicial	Evaluación de la gravedad del delito en base a la evaluación de la doctrina sobre el tema	Entrevistas a los Jueces y Fiscales de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca.

CAPÍTULO II

CAPÍTULO II

II.- MARCO TEÓRICO.

2.1.- Antecedentes.

El problema del crimen en nuestros días se había diversificado y además presentaba un crecimiento concomitante a los problemas sociales de la época, frente a ello la respuesta a la pregunta ¿Qué hacer para controlar al delito que adopta diversas posiciones doctrinarias?, que desde el ámbito del Derecho Penal se recurre a la sanción para los infractores.

En este contexto, el mayor conocimiento del ser humano, así como el avance de las ciencias de la conducta conjuntamente con las penales, han dado lugar al desarrollo de la Ciencia Penitenciaria y al Derecho de Ejecución Penal, los mismos que tienen por objeto de estudio principal al condenado y a la ejecución de las penas, sobre todo de la pena privativa de la libertad, pena que empezó a cobrar auge y reemplazar a las corporales del siglo XVIII.

Esto significa también que los fines de la pena, que sigue diversas vertientes en cuanto a su cumplimiento, correspondían a dichas disciplinas encargadas de la ejecución penal, sobre todo el propósito de resocializar al condenado.

Asimismo, los aspectos vinculados del crimen y la modificación de la conducta delictiva, tienen que ver en forma directa con la Criminología¹⁰

¹⁰ SOUS E, Alejandro. "Criminología: Panorama Contemporáneo", Lima, Intercopy, Edición 3 Pág. 50

Además de la Ciencia Penitenciaria, conocimientos de carácter interdisciplinario que rebasan las fronteras de las llamadas ciencias penales, aunque algunos juristas pretendían considerarlas básicamente como disciplinas penales.¹¹

Cuando se hace referencia al aspecto teleológico de la pena, se refería a la finalidad de la misma; en tal sentido, tenemos que el Código Penal de 1991¹², en su artículo IX del Título Preliminar señalaba que la pena tiene fines de prevención, protección y resocialización.

Las nuevas tendencias del Derecho Penal consideran al delincuente como una persona a la cual pese haber cometido un acto antijurídico, debe tener las posibilidades necesarias de tomar conciencia de su acto, y en cuanto esto suceda, alcanzar una resocialización que le permita, una vez, cumplida su sanción integrarse a la sociedad como un elemento de bien.

Aquí hay que distinguir que, el sistema de penas preponderante, durante la vigencia del abrogado Código Penal de 1924, contemplaba una diversidad de sanciones, de las cuales la más privilegiada era la privación de la libertad (prisión, relegación, internamiento o penitenciaria).

Sin embargo, el avance contemporáneo de la ciencia penal, influido con criterios garantistas, democráticos y humanitarios, determinaron un replanteamiento del sistema punitivo, que privilegia las penas alternativas a la privación de la libertad. Estos sustitutos constituyen un acierto útil, desde una perspectiva

¹¹ JIMÉNEZ DE ASUA. Luís. Tratado de Derecho Penal". T. I. Buenos Aires, Editorial: Losada. 1964. Pág. 132

¹² Decreto Legislativo ND 635, Promulgado 03 de abril do 1991

resocializadora, donde existe -en teoría- un total respecto a los derechos fundamentales de la persona.

El Sistema Penal en el Perú, determina que los fines de la pena, deben de cumplirse en diferentes esferas (Policía Nacional, Ministerio Público, Poder Judicial, TNPE); sin embargo por cuestiones de presupuesto, ineficacia, burocracia y demás defectos del sistema, esto no se cumple a cabalidad, por ello la prevención debe existir con una buena política criminal que incluya medidas legislativas acertadas con el objetivo de realizar un buen programa preventivo sostenido en el tiempo.

Debo precisar lo siguiente, según los jurisconsultos Luis Bramont Arias y Luis A. Bramont - Arias Torres dicen que la pena constituye la segunda institución fundamental de la parte general del Derecho Penal, se respeta así un orden tradicional sistemático que encierra una verdad lógica: primero se estudia el presupuesto (delito) y, posteriormente su consecuencia (pena).¹³

El Código Penal vigente desde 1991, implanto un sistema dualista, ya que mantiene como consecuencias personales del delito, las penas y medidas de seguridad, aplicándolas alternativamente.¹⁴ Si el sujeto es culpable se aplica la pena; y, si el sujeto adolece de algún trastorno causal de inimputabilidad se aplican las medidas de seguridad.

Así la sanción nace debido a que las relaciones entre miembros de la sociedad no siempre son pacíficas; en toda sociedad existe la cuota necesaria de violencia entre los individuos que no pueden

¹³ BRAMONT - ARIAS TORRES. Luis Alberto y GARCÍA CATIZANO. María de) Carmen. "Código Penal Anotado". 4ta Edición. Edit. San Marcos, Lima - Perú. 200 L Pág. 224.

¹⁴ Se llama sistema bicameral, cuando la sanción penal constituye una pena privativa de libertad. Impuesta por tiempo determinado y después se cumple una medida de seguridad o a la inversa.

ser controladas con medios de control natural. Entonces es necesaria la intervención de un orden jurídico "violento" como lo es el Derecho Penal, que luego de haber señalado como delitos ciertas conductas proscritas en la sociedad, sanciona a su autor con la imposición de una pena o medidas de seguridad. No es otra cosa que un medio de "control social"¹⁵ que emplea la violencia sometida a ciertas normas jurídicas y constitucionales.

La imposición de pena, especialmente la privativa de libertad, que duda cabe, es la más violenta intervención que hace el Estado (monopolizador del IUS PUNIENDI) en el bien jurídico " libertad" del condenado, el más valioso valor integrador de la condición humana y que fundamenta la existencia de sociedades libres.

"El Derecho penal moderno ha humanizado sus penas desapareciendo con ello la afectación de la integridad corporal (torturas, azotes, mutilaciones), o las penas inhumanas contra el sentenciado y ha reemplazado este tipo de penas, por la privación de la libertad personal, para delitos graves y fórmulas alternativas de punición a la privación de la libertad, como multas y otras privativas de variados derechos, para delitos menores o faltas".¹⁶ En el Derecho penal moderno como hemos visto, existe una reserva del uso legítimo de la violencia en los poderes públicos, ya que el Estado es el único que utiliza las penas como un medio de control legítimo. Es un instrumento de control formalizado que debe ser aplicado a la persona en forma proporcional y legal.

¹⁵ Debemos entender como control social al conjunto de medios sociales o con repercusiones sociales que sirven para ordenar y regular el comportamiento humano externo en muy diversos aspectos. El control social no solo establece los límites de la libertad sino que es un instrumento que tiene como fin que sus miembros puedan vivir en sociedad.

¹⁶ VILLA STEIN, Javier..., p. 449. Derecho Penal. Parte General. Editorial San Marcos. Lima 1998.

La pena, entonces, es el medio tradicional y más importante, dada su gravedad, de los que utiliza el derecho. La pena existe para mantener el orden jurídico que ha establecido la sociedad como indispensable para desarrollarse armónicamente en un ambiente de paz social. "Aplicar una pena implica disminuir la capacidad de actuación dentro de la sociedad e incluso pueden darse casos que se anula totalmente. La pena es la disminución o valuación del bien jurídico libertad pertinente a una persona; en otras palabras, la pena ataca el bien jurídico máspreciado por el hombre - su libertad - pero esto solo se puede dar cuando la sociedad se siente amenazada o lesionada por el comportamiento del individuo.¹⁷

En el siglo XVI, se da inicio a la aplicación de esta pena, era común que las conductas antisociales merecieran duros castigos con los cuales se afectan a la vida, a la integridad física (corporal) el honor o el patrimonio del condenado, pero de ninguna manera se le privaba de su libertad por sí sola.

En forma de comentario, se sostuvo en aquel entonces que las penas privativas de libertad reunían los requisitos deseables en las penas, se decía que eran: expiatorias, proporcionales, ciertas, fácilmente determinables, divisibles, igualitarias, ejemplares, correccionales, etc. Sin embargo, hay que reconocer que tales condiciones y cualidades atribuidas a las penas privativas de libertad de aquellos tiempos se han desvanecido actualmente en su totalidad. Hoy en la época actual se habla de un universal fracaso histórico de la pena privativa de libertad debido a los efectos perniciosos de las penas de larga duración, porque destruyen la personalidad del interno; y con respecto a las penas

¹⁷ BRAMONT ARIAS TORRES, Luís Miguel. Ob. Cit p. 71. Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial. Santa Rosa. Perú. 2000.

de corta duración, porque en ellas no es posible el tratamiento resocializador, sino el contagio penitenciario.

En consecuencia, a todas estas críticas a la pena privativa de libertad, han dado lugar al nacimiento de estrategias, que por lo menos intentan en lo posible transformar a la pena privativa de libertad en una pena no carcelaria y reducir su aplicación, ofreciendo medidas alternativas como son la suspensión de la ejecución de la pena, la reserva del fallo condenatorio, la exención de pena, la conversión de pena y la sustitución de penas para abolir la aplicación de la pena privativa de libertad a menor intensidad.

2.2.- BASE TEÓRICA.

2.2.1.- FUNCIÓN SISTEMÁTICA DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN EL DERECHO PENAL:

2.2.1.1- Caracteres del Derecho Penal¹⁸: El Derecho Penal se caracteriza, respecto de las otras ramas del ordenamiento jurídico, por tres peculiaridades.

En primer lugar: *Por el formalismo tendencial en el que se inspira la construcción del sistema y la interpretación de las normas;* y tiene su razón evidente en el hecho de que el derecho penal es el instrumento de intervención estatal que en mayor medida incide en la libertad individual, de ahí la aspiración a elaborar un conjunto de reglas, que en el plano axiológico – sustancial se resuelven en garantías socio – individuales.

¹⁸ MOCCIA, Sergio. "El Derecho Penal entre Ser y Valor – Función de la Pena y Sistemática Teleológica", Editorial Euros Editores S.R.L, Buenos Aires – Argentina, Febrero del 2008, página. 3 a 8.

En segundo lugar: *Por la particular atención dedicada a la definición de los títulos de responsabilidad; orientada a la acentuación del componente subjetivo, es decir en el derecho penal, la regla los fines de imputabilidad de un hecho, está dada por la presencia de dolo, y ello implica la búsqueda de criterios de efectiva imputación de una conducta y/o de un acontecimiento perjudicial o peligroso y de disvalor social.*

En tercer lugar: *Por el tipo de sanciones previstas para el derecho penal, principalmente por la previsión de la pena criminal; y ello constituye la forma por la cual, como regla, se realiza la intervención del Estado a los efectos de controlar los hechos considerados socialmente perjudiciales y se sustancia en una considerable limitación de la libertad personal.*

2.2.1.2- Misión y Función del Derecho Penal: Debemos tener presente que la misión del derecho penal es la protección de los bienes jurídicos como una parte de la teoría del delito, mientras que su función consiste en la suma de las consecuencias queridas o buscadas oficialmente por el sistema penal para tal fin.

2.2.1.3.- Ideologías y Derecho: Es innegable que las matrices ideológicas influyen en la estructura del ordenamiento jurídico penal, precisamente porque la conciencia de los perfiles ideológicos que caracterizan el sistema individual, permiten la elaboración normativa e interpretación de la norma, y se afirma tal situación, porque el derecho no nace y se desarrolla en un espacio técnico aislado, sino que deriva de relaciones existenciales sobre la base de datos de la realidad, y en ello sin duda ha cumplido y cumple un rol fundamental la ideología, pues en una sociedad abierta, el derecho se halla frente a una pluralidad de ideologías diferenciadas y que coadyuvan a complementaciones normativas. Tal influencia es muy fuerte en el

ámbito del derecho penal, pues por la ideología socio-política influyen en la política criminal, esto es, en la selección de los tipos penales y estos se ponen en pro de la tutela de los derechos fundamentales – según el sistema evaluador de la ideología – que por la acción de integración del derecho, se han convertido en bienes jurídicos y son tutelados mediante las figuras jurídicas penales que resalta nuestro Código Penal.

2.2.1.4.- Política Criminal y sistema jurídico penal: Se llama así a la manera como la colectividad reacciona organizadamente, frente a las acciones delictuosas que amenazan su cohesión o su desarrollo armónico.

Es la disciplina que estudia ésta faceta del control social recibe, igualmente, el nombre de política criminal. Es tarea de esta disciplina, no sólo la descripción de la reacción social contra la delincuencia, sino también determinar los lineamientos que deberían seguirse a fin de lograr una mayor eficacia.

Por esto, se ha considerado que la política criminal se presenta bajo dos aspectos: *1) Como una disciplina o un método de observación de la reacción anti criminal; tal como es, efectivamente, practicada. 2) Como un arte o estrategia de lucha contra la delincuencia; elaborada a partir de los datos y enseñanzas aportados por la observación objetiva.*

La política criminal es, en consecuencia, una parte de la política jurídica del Estado, la que, a su vez, es parte de su política general, y en ese sentido asume también la función garantista de delimitar la intervención punitiva estatal.

La programación y realización de una correcta y coherente lucha contra la delincuencia, depende del apoyo y fomento de los estudios tendientes a describir el sistema de reacción social y ha de terminar los lineamientos y los medios más eficaces.

En la política criminal, incluye los métodos adecuados, en sentido social, para la lucha contra el delito, es decir, la llamada misión social del derecho penal, mientras que al Derecho Penal en sentido jurídico de la palabra debe corresponder la función liberal del Estado de Derecho, asegurar la igualdad en la aplicación del derecho y la libertad individual frente al ataque del Estado.

2.2.2.- LA CRIMINOLOGÍA Y EL DELITO.

2.2.2.1.- La Criminología.

La Criminología se ocupa de estudiar o establecer las causas del delito o explicar éstas, por eso se le denomina la ciencia explicativo-causal del fenómeno delictivo.

En otros términos buscar y encontrar el por qué se cometió el delito. En si estudia al delincuente.

La Criminología tiene tres campos diferentes en su contenido, que son:

- ✓ **La Antropología Criminal**, se refiere en general a los caracteres físicos y psíquicos del hombre delincuente, refiere Cesar Lombroso.
- ✓ **La Sociología Criminal**, es el medio social que circunda al hombre. La sociedad misma que influye en las personas para la

comisión de delitos, de allí la famosa frase: «Cada sociedad tiene delincuentes que ella ha creado».

- ✓ **La Psicología Criminal**, se refiere a la parte de la Psicología que estudia la mentalidad y la conducta social de los delincuentes.

2.2.2.2.- El Delito.

El delito es una acción típica, antijurídica, culpable, imputable y punible. Las ideas básicas de una teoría jurídica se expresan en una oposición tradicional; el delito es la "infracción de un deber ético - social" o, desde un punto de vista contrario, la "lesión o puesta en peligro de un bien jurídico", es decir, se trata de la infracción de un deber ético - social o de la lesión de un interés social. Ambas ideas básicas generan sistemas de la teoría del delito de distinto contenido en sus elementos particulares.

En el sistema apoyado en la infracción de un deber ético - social el hecho prepondera sobre el autor y la libertad del autor es el fundamento legitimante de su responsabilidad.

El concepto total de delito resume básicamente, entonces, una idea sobre aquello que debe constituir el punto de partida de la teoría jurídica del delito. En este concepto se condensa lo que se entiende por digno de represión o por merecedor de pena. Se trata de una idea que guarda estrecha relación con la teoría de la pena y que, a su vez, opera dentro de la teoría del delito como el axioma principal de la misma¹⁹

¹⁹ BACIGALUPO, Enrique, Manual de derecho penal; Editorial. Santa Fe de Bogotá. Colombia, 1998, pág., 69

El concepto de delito como conducta castigada por la ley con una pena es; sin embargo, un concepto formal que nada dice sobre los elementos que debe tener esa conducta para ser castigada por ley con una pena²⁰.

Una de las definiciones modernas del delito, fue la de **Franz Von List** para quién el delito “es un acto humano, culpable, antijurídico y sancionado con una pena”. Posteriormente **Mezger**, tiene al delito como “una acción típica, antijurídica y culpable”, con lo que se entra de lleno a las definiciones modernas del delito²¹.

Ahora, los criterios de **Welzel** implican variaciones esenciales en la sistemática de los elementos de la infracción. La tipicidad no puede ser más concebida como la descripción objetiva del acto incriminado. Debe también comprender su finalidad para llegar a integrar sus aspectos esenciales. Por esto, resulta indispensable prever junto al tipo legal objetivo un tipo legal subjetivo.

Así, en los delitos dolosos, la finalidad de la acción, la intención o dolo y los otros elementos de naturaleza subjetiva (por ejemplo, el móvil con que actúa el agente) devienen partes integrantes de la tipicidad. Las modificaciones en el dominio de los delitos culposos han sido igualmente importantes. La nueva estructura de la tipicidad hace necesario que se distinga claramente entre las infracciones dolosas y las culposas. La naturaleza ilícita de estas últimas no puede ser reducida al hecho de causar un resultado perjudicial para un tercero. Para completar este vacío, los finalistas colocan en primer plano la violación del deber general de no dañar los intereses jurídicos de los demás.

²⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco; Teoría General del delito; 2º edición, Temis, Bogotá – Colombia 2001, pág. 2

²¹ VILLA STEIN, Javier; Derecho Penal - Parte General, ed. San Marcos. Lima Perú. 1998, p. 174 -175.

Los partidarios de la concepción finalista logran, de esta manera, eliminar de la noción de culpabilidad los elementos psicológicos que habían sido conservados según la concepción neokantiana y cuyo origen se encuentra en las tesis positivistas. La culpabilidad es, como consecuencia, concebida como un puro juicio de reproche formulado contra el autor del acto típico.

Además, el finalismo obligó a explicar, separadamente, las infracciones de omisión; pues, su naturaleza especial exigía un análisis específico. Así, se afirma la diferencia substancial que existe entre los delitos de comisión y los de omisión. Estas constituyen siempre la no realización de un comportamiento exigido por el orden jurídico. La naturaleza normativa del comportamiento omisivo impone la revisión de cada uno de los elementos del delito. Los 'descubrimientos' del finalismo permitieron, de alguna manera, la rectificación global de las imprecisiones y contradicciones propias a la concepción neoclásica.

En los trabajos de estos últimos años, se percibe una renovación de la teoría del delito. La confrontación radical y estéril de ambas concepciones ha sido superada. A partir de la convicción de que ninguna de ellas tomada unilateralmente es suficiente para fundamentar todos los aspectos de la teoría del delito, se buscan nuevas perspectivas que tengan en cuenta los aportes positivos de ambas corrientes. En esta dirección, han desempeñado un papel decisivo, primero, los partidarios de la teoría de la acción social y, segundo, los autores que, como **Roxin**, tratan de renovar la noción del delito recurriendo a criterios que presuntamente se encuentran en la base de todo sistema penal racional y liberal. Esta nueva orientación se inspira en los progresos incontestables efectuados en el dominio de la política criminal y de la criminología.

La teoría del delito es un instrumento conceptual mediante el cual es posible lograr una aplicación racional de la ley penal a un caso concreto. Como es sabido, el solo conocimiento del texto de la ley es insuficiente para resolver un caso. Es preciso tener, además un cierto dominio del aparato teórico de la teoría del delito.

Ciertamente, la elaboración científica de la misma es sumamente compleja y requiere conocimientos metodológicos profundos, pero tal labor les corresponde a los teóricos del Derecho Penal. Pero la complejidad de la elaboración de la teoría del delito no se debe confundir con su utilización, ya que su uso no es demasiado complejo. Una teoría del delito adecuada permite, ante todo, ahorrar esfuerzos; y además, trabajar con un grado de seguridad en la resolución de los casos. Como tal la Teoría del delito ofrece dos ventajas:

- Proporciona un orden para el tratamiento de los problemas que presenta la aplicación de la ley a un caso.

- Proporciona una propuesta de solución de estos problemas.

Pero en la medida que la teoría del delito es una creación espiritual tanto el orden de soluciones que pueden darnos son discutibles: no hay solo una teoría del delito, sino varias, y sus soluciones difieren, en ocasiones, de una manera sustancial. La elección de la teoría del delito que se va a utilizar en la resolución del caso es, por lo tanto, un paso inicial de gran importancia.

2.2.2.3.- Elementos constitutivos del delito.

A.- La Acción.- Es la exteriorización de la personalidad del autor orientada a su resultado. Es la base de la construcción de la figura

delictiva. El delito es una acción típica. Interviene tanto la manifestación interna como la voluntad que orienta. Es un acto humano.

a.1. Elementos de la acción.

Se distinguen tres momentos:

- ☞ Como manifestación de la voluntad del agente.
- ☞ Un resultado típico. Exige la alteración de la realidad como consecuencia de la acción.
- ☞ Relación de causalidad.

a.2. Clasificación:

a. 2.1. Por Comisión.- Es el hacer positivo que viola la ley penal.

a. 2.2 Por Omisión.- Es el hacer que viola una norma preceptiva. Dejar de hacer algo que ordena la ley.

a.2.3. Comisión Por Omisión.- Es abstenerse de hacer lo que se esperaba que se hiciera. Es la acción que era esperada para evitar el efecto prohibido, por estar obligado jurídicamente a realizarlo.

2.2.2.4.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO.

Aspectos Generales:

La pena es la consecuencia jurídica principal del delito, en puridad la pena se asoma como un mal ante los hombres, pues significa precisamente la afectación de ciertos derechos y libertades de quien

lesiono o puso en peligro un bien jurídico protegido, sin embargo el mal que encierra la pena está ligada a la idea de necesidad²².

La privación de bienes jurídicos a uno de sus miembros repercute en detrimento de toda la sociedad, porque no solo lo que es malo para una parte lo es para el otro, sino porque el individuo al que se le priva de libertad, fundamentalmente, deja de cumplir un papel activo que la sociedad podía exigirle²³.

La realización de un delito trae como consecuencia jurídica la imposición de una pena a su autor.

La pena se manifiesta como la privación o la restricción de derechos al condenado, y el Juez la señala en la sentencia, por tanto las penas pueden privar la libertad ambulatoria del sentenciado, pueden suspender en el ejercicio de sus derechos políticos o civiles o pueden también afectar su economía personal o su patrimonio.

Sin la pena el ordenamiento jurídico, dejaría de ser orden coactivo y quedaría rebajado a un nivel de simple recordación no vinculante²⁴.

La pena es un elemental recurso al que tiene que acudir el Estado para hacer posible la convivencia entre los hombres.²⁵ Una sociedad que quiera renunciar al poder punitivo renunciaría a su propia existencia²⁶.

²² PEÑA CABRERA, Raúl: Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la parte general: 3m. Edic. Grijey. 1997. Pág.94.

²³ MAPELLI CAFF ARENA, Borja) TERRADILLOS BASOCO, John: Las Consecuencias Jurídicas del delito. Madrid. 1990. Pág. 18.

²⁴ JEICHECK, Hans Hcmrich: Tratado de Derecho Parte General. 4ta. Edic. Comares. Granda, 1993, Pág. 56.

²⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: Tiene future la Dogmática Jurídica - Penal? En su estudio de Derecho Penal. Tecnos. Madrid. 1990. Pág. 148.

²⁶ MAURACH Reinhart: Tratado de Derecho Penal. T. I.f Ariel. Barcelona. 1962, Pág. 63

El Código Penal vigente ha incorporado un catálogo de penas donde destacan la reducción del número de penas privativas de libertad y la inclusión de nuevas sanciones penales que tienen como característica limitar el uso de la prisión para los delitos de mayor gravedad.

La pena tiene función preventiva, protectora, retributiva y resocializadora. Se acoge a la "TEORIA DE LA UNION": retribución con fines preventivos.

En consecuencia, toda pena presupone culpabilidad del sujeto cuando cometió un hecho en el pasado, por lo tanto la culpabilidad es presupuesto de la pena.

2.2.3.- EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y SU FUNCIÓN.

2.2.3.1.- Concepto de bien jurídico: Desde el punto de vista conceptual, el bien jurídico se denomina con los más diversos nombres: "interés", "potencial", "Unidad funcional de valor", "función", "participación", bien vital, "valor objetivo", "imagen ideal" o "estado"; sin embargo estas denominaciones no siempre reflejan un contenido específico del objeto designado, son más bien soluciones de compromiso o simples conceptos vacíos – tales como "estado", "interés".

Por otro lado, se podría definir el concepto de bien jurídico de un modo genérico, como "interés humano necesitado de protección jurídico penal".

2.2.3.2.- Protección de los bienes jurídicos: Menos pretenciosa es la opinión que vincula el Derecho Penal con la protección de bienes jurídicos, pues según esta tesis, es suficiente con que el Derecho

penal proteja "bienes vitales" como la vida, la libertad, la salud, la propiedad o la seguridad en el tráfico; bienes que por tanto son indispensables para la convivencia humana en sociedad y que, por eso mismo, deben ser protegidos por el poder coactivo del Estado a través de la pena pública.

2.2.3.3.- Fines de la teoría sobre el bien jurídico: En favor de ésta teoría hablan muchos argumentos.

- ☞ *Pone en estrecho la determinación de la misión del Derecho penal con el criterio de la justicia que utiliza la política criminal a la hora de determinar que es los que merece una pena, pues vincula dicha misión a una cualidad visible del comportamiento de pena. Esta cualidad no es otra que la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.*
- ☞ *Otra de las ventajas de la teoría del bien jurídico es que el mejor argumento contra la teoría que considera al delito como lesión de un deber, y el Derecho penal como la protección de un "mínimo ético". La teoría del bien jurídico ofrece un sustrato empírico al que están vinculados el legislador penal y los derechos de actuación que la ley penal formula.*
- ☞ *La teoría del bien jurídico enriquece, además, al Derecho penal con una matización que hace más comprensible su misión y su sistema, al diferenciar las funciones del bien jurídico entre aquellas que son inmanentes al sistema jurídico (tales como la clasificación de delitos en la Parte Especial, o los límites del consentimiento o la legítima defensa.*

☞ Finalmente, la teoría del bien jurídico puede hacer plausibles, más claras y justas, las decisiones del legislador respecto al ámbito y técnica de protección. Si la lesión o puesta en peligro del bien jurídico constituye el núcleo de la determinación del merecimiento de la pena, todas las cuestiones relativas al grado de lesión o puesta en peligro (tales como la anticipación de la punibilidad a simples situaciones periféricas de peligro).

☞ En resumen: La determinación de la misión del Derecho penal, con ayuda del concepto bien jurídico, ofrece al legislador un criterio plausible y práctico a la hora de tomar sus decisiones, y al mismo tiempo, un criterio externo de comprobación la justicia de esas decisiones. Este criterio, al mismo tiempo que utilizable, debe ser fácilmente aprehensible a fin de evitar que el legislador pueda amenazar con una pena todo "lo que, en su opinión, deba ser mantenido intacto y sin alteración alguna". La idea del bien jurídico conduce, por tanto, a una Política Criminal racional: el legislador penal debe medir sus decisiones con criterios justos y claros, utilizándolos, al mismo tiempo, para su justificación y crítica. Todo aquello que nada tenga que ver con la protección de los bienes jurídicos debe ser excluido del ámbito del Derecho Penal.

2.2.3.4.- Bien jurídico y Objeto de Acción²⁷: Sería bueno que por bien jurídico pudiera entenderse "algo concreto realmente existente", bastaría entonces con que el legislador se remitiera a algo visible facilitando así el control de su decisión, pero esta vía está vedada por dos razones: **Primera,** de estas razones se basa en una

²⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal", Editora. Tirant Lo Blanch, Valencia N° 1989, pág. 103-112.

diferenciación conceptual razonable que la teoría del bien jurídico ha desarrollado hace ya tiempo; una cosa es el bien jurídico y otra cosa el "objeto de acción". Así por ejemplo, en el hurto, una cosa es la propiedad (bien jurídico) y otra cosa es la "cosa mueble ajena" (objeto de la acción); y en la falsificación de moneda, una cosa es el tráfico monetario (bien jurídico) y otra cosa es la moneda concretamente falsificada (objeto de acción). **Segunda:** Al Derecho penal no le interesa tanto el "algo concreto", como el interés general que se materializa en ese algo. Todo ello demuestra las dudas que surgen cuando se trata de delimitar el substrato empírico que propiamente va a servir de fundamento a las conminaciones penales del legislador.

c) **Bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos universales:** *Desde hace tiempo, la teoría del bien jurídico distingue entre bienes jurídicos "individuales" (vida, libertad, salud, propiedad...) y bienes jurídicos "universales" (seguridad del Estado, Administración de Justicia, Orden Económico, seguridad del tráfico...); esta distinción es muy útil para determinar si una persona (y cuál) puede consentir válidamente en la lesión de un bien jurídico y puede defenderse contra una agresión a "su bien jurídico"; en ese sentido, el bien jurídico afectado en cada caso pertenece al que lo consiente o se defiende, así los bienes jurídicos se distinguen, según el titular y capacidad dispositiva sobre los mismos, en bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos comunitarios (Del Estado, de la Sociedad); sin embargo lo que se discute es la extensión que debe darse a tal distinción y cómo debe configurarse en el caso concreto, ésta cuestión se enfrentan las teorías "dualistas" con las teorías "monistas".*

☞ **Teorías dualistas y monistas:** Desde el punto de vista dualista, se mantiene la distinción admitiendo que hay dos clases de bienes jurídicos (Individuales e Universales). Por otro lado, para las teorías monistas sólo hay, en cambio, dos posibilidades de concebir el bien jurídico y ambas posibilidades se excluyen entre sí. **1)** O se le concibe desde el punto de vista del Estado, considerando en este caso los bienes jurídicos individuales (vida, salud, etc...) como simples atribuciones jurídicas derivadas de las funciones del Estado. **2)** O se le concibe desde el punto de vista de la persona, considerándose entonces que los bienes jurídicos universales sólo son legítimos en tanto sirven para el desarrollo personal del individuo”.

☞ **Teoría personalista del bien jurídico:** Entre las teorías monistas han sido los bienes jurídicos universales (economía y medio ambiente) los que han dominado la discusión político criminal de los últimos años; ello es sin duda una consecuencia de una “modernización del Derecho Penal” que ha tenido que adaptar a la evolución y cambio social. Pero esto, no es ninguna razón o motivo para concebir el bien jurídico desde el prisma de los bienes jurídicos individuales y considerar que los bienes jurídicos no son más que los derechos que de ellos derivan. Más bien sucede lo contrario, en una época en la que socialización es cada vez mayor, el Derecho penal debe reflexionar sobre si los intereses de la persona no debe ser favorecidos frente a la sociedad y el Estado.

2.2.3.5.- Valor de una teoría personalista del bien jurídico: El valor del bien jurídico, así concebido para la Política Criminal y para la “función” del Derecho Penal, no consiste en ser una especie de salvo conducto de toda *ratio legis* de las normas penales, sino en la posibilidad de ofrecer argumentos a la hora de aplicar el derecho penal y elaborar una Política Criminal clara, controlable y orientada a la persona.

En este sentido la concepción personalista del bien jurídico lucha por una política del Derecho Penal, vinculada a principios y que se justifique y mida sus decisiones en función de si protegen intereses humanos dignos de protección.

2.2.3.6.- Los bienes jurídicos – penales como concreción de los intereses reales de los ciudadanos:

Si el derecho penal ha de estar al servicio de los seres humanos, habrá de proteger intereses reales de éstos, ya sean directamente vinculados a su individualidad, como la vida, la integridad física, la libertad sexual, el patrimonio, etc.

Los bienes jurídico-penales han de verse como concreciones de estos intereses reales de los individuos, directos o indirectos que merecen por su importancia fundamental la máxima protección que supone el Derecho penal. Así entendidos, han de constituir la referencia básica para determinar la función del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho.

2.2.3.7.- El principio de proporcionalidad como ponderación de intereses protegidos y afectados por la intervención penal²⁸:

La grave intromisión de los derechos fundamentales que representan las penas y las medidas de seguridad ha de estar sujeta al mismo principio que debe legitimar cualquier afectación de derechos fundamentales por parte del Estado: el Principio constitucional de proporcionalidad, según éste, tales intervenciones estatales requieren tres condiciones: 1) Necesidad de la afectación, 2) Idoneidad de la misma para conseguir su objetivo, 3) Proporcionalidad en sentido estricto entre la lesión de derechos que supone la intervención estatal y el beneficio social que con ella se obtiene.

En el Derecho penal los bienes jurídico-penales son los puntos de referencia de estas exigencias del principio constitucional de proporcionalidad. La necesidad e idoneidad de la intervención penal lo han de ser para la protección de bienes merecedores de protección, esto es, de intereses directa o indirectamente fundamentales para los ciudadanos.

2.2.3.8.- El bien jurídico protegido según Gunter Jakobs.²⁹

Según Gunter Jakobs, el Derecho penal no protege bienes jurídicos sino la vigencia de la norma, esta opinión lo da basado en la teoría funcionalista, Jakobs rechaza (...) la protección de bienes jurídicos como finalidad última del Derecho penal y en su reemplazo postula la "vigencia de la norma". Además sostiene que: "...el derecho no es un muro de protección colocado alrededor de los bienes, sino que es una relación entre personas". Por lo tanto, encuentra errado partir de la

²⁸ MIR PUIG; Santiago; "Estado Pena y Delito", Euros Editores S.R.L, Impreso en Buenos Aires - Argentina, Agosto del 2013, pág. 339.

²⁹ Montealegre Lynett, Eduardo. El funcionalismo Penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

tesis de la preexistencia de bienes previos al Derecho penal, o constituidos por éste, afirmando que “...**el Derecho penal (...) no garantiza la existencia de los bienes jurídicos sino sólo que las personas no ataquen esos bienes**”.

Debemos tener presente que el rechazo al bien jurídico como objeto de protección penal no es un fenómeno reciente ni es una tesis exclusiva de JAKOBS, ya desde 1930 surgieron voces que rechazaban el concepto por encontrarlo como un producto del liberalismo del siglo XVIII, el cual se veía como una amenaza a los postulados del comunitarismo o del nacionalismo naciente de la década de los 30 en Alemania. No obstante, Jakobs no rechaza el concepto por encontrarlo como un producto del liberalismo sino por objeciones dogmáticas y metodológicos que le parecen insuperables en una teoría sobre el objeto de protección penal.

Jakobs parte de las teorías sociológicas funcionalistas para explicar el Derecho penal. Se inspira en la teoría de sistemas de Luhmann y entiende que el enfoque normativo funcionalista es el correcto para abordar la dinámica del Derecho. En Luhmann el Derecho se entiende como un subsistema social, “...cuya función última es reducir el desequilibrio de complejidad entre el ambiente y el sistema, facilitando la generalización de expectativas de conducta que disminuyan el riesgo de frustración”; así bajo este análisis, Jakobs sostiene que no es posible proteger objetos físicos o semejantes bajo una relación jurídica, sino expectativas normativas, conductas de rol, desde un enfoque normativo del Derecho penal como un subsistema del control social: (...) desde el punto de vista del derecho penal, el bien aparece exclusivamente como pretensión del titular de que éste sea respetado; dicho de otro modo, desde el punto de vista del derecho penal el bien no ha de representarse como objeto físico o algo similar, sino como norma, como expectativa garantizada; y es

que cualquier otra cosa sería muy extraña: ¿cómo podrá representarse el derecho en cuanto estructura de la relación entre personas, es decir, el derecho como espíritu normativo, en un objeto físico?. Así, el delito no se entiende como lesión de bienes jurídicos, sino como lesión de una norma, "...como infracción de un rol, como infracción de deber (...) es lo que protege el derecho penal en un sentido global: no bienes, sino la vigencia de la norma". El daño no se produce en un bien perteneciente al individuo, sino que el daño característico del delito ha de localizarse dentro del sistema social: lo relevante, a efectos lesivos, es la perturbación del orden, de las normas que mantienen la estructura social, de la vigencia del ordenamiento. El daño no puede entenderse entonces "...como algo fáctico, material, "sensible", sino (...) como un daño "simbólico", inmaterial, perteneciente al ámbito de lo comunicativo" (Alcácer, 2003, 80). La finalidad de protección del Derecho penal es pues la norma de conducta, el deber. El bien jurídico como objeto extra penal carece de relevancia.

El rechazo del bien jurídico por parte de Jakobs viene dado desde su concepción normativista de la sociedad y su ataque al enfoque causal-naturalista. Jakobs rechaza que el ámbito de lo protegible en el Derecho penal sean realidad físicas, ontológicas. Su concepción del delito como "quebrantamiento de la vigencia de la norma" sólo atiende al significado de la conducta para el ordenamiento jurídico prescindiendo de la realidad fáctica que le precede. Circunscribe el ámbito de lo protegible en el Derecho penal al mundo normativo, ideal, a la valoración del objeto y no al objeto valorado

La teoría de Jakobs descalifica la asunción de realidades físicas, o bienes, como el ámbito de lo protegible en el Derecho penal. Jakobs parte de un método sociológico que sirve para describir y explicar la dinámica del Derecho en general y en particular, el Derecho penal.

2.2.3.9.- El bien jurídico protegido según Claus Roxin.³⁰

ROXIN define al bien jurídico conceptualmente como "realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin".³¹

El profesor Roxin, en su posición doctrinaria declara su interés de efectuar una presentación de sus sistemas de derecho penal en una "versión muy breve", señala que el "injusto penal" debe ser apartado del trabajo de los *ius* penalistas y del derecho penal, y por cierto, la culpabilidad, en su versión sistemática (propia del sistema del análisis jurídico-penal) debe abstraerse de la finalidad de la pena. Agrega con vehemencia que "ambos no son lo mismo". El derecho penal, apelando a sus prescripciones y prometiendo protección, busca relacionarse directamente con los ciudadanos. La pena, el castigo, la sanción, sólo tiene relación con el delincuente mismo y no se relaciona con la sociedad de manera inmediata. Mira, por cierto, a la estructura preventiva general del tipo que expresa las reglas de conducta dirigidas a todos los ciudadanos que poseen un nivel, en opinión de su autor, el mismo nivel del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, y el preconizado por él, de la "imputación objetiva".

Indica que la tarea del derecho penal, de la cual se desea derivar la estructura del injusto, es la de "asegurar a los ciudadanos una convivencia pacífica y libre bajo el resguardo de todos los derechos humanos reconocidos a nivel internacional". La afirmación proviene del modelo rousseauiano del contrato social, donde son los

³⁰ Roxin, Claus, "Palabras previas del autor a la segunda edición española", en *id.*, *Política criminal y sistema de derecho penal*, trad. e introd. de Francisco Muñoz Conde y José Luis Hammurabi, 1a. reimpr. de la 2a. ed., Buenos Aires, Desalma Impresor, 2008, p. 7.

³¹ ROXIN, Claus; ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? pp. 124. En *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 2008. También en, *La teoría del bien jurídico...*, pp. 448.

ciudadanos los que entregan al Estado las facultades para organizar la vida en sociedad, por tanto, los mismos y no el Estado son los detentadores del poder y los que exigen la protección de sus derechos. Las prohibiciones que el Estado establece son acotadas o limitadas para asegurar la libertad y seguridad de las personas. Se excluyen prohibiciones que atenten contra estos valores, así como las que sean de carácter moralizante o paternalistas, y sólo puede castigar el "daño al otro", llevando la idea de la muerte por piedad a la posibilidad de las personas mayores que así lo deseen sin que puedan ser castigadas.

Roxin, define a los bienes jurídicos como "circunstancias dadas que son indispensables para una convivencia pacífica y libre de las personas" y ejemplifica a los mismos como la vida, propiedad y otros. Son estas "circunstancias dadas", o lo que es lo mismo, bienes jurídicos, los que posibilitan la vida en sociedad para la protección de derechos civiles, y la convivencia pacífica y libre. Estas son consecuencias político criminales. Por otra parte, podemos observar las consecuencias dogmáticas de esta forma de pensar, el que con ellas se fundamenta la teoría de la imputación objetiva (objeto principal de la teoría general del derecho penal). Esto para Roxin constituye el núcleo del injusto.

La protección de los bienes jurídicos es la tarea del derecho penal derivada de los fundamentos de la Constitución; el problema de esta afirmación es determinar cómo se garantiza por el ordenamiento jurídico tal protección; **Roxin** da como única respuesta: el ordenamiento jurídico "tiene que prohibir la creación de riesgos no permitidos para los bienes jurídicos protegidos penalmente e imputar al autor como acción típica, la realización de tales riesgos en un resultado que lesiona el bien jurídico".

2.2.3.1.- El bien jurídico protegido en los delitos de peligro concreto y abstracto.

a) Relación entre los conceptos de lesión y de peligro.³²

La ofensa al bien jurídico, que constituye la esencia del juicio de antijuricidad, puede consistir en una lesión o en una puesta en peligro de dicho bien jurídico.

La lesión del bien jurídico es un concepto normativo. Por tal, no sólo debe entenderse la destrucción o daño de un objeto material, sino también las ofensas inferidas a bienes jurídicos de tipo ideal que no tienen un sustrato material. Tan lesión es la destrucción de la vida o de una cosa ajena en los delitos de homicidio o daños, así como la ofensa al honor en el delito de injurias. Normalmente, la forma consumada de los tipos delictivos contiene una lesión del bien jurídico protegido en dicho tipo.

Junto a la lesión, en el Derecho Penal se castiga también la puesta en peligro de bienes jurídicos. Como vimos, el peligro es un concepto también normativo en la medida en que descansa en un juicio de probabilidad de que un determinado bien pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después esa lesión de hecho no se produzca. El juicio de peligro es, pues, un juicio ex ante, que se emite, situándose el juzgador en el momento en que se realizó la acción.

Para establecer si la acción realizada era peligrosa para un bien jurídico, es decir, si era probable que produjera su lesión, es preciso que el juzgador conozca la situación de hecho en la que se realiza la acción que está enjuiciando (conocimiento ontológico) y sepa además

³²https://www.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/documentos/revs_juds/revista_115/pdfs/010delitos.pdf

las leyes de la naturaleza y la experiencia por las que se puede deducir que esa acción, realizada en esa forma y circunstancias, pueda producir generalmente la lesión de un bien jurídico (conocimiento nomológico). Para saber por ejemplo, si A conducía peligrosamente su automóvil es necesario, primero, saber a qué velocidad lo conducía, por qué tipos de carreteras viajaba, que clase de auto conducía, etc., y segundo, deducir si, conforme a las reglas de la experiencia, era probable que, por esa forma de conducir y dadas las circunstancias, se produjera un accidente que provocara la muerte o la lesión de alguien. Si una vez hechas estas comprobaciones se deduce que no hubo tal peligro, el hecho dejará de ser antijurídico. Este concepto de peligro es también importante para establecer la idoneidad o la adecuación de una acción en relación con la producción de un determinado resultado: sólo la acción que considerada ex ante (es decir, situándose en el lugar del autor en el momento en que es realizada), es objetivamente peligrosa, puede servir de base para la imputación objetiva de un determinado resultado delictivo.

b) Delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto.

Delitos de peligro concreto son aquellos en que el respectivo tipo penal exige la causación efectiva y cierta de un peligro. En consecuencia, tales delitos sólo se consuman cuando se ha producido realmente el peligro, lo cual obliga a demostrar esa circunstancia en cada caso particular. Nos dice Bacigalupo que: "La teoría ha distinguido tradicionalmente entre delitos de peligro concreto, en los que el bien jurídico debe haber sufrido un riesgo real de lesión, y delitos de peligro abstracto, en los que ese riesgo real no es

necesario. La realización del tipo objetivo en los delitos de peligro concreto requiere, además de la acción, el peligro real sufrido por el bien jurídico protegido. Por el contrario, en los delitos de peligro abstracto es suficiente la comprobación de la acción. Por este motivo, estos últimos no se diferencian de los delitos de pura actividad. La distinción entre delitos de peligro abstracto y concreto resulta acaso superflua: sólo interesan los delitos de peligro concreto”.³³

Al respecto nos dice Roxin que los delitos de peligro concreto: “son aquellos delitos que requieren que en el caso concreto se haya producido un peligro real, cierto, manifiesto y evidente para un objeto protegido por el tipo penal. En otras palabras, son aquellos en que el respectivo tipo penal exige la causación efectiva y cierta de un peligro; por esa razón, estos delitos sólo se consuman cuando se ha producido realmente un peligro, lo cual obliga a demostrar esa circunstancia en el caso particular.

Los delitos de peligro son delitos de resultado. Este peligro se comprueba por medio de una reconstrucción de los hechos posterior que contenga una visión objetiva de lo sucedido; si falta un peligro de resultado, el hecho tampoco será imputable aunque se produzca una efectiva puesta en peligro. En el peligro de resultado debe haberse realizado en un resultado que suponga un resultado de “peligro concreto” que ha de incluir todas las circunstancias conocidas con

³³ Bacigalupo, Enrique, Derecho Penal, Parte General, 1999, p. 312

posterioridad a la acción que la originó, y ello debe incluir, en primer lugar, que exista un objeto de la acción y que haya entrado en el ámbito operativo de quien lo pone en peligro, y en segundo lugar, la acción incriminada tiene que haber creado el peligro próximo de lesión de ese objeto de la acción.³⁴

Delitos de peligro abstracto son aquellos cuyo tipo penal no sólo no requiere la causación de un daño sino que tampoco exige la causación efectiva y cierta de un peligro; más bien, lo que ocurre es que, en la base de estas figuras, existe la suposición legal de que se trata de conductas que representan normalmente un peligro para determinados bienes jurídicos. Por ello, algunos autores han indicado que se trata de una presunción "juris et de jure" de peligro; es decir, una presunción que no admite prueba en contrario.

Dicho en otras palabras, basta probar la existencia de la conducta para que quede demostrada también la existencia del peligro; de modo que este último se entiende como una consecuencia necesaria de la realización de la figura penal. La diferencia entre los delitos de peligro concreto y de peligro abstracto puede ser ejemplarizado de la siguiente manera: "si una persona conduce bebida y después de observar cómo un ciclista se cruza directamente en su trayectoria, consigue en el último segundo, con un giro de volante esquivar a

³⁴ Roxin Claus, Derecho Penal Parte General, 1ª Edición, Madrid, España, Editorial Civitas, 1997, p. 336

éste, puede ser condenado por un delito de peligro concreto. Un caso de peligro abstracto en éste mismo ámbito podría venir referido a la condición bajo la influencia de bebidas alcohólicas sin provocar una situación crítica, es decir, cuando uno conduce en un grave estado de ebriedad y sin embargo no produce una situación crítica”.

Es importante mencionar que la doctrina ha distinguido entre delitos de peligro abstracto formales y delitos de peligro abstracto materiales. Los primeros, los que contienen conductas que no afectan ningún bien jurídico, son los que han sido declarados inconstitucionales por la Sala Constitucional. En los delitos de peligro abstracto materiales, en definitiva el legislador parte de que una conducta es peligrosa para el bien jurídico protegido, ello de acuerdo con las reglas de la experiencia, no siendo necesario que en el caso concreto se demuestre que el bien jurídico haya corrido peligro. En general, sin embargo, se admite que en los delitos de peligro abstracto se requiere la idoneidad del peligro, de modo que se admite la prueba en contrario de que el bien jurídico protegido no corrió peligro.

2.2.4.- LA PENA.

2.2.4.1.- CONCEPTO DE PENA: Etimológicamente la palabra pena proviene del latín *poena*, que significa castigo, tormento físico, padecimiento y sufrimiento.

La pena es la sanción aplicable a quien viola la norma jurídica prohibitiva, es decir es un "mal" que debe imponerse al culpable o responsable de la comisión de un delito.

Para Fernández Carrasquilla "...La pena es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para conservar el orden jurídico..."³⁵

Para Villalobos, "...La pena es un castigo impuesto por el poder público al delincuente, con base en la ley, para mantener el orden jurídico..."³⁶

También se le considera a la pena como una figura previamente creada por el legislador, en forma escrita y estricta, al amparo del "principio de legalidad", donde toda persona debe ser castigada si el hecho está previsto en la ley como delito con anterioridad a la comisión del mismo. Este principio, es el pilar del Derecho Penal, representado por el apotegma latino: *nullum crime, nulla poena sine lege*.³⁷

³⁵ FERNANDEZ CARRASQUILLA. Juan: -Derecho Penal Fundamental": T. II. Pág. 414; quien precisa como nota de la pena el ser costosa.

³⁶ La pena no pierde su calidad de mal aun cuando una persona comete un delito para lograr obtener un beneficio de la cárcel como comida o un lugar donde dormir como apunta Solar Sebastián: Derecho Penal Argentino; T. II. P "La pena sigue siendo un mal porque el Derecho Valorara más la libertad que él , propio bienestar".

³⁷ Su fundamento constitucional se encuentra en el artículo 2º Inc. 24º. Lit. (d). de la Constitución (1993). que indica que: "nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca. como infracción punible: ni sancionado con pena no prevista en la Ley".

La pena solo está justificada allí donde el comportamiento prohibido perjudique de manera insoportable la coexistencia libre y pacífica de los ciudadanos y no sean adecuados para impedirlos otras medidas jurídicas y político sociales menos radicales.³⁸

Con respecto a la Pena argumenta el jurista Pedro Víctor Ramos Billón³⁹: Decir pena es referirnos a la sanción que sufrirá el delincuente como castigo por el delito que ha cometido. En efecto, la pena es la reacción a una acción ilegítima ocasionada por el sujeto agente y por medio de la cual se busca tanto el castigo al infractor así como una reparación no solo al agraviado sino también a la sociedad buscando restablecer el orden quebrado con tal proceder.

Finalmente, considero que la Pena es la sanción o castigo impuesta por la Ley, y establecida en caso de cometer alguna de las acciones u omisiones típicas, antijurídicas y culpables descritas en nuestro ordenamiento jurídico-penal, a través de un debido proceso por el cual el delincuente ha sido condenado en sentencia firme por el órgano jurisdiccional competente.

2.2.4.2.- CARACTERÍSTICAS DE LAS PENAS:

Son las siguientes:

Personalidad.- Por cuanto la misma actúa exclusivamente sobre la persona del delincuente, no siendo transmisible a ninguna otra persona.

Legalidad.- Esta característica está referida a que toda pena necesariamente debe de estar establecida en la

³⁸ ROXIN GLAUS: Problemas básicos del Derecho Penal, Reus. Madrid. 1976: Pág. 32.

³⁹ RAMOS VILLON. Pedro Víctor. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Editorial Fecat - ETRL. Edición 3a. Lima - Perú: Pág. 130.

Ley penal correspondiente, en atención a que si un hecho se describe como delito, entonces su realización acarreará una sanción para el responsable.

Proporcionalidad.- Para imponer una pena, el Juez deberá basarse no solo en la gravedad del delito cometido, sino también en el entorno íntimo del delincuente tales como su cultura, costumbres; todo lo cual está debidamente descrito en los Arts. 45°, 46° y 46°-A del Código Penal que establece claramente las condiciones determinantes de la pena dentro de los límites mínimo y máximo legalmente establecidos.

2.2.4.3.- OBJETO DE LA PENA.

La pena tiene como objeto:

a) Ser correctiva - La pena para quien se aplica debe ser para corregirlo, es por ello que los centros penitenciarios deben proporcionar la readaptación de los delincuentes para que estos no vuelvan a delinquir.

Esta finalidad en muy pocas ocasiones se logra complementar en virtud de que nuestros centros penitenciarios que se encuentran en la nación no cuentan con el material humano y otros materiales que se utilizan para readaptar a los delincuentes que en ellos se encuentran reclusos, razón por la que cuando son liberados e incluidos de nueva cuenta a la sociedad para su convivencia, estos vuelven en su mayoría a delinquir.

b) De Protección.- Porque deben encaminarse a la protección de la sociedad, al mantener el orden social y jurídico.

Bien las leyes penales tienden a proteger a los integrantes de la colectividad, en razón a los demás fines que lleva implícita la propia pena, es decir si tenemos conocimiento de que al cometer un delito no nos impondrá la pena correspondiente ello sirve para que los integrantes de ese grupo social se intimiden ante el temor que la pena señalada para esa conducta o hecho se le pueda aplicar manteniendo así el orden social, y en caso de que una de las personas integrantes de esa colectividad sobrepasara esta esfera, realizando el acto que la ley contempla como delito, será menester para mantener el orden jurídico, aplicarle la pena con que se sancione el mismo.

c) **De Intimidación.-** Debe cumplir una función de amenaza hacia los demás integrantes de la sociedad, con el objetivo de no delinquir. Obrar no solo sobre el delincuente, sino también sobre los demás ciudadanos pacíficos mostrándoles mediante su conminación y ejecución, las consecuencias de la conducta delictuosa vigorizando así sus sentimientos.

d) **Ejecución.-** Las consecuencias de la conducta delictuosa, vigorizando así sus sentimientos de respeto a la ley y creando en los hombres el sentido moral escaso, por razones de propia convivencia, motivos de inhibición para el porvenir.

e) **Ejemplar.-** La pena debe servir de ejemplo tanto a quien la sufre, como a la colectividad.

2.2.4.4.- CLASIFICACIÓN DE LA PENA:

Existen varios criterios, a través de los cuales podemos clasificar a la pena:

POR SUS CONSECUENCIAS - TENEMOS:

a) Reversible.- El efecto dura el tiempo que dure la pena, después de ello el sujeto, recobra su situación anterior, y las cosas vuelven al estado en el cual se encontraban. En este ámbito de ideas, debemos entender que la pena no afecta la integridad física del delincuente.

b) Irreversible.- Esto es lo contrario de lo anterior, porque su efecto impide que las cosas vuelvan al estado en el cual se encontraban anteriormente, aquí podemos citar la pena corporal o bien la pena de muerte.

POR SU APLICACIÓN:

a) Principal.- Es la que resulta del juzgador en consecuencia a una sentencia, también se le denomina pena fundamental.

En esta consecuencia la finalidad primordial es el segregamiento del delincuente o bien aplicarle un castigo por su acción.

POR LA FINALIDAD QUE PERSIGUE:

a) Correctivo.- Vemos que éste es el sentido humanitario que le dan a la pena, Beccaria y sobre todo Howard al hacer su estudio sobre los centros penitenciarios de Europa en

donde se dio cuenta del estado inhumano en que se encontraban las prisiones en esa época.

b) Intimidatorio o Preventiva- Como ya se dijo a través de la pena se trata de que los integrantes de la sociedad no delinca al ver que por sus actos se imponen sanciones que se encuentran previstas en la ley.

POR EL BIEN JURÍDICO QUE AFECTA:

a) Capital.- En nuestro Estado este tipo de pena no se encuentra contemplada, ya que está prohibida la imposición de la pena de muerte.

2.2.4.5.- JUSTIFICACIÓN DE LA PENA: La pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida, es decir la convivencia de personas en una comunidad en paz social y en Justicia, porque sin la pena, la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible.

En consecuencia, la justificación de la pena reside en la necesidad del Estado de mantener el orden jurídico entendido como condición fundamental para la convivencia humana dentro de una sociedad.

2.2.4.6.- NATURALEZA DE LA PENA: La Pena es un juicio de desvalor ético social de carácter público que recae sobre el delincuente por haber incurrido en una infracción jurídica. Por ello se afirma que tiene un acento negativo y por ende el carácter de "mal", es decir que toda pena consiste en la injerencia voluntaria en la esfera jurídica del agente culpable.

2.2.4.7.- SENTIDO DE LA PENA: Radica en considerar que las ideas básicas o criterios para determinar el sentido de la pena son: La retribución y la Prevención. El punto de referencia de la retribución es la "culpabilidad", mientras que en la prevención es la "peligrosidad que radica en el delincuente".

2.2.4.8.- FUNDAMENTO DE LA PENA: La existencia de la pena radica en que al ocasionarse un daño a la víctima, necesariamente se da un estado de inseguridad social, es decir, que la sociedad exige una tutela jurídica por parte del Estado frente aquellos actos ilícitos que lesionan bienes jurídicos protegidos por la ley; entonces, se debe sancionar al infractor, no solo privándole de su libertad o restringiéndole sus derechos, sino también buscando la reparación del daño ocasionado así como su readaptación a la sociedad.

Ahora, estas teorías han constituido el objeto de la llamada "lucha de Escuelas", que durante muchos años ha sido el punto de quiebre de discusiones y polémicas en la Ciencia del Derecho Penal.

A continuación se expondrá sucintamente los tres puntos de vista principalmente mantenidos, distinguiéndose tradicionalmente, las teorías absolutas, teorías relativas y las teorías eclécticas o de la Unión.

2.2.4.9.- FUNDAMENTO POLÍTICO DEL DERECHO PENAL Y FUNCIÓN DE LA PENA.

Cada uno de los modelos de Estado, han supuesto una peculiar fundamentación del Derecho Penal, y como consecuencia, de determinadas posibilidades de concebir la función de la pena – lo que es confirmación de que la función de la pena depende de la función que se atribuye al Estado.

- a) **La función de la pena en el Derecho penal liberal**: Bajo la vigencia del Derecho penal liberal, se atribuyó a la pena tanto una función de prevención de delitos, como la retribución por el mal cometido. La fundamentación del Estado y del Derecho liberales en el contrato social, concebido como pacto de los hombres suscriben por razón de utilidad, conducía a designar a la pena la función utilitaria de protección de la sociedad, a través de la prevención de delitos, cuya esencia se veía, en un principio, en constituir un "daño social".
- d) **La función de la pena en el Derecho Penal intervencionista**: El Derecho penal liberal permitió atribuir a la pena tanto una función de prevención como de retribución, según se concibiese al servicio del hombre; el Derecho penal del Estado social, no podía sino conferir a la pena la función de prevención. El nuevo planteamiento social, que llevaba al Estado a intervenir activamente en la vida efectiva de la sociedad, debería reflejarse en lo penal atribuyendo a la pena el cometido de lucha contra el delito, en el sentido de lucha contra la delincuencia como fenómeno real de la existencia social. No se trataba sólo de realizar una justicia ideal exigida por la razón, sino de combatir eficazmente, en el terreno de los hechos, una criminalidad que iba en aumento a lo largo del siglo XIX.
- e) **Derecho Penal totalitario y Derecho penal democrático - La función de la Pena en el Estado social y democrático de Derecho**⁴⁰: El principio intervencionista, rector del Estado social, podía conducir y así sucedió en algunos países, a un Derecho penal más preocupado por la eficacia de sí mismo que por servir a todos los ciudadanos. La pena se convirtió a veces

⁴⁰ MIR PUIG; Santiago; "Estado Pena y Delito", Euros Editores S.R.L, Impreso en Buenos Aires - Argentina, Agosto del 2013, página. 104-108.

en un arma del Estado. Un Estado democrático a de evitar que se convierta en un fin en sí mismo o al servicio de intereses no convenientes para la mayoría de los ciudadanos, o que desconozca los límites que debe respetar frente a toda minoría y todo individuo.

El Derecho Penal, en un Estado social y democrático, no puede pues renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla por y para los ciudadanos. Ello podría concretarse del modo siguiente:

1.- El Derecho penal de un Estado social y democrático debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que debe tender a la prevención de delitos (Estado social), entendidos como aquellos comportamientos que todos los ciudadanos estimen dañosos para sus bienes jurídicos "bienes" no en un sentido naturalista ni ético individual, sino como posibilidades de participación en los sistemas sociales. Un Derecho penal debe, pues orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad.

2.-El Derecho penal de un Estado democrático de Derecho debe desarrollarse con estricta sujeción a los límites propios de principio de legalidad, tanto en su vertiente formal, solo puede establecer delitos y penas, disposiciones dotadas de rango de ley, anteriores al hecho enjuiciado, como en su realización material "exigencia de determinación" de las proposiciones jurídico penales.

3.-El planteamiento democrático no sólo debe servir a la mayoría, sino también respetar y atender a toda minoría, y todo ciudadano, en la medida que ello sea compatible con la paz social. Desde ésta perspectivas del Derecho penal, no sólo debe defensor de los delincuentes a la mayoría, sino que ha de respetar la dignidad del delincuente e intentar ofrecerle alternativas a su comportamiento criminal: a) Lo primero impide la imposición de penas incompatibles con la sensibilidad de nuestro momento histórico (torturas, muerte, etc), b) Lo segundo obliga a ofrecer al condenado posibilidades para su resocialización y re inserción social.

2.2.4.10.- LAS TEORÍAS DE LA PENA.

2.2.4.10.1.- Teorías Absolutas o Retributivas.

Tienen como sus máximos representantes a Kant y Hegel. Para ellos nos dicen que: la pena radica en la mera retribución, es decir, es la imposición de un mal, por el mal cometido.

Para Hegel, "...La pena es la afirmación del derecho que, fue negado por el delito, negación que solo se contesta con tras negación que es la pena es la negación de la negación del derecho"⁴¹...En esta teoría de la pena es retributiva: "ojo por ojo", "diente por diente" (*Ley del Talión*). De esta manera se libera de toda finalidad y se presenta únicamente como la imposición voluntaria de un mal para compensar la lesión jurídica cometida culpablemente.

⁴¹ HEGEL interpreta el hecho punible como "algo negativo"; es decir; como vulneración del derecho en el sentido de su negación. Esta vulneración alega una pretensión, como "vulneración de la vulneración", y así como "restablecimiento del derecho".

Las Teorías Absolutas de la Pena, tiene el fundamento jurídico y el sentido de esta únicamente en la retribución y a través de la cual se hace justicia al culpable de un delito. Caracterizándose únicamente como la imposición voluntaria de un mal para compensar la lesión jurídica cometida culpablemente. La base ideológica de las teorías absolutas radican en el reconocimiento del Estado como guardián de capacidad del hombre para auto determinarse.

Frente a esta posición existe la crítica a las teorías absolutas en cuanto a que la realización de la moralidad absoluta en la tierra no es una tarea que incumba al Estado ni corresponde a sus fines y medios, pues son muchos "los actos injustos que quedan sin castigar que los que se castigan.

El poder estatal lo único que puede interesarle al imponer una pena es mantener las bases de una pacífica y segura convivencia por medio de la coacción jurídica, en tal sentido la aplicación de la pena se dará cuando es imprescindible en interés de la comunidad.

La Retribución: La idea de retribución se sustenta en tres presupuestos que Son:

- ☞ La facultad del Estado de dar al culpable con la pena de aquella que se merece, es decir, debe partir del supuesto que se reconoce a la superioridad moral de la comunidad sobre el delincuente;
- ☞ La existencia de la culpabilidad y que esta pueda ser graduada de acuerdo a su gravedad; y

- ☞ Concordar la gravedad de la culpabilidad con la magnitud de la pena de tal forma que la condena se sienta merecida, tanto por el autor como por la comunidad.

En consecuencia, las Teorías Absolutas atienden solo al sentido de la pena, prescindiendo totalmente de la idea de fin. Para ellas, el sentido de la pena radica en la retribución, en la imposición de un mal por el mal cometido, es decir, es la imposición voluntaria de un mal para compensar la lesión jurídica cometida.

2.2.4.10.2.- Las Teorías Relativas o Preventivas.

Las teorías relativas son totalmente opuestas a las absolutas, para ellas la pena no es un fin en sí misma sino un medio de prevención, por eso se afirma que el sentido de la pena consiste en cumplir su tarea de impedir que se cometan en el futuro acciones punibles⁴².

Debido a las corrientes iluministas, las nuevas teorías penales de los siglos XVIII Y XIX habían estado ciertamente inclinadas por las ideas preventivas; sin embargo fue recién Feuerbach (1775 a 1833) quien a mediados del siglo XIX se distinguiera desde el punto de vista teórico entre Prevención General y Prevención Especial.

La Prevención: radica en que la pena es un medio de prevenir futuros delitos.

La prevención parte de tres presupuestos, el primero es la posibilidad de efectuar con suficiente seguridad un pronóstico del comportamiento humano en el futuro, el segundo es que la pena se adecue a la peligrosidad con tal exactitud que pueda aparecer por lo menos como probable el resultado preventivo y el tercero es que a

⁴² JESCHECK, Hans Heirich; "Tratado de Derecho Penal"; Editorial BOSCH; Barcelona 1981; Pág. 98.

través de los elementos de intimidación, corrección y seguridad que hay en la pena pueda ser combatida eficazmente la tendencia a la criminalidad, basada en su labor socio pedagógica durante su ejecución.

La prevención se clasifica en prevención general y especial:

Prevención (general.- Se produce cuando el resultado de la prevención incide en la totalidad de los ciudadanos, y esta se da a través de la comunicación penal contenida en la ley. El Estado no solo propone la intimidación del presunto delincuente por medio de la amenaza de una pena, sino que pretende fortalecer la conciencia jurídica de la comunidad con leyes penales justas y con su aplicación igualitaria y proporcionada.

Prevención Especial, llamada también individual, se dirige al condenado mismo, a fin de que la lección que recibe con la pena debe de apartarlo de futuros errores y educarlo para que se adapte a las ideas sociales dominantes de la comunidad en la que se desenvuelve.

En la ejecución de una pena privativa de libertad, su cumplimiento debe estar orientado a la resocialización, formando intelectual y técnicamente al condenado, es decir, reforzando su sentido de responsabilidad y orientando su participación activa en el centro de reclusión donde cumple con la pena impuesta.

Al respecto, Luís Miguel Bramont - Arias⁴³, dice "las penas buscan la prevención del delito respecto del autor que cometió el ilícito penal, es decir que el sujeto no vuelva a delinquir". Se trata de

⁴³ BRAMONT -ARIAS TORRES. Luís Miguel. Ob.cit. Pág. 76.

prevenir el delito resocializando o rehabilitando al delincuente - Artículo IX del Título Preliminar del Código Penal.

No se impone una pena porque es necesario intimidar a delincuentes en potencia o porque se estime que es necesario someter a tratamiento al agente, se le castiga porque culpablemente ha cometido una infracción. El "para que" se castiga, puede determinar una disminución o suspensión de la sanción, pero no sobrepasar en intensidad los límites de la culpabilidad".⁴⁴

En conclusión, las teorías relativas atienden al fin que se persigue con la pena, es decir, con una prevención general y especial, en donde la prevención radica en que la pena es un medio de prevenir futuros delitos, en otras palabras es controlar la peligrosidad de una determinada persona, adoptando medidas para asegurar que el C sujeto no delinquirá o no vuelva a delinquir nuevamente.

2.2.4.10.3.- Teorías de la Unión.

Se intenta combinar los elementos legitimantes de las teorías absolutas y de las relativas en una suerte de teoría unificadora. Se conmina con ciertos matices la retribución, la prevención general y la prevención especial.

Las teorías mixtas, eclécticas o de la unión tratan de mediar entre las teorías absolutas y relativas como una solución en la lucha de Escuelas, es decir recogen de una y de la otra lo mejor y no llegan a satisfacer totalmente a nadie. Esto se debe a que las teorías de retribución y prevención resultan antípodas, por lo tanto, no pueden subordinarse el uno al otro, sino coordinarse mutuamente.

⁴⁴ HURTADO POZO. José. "Manila] de Derecho Penal. Parte General". Edit. EDDILI. Lima - Perú. 1987. Pág. 50.

La retribución mira al pasado, al delito cometido; la prevención, al futuro, a evitar que se vuelva delinquir.

Las teorías de la unión, en sus distintas variantes tienen, sin embargo el mérito de haber superado la parcialidad, tanto de las teorías absolutas como de las relativas. Ninguna de estas dos teorías, puede comprender el fenómeno de la pena en su totalidad, ya que, solo fijan su atención en partes de ese fenómeno.

La pena es un fenómeno pluridimensional porque cumple diferentes funciones en cada uno de los momentos en que aparece, es decir cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general negativa, pues, se intimida a los miembros de la comunidad, para que se abstengan de realizar la conducta prohibida. Pero si, a pesar de esa intimidación general, se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena la idea de retribución o de prevención general positiva, aunque no se excluyan aspectos preventivos especiales.

En conclusión, las teorías mixtas intentan mediar entre las teorías absolutas y las relativas con la finalidad de reunir los fines de la pena en una relación equilibrada, es decir que durante la ejecución de la pena, sobre todo si se trata de una pena privativa de libertad, la idea de prevención especial. Ello debido a que, el delincuente estando recluido en prisión, debe recibir la educación y socialización suficiente para alcanzar un grado evolutivo que al devolverlo a la vida en comunidad no vuelva a delinquir, siendo la pena limitada en la medida de su culpabilidad.

Roxin elaboro la "Teoría Dialéctica de la Unión". ..Este autor manifiesta que es preciso contemplar la pena en su total dimensión y en cada uno de sus componentes, esto es justamente lo que no han hecho las teorías clásicas que aportan una visión parcial de la pena...Este planteamiento ubica las diversas teorías conforme el orden secuencial del delito.

El momento de conminación legal; La pena tiene la función de proteger bienes jurídicos, lo cual se realiza a través de la prevención general intimidatorio. Para poder realizar esta función, es necesario saber que puede prohibirse; la respuesta a esta pregunta depende de la función que le asigne el Estado, en cuya fijación se derivara el fin que ha de cumplir el derecho penal. En esta etapa prima entonces la prevención general del artículo I del Título Preliminar del Código Penal.

El momento de la determinación Judicial; Se complementa la prevención general, es decir, al imponer el Juez la pena, reafirma la seriedad de la amenaza anterior. Además, la pena no puede sobrepasar el límite de la culpabilidad del autor. La culpabilidad no sirve para fundamentar la potestad de penar, pero si para limitarla, esto es necesario porque los conceptos de dignidad humana y autonomía de la persona, que presiden nuestra ley fundamental y la tradición occidental, indiscutiblemente presuponen al hombre como ser capaz de culpabilidad y responsabilidad; por tanto, el momento de determinación está referido al periodo en el cual se está procesando al inculpado, en esta etapa predomina la retribución absoluta. Porque lo que busca la sentencia es la proporción entre la pena y el hecho cometido. Art. VIII del Título Preliminar de] Código penal. La determinación de la pena, al individualizar al autor y calificarlo, esta utilizado la prevención especial, pero no tiene que ver con la resocialización.

El momento de la ejecución tiende a la resocialización del delincuente, es decir la reincorporación de delincuente a la comunidad, prevención especial. Aquí debe incluirse el posibilitar la utilización de las facultades propias del delincuente, evitando su atrofia, en los casos en que aquel no precise un propio tratamiento terapéutico-social. Art. IX del Título Preliminar del Código Penal.

Pero, conforme aclara el propio Roxin, en ningún momento se resuelve el problema de: ¿Que puede Penarse? Como vemos, la pena desenvuelve una función diferente en cada una de las fases, eso si, lo hace con el presupuesto de que cada etapa siguiente ha de acoger en si los principios de la precedente.

❖ En nuestro Código Penal;

Si observamos la teoría anterior a la luz de nuestro actual Código Penal⁴⁵, vemos que se puede establecer de la siguiente manera.

- ☞ **Conminación Legal.-** Art. I del T.P. prevención de delitos (prevención general).
- ☞ **Determinación Judicial.-** Art. VIII del T.P. La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (Retribución).
- ☞ **Ejecución:** Art. IX del T.P.: 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.

⁴⁵ PRADO SALDARRIAGA, Víctor: "comentarios al Código Penal de 1991". Editorial Alternativas. Lima.

2.2.4.11.- APLICACIÓN DE LOS FINES DE LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO.

Cuando se hace referencia al aspecto teológico de la pena, se refiere a la finalidad de la misma; en tal sentido, tenemos que el Código Penal⁴⁶, en su artículo IX del Título Preliminar señalaba que la pena tiene fines de prevención, protección y resocialización.

Las nuevas tendencias del Derecho Penal consideran al delincuente como una persona a la cual pese haber cometido un acto antijurídico, debe tener las posibilidades necesarias de tomar conciencia de su acto, y en cuanto esto suceda, alcanzar una resocialización que le permita una vez cumplida su sanción integrarse a la sociedad como un elemento de bien.

Aquí hay que distinguir que, el sistema de penas preponderante, durante la vigencia del abrogado Código Penal de 1924, contemplaba una diversidad de sanciones, de las cuales la más privilegiada era la privación de la libertad (prisión, relegación, internamiento o penitenciaria).

Sin embargo, el avance contemporáneo de la ciencia penal, influido con criterios garantistas, democráticos y humanitarios, determinaron un replanteamiento del sistema punitivo, que privilegia las penas alternativas a la privación de la libertad. Estos sustitutos constituyen un acierto útil, desde una perspectiva resocializadora, donde existe - en teoría- un total respecto a los derechos fundamentales de la persona.

El Sistema Penal en el Perú, determina que los fines de la pena, deben de cumplirse en diferentes esferas (Policía Nacional, Ministerio

⁴⁶ Decreto Legislativo N° 635, Promulgado 03 de abril do 1991

Publico, Poder Judicial, TNPE); sin embargo por cuestiones de presupuesto, ineficacia, burocracia y demás defectos del sistema, esto no se cumple a cabalidad, por ello la prevención debe existir con una buena política criminal que incluya medidas legislativas acertadas con el objetivo de realizar un buen programa preventivo sostenido en el tiempo.

Debo precisar lo siguiente, según los jurisconsultos Luis Bramont Arias y Luis A. Bramont - Arias Torres dicen que la pena constituye la segunda institución fundamental de la parte general del Derecho Penal Se respeta así un orden tradicional sistemático que encierra una verdad lógica: primero se estudia el presupuesto (delito) y, posteriormente su consecuencia (pena).⁴⁷

Según estos autores, hay que distinguir entre función y fines de la pena. La Función es la finalidad última e ideal para que la pena se imponga. El Derecho no puede ni debe pretender realizar la justicia en la tierra, porque ello representaría una soportable injerencia en la libertad del hombre; debe limitarse a ordenar la convivencia externa de los hombres del modo menos gravoso para sus derechos y libertades, es decir la función primordial de la pena es la Tutela Jurídica; mientras que los fines de la pena, son los objetivos empíricos e inmediatos a los que la pena, para cumplir su función, ha de hallarse dirigida, esto es, la Prevención General y la Prevención Especial.

Para los autores Bramont Arias, Luis A. y Bramont-Arias Torres, Luis A., _las penas pueden clasificarse en base a tres criterios, según su naturaleza (bien jurídico afectado por la sanción), según su autonomía y según su aplicabilidad:

⁴⁷ BRAMONT - ARIAS TORRES. Luis Alberto y GARCIA CATIZANO. María de) Carmen. "Código Penal Anotado". 4ta Edición. Edit. San Marcos, Lima - Perú. 200 L Pág. 224.

A) SEGÚN SU NATURALEZA, es decir, atendiendo al bien jurídico que se ve afectado por la pena impuesta, estas pueden clasificarse en:

- ◆ **Penas Corporales que en sentido estricto**, son las que recaen sobre la vida, el cuerpo o la salud de la persona; pertenecen a ella la pena de muerte, mutilación, tormento, marcación a ruego y azotes, de las cuales solo subsiste constitucionalmente entre nosotras la Pena de Muerte por el delito de traición a la Patria en caso de guerra, y el de terrorismo (Art. 104° Constitución Política del Perú).

- ◆ **Penas Privativas de Libertad**, son las que causan la privación de la libertad ambulatoria del condenado mediante encierro en un establecimiento penitenciario. Nuestro Código Penal contempla una pena privativa de libertad (Art. 29°).

- ◆ **Penas Restrictivas de Libertad**, que como las privativas, limitan la libertad ambulatoria del condenado, pero de una manera menos rigurosa. Los condenados a ellas no son encerrados en un establecimiento penitenciario, sino que pueden moverse libremente dentro de un territorio o por lugares, de los cuales no deben salir. A este grupo pertenece la Expatriación (Art. 30° inciso 1) Código Penal y la Expulsión (Art. 30° inciso 2) del Código Penal).

- ◆ **Penas Limitativas de Derecho** que afectan de cierto modo a la libertad del condenado, pero no el aspecto ambulatorio, sino en relación con la ejecución de una determinada actividad (prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres) o con la facultad de

ejercitar ciertos derechos, desempeñar cargos o profesiones (inhabilitación).

◆ **Penas Pecuniarias que afectan el patrimonio del condenado.** De entre las que consagra el Código Penal, pertenecen a esta categoría la multa, pago de una cantidad de dinero (Art. 41° y S.S. Código Penal) y la pérdida de efectos o de instrumentos (comiso o decomiso Arts. 102° y 103° Código Penal). La multa es con las penas privativas de libertad, una de las sanciones más empleadas por nuestro ordenamiento punitivo.

B) SEGÚN SU AUTONOMÍA, las penas se clasifican en principales y accesorias. Son principales aquellas que la Ley determina para cada delito y cuya imposición no depende de la otra. Por el contrario, son accesorias cuya irrogación se sigue a la de una principal.

C) SEGÚN SU APLICABILIDAD, modos de conminar las penas o forma en que se ponen a disposición del Juez, las penas se clasifican en únicas, conjuntas? paralelas y alternativas. Única cuando existe una sola pena principal para el delito y no hay opción para el juzgador (por ejemplo, pena privativa de libertad en el delito de homicidio Simple, Art. 106 de Código Penal) conjuntas o Copulativas, cuando la Ley amenaza la ejecución de un delito con dos o más penas/que el Juez debe imponer conjuntamente, cosa que, desde luego, ocurre siempre y cuando exista la obligación de o. irrogar,(además de la principal, una accesoria por ejemplo, pena privativa de libertad y multa, en las lesiones menos graves, Art. 122 Código Penal) Paralelas, cuando el Juez debe escoger entre dos formas de aplicación de la misma especie de pena, pues estas no se pueden imponer acumulativamente (por ejemplo, prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres) alternativas

cuando se puede elegir entre penas de naturaleza diversa (por ejemplo, pena privativa de libertad o prestación de servicios comunitarios, en el auto-aborto Art. 114° del Código Penal).

El Sistema Penal de todo país ha variado a través de historia. Del sistema penal que giraba en torno a la de muerte, y a las penas corporales, se pasó a las penas privativas de libertad, como medio de castigar a los delincuentes e impedirles escapar para cometer nuevos delitos, así como medio poderoso de disuasión de la criminalidad.

Concluyendo esta parte referida a la aplicación de los Fines de la Pena en el Código Penal Peruano, según el Artículo 45° del Código Penal nos indica una clara aplicación del principio de culpabilidad de la sociedad en la comisión del delito cuando prescribe que el juzgador deberá tomar en cuenta, al momento de fundamentar el fallo y determinar la pena, las carencias sociales que hubieren afectado al agente su cultura y costumbres y los intereses de la víctima de su familia o de las personas que de ella dependen, es decir que en una sociedad por mejor organizada que fuere, nunca tiene la posibilidad de brindar a todos los hombres las mismas oportunidades para que se comporten adecuadamente a los intereses generales, porque hay sujetos que tienen un menor ámbito de determinación condicionado por lo que indica el Art. 45° del CP., esto es por causas sociales, y por ello suele decirse que existe una responsabilidad parcial en la conducta delictiva, cuyo efecto es enervar el derecho de castigar que el Estado ejerce en nombre de la sociedad.

En suma, tales premisas permiten orientar al Juez en la fundamentación y aplicación de la sanción penal, porque tales criterios como la cultura del delincuente y los intereses de la víctima permiten una dosificación penal más adecuada a las características particulares del hecho criminal y de su autor.

2.2.4.12.-CLASES DE PENAS EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA:

2.2.4.12.1.- PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.

A) Marco Legal Penal: Artículo 29° del CP. "La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de 2 días y una máxima de 35 de años⁴⁸".

B) Planteamiento General: A diferencia de las especies de penas previstas en el Código Penal de 1924, en relación a la privación de libertad eran: el internamiento (mínimo 25 años), la penitenciaria (de 1 a 20 años), la relegación (indeterminada o a tiempo fijo de 1 a 20 años) y la prisión (de 2 días a 20 años), el Código Penal vigente ha unificado estas sanciones bajo el instituto de la pena privativa de libertad.

Los espinosos problemas sociales determinaron que la sanción penal se redujese tan solo a la implacable ejecución de la pena de prisión. Es por ello que desde una posición más realista, y atendiendo sobre todo a la tendencia moderna de suprimir la diversidad de penas, el legislador las ha reunido bajo el instituto de la pena privativa de libertad. Efecto inmediato de la pena privativa de libertad es la pérdida de la libertad ambulatoria del sujeto delincente, lo cual sucede mediante el encierro en una prisión del Estado⁴⁹.

En suma, la pena privativa de libertad es la más importante de todas, no solo por su importancia cuantitativa, sino también por su

⁴⁸ Modificado por el Decreto Legislativo N° 895

⁴⁹ MAPELLI CAFFARENA, Boria y TERRADILLOS BASOCO, Juan. "Las Consecuencias Jurídicas del Delito". Madrid - España, Cit. Pág. 67.

naturaleza que la hace perdurable en el tiempo y permite planificar durante la ejecución un plan de reinserción social del delincuente.

C) Antecedentes Históricos de la Pena Privativa de Libertad:

En el siglo XVI, se da inicio a la aplicación de esta pena, era común que las conductas antisociales merecieran duros castigos con los cuales se afectan a la vida, a la integridad física (corporal) el honor o el patrimonio del condenado, pero de ninguna manera se le privaba de su libertad por sí sola.

En forma de comentario, se sostuvo en aquel entonces que las penas privativas de libertad reunían los requisitos deseables en las penas, se decía que eran: expiatorias, proporcionales, ciertas, fácilmente determinables, divisibles, igualitarias, ejemplares, correccionales, etc. Sin embargo, hay que reconocer que tales condiciones y cualidades atribuidas a las penas privativas de libertad de aquellos tiempos se han desvanecido actualmente en su totalidad. Hoy en la época actual se habla de un universal fracaso histórico de la pena privativa de libertad debido a los efectos perniciosos de las penas de larga duración, porque destruyen la personalidad del interno; y con respecto a las penas de corta duración, porque en ellas no es posible el tratamiento resocializador, sino el contagio penitenciario.

En consecuencia, a todas estas críticas a la pena privativa de libertad, han dado lugar al nacimiento de estrategias, que por lo menos intentan en lo posible transformar a la pena privativa de libertad en una pena no carcelaria y reducir su aplicación, ofreciendo medidas alternativas como son la suspensión de la ejecución de la pena, la reserva del fallo condenatorio, la exención de pena, la conversión de pena y la sustitución de penas para abolir la aplicación de la pena privativa de libertad a menor intensidad.

D) Concepto de Pena Privativa de la Libertad.

La pena privativa de libertad, consiste en la privación de la libertad ambulatoria, que se impone al condenado.

En consecuencia, la pena privativa de libertad es la pérdida de la libertad ambulatoria del responsable de un delito quien es recluido en un establecimiento penal.

E) Objeto de la Pena Privativa de Libertad.

De conformidad con los Principios Generales establecidos en nuestro Código Penal en su Título Preliminar, esta pena tiene por objeto la prevención como medio de protección de la persona humana y de la sociedad, lo que en cierto modo se conjuga con la función preventiva y resocializadora que se atribuye a la pena.

La finalidad expresada y que se ha pretendido a través de la ejecución de la pena ha sido resocializar al penado; así se ha entendido en el (Art. 234º) in fine de la Constitución Política del Perú de 1979, ahora en el Art. 139 numeral 22 de la Constitución Política del Perú de 1993. El criterio de "reeducación", a través de la pena privativa de libertad, actualmente se encuentra cuestionado, por lo que se afirma que debe abandonarse la ilusión de poder "reeducar" al sentenciado en el interior del Sistema Penal, más aun en las instituciones tal como la cárcel⁵⁰.

GARCIA VALDEZ, Carlos resalta lo siguiente; que lo único que se ha logrado con la pena privativa de libertad, es sin lugar a duda la

⁵⁰ BARATTA, Alessandro, "Integración - Prevención una fundamentación de la pena dentro de la Teoría sistemática", en doctrina Penal, 1986. Pág. 18.

psicosis carcelaria, la subcultura de las cárceles y el problema sexual⁵¹.

En el orden normativo, en la aplicación de la pena privativa de libertad existen implícitas limitaciones a la libertad, no pueden suprimirse los demás derechos individuales; como se colige en el Art. V del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, referente a los derechos del interno.

Siguiendo este criterio, cabe hacer la siguiente pregunta: Como se determina el transcurso de la ejecución de la sentencia en el centro penitenciario?, El Código de Ejecución Penal en su (Art. 97°) señala que para el sentenciado hay tres regímenes:

F) Regímenes Penitenciarios.

De régimen cerrado:

Que se clasifica en:

- ☞ **Régimen cerrado ordinario**, en donde existe estricto control limitación de las actividades comunes y sus relaciones con el exterior.

- ☞ **Régimen cerrado especial**, destinado al interno sentenciado en difícil readaptación y excepcionalmente en ambientes separados a los procesados que no tengan esa condición. (Art. 98° §del Código de Ejecución Penal).

⁵¹ GARCIA VALDEZ. Carlos; "Teoría de la Pena", Pág. 67.

En general, el régimen cerrado se da si el delito es reprochable socialmente y si con ello se previene el mismo, es decir, los motivos determinantes del delito son degradantes y las consecuencias profundamente lesivas al hombre y a la misma comunidad; así en el caso que se comprometa la salud pública; que es un bien jurídico cuyo sujeto pasivo es la colectividad; deben permanecer en régimen cerrado, necesario para la prevención del delito.

De Régimen semi-abierto:

Se caracteriza porque hay una mayor libertad en las actividades comunes y en las relaciones familiares, sociales y recreativas del interno; el art. 99º del Código de Ejecución Penal; se entiende que en el régimen semi-abierto, el trabajo se realizara en propio establecimiento penal y no fuera de él, sin ninguna restricción. El presidiario sujeto al régimen semi-abierto podrá frecuentar cursos supletorios de profesión, instrucción de medio mando o medio superior.

Del Régimen Abierto:

Aplicables a aquellos sentenciados exentos de vigilancia, en la que el interno sentenciado se desenvuelve en condiciones similares a las de una vida en libertad, sin perjuicio de la evaluación de su conducta, art. 100º del Código de Ejecución Penal. El régimen abierto podrá ser aplicado tanto en el inicio de la ejecución de la pena, como en el medio de su discurso.

Entonces, cabe precisar que cualquiera que sea el régimen y establecimiento que corresponda al sentenciado, destaca la importancia el tratamiento del interno, siendo este un elemento esencial para el sistema penitenciario, el cual consta en primer lugar

de una observación, una clasificación y finalmente el tratamiento propiamente dicho; el mismo que no puede imponerse contra la libertad del individuo. Las necesidades del tratamiento, son las que determinan la clasificación inicial del interno en el grado y régimen que corresponda.

Finalizando este ítem, la pena privativa de libertad es la que se aplica con mayor " frecuencia en nuestra praxis judicial, las más recientes investigaciones criminológicas han puesto de relieve que la pena privativa de libertad de más quince años de duración producen graves alteraciones en la personalidad del interno, produciendo un efecto de socializador contrario a la readaptación social que como finalidad de las penas y/o medidas privativas de libertad, se establecen en el Art. 2º inc. 24) Lit. (h) de la Constitución y en el Art. II del T.P. del CEP.; y con respecto a las penas mínimas nuestro Código sustantivo consigue eliminarlas en gran parte con las instituciones de despenalización.

2.2.4.12.2.- PENAS RESTRICTIVAS DE LIBERTAD.

Marco Legal Penal:

Según el Artículo 30º del Código Penal, las penas restrictivas de libertad son:

- 1. La expatriación,** tratándose de nacionales;
- 2. La expulsión del país,** tratándose de extranjeros.

Ambas se aplican después de haber cumplido la pena privativa de libertad. La primera tiene una duración máxima de diez años.

Concepto: Las penas restrictivas de libertad no quitan por completo la libertad de movimiento, sino que solo imponen algunas limitaciones, obrando de dos maneras: privando al condenado del derecho a residir temporalmente en su propio país o bien privando al condenado extranjero de residir en nuestro país.

Nuestro Código Penal vigente, incluye en su artículo 30° estableciendo la Expatriación para los nacionales y la Expulsión para los extranjeros, previo cumplimiento de la pena privativa de libertad, con una duración máxima de diez (10) años, en los casos de expatriación y expulsión al no fijarse tope alguno debe entenderse que puede ser de 2 días a 25 años; pues en el caso de Terrorismo no opera la expulsión, porque la pena a aplicarse es la de cadena perpetua.

En la actualidad, estas clases de penas han caído en crisis, por no tener utilidad social, constituyendo meras figuras decorativas en el cuadro de las penas.

CLASES: Puede ser:

A) Expatriación. Aplicable a los nacionales por un máximo de diez años.

B).-Expulsión del País. Aplicable a los extranjeros y es definitiva.

Ambas penas se aplican después de haberse cumplido la pena privativa de la libertad.

2.2.4.12.3.- PENAS LIMITATIVAS DE DERECHOS.

Marco Legal Penal:

El Artículo 31° del Código Penal señala que las penas limitativas de derechos son:

- a.-** Prestación de servicios a la comunidad,
- b.-** Limitación de días libres, e
- c.-** Inhabilitación.

Planteamiento General:

Cuando se habla de penas limitativas, se aluden a las sanciones que afectan derechos como el del ejercicio profesional o en la participación de la vida política del país.

Las penas limitativas de derechos son en nuestro Código sustantivo, la prestación de servicios a la comunidad, la limitación de días libre y la inhabilitación. Como se ha indicado anteriormente estas penas se han creado para reducir el empleo excesivo de la pena privativa de libertad.

a) PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD.

Esta sanción consiste en el deber del condenado de prestar determinada cantidad de horas de trabajo no remunerado y útil para la comunidad durante el tiempo libre, en beneficio de personas necesitadas o para fines comunitarios.

Esta pena tiene las características siguientes:

- ✓ Obligación de realizar trabajos gratuitos en instituciones asistenciales y en obras públicas.
- ✓ Los trabajos se asignan teniendo en cuenta las aptitudes del condenado.
- ✓ Las jornadas se realizan en jornadas de diez horas semanales, por regla general en días inhábiles y excepcionalmente en días hábiles.
- ✓ Tiene una duración de diez y un máximo de ciento cincuenta y seis jornadas.

Se dieron críticas a la pena de prestación de servicios a la comunidad, en el sentido que constituía un trabajo no remunerado. A esta opinión se le debe decir que los trabajos comunitarios son una clase de pena y no trabajos sujetos a condiciones normales. Además los lugares donde se desarrolla el trabajo son de carácter no lucrativa, descartándose cualquier tipo de aprovechamiento indebido del trabajo a realizarse.

No se trata tampoco de trabajos forzados, pues, en la prestación de servicios a la comunidad existe un elemento que los distingue rotundamente: se tienen en cuenta las aptitudes del condenado para la asignación de los trabajos a realizarse, En el mismo sentido, las jornadas de trabajo no interrumpen el trabajo normal del condenado.

El Código de Ejecución Penal establece que la Administración penitenciaria coordina con las instituciones referidas (asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos y otras instituciones similares y obras públicas) a efectos de conocer las necesidades de las mismas para asignar la prestación de servicios (Art. 119° CEP,); la prestación de servicios se realiza, preferentemente, en el lugar del domicilio del

condenado (Art. 120° CEP.), estando la supervisión de la ejecución de la pena a cargo de la Administración penitenciaria, la misma que informa periódicamente al Juez que conoció del proceso y al representante del Ministerio Público (Art. 121° CEP.)

En conclusión, la pena de prestación de servicios a la comunidad es una forma de trabajo en libertad y está dirigido a personas de escasa peligrosidad. El condenado deberá prestar gratuitamente, los fines de semana, servicios y labores a favor de la comunidad y puede extenderse de 10 a 156 jornadas semanales.

b) LIMITACIÓN DE DÍAS - LIBRES:

La pena de limitación de días libres, llamada también "arresto de fin de semana" (España) o "prisión por días libres" (Portugal), puede resultar adecuada y suficiente considerando la personalidad, las condiciones de vida, la conducta anterior y posterior al hecho punible del delincuente.

Esta pena consiste en la obligación de permanecer los sábados, domingos y feriados, de diez a dieciséis horas por cada fin semana, en un establecimiento adecuado, suministrando a los condenados durante esa permanencia, cursos y charlas o atribuyéndoles actividades educativas tendientes a su rehabilitación personal. La extensión de la pena comprende un mínimo de (10) diez y un máximo de (156) ciento cincuenta y seis jornadas de limitación semanales.

En su esencia, la pena de limitación de días-libres ha sido creada para fraccionar la pena privativa de libertad de corta duración, de tal forma que la sanción sea cumplida en los fines de semana, y sus ventajas son: la permanencia del condenado junto a su familia, la

posibilidad de reflexión del acto cometido, la permanencia del condenado en su trabajo, la ausencia de contactos perniciosos con otros delincuentes más peligrosos, de igual forma evita el estigma de ex-presidiario al condenado por el hecho de haber sido recluido en un establecimiento penitenciario y que dificultara su acceso a empleos.

Esta pena tiene como características básicas las siguientes:

- ✓ Obligaciones de permanencia del condenado en establecimientos organizados con fines educativos.
- ✓ Cada Jornada tiene un tiempo mínimo de diez y un máximos de dieciséis horas por cada fin de semana.
- ✓ Tiene una duración mínima de diez y un máximos de ciento cincuenta y seis jornadas de limitación.
- ✓ El condenado recibe orientaciones tendentes a su rehabilitación.

En consecuencia, la pena de limitación de días libres determina la asistencia obligatoria del condenado, los fines de semana, a un establecimiento no carcelario donde participará en actividades de carácter educative idóneos para su rehabilitación. Puede extenderse desde 10 a 156 jornadas semanales con una duración entre 10 a 16 horas, evitando los efectos perniciosos que tiene la vida en prisión.

c) INHABILITACIÓN:

Concepto:

Es la pena que consiste en la privación y restriction de ciertos derechos del delincuente (derechos de carácter político, económico o social), como consecuencia de la realización del delito.

Es importante destacar que la inhabilitación debe tener siempre el carácter de especial, esto es, el Juez debe suspender o restringir únicamente aquellos derechos de los cuales abusa el condenado en la realización del delito.

En el vigente Código Penal de Perú en el artículo 36° manda que la inhabilitación produzca, según lo que disponga en la sentencia:

- ✓ Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular.
- ✓ Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;
- ✓ Suspensión de los derechos políticos que señala la sentencia.
- ✓ Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deban especificarse en la sentencia;
- ✓ Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela;
- ✓ Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego;
- ✓ Suspensión o cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo; o
- ✓ Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito.

Imposición:

La pena de inhabilitación puede ser impuesta como principal o accesoria (Art., 37° del Código Penal):4

1.- Como pena principal.- Esto es, se le puede aplicar de modo exclusivo al autor del delito. La inhabilitación al formar parte de las penas limitativas de derechos adquiere el rango de una pena principal. Sin embargo, para algunos casos, conforme se explica en el apartado que sigue, el Código Penal atribuye a esta sanción la categoría de accesoria (Art., 39° y 40° del Código Penal). Para los casos en que deba aplicarse esta pena se requiere sentencia condenatoria. La inhabilitación como pena principal se extiende de seis meses a cinco años (Art. 38 C.P).

2.- Como pena accesoria.- La inhabilitación se impondrá como pena accesoria cuando el hecho punible cometido por el condenado constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela o actividad regulada por la ley. La inhabilitación accesoria su duración será igual a la que corresponda a la pena principal.

En consecuencia, se debe tener en cuenta que la pena de inhabilitación tendrá que ser determinada al momento de fijarse la pena principal.

3.- Inhabilitación accesoria en los delitos culposos de tránsito.- El Art. 40° del Código Penal prevé la pena de inhabilitación como accesoria en los delitos culposos de tránsito. La pena correspondiente es la suspensión o cancelación de la autorización para conducir cualquier clase de vehículo (Art. 36° del CP.). Por ser el

delito de tránsito un serio problema para el derecho penal actual, esta solución nos parece un comienzo acertado en la búsqueda de mejores salidas.

En conclusión, la pena de inhabilitación consiste en la suspensión de determinados derechos o capacidades del condenado y esta debe ser determinada al momento de fijar la pena principal. Está contemplada como una pena principal y accesoria. Cuando es principal dura entre seis meses y cinco años, y cuando es accesoria, tiene la misma duración de la pena privativa de libertad.

2.2.4.12.4.- PENA DE MULTA

Marco Legal Penal:

Su base legal se encuentra en los artículos 41°, 42°, 43° y 44° del Código sustantivo.

Concepto: Se trata de una pena pecuniaria; que afecta el patrimonio del condenado pues impone la obligación de pagar la suma de dinero indicada por el Juez en su resolución, conforme a los parámetros que la ley indica. En nuestro sistema legal vigente la transferencia de ese dinero se produce en favor del Estado.

El jurista Raúl Pena Cabrera Freyre⁵² señala que: la pena de multa es una pena pecuniaria que afecta al patrimonio económico del condenado, la multa implica el pago de una cantidad de dinero que el condenado debe realizar a favor del Estado, por haber sido autor o participe de un hecho punible y que el importe no podrá ser menor del 25%, ni mayor del 50% del ingreso diario del condenado cuando viva exclusivamente de su trabajo.

⁵² Comentario al Código Penal/ Jurisprudencia 4ta Edición, Editorial; Jurista Lima - Perú 2006, Pág. 83.

Es importante distinguir que la multa es una pena patrimonial y no una indemnización para la víctima del delito, es decir, no es la reparación civil.

En el Perú la multa se cuantifica a partir de una unidad de referencia abstracta que se conoce como día multa, y además en atención al volumen personal de rentas que percibe el condenado diariamente. Para cada delito en particular se fija un determinado número de días - multas, el cual será mayor o menor según la gravedad del hecho punible. El mínimo de esta pena es de diez días - multa y el máximo es de trescientos sesenta y cinco días - multa.

Debo precisar que la Ley establece un plazo de 10 días para que el condenado pague la multa, aunque se prevé la posibilidad de que el importe se abone de modo fraccionado a través de cuotas mensuales o también con un descuento directo sobre la remuneración del sentenciado (Art.44° CP.).

En conclusión la pena de multa se aplica a delitos de escasa o mediana gravedad como la calumnia (Art. 131° del CP.), la publicidad engañosa (Art. 238° del CP.) o la receptación patrimonial (Art. 194° del CP.).

Características:

- Siendo la multa una pena, participa de las características de toda pena, es decir, consiste en un mal, que priva o afecta bienes jurídicos del condenado y que se aplica como retribución por haber el delincuente contravenido reglas de conducta impuestas para lograr una convivencia armoniosa.

- Como todas las penas ésta es personal, es decir, que no pasará de la persona del delincuente.
- Aparte de la primacía que naturalmente le corresponde como sanción de la criminalidad de poca importancia, la imposición de esta pena reemplaza a la privativa de libertad de corta duración.
- La multa afecta de una manera parcial el patrimonio del sentenciado traduciéndose en el pago de una suma de dinero, cuya individualización tiene que tener en cuenta la situación económica del condenado.
- La pena de multa tiene que guardar correspondencia con la índole del hecho ilícito cometido; en otras palabras: no todos los delitos deben ser reprimidos de esta manera. El legislador debe conducirse de manera tal que los bienes jurídicos afectados por el acto criminal y los perjudicados por el delito tengan afinidad.
- La multa debe ser divisible para que pueda proporcionarse al grado del injusto, al grado de la culpabilidad y a los recursos del condenado.

Contenido de la Pena de multa.

- ✓ Obliga al condenado a pagar una suma de dinero a favor del Estado.
- ✓ No es una reparación civil.
- ✓ Se calcula en función a días-multa basándose en un porcentaje (25% a 50%) del ingreso diario del condenado.

- ✓ Los límites son de 10 a 365 días-multa.
- ✓ El ingreso se abona al tesoro público.
- ✓ También es sustitutiva de la pena privativa de la libertad.

Fijación de la multa:

Una de las dificultades mayores consiste en individualizar la pena, de manera tal que se respete el principio de igualdad, pues una cantidad que para un millonario no significa nada, para un obrero puede representar el descalabro del ajustado plan de distribución de sus ingresos económicos.

En ese sentido nuestro Código Penal vigente dispone de un mecanismo que, aunque imperfecto, procura encontrar una solución justa:

En primer lugar establece que la multa correspondiente a los diversos hechos calificados como delitos en la Parte Especial no sea una cantidad fija sino que oscile entre un mínimo y un máximo, es decir que para imponer una pena de multa se debe considerar la naturaleza del injusto y apreciar en general el grado de culpabilidad que normalmente concurre a la realización de cada hecho típico. Ello complementa la obligación de fundamentar sus decisiones para que se pueda examinar la razonabilidad de las mismas.

2.2.4.13.- DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA.

A) Concepto: Un órgano jurisdiccional en una sentencia penal emite tres juicios importantes. En un primer momento el Juez debe pronunciarse sobre la tipicidad de la conducta atribuida al procesado. Luego, sobre la base de la evidencia existente decide la inocencia o culpabilidad del imputado. Y, finalmente, si el Juez declaró la

responsabilidad penal del procesado deberá definir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicarle en su condición de autor o partícipe de la infracción penal cometida.

El hablar sobre la determinación judicial de la pena se relaciona con el juicio de la individualización de la sanción penal que el Juez adopta y se materializa en un procedimiento técnico y valorativo que ha de permitir la concreción cualitativa, cuantitativa y ejecutiva de la sanción penal⁵³.

Para DEMETRIO CRESPO, Eduardo⁵⁴ la necesidad de distinguir el concepto de la pena, y la individualización judicial de la pena.

Radica en que en el primero el legislador determina en abstracto las penas correspondientes a los delitos, fijando unas penas máximas y otras mínimas para cada delito conforme a la gravedad del mismo; mientras que en la individualización judicial de la pena el Juez asume la tarea de la elección de la pena adecuada al caso concreto.

ZIFFER, Patricia S. nos dice que la determinación de la pena puede ser definida como el acto mediante el cual el Juez fija las consecuencias del delito, es decir que no solo se trata de la elección de la clase y monto de la pena, sino también al modo de ejecución de la pena establecida.

Con un enfoque general JESCHECK, Hans Heinrich⁵⁵, precisa que la determinación judicial de la pena es la determinación de las consecuencias jurídicas del hecho punible llevada a cabo por el Juez conforme a su naturaleza, gravedad y forma de ejecución, eligiendo

⁵³ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. -Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal"; Edic. 1a; Edit. Grijley, Lima - Perú, 2000.

⁵⁴ DEMETRIO CRESPO. Eduardo. Prevención General e individualización de la pena": Ediciones Universidad de Salamanca, Chile, 1999, Págs. 41 y 42.

⁵⁵ JESCHECK. Hans - Heinrich: "Tratado de Derecho Penal. Parte General7": Bosch. Vol. II Barcelona -España. 1981: Pág. 1189.

una de las diversas posibilidades previstas legalmente. La determinación judicial de la pena no solo se trata de la fijación de la pena aplicable, sino también su suspensión condicional con imposición de obligaciones.

Finalizando este ítems, referente al concepto de la determinación judicial de la pena debo indicar que es una función del Juez que debe realizar al momento de emitir sentencia condenatoria, es decir en definir o establecer los márgenes mínimos y máximos de la pena; así como la clase, extensión y ejecución de la sanción penal, con la debida fundamentación indicando las razones o criterios judiciales por la cual decidió en aplicar la pena al caso concreto conforme a los artículos 45°, 46°, 46°-A, 46°-B y 46o-C⁵⁶ del Código Penal y en los dispositivos legales IV, VII, VIII y IX del Título Preliminar del CP., con la finalidad de evitar todo tipo de arbitrariedad y alcanzar los fines de la pena.

B) Etapas de la Determinación Judicial de la Pena.

- ◆ **Primera Etapa**, se refiere a la actividad del Juez en identificar la pena básica, es decir que el Juez reconoce de modo específico cual es el mínimo y el máximo de pena que será aplicado al delincuente por la comisión de su delito.
- ◆ **Segunda Etapa**, aquí el legislador se dedica a individualizar la pena concreta, es decir es la evaluación de las circunstancias que se haya presentado en el caso y valorar los efectos sobre la pena.
- ◆ **Tercera Etapa**, esta etapa posibilita al Juez de complementar la individualización de la pena, es decir

⁵⁶ Ley que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 4H°. -18°. 440" y 44° del Código Penal: 135 (leí Código Procesal Penal (Ley ND 28726 del 9/05/2006).

revisa la extensión de la pena en base a la concurrencia de circunstancias cualificadas las cuales van a autorizar al órgano jurisdiccional a ubicar a la sanción por debajo o por encima de los límites de la pena básica o conminada.

C) Fundamento del Pronóstico de la Pena.

En la exigencia del manejo de los criterios jurídicos de la determinación de la pena, la actividad del funcionario jurisdiccional entra en un terreno espinoso. Una somera revisión de los textos de doctrina nacional muestra que la dogmática de la determinación de la pena no ha merecido aún un desarrollo científico. La generalidad de las resoluciones jurisdiccionales que contienen mandatos de detención, pasa por alto la obligación de consignar expresamente el procedimiento que se siguió para cuantificar la sanción penal. Esta situación se mantiene incluso en las resoluciones condenatorias.⁵⁷

La construcción de una teoría jurídica de la determinación de la pena, dada la urgente necesidad de contar con ciertos criterios para esta actividad judicial, en los siguientes párrafos se insertará sus lineamientos básicos, me refiero al procedimiento para cuantificar la sanción penal:

☞ ***El proceso de determinación judicial de la pena se inicia con la precisión del marco legal abstracto***, esto es, con la identificación de la pena conminada para el delito por el que se viene procesando, por ejemplo en el caso que se haya aperturado proceso por el ilícito de hurto simple, previsto en el artículo 185º del Código Penal el marco penal abstracto estará conformado por una pena privativa de libertad no menor uno ni mayor de tres años (Código Penal de España).

⁵⁷ En este sentido. AVALOS RODRÍGUEZ, Carlos. Por un futuro para la dogmática de la determinación Judicial de la pena.

- ☞ **En seguida corresponde determinar el marco legal concreto**, este marco proviene del resultado de la puesta en relación de la sanción conminada en la Parte Especial del Código Penal con las circunstancias legales de modificación del marco legal abstracto previstas en la Ley; por ejemplo en el segundo párrafo del artículo 46-A del Código Penal se prevé la posibilidad de aumentar la pena hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, en los casos en que se verifiquen la agravante a la que hace referencia el primer párrafo.

- ☞ **Entre las causales más importantes de modificación del marco legal abstracto se pueden mencionar:** el error de prohibición, la omisión impropia, la tentativa, complicidad secundaria, causas imperfectas de exención de responsabilidad, concurso de delitos, delito continuado, delito de masa, la imputabilidad restringida.

Una vez, precisado el marco legal concreto de penalidad corresponde iniciar el proceso de determinación judicial de la pena en sí, es decir la cuantificación del monto de la sanción penal que se ha de imponer al procesado, tomando con referencia los márgenes que proporciona el indicado marco legal concreto.

La determinación de la pena que se debe imponer al procesado, es teniendo en cuenta el grado de culpabilidad en el hecho ilícito y las concretas necesidades de prevención general y especial.⁵⁸

El primer estadio en el proceso de individualización judicial de la sanción punitiva se encuentra representado por la valoración del

⁵⁸ ZIPF. Heinz. "Introducción a la Política Criminal" Jaén - España: EDERSA. Traducción de la Edición Alemana; 1979; Pág. 140.

grado de culpabilidad del sujeto en el hecho criminal y la determinación del marco de sanción que le resulta proporcional.⁵⁹

La determinación de esta magnitud de pena, en ningún caso cierra proceso de individualización judicial, únicamente constituye un paso previo del proceso de cuantificación de la sanción que se debe imponer. Solo se trata de un estadio de tránsito hacia la correcta medida definitiva de la pena⁶⁰, es decir se trata de fijar el límite máximo de la pena que se puede imponer y que Funciona como una garantía personal, para evitar una intervención excesiva del poder punitivo estatal.

Hay que poner la debida atención que esta garantía se configura como la Proporcionalidad de la Pena con el grado de culpabilidad del sujeto en el hecho. En este segmento por tanto, solo se podrán valorar las circunstancias que se encuentren presentes en el momento de la realización del hecho criminal. Siendo así, no se podrán tomar en cuenta, por sí mismas las circunstancias personales del agente.⁶¹

El paso final en el proceso de individualización judicial de la pena se encuentra en la cuantificación de la sanción que en el caso concreto se debe imponer, para lo cual solo se tendrá que atender a las necesidades de prevenciones tanto especiales como generales, es decir, en la valoración de las necesidades y posibilidades de 1.a prevención especial resocializadora, que las circunstancias personales

⁵⁹ Es necesario tener en cuenta que la culpabilidad, como factor de la determinación de la pena, no se encuentra referida sólo a la culpabilidad como categoría dogmática del delito, sino que también contiene la gravedad del hecho realizado. Cfr. CHOCLAN MONTALVO, José; "Individualización Judicial de la Pena: Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal", Madrid -España: COLEX 1997: Pág. 176. "

⁶⁰ MAURACH. Reinhait - Zipf. HEINZ - GOSSEL, Kart - Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Buenos Aires - Argentina: ASTREA, Traducción a la séptima edición alemana, 1995: Pág. 721.

⁶¹ GARCÍA ARAN, Mercedes. "Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995". Navarra - España: ARANZANDL 1997; Pág. 76. CHOCLAN MONTALVCX José.

del autor van a encontrar un espacio propio, pues se trata, exclusivamente de un juicio jurídico acerca, del cuadro preventivo que el sujeto agente ofrece, con el fin de determinar la pena.⁶²

La cuantificación de la sanción penal que se debe imponer descansa casi exclusivamente sobre las necesidades preventivas especiales.

Nuestros legisladores nos ofrecen en los artículos 45°, 46°, 46° - B y 46°- C; estos dos últimos recién incorporados por la Ley N° 28726⁶³ del Código Penal una nómina de las circunstancias que pueden resultar relevantes para la medición judicial de la pena. Sin embargo, es necesario advertir que no se trata de un catálogo cerrado, en el que se han incorporado todas las causas reales de la cuantificación de la sanción⁶⁴, pues esto sería imposible, puesto que el círculo de los factores de la determinación de la pena a considerar es, en principio ilimitado y solo puede ser trazado concretamente en cada caso particular.

Nuestro Código Penal no establece taxativamente la dirección en que se deberán valorar los factores que se recogen en los artículos 45°, 46°, 46°-B y 46°-C. Es función del juzgador determinar, en cada caso particular sometido a su conocimiento, cuál ha sido la concreta configuración de la circunstancia relevante y como ésta repercute en la medida de la pena.

Se debe advertir que las causas reales de la medición judicial de la pena resultan siendo ambivalentes, en un doble sentido.⁶⁵ Una misma circunstancia puede repercutir, en un caso concreto, para el

⁶² MAAURACH/ZÍPF/GOSEEL: "Derecho Penal. Parte General"; Pág. 764

⁶³ Ley que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46°, 48°, 400° y 444° del Código Penal: 135° del Código Procesal Penal (Ley N° 28726 del 09/05/06).

⁶⁴ L BRAMONT ARIAS. Luís Miguel; "Lecciones de Derecho Penal. Parte General": Lima-Perú: San Marcos. 1997; Pág. 189, cuando sostiene: "algunos de los cuales se encuentran en forma expresa en el Código Penal".

⁶⁵ JESCHECK. HANS-HEINRICH; "Tratado de Derecho Penal. Parte general" Volumen II; Pág. 1201.

incremento del monto de la sanción y en otro distinto para su reducción. El móvil, por ejemplo, tendrá diferente dirección de valoración según sea normativamente positivo o según resulte negativo.

Por otro lado, la dirección de valoración no necesariamente será la misma en el momento de la cuantificación de la pena proporcional a la culpabilidad del sujeto en el hecho, que en el momento de fijar la cantidad de pena adecuada al logro de los fines preventivos.

Una misma circunstancia puede tener un efecto agravatorio en el ámbito de la culpabilidad y uno atenuatorio en el ámbito de la prevención o viceversa. Por ejemplo-en el ámbito de la culpabilidad, la capacidad disminuida tiene efecto atenuatorio, porque produce una disminución de las posibilidades de reacción normativa del autor. Empero, en el ámbito de la prevención, aquellos factores que fundamenta la capacidad de culpabilidad disminuida pueden ser indicios de una necesidad incrementada de resocialización⁶⁶.

En consecuencia, este es el procedimiento que se debe seguir, tanto en el momento de determinar el límite máximo de la pena que se puede imponer, así como en la cuantificación de la sanción que debe ser impuesta al delincuente.

Cabe resaltar que nuestro Código Penal vigente no establece cual es el valor que le corresponde a cada circunstancia relevante o si alguna de ellas posee mayor valor que las otras. No obstante, debe quedar claro que, por lo general, las circunstancias favorables y desfavorables no tiene el mismo peso al momento de graduar el quantum de la pena al caso concreto.

⁶⁶ MAURACH/ZIPF/GOSSEL: "Derecho Penal. Parte General": Vol. II; Pág. 720.

En conclusión, para un correcto pronóstico sobre la sanción penal que se habrá de imponer en la sentencia condenatoria es necesario manejar convenientemente los criterios que proporciona la teoría de la prueba y los criterios que proporciona la dogmática de la determinación de la pena, es decir que el pronóstico de la pena deberá hallarse debidamente fundamentado en los medios probatorios acopiados hasta el momento en el proceso y en los razonamientos jurídicos propios de la determinación judicial de la pena en un caso concreto, en donde el Juez se apoyará en los criterios de los Arts. 45°, 46°, 46-A, 46-B y 46°-C del Código Sustantivo; así como también en los dispositivos II, IV, VIII y TX del Título Preliminar del Código Penal.

2.2.4.14.- LOS LÍMITES DEL IUS PUNIENDI.

Por el derecho de penar, el Estado se permite calificar ciertos hechos como delitos y de ser cometidos los sanciona con su arma fundamenta], la pena o medida de seguridad. No obstante, el Estado no puede abusar de ese derecho y es allí donde encajan los límites del *ius puniendi* para delimitar y restringir su facultad, dándoles luces a fin de no exagerar con su intervención punitiva.

Los límites del *ius puniendi* se pueden traducir en principios del Derecho penal y en normas rectoras.

2.2.4.14.1.- Límites del *Ius Puniendi* en un Estado de Derecho.

Nos dice pues el Maestro Mir Puig que: "El principio de Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad

punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad.⁶⁷

a) El principio de legalidad:

Este es el principal límite de la violencia punitiva que el sistema penal del Estado ejercita se trata de un límite típico de un Estado de Derecho. Esta violencia se realiza bajo el control de la Ley, de manera que toda forma de violencia ilícita que provenga del sistema penal deberá ser considerada conductas prohibidas. El principio de Legalidad limita el ejercicio del poder penal exclusivamente a las acciones u omisiones previstas en la Ley como infracciones punibles: *nulum crimen, nulla poena sine lege*.

El principio de legalidad se precisa, clarifica y se fortalece a través del tipo penal. Así, se constituye en una forma sintética que expresa el conjunto de límites que surgen del principio de legalidad para circunscribir con absoluta precisión la conducta prohibida o mandada respecto de la cual está enlazado el ejercicio del poder punitivo.

El principio de legalidad no es sólo una exigencia de seguridad jurídica, que requiera sólo la posibilidad de conocimiento previo de delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo.⁶⁸

Normativamente, el principio de legalidad se expresa en el sentido que "nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la Ley" de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado

⁶⁷ MIR PUIG, Ob. Cit; p. 109. Cfr. CASTILLO ALVA, José Luís, Ob. Cit; al hacer análisis completo de su obra; 2002. Principios de Derecho Penal Parte General: Gaceta Jurídica: Lima.

⁶⁸ Cfr.; en un sentido próximo; Arroyo. Principio de legalidad: pp. 353 ss

con pena prevista en la Ley (artículo 2. numeral 24, inciso d, constitución). Así también lo describe el artículo II del Título preliminar del Código Penal⁶⁹.

2.2.4.14.2.- Límites del Ius Puniendi en un Estado Social.

"La idea del Estado social sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica ya varios límites que giran en torno a la exigencia de la necesidad social de la intervención penal".

a) El principio de utilidad de la intervención penal: "Si el Derecho penal de un Estado de social se legitima sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos. El principio de necesidad conduce, pues a la exigencia de utilidad.⁷⁰ El Estado solo puede utilizar la pena cuando está en situación de explicar su necesidad para la convivencia social⁷¹ para mantener el orden democrático establecido (Art. 43 de la Constitución Política). La mera utilización de instrumentos violentos como la pena siempre afectará la idea de un Estado de Derecho, solo la extrema necesidad podría bajo las circunstancias señaladas, volver legítimo un castigo violento en concreto y nunca el castigo en general. Siempre que podamos, claro está, demostrar esa necesidad".⁷² Este principio de la necesidad de la intervención estatal es, pues, un límite importante

⁶⁹ Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena que no se encuentre establecida en ella". En el anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004. en el artículo II del Título Preliminar, se añade el término "omisión" para mejor entendimiento de que son tanto las conductas activas como omisivas las que deben estar previstas como delitos o faltas en la Ley.

⁷⁰ MIR PUIG: Derecho Penal, Parte General. Barcelona. 1996; Pág. 122.

⁷¹ GIMBERNET ORDEIG. Enrique; Estudios de Derecho Penal; 3º Edición Tecnos; Madrid 1990: Pág. 122

⁷² BINDER. Alberto M: "Introducción al Derecho Penal": Ad-Hoc. Buenos Aires. 2004. Pág. 55

porque permite evitar las tendencias autoritarias. La ley no se transforma en un instrumento al servicio de los que tienen el poder penal, sino que las leyes penales, dentro de un Estado Social y democrático de Derecho sólo se justifican en la tutela de un valor que necesita de la protección penal.⁷³

b) El Principio de Subsidiaridad y carácter fragmentario del derecho penal: El Derecho penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando esto puede conseguir por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales.

Según este principio el derecho penal ha de ser la última ratio o extrema ratio⁷⁴ el último recurso a utilizar a otros menos lesivos, en el sentido que sólo debe recurrirse al derecho Penal cuando han tallado todos los demás controles sociales. El Derecho penal debe ser el último recurso que debe utilizar el Estado, debido a la gravedad que revisten sus sanciones. Los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del Derecho o por otras formas de control social.

El carácter fragmentario del Derecho Penal consiste en que no se le puede utilizar para prohibir todas las conductas. "El derecho punitivo no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos sino las que revisten de mayor entidad".⁷⁵ Este principio es una directriz político-criminal, ya que determina en el legislador hasta qué punto puede

⁷³ QUINTEROS OLIVARES; Manual de Derecho Penal. Parte General"; 2"; Arazandi: Navarra.; 2000; Pág. 95"

⁷⁴ BUSTOS. Obras completas. T.I (Derecho Penal Parte General). T. II (Control Social y otros estudios); Ara, Lima 2004,1. Pág. 548

⁷⁵ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: "Manual de derecho penal. Parte General"; Temis. Bogotá. 2002. Pág. 42

transformar determinados hechos punibles en infracciones o no hacerlo⁷⁶ por lo tanto, muy útil para la criminalización primaria.

El postulado del "carácter fragmentario del derecho penal" significa que el Derecho Penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos.

Para determinar la fragmentariedad de la selección penal se puede partir de los siguientes fundamentos⁷⁷: Primero, defendiendo al bien jurídico sólo contra aquellos ataques que impliquen una especial gravedad, exigiendo además, determinadas circunstancias y elementos subjetivos. Segundo, tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico. Tercero, dejando, en principio, sin castigo las acciones meramente inmorales.

c) El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos: "El Derecho penal de un Estado social ha de justificarse como sistema de protección de la sociedad. Los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del Derecho se denominan "bienes jurídicos".

Relacionado con la distinción de Moral y Derecho, el postulado de exclusiva protección de bienes jurídicos implica que no pueden ser acaparados por el Derecho penal intereses meramente morales esto es, solamente morales, lo que no impide que los bienes jurídicos-penales puedan ser, como de hecho lo son los más importante,

⁷⁶ ROXIN; núm. 3 í. "Derecho penal .Parte General"; T.L Trad. a la 2a Ed. Alemana por Diego Manuel Luzón PEÑA Miguel DÍAZ GARCÍA Conlledo/Javier de VICENTE REMESAL, reimpresión a la led Civitas; Madrid.; 1999: Pág. 67

⁷⁷ MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARAN: "Derecho Penal .Parte General"; 5E!': Revisada y puesta al día. Tirant lo blanch valencia; 2002: Pág. 80.

también bienes morales, pero exige que tengan algo más que los haga merecedores de protección jurídico penal⁷⁸.

Este Principio no solo expone la función que debe cumplir el derecho penal, sino que también limita y circunscribe la intervención punitiva de Estado. En esta línea, los bienes jurídicos son los valores fundamentales y predominantes de toda sociedad que proporciona el ordenamiento de protección de derechos humanos y los principios constitucionales, como su fuente inspiradora, para de esta manera delimitar al poder penal, buscando erradicar la posibilidad de la arbitrariedad.⁷⁹

Jurisprudencia:

"Debe de tenerse en cuenta que la protección de bienes jurídicos no sólo se alcanza a través del Derecho Penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo ordenamiento jurídico⁸⁰".

2.2.4.14.3.- Límites del *Ius Puniendi* en un Estado Democrático.

"Por último, la concepción del Estado democrático obliga en lo posible a poner el Derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como los de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano.

a) El principio de racionalidad y humanidad de las penas:

También llamado principio de proscripción de la crueldad⁸¹ se le ha

⁷⁸ MIR PUTG. Ob. cit.; Derecho Penal. Parte General. Barcelona. 1996; Págs. 124, 125.

⁷⁹ Cfr. GONZALO DE FERNÁNDEZ; "Bien jurídico y sistema de delito". Editorial B de F; Julio César Paira; Editor, Montevideo - Buenos Aires; 2004; Pág. 292

⁸⁰ Ejecutoria del 19 de Marzo de 1998, Exp. 8240-97, en ROJAS VARGAS. 2000. p. 371. Jurisprudencia penal (1998 - 2000); Grijley; Lima.

considerado en la actualidad como el pensamiento central de la ejecución penal y uno de los límites primordiales en un Estado democrático. Según los postulados de este principio, se rechaza por cruel toda sanción penal que resulte brutal en sus consecuencias para el sujeto. Se debe buscar una pena humanitaria en el sentido que se ejecute sin crueldad ni sufrimientos innecesarios para el penado, tomando en cuenta los lineamientos del derecho de los derechos humanos⁸²".

Asimismo, se rechaza aquellas sanciones penales que buscan mantenerse hasta la muerte de la persona. Toda consecuencia jurídica debe terminar en algún tiempo pero nunca debe rebasar más allá de la vida del penado ni ser perpetua, ya que implicaría admitir la existencia de una persona innecesaria.⁸³

b) El principio de culpabilidad: En sentido más amplio el término "culpabilidad" se contrapone al de "inocencia". En este sentido, bajo la expresión "principio de culpabilidad" pueden incluirse diferentes límites *del Ius puniendi*; que tienen de común exigir, como presupuesto de la pena, que pueda "culpase" a quien sufra del hecho que la motiva. Para ello es preciso, en primer lugar, que no se haga responsable al sujeto por delitos ajenos: principio de personalidad de las penas. En segundo lugar, no pueden castigarse formas de ser, personalidades, puesto que la responsabilidad de su configuración por parte del sujeto es difícil de determinar, sino sólo conductas, hechos:

⁸¹ ZAFARONI / AUAGA / SLOKAR: Derecho Penal; Parte General"; Ed.; Buenos Aires. 2000; Pág. 125.

⁸² FERNÁNDEZ CARRASQUILLA; "Derecho Penal Fundamental": T. T. Reimpresión la 2a Ed. Temis: Bogotá: 1989; PP. 42-43.

⁸³ Esto principio tiene su origen en la Revolución francesa de 1759 y la posterior promulgación de la declaración del Hombre y del ciudadano donde se buscó la reivindicación de una humanización ante rigor de las penas que preveía el antiguo régimen. Se pasó de un sistema penal que contenía entre sus consecuencias penales la pena de muerte y las penas corporales, a otra que se basaba en las penas privativas de la libertad. Actualmente se puede decir que las penas corporales ya han desaparecido, pero no se puede decir lo mismo con la pena de muerte, aunque existe una tendencia abolicionista (Cfr. MIR PUIG):20(M: Pág. 131.

principio de responsabilidad por el hecho, exigencia de un "Derecho penal del hecho".

Más no basta requerir que el hecho sea materialmente causado por el sujeto para que pueda hacerse responsable de él; es preciso además que el hecho haya sido querido (doloso) o se haya debido a imprudencia: principio de dolo o culpa. Por último, para que pueda considerarse culpable del hecho doloso o culposo a su autor ha de poder atribuírsele normalmente a éste, como producto de una motivación racional normal: principio de imputación personal también denominado culpabilidad en sentido estricto); este principio impide castigar con una pena al autor de un hecho antijurídico que no alcance unas determinadas condiciones psíquicas que permitan su acceso normal a la prohibición infringida. (Es lo que sucede en el caso de los inimputables ya sea por ser menores de edad penal, ya sea por causa de enfermedad mental, defecto de inteligencia o percepción, o trastorno mental transitorio).

"La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva (artículo VII Título Preliminar. Código Penal). Recuérdese que algunos prefieren usar el término "responsabilidad" al de "culpabilidad" para evitar cualquier vinculación con el criterio retributivo, aun cuando otros consideran innecesario esto, pues la culpabilidad se puede fundar en criterios preventivos.

La importancia de este principio radica en que se busca evitar que una persona pueda ser tenida por un medio para la realización de algún fin, en otras palabras se pretende impedir la vulneración de la

dignidad persona.⁸⁴ Se protege al agente de todo exceso en la reacción represiva del Estado.⁸⁵

c) El principio de proporcionalidad: También llamada prohibición en exceso,⁸⁶ consiste en la búsqueda de un equilibrio entre el poder penal del estado, la sociedad y el imputado. Constituye directamente a partir del principio del Estado de Derecho.

"La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La medida de seguridad solo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes (artículo VIII Título Preliminar, Código Penal)".⁸⁷ Considera que la pena debe ser adecuada al daño ocasionado por el agente, según el grado de culpabilidad y el perjuicio socialmente ocasionado.⁸⁸

Dos aspectos o exigencias hay que distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas: Por una parte, la necesidad misma de que la pena sea proporcionada al delito. Por otra parte, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (a su "nocividad social").

La intervención del poder penal no puede genera más daño que el hecho concreto al cual responde. La ilicitud puede reflejarse bajo la relación del hecho concreto (delito) y la respuesta punitiva estatal (pena), y esta relación sólo se admite como admisible si es proporcionada. Se entenderá proporcionada cuando "La reacción

⁸⁴ BACIGALUPO; "Principios de Derecho Penal Parte General"; 5: Akal; Madrid; 1998: Pag. 108 y ZAFARONI / ALIAGA SLÜKAR; "Derecho General Parte General", Ed., Buenos Aires: 2000; Pág. 132

⁸⁵ JESCHEK / WEIGENG; "Tratado de derecho penal Parte General"; 5eJ. Renovada y ampliada; Trad. de Miguel Olmedo Cardenote; Gomares Granada. 2002, Pág. 25

⁸⁶ MAURACH / ZIPF; "Derecho Penal. Parte General. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible: Astrea, Buenos Aires: 1994; Pág. 98.

⁸⁷ La exposición de motivos del Código Penal al referirse a dicha norma, expresa: "proporcionalidad de la pena a la responsabilidad por el hecho.

⁸⁸ PÉREZ PINZÓN; "Introdúcelo al Derecho Penal": 3º Edición (reimpr): Forum Pacis; Ibagué; 1996; Pág. 90.

penal lograra un balance positivo frente al daño causado por el delito, siempre dentro de un máximo admisible de violencia por la conjunción de otros principios.

La idea de proporcionalidad presupone que se ha usado la pena como último recurso y que se logra satisfacer la necesidad que constituye su único fundamento. Dentro de este marco estrecho, proporcionalidad no significa equivalencia entre la gravedad del delito y la pena, sino que aquel mal que causa pena es el mínimo posible según el grado de necesidad que surge de la falta de otros instrumentos de respuesta que no sea la violencia.⁸⁹

JURISPRUDENCIA:

"Que para efectos de la graduación de la pena es menester precisar que la función preventiva, protectora y resocializadora de la pena, y en virtud del principio de proporcionalidad y racionalidad de la pena, esta prima respecto a las disposiciones contenidas en las leyes especiales, conforme a lo dispuesto en los numerales VII, IX y X del Título Preliminar del Código Penal"⁹⁰

d) El principio de resocialización: La exigencia democrática de que sea posible la participación de todos los ciudadanos en la vida social, conduce a reclamar que el Derecho pena] la evite marginación indebida del condenado a una pena o del sometido a una medida de seguridad. Es preciso señalar, que cuando la privación de libertad sea inevitable, es necesario configurar su ejecución de forma tal que evite en lo posible sus efectos de socializadores, fomente cierta comunicación con el exterior y, facilite una adecuada reincorporación del recluso a la vida en libertad. Es así como debe entenderse este

⁸⁹ RINDER: "Introducción al Derecho Penal"; Ad- Hoc. Buenos Aires: 2004: pp. 192-193

⁹⁰ Sentencia de la Segunda Sala Penal de reos en cárcel del Cono Norte de Lima, del 09 de Agosto del 2000 Exp. N° 2000-232. Fidel. Jurisprudencia Penal Patrimonial. Grijley: 2000: Lima: Pág. 237

principio en un Estado democrático de derecho, no como sustitución coactiva de los valores del sujeto, ni como manipulación de su personalidad, sino como un intento de ampliar las posibilidades de la participación en la vida social, una oferta de alternativas al comportamiento criminal. Esto supone la libre aceptación por parte del recluso, que no ha de ser tratado como el mero objeto de la acción resocializadora de un Estado intervencionista, sino como un sujeto no privado de su dignidad con el cual se dialoga.

2.2.4.14.4.- Los Límites Constitucionales de la Prevención

General:

La presencia de un efecto de intimidación es un resultado natural que se verifica, en el plano general, cada vez, que una norma prevé una sanción penal, pero en nuestro ordenamiento actual, el efecto de intimidación no puede superar al naturalmente conexo a la posición de una norma penal y a la mera imposición de una pena, y ello lo impide una serie de principios constitucionales según los cuales debe uniformarse el régimen de las sanciones penales, pues los principios a los que se hace referencia son los de finalismo reeducativo y de la prohibición de tratamiento contrarios al sentido de humanidad (art. 27 inciso 3 de la Constitución); de la personalidad de la responsabilidad penal (art. 27 inc. 1 de la Constitución), la de razonabilidad (art. 3 de la Constitución), derivados de manera directa de las normas constitucionales y los de tutela de la dignidad humana y de subsidiariedad de la sanción penal.

Ahora, sobre la eficacia directamente criminológica de la previsión de penas particularmente severas, se debe recordar la lección siempre actual de Cesare Beccaria, que con feliz intuición, observó: ***"Es evidente que el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ser sensible, sin deshacer un delito ya cometido (...), a***

medidas que los suplicios se vuelvan más crueles, los ánimos humanos, que como fluidos se ponen siempre al nivel de los sujetos que lo circundan se encallecen (...). La atrocidad misma de la pena hace que se arriesgue tanto más para evitarla cuanto más grande es el mal hacia el que se avanza, hace que se cometan más delitos para eludir la pena de uno sólo”⁹¹.

En lo antes citado, el mismo autor, señala: **“Cuanto más pronta y cercana al delito cometido es la pena, tanto más justa y tanto más útil resulta. Digo más justa, porque le ahorra al reo los inútiles y fieros tormentos de la incertidumbre, que crecen con el vigor de la imaginación y con el sentimiento de la propia debilidad;...más útil, porque cuanto menor es la distancia del tiempo que pasa entre la pena y el delito, es tanto más fuerte y duradera en el ánimo del ser humano la asociación de esas ideas: delito y pena, de tal manera que insensiblemente se consideran uno como causa y la otra como efecto necesario.** La certeza de un castigo, aunque moderado, causa siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible unido a la esperanza de la impunidad, porque los males, aún mínimos, cuando son ciertos, espantan siempre los ánimos humanos.

Una opción intimidatoria – disuasiva resulta problemática también respecto de los principios de personalidad de la responsabilidad penal y de tutela de la dignidad, pues si para impedir que se cometan delitos se amenaza y se imponen penas particularmente severas, el delincuente se convierte en un mero instrumento de política criminal para la intimidación ajena; en este caso, la intervención estatal, lejos de remover los obstáculos para el desarrollo de la personalidad, como pretende la norma en el art. 3 inciso 2 de la Constitución, se pone en

⁹¹ Ver Beccaria, Dei delitti e delle, cit. XV, ps. 32 y siguientes.

evidente antítesis con el respeto a la dignidad humana, pues se debe tratar a la humanidad, siempre como un fin, y nunca simplemente como un medio”.

2.2.4.14.5.- Los Límites Constitucionales de la Prevención Especial⁹²:

El respeto del hombre aunque delinque, es fundamental para su recuperación social, pues las penas deben tender a la reeducación del condenado (art. 27 inc. 3 de la Constitución).

La presencia de principios constitucionales, del estado de derecho (art. 2, 3 - inc. 1, 19, 21 de la Constitución), garantizan la autonomía y la dignidad del individuo, conjuntamente con aquellos de estado social (art. 3 – inciso, 2, 4,34 de la Constitución), que garantizan el desarrollo de la personalidad en una perspectiva de solidaridad, nos inducen a considerar que el concepto de reeducación (art. 27 inc. 3 de la Constitución), debe entenderse en el significado de recuperación social.

A los fines de la verificación de la adecuación al sistema penal de derivación constitucional de la concepción penal de la integración social, nos parece oportuno proceder a un breve análisis de la incidencia de los aspectos positivos y negativos de la prevención en las tres fases de la realización del derecho penal: amenaza legal, aplicación y ejecución de la sanción. **a)** *En el acto de creación de la figura jurídica, suelen ponerse de relieve momentos de intimidación (prevención general – aspecto negativo), seguramente relacionados con la misma posición de la norma penal, pero ello no justifica, ni siquiera en esa fase, la búsqueda particular de un efecto disuasivo. La*

⁹² MOCCIA, Sergio. “El Derecho Penal entre Ser y Valor – Función de la Pena y Sistemática Teleológica”, Editorial Euros Editores S.R.L, Buenos Aires – Argentina, Febrero del 2008, Pág. 103- 114.

eficiencia de un sistema que se funda sobre la intimidación, pues lo que retiene al delincuente, no es tanto el temor de una sanción dura como la probabilidad de ser descubierto; el resultado general preventivo no debe vincularse con el rigor de la sanción sino con su efectividad. **b) En el momento de la aplicación de la pena**, la inaceptabilidad de la intimidación, más allá del efecto conexo a la simple aplicación de la pena (prevención especial - aspecto negativo), se vuelve aún más evidente, que para evitar la comisión de ilícitos se imponen penas particularmente severas y así se violan los principios constitucionales de la dignidad humana y de la personalidad de la responsabilidad penal y el delincuente se convertirá en un mero instrumento para la intimidación ajena. **c) En la fase de ejecución**, la intimidación no puede hallar espacio alguno, de lo contrario más allá del principio de reeducación, se violaría el de la prohibición de tratamientos contrarios al sentido de la humanidad. La prevención general positiva podría ser tomada en consideración, porque el eventual reconocimiento de las normas por parte del delincuente y el efectivo respeto de las reglas de razonabilidad por parte del Estado, tendrían una repercusión positiva en la comunidad.

2.2.5.- NORMAS (LEGISLACIÓN NACIONAL):

CÓDIGO PENAL PERUANO.

TITULO PRELIMINAR

ANÁLISIS DE PRESUPUESTOS NORMATIVOS RELACIONADOS A LA DETERMINACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD.

Artículo I.- Finalidad Preventiva.

Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad.

Artículo VIII.- Proporcionalidad de las sanciones.

La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes.”

Artículo IX.- Fines de la Pena y Medidas de Seguridad.

La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.

Análisis y Comentario General:

La finalidad de las penas en la legislación peruana es la prevención, protección y resocialización: La prevención será a cargo de Sistemas de Prevención del delito, desde los jóvenes, medidas legislativas y una buena y determinante participación de la Policía Nacional. En cuanto a la protección está a cargo del Poder Judicial y los Sistemas jurisdiccionales al imponer pena a los infractores y delincuentes que

pueden causar algún daño a la sociedad, a parte de la función de "castigo" la pena servirán para proteger a la sociedad de individuos con tendencias delictuosas. En cuanto a la resocialización, estará a cargo del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), quienes mediante medidas que ejecute en sus centros penitenciarios intentar conseguir la resocialización de los internos y con mención al principio de proporcionalidad de las sanciones. Este principio ha sido denominado también como prohibición de exceso, razonabilidad o racionalidad, proporcionalidad de medios, proporcionalidad del sacrificio o proporcionalidad de la injerencia. Tiene su razón de ser en los derechos fundamentales, cuya dogmática a preservar la "proporcionalidad" de las leyes ligándolo con el principio de "Estado de Derecho" y, por ende, con el valor justicia. El principio de proporcionalidad caracteriza la idea de justicia en el marco de un Estado de Derecho. Dicho principio, al regular el establecimiento y aplicación de toda clase de medidas restrictivas de los derechos y las libertades, persigue la "intervención mínima" del Estado.

Artículo 28.- Clases de Pena.

Las penas aplicables de conformidad con este Código son:

- **Privativa de libertad;**
- Restrictivas de libertad;
- Limitativas de derechos; y
- Multa.

Análisis y Comentario:

Las penas se encuentran estipuladas en el Art. 28 del Código Penal Peruano entre las cuales están, la pena privativa de libertad, la cual puede ser temporal o cadena perpetua a través de este tipo de pena se priva la libertad ambulatoria del agente que cometió un hecho

delictivo ya sea el agraviado una determinada persona o el mismo Estado. Con respecto a la pena restrictiva de libertad esta pena es aplicable después de cumplida la pena privativa de libertad por el agente que cometió un delito grave ya sea en el caso de terrorismo, traición a la patria." La cual consiste en la de expulsión del país, tratándose de extranjeros y la expatriación tratándose de nacionales esta pena tiene una duración máxima de 10 años; así como también la pena limitativas de derecho, que vienen a ser un conjunto de procedimientos y mecanismos normativos que tienen como función común la de eludir o limitar la aplicación o ejecución de la penas privativas de libertad de corta o mediana duración, por lo que bien estima que se le puede considerar como instrumento de despenalización y su sustento se encuentra en experiencia criminológica que demuestra que la penas de encarcelamiento de corta duración resultan estigmatizadoras o negativas para el condenado y por lo tanto contraproducentes ya que atentan contra el principio de humanidad de la penas, por lo que en todo, sistema jurídico se ha buscado reemplazarla por otros mecanismo alternativos; como son la de prestación de servicios a la comunidad, la limitativa de días libres e inhabilitación...y por ultimo tenemos la penas de multa, la cual obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días-multa. El importe del día-multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza. La pena de multa se extenderá de un mínimo de diez días-multa a un máximo de trescientos sesenticinco días-multa, salvo disposición distinta de la ley. El importe del día-multa no podrá ser menor del veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado cuando viva exclusivamente de su trabajo. La multa deberá ser pagada dentro de los diez días de pronunciada la sentencia. A pedido

del condenado y de acuerdo a las circunstancias, el Juez podrá permitir que el pago se efectúe en cuotas mensuales.

Artículo 29.- Duración de la pena privativa de libertad.

La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años.

Análisis y Comentario:

La duración de la pena privativa de libertad va ser determinada de acuerdo a la gravedad del delito cometido por el autor o autores, la cual puede ser una pena temporal o en caso contrario la pena de cadena perpetua, la pena mínima es dos días y la máxima es de treinta y cinco años para quienes cometieron un hecho delictivo ya sea en agravio de una determinada persona o del Estado.

Artículo 30.- Pena restrictiva de libertad.

La pena restrictiva de libertad es la de expulsión del país, tratándose de extranjeros. Se aplica después de cumplida la pena privativa de libertad.

Análisis y Comentario:

Esta pena es aplicable después de cumplida la pena privativa de libertad por el agente que cometió un delito grave ya sea en el caso de terrorismo, traición a la patria." La cual consiste en la de expulsión del país, tratándose de extranjeros y la expatriación tratándose de nacionales esta pena tiene una duración máxima de 10 años.

Artículo 31.- Penas limitativas de derechos – Clases.

Las penas limitativas de derechos son:

1. Prestación de servicios a la comunidad;
2. Limitación de días libres; e
3. Inhabilitación.

Análisis y Comentario:

Con respecto a la pena de prestación de servicios a la comunidad, viene a ser una pena de prestación de determinadas horas de trabajo no remunerado y dedicadas al desarrollo de servicios o tareas gratuitas en apoyo a centros asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras públicas, las que tendrán lugar los días sábados y domingos con un total de un mínimo de 10 y un máximo de 150 jornadas semanales, pudiendo el sentenciado pedir que se le señalen otros días de la semana. La finalidad de esta pena es que no solo evita la segregación del condenado, sino que estimula en él la solidaridad con los demás mediante una serie de ocupaciones, fundamentalmente en el campo de la asistencia social y respecto a la Pena de días libres, consiste en limitación de días libres consiste en la obligación de permanecer los días sábados, domingos y feriados, por un mínimo de diez y un máximo de dieciséis horas en total por cada fin de semana, en un establecimiento organizado con fines educativos y sin las características de un centro carcelario. El periodo de arresto fluctúa entre un mínimo de y un máximo de dieciséis horas por fin de semana, el lugar de arresto se estructura con propósitos resocializadores y educativos, la pena dura entre diez (10) y ciento cincuenta y seis (156) jornadas semanales. Esto se podría caso de un delito de tránsito por severa infracción del deber del cuidado, en las que el condenado pudiera ver videos, recibir instrucción de la Policía Nacional de Tránsito y estudiar bajo vigilancia permanente la

reglamentación correspondiente. Y con menciona la pena de inhabilitación consiste en la supresión de algunos derechos ciudadanos (políticos, económicos, sociales y familiares), la inhabilitación puede acarrear la privación de la función, o cargo o comisión que ejercía el condenad, aunque provenga de elección popular, incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; suspensión de los derechos políticos que señala la sentencia; incapacidad para ejercer por cuenta propia o por medio de un tercero, profesión, comercio, arte o industria que deban especificarse en la sentencia; incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela; suspensión o cancelación para optar autorización para portar armas de fuego; cancelación para conducir cualquier tipo de vehículo; privación de grados militares o policiales títulos honoríficos u otras que correspondan al cargo; profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito la pena de inhabilitación puede ser principal o accesoria. Como pena principal opera como pena limitada de derechos y con ello lo que se trata es de una pena alternativa a la privación de la libertad. Como pena accesoria se impone cuando el hecho punible a sido una de abuso de autoridad, de cargo, de profesión, de oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública y su duración será iguala a la pena principal. En cuanto a su extensión la pena se ha limitado de un mínimo de 6 meses y un máximo de 5 años salvo en los casos a los que se refiere el segundo párrafo del numeral 6) del artículo 36, en la que es definitiva.

Artículo 32.- Las penas limitativas de derechos previstas en los dos primeros incisos del artículo 31 se aplican como autónomas cuando están específicamente señaladas para cada delito y también como sustitutivas o alternativas de la pena privativa de libertad, cuando la sanción sustituida a criterio del Juez no sea superior a cuatro años.

Análisis y Comentario:

El Juez, al momento de fundamentar y determinar la pena a un agente que cometió una falta o un hecho delictivo, deberá tomar en cuenta: 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 dependen, pues el mencionado dispositivo legal refiere que las penas limitativas de derechos se aplican como autónomas cuando están específicamente señaladas para cada delito y también como sustitutivas o alternativas de la pena privativa de libertad, cuando la sanción sustituida a criterio del Juez de fallo no sea superior a cuatro años.

Artículo 41.- Concepto de pena multa.

La pena de multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días-multa.

El importe del día-multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza.

Análisis y Comentario:

La pena de multa, conocida también como pena pecuniaria, la pena como multa es antigua y se remonta a la época prerromana, la gran mayoría de sistemas jurídicos apelan a la multa para la imposición de una consecuencia jurídica y en algunos caso como en la de Alemania, esta pena es de la más empleadas, se trata de una muy aceptable alternativa a la pena privativa de libertad pues sus ventajas, de cara a un Derecho penal humanitario. A través de esta pena de multa se obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en

días-multa que equivale al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza.

Artículo 42.- Extensión de la pena de multa.

La pena de multa se extenderá de un mínimo de diez días-multa a un máximo de trescientos sesenticinco días-multa, salvo disposición distinta de la ley.

Análisis y Comentario:

La pena de multa se extenderá de un mínimo de diez días-multa a un máximo de trescientos sesenticinco días-multa, salvo disposición distinta de la ley. El importe del día-multa no podrá ser menor del veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado cuando viva exclusivamente de su trabajo. La multa deberá ser pagada dentro de los diez días de pronunciada la sentencia. A pedido del condenado y de acuerdo a las circunstancias, el Juez podrá permitir que el pago se efectúe en cuotas mensuales.

Artículo 45.- Presupuestos para fundamentar y determinar la pena.

El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta:

- a)** Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad.
- b)** Su cultura y sus costumbres.
- c)** Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus

derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad."

Análisis y Comentario:

La pena se determina en la ley (determinación legal) y con el Juez (determinación judicial). Como quiera que es el Juez el llamado a precisar la pena sin apartarse de lo que la ley dice al respecto, el legislador ha establecido ciertas reglas que han de tomar en consideración al momento de fundamentar e imponer sus penas y son: Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente; su cultura y sus costumbres; los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen. Se trata pues de tomar en cuenta la llamada co-culpabilidad social, es decir, la aceptación de que la sociedad aporto lo suyo en la realización de un injusto.

Artículo 45-A. Individualización de la pena

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

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

El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas:

1. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes.

2. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas:

a) Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior.

b) Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio.

c) Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior.

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

a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior;

b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y

c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito.

Artículo 46. Circunstancias de atenuación y agravación.⁹³

1. Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

a) La carencia de antecedentes penales;

⁹³ Artículo incorporado por Ley N° 30076, publicado el 19-08-2013

- b) El obrar por móviles nobles o altruistas;*
- c) El obrar en estado de emoción o de temor excusables;*
- d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible;*
- e) Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias;*
- f) Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado;*
- g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad;*
- h) La edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible.*

2. Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

- a) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad;
- b) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos;
- c) Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria;
- d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole;
- e) Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común;
- f) Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que

dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe;

g) Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumar el delito;

h) Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función;

i) La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito;

j) Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable;

k) Cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional;

l) Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales;

m) Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva.

n) Si la víctima es un niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad, adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia o tuviere deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente o si padeciera de enfermedad en estado terminal, o persona perteneciente a un pueblo indígena en situación de aislamiento y contacto inicial."

Artículo 46-A.- Circunstancia agravante por condición del sujeto activo.

Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las

Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público.

En estos casos el Juez aumenta la pena hasta la mitad por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo ésta exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

La misma pena se aplicará al agente que haya desempeñado los cargos señalados en el primer párrafo y aprovecha los conocimientos adquiridos en el ejercicio de su función para cometer el hecho punible.

Constituye circunstancia agravante, cuando el sujeto activo, desde un establecimiento penitenciario donde se encuentre privado de su libertad, comete en calidad de autor o partícipe el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro. En tal caso, el Juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

No será aplicable lo dispuesto en el presente artículo cuando la circunstancia agravante esté prevista al sancionar el tipo penal o cuando ésta sea elemento constitutivo del hecho punible.

Artículo 46-B. Reincidencia

El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Tiene igual condición quien

después de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años.

La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

El plazo fijado para la reincidencia no es aplicable a los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. En estos casos, el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semi-libertad y liberación condicional. Si al agente se le indultó o conmutó la pena e incurre en la comisión de nuevo delito doloso, el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

En los supuestos de reincidencia no se computan los antecedentes penales cancelados o que debieren ser cancelados, salvo en los delitos señalados en el tercer párrafo del presente artículo."

Artículo 46-C. Habitualidad.

Si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. El plazo fijado no es aplicable para los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 322, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. Asimismo,

tiene condición de delincuente habitual quien comete de tres a más faltas dolosas contra la persona o el patrimonio, de conformidad con los artículos 441 y 444, en un lapso no mayor de tres años.

La habitualidad en el delito constituye circunstancia cualificada agravante. El juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, salvo en los delitos previstos en los párrafos anteriores, en cuyo caso se aumenta la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semi libertad y liberación condicional.

En los supuestos de habitualidad no se computan los antecedentes cancelados o que debieren estar cancelados, salvo en los delitos antes señalados."

Artículo 57.- Requisitos.

El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

- 1.** Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años;
- 2.** Que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hiciera prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito; y
- 3.** Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.

El plazo de suspensión es de uno a tres años.

La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios público condenados por cualquiera de los delitos dolosos

previstos en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399 y 401 del Código, así como para las personas condenadas por el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar del artículo 122- B y por el delito de lesiones leves previsto en los literales c), d) y e) del numeral 3) del artículo 122.⁹⁴

Análisis y Comentario:

La suspensión de la ejecución de la pena, se trata de unos de los procedimientos tradicionales de limitación de las penas cortas privadas de libertad. Se les conoce con distintas denominaciones, pero las más admitidas en el derecho comparado son condena condicional y suspensión de la ejecución de la pena, curiosamente algunas legislaciones utilizan simultáneamente ambas denominaciones en realidad estamos ante una medida de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y no de sustitución de dicha pena como ha venido ocurriendo con las medidas alternativas, la simple suspensión de la condena no representa. Hablando en puridad un mecanismo de sustitución de la pena, si no. En todo caso, una renuncia provisional al pronunciamiento o ejecución de la misma que en su momento, puede convertirse en definitiva, sustituir es cambiara una cosa por otra, y no es eso lo que sucede en la suspensión.

⁹⁴ Párrafo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 30710, Pub. 29-12-2017

2.2.6.- ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y DE LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS POR LOS JUZGADOS PENALES DEL DISTRITO FISCAL DE CAJAMARCA:

Sentencia del Tribunal Constitucional, del 19 de Enero del 2007, dictada en el Expediente. N° 0014-2006-PI/TC-LIMA.

CONSTITUCIÓN, POLÍTICA CRIMINAL, CÓDIGO PENAL, DOGMÁTICA Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

En la citada Sentencia, entre otras circunstancias, se precisa que en la medida que la Constitución es una norma jurídico-política y manifestación suprema del ordenamiento jurídico, pues en ella se encuentran las bases constitucionales de todas las disciplinas del Derecho. En tal sentido afirma que en un cierto ámbito de las cuestiones jurídicas fundamentales de la dogmática penal, está abierto a la influencia directa del ordenamiento constitucional, es decir, se encuentra a la vez dentro de las fronteras de la Constitución y en relación directa con la Política Criminal. De ahí que en último término, el Tribunal Constitucional, señala que las bases del Derecho penal y de todas las ramas del derecho en general, no hay que buscarlas en los códigos o en las leyes, sino en la Constitución, entendida como ordenamiento fundamental del actual Estado Constitucional del Derecho. Qué, la influencia del Derecho Constitucional sobre la dogmática penal se concretiza en la actuación del Tribunal Constitucional, porque el Tribunal no se limita a analizar y aplicar sin más las instituciones propias del Derecho Penal y desde el Derecho penal, sino que determina el contenido, a través de su interpretación y sus sentencias, de las instituciones penales, haciéndolas conformes de manera abstracta o concreta con la Constitución. Es a través de la interpretación y la argumentación

constitucional que el Tribunal contribuye a superar las limitaciones de la dogmática penal”.⁹⁵

Sentencia del Tribunal Constitucional del 21 de Julio del 2005,
dictada en el Expediente N° 0019-2005-AI/TC-Callao –
Fundamentos 35 y 36.

IUS PUNIENDI, CONDUCTA ANTIJURÍDICA Y PROTECCIÓN DE BIENES
JURÍDICOS

En la citada Sentencia, el Tribunal Constitucional, entre otras circunstancias, señala: “Que el Derecho penal es la rama del ordenamiento jurídico que regula el *ius puniendi* monopólitico del Estado, y que, por tal razón es capaz de limitar o restringir, en mayor o menor medida, el derecho fundamental a la libertad personal. De ahí que desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión puede dar lugar a una privación o restricción de la libertad, sólo será constitucionalmente válida, si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Qué, solo la defensa de un valor o interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental. Además resalta el hecho que dentro de lo límites que la Constitución impone, el legislador goza de un amplio margen para diseñar la política criminal del Estado y entre tales límites no sólo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario y en aras de la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes, sino también la de no desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder

⁹⁵ Citado por ROJAS VARGAS, Fidel, libro “Dos Décadas de Jurisprudencia” Tomo I”. ARA Editores. Edición 2012 – Lima – Perú, pág. 25-26

punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia de los referidos bienes, es decir, no desnaturalizar los fines de la pena”.⁹⁶

Sentencia del Tribunal Constitucional del 21 de Julio del 2005, dictada en el Expediente N° 019-2005-AI/TC. Fundamento 35

FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS BIENES JURÍDICOS
PENALES

En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional, entre otras circunstancias, señala que: “Desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, solo será constitucionalmente válida, si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes, es decir, precisa que solo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental”.⁹⁷

⁹⁶ Citado por ROJAS VARGAS, Fidel, libro “Dos Décadas de Jurisprudencia” Tomo I”. ARA Editores. Edición 2012 – Lima – Perú, pág. 26

⁹⁷ AVÁLOS RODRÍGUEZ, Constante y ROBLES BRICEÑO, Mery. “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Gaceta Jurídica, Lima – Perú, 2006, pág. 84

Sentencia del Tribunal Constitucional, del 29 de Agosto del 2005, dictada en el Expediente N° 5994-2005-PHC/TC-Lima.

BIENES JURÍDICOS, DERECHOS, CONSTITUCIÓN Y SEGURIDAD
CIUDADANA.

En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional, en sus fundamentos 15 y 16, entre otras circunstancias señala: "De alguna forma la idea de los bienes jurídicos relevantes se encuentra asociada al interés general, mientras que la de los derechos al interés subjetivo particular de quién reclama por su defensa. Lo dicho cobra especial importancia si parte del supuesto de que la ciudadanía ve cotidianamente arriesgada su seguridad como resultado del entorno conflictivo y antisocial, cuando no de la criminalidad mayoritariamente presente en las ciudades con abundante población y tráfico económico y, frente a la cual, se hace necesaria una específica política de seguridad a favor de la colectividad. En el Estado Social de Derecho, por otra parte es incuestionable la existencia de roles vitales en torno a la consecución de grandes objetivos. Qué, cuando se trata de bienes jurídicos como los descritos, no resulta extraño, sino perfectamente legítimo el que, bajo determinadas circunstancias los derechos puedan verse restringidos en determinados ámbitos de su contenido, bajo el prurito de compatibilizar los objetivos sociales propios de todo bien constitucional con los intereses individuales correspondientes a todo atributo o libertad. Naturalmente no es que los derechos se encuentren por debajo de los bienes jurídicos y ni siquiera a un mismo nivel o jerarquía, sino que ante la existencia de ambas categorías en el ordenamiento se hace imperioso integrar roles en

función a los grandes valores y principios proclamados desde la Constitución”.⁹⁸

Sentencia del Tribunal Constitucional, del 29 de Agosto del 2005, dictada en el Expediente N° 5994-2005-PHC/TC-Lima.

EL BIEN JURÍDICO VS. SEGURIDAD CIUDADANA

En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional, entre otras circunstancias señala: “Aunque no existe una aproximación conceptual precisa, desde el punto constitucional, sobre este tema, sino básicamente un conjunto de características o elementos que permiten integrar lo que sería su contenido, ésta puede definirse como un estado de protección que brinda el Estado y en cuya consolidación colabora la sociedad, a fin de que determinados derechos pertenecientes a los ciudadanos puedan ser preservados frente a situaciones de peligro o amenaza, o reparados en caso de vulneración o desconocimiento. Derechos como la vida, la integridad, la tranquilidad, la propiedad o la libertad personal, suelen ser los principales referentes que integran el contenido de seguridad ciudadana en atención a lo que del Estado y la colectividad se espera, siendo evidente que por sus alcances, se trata fundamentalmente de un bien jurídico de relevancia antes que un atributo o libertad a título subjetivo”.⁹⁹

⁹⁸ Dialogo con la Jurisprudencia, año 13, N° 107, Gaceta Jurídica, Lima Perú, año 2007, pág. 71-72

⁹⁹ Citado por ROJAS VARGAS, Fidel, libro “Dos Décadas de Jurisprudencia” Tomo I”. ARA Editores. Edición 2012 – Lima – Perú, pág. 30

Sentencia de la Segunda Sala Penal de reos en cárcel del Cono Norte de Lima, del 09 de Agosto del 2000 Exp. N° 2000-232.

FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL

En esta Sentencia, entre otras circunstancias, la Sala Penal, señala: "Que para efectos de la graduación de la pena es menester precisar que la función preventiva, protectora y resocializadora de la pena, y en virtud del principio de proporcionalidad y racionalidad de la pena, esta prima respecto a las disposiciones contenidas en las leyes especiales, conforme a los dispuesto en los numerales VII, IX y X del Título Preliminar del Código Penal".

EJECUTORIA N° 935 - 2004 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA SALA PENAL TRANSITORIA.

PRINCIPIOS DOCTRINARIOS BÁSICOS

En ésta Ejecutoria, la Corte Suprema, entre otras circunstancias, señala que: "El Derecho penal moderno asume los principios doctrinarios básicos de mínima intervención, humanidad, protección, prevención y resocialización de la pena, contenidos tanto en la Constitución Política del Estado, como en los artículos uno, octavo y noveno del Título Preliminar del Código Penal Peruano vigente y estos mismos principios que son lineamientos doctrinarios filosóficos que rigen y regulan el poder punitivo del Estado, establecen que el derecho penal actual es última ratio para su aplicación y que la misma debe buscar la reincorporación del sujeto infractor al seno de la sociedad y no destruirle física y moralmente, en el entendimiento que la realidad carcelaria en nuestro país es sumamente drástica y generadora de perjuicios irreparables en la persona de los

condenados a pena privativa de libertad. Siendo que el criterio que subyace en el principio de humanidad, es el permitir la aceptación y el respeto hacia las normas jurídico penales, en la medida que la finalidad de las sanciones no se base en fundamentos empíricos con el afán de causar temor en la población, por cuanto la pena debe ser vista como un mal necesario, dado que es una injerencia coactiva en la esfera de los derechos de un sujeto, el autor de un delito, a quien por lo demás, no se le puede gravar con cargas insoportables o permanentes, tal como se deduce de la doctrina comentada por el Jurista Jescheck respecto a que "todas las relaciones que surgen del Derecho penal deben orientarse sobre la base de la solidaridad recíproca, de la responsabilidad social con los reincidentes, de la disposición a la ayuda y la asistencia social y a la decidida voluntad de recuperar a los delincuentes condenados". Por lo que respecto al quantum de la pena, esta debe ser graduada prudencialmente en virtud del principio de humanidad de las penas y el de resocialización, además por la forma y circunstancias de la comisión del evento delictivo conforme a los dispuesto por los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal; así como el marco establecido en el tipo penal que se les atribuye y las atenuantes que concurran el proceso".

PLENO JURISDICCIONAL PENAL 1/2000

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Mediante éste Pleno Jurisdiccional, se acuerda:

Acuerdo Primero.- Por consenso: El principio de proporcionalidad de las penas es un límite a la potestad punitiva del Estado que consiste en el juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin

perseguido por la conminación legal. Tiene que existir una proporcionalidad entre gravedad del delito (injusto) y la pena. Este principio complementa el principio de culpabilidad, que en sí mismo no garantiza la necesaria proporción entre delito y pena.

Acuerdo Tercero.- Por consenso: El principio de proporcionalidad de las penas permite disminuir por debajo del mínimo legal las penas previstas para los delitos agravados del Decreto Legislativo Nº 896, aun cuando no concurren circunstancias atenuantes específicas, correspondiendo a los jueces motivar suficientemente la aplicación de este principio con posición de los criterios de proporcionalidad empleados para fijar la pena.

Acuerdo Cuarto.- Por consenso: Los criterios de proporcionalidad entre delito y la pena que pueden utilizar los jueces son enunciativamente los siguientes: a) importancia o rango del bien jurídico protegido; b) gravedad de la lesión al bien jurídico protegido; c) impacto social del hecho cometido (grado de nocividad social de la conducta incriminada); d) los diferentes medios de comisión del hecho punible; e) el grado de ejecución del hecho punible; f) el grado de intervención delictiva; g) las condiciones personales del agente (edad, estado mental del agente, responsabilidad penal restringida, grado de educación, ocasionabilidad versus habitualidad); h) el comportamiento de la víctima; i) el comportamiento del autor después del hecho.

Acuerdo Quinto.- Por consenso: En los casos de concurrencia simultánea de circunstancias agravantes y atenuantes (genéricas o específicas) es obligatoria su apreciación o consideración. En tal supuesto, los jueces para determinar la pena deben realizar un proceso de compensación racional entre los factores de aumento y disminución de la sanción penal, fijando el quantum de la misma

mediante el correcto uso del arbitrio judicial, que deberá ser motivado en la sentencia.

Ejecutoria Suprema del 12/05/1998, expedido por la Sala Penal Permanente – Juez Supremo ponente: Dr. Pariona Pastrana. R.N N° 3763-2011-Huancabelica.

NO CUALQUIER LESIÓN AL BIEN JURÍDICO ACTIVA LA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL

Esta Ejecutoria Suprema, hace referencia a que por el principio de lesividad la pena, necesariamente precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley, sin embargo no cualquier lesión o puesta en peligro tiene actitud para activar el sistema penal, sino solo aquellos comportamientos sumamente reprochables y no pasibles de estabilización mediante otro medio de control social menos estricto; en ese sentido, para la materialización de un delito se requiere que el sujeto activo hay cometido un hecho lo suficientemente grave para ser objeto de represión penal y no un simple desliz disciplinario. En un plano estrictamente dogmático, lo acabado de mencionar tiene su correlato en la teoría de la imputación objetiva, en virtud de cuyos fundamentos se tiene que la configuración de la tipicidad, atraviesa un filtro de valoración por el cual alcanzan el nivel de una conducta típica solo aquellos comportamientos que expresen el significado de una relevancia social o que produzcan una perturbación social en sentido objetivo¹⁰⁰. De lo contrario la intervención del Derecho penal plasmada en la imputación jurídico-penal no reflejaría las expectativas normativas de la sociedad por una genuina protección penal.

¹⁰⁰ JAKOBS, Güntrher. La imputación objetiva en Derecho penal, Lima, Grijley, 1998, Pág. 22

**Sentencia Condenatoria Anticipada (Resolución N° 02), de
fecha 01-08-2016, dictada por el Tercer Juzgado de
Investigación Preparatoria de Cajamarca, en el Exp. N° 556-
2015-1-0601-JR-PE-03**

Expediente : N° 00556-2015-1-0601-JR-PE-03

Sentenciado: José Santos Vásquez Vásquez.

Agraviado : El Estado (Ministerio del Interior)

Delito : Tenencia Ilegal de Arma de Fuego.

APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD,
HUMANIDAD DE LAS PENAS Y RESOCIALIZACIÓN

Esta sentencia, el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en audiencia de Terminación Anticipada, en atención a los principios de humanidad y proporcionalidad de las penas, señalando que la conminación y concreción de las sanciones penales deben cumplir las exigencias mínimas de certeza y razonabilidad que aseguren una pena justa y equilibrada; así como que el principio de humanidad, presupone que todas las relaciones humanas, personales y sociales que surgen de la justicia en general y de la justicia penal en particular, debe configurarse sobre la base del respeto a la dignidad de la persona, a lo que debe añadirse su consiguiente derecho al pleno desarrollo de la personalidad, señalando que en el caso materia de análisis no se trataba de un delincuente peligroso que requiera tratamiento penitenciario en carcelería, dado que era una persona que se dedica a la condición de chofer, que no contaba con un historial relacionado a la infracción de normas de pacífica convivencia, además de ello las circunstancias particulares de su intervención en posesión del arma de fuego, pues había quedado claro durante la investigación que el imputado desconocía el uso de armas de fuego y no había realizado

ningún disparo, conforme al Dictamen Pericial N° 226-2014, que dio resultado negativo para plomo, antimonio y varios, así mismo que no habría sido utilizada el arma para amenazar o intimidar a alguna persona, sino que el investigado tenía el arma en el interior de su casaca de cuero y que el único fin por el cuál portaba el arma de fuego era por su seguridad personal, dado que en su labor de taxista había sido víctima de asalto durante la noche, no siendo por ende la finalidad realizar actos delictivos, según su versión, con la finalidad de resocialización efectiva del imputado, y de no vulnerar su dignidad con fin en sí mismo y garantizar el derecho al pleno desarrollo de su personalidad, **de los seis años que prevé la norma en su extremo mínimo, reduce un sexto por terminación anticipada,** resultando la de **cuatro años y nueve meses,** y además de ello **por los Principios de Proporcionalidad, Humanidad y Resocialización y Dignidad de la persona,** conforme a los fundamentos antes expuestos, **SENTENCIA:** A don José Santos Vásquez Vásquez, por el delito de Tenencia Ilegal de Arma de Fuego, en agravio del Estado Peruano – Ministerio del Interior, **la Pena Final de (3) años (11) meses (15) días de Pena Privativa de la Libertad, con el Carácter de Suspendida** y sujeto a reglas de conducta, por el período de prueba de dos años; así mismo impone el pago de una reparación civil a favor del Estado Peruano – Ministerio del Interior, en la suma de S/ 1, 000. 00 soles. E Inhabilitación definitiva para obtener arma de fuego.

Sentencia N° 04-2018 (De conformidad - Resolución N° 25),
de fecha 05-01-2017, dictada por el Primer Juzgado Penal
Unipersonal de Cajamarca, en el Exp. N° 748-2012-3-0601-JR-
PE-02

Expediente : N° 00748-2012-3-0601-JR-PE-02

Sentenciado : Román Herrera Castrejón

Agraviado : El Estado (Ministerio del Interior)

Delito : Tenencia Ilegal de Arma de Fuego.

APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD,
HUMANIDAD DE LAS PENAS Y RESOCIALIZACIÓN

Esta sentencia, el Primer Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en audiencia de Conclusión Anticipada, en atención a los principios de humanidad y proporcionalidad de las penas, señalando que si bien la pena aplicarse debe ser dentro del tercio inferior (6 a 9 años) y al no haber desaparecido totalmente la responsabilidad del acusado, por el grado de alcohol en la sangre que tenía al momento de los hechos (2, 00 gr/lit), por lo que conforme al artículo 21 del Código Penal, se debe disminuir prudencialmente hasta límites inferiores al mínimo legal, consecuentemente al haberse acogido el acusado a la conclusión anticipada realizando un reducción del séptimo por beneficio premial, que equivale a diez meses (teniendo como mínimo 6 años) por lo que la pena con dicho beneficio equivale a 5 años y 02 meses, que en este caso sería el nuevo mínimo y reduciendo la pena prudencialmente en atención a los Principio de Proporcionalidad y Humanidad de las Penas, se reduce la misma a cuatro años de pena privativa de la libertad, dado su condición de agente primario del acusado y su escaso nivel cultural, así mismo con el fin de que se cumpla el fin resocializador de las penas que establece el artículo IX

del Título Preliminar del Código Sustantivo. **SENTENCIA:** A don Román Herrera Castrejón, por el delito de Tenencia Ilegal de Arma de Fuego, en agravio del Estado Peruano – Ministerio del Interior, **la Pena Final de (4) de Pena Privativa de la Libertad, con el Carácter de Suspendida** y sujeto a reglas de conducta, por el período de prueba de dos años; así mismo impone el pago de una reparación civil a favor del Estado Peruano – Ministerio del Interior, en la suma de S/ 1, 500. 00 soles. E Inhabilitación definitiva para obtener arma de fuego.

CAPÍTULO III

CAPÍTULO III

III.- MARCO METODOLÓGICO.

3.1.- DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS.

El sustento de la hipótesis se ejecutó en función a la evaluación de las variables en el proceso de la investigación de la tesis.

En mérito a la descripción de los principales conceptos teóricos aplicables a la utilidad del Derecho Penal en la represión y control de la delincuencia en nuestro país y su poca vinculación con el método de rehabilitación del condenado y carácter preventivo de la norma penal, detallaremos que no existe una coherencia en el diseño de la norma penal en función a que la "pena" es desproporcional en la determinación de los tipos penales contenidos en la norma por parte del legislador y eso obliga a que el Juez y Fiscal no puedan desvincularse de un contexto represivo en lo jurisdiccional y con lo cual no se logra materializar el Estado de Derecho donde el Derecho Penal es la última ratio en el ámbito jurisdiccional, pero que en el caso nuestro, es la primera acción estatal.

3.2.- POBLACIÓN Y MUESTRA.

Población.

La población comprendió a un número de (100) personas, dentro de los cuáles estuvieron comprendidas por Jueces Especializados en lo Penal, Fiscales Especializados en lo Penal y Abogados Especializados en lo Penal, que ejercitan funciones en el Distrito Judicial de Cajamarca.

Muestra.

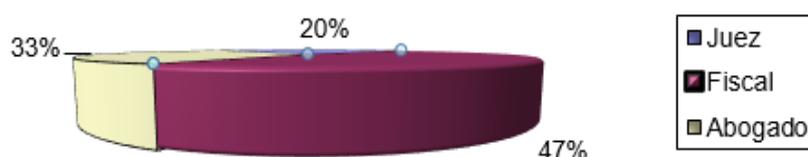
Está estuvo constituida por las diversas sentencias, recaídas en casos penales, respecto a los delitos Contra la Vida, el cuerpo y la Salud (Homicidio), la libertad Sexual (Violación Sexual) y el Patrimonio (Robo Agravado), todos ellos con sentencia absolutoria o condenatoria, que se hayan expedido en los Juzgados Penales de Investigación Preparatoria, Unipersonales y Colegiados del Distrito Judicial de Cajamarca, que permita analizar posiciones sobre-criminalizadoras por parte de los operadores del derecho y prever a simple vista que no se está tomando en cuenta la función, incidencia y correspondencia del bien jurídico protegido en la estructura de la pena privativa de la libertad.

3.3.- ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS EN LA INVESTIGACIÓN.

3.3.1 CUADROS ESTADÍSTICOS DEL CAMPO DE INVESTIGACION.

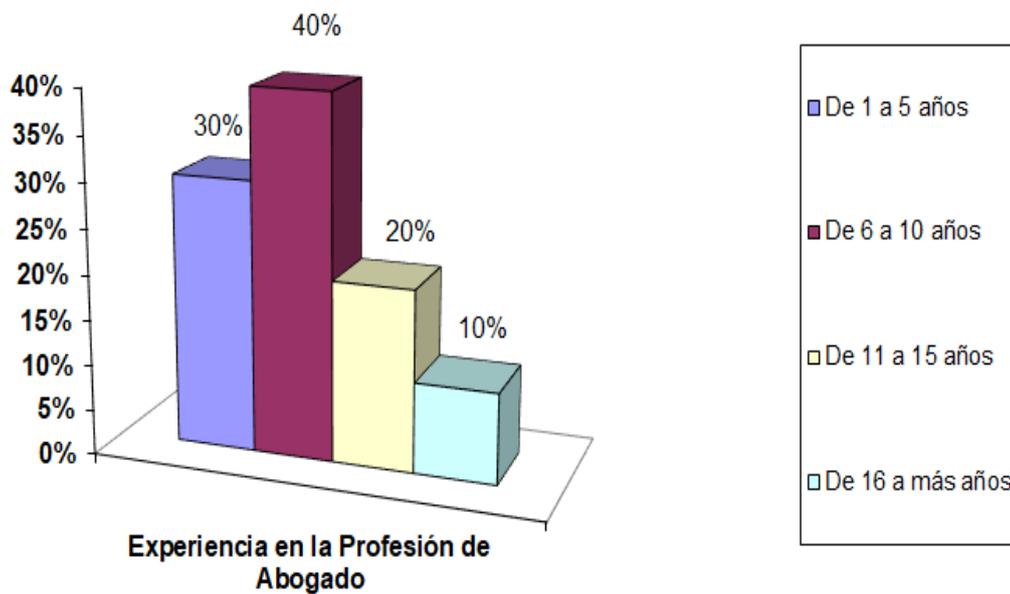
DATOS GENERALES DE LA POBLACION ENCUESTADA

1. De un total de 100 personas encuestadas, el 47% son Fiscales Especializados en lo Penal, el 20% son Jueces Especializados en lo Penal, cuyos magistrados ejercen labores en el Distrito Judicial de Cajamarca, algunos tienen la condición de Magistrados titulares y otros de provisionales, y el 33% de los encuestados está constituido por los abogados que ejercen el litigio de causas penales, civiles, etc., en dicho Distrito.



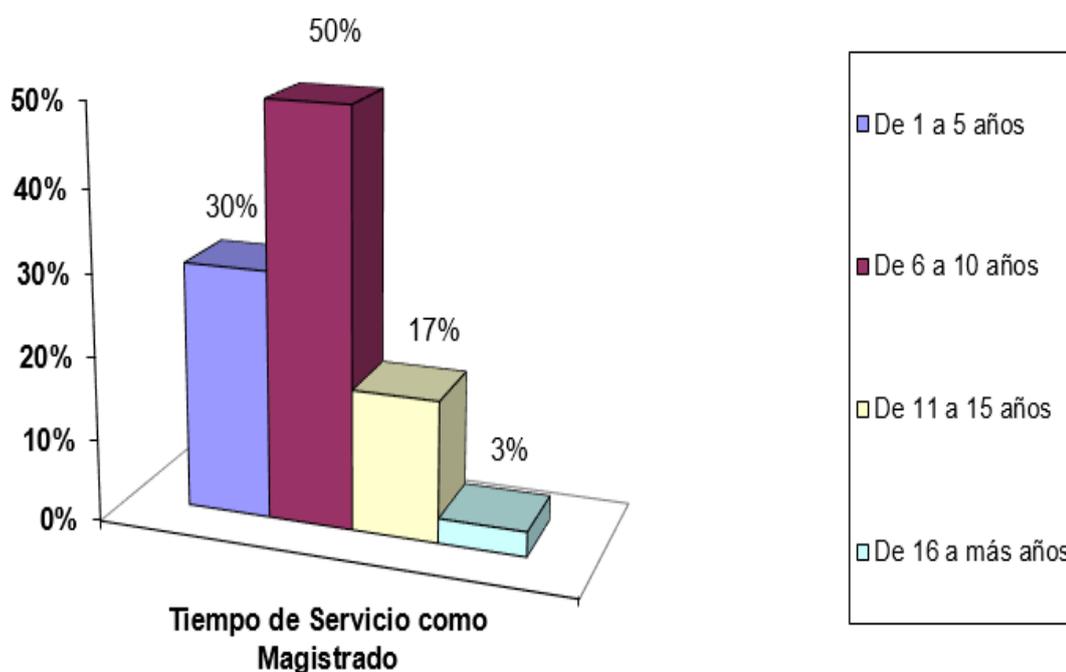
Fuente: Encuestas sobre la Incidencia y Correspondencia del Bien Jurídico Protegido en la Determinación de la Pena Privativa de la Libertad.

2. De un total de 100 personas encuestadas, el 40% tiene como experiencia en la labor de abogado, de (6 a 10 años) aproximadamente, el 30% tiene una experiencia entre (1 a 5 años), el 20% entre (11 a 15 años) aproximadamente, y el 10 % tiene de (16 a más) años de experiencia.



Fuente: Encuestas sobre la Incidencia y Correspondencia del Bien Jurídico Protegido en la Determinación de la Pena Privativa de la Libertad.

3. De un total de 100 personas encuestadas, en el caso de los Jueces y Fiscales, el 50 % tiene un record laboral en el cargo de Magistrado de (6 a 10 años), el 30 % entre (1 a 5 años), el 17% entre (11 a 15 años) y el 3% de (16 años a más), aproximadamente, mismo que establece la experiencia laboral en la labor asumida.



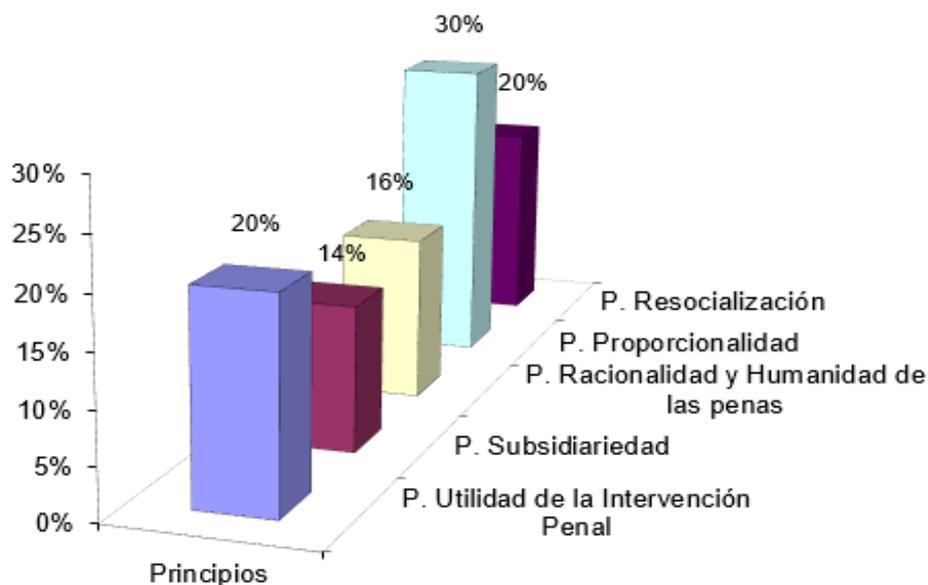
Fuente: Encuestas sobre la Incidencia y Correspondencia del Bien Jurídico Protegido en la Determinación de la Pena Privativa de la Libertad.

ENCUESTA

ENCUESTA DIRIGIDA A LOS JUECES Y FISCALES ESPECIALIZADOS EN LO PENAL, QUE EJERCITAN FUNCIONES EN EL DISTRITO JUDICIAL DE CAJAMARCA.

RESPUESTA A LA PREGUNTA 1.

1.- De los siguientes Principios que prevé la doctrina, inherentes a la determinación de las penas privativas de la libertad en el Código Penal Peruano, marque con una (x) dentro del paréntesis, los que Usted conoce y aplica en sus requerimientos de acusación y/o la emisión de las sentencias.

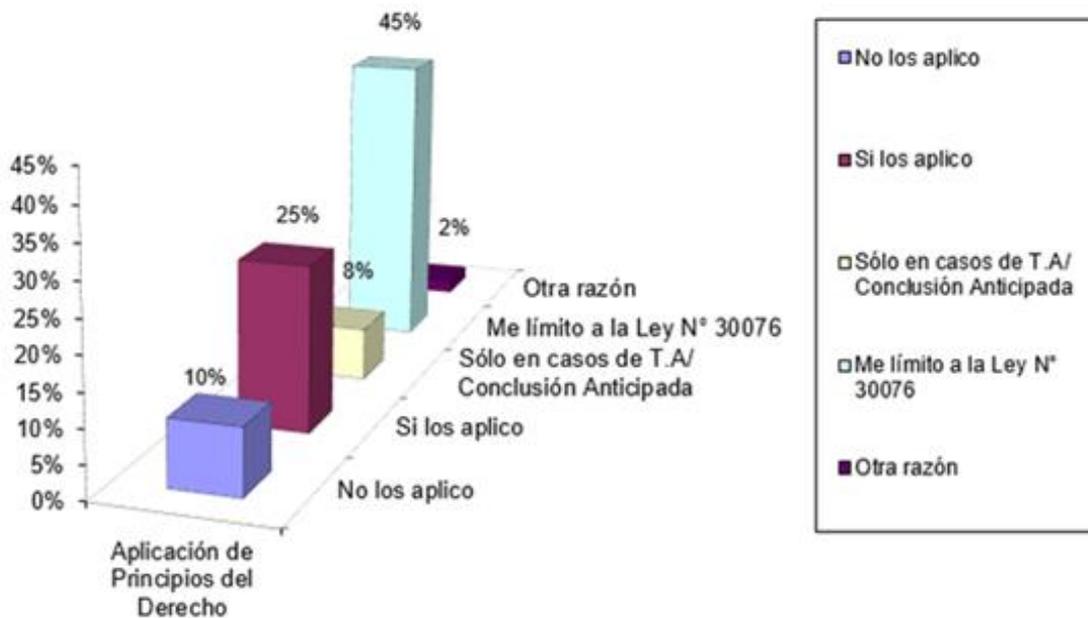


Fuente: Jueces y Fiscales Especializados en lo Penal del Distrito Judicial de Cajamarca (67 Magistrados).

Análisis e Interpretación: Del total de los Magistrados encuestados, el 30% señaló que al momento de postular sus requerimientos de Acusación Fiscal (*en caso de Fiscales*) y/o emitir sus fallos – Sentencias (en el caso de Jueces), tienen en consideración y aplican los supuestos que acoge el Principio de Proporcionalidad de

las Penas, el 20 % el Principio de Resocialización, el 20% el Principio de Utilidad de la Intervención Penal, el 16% el Principio de Racionalidad y Humanidad de las Penas y el 14% el Principio de Subsidiariedad y Carácter Fragmentario del Derecho Penal, entre otros, como el Principio de Legalidad, mismos que a consideración de los encuestados, son esenciales para la determinación de la Pena Privativa de la Libertad y los fines que se espera con el Derecho Penal.

2.- En relación a la pregunta anterior, Usted en calidad de Magistrado, además de los supuestos que predica la Ley N° 30076 publicada en el diario Oficial "El Peruano" el día 19-08-2013 que impone el Sistema de Tercios para la determinación de una Pena Privativa de la Libertad y artículos 45, 46, 46A, 46B y 46C y sgts del Código Penal, aplica los principios antes descritos u otros, en sus requerimientos acusatorios o fallos.



Fuente: Jueces y Fiscales Especializados en lo Penal del Distrito Judicial de Cajamarca (67 Magistrados).

Análisis e Interpretación: Del total de los Magistrados encuestados, el 45% señaló que únicamente en sus requerimientos postulatorios de Acusación (en caso de Fiscales) o en sus fallos – Sentencias (en caso de Jueces) se limitan a los supuestos normativos que impone el Sistema de Tercios, mediante Ley N° 30076 y los supuestos artículos 45, 46, 46A, 46B y 46C y sgts del Código Penal, que establecen las circunstancias atenuantes o agravantes que coadyuvan a la determinación de las Penas Privativas de la Libertad o ya sea por la condición del agente y/o su condición de Reincidente o Habitual, el 25% señaló que si aplica dichos principios (Proporcionalidad, Humanidad, Resocialización, etc.), el 10% señaló que no los aplica, el 8% indicó que únicamente los aplica en los supuestos que el proceso culmine con una Terminación Anticipada o Conclusión Anticipada y el 2% da otra razón, indicando que muchos de los Magistrados por temor a Procedimientos Administrativos ante ODCE u ODECMA, respectivamente, y/o a ser cuestionados en sus decisiones se limitan a los supuestos normativos al momento de determinar las penas, más no tienen en cuenta los Principios del Derecho por cuanto su aplicación queda a Criterio Discrecional del Juzgador.

3.- En relación a las preguntas anteriores, Usted en calidad de Magistrado (Juez o Fiscal), en sus requerimientos de Terminación Anticipada, Conclusión Anticipada y/o expedición de sus fallos (Sentencias), además de los supuestos que predica la Ley N° 30076 que impone el Sistema de Tercios, artículos 45, 46, 46A, 46B y 46C y sgst del Código Penal, artículos 387 y 471 del CPP, con el objeto de determinar una pena concreta final, además de la pena prevista en el tipo penal y dispositivos legales antes glosados, aplica los principios descritos en la pregunta uno u otros.

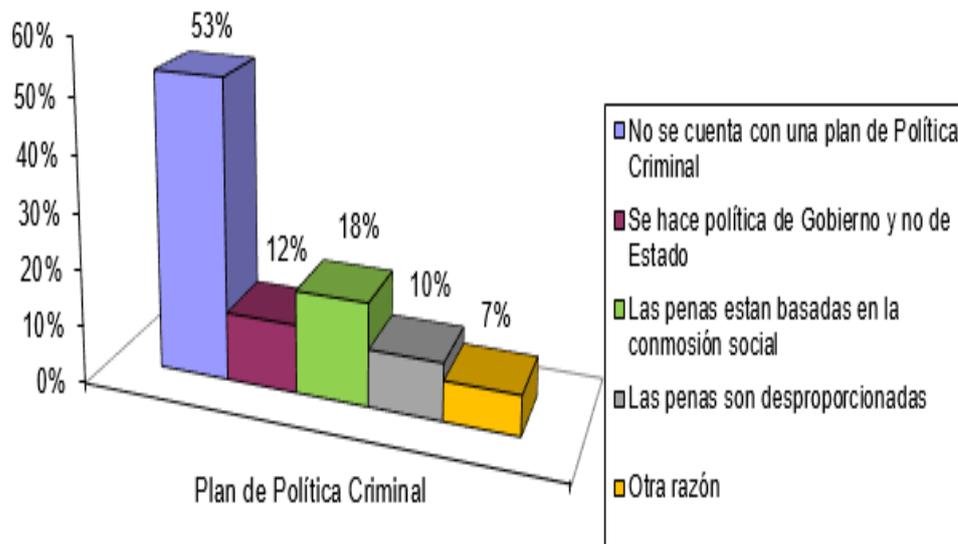


Fuente: Jueces y Fiscales Especializados en lo Penal del Distrito Judicial de Cajamarca (67 Magistrados).

Análisis e Interpretación: Del total de los Magistrados encuestados, el 55% señaló que no aplica los Principios del Derecho Penal, al momento de determinar las Penas Privativas de la Libertad, el 20% señaló que se limita únicamente a al cumplimiento y examen de los supuestos normativos de la Ley N°

30076 que impone el Sistema de Tercios y demás artículos pertinentes, entre ellos el tipo penal materia de acusación, empero el 15% señaló que sí aplica dichos Principios del Derecho, el 7% señaló que no es necesario aplicarlos, mientras que el 3% da otras razones, señalando que únicamente se basan en el Principio de Legalidad y Responsabilidad Penal por el Hecho.

4.- Considera Usted, que el Estado Peruano y los legisladores, en nuestro país, cuentan o aplican correctamente un Plan de Política Criminal debidamente estructurado y sistematizado que permita evitar sobre-criminalizaciones de las penas privativas de la libertad, la prevención y la erradicación de conductas delictivas.

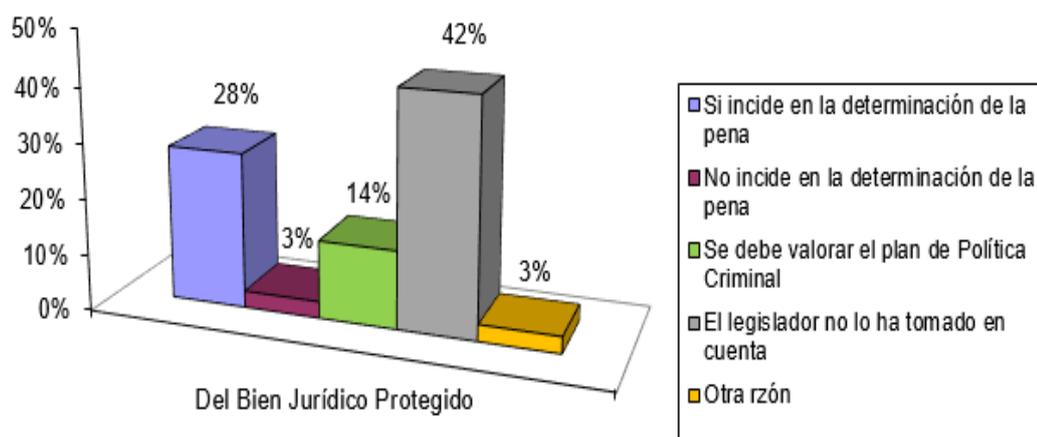


Fuente: Jueces y Fiscales Especializados en lo Penal del Distrito Judicial de Cajamarca (67 Magistrados).

Análisis e Interpretación: Del total de los Magistrados encuestados, el 53% señalaron que el Estado Peruano no cuenta con un Plan de Política Criminal debidamente estructurado y sistematizado que coadyuve a la

prevención y la erradicación de conductas delictivas, utilizando únicamente el Código Penal como un medio represor de hechos antisociales e incurriendo en sobre-criminalización de las penas en algunos casos, mientras que el 18% señalaron que el Legislador está legislando y determinando las penas basadas en la Conmoción Social, y muchas veces basadas en la politización de las mismas y/o emitiendo Decretos Supremos con nombre propio, el 12% señaló que los Jefes de Estado y Gobernantes ingresados al poder hacen una política de Gobierno no de Estado, no basado en intereses universales, sino individuales o de los grupos de poder político, económico y social, por ello el 10% señala que las penas son desproporcionadas en su mayoría no existe Criterios Uniformes, en cambio el 7% señala que las decisiones adoptadas vienen siendo acertadas y de alguna manera coadyuvan a los fines del derecho penal y logran la paz social.

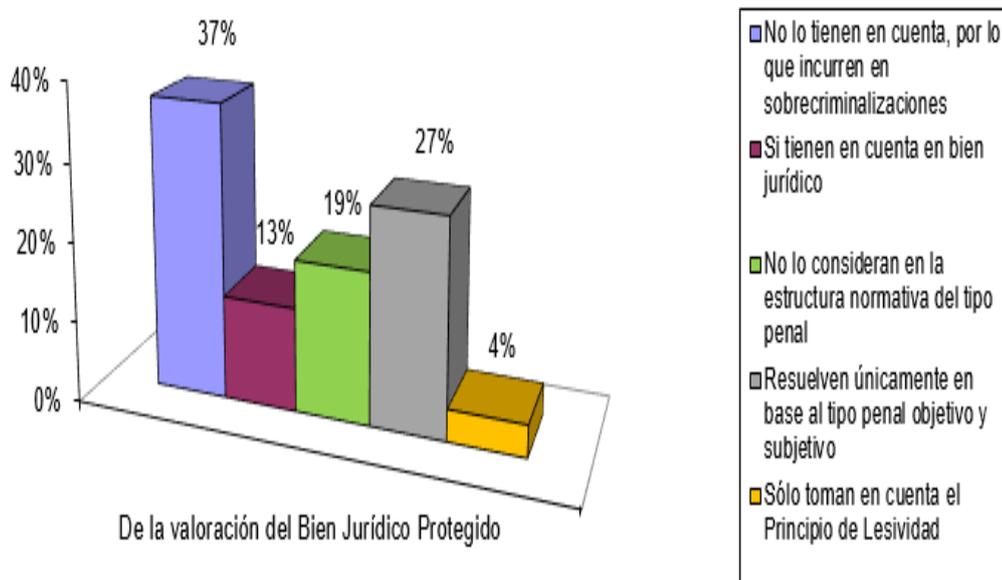
5.-Considera Usted, que el bien jurídico protegido, incide en la aplicación del Derecho Penal y las Penas Privativas de la Libertad, para cada caso en concreto, así como al elaborar un plan de Política Criminal.



Fuente: Jueces y Fiscales Especializados en lo Penal del Distrito Judicial de Cajamarca (67 Magistrados).

Análisis e Interpretación: Del total de los Magistrados encuestados, el 42% señaló que el Legislador no toma en cuenta la importancia del bien jurídico protegido para la punición de las Penas Privativas de la Libertad en cada tipo penal, el 28% señala que en efecto el bien jurídico protegido si incide en la determinación de las penas, mientras que el 14% señalan que el bien jurídico protegido debe componer y se debe valorar conjuntamente dentro del Plan de Política Criminal, empero el 3% señaló que no incide en la determinación de las penas, y el 3% da otras razones, como el hecho de que dado los últimos acontecimientos se ha observado que con las aparición de nuevas figuras delictivas durante los últimos años como el narcoterrorismo, o la incidencia delictiva de hechos como los de Violación Sexual, Violencia Familiar, Violencia Contra la Autoridad, entre otros, el legislador ha dejado de lado la valoración del bien jurídico al determinar las penas, y ha recurrido al derecho penal para sobre-criminalizarlas, incurriendo en la desproporcionalidad de las mismas.

6.- Considera Usted, que los Operadores del Derecho, además del tipo penal en su aspecto objetivo y subjetivo, para la determinación de la Pena Privativa de la Libertad, tiene en cuenta el bien jurídico protegido.

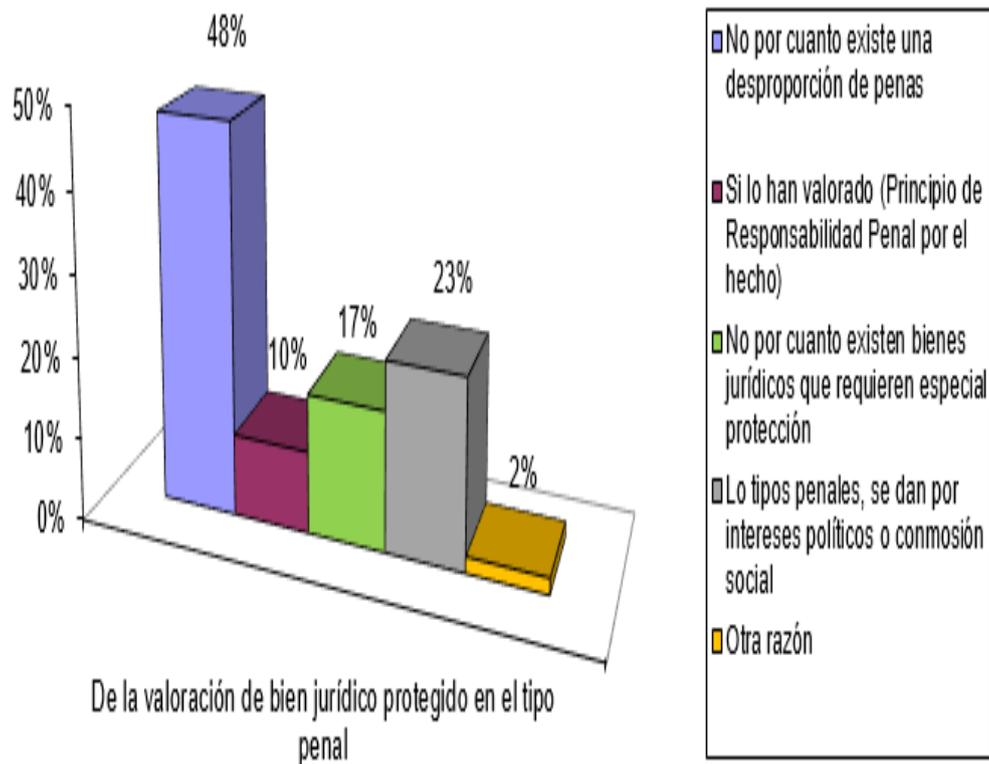


Fuente: Jueces y Fiscales Especializados en lo Penal del Distrito Judicial de Cajamarca (67 Magistrados).

Análisis e Interpretación: Del total de los Magistrados encuestados, el 37% señaló que los Operadores del Derecho y en su caso los Legisladores al momento de la Determinación Legislativa de la Pena Privativa de la Libertad, no tienen en cuenta la importancia y valoración del bien jurídico protegido, el 27% señaló que se centran únicamente en el estudio del elemento del tipo penal, en su aspecto objetivo y subjetivo y sus alcances, mientras que el 19% ratifica el hecho de que no se tiene en cuenta en la estructura normativa de los tipos penales, en cambio el 13% señaló que si se tiene en cuenta el bien jurídico, y el 4% señaló que únicamente se basan en el Principio de Legalidad, no realizando mayores estudios respecto a la incidencia y

correspondencia del bien jurídico en cada tipo penal y su posible punición de penas.

7.- Considera Usted, que los delitos Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, la Libertad Sexual e Individual, el Patrimonio y otros, para la ponderación de la Pena Privativa de la Libertad, el Legislador ha realizado una correcta valoración del bien jurídico protegido, en cada tipo penal y su correspondencia por el hecho, materia de protección jurídica.

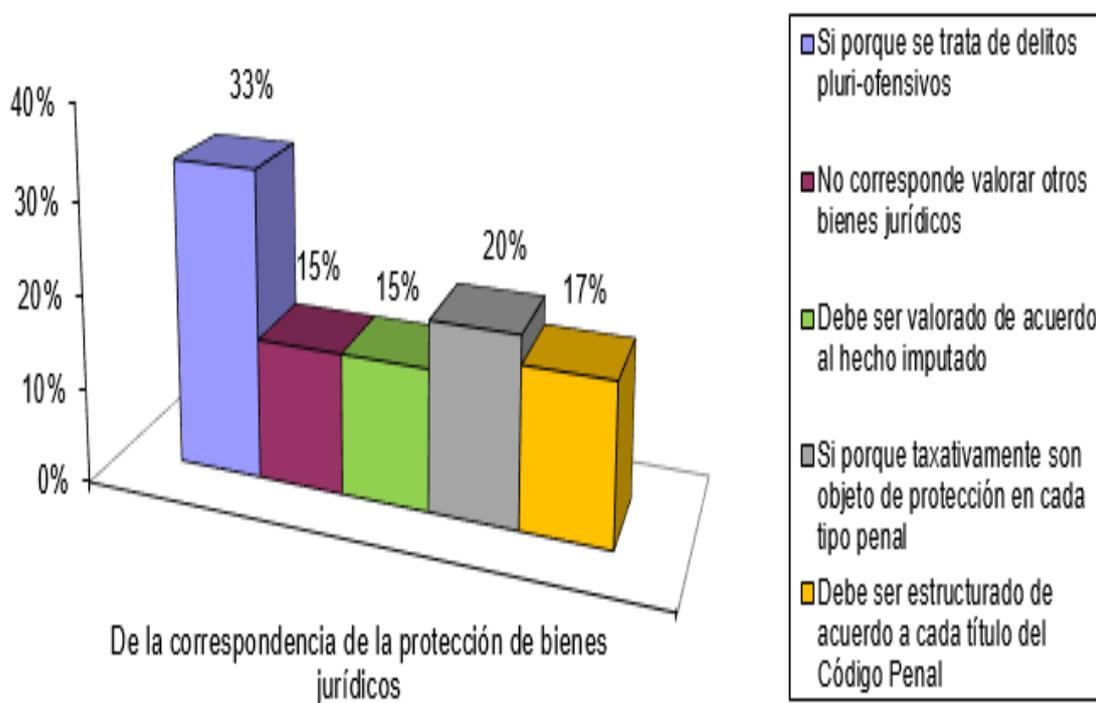


Fuente: Jueces y Fiscales Especializados en lo Penal del Distrito Judicial de Cajamarca (67 Magistrados).

Análisis e Interpretación: Del total de los Magistrados encuestados, el 48% señaló que en los delitos Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, la Libertad Sexual e Individual, el Patrimonio y otros, para la ponderación de la Pena Privativa de la Libertad, el

Legislador no ha realizado una correcta valoración del bien jurídico protegido, en cada tipo penal y su correspondencia por el hecho materia de protección jurídica, por cuanto existe una desproporción de las Penas Privativas de la Libertad impuestas en el Código Penal, entre dichas figuras delictivas y en atención al bien jurídico que se protege por cada hecho, mientras que el 23% señaló que los tipos penales y normas obedecen en su mayoría a la conmoción social dada la zozobra que genera al alto índice delictivo en nuestros tiempos, por ello el 17% señaló que existen bienes jurídicos que corresponde valorarlos y ejercer especial protección penal dado su importancia (como la vida), empero el 10% señalan que si se ha hecho una correcta valoración de los bienes jurídicos y corresponde su protección en cada tipo penal, pero el mismo se ha hecho en contraste con el Principio de Responsabilidad Penal por el Hecho y Principio de Lesividad, mientras que el 2% da otra razón como el hecho de que se protegen bienes jurídicos que no corresponden protegerlos según estructura normativa y sistematizada del Código Penal.

8.- Considera Usted, que en los delitos Contra el Patrimonio y otros de carácter pluri-ofensivos, para la determinación de la Pena Privativa de la Libertad, corresponde valorar y proteger otros bienes jurídicos como la Vida, el Cuerpo o la Salud y/o la Libertad.

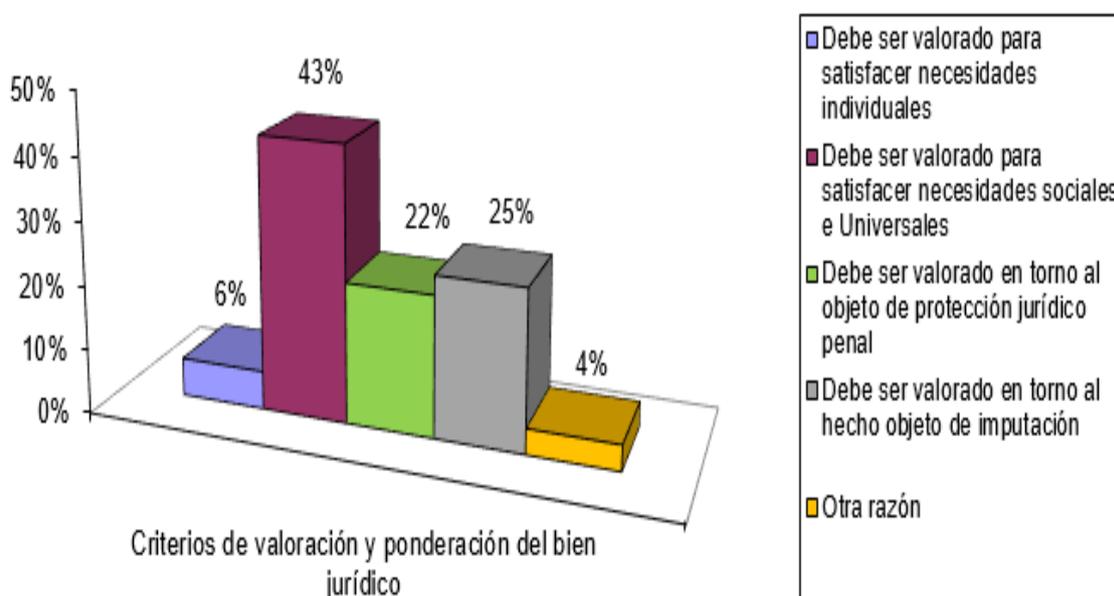


Fuente: Jueces y Fiscales Especializados en lo Penal del Distrito Judicial de Cajamarca (67 Magistrados).

Análisis e Interpretación: Del total de los Magistrados encuestados, el 33% señaló que a su criterio discrecional, en los delitos Contra el Patrimonio y otros de carácter pluri-ofensivos, para la determinación de la Pena Privativa de la Libertad, si corresponde valorar y proteger otros bienes jurídicos como la Vida, el Cuerpo o la Salud y/o la Libertad misma, en ese mismo sentido el 20% señaló que si corresponde su protección de varios bienes jurídicos, en tanto dichos bienes jurídicos taxativamente se encuentran inmersos y son sujetos de protección jurídico penal en cada tipo penal, mientras que el 17% señaló que no corresponde

proteger bienes jurídicos distintos al fin que se persigue con el delito imputado, por ello el bien jurídico protegido debe ser estructurado de acuerdo a cada título del Código Penal, el 15% señaló que no corresponde valorar otros bienes jurídicos más que al que corresponde por el tipo penal y al hecho objeto de delito, por ello el 15% restante señaló que el bien jurídico protegido debe ser valorado y corresponder su protección de acuerdo al hecho imputado y objeto de sanción.

9.- Respecto al bien jurídico protegido, cuál considera Usted, que debería ser el criterio correcto de valoración/ponderación al momento de determinar la Pena Privativa de la Libertad.

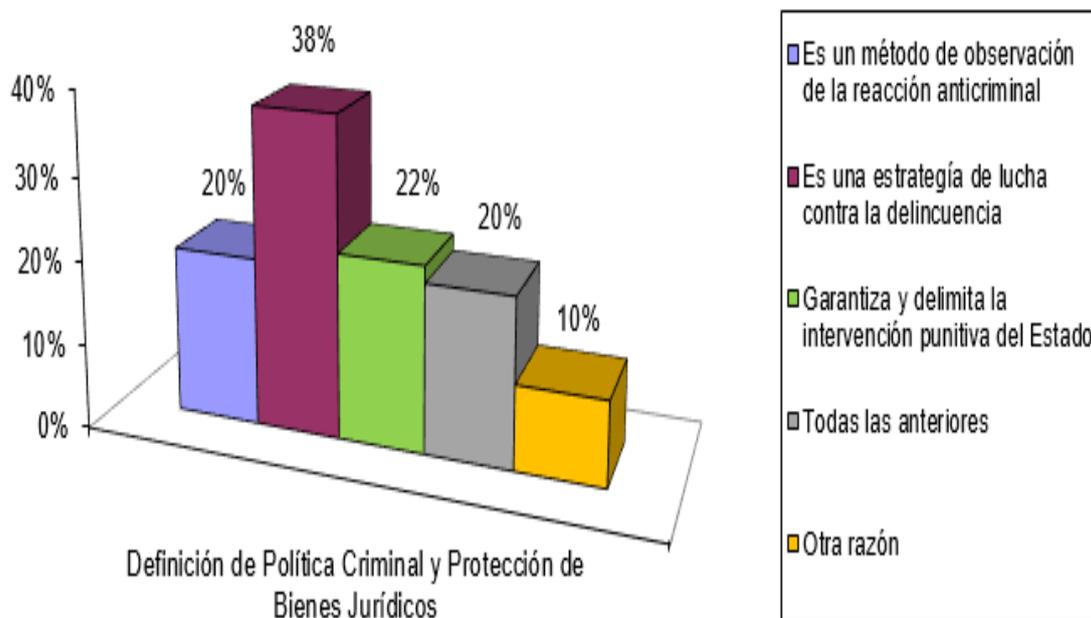


Fuente: Jueces y Fiscales Especializados en lo Penal del Distrito Judicial de Cajamarca (67 Magistrados).

Análisis e Interpretación: Del total de los Magistrados encuestados, el 43% señaló el bien jurídico protegido, debe ser valorado u objeto de ponderación al momento de determinar la Pena Privativa de la Libertad, teniendo en cuenta el hecho objeto

de protección y para satisfacer las necesidades Sociales e Universales de todo un grupo humano, el 25% señaló que debe ser valorado en torno al hecho objeto de imputación, responsabilidad penal por el hecho y en atención al Principio de Lesividad, empero el 22% señaló que debe ser valorado únicamente en torno al hecho objeto de protección y tipo penal a imponer, sólo el 6% señaló que debe ser valorado para satisfacer necesidades individuales, mientras que el 4% restante dio otra razón, como que se debe prever además de su ponderación por la importancia de protección jurídica, también su correspondencia objeto de protección.

10.- Respecto al Plan de Política Criminal, cuál considera Usted, que es la definición acertada del Derecho Penal y sus fines de protección de bienes jurídicos.

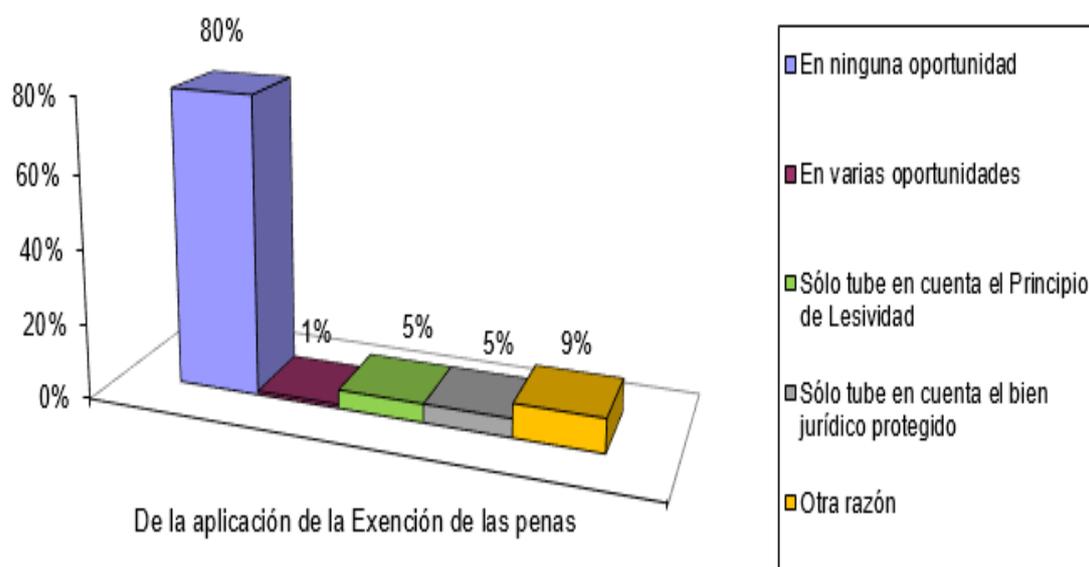


Fuente: Jueces y Fiscales Especializados en lo Penal del Distrito Judicial de Cajamarca (67 Magistrados).

Análisis e Interpretación: Del total de los Magistrados encuestados, el 38% señaló que un Plan de Política Criminal, es

una estrategia de lucha contra la delincuencia que adopta el Estado Peruano, con el objeto de prevenir, erradicar, combatir o sancionar el delito, así el 22% señaló que garantiza y delimita la intervención punitiva del Estado, el 20% indicó que se trata de un método de observación de la reacción anti criminal frente un contexto social a los cuales el Estado debe responder, el 20% restante precisó que todas las definiciones antes indicadas son acertadas, mientras que el 10% restante señaló que el Estado no cuenta con un Plan de Política Criminal acertada.

11.- Diga Usted, durante su labor como Magistrado, en cuántas decisiones ha aplicado la Exención de la Pena Privativa de la Libertad y si tuvo en cuenta el Principio de Responsabilidad Penal por el hecho, Principio de Lesividad y el bien jurídico protegido.

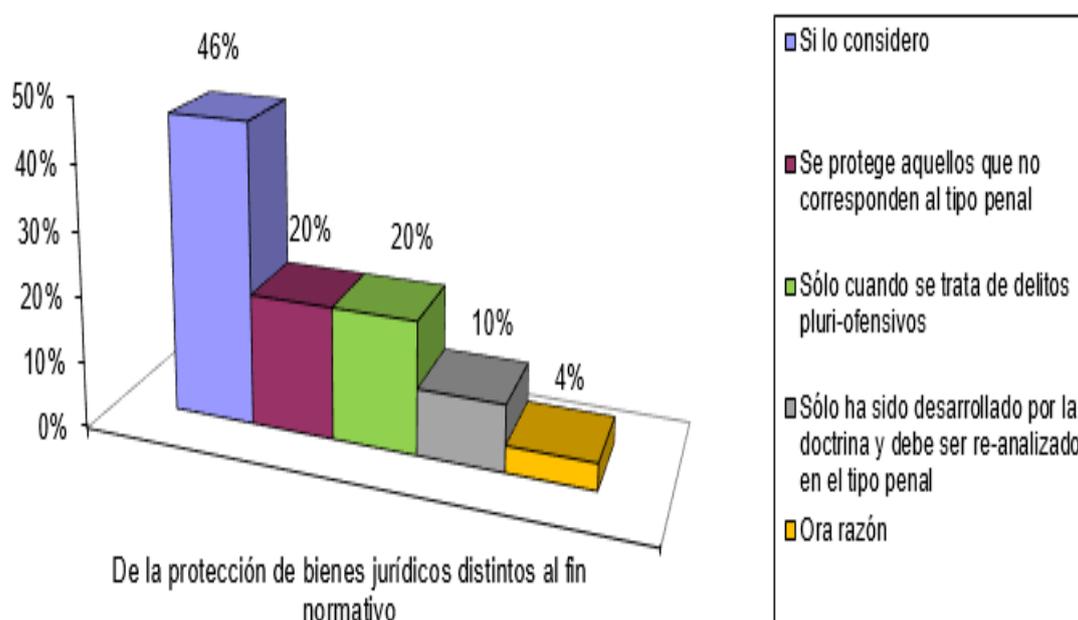


Fuente: Jueces y Fiscales Especializados en lo Penal del Distrito Judicial de Cajamarca (67 Magistrados).

Análisis e Interpretación: Del total de los Magistrados encuestados, el 80% señaló que en ninguna oportunidad a aplicado

la Exención de una Pena Privativa de la Libertad en el Distrito Judicial de Cajamarca, el 5% indicó que únicamente se da en consideración del Principio de Lesividad, el 5% indica que es atención a la magnitud del hecho y bien jurídico protegido, sólo el 1% señaló haberlo aplicado en una oportunidad, mientras que el 9% da otra razón indicando que es una figura normativa de difícil aplicación dada la transcendencia de los hechos denunciados o en su defecto optan por la Reserva del Fallo Condenatorio.

12.- Considera Usted, que el Código Penal protege bienes jurídicos distintos al que debería proteger en cada supuesto normativo.



Fuente: Jueces y Fiscales Especializados en lo Penal del Distrito Judicial de Cajamarca (67 Magistrados).

Análisis e Interpretación: Del total de los Magistrados encuestados, el 46% si considera que si se está protegiendo bienes jurídicos que no corresponde proteger en algunos supuestos normativos, así el 20% señala que se protege bienes jurídicos que

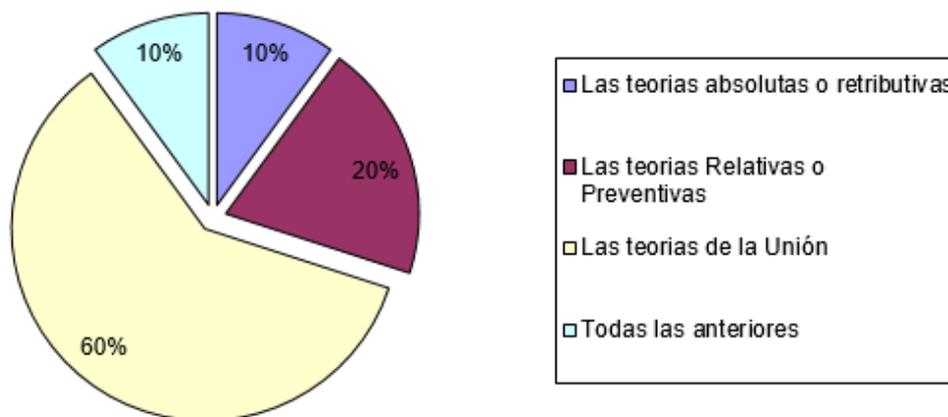
no corresponden al tipo penal, mientras que el 20% señaló que sólo se protege otros bienes jurídicos cuando se trata de delitos pluri-ofensivos, por lo tanto corresponde protegerlos en toda su magnitud, el 10% señaló que la protección de bienes jurídicos es desarrollado únicamente por la doctrina penal, más no ha sido objeto de desarrollo o análisis por los órganos jurisdiccionales y debe ser re-analizado su correspondencia en cada tipo penal, y el 4% restante da otras razones, como el hecho de que si corresponde la protección de todos los bienes jurídicos penales y éste incide en la determinación de la Pena Privativa de la Libertad.

ENCUESTA

ENCUESTA DIRIGIDA A LOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN LO PENAL Y LITIGANTES EN EL DISTRITO JUDICIAL DE CAJAMARCA.

RESPUESTA A LA PREGUNTA:

1.- *Teniendo en cuenta las alternativas que se le pone a la vista, inherentes a las teorías sobre el fin de la pena; marque Usted, con una (x) dentro del paréntesis, según su criterio, cuál de ellas coadyuva a la resocialización del penado a la sociedad o es la que se debe aplicar en un Plan de Política Criminal.*

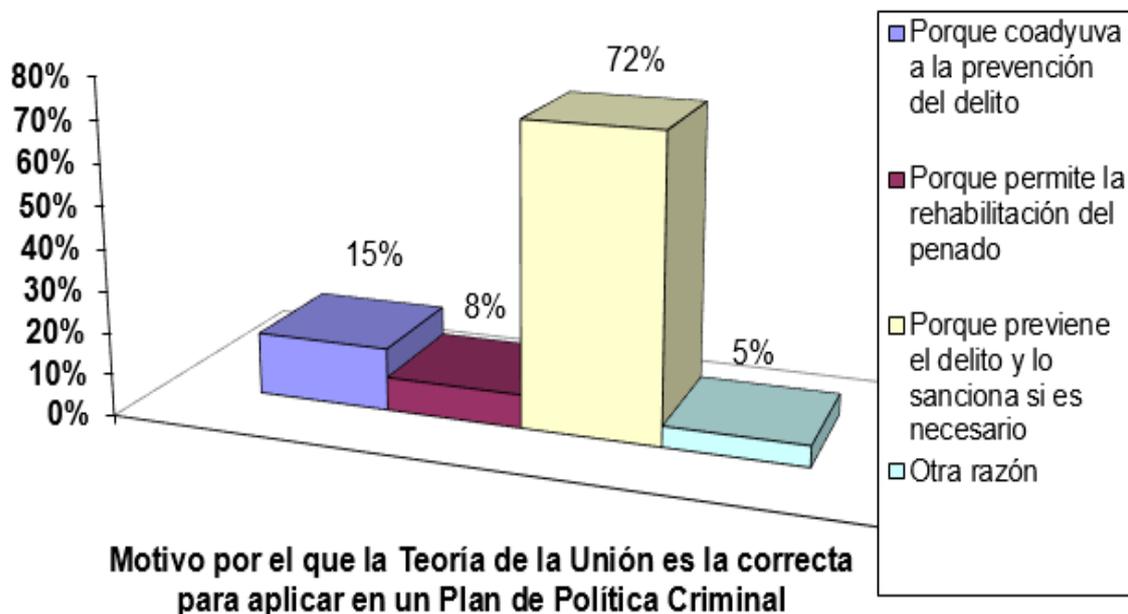


Fuente: Abogados Especializados en lo Penal del Distrito Judicial de Cajamarca (33).

Análisis e Interpretación: Del total de los abogados encuestados, el 60% señaló que a su criterio, las Teorías de la Unión, son las que coadyuvan a la resocialización del penado a la sociedad y es la que se debe aplicar en un Plan de Política Criminal, dado que estas previenen y sancionan conductas antisociales;

mientras que el 20% señaló que se debe aplicar las Teorías relativas o Preventivas, debiéndose establecer estrategias de Prevención en un Plan de Política Criminal antes que la represión o sanción, mientras que el 10% señaló que debe aplicarse las Teorías Absolutas o Retributivas, dada su carácter represor y la situación social actual en nuestro país, y el 10% restante señaló que debe aplicarse todas las teorías antes descritas.

2.- De las siguientes razones por las que ha marcado la pregunta anterior, marque Usted con una (x) dentro del paréntesis, cuál es el motivo por el que tal teoría sería la más correcta a aplicar en la realidad carcelaria de nuestro país y en un Plan de Política Criminal:

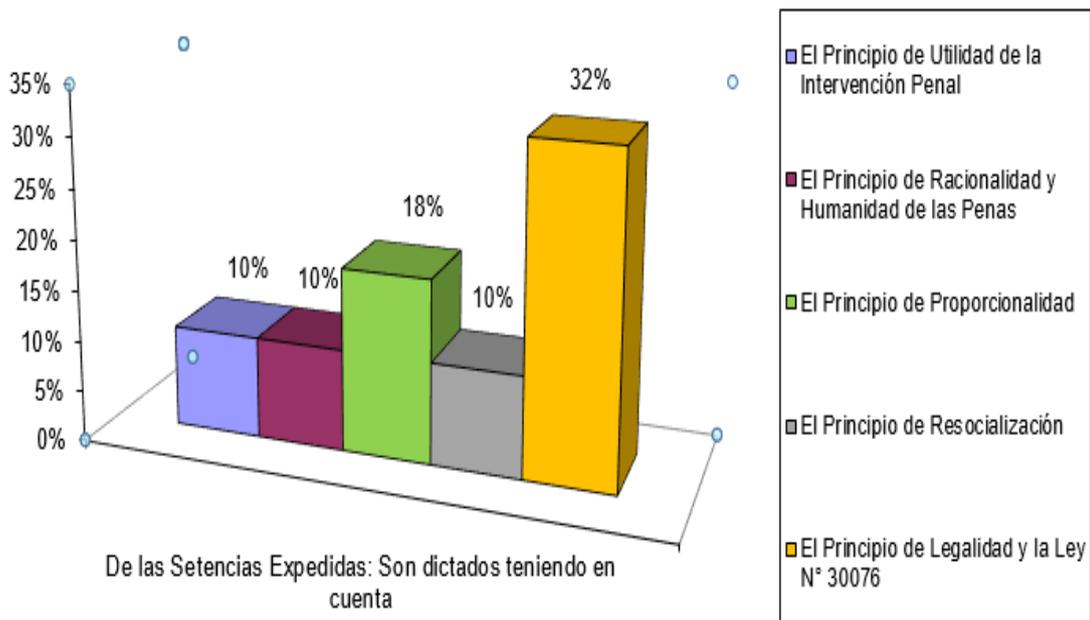


Fuente: Abogados Especializados en lo Penal del Distrito Judicial de Cajamarca (33).

Análisis e Interpretación: Del total de los abogados encuestados, el 72% señaló que la Teoría de la Unión es necesario

aplicar en un Plan de Política Criminal, porque previene el delito y lo sanciona si es necesario, el 15% ratificó el hecho de que coadyuva a la prevención del delito, 8% señaló que está permite la rehabilitación del condenado, y el 5% restante señaló otras razones como el hecho de que todas las teorías deben ser objeto de análisis en un Plan de Política Criminal, con el objeto de lograr los fines del Derecho Penal, que es la protección de bienes jurídicos protegidos.

3.- Considera Usted, que las sentencias expedidas por los órganos jurisdiccionales penales de nuestro país y en el Distrito Judicial de Cajamarca, son dictados teniendo en cuenta:

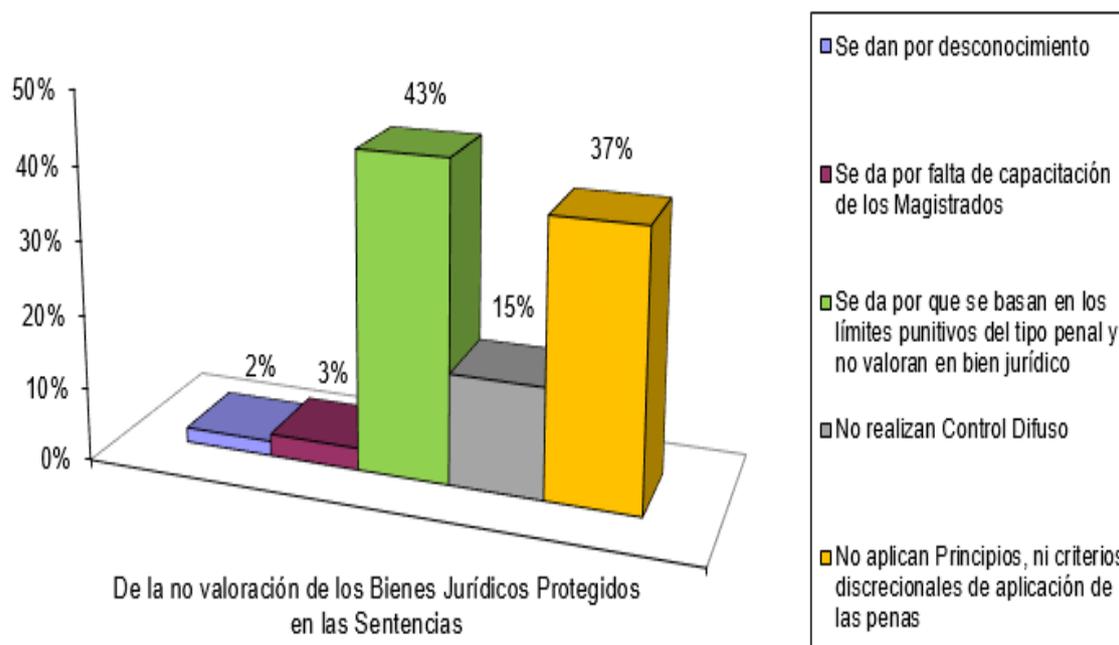


Fuente: Abogados Especializados en lo Penal del Distrito Judicial de Cajamarca (33).

Análisis e Interpretación: Del total de los abogados encuestados, el 32% señaló que las sentencias expedidas por los órganos jurisdiccionales penales de nuestro país y en el Distrito

Judicial de Cajamarca, son dictados únicamente teniendo en cuenta el Principio de Lesividad y Sistema de Tercios que impone la Ley N° 30076, mientras que el 18% señaló que se tiene en cuenta el Principio de Proporcionalidad, además de los otros supuestos normativos, el 10% indicó que el Principio de Utilidad de Intervención Penal, otro 10% refirió que el Principio de Racionalidad y Humanidad de las Penas y el 10% indicó que el Principio de Resocialización.

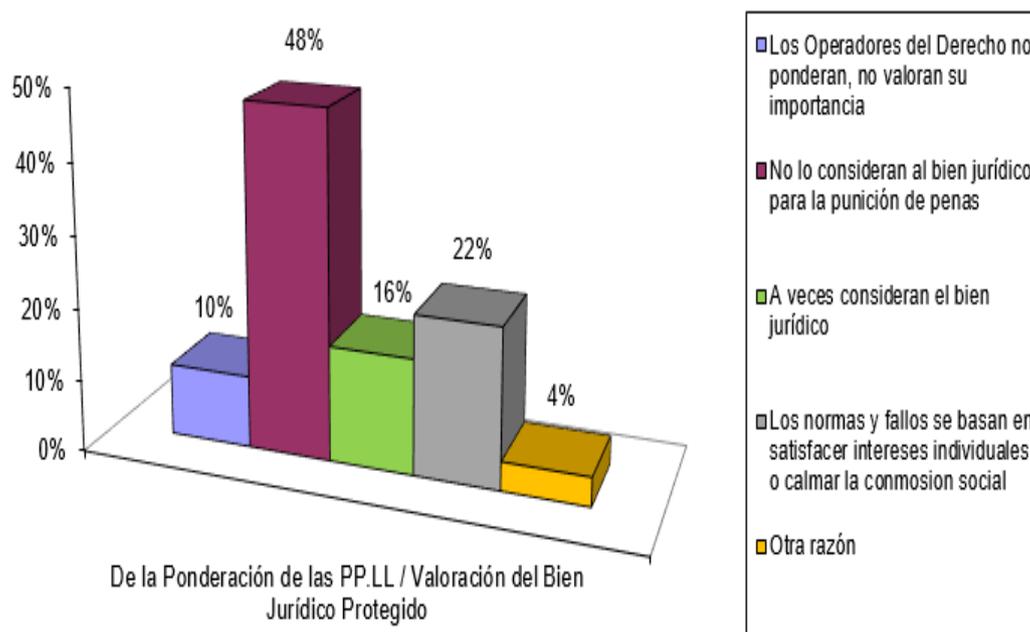
4.- De entre las siguientes razones por las cuáles ha marcado la pregunta anterior, cuál considera Usted, que es el motivo por los que el Juez Penal al expedir sus fallos los hace de manera desproporcional y con inobservancia de los principios mencionados en la pregunta anterior y el bien jurídico protegido.



Fuente: Abogados Especializados en lo Penal del Distrito Judicial de Cajamarca (33).

Análisis e Interpretación: Del total de los abogados encuestados, el 43% señaló que el motivo por los que el Juez Penal al expedir sus fallos los hace de manera desproporcional y con inobservancia de los principios del derecho penal y el bien jurídico protegido, es por cuanto se orienta únicamente a los límites punitivos del tipo penal, Ley N° 30076 y art. 45 y 46 del Código Penal, además del tipo penal objeto de acusación, mientras que el 37% señaló que no se aplican dichos principios, ni criterios discrecionales, el 15% señaló que no aplican Control Difuso, el 3% señaló que ello en algunos casos se da por falta de capacitación del Magistrado y el 2% por desconocimiento de que pueden aplicarlos al momento de determinar una Pena Privativa de la Libertad.

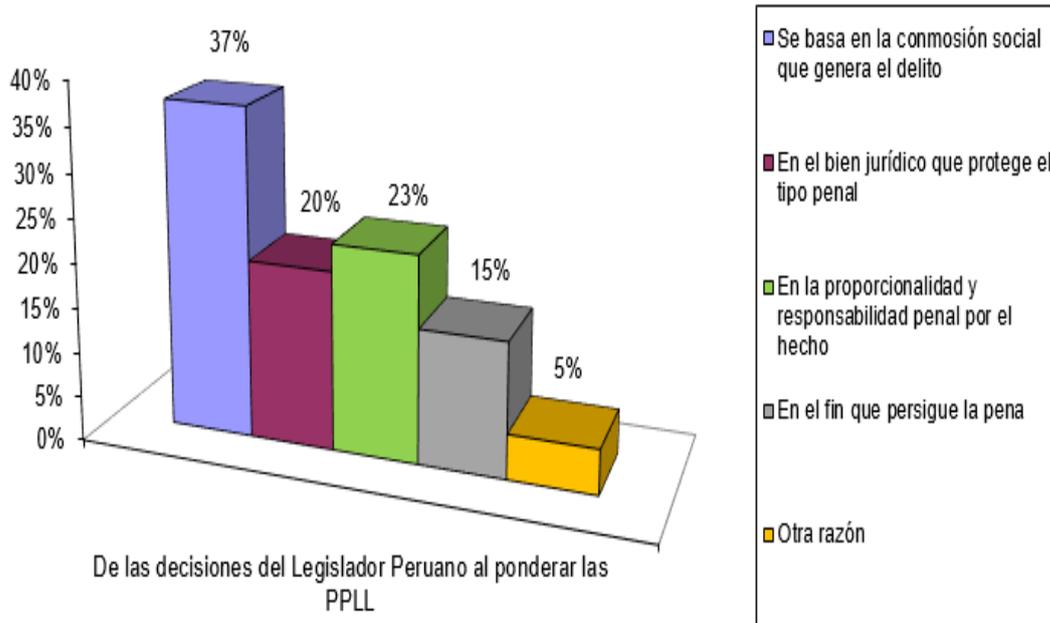
5.- Considera Usted, que los Operadores del Derecho para la graduación y punición de las penas en cada tipo penal que prevé nuestro Código Penal, en especial la pena privativa de la libertad, además del tipo penal objetivo y subjetivo del delito, ha tenido en cuenta la importancia, la proporcionalidad y correspondencia del bien jurídico que se protege en ellos:



Fuente: Abogados Especializados en lo Penal del Distrito Judicial de Cajamarca (33).

Análisis e Interpretación: Del total de los abogados encuestados, el 48% señaló que los Operadores del Derecho para la graduación y punición de las penas privativas de la libertad, en cada tipo penal que prevé nuestro Código, además del tipo penal objetivo y subjetivo del delito, no considera o evalúa la importancia, la proporcionalidad del bien jurídico que se protege, y si corresponde su protección en dicha figura delictiva, mientras que el 22% señaló que se dictan normas y fallos basados en intereses individuales, políticos o por satisfacer a la conmoción social, el 16% indicó que a veces lo consideran, en tanto sólo el 10% señaló que si consideran y evalúan a los bienes jurídicos objeto de protección, mientras que el 4% señala otras razones como el hecho de que el bien jurídico debe ser evaluado en su integridad y si debe incidir en la determinación de la pena privativa de la libertad.

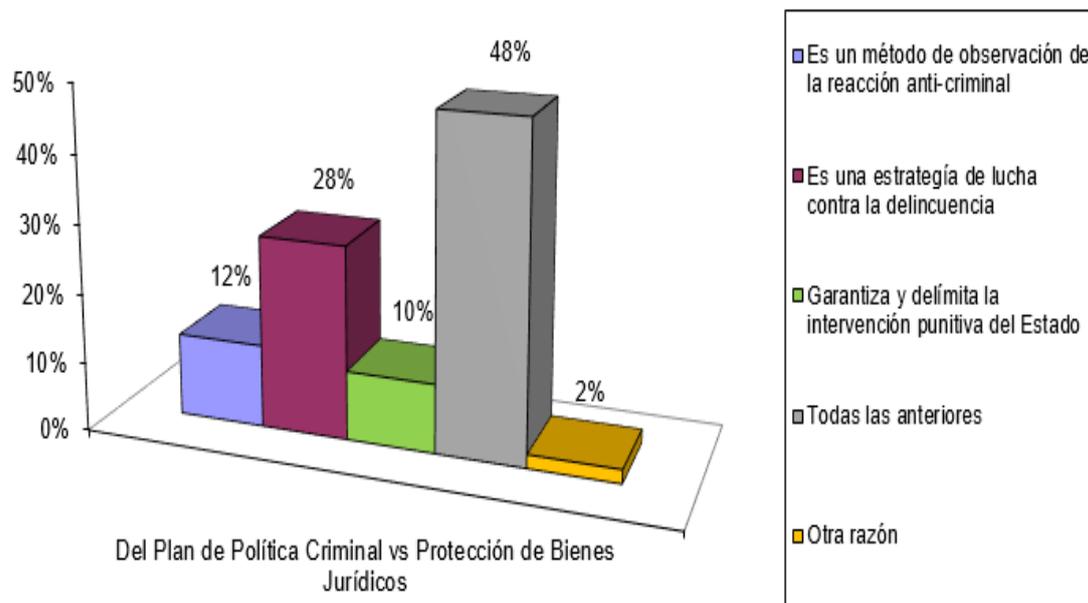
6.- De lo anteriormente marcado, considera Usted, que el Legislador peruano para graduar las penas lo hace en atención a lo siguiente:



Fuente: Abogados Especializados en lo Penal del Distrito Judicial de Cajamarca (33).

Análisis e Interpretación: Del total de los abogados encuestados, el 37% señaló que la graduación de las penas privativas de la libertad en nuestro país, se da para satisfacer a la conmoción social que se encuentra bajo zozobra por el delito, mientras que el 23% señaló que es en base a la proporcionalidad y responsabilidad penal por el hecho, sólo el 20% señaló que se evalúa el bien jurídico objeto de protección penal y el 15% señaló que el fundamento se da en el fin que persigue una pena, en tanto el 5% da otras razones como el hecho de que no existen criterios uniformes, respecto a la determinación de las penas privativas de la libertad, no sólo en el Distrito Judicial de Cajamarca, sino a nivel nacional, por la sobre-criminalización de los mismos y los límites punitivos que impera el tipo penal.

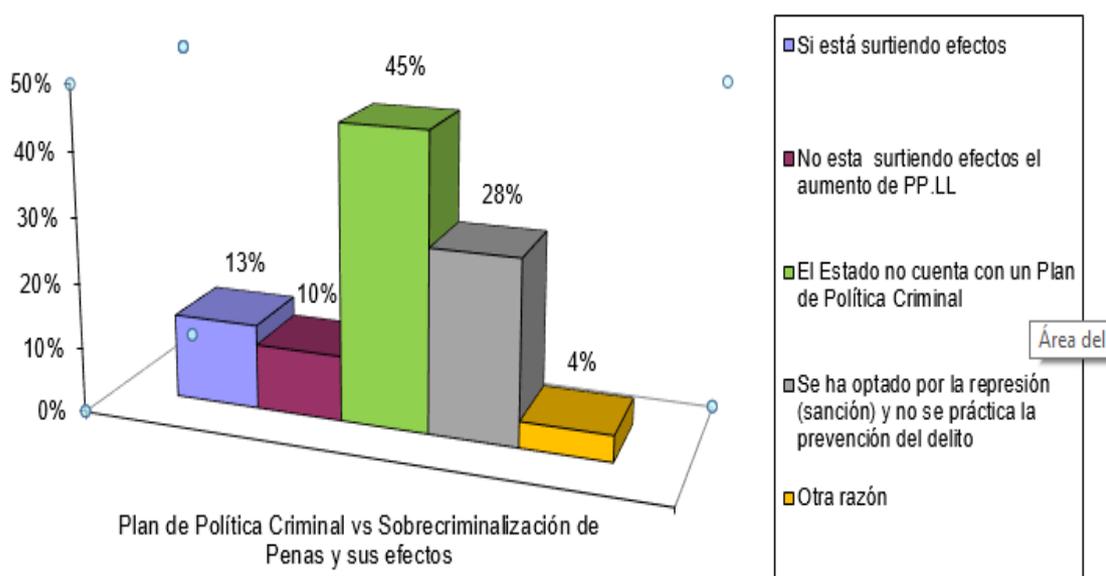
7.- Respecto al Plan de Política Criminal, cuál considera Usted, que es la definición acertada del Derecho Penal y sus fines de protección de bienes jurídicos.



Fuente: Abogados Especializados en lo Penal del Distrito Judicial de Cajamarca (33).

Análisis e Interpretación: Del total de los abogados encuestados, el 48% señaló que un Plan de Política Criminal, consiste en un método de observación de la reacción anti criminal, así como una estrategia de lucha contra la delincuencia, además de que garantiza la intervención punitiva del Estado Peruano, mientras que el 28% señaló que únicamente es una estrategia de lucha contra la delincuencia, el 12% indicó que es solo un método de reacción anti-criminal y el 10% refirió que con ello se garantiza y se limita el derecho estatal, en tanto el 2% dió otras razones, como el hecho de que en el Perú no se cuenta con un plan de política criminal, sólo se opta por la represión y sanción recurriendo al Código Penal, más no de prevención.

8.- Marque Usted, con una (x) dentro del paréntesis la respuesta (SI) o (NO) si es que considera que el Estado Peruano cuenta con un Plan de Política Criminal sistematizado y estructurado y que las normas tipificadas en el Código Penal Peruano y su evidente aumento de penas privativas de libertad han logrado prevenir y erradicar la comisión de hechos delictivos:

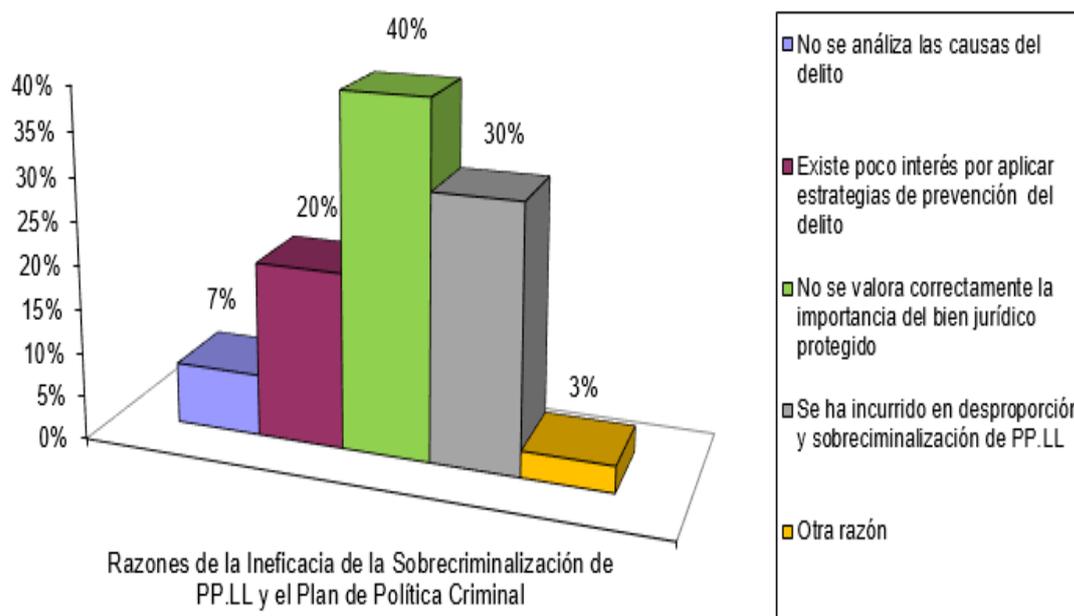


Fuente: Abogados Especializados en lo Penal del Distrito Judicial de Cajamarca (33).

Análisis e Interpretación: Del total de los abogados encuestados, el 45% señaló que el Estado Peruano no cuenta con un Plan de Política Criminal sistematizado y estructurado, así mismo que las normas tipificadas en el Código Penal Peruano y su evidente aumento de penas privativas de libertad no han logrado prevenir y erradicar la comisión de hechos delictivos, mientras que 28% señaló que el Estado sólo ha optado por la represión y no la prevención del hecho, recurriendo al Código Penal como única ratio, sólo el 13% señaló que el aumento de penas si está

surtiendo efectos de prevención, en tanto el 10% señala que no está cumpliendo su fin la punición de penas altas, en tanto el 4% señaló otras razones, como el hecho de que se debe prevenir también el delito, no sólo sancionarlo, a través de la Prevención General y Especial, pero no únicamente sobre criminalizando las penas, conceptos equivocados que maneja nuestro legislador.

9.- De lo anteriormente marcado marque Usted, con una (x) dentro del paréntesis las razones que en su caso corresponde:

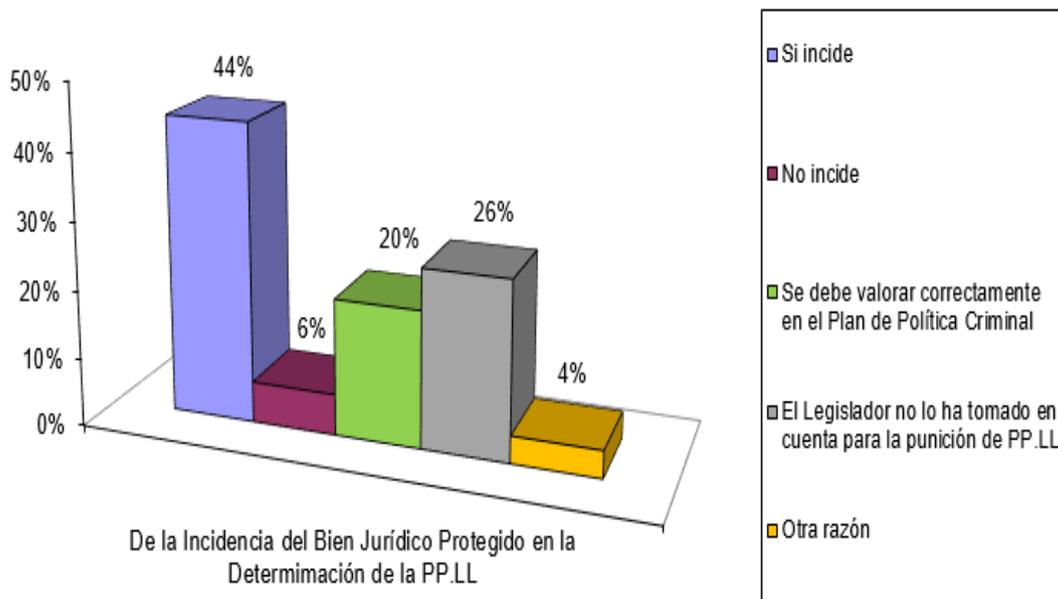


Fuente: Abogados Especializados en lo Penal del Distrito Judicial de Cajamarca (33).

Análisis e Interpretación: Del total de los abogados encuestados, el 40% señaló que el Estado Peruano al no contar con un Plan de Política Criminal debidamente estructurado y sistematizado no ejerce una correcta protección de los bienes jurídicos, al respecto el 30% indicó que por ello se ha incurrido en desproporción y sobre criminalización de las penas privativas de la libertad, en tanto el 20% señaló que existe poco interés en aplicar

estrategias de prevención del delito, que únicamente se aumenta las penas sin criterio alguno, el 7% señaló que no se analiza las causas del delito, en tanto el 3% señaló otras razones como el hecho de que se debe realizar un estudio de la criminología del delito.

10.- Considera Usted, que el bien jurídico protegido, incide a en la aplicación del Derecho Penal y las Penas Privativas de la Libertad para cada caso en concreto, así como al elaborar un plan de Política Criminal.

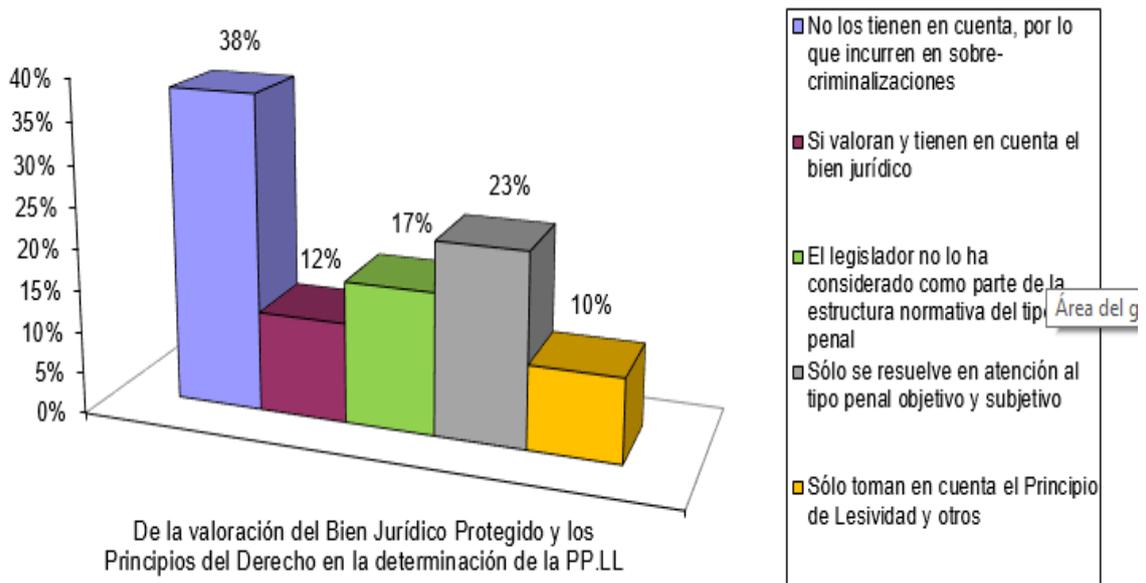


Fuente: Abogados Especializados en lo Penal del Distrito Judicial de Cajamarca (33).

Análisis e Interpretación: Del total de los abogados encuestados, el 44% señaló que el bien jurídico protegido, debe ser evaluado en tanto si incide en la aplicación del Derecho Penal y la determinación de las Penas Privativas de la Libertad para cada caso en concreto, así como al elaborar un Plan de Política Criminal, mientras que el 26% señaló que el legislador no lo ha tomado en cuenta para la punición de las penas en cada tipo penal, en tanto el

20% señaló que si se debe valorar y evaluar dentro de un plan anti criminal, sólo el 6% señaló que no incide en la determinación de la Pena Privativa de la Libertad, en tanto el 4% da otras razones como el hecho de que la protección del bien jurídico es el fin del Derecho Penal y su determinación y correspondencia debe ser analizado fehacientemente en cada tipo penal.

11.- Considera Usted, que los Jueces y Fiscales del Distrito Judicial de Cajamarca, además del tipo penal en su aspecto objetivo y subjetivo, para la determinación de la Pena Privativa de la Libertad, tienen en cuenta el bien jurídico protegido y los Principios del Derecho.

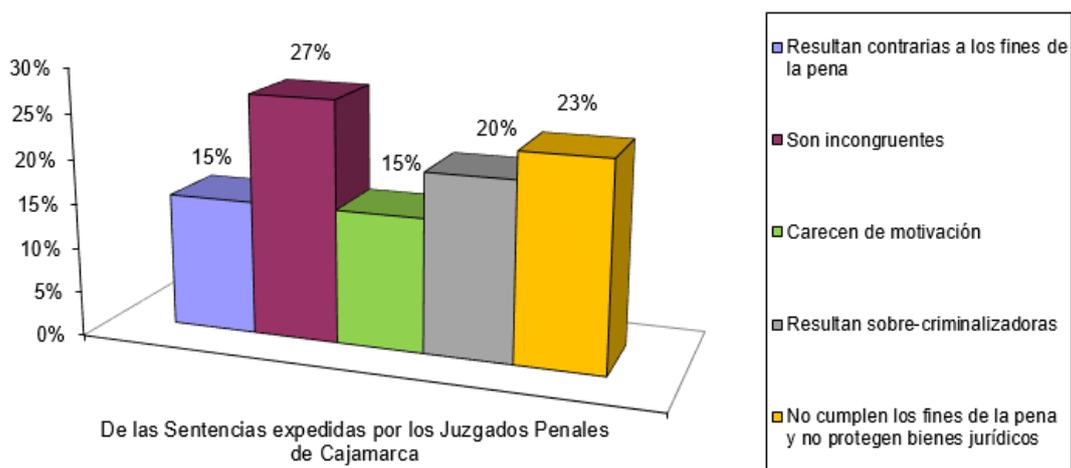


Fuente: Abogados Especializados en lo Penal del Distrito Judicial de Cajamarca (33).

Análisis e Interpretación: Del total de los abogados encuestados, el 38% señaló que los Jueces y Fiscales del Distrito Judicial de Cajamarca, además del tipo penal en su aspecto objetivo y subjetivo, para la determinación de la Pena Privativa de

la Libertad, no tienen en cuenta el bien jurídico protegido y los Principios del Derecho, por lo que no existe criterios uniformes al respecto e incurrir en sobre criminalizaciones, el 23% indicó que estos además de los supuestos normativos de la Ley N° 30076 resuelven únicamente en base al tipo penal objetivo y subjetivo del delito, en tanto el 17% señaló que el legislador no lo considera para la estructura normativa del tipo penal, sólo el 12% señaló que si tiene en cuenta el bien jurídico objeto de protección y el 10% restante indicó que sólo toman en cuenta el Principio de Proporcionalidad.

12.- Teniendo en cuenta la proporcionalidad de las penas y el bien jurídico que se protege con cada tipo penal que prevé nuestro Código Penal, considera Usted que las sentencias expedidas por los Juzgados Penales de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en las que se impone Penas Privativas de la Libertad, estas:

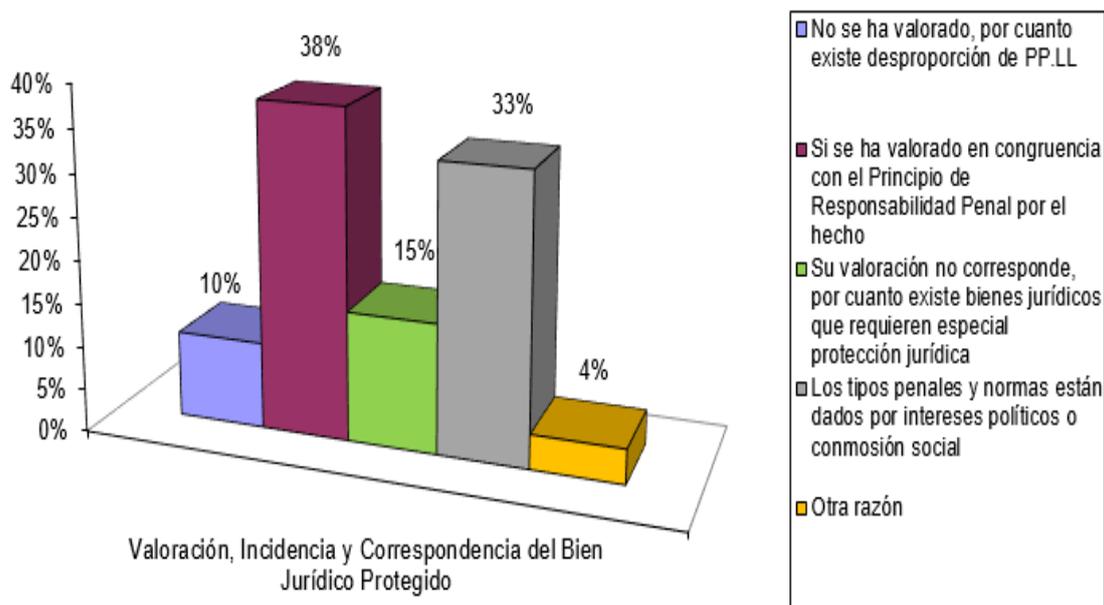


Fuente: Abogados Especializados en lo Penal del Distrito Judicial de Cajamarca (33).

Análisis e Interpretación: Del total de los abogados encuestados, el 27% señaló que en atención al bien jurídico que se protege con cada tipo penal que prevé nuestro Código Penal,

considera que las sentencias expedidas por los Juzgados Penales de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en las que se impone Penas Privativas de la Libertad, estas no cuentan con un criterio uniforme y resultan incongruentes, el 23% indicó que no se cumplen con los fines de la pena y estas no protegen correctamente los bienes jurídicos, el 20% precisó que las penas son sobre-criminalizadoras, 15% restante señaló que son contrarias a los fines de la pena.

13.- Considera Usted, que los delitos Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, la Libertad Sexual e Individual, el Patrimonio y otros, para la ponderación de la Pena Privativa de la Libertad, el Legislador ha realizado una correcta valoración del bien jurídico protegido, en cada tipo penal y su correspondencia por el hecho, materia de protección jurídica.



Fuente: Abogados Especializados en lo Penal del Distrito Judicial de Cajamarca (33).

Análisis e Interpretación: Del total de los abogados encuestados, 38% señaló que en los delitos Contra la Vida, el

Cuerpo y la Salud, la Libertad Sexual e Individual, el Patrimonio y otros, para la ponderación de la Pena Privativa de la Libertad, el Legislador no ha realizado una correcta valoración del bien jurídico protegido, en cada tipo penal y su correspondencia por el hecho materia de protección jurídica, por cuanto existe una desproporción de las Penas Privativas de la Libertad impuestas en el Código Penal, entre dichas figuras delictivas y en atención al bien jurídico que se protege por cada hecho, mientras que el 33% señaló que los tipos penales y normas obedecen en su mayoría a la conmoción social dada la zozobra que genera al alto índice delictivo en nuestros tiempos, por ello el 15% señaló que existen bienes jurídicos que corresponde valorarlos y ejercer especial protección penal dado su importancia (como la vida), empero el 10% señalan que si se ha hecho una correcta valoración de los bienes jurídicos y corresponde su protección en cada tipo penal, pero el mismo se ha hecho en contraste con el Principio de Responsabilidad Penal por el Hecho y Principio de Lesividad, mientras que el 4% da otra razón como el hecho de que se protegen bienes jurídicos que no corresponden protegerlos según estructura normativa y sistematizada del Código Penal.

IV.-CONCLUSIONES.

- ☞ Luego de analizado el contexto social actual que viene sufriendo en el Estado Peruano, dado su alto índice delictivo en los delitos de Robo Agravado, Violación y Homicidio, así como después de un análisis doctrinario y jurisprudencial, **se concluye que el Estado Peruano no cuenta con un plan de Política Criminal debidamente estructurado que permita combatir eficazmente dichos delitos, prevenirlos y aplicar durante la ejecución de la pena un plan de reinserción social del delincuente;** por cuanto si bien el **Tribunal Constitucional**, ha señalado que **la Constitución Política, brinda al Legislador peruano y al Estado, poderes amplios para diseñar un Plan de Política Criminal, tales como determinar en abstracto penas privativas de la libertad, a través de las leyes, empero su límite está que estas facultades se les concede en tanto dichas penas estén dentro de los estrictamente necesario, con observancia de los derechos fundamentales de las personas y el respeto a su dignidad, y sobre todo se den siempre en aras de la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes, circunstancias que hoy en día no se dan.** *Así del estudio y encuesta realizada, se ha logrado determinar que del total de los abogados encuestados, el 45% señaló que el Estado Peruano no cuenta con un Plan de Política Criminal sistematizado y estructurado, así mismo que las normas tipificadas en el Código Penal Peruano y su evidente aumento de penas privativas de libertad no han logrado prevenir y erradicar la comisión de hechos delictivos, mientras que 28% señaló que el Estado sólo ha optado por la represión y no la prevención del hecho, recurriendo al Código Penal como única*

ratio, sólo el 13% señaló que el aumento de penas si está surtiendo efectos de prevención, en tanto el 10% señala que no está cumpliendo su fin la punición de penas altas, en tanto el 4% señaló otras razones, como el hecho de que se debe prevenir también el delito, no sólo sancionarlo, a través de la Prevención General y Especial, pero no únicamente sobre criminalizando las penas, conceptos equivocados que maneja nuestro legislador.

☞ **Se concluye que la única respuesta jurídico penal que ha dado el Estado Peruano, frente al alto índice delictivo de los delitos Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud (Homicidio), contra la Libertad Sexual (Violación Sexual) y contra el Patrimonio (Robo Agravado), ha sido que el legislador al momento de fijar en abstracto las penas máximas y otras mínimas para dichos delitos las sobre-criminalice y/o las haga más severas (aumentándolas), ello por cuanto durante los últimos años se ha logrado advertir el aumento desmesurado de penas frente a estos delitos, a lo cual es menester mencionar que sin duda existe la necesidad de modificar y adecuar las normas penales a las nuevas realidades sociales, y ello se da a consecuencia de una "modernización del Derecho Penal" en la que se ha tenido que adaptar a la evolución y cambio social, empero tal circunstancia ha traído como consecuencia de que no se evalué y valore correctamente la importancia del bien jurídico que se protege en cada tipo penal, sino se recurra al derecho penal (Código Penal), como única ratio, o en su defecto se ha utilizado la pena como un instrumento legal únicamente represor, no preventivo, protector o resocializador,**

incluso utilizando al ciudadano (delincuente) como un objeto psicosocial para generar temor en la sociedad, aún contra su propia dignidad, no realizando mayor análisis que el alto índice delictivo o la conmoción social, determinando penas privativas de la libertad desproporcionadas. Respecto a ello durante la investigación y encuesta realizada, se obtuvo como resultado que del total de los Magistrados encuestados, el 48% señaló que en los delitos Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, la Libertad Sexual e Individual, el Patrimonio y otros, para la ponderación de la Pena Privativa de la Libertad, el legislador no ha realizado una correcta valoración del bien jurídico protegido, en cada tipo penal y su correspondencia por el hecho materia de protección jurídica, por cuanto existe una desproporción de las Penas Privativas de la Libertad impuestas en el Código Penal, entre dichas figuras delictivas y en atención al bien jurídico que se protege por cada hecho, mientras que el 23% señaló que los tipos penales y normas obedecen en su mayoría a la conmoción social dada la zozobra que genera al alto índice delictivo en nuestros tiempos, por ello el 17% señaló que existen bienes jurídicos que corresponde valorarlos y ejercer especial protección penal dado su importancia (como la vida), empero el 10% señalan que si se ha hecho una correcta valoración de los bienes jurídicos y corresponde su protección en cada tipo penal, pero el mismo se ha hecho en contraste con el Principio de Responsabilidad Penal por el Hecho y Principio de Lesividad, mientras que el 2% da otra razón como el hecho de que se protegen bienes jurídicos que no corresponden protegerlos según estructura normativa y sistematizada del Código Penal.

☞ **Los Legisladores, Jueces y Fiscales del Distrito Judicial de Cajamarca, deben tener en cuenta al momento de determinar la pena Privativa de la Libertad, que esta tiene como función preventiva, protectora y resocializadora, en virtud a ello la pena debe determinarse además de los supuestos legales que pregona la norma, el tipo penal y la Ley N° 30076, con observancia de los Principios de Lesividad, Proporcionalidad, Humanidad y Resocialización, por cuanto estos van a permitir incluso disminuir las penas por debajo del mínimo legal de las penas previstas en el tipo penal, mediante el correcto uso del arbitrio judicial, que deberá ser motivado en la sentencia.** *Empero, del estudio realizado, se obtuvo como resultado que del total de los abogados encuestados, el 43% señaló que el motivo por los que el Juez Penal al expedir sus fallos los hace de manera desproporcional y con inobservancia de los principios del derecho penal y el bien jurídico protegido, es por cuanto se orienta únicamente a los límites punitivos del tipo penal, Ley N° 30076 y art. 45 y 46 del Código Penal, además del tipo penal objeto de acusación, mientras que el 37% señaló que no se aplican dichos principios, ni criterios discrecionales, el 15% señaló que no aplican Control Difuso, el 3% señaló que ello en algunos casos se da por falta de capacitación del Magistrado y el 2% por desconocimiento de que pueden aplicarlos al momento de determinar una Pena Privativa de la Libertad. A lo cual los Magistrados encuestados, respondieron en su 45% que únicamente en sus requerimientos postulatorios de Acusación (en caso de Fiscales) o en sus fallos – Sentencias (en caso de Jueces) se limitan a los supuestos normativos que impone el Sistema de Tercios, mediante Ley N° 30076 y los*

supuestos artículos 45, 46, 46A, 46B y 46C y sgts del Código Penal, que establecen las circunstancias atenuantes o agravantes que coadyuven a la determinación de las Penas Privativas de la Libertad o ya sea por la condición del agente y/o su condición de Reincidente o Habitual, el 25% señaló que si aplica dichos principios (Proporcionalidad, Humanidad, Resocialización, etc.), el 10% señaló que no los aplica, el 8% indicó que únicamente los aplica en los supuestos que el proceso culmine con una Terminación Anticipada o Conclusión Anticipada y el 2% da otra razón, indicando que muchos de los Magistrados por temor a Procedimientos Administrativos ante ODCE u ODECMA, respectivamente, y/o a ser cuestionados en sus decisiones se limitan a los supuestos normativos al momento de determinar las penas, más no tienen en cuenta los Principios del Derecho por cuanto su aplicación queda a Criterio Discrecional del Juzgador.

☞ **El Tribunal Constitucional en la Sentencia, dictada en el Exp. N° 014-2006-PI/TC-Lima, ha señalado que la dogmática penal está interrelacionada con el Ordenamiento Constitucional y además tiene relación directa con la Política Criminal que adopte el Estado Peruano, es decir, la comisión de una conducta antijurídica que pueda dar lugar a la imposición de una pena privativa de la libertad, solamente será constitucionalmente válida, si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (Principio de Lesividad), empero esta valoración y protección debe corresponder al tipo penal por el hecho materia de imputación. Así del estudio realizado y la encuesta tomada, se obtuvo como resultado que del total de los Magistrados encuestados, el 33% señaló que a**

su criterio discrecional, en los delitos Contra el Patrimonio y otros de carácter pluri-ofensivos, para la determinación de la Pena Privativa de la Libertad, si corresponde valorar y proteger otros bienes jurídicos como la Vida, el Cuerpo o la Salud y/o la Libertad misma, en ese mismo sentido el 20% señaló que si corresponde su protección de varios bienes jurídicos, en tanto dichos bienes jurídicos taxativamente se encuentran inmersos y son sujetos de protección jurídico penal en cada tipo penal, mientras que el 17% señaló que no corresponde proteger bienes jurídicos distintos al fin que se persigue con el delito imputado, por ello el bien jurídico protegido debe ser estructurado de acuerdo a cada título del Código Penal, el 15% señaló que no corresponde valorar otros bienes jurídicos más que al que corresponde por el tipo penal y al hecho objeto de delito, por ello el 15% restante señaló que el bien jurídico protegido debe ser valorado y corresponder su protección de acuerdo al hecho imputado y objeto de sanción.

- ☞ **La misión del derecho penal es la protección de los bienes jurídicos de acuerdo a su valor social y normativo como una parte de la teoría del delito, mientras que su función consiste en la suma de las consecuencias queridas o buscadas oficialmente por el sistema penal para tal fin, así mismo los bienes jurídico-penales constituyen la referencia básica para determinar la función del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho.** *Así de la investigación se ha obtenido como resultado que del total de los Magistrados encuestados, el 42% señaló que el Legislador no toma en cuenta la importancia del bien jurídico protegido para la punición de las Penas Privativas de la Libertad en cada tipo penal, el 28% señala que en efecto el bien jurídico protegido si*

incide en la determinación de las penas, mientras que el 14% señalan que el bien jurídico protegido debe componer y se debe valorar conjuntamente dentro del Plan de Política Criminal, empero el 3% señaló que no incide en la determinación de las penas, y el 3% da otras razones, como el hecho de que dado los últimos acontecimientos se ha observado que con las aparición de nuevas figuras delictivas durante los últimos años como el narcoterrorismo, o la incidencia delictiva de hechos como los de Violación Sexual, Violencia Familiar, Violencia Contra la Autoridad, entre otros, el legislador ha dejado de lado la valoración del bien jurídico al determinar las penas, y ha recurrido al derecho penal para sobre-criminalizarlas, incurriendo en la desproporcionalidad de las mismas).

☞ **El bien jurídico, constituye el núcleo de la determinación jurídica de la pena, por ende puede hacer plausibles, más claras y justas, las decisiones del legislador respecto al ámbito y técnica de su protección, así como la de los Operadores del Derecho (Magistrados), de ahí se determina su incidencia en la determinación de la pena privativa de la libertad, frente a la lesión de bienes jurídicos.** *Así del total de los abogados encuestados, el 44% señaló que el bien jurídico protegido, debe ser evaluado en tanto si incide en la aplicación del Derecho Penal y la determinación de las Penas Privativas de la Libertad para cada caso en concreto, así como al elaborar un Plan de Política Criminal, mientras que el 26% señaló que el legislador no lo ha tomado en cuenta para la punición de las penas en cada tipo penal, en tanto el 20% señaló que si se debe valorar y evaluar dentro de un plan anti criminal, sólo el 6% señaló que no incide en la determinación de la Pena Privativa de la*

Libertad, en tanto el 4% da otras razones como el hecho de que la protección del bien jurídico es el fin del Derecho Penal y su determinación y correspondencia debe ser analizado fehacientemente en cada tipo penal.

☞ **En la medida que el principio de lesividad la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley, en consecuencia la valoración de los bienes jurídicos se debe dar en contraste con dicho principio, sin embargo es menester precisar concluir como así también lo ha señalado el Tribunal Constitucional no cualquier lesión o puesta en peligro tiene actitud para activar el sistema penal, sino aquellos comportamientos sumamente reprochables y no pasibles mediante otro medio de control social menos estricto, de ahí se determina el carácter subsidiario del Derecho Penal.** *Así de la presente investigación y encuesta realizada, se obtuvo como resultado que del total de los Magistrados encuestados, el 80% señaló que en ninguna oportunidad a aplicado la Exención de una Pena Privativa de la Libertad en el Distrito Judicial de Cajamarca, el 5% indicó que únicamente se da en consideración del Principio de Lesividad, el 5% indica que es atención a la magnitud del hecho y bien jurídico protegido, sólo el 1% señaló haberlo aplicado en una oportunidad, mientras que el 9% da otra razón indicando que es una figura normativa de difícil aplicación dada la transcendencia de los hechos denunciados o en su defecto optan por la Reserva del Fallo Condenatorio.*

Conclusión General.

- ✓ Se concluye que el Derecho Penal, tiene como misión, con ayuda del concepto de bien jurídico, ofrecer al legislador – Operadores del Derecho (Magistrados) criterios plausibles y prácticos a la hora de tomar sus decisiones, todo lo cual permite colegir que el bien jurídico si incide en la determinación de la pena privativa de la libertad, por cuanto al ser valorado de acuerdo a su importancia nos puede conducir a una Política Criminal racional, en donde el Magistrado mida sus decisiones con criterios justos y claros y así poder justificar la pena. *Así de la encuesta realizada en la presente investigación, del total de los Magistrados encuestados, el 43% señaló el bien jurídico protegido, debe ser valorado u objeto de ponderación al momento de determinar la Pena Privativa de la Libertad, teniendo en cuenta el hecho objeto de protección y para satisfacer las necesidades Sociales e Universales de todo un grupo humano, el 25% señaló que debe ser valorado en torno al hecho objeto de imputación, responsabilidad penal por el hecho y en atenuencia al Principio de Lesividad, empero el 22% señaló que debe ser valorado únicamente en torno al hecho objeto de protección y tipo penal a imponer, sólo el 6% señaló que debe ser valorado para satisfacer necesidades individuales, mientras que el 4% restante dio otra razón, como que se debe prever además de su ponderación por la importancia de protección jurídica, también su correspondencia objeto de protección.*
-

V. RECOMENDACIONES.

- ☞ Conforme así lo pregonan el Tribunal Constitucional en la Sentencia dictada en el Expediente N° 0019-2005-AI/TC-Callao; la intervención del Derecho Penal en la sociedad es necesaria para proteger los bienes jurídicos vitales para la convivencia social, pues de esta manera también se mantiene la organización estatal y se precaven las reacciones sociales extra-penales, entonces su intervención no debe ser absoluta, sino solamente frente a los ataques más graves a los bienes jurídicos de mayor relevancia para el ordenamiento, dado que el Derecho Penal es última ratio.

- ☞ Los Fiscales en lo Penal, en sus requerimientos postulatorios de Acusación, así como los Jueces Especializados en lo Penal, en tanto así lo autoriza el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema de la República, la Constitución Política del Estado y Leyes Orgánicas, en el caso de estos últimos, al expedir sus fallos (Sentencias), en los delitos de Homicidio, Violación Sexual y Robo Agravado, además de la pena abstracta que impone el tipo penal, y los supuestos normativos que impone el Sistema de Tercios, mediante Ley N° 30076, artículos 45, 46, 46A, 46B y 46C y sgts del Código Penal, que establecen las circunstancias atenuantes o agravantes que coadyuvan a la determinación de las Penas Privativas de la Libertad o ya sea por la condición del agente y/o su condición de Reincidente o Habitual – por Conclusión Anticipada y/o Terminación Anticipada, para la determinación de la pena privativa de la libertad, deben aplicar los Principios Constitucionales del Derecho con mayor frecuencia, como los de Proporcionalidad, Humanidad, Resocialización, etc, con el objeto de determinar una pena final concreta.

- ☞ *A fin de poder combatir eficazmente los delitos de Homicidio, Violación Sexual, Robo Agravado y disipar o disminuir su alto índice delictivo y que genera zozobra a la sociedad, el Estado Peruano para aplicar el Derecho Penal, así como un plan de Política Criminal, primero se debe orientarse en la función preventiva de la pena, con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad, después en la función sancionadora o represora y resocializadora, y dicho plan debe ser previamente evaluado de acuerdo a la realidad social actual, y estructurado y sistematizado de acuerdo al fin que se persigue, con el objeto de obtener una respuesta efectiva en la aplicación de las normas, pudiendo así no solo prevenir el delito, sino erradicar y/o sancionarlo con criterios justos y con observancia de los derechos fundamentales y el respeto a la dignidad de la persona, evitando incurrir en sobre criminalización o desproporción de las penas privativas de la libertad.*

- ☞ La determinación judicial de la pena se relaciona con el juicio de la individualización de la sanción penal que el Juez adopta conforme a los artículos 45, 46 y sgts de Código Penal, la Ley N° 30076 que impone el Sistema de Tercios, los Principios de Proporcionalidad, Humanidad, Resocialización, así mismo, este se materializa en un procedimiento técnico y valorativo conforme al extremo mínimo y máximo de la pena prevista en el tipo penal, empero a los cuáles también se debe comprender la valoración del bien jurídico protegido y la lesividad en el mismo, de tal manera que permitir la concreción cualitativa, cuantitativa y ejecutiva de la sanción penal, de tal manera que conlleve a los magistrados (Jueces y Fiscales), a adoptar decisiones justas y equilibradas y sobre todo con efectos disuasivos no solo al condenado, sino a la sociedad en

sub-conjunto, aplicando así la prevención general y prevención especial que pregonan las Teorías de la Unión.

- ☞ En la medida que la imposición de pena, especialmente la privativa de libertad, es la más violenta intervención que hace el Estado en el bien jurídico " libertad" del condenado, el más valioso valor integrador de la condición humana y que fundamenta la existencia de sociedades libres, por ello *es importante, necesario y racional contar con una Plan de Política Criminal, debidamente estructurado y sistematizado en nuestro país*, teniendo en cuenta que el Estado Peruano, es el único ente legitimado, para utilizar las penas privativas de la libertad, como un medio de control legítimo y estas deben ser aplicadas y ponderadas *en forma proporcional al bien jurídico protegido, su función social y su correspondencia respecto a cada ilícito penal que se lesiona, de tal manera que nos permita prevenir, erradicar y/o planificar en su fase de ejecución de la pena.*

- ☞ Frente a supuestos de hecho (flagrancia), en donde se cumplan con los presupuestos normativos para la concurrencia a un Proceso Inmediato, conforme al Decreto Legislativo N° 1194, se debe optar por recurrir a dicho Proceso Especial, por cuanto las experiencias nacionales, nos permiten prever que cuanto más pronta y cercana al delito es la pena, es decir, cuando se imponga de inmediato una sentencia, frente a un hecho delictivo, esta resulta más útil y justa, tanto para el condenado, como para la sociedad, por cuanto no solo libra al procesado de incertidumbre de su sanción a imponer o su situación jurídica, generándole incluso expectativas de impunidad y/o brindándole la oportunidad de hacer que testigos o peritos puedan deponer de formar contraria a la ley o su favor, sino que la aplicación de una pena rápida le va a permitir al ciudadano asociar las ideas de que

dichas conductas antisociales, según el Nuevo Sistema Procesal Penal, son de rápida reacción y sanción ejemplar por el Estado Peruano.

- ☞ Teniendo en cuenta el delito fin, y que es función del Derecho Penal, la exclusiva protección de bienes jurídicos, considero que en los delitos con carácter pluri-ofensivos, para la determinación de la Pena Privativa de la Libertad, si corresponde valorar y proteger otros bienes jurídicos, en tanto también son sujetos de protección jurídico penal, empero el elemento o bien jurídico determinante debe ser el que tiene por objeto proteger el tipo penal.

- ☞ El legislador al momento de evaluar criterios y crear una figura normativa y/o determinar en abstracto las penas privativas de la libertad, frente a los delito de Violación Sexual, Robo Agravado y Homicidio, suele considerar el objeto de intimidación de la norma penal (prevención general – en su aspecto negativo), *empero es recomendable* evaluar que no solo la eficiencia de un sistema penal tiene su fundamentación en la intimidación, pues las experiencias nacionales, día a día, nos han enseñado que lo que abstiene al delinciente de cometer actos ilícitos, no es el temor de una sanción drástica, así como su posibilidad de ser descubierto, lo que quiero indicar es que, el fin preventivo no debe vincularse con el rigor de la sanción, pues en muchos casos se ha dado circunstancias que la atrocidad de la pena ha hecho que el delinciente arriesgue más para evitarla, haciendo que se cometan más delitos para eludir la pena de uno solo. Ejemplo Violación Sexual con subsecuente muerte, Robo Agravado con subsecuente muerte, etc.

PARTE VI: (BIBLIOGRAFÍA).

- ◆ ROXIN, Claus, "Fundamentos político-criminales del Derecho penal". Hammurabi, Buenos Aires, 2008. También en, La teoría del bien jurídico..., pp. 448.
- ◆ SOLIS E., Alejandro. "Criminología: Panorama Contemporáneo", Lima - Perú, Intercopy; Edición: 3ra.
- ◆ JESCHECK, Hans Heirich. "Tratado de Derecho Penal"; Editorial BOSCH; Barcelona 1981.
- ◆ HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal - Parte General". Edit. EDDILI, Lima-Perú, 1987.
- ◆ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Tiene futuro la Dogmática Jurídica - Penal". En su estudio de Derecho Penal, Tecnos, Madrid - España, 1990.
- ◆ MAURACH, Reinhart, "Tratado de Derecho Penal", Tomo I, Editora Ariel, Barcelona, 1962.
- ◆ MIR PUIG; Santiago; "Estado Pena y Delito", Euros Editores S.R.L, Impreso en Buenos Aires - Argentina, Agosto del 2013.
- ◆ GIMBERNET ORDEIG, Enrique. "Estudios de Derecho Penal", 3º Edición Tecnos; Madrid 1990.
- ◆ BINDER, Alberto M. "Introducción al Derecho Penal"; Ad-Hoc. Buenos Aires, 2004.

- ◆ QUINTEROS OLIVARES. "Manual de Derecho Penal. Parte General"; 2º ed; Arazandi; Navarra, 2000.

- ◆ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. "Manual de Derecho Penal". Parte General", Temis, Bogotá. 2002.

- ◆ MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARAN; "Derecho Penal .Parte General"; Revisada y puesta al día. Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

- ◆ ZAFARONI / AUAGA / SLOKAR; "Derecho Penal; Parte General"; Ed. Buenos Aires. 2000.

- ◆ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA; "Derecho Penal Fundamental"; T. I. Reimpresión la 2da Ed. Temis, Bogotá; 1989.

- ◆ BACIGALUPO; "Principios de Derecho Penal Parte General"; 5Kd; Akal; Madrid; 1998; Pag. 108 y ZAFARONI / ALIAGA SLOKAR; "Derecho General Parte General", Ed., Buenos Aires; 2000.

- ◆ JESCHEK / WEIGENG; "Tratado de Derecho penal Parte General"; 5º Ed. Renovada y Ampliada; Trad. de Miguel Olmedo Cardenote; Gomares, Granada, 2002.

- ◆ VILLA STEIN, Javier "Derecho Penal. Parte General". Editorial San Marcos. Lima - Perú, 1998.

- ◆ BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. "Manual de Derecho Penal. Parte General"; Editorial. Santa Rosa, Lima - Perú, 2000.

- ◆ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. "Tratado de Derecho Penal", T. L, Editorial Losada, Buenos Aires – Argentina, 1964.

- ◆ MOCCIA, Sergio. "El Derecho Penal entre Ser y Valor – Función de la Pena y Sistemática Teleológica", Editorial Euros Editores S.R.L, Buenos Aires – Argentina, Febrero del 2008.

- ◆ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. "Determinación Judicial de la Pena", Pacífico Editores S.A.C, Primera Edición, Lima Perú, Febrero del 2015.

- ◆ MUÑOZ CONDE, Francisco. "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal", Editora. Tirant Lo Blanch, Valencia N° 1989.

- ◆ CANCIO MELIÁ, Manuel y GÜNTER, Jakobs. "Derecho Penal del Enemigo". Civitas Editores S. L. Primera Edición, Madrid – España, 2003.

- ◆ ROXIN, Claus. "Política Criminal y Sistema del Derecho Penal", Traducción e Introducción de Francisco Muñoz Conde, 2º Edición, 1º Reimpresión, Editorial Hammurabi – S.R.L. Buenos Aires – Argentina – Octubre del 2002.

- ◆ JUAREZ E. X. TAVARES, traducción de Mónica Cuñarro. "Bien Jurídico y Función en Derecho Penal", Editorial Hammurabi S.R.L, Buenos Aires – Argentina, Junio del 2004.

- ◆ RAMOS VILLÓN, Pedro Víctor. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Editorial Fecat - EIRL. Edición 3ra. Lima – Perú.

- ◆ PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal, Estudio Programático de la Parte General"; 3ra. Edic., Grijley, 1997.

- ◆ TERRADILLOS, Juan. "Peligrosidad Social y Estado de Derecho", Editorial: Akal, Madrid - España, 1981.

- ◆ BRAMONT - ARIAS TORRES, Luís Alberto y GARCÍA CATIZANO, María del Carmen. "Código Penal Anotado", 4ta Edición, Edit. San Marcos, Lima - Perú, 2001.

- ◆ MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Jonn. "Las Consecuencias Jurídicas del Delito", Madrid - España, 1990.

- ◆ BARATTA, Alessandro. "Integración - Prevención una Fundamentación de la Pena Dentro de la Teoría Sistemática", en doctrina Penal, 1986.

- ◆ GARCÍA VALDEZ, Carlos. "Teoría de la Pena". Comentario al Código Penal / Jurisprudencia., 41 Edición, Editorial: Jurista, Lima - Perú, 2006.

- ◆ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. "Prevención General e Individualización de la Pena"; Ediciones Universidad de Salamanca, Chile, 1999.

- ◆ ZIPF, Heinz. "Introducción a la Política Criminal", Jaén - España: EDERSA, Traducción de la Edición Alemana, 1979.

- ◆ CHOCLAN MONTALVO, José; "Individualización Judicial de la Pena: Función de la Culpabilidad y la Prevención en la Determinación de la Sanción Penal". Madrid - España: COLEX, 1997.

- ◆ GARCÍA ARAN, Mercedes. "Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995". Navarra - España: ARANZANDI, 1997.
- ◆ JESCHECK, HANS-HEINRICH, "Tratado de Derecho Penal - Parte General", Volumen II.
- ◆ GONZALO DE FERNÁNDEZ. "Bien Jurídico y Sistema de Delito". Editorial B de F; Julio César Paira; Editor, Montevideo - Buenos Aires, 2004.
- ◆ MAURACH / ZIPF. "El Derecho Penal - Parte General - Teoría General del Derecho Penal y Estructura del hecho Punible"; Astrea, Buenos Aires, 1994.
- ◆ PÉREZ PINZÓN; "Introdúcelo al Derecho Penal"; 3º Edición (reimpresión); Forum Pacis, Ibagué, 1996.
- ◆ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. "El Principio de Humanidad en el Derecho Penal" en Eguzklilore (Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología) número 23. San Sebastián, Diciembre del 2009, pág. 210
- ◆ ROXIN CLAUS, Derecho Penal Parte General, 1ª Edición, Madrid, España, Editorial Civitas, 1997, p. 336

PAGINAS WEB:

www.gacetajuridica.com.pe

www.monografías.com.pe

www.google.com.pe

ANEXOS



UNIVERSIDAD NACIONAL

PEDRO RUÍZ GALLO

ESCUELA DE POST-GRADO

Maestría en Derecho con Mención en
Ciencias Penales.



ENCUESTA

LA EVALUACIÓN DE LA INCIDENCIA Y CORRESPONDENCIA DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD.

ENCUESTA DIRIGIDA A LOS JUECES ESPECIALIZADOS EN LO PENAL, FISCALES PENALES Y ABOGADOS QUE EJERCITAN FUNCIONES EN EL DISTRITO JUDICIAL DE CAJAMARCA.

Le agradeceré responder a este breve y sencillo cuestionario que tiene como propósito: ***"Determinar y analizar el contexto social actual del Plan de Política Criminal que adopta el Estado Peruano, la situación real de nuestro país, los fundamentos jurídicos, doctrinarios y jurisprudenciales, relacionados al Bien Jurídico Protegido, su Incidencia y Correspondencia en la Determinación de la Pena Privativa de Libertad y su percepción de los Magistrados y abogados inmersos en ésta problemática, así como las posibles soluciones"***; de tal manera que tenga base para identificar las causas del problema planteado y así poder proponer recomendaciones para la solución de la problemática planteada. A su vez, es preciso aclarar que el presente instrumento es totalmente anónimo.

I.- GENERALIDADES: Informantes: Jueces Penales, Fiscales Penales y Abogados Penales.

1.1.- Ocupación: Juez Penal () Fiscal Penal () Abogado Penal ()

1.2. Años de experiencia en la profesión de abogado:

a) 1-5 años () b) 6-10 años () c) 11-15 años () d) 16 a más ()

1.3. Tiempo de Servicio en el cargo (en caso de Jueces o Fiscales):

- a) 1-5 años () b) 6-10 años () c) 11-15 años () d) 16 a más ()

II.- JUECES Y FISCALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE CAJAMARCA.

2.1.- De los siguientes principios que prevé la doctrina, inherentes a la determinación de las penas privativas de la libertad en el Código Penal Peruano, marque con una (x) dentro del paréntesis, los que Usted conoce y aplica en sus requerimientos de acusación y/o la emisión de las sentencias.

a) **El principio de utilidad de la intervención penal:** El Estado solo puede utilizar la pena cuando está en situación de explicar su necesidad para la convivencia social.....()

b) **El principio de subsidiaridad y carácter fragmentario del derecho penal:** Según éste principio, el derecho penal ha de ser la última ratio o extrema ratio, el último recurso a utilizar, en el sentido que sólo debe recurrirse al derecho Penal cuando han fallado todos los demás controles sociales.....()

c) **El principio de racionalidad y humanidad de las penas:** Según los postulados de éste principio, se rechaza por cruel toda sanción penal que resulte brutal en sus consecuencias para el sujeto.()

d) **El principio de proporcionalidad:** También llamada prohibición en exceso, consiste en la búsqueda de un equilibrio entre el poder penal del estado, la sociedad y el imputado.....()

e) **El principio de resocialización:** La exigencia democrática de que sea posible la participación de todos los ciudadanos en la vida social, conduce a reclamar que el derecho penal la evite

marginación indebida del condenado a una pena o del sometido a una medida de seguridad.....()

2.2.- En relación a la pregunta anterior, Usted en calidad de Magistrado, además de los supuestos que predica la Ley N° 30076 publicada en el diario Oficial "El Peruano" el día 19-08-2013 que impone el Sistema de Tercios para la determinación de una Pena Privativa de la Libertad y artículos 45, 46, 46A, 46B y 46C y sgst del Código Penal, aplica los principios antes descritos u otros, en sus requerimientos acusatorios o fallos.

- a) No los aplico.....()
- b) Si los aplico.....()
- c) Sólo en los casos de Terminación Anticipada y Conclusión Anticipada.....()
- d) Me limito a los parámetros de la Ley N° 30076..... ()
- e) Otra razón.....()

Especifique: _____

2.3.- En relación a las preguntas anteriores, Usted en calidad de Magistrado (Juez o Fiscal), en sus requerimientos de Terminación Anticipada, Conclusión Anticipada y/o expedición de sus fallos (Sentencias), además de los supuestos que predica la Ley N° 30076 que impone el Sistema de Tercios, artículos 45, 46, 46A, 46B y 46C y sgst del Código Penal, artículos 387 y 471 del CPP, con el objeto de determinar una pena concreta final, además de la pena prevista en el tipo penal y dispositivos legales antes glosados, aplica los principios descritos en la pregunta uno u otros.

- a) No los aplico.....()
- b) Si los aplico.....()
- c) No es necesarios aplicarlos.....()
- d) Me limito únicamente a los supuestos normativos.....()
- e) Otra razón.....()

Especifique: _____

2.4.- Considera Usted, que el Estado Peruano y los legisladores, en nuestro país, cuentan con un Plan de Política Criminal debidamente estructurado y sistematizado que permita evitar sobre criminalizaciones de las penas privativas de la libertad, la prevención y la erradicación de conductas delictivas.

- a) No cuentan con un plan de Política Criminal.....()
- b) Los gobernantes hacen Política de Gobierno y no de Estado.....()
- c) Se imponen penas basadas en la conmoción social.....()
- d) La penas son desproporcionales..... ()
- e) Otra razón.....()

Especifique: _____

2.5.- Considera Usted que el bien jurídico protegido, incide en la aplicación del Derecho Penal y las Penas Privativas de la Libertad, para cada caso en concreto, así como al elaborar un plan de Política Criminal.

- a) Si incide en la determinación de la pena.....()
- b) No incide en la determinación de la pena.....()
- c) Se debe valorar en el Plan de Política Criminal.....()
- d) El legislador no lo ha tomado en cuenta para la punición de penas en cada tipo penal.....()
- e) Otra razón.....()

Especifique: _____

2.6.- Considera Usted, que los Operadores del Derecho, además del tipo penal en su aspecto objetivo y subjetivo, para la determinación de la Pena Privativa de la Libertad, tiene en cuenta el bien jurídico protegido.

- a) No lo tienen en cuenta, por lo que incurren en sobre criminalizaciones.....()
- b) Si lo tienen en cuenta el bien jurídico.....()
- c) No lo consideran en la estructura normativa del tipo penal.....()
- d) Resuelven únicamente en base al tipo penal objetivo y subjetivo..... ()
- e) Sólo toman en cuenta el Principio de Lesividad.....()

Especifique:_____

2.7.- Considera Usted, que los delitos Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, la Libertad Sexual e Individual, el Patrimonio y otros, para la ponderación de la Pena Privativa de la Libertad, el Legislador ha realizado una correcta valoración del bien jurídico protegido, en cada tipo penal y su correspondencia por el hecho, materia de protección jurídica.

- a) No por cuanto existe una desproporción de penas.....()
- b) Si, lo han valorado, en contraste con el Principio de Responsabilidad Penal por el hecho.....()
- c) No por cuanto existen bienes jurídicos que requieren especial protección.....()
- d) Los tipos penales y normas están dados en su mayoría por intereses políticos o conmoción social..... ()
- e) Otra razón.....()

Especifique:_____

2.8.- Considera Usted, que en los delitos Contra el Patrimonio y otros de carácter pluri-ofensivos, para la determinación de la Pena Privativa de la Libertad, corresponde valorar y proteger otros bienes jurídicos como la Vida, el Cuerpo o la Salud y/o la Libertad.

- a) Si, porque se trata de delitos pluri-ofensivos.....()
- b) No corresponde valorar otros bienes jurídicos, más que al que corresponde a tipo penal.....()
- c) Cada bien jurídico debe ser valorado de acuerdo al hecho imputado.....()
- d) Si porque taxativamente se encuentran inmersos y sujetos de protección en el tipo penal..... ()
- e) El bien jurídico protegido debe ser estructurado de acuerdo a cada título del Código Penal()

2.9.- Respecto al bien jurídico protegido, cuál considera Usted, que debería ser el criterio correcto de valoración/ponderación al momento de determinar la Pena Privativa de la Libertad.

- a) Debe ser valorado para satisfacer necesidades individuales.....()
- b) Debe ser valorado para satisfacer necesidades sociales e universales.....()
- c) Debe ser valorado en torno al objeto de protección jurídico penal y tipo penal.....()
- d) Debe ser valorado en torno al hecho objeto de imputación, responsabilidad penal por el hecho y Principio de Lesividad.....()
- e) Otra razón..... ()

Especifique: _____

2.10. Respecto al Plan de Política Criminal, cuál considera Usted, que es la definición acertada del Derecho Penal y sus fines de protección de bienes jurídicos.

- a) Es un método de observación de la reacción anti criminal.....()
- b) Es una estrategia de lucha contra la delincuencia.....()
- c) Garantiza y delimita la intervención punitiva del Estado.....()
- d) Todas las anteriores.....()
- e) Otra razón..... ()

Especifique:_____

2.11. Diga Usted, durante su labor como Magistrado, en cuántas decisiones ha aplicado la exención de la Pena Privativa de la Libertad y si tuvo en cuenta el Principio de Responsabilidad Penal por el hecho, Principio de Lesividad y el bien jurídico protegido.

- a) En ninguna oportunidad..... ()
- b) En varias oportunidades.....()
- c) Sólo tuve en cuenta el Principio de Lesividad..... ()
- d) Sólo tuve en cuenta el bien jurídico protegido.....()
- e) Otra razón..... ()

Especifique:_____

2.12. Considera Usted, que el Código Penal protege bienes jurídicos distintos al que debería proteger en cada supuesto normativo.

- a) Si lo considero..... ()
- b) Protege bienes jurídicos que no corresponden al tipo penal.....()
- c) Sólo los protege cuando se trata de delitos pluriofensivos.....()
- d) La protección de bienes jurídicos ha sido desarrollado por la doctrina penal y debe ser reanalizado.....()
- e) Otra razón..... ()

Especifique: _____

III.- ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN LO PENAL Y LITIGANTES EN EL DISTRITO JUDICIAL DE CAJAMARCA.

3.1.- Teniendo en cuenta las alternativas que se le pone a la vista, inherentes a las teorías sobre el fin de la pena; marque Usted, con una (x) dentro del paréntesis, según su criterio, cuál de ellas coadyuva a la resocialización del penado a la sociedad o es la que se debe aplicar y en un Plan de Política Criminal.

- a) **Las Teorías Absolutas o Retributivas:** La pena radica en la mera retribución, es decir, es la imposición de un mal, por el mal cometido..... ()
- b) **Las Teorías Relativas o Preventivas:** Las teorías relativas son totalmente opuestas a las absolutas, para ellas la pena no es un fin en sí misma sino un medio de prevención, por eso se afirma que el sentido de la pena consiste en cumplir su tarea de impedir que se cometan en el futuro acciones punibles.....()
- c) **Teorías de la Unión:** Intenta combinar los elementos legitimantes de las teorías absolutas y de las relativas en una suerte de teoría unificadora. Se conmina con ciertos matices la retribución, la prevención general y la prevención especial..... ()
- d) **T.A**..... ()

Especifique:_____

3.2.- De las siguientes razones por las que ha marcado la pregunta anterior, marque Usted con una (x) dentro del paréntesis, cuál es el motivo por el que tal teoría sería la más correcta a aplicar en la realidad carcelaria de nuestro país y en un Plan de Política Criminal:

- a) Porque coadyuva a la prevención del delito..... ()
- b) Por que permite la rehabilitación del condenado..... ()
- c) Porque previene el delito y lo sanciona si es necesario.....()
- d) Otra razón..... ()

Especifique:_____

3.3. Considera Usted que las sentencias expedidas por los órganos jurisdiccionales penales de nuestro país y en el Distrito Judicial de Cajamarca, son dictados teniendo en cuenta:

- a) El principio de utilidad de la intervención penal.....()
- b) El principio de racionalidad y humanidad de las penas.....()
- c) El principio de proporcionalidad.....()
- d) El principio de resocialización.....()
- e) Principio de Legalidad y Ley N° 30076.....()

Especifique: _____

3.4. De entre las siguientes razones por las cuáles ha marcado la pregunta anterior, cuál considera Usted, que es el motivo por los que el Juez Penal al expedir sus fallos los hace de manera desproporcional y con inobservancia de los principios mencionados en la pregunta anterior y el bien jurídico protegido.

- a) Por desconocimiento..... ()
- b) Falta de capacitación..... ()
- c) Se base en límites punitivos del tipo penal.....()
- d) No realizan Control Difuso.....()
- e) No aplican Principios, ni criterios discrecionales de aplicación de las penas.....()

Especifique: _____

3.5. Considera Usted, que los Operadores del Derecho para la graduación y punición de las penas en cada tipo penal que prevé nuestro Código Penal, en especial la pena privativa de la libertad, además del tipo penal objetivo y subjetivo del delito, ha tenido en cuenta la importancia, la proporcionalidad y correspondencia del bien jurídico que se protege en ellos:

- a) Si lo consideran.....()
- b) No lo consideran.....()
- c) A veces lo consideran..... ()
- d) Dictan normas y fallos basados en intereses individuales, políticos o de conmovión social.....()
- e) Otra razón.....()

Especifique: _____

3.6.- De lo anteriormente marcado, considera Usted que el legislador peruano para graduar las penas lo hace en atención a lo siguiente:

- a) Se basa en la conmovión social que genera el delito.....()
- b) En el bien jurídico que se protege.....()
- c) En la proporcionalidad y responsabilidad penal por el hecho..... ()
- d) En el fin que persigue la pena.....()
- e) Otra razón.....()

Especifique: _____

3.7. Respecto al Plan de Política Criminal, cuál considera Usted, que es la definición acertada del Derecho Penal y sus fines de protección de bienes jurídicos.

- a) Es un método de observación de la reacción anti criminal.....()
- b) Es una estrategia de lucha contra la delincuencia.....()
- c) Garantiza y delimita la intervención punitiva del Estado.....()
- d) Todas las anteriores.....()
- e) Otra razón..... ()

Especifique: _____

3.8. Marque Usted, con una (x) dentro del paréntesis la respuesta (SI) o (NO) si es que considera que el Estado Peruano cuenta con un Plan de Política Criminal sistemático y estructurado y que las normas tipificadas en el Código Penal Peruano y su evidente aumento de penas privativas de libertad han logrado prevenir y erradicar la comisión de hechos delictivos:

- a) Si, está surtiendo efectos.....()
- b) No, está surtiendo efectos el aumento de PP.LL.....()
- c) El estado, no cuenta con un Plan de Política Criminal.....()
- d) Se ha optado por la represión y no prevención.....()
- e) Otra razón..... ()

Especifique: _____

3.9. De lo anteriormente marcado marque Usted, con una (x) dentro del paréntesis las razones que en su caso corresponde:

- a) No se analiza las causas del delito..... ()
- b) Existe poco interés por aplicar estrategias de prevención del delito, simplemente se aumenta las penas..... ()
- c) No se ejerce una correcta protección de los bienes jurídicos..... ()
- d) Se ha incurrido en la desproporción y sobre-criminalización de penas privativas de la libertad.....()
- e) Otra razón. ()

Especifique: _____

3.10.- Considera Usted, que el bien jurídico protegido, incide a en la aplicación del Derecho Penal y las Penas Privativas de la Libertad para cada caso en concreto, así como al elaborar un plan de Política Criminal.

- a) Si incide en la determinación de la pena.....()
- b) No incide en la determinación de la pena.....()
- c) Se debe valorar en el Plan de Política Criminal.....()
- d) El legislador no lo ha tomado en cuenta para la punición de penas en cada tipo penal.....()
- e) Otra razón.....()

Especifique: _____

3.11.- Considera Usted, que los Jueces y Fiscales del Distrito Judicial de Cajamarca, además del tipo penal en su aspecto objetivo y subjetivo, para la determinación de la Pena Privativa de la Libertad, tienen en cuenta el bien jurídico protegido y los Principios del Derecho.

- a) No lo tienen en cuenta, por lo que incurrir en sobre-criminalizaciones.....()
- b) Si lo tienen en cuenta el bien jurídico.....()
- c) No porque el legislador, no lo ha considerado en la estructura normativa del tipo penal()
- d) Resuelven únicamente en base al tipo penal objetivo y subjetivo..... ()
- e) Sólo toman en cuenta el Principio de Lesividad.....()

Especifique: _____

3.12. Teniendo en cuenta la proporcionalidad de las penas y el bien jurídico que se protege con cada tipo penal que prevé nuestro Código Penal, considera Usted que las sentencias expedidas por los Juzgados Penales de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en las que se impone Penas Privativas de la Libertad, estas:

- a) Resultan contrarias a los fines de la pena.....()
- b) Son incongruentes..... .. ()
- c) Carecen de motivación.....()
- d) Resultan sobre-criminalizadoras.....()
- e) No cumplen los fines de la pena y no protegen los bienes jurídicos.....()

Especifique: _____

3.13.- Considera Usted, que los delitos Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, la Libertad Sexual e Individual, el Patrimonio y otros, para la ponderación de la Pena Privativa de la Libertad, el Legislador ha realizado una correcta valoración del bien jurídico protegido, en cada tipo penal y su correspondencia por el hecho, materia de protección jurídica.

- a) No por cuanto existe una desproporción de penas.....()
- b) Si, lo han valorado, en contraste con el Principio de Responsabilidad Penal por el hecho.....()
- c) No por cuanto existen bienes jurídicos que requieren especial protección.....()
- d) Los tipos penales y normas están dados en su mayoría por intereses políticos o conmoción social..... ()
- e) Otra razón.....()

Especifique:_____

Agradezco su amable colaboración.