



UNIVERSIDAD NACIONAL
“PEDRO RUIZ GALLO”
ESCUELA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO



**Aplicación del Principio de Proporcionalidad en el
Derecho Penal como instrumento para la motivación
de la Determinación de la Pena**

TESIS

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

AUTOR:

Malca Roque, Frank Wilder

ASESOR:

Dr. Hernández Rengifo, Freddy W.

LAMBAYEQUE – PERÚ

2019

**APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL
DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO PARA LA
MOTIVACIÓN DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA**

PRESENADO POR:

MALCA ROQUE, FRANK WILDER
AUTOR

Dr. FREDDY W. HERNANDEZ RENGIFO
ASESOR

APROBADO POR:

Dr. JOSE MARIA BALCAZAR ZELADA
PRESIDENTE

Dr. VICTOR RUPERTO ANACLETO GUERRERO
SECRETARIO

Mag. RICARDO PONTE DURANGO
VOCAL

DEDICATORIA:

EL PRESENTE TRABAJO SE LO
DEDICO A DIOS POR DARME
LAS FUERZA DE SEGUIR, A MI
HIJO RICARDO QUIEN ES MI
INSPIRACIÓN Y EL MOTOR DE
MI SUPERACIÓN, TAMBIÉN A
MI PEQUEÑA MARITZA QUE
SIN SABER LO QUE PASA EN EL
MUNDO YA OCUPA UN LUGAR
IMPORTANTE EN MI VIDA Y A
MI ESPOSA Y MI MADRE QUE
SON EL EMPUJE QUE ME DAN
DIA DÍA EN LO QUE HAGO.

ÍNDICE

TESIS	1
APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO PARA LA MOTIVACIÓN DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA	2
DEDICATORIA:.....	3
ÍNDICE.....	4
RESUMEN.....	6
ABSTRACT	7
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO I	9
CAPÍTULO I: ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO	10
1.1.Ubicación en el distrito Fiscal de Sullana, del departamento de Piura -Chiclayo - Perú	10
1.1.1.Cómo surge el Problema	10
1.1.2.La formulación del problema de investigación	13
1.1.3.La justificación de la investigación	14
1.1.4.Objetivos	14
1.4.a)Objetivo general	14
1.4.b)Objetivos específicos.....	15
1.1.5.Hipótesis	15
1.1.6.Variables	15
1.6.a)Independiente	15
1.6.b)Dependiente.....	15
1.1.7.Metodología Empleada	15
CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO	18
2.1.Antecedentes investigativos.....	19
2.2.Derechos Constitucionales	24
2.2.1.Noción Jurídica	24
2.2.2.El contenido esencial de los derechos.....	25
2.2.3.Derechos Constitucionales en el Derecho Penal	26
2.3.La pena y la proporcionalidad	28
2.4.1.Delimitación conceptual.....	31
2.4.2.Teorías de la individualización de la pena	34
4.2.b)Teoría del espacio de juego	35
4.2.c)Teoría de la proporcionalidad con el hecho	36
2.5.Determinación de la pena en la legislación peruana y el derecho comparado.....	36
2.6.Breves disquisiciones en el derecho comparado	38
CAPÍTULO III.	41
DISQUISICIONES DE RESULTADOS Y DE LOS INSTRUMENTOS	42
CAPÍTULO III: DISQUISICIONES DEL RESULTADO E INSTRUMENTOS.	42
3.1.Demostración dogmática de hipótesis de la investigación	42
3.1.1.Estructura de la proporcionalidad.....	42

3.1.1.1. Idoneidad	44
3.1.1.2. Necesidad	46
3.1.1.3. Proporcionalidad en Sentido Estricto	47
3.1.2. Determinación de la pena y principio de proporcionalidad	48
3.1.3. La problemática de la determinación de la Pena	51
3.2. Jurisprudencia Aplicable	57
3.3. Aplicación del derecho comparado	61
3.4. Propuestas respuestas a la Hipótesis de Investigación	64
CONCLUSIONES	68
RECOMENDACIÓN	70
BIBLIOGRAFÍA	71

RESUMEN

El principio de proporcionalidad es un elemento relevante para proteger la eficacia de los derechos fundamentales ante las intervenciones del poder político, de ahí que el mismo nos ayuda a definir dependiendo del caso si la acción de este poder se realiza dentro de los cánones constitucionales, y esto en una gran medida en el derecho penal dirigidos a la determinación judicial de la pena, sobre todo cuando las sanciones jurídico penales se relacionan con el derecho fundamental a la libertad.

En el presente escudriñamiento se plantea en el ámbito del legislador la pena que fije y cuantifique habrá de ser proporcional teniendo como base el grado de importancia del fáctum cometido y la relevancia social, esto cómo límite al excesivo castigo penal. y en el campo del magistrado, cuando este aplique en el caso particular deberá analizar de manera pormenorizada este principio teniendo en cuenta el injusto y la culpabilidad. La proporcionalidad se analizará de manera holística y atómica por cada presupuesto, teniendo en cuenta el equilibrio entre el castigo y el telos buscado por el dispositivo legal, donde este actuará con una membrana plástica donde pasen sólo medidas selectas que estén conforme al sistema jurídico y a través del cual se materialice la justicia. Bajo esta nación mediante una argumentación justificada el magistrado debería tener la facultad de no aplicar el castigo cuando este devenga en innecesaria y desproporcionada.

PALABRAS CLAVES: derecho pena, determinación judicial de la pena, principio de proporcionalidad

ABSTRACT

The principle of proportionality is a relevant element to protect the effectiveness of fundamental rights against the interventions of political power, hence it helps us to define depending on the case if the action of this power is carried out within the constitutional canons, and this to a large extent in criminal law aimed at the judicial determination of the penalty, especially when criminal legal sanctions are related to the fundamental right to freedom.

In this scrutiny, the penalty that sets and quantifies must be proportional based on the degree of importance of the factum committed and the social relevance, this as a limit to excessive criminal punishment. and in the field of the magistrate, when he applies in the particular case, he must analyze this principle in detail, taking into account the unjust and guilt. Proportionality will be analyzed holistically and atomic for each budget, taking into account the balance between punishment and the telos sought by the legal device, where it will act with a plastic membrane where only select measures that are in accordance with the legal system and through from which justice is materialized. Under this nation, through justified argumentation, the magistrate should have the power not to apply the punishment when it becomes unnecessary and disproportionate.

KEY WORDS: right to penalty, judicial determination of the penalty, principle of proportionality

INTRODUCCIÓN

El principio proporcionalidad, no hay duda que se ha convertido en una herramienta para determinar si las actuaciones del poder público son o no vulneradoras de los derechos fundamentales, sobre todo, cuando el Estado en el ejercicio de su *ius puniendi* estatal, aplica una sanción jurídico punitiva.

Es en este sentido, y en base a la jerarquía del principio de proporcionalidad que la doctrina y la jurisprudencia constitucional, han tratado de determinar su contenido definitorio, dando parámetros para su aplicación, siendo necesario un estudio respecto de este principio, el cual es considerado un complejo jurídico de concepciones y propuestas acerca de su aplicación, sobre todo en el derecho penal.

Ahora es relevante relacionar este principio con la determinación judicial de la pena, siendo importante dar a conocer los criterios de culpabilidad y proporcionalidad para disminuir la pena por debajo del mínimo legal, teniendo siempre presente la afectación del derecho a la libertad en la sanciones jurídico-punitivas.

Para esto la investigación se dividirá en un aspecto teórico en donde se darán las bases dogmáticas para luego afrontar los resultados de la investigación, los cuales se darán desde una perspectiva doctrinaria, finalizando en las propuestas con relación de ambas instituciones bajo estudio. No debe obviarse, que investigación será la básica y la descriptiva.

En el campo empírico como fiscal, he constatado que siempre ha existido problemas y un poco de temor en los operadores de justicia en poder imponer una pena en base al principio de proporcionalidad, si no que actualmente solamente se ciñe en base a lo estipulado en el artículo 45-A del Cód. Penal que habla sobre los tercios para poder definir la pena que se le deberá imponer a cada imputado por la comisión del delito en estudio.

CAPÍTULO I

ANÁLISIS DEL OBJETO DE

ESTUDIO

CAPÍTULO I: ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1.1. Ubicación en el distrito Fiscal de Sullana, del departamento de Piura - Chiclayo - Perú

1.1.1. Cómo surge el Problema

Para establecer si los entrometimientos del poder político sobre el contenido de un derecho fundamental son o no constitucionales, el principio de proporcionalidad es un elemento de importancia que se ha convertido en una herramienta hermenéutica para avalar dicha decisión.

Con la finalidad de determinar en cada supuesto de hecho, si la participación del poder del estado es acorde a las bases constitucionales, el principio de proporcionalidad(PP) es un buen instrumento como criterio delimitador de los actos gubernamentales. Para esto la investigación en una primera fase, debe otorgar una definición de lo que la doctrina y sobre todo la jurisprudencia constitucional y penal han construido acerca de este principio, en virtud, de que el principio de proporcionalidad se establece como un complejo legal de concepciones y propuestas acerca de su aplicación, sobre todo en el derecho penal.

La operatividad de dicho principio es importante sobre todo en los aspectos vinculados a la dosimetría de la pena. Y esto porque el problema radicaría en determinar si los criterios de culpabilidad y proporcionalidad son determinantes para disminuir la pena de manera inferior al mínimo legal, considerando el ámbito en el que este principio actúa en el campo penal en la medida que analiza y trata de vulneraciones a la libertad como derecho fundamental.

En el ordenamiento jurídico peruano, y a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, tales como: el sistema alemán y español.

Este principio se norma en el ámbito constitucional y dirigido a ser aplicado dentro de un régimen de excepción para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales. Para esto, el artículo 200° de nuestra Carta Magna establece en los casos de los estados de excepción ya sea el Estado de emergencia o de sitio el juez puede examinar la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo.

Para establecer el modo y la forma del número de la dosis de pena, no hay un concepto uniforme. Por ejemplo, para encontrar su contenido conceptual debemos remitirnos a los diversos actos que realiza el juez al momento de decidir. Así, en la experiencia cotidiana en el ser fiscal penal, hay tres instantes relevantes que ocurren en el proceso, con el objetivo de fijar o precisar el castigo judicial.

Estos tres momentos son los siguientes:

1.1.a) El ingreso de una atribución a una infracción de la norma, por parte del Ministerio Público, en donde, se analiza si esa imputación tiene relevancia penal, para ejercer el *ius puniendi*, que llevará al análisis de la tipicidad formal. En este juicio se analiza concretamente si el caso coincide con la hipótesis exigida por la norma para ser considerada dentro del tipo. Es en este periodo que se da por iniciada la acción probatoria.

1.1.b) El segundo momento se relaciona con la vulneración o no del denominado principio de presunción de inocencia por la carga de prueba exigida e iniciada en el primer momento. En este periodo el órgano jurisdiccional determinara si la persona inculpada, es autora o no del hecho delictivo y, por ende, responsable del delito.

1.1.c) Por último, como tercer momento, con la afirmación de culpabilidad, se llega a determinar la poena a imponer. En este

momento el magistrado determinará la sanción punitiva con la afirmación de que la persona inculpada es la que realizó efectivamente el *factum* sancionado con pena, y la misma es de relevancia social, y en donde la presunción de inocencia no es aplicable.

Estos tres momentos marcan el ámbito en donde se juega la determinación judicial de la penal, es decir el juez a través de un proceso argumentativos debe llegar al tercer momento y con la facultad de definir bajo ciertos presupuestos la sanción que tiene que ejecutar ante el autor o partícipe del hecho punible.

Estos tres momentos son importantes, en vista, a que lo que se le pide al juez de la causa no es sólo llegar a determinar la pena desde una perspectiva cuantitativa y, cualitativa, sino que, es superar la barrera de la determinación formal. El juez al momento de establecer la pena debe hacer uso de un raciocinio o juicio lógico, a partir de resultados principales y, adicionales surgidos del caso concreto para justificar la decisión tomada. Es aquí, donde el principio de proporcionalidad obtiene relevancia, en el sentido que el mismo implica el correlato de valor entre el hecho delictivo y la sanción a imponerse, ya sea medida o pena.

A pesar de ello, la *praxis* nos indica que el juez de la causa no desarrolla ese juicio lógico, sino por el contrario realiza actos mecánicos y sin motivación, a pesar de que, la norma constitucional establece que toda resolución debe ser motivada. Así, esa resolución, en donde, se establece una sanción no llega a satisfacer ni a la víctima ni al imputado del delito. Es en este sentido, que el principio de proporcionalidad tiene como ámbito de aplicación más relevante, el momento en que el juez impone la sanción, más aún en el derecho penal, considerando que este principio

debe informar todos los ámbitos del proceso y, de la tarea del órgano jurisdiccional de impartir justicia.

Para esto, es imperioso que el principio de proporcionalidad sea aplicado, más aún cuando entra en juego la vulneración o no del derecho a la libertad.

Lo cual implica que su análisis corresponde al universo del ordenamiento jurídico, en otros términos, se tiene que aplicar en cualquier decisión del Estado cuando este va actuar sobre un derecho, y su decisión en alguna medida se contrapondrá sobre los derechos de los ciudadanos.

Este principio cobra mayor relevancia, se podría decir su aplicación será erga omnes en las sentencias que privan de libertad a quien ha realizado un acto delictivo.

Revísese existe variada línea de argumentación del Tribunal Constitucional en este sentido, resalta que cobra mayor relevancia y connotación el PP ya que este operaría en el campo legal, judicial en establecimiento de dosis de pena, y también destaca que su actuación se ve reflejada en el campo administrativo penitenciario en el cumplimiento de las penas.(Tribunal Constitucional , 2003, págs. 195-197)

A partir de estas acotaciones el problema de investigación se centra en determinar el margen de actuación del principio bajo estudio, en la determinación del castigo penal(pena), que consistirá en disquisiciones analíticas por parte del magistrado aplicando rigurosamente también los subprincipios del mismo, al momento de motivar la sanción punitiva en el delito en concreto.

1.1.2. La formulación del problema de investigación

¿Los jueces del Poder Judicial cuando aplican el principio de proporcionalidad motivando su decisión para determinar de la pena ?

1.1.3. La justificación de la investigación

1.3.a) Justificación

Los magistrados cuando se encuentran con penas injustas con un poco de miedo en algunos casos han determinado la pena por debajo de lo dispuestos por el legislador fundamentando de manera genérica que tal hecho lo realizan bajo el nomen iuris de la institución proporcionalidad, o en algunos casos no aplican este principio.

Bajo esto se justifica estudiar como analizar nuestro principio en especial como se manifiesta este al momento de determinar la magnitud de las penas.

1.3.b) Importancia.

Entonces, el grado de importancia en aras de racionalizar castigos no es algo que sólo lo interese a la dogmática penal, pues penas racionalizadas es un fin y acto buscado primero por los tribunales dado que estos tienen que concretizar cualquier reprochabilidad contrario a la convivencia social y detestada en la sociedad, porque sólo así cualquier castigo promoverá el respeto a los derechos y por ende su sanción cuando sea merecida y necesaria. Importa en segundo lugar a quien recibe la sanción, pues todo sujeto por más criminal que sea, desea aparte de merecerse un castigo, que este sea justo, pues es un ser ínsito de dignidad.

En tercer lugar, este interese desde el punto epistemológico a los abogados que litigan y a fiscales. Y en el campo teórico, importa a la comunidad jurídica en general.

1.1.4. Objetivos

14a) Objetivo general

Determinar si los jueces del Poder Judicial cuando aplican el principio de proporcionalidad motivando su decisión para determinar de la pena.

14b) Objetivos específicos

- Analizar el principio de proporcionalidad para limitar legítimamente el derecho a la libertad personal.
- Estudiar la motivación de las resoluciones judiciales.
- Estudiar la determinación de la pena en la legislación peruana y el derecho comparado.
- Analizar sentencias del Poder Judicial que aplique el principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena.

1.1.5. Hipótesis

Si los jueces del poder judicial no motivan la aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena, entonces, vulneran el derecho a la libertad de los sentenciados.

1.1.6. Variables

1.6a) Independiente

La motivación del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena.

1.6b) Dependiente

La vulneración al derecho de la libertad de los sentenciados.

1.1.7. Metodología Empleada

El tipo de investigación será la básica y la descriptiva. Siendo los fundamentos de la elección los siguientes:

1.7.a) La investigación descriptiva se fundamenta en la existencia de técnicas de investigación apropiadas como las encuestas y cuestionarios abiertos destinados a la resolución del problema de investigación; demostrando a partir de los objetivos del mismo la aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación de la pena.

1.7.b) **La investigación básica o fundamental:**

Este tipo de investigación busca comprender el contexto o las situaciones fenomenológicas que se suscitan en el mundo real, de tal manera una vez comprendidas se obtengan conocimientos útiles a los seres humanos para propiciar una colectividad a la vanguardia en comparación con otras sociedades y al mismo tiempo ayude a suplir las necesidades. Con esta investigación se busca la aplicación en la praxis “sino que propicia que los conocimientos obtenidos puedan ser aplicados en otras investigaciones”. (Rodriguez , 2019, pág. s/p)

Los métodos a utilizar serán el DESCRIPTIVO, EXEGETICO E **INDUCTIVO**

a) Método descriptivo: La metodología que se utiliza en este trabajo es la descriptiva la misma que, está orientada o tiene como objetivo la evaluación de algunas de las características de una población o realidad en concreto. “En la investigación descriptiva, tal como lo revela su nombre, el objetivo es describir el estado y/o comportamiento de una serie de variables”. (Yanez , 2019, pág. s/p)

b) **Método Exegético:**

Con este método no se realiza análisis alguno, dado que la norma se toma en su sentido textual, tal cual dice el texto o sea la norma. Un ejemplo de esto sería, si la disposición dice que es “A”, se tiene que tomar por “A”, no se puede interpretar en el sentido que es un “A1”, o un sentido “B”. O en todo caso

diríamos que aquí ajusta de manera perfecta el aforismo “*in claris non fit interpretatio*”, es decir el sentido de la norma es clara e inequívoca, por el cual no necesita interpretación alguna, sino que esta tiene que ser tomada en su entera expresión.

En este caso se considerará la aplicación normas penales relativas a la interrelación de las instituciones en investigación, dado que se realizará un estudio artículo por artículo, de las normas jurídicas.

c) Método deductivo el cual se refiere:

Este método, es en sentido contrario al inductivo en razón que las investigaciones inician en las generalidades para arribar a las particularidades o llegar a conclusiones específicas.

CAPÍTULO II

MARCO

TEÓRICO

1.1. Antecedentes investigativos

Encontramos las siguientes investigaciones:

1.2. Título: “La Aplicación del Principio de Proporcionalidad por el Tribunal Constitucional Chileno en el control Constitucional de leyes penales”

Autor: TAMARA SAONA MARÍN Tesis: Memoria para optar el Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Universidad Austral de Chile.

La tesis que como antecedente se presenta se sustenta en lo siguiente:

En esta tesis inicia resaltando que en distintos ámbitos hay una preocupación sobre la acción de los poderes estatales sobre los derechos en los Estados constitucionales.

Sigue, refiriendo que se ha creado un instrumento racionalizador “el principio de proporcionalidad”, el cual sería de prioritaria aplicación en especial en el campo legislativo cuando crea leyes penales, con la finalidad de limitar los excesos de estos respecto a los derechos fundamentales. Bajo tal contexto su investigación lo orienta “[...] estudiar, analizar, comprender y determinar si nuestro Tribunal Constitucional ha apreciado esta realidad aplicando el principio de proporcionalidad en el control constitucional de normas penales, siguiendo así las tendencias comparadas” (Saona Marin , 2010, pág. 01)

13. Título: “El principio de proporcionalidad en la justicia constitucional”

Autor: Chávez Baño, Juan Carlos

Tesis: Optar el Grado de Magister en

Derecho Universidad Andina Simón

Bolívar

La tesis que como antecedente se presenta se sustenta en lo siguiente:

Esta tesis se orienta a establecer y fijar como se está aplicando el principio de proporcionalidad teniendo en cuenta los aportes doctrinarios y jurisprudencias en los casos concretos, como medio de protección de los derechos.

“De la misma forma, se intenta establecer la evolución y el contenido del principio de proporcionalidad, en la jurisprudencia nacional y extranjera para brindar patrones para una efectiva realización del juez en la aplicación [...] en el acontecer cotidiano de aplicación de justicia y de cómo se debería entenderse los beneficios de un efectivo ejercicio ponderativo en caso de conflictos de derechos.” (Chavez Baño , 2010, pág. 04)

14. Título: “El Principio de Proporcionalidad entre Delitos y Penas en el Ecuador”.

Autor: Aurea Martina Jimbo Manzanillas Tesis: Para la obtención del título de licenciada en Derecho.

Universidad Técnica Particular

de Loja.

La tesis que como antecedente se presenta se sustenta en lo siguiente:

El autor, con esta investigación pretende analizar qué criterios emplean los magistrados cuando dictan sus decisiones, resaltando que tal actividad no es nada fácil.

Se la ejecuta por intermedio del Tribunal Constitucional que es una institución esencial del moderno Estado Social de Derecho que le corresponde salvaguardar, vigilar y garantizar el principio de la supremacía constitucional en su integralidad, innegable es la trascendencia de la jurisdicción constitucional, como innegable es la necesidad de consolidar la cultura constitucional y la democracia para beneficio del país y la ciudadanía, ya que permite a los individuos asegurar su participación dentro del proceso o juicio con el derecho a ser escuchado, exponer sus criterios y demostrar conforme a derecho sus puntos de vista ante la administración de justicia y frente a estos órganos judiciales, evitar los riesgos de abuso o desordenamiento y desproporción de sentencia de la autoridad del estado. Las razones e interpretaciones jurídicas constitucionales siempre encaminan a fortalecer la administración de justicia constitucional en nuestro país.” (Jimbo Manzanilla , 2011, pág. s/p)

15. Título: “Individualización judicial de la pena y su relación con la libertad y el debido proceso a la luz de la jurisprudencia en materia penal en las salas penales para reos en cárcel del distrito judicial de Lima”.

Autor: Poma Valdivieso, Flor de María Madelaine

Tesis: Optar el grado de Magister en Derecho y Ciencia

Política. Universidad de San Marcos.

La tesis que como antecedente se presenta se sustenta en lo siguiente:

Que, su investigación está enfocada a estudiar la individualización de la pena, y para analizar su objetivo de estudio se basa en criterios epistémicos que aportan las salas penales con reos en cárcel de la

Corte Superior de Justicia de Lima, en su praxis diaria al resolver e imponer sentencias de condena.

Además, precisa que en el sistema jurídico es importante la individualización de la pena, ya que en base a ésta se concretizará la pena cuantificada y concreta a imponer al delincuente. (Poma Valdivezo , 2013, pág. 01)

1.6. Título: “Factores preponderantes en la determinación de la pena privativa de libertad en el Distrito Judicial de Lima”.

Autor: Guadalupe Orosco, Iván Tesis EAP - Derecho
Universidad Mayor de San Marcos.

Resumen:

Aquí el autor, se agencia de distintos métodos para concretar su objeto de investigación, de tal manera que ha utilizado el método jurídico social, de análisis y síntesis; también se ha ayudado de la estadística aplicada, y en su trabajo de campo lo ha realizado a través de encuestas y por ende de la revisión de la jurisprudencia en especial de sentencias condenatorias tanto en procesos emitidos a través de procesos sumariales y ordinarios.

Una vez realizada las encuestas y el análisis de sentencia por sentencia condenatoria, y contrastando la hipótesis, ha arribado que los magistrados en la emisión de las sentencias respecto a la de penas de condena no realizan la debida motivación exigida [...]. (Orozco Guadalupe, 2011, pág. 1)

1.7. Título: “El Consentimiento en los delitos contra la libertad sexual en adolescentes mayores de 14 años y menores de 18 años, en los pronunciamientos emitidos por parte de los señores fiscales provinciales penales representantes del Ministerio Público del distrito judicial de Lima durante los años 2007 al 2012”.

Autor: Franco Gonzales, César Alejandro

Tesis: Maestría en Derecho y Ciencias

Políticas Universidad Mayor de San

Marcos.

La tesis que como antecedente se presenta se sustenta en lo siguiente:

Que es insatisfactorio el establecimiento correcto en la praxis peruana, la determinación de la pena.

Marca, que el congreso presenta ciertos límites los cuales conllevan a que estos crean leyes populistas sin rigor científico alguno, vulnerando principios, ante tal evento, que son los magistrados los llamados a velar mediante acciones activas por los principios constitucionales.

Ante tales sucesos, la doctrina no se ha quedado despreocupada, ya que estos han manifestado que la norma del 93 no es una simple pirámide, ya que esta está fundada y tiene como pilar diverso de valores y que por medio de esta se realiza el control de las leyes [...], hay una posición contraria entre el campo jurisdiccional y las leyes, dado que esta se fundada espacios libres para cualquier acto voluntario perse del legislador. En este aspecto se entiende a la constitución como base regulativa de todo el orden y al legislativo no más que un traductor de los principios que se encuentran en la carta; y en este caso, el Poder Judicial puede sustituirlo sin ninguna usurpación de poder ya que se trata de una mera aplicación. La democracia se expresa –o, más bien, se sublima- a través de la aplicación de los valores enunciados en el texto fundamental”. (Franco Gonzalez, 2013, págs. 13-19)

2.2. Derechos Constitucionales

2.2.1. Noción Jurídica

Partimos, de la noción de derechos humanos, este podría conceptuarse como la noción de ser de los derechos, o también como derechos que pertenecen al ser ontológico.

Los derechos humanos requieren la intervención como la no intervención tanto para su promoción y respeto respectivamente de los derechos de los seres humanos, sin los cuales el ser no puede vivir de manera digna o no tiene sentido su existencia como ser.

O, en otros términos, a veces los derechos requieren una intervención por ejemplo los derechos sociales, en cambio las libertades en mayor medida no requieren acciones activas sino abstenciones por parte del poder.

Como lo señala Estrada López (2008): [...] en muchos de los casos implican una intervención positiva que generalmente exigen del gobierno una abstención, es decir que se limite a respetarlos.” (pág. 250)

Conforme a lo señalado por Castillo Córdova (2019) (2019, págs. 143-144), los derechos constitucionales, son aquellos que están establecidos sea de manera tácita o expresa en el cuerpo constitucional. Dentro plural número de derechos, según nuestro autor, se puede hablar de derechos constitucionales fundamentales y constitucionales no fundamentales. Sobre este punto de vista nos preguntamos: a priori ¿se puede hablar de tal diferenciación?

El autor bajo comentario refiere que, si, esta interpretación se puede realizar teniendo en cuenta la forma en que está dividida la Constitución, destaca su argumento que al parecer fue este el raciocinio del legislador para dividir la máxima norma. Ahora, los derechos constitucionales fundamentales serían los que se encuentran en el artículo dos, y los otros

derechos serían los no fundamentales. (véase) (Castillo Cordova , 2019, págs. 143-144)).

Vemos que dichos argumentos de nuestro autor lo funda en base la generación de los derechos, la justiciabilidad de los derechos como unos más prioritarios que otros, se han concebido después de la segunda guerra mundial, pero dichas concepciones en la actualidad están siendo abandonas, pues no es un argumento fuerte que los derechos sean justiciables conforme a su generación, pues esta clasificación sólo responde a aspectos didácticos, pues no existe una y otra jerarquía de derechos, si tenemos en cuenta los derechos están interrelacionados e interconectados entre sí, son interdependientes.

2.2.2. El contenido esencial de los derechos.

Para hacer referencia puntual, tenemos que remitirnos al concepto de persona, la cual es fin en sí misma no un medio; cuando la persona es tratada como un medio se infringe derechos consustanciales a este.

La calidad de fin, en esto radica su valor o dignidad, a su vez está llamada la misma a obtener su plena realización.

La substancia esencial o la columna en la que se basa el amplio espectro de protección del ser humano y sus derechos, está en la dignidad humana. Este se presenta, así como un supra-principio.

Castillo Córdova (2019) define el contenido esencial, “[...] define como aquel cúmulo de potestades o atribuciones que hacen que el derecho humano sea ese derecho y no otro diferente. (pág. 145). O sea, lo define como el cimiento de ese derecho para que este exista, y sin el cual este se derribaría o llegaría a su colofón como centro y razón de existir del derecho.

Por ende, si queremos aproximarnos a una definición sencilla de contenido esencial, podemos decir, por contenido esencial debe entenderse como aquella parte del derecho que resulta indispensable para su existencia como tal. O en palabras de Luciano Parejo (2012), lo que es “definitivamente

necesario” para el derecho manifieste la protección de manera concreta para el que ha sido concebido.

2.2.3. Derechos Constitucionales en el Derecho Penal

Desde la promoción de los derechos humanos después de la segunda guerra mundial, no antes, cuando se dotó a estos derechos de contenido, se postuló que su fundamentación se encuentra en la dignidad, esto influenció la positivización en los cuerpos legales de diferentes derechos, y con ello el enfoque de constituciones rígidas. Pero esto se vio como un tema netamente constitucional, restringiéndose sólo a este ámbito. En el presente siglo, en realidad en las décadas actuales la constitucionalización se ha desarrollado con mayor énfasis, pues no sólo les concierne a las normas constitucionales sino también a las normas infra-legales la promoción y respeto de los derechos. Bajo tal lineamiento los códigos sean civiles, penales, procesales penales contienen alguna clausula referida a los derechos humanos o fundamentales según se denomine, pero cobra mayor relevancia en el ámbito penal toda vez que es mediante estas normas se limitan los derechos conferidos a los ciudadanos o en términos generales a los seres humanos. El establecimiento como principios rectores de interpretación de las normas penales juegan un papel importante por parte de los derechos frente al castigo penal, dado que estos brindan la plataforma para que una sanción o restricción sea humana y racional, y por ende es a través del respeto de los derechos donde encuentra legitimación.

Referente a esto, Muñoz Conde (2002), citado por Llacsahuanga Chávez (2011), considera que la legalidad penal y por ende el poder punitivo depende de qué tipo de Estado se ha concebido en la Constitución, y a qué sistema política pertenece este, pues el castigo y la función punitiva en un Estado Constitucional será muy diferente a uno autoritario o de policía, dado que las libertades se tutelan de manera distintas. La intensidad de cómo se protegen los derechos y de qué manera deben promoverse en los estados actuales tampoco depende la positivización

interna, sino que también se ven fuertemente influenciada por tratados referentes a derechos humanos.

Para Llacsahuanga Chávez, (2011), la legitimidad del campo penal punitivo, tendría dos aspectos: una legalidad exterior que procedería del modelo de constitución y por los tratados internacionales de derechos humanos; y otra interna o intrínseca que nacería del mismo sistema punitivo, y que este estaría conformada por principios determinados que delimitan el desempeño penal del poder estatal (pág. 02)

Ahora, en el campo procesal penal, las reglas existentes están de acorde a los derechos fundamentales, con lo cual se garantiza que estos sean protegidos en este ámbito. Como se ha precisado líneas arriba la luz constitucional está presente de manera holística en todas las áreas del derecho, lo cual es innegable, por lo que las normas de cualquier rango deberán ser constitucionales.

Bajo las precisiones anteriores, el proceso penal debe ser entendido como garantía no como un instrumento más en la aplicación del derecho, así, lo sostiene Juan Manuel Aroca (2008) y, es en este sentido conforme lo señala el jurista que este proceso se convierte en un medio para garantizar y, evitar la vulneración del derecho a la libertad de los sujetos de derechos frente a la aplicación del *ius puniendi* estatal. Es este sentido, que el Código Procesal Penal, en su Título Preliminar ha normado varios principios y derechos de carácter constitucional y, que deben ser aplicados en el proceso penal.

Los derechos y principios del código, responden al modelo acusatorio, tal como se puede verificar en la Exposición de Motivos de dicho código adjetivo cuando señala, que el proceso penal presenta separación entre el órgano que condena y el investigador, y también es otro el juez que impone la pena.

2.3. La pena y la proporcionalidad

No debe olvidarse, los derechos fundamentales, y sus garantías se presentan como catalizadores de la legitimidad de los actos de los poderes públicos, y así mismo garantizan la eficiencia de estos con respecto al respeto de los derechos en cuanto les compete su protección. La vinculación de los poderes del Estado al derecho, en especial a la constitución constituye uno de los pilares del Estado Constitucional.

Los principios en la Carta Política, no se presentan como simples reglas, sino que en su mayoría se encuentran como principios, como, por ejemplo, la dignidad, igualdad, justicia, los cuales son conceptos abstractos que dificultan su aplicación de todo o nada, dado que el peso de estos para su aplicación depende de las particularidades de las situaciones que se presentan.

Para incorporar la aplicación del PP al sistema, se debe aceptar que no existen derechos fundamentales absolutos y, que, por ende, estos pueden llegar a ser limitados. El punto clave, es saber en qué medida los derechos pueden llegar a tener parámetros y, sobre todo ahondar en los requisitos para llegar a esa limitación.

Así, visto el principio de proporcionalidad se presenta como una técnica que ayuda a solucionar conflictos de derechos y a solucionar cuestiones de interpretación respecto de límites entre estos, mediante el uso de esta herramienta no se busca excluir del sistema de normas un derecho o principio en conflicto sino de hacerlos compatibles dentro del sistema de normas.

La proporcionalidad también comunica que puede haber derechos en los cuales no existe una cláusula de restricción sobre su ejercicio, pero un ilimitado ejercicio de derechos de libertades conlleva a unos caos de ejercicio de libertades, para evitar ese caos el principio de proporcionalidad se presenta como un criterio mediador y

limitador de ejercicio de derechos fundamentales y también como límite a las intrusiones injustificadas.

Su aplicación no sólo es exigible a un área específica, sino debe ser aplicado en todos los ámbitos del derecho; sin embargo, su campo de acción se encuentra en el derecho sancionador en el ámbito penal; el cual busca, sancionar conductas delictivas limitando, en este caso el derecho a la libertad. Por ejemplo, en el Distrito Fiscal de Sullana se da más la incidencia de delitos en la modalidad de VIOLENCIA FAMILIAR, donde ahora se estaría dando penas efectivas para dichos delitos. A esto, debe agregarse que las penas se están elevando en casi todos los delitos en la creencia que así se va a poder frenar la comisión de los mismos.

Este principio se manifiesta como uno de carácter sustantivo y ligado a la noción de justicia. Así, se presenta como un mecanismo de constitucionalidad para la actuación del poder público, más aún cuando la participación de este se decanta en el ejercicio de derechos fundamentales. En consecuencia, la proporcionalidad debe ser entendida como un razonamiento de carácter ponderativo para identificar lo que debe ser considerado, en un proceso penal, como razonable.

También se podría decir, en términos de Beteta Amancio (2007) mediante este criterio se establecerá si la acción positiva o negativa del Estado ha sido legítima o no.

Desde la jurisprudencia española y, citado por Vidal Fueyo (2005), el Tribunal Constitucional Español ha declarado lo siguiente respecto al criterio de proporcionalidad, que dentro de la ponderación este deberá ser tomado en cuenta como principio rector del Estado de derecho, ya que con esto se garantiza el carga constitucional a la que debe responder toda resolución jurisdiccional.

En el campo penal se sancionan aquellas conductas que son definidas como delictivas ex ante, si en el campo real se suscita una conducta catalogada bajo el nomen iuris referido, deviene la actuación del Estado. Dado que la puesta en

movimiento del actuar del Estado constituye una restricción de derechos, de ahí que dimana, hablar de proporcionalidad de las penas.

De lo referido, el principio de proporcionalidad en el ámbito penal implica medir la intervención del *ius puniendi* estatal, en la esfera de los derechos como lo es la libertad. Y, evaluar si la afectación es proporcional; es decir, que conlleve a una intervención idónea, necesaria y, equilibrada.

2.3.1. Razonabilidad y proporcionalidad

Un concepto comúnmente relacionado con el de proporcionalidad es la razonabilidad, en el ámbito doctrinario presentan diferencias como el del origen, el primero respondería el modelo europeo continental o romano germánico y el otro al inglés. Pese a esto para el TC peruano ha afirmado entre estas dos instituciones son equivalentes, o en todo caso el no respecto del primero conlleva al menoscabo del otro. (véase: (Castillo Cordova , 2005, pág. 07))

2.4. Determinación de la pena

2.4.1. La función de la pena como base de la teoría del delito

La teoría del delito dependerá en la medida de qué tipo de función es el que se le otorgue a la pena. Y la pena responde a los fines que persigue un Estado.

En un Estado autoritario la pena puede tomar cualquier fin como el de eliminación de los enemigos, en cambio en un Estado Constitucional se tienen que respetar principios básicos informadores del sistema democrático como la dignidad con fin supremo, la libertad limitada, etc.

Esta función se basa en el aspecto político – constitucional del derecho penal. Para esto, la concepción de la existencia de un Estado social y democrático de derecho, es relevante.

Las características o elementos que debe tener una conducta para ser sancionable como tal, se postula que presenten la misma estructura de manera universal, pero esto dependerá también de cuáles son los fines que se le asigna al castigo penal (véase (Mr Puig, 2013, pág. 117))

Por tanto, la función o funciones que se le otorguen a la pena está muy vinculada a la teoría del delito que establece los parámetros generales de la pena, dicha función debe realizarse con una visión finalista – teológica, teniendo en cuenta la función social que todo marco constitucional establece para determinar la pena.

2.4.1. Delimitación conceptual

Mediante la actividad técnica de dosimetría penal, se identifica y se mide tanto cualitativa como cuantitativamente los efectos del castigo penal aplicables al actor o partícipe del hecho delictivo.

No hay duda que se trata de un proceso técnico – práctico y de valoración en relación a la sanción penal. Establecer al quantum de pena, no es un proceso sencillo, sino que tiene ciertas dificultades y pasos.

La delimitación y determinación del quantum penale abarca dos procesos, una en el marco de la legalidad, en el cual es el legislador que establece el tipo de sanción a imponer y por ende establece su límite uno inferior o mínimo y otro máximo o superior. Como bien señala Ore Sosa (2013) considera, esto corresponde a un aspecto abstracto. (pág. 1)

La otra corresponde al campo judicial, en esta etapa en base al marco abstracto tendrá que delimitar la pena específica a imponer al sujeto culpable de la comisión delictiva.

El quantum será establecido con la restricta aplicación de los tipos de circunstancias que concurren o en su caso verificar que no concurren, y a que categoría del acto delictiva le pertenece ya sea al injusto o a la culpabilidad, para ello tendrá que analizar los tipos penales caso por caso conforme el apartado. 46 del CP. (similar Véase (Ore Sosa , 2013, pág. 01)

De ahí que la doctrina señale la contradicción entre el momento en que se determina la pena y su individualización. Pues al establecer un mínimo y máximo el legislador le está confiriendo al juzgado un margen de actuación, dado que para arribar a la pena concisa aplicable el magistrado

deberá tener en cuenta “la aplicación de los escenarios modificativos de la responsabilidad penal”. (Crespo Demetrio, págs. 75-78). Bajo esos términos el legislador sólo establece límites abstractos donde el magistrado se circunscribirá para determinar la pena.

Para (Crespo Demetrio, 2015), este proceso legal de establecer la dosis legal de pena, puede concebirse como la acumulación de efectos jurídicos a un sujeto responsable por un hecho criminal, donde la fijación abstracta está iluminada por el principio de proporcionalidad, también agrega que esa pena deberá ser disuasiva frente a las potenciales conductas que impliquen delitos.

Nuestro autor sigue con la argumentación, pese a lo abstracto de que se está comentando, que la imputación de la realización de un acto delictivo, se puede demostrar mediante los siguientes pasos: a) En qué medida ejecutó el delito, b) cual es el título imputable, c) la constatación de concurrencias o no de circunstancias modificativas de la magnitud penal en el caso. En cierto para la concreción anterior el juez no puede abandonar los límites impuestos por el legislador, ya que esto es límite de la fijación del castigo en su individualización.” (Crespo Demetrio, 2015, págs. 75-78)

Para Prado Saldarriaga, cuando el juez establece la pena básica este estaría reconociendo la pena abstracta, pero ello no es del todo cierto dado que al juez no le compete reconocer las leyes y mucho menos una pena, lo que hace el juez es aplicar las leyes, con ello está reafirmando la fuerza y el límite impuesto por el legislador. Pues no puede confundirse cuando el juez aplica la pena con el respeto de los derechos que le pertenecen a los sujetos, o en todo caso cuando haya conflicto de leyes aplica la más constitucional, esta actuación no es reconocer la norma, si no el cumplimiento de ser un magistrado imparcial que guarda respeto con los principios liminares del Estado. Si las normas dependieran del reconocimiento de los jueces no tendría sentido el segundo

poder(“legislativo”), toda vez bajo esta noción el reconocimiento de los jueces de las penas y normas sería el fundamento de la entrada o no en vigencia de las leyes. Las leyes cuando entran en vigencia son obligatorias para todos en mayor sentido para quienes lo aplican. Bajo nuestra perspectiva rechazamos la postura de este autor.

Siguiendo a nuestro mismo autor, la fijación de la pena concisa, no es un simple ejercicio sin algún razonamiento, sin valoración o criterio racional, sino más bien es todo lo contrario es un proceso sumamente analítico, técnico, justificativo, dado que en la decisión estará en el resultado como un razonamiento racional y justificado. (Prado Saldarriaga , 2019, pág. 33).

Las dos diferencias anteriores responderían al sistema de criminalización primaria es decir al de crear leyes, y la secundaria correspondería al proceso de aplicación de las normas primarias. Esta diferenciación se le debería al sistema alemán así lo sostiene Velásquez Velásquez, cuando refiere,

que:

“asimismo se suele distinguir entre determinación o individualización “legal” y “judicial” de la pena, a partir de la distinción alemana, obtenida del artículo 46 del C.P, entre *gesetzliche Strafbemessung* y *richterlicheStrafzumessung*, con lo que se quieren separar con claridad los momentos legal y judicial de dicha figura; ello, en términos criminológicos, equivale a distinguir entre la criminalización primaria y la criminalización secundaria. Este establecimiento, de todas maneras, no deja de ser problemático, pues es claro que las esferas legal y judicial se entrelazan, sin que sea siempre

posible delimitar con absoluta exactitud dónde comienza la una y dónde la otra.” (pág. 104)

2.4.2. Teorías de la individualización de la pena

4.2.a) La teoría de la pena exacta o puntual

Esta postula que en los procesos penales es totalmente viable fijar de manera precisa y exacta la dosis de pena al no inocente.

Ahora, esta determinación exacta respondería al estándar de culpabilidad del autor, el cual es fijado por el magistrado, sin embargo, aceptan la pena concreta no deviene en una aplicación universal de penas exactas para todo tipo de delitos, sino que su quantum exacto será fijado por cada caso individual. Entonces bajo esta teoría no es que la magnitud de pena sea horizontal para todo tipo de delitos, sino deberá determinarse según las particularidades y que estas determinaciones se hacen de manera exacta a tenor de la culpabilidad.

Es de reconocerse que las penas guardan correlación con la responsabilidad, pero no es cierto que las penas se realicen de manera exacta en la aplicación concreta, máxime ni las ciencias exactas son exactas, sino que son aproximaciones, bajo estas premisas este enfoque ideal en el campo jurídico no resulta aceptable ni mucho menos en las praxis.

Además, cabe agregar siendo la culpabilidad algo subjetivo que le concierne al sujeto, a su *orbis* interior, donde el juez no puede penetrar para determinar bajo que intensidad de culpabilidad entabló una conducta el culpado, entonces sólo cabe postular que las penas no son exactas a la culpabilidad sino aproximaciones a ella, dado que el juez lo deducirá a tenor de las pruebas.

En líneas generales para este enfoque teórico, no existe espacio donde el juez puede deslizarse para fijar el castigo, sino que la pena es una sola, y este se presenta como justa y proporcionada a la imputación personal (culpabilidad). Este enfoque ha sido duramente criticado de tal

manera que ha sido nominado como una teoría de la ficción jurídica, porque el estándar de culpabilidad no puede ser medido en sí, como se ha explicado líneas más arriba. Ahora, esta posición ha sido rechazado, por ejemplo., “por el Tribunal alemán la ha negado expresamente”. (Crespo Demetrio, 2015, pág. 89)

4.2.b) Teoría del espacio de juego

Esta postura es contraria a la anterior, parte de la relatividad del conocimiento para fijar la pena, bajo el cual, al juez, el legislativo le otorga espacios dentro de la pena abstracta, para deslizarse dentro de ella. Pero debe hacerse hincapié que el rango de deslizamiento está circunscrito bajo parámetros obligatorios.

Este mismo enfoque, resalta, que:

“... Dentro de esta área de juego ingresan en consideración los fines preventivos. A este punto de vista se le ha reprochado su punto de partida mixto, pues se encuentra ubicada entre las teorías absolutas de la pena y las relativas, al poner en primer plano-al comienzo- la idea de retribución y, luego, en un segundo momento, los fines preventivos que plasman un papel dentro del marco fijado por la retribución. Además, se observa que es incierta e impracticable porque el magistrado no puede dividir la culpabilidad concreta en tres magnitudes: una máxima, una mínima y una intermedia que sería la culpabilidad real que le correspondería al hecho. En fin, se dice que el inconveniente fundamentalmente que ella presenta radica en la determinación de los razonamientos que se deben tener en cuenta para dotar de contenido el “margen de libertad” que se le concede al magistrado, preguntándose la doctrina si deben ser solo criterios de prevención especial o también caben los de prevención general”. (Velasquez Velasquez , 2015, pág. 107)

4.2.c) Teoría de la proporcionalidad con el hecho

Mediante este enfoque teórico no se busca establecer el estándar de pena en base a la prevención, sino que esta cuantificación deberá responder a la magnitud del *factum delictuoso*, el comportamiento nocivo, y además la responsabilidad personal (culpabilidad).

Por excluir los fines preventivos en la materialización del estándar judicial del castigo este enfoque ha sido criticado, pues según la crítica esta exclusión sería un retroceso del desarrollo teórico.

Asimismo, se dice que es incorrecta desde el punto de vista lógico porque si no tiene en cuenta la retribución como criterio de fundamentación del Derecho Penal, no se concibe cómo lo adopta para fijar la cantidad concreta de la pena.” (Velasquez Velasquez , 2015, pág. 107)

2.5. Determinación de la pena en la legislación peruana y el derecho comparado

El derecho peruano, a partir del art. 45- A del Cód. P., incorpora la individualización de la pena, fijando el sistema de tercios, esto se incorpora por Ley N° 30364 del año 2015 que, modifica el Código penal peruano. Para fundamentar y determinar la pena, el juez debe tener en cuenta (Artículo 45 del Código Penal): 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.

Por su parte el artículo 45 – A sobre individualización de la pena considera:

“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 la ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible contenido, en cuanto no sea específicamente constitutivas de 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 intermedio.
- 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 termina 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”

Existe el sistema de cuartos en cuanto a la determinación del castigo, pero nuestro sistema adopta el de los tercios. Pero esto, no quiere decir que el juez baste que se ubique en el tercio determinado, para imponer su decisión, sino que deberá tener presente, ex ante, que tipo de “[...]agravantes, atenuantes cualificadas y atenuantes privilegiadas, conforme el artículo 46 del Código Penal” (Custodio Ramirez , 2017, pág. 91 y ss), concurren ya sea manera conjunta o individual.

2.6. Breves disquisiciones en el derecho comparado

A diferencia al sistema nuestro, en el derecho comparado podemos verificar varias formas de determinar la sanción, o en todo caso presentan particularidades que lo hacen diferentes al nuestro, pero lo que no cambia es que la sanción se aplica por un acto pena.

A guisa de ejemplo tenemos dos países:

a) Sistema Colombiano.

Por su parte en el derecho comparado, el sistema colombiano se rige por el sistema de cuartos, conforme a su Código Penal, artículo 61:

Al tenor literal, este apartado, precisa para efectos de imponer el castigo el magistrado dividirá la pena abstracta en cuartos, el primero será un mínimo, el segundo y el tercero se denominarán medios (o sea habrá dos medios) y el cuarto será el máximo (un máximo).

El ser imparcial, sólo se moverá en el primer espacio cuando sólo existen atenuantes o en su defecto no haya agravantes ni atenuantes. Con lo que respecta a los dos medios, aquí el magistrado se deslizará en tanto en cuanto haya la concurrencia de atenuantes y agravantes. Con lo que respecta al último cuarto, el

magistrado sólo podrá concretizar la punición cuando sólo haya la concurrencia de agravantes.

Según el espacio donde se ubique el juez, este no puede imponer prima facie el castigo, pues la misma plataforma jurídica exige, a efectos de establecer la dosis de castigo, se tendrá en cuenta entre otros aspectos, magnitud de la conducta, las agravantes o atenuantes, el tipo de daño o peligrosidad creada al bien jurídico, la gravedad del dolo, si hay o no culpa, la necesidad y los fines que se buscan con el castigo.

b) Sistema Boliviano.

En la norma penal de esta nación la forma y el proceso para establecer el castigo, se ubica, en el Título III, cap. II, referida a la aplicación de las penas, su regulación se encuentra entre los arts. 37-46.

El artículo 37, establece que es el magistrado el que va a determinar atendiendo a la gravedad, circunstancias, y las consecuencias que genera este. Y esto, lo establecerá tomando en cuenta el contacto directo que las partes intervinientes, tanto el sujeto activo como el pasivo, además de lo anterior tendrá que verificar bajo que circunstancia se suscitó el acto delictivo, estando a ello el juez tendrá que establecer qué medida se requiere para el caso.

Además, en el mismo artículo, inc. 2, para fijar in concreto la dosis de castigo aplicable se tendrá en cuenta los límites establecidos por ley.

Si revisamos más artículos de esta sección no encontramos arts., que nos puedan indicar a qué tipo de sistema teórico se adhiere la normativa penal de este país.

Solamente establece que el juez fijará la penal legal, dando un margen amplio y discrecional tribunal, sería conveniente. Se puede decir que, si los límites se presentan como un mínimo y un máximo en la fijación del quantum penal, existe un mayor ámbito subjetivo por el juez que el criterio objetivo en los sistemas de tercios, cuartos, etc.

Establecer límites más precisos conllevan a determinar criterios más racionales, objetivos, epistémicos en cuanto merecimiento de castigo, en comparación del sistema subjetivo objetiva como se le calificaría al sistema boliviano.

El hecho que exista diferencias de sistemas no quiere decir que, en uno y otro, o en todos los casos sea uno y otro más racional y proporcional, pues muchas veces la forma y el modo de aplicación dependen el homo sapiens sapiens racional que es el magistrado.

Igual sucede en el sistema nicaragüense, en donde, no existe un método de fijación del castigo, siendo también el juez dentro de pena conminada la determina, tal como lo establece la legislación penal vigente.

c) Chile

En el país sureño, su regulación se encuentra en el libro primero, tít. segundo, sección cuarta, bajo el nomen, de aplicación de las penas, donde se regula como se determina la sanción al delincuente. En específico en el art.56, donde se esboza que las penas divisibles constarán de tres grados, un mínimo, medio y un máximo. Ahora determinar en particular, en el art. 59 se precisan las gradaciones donde hay hasta 5 de éstas en atención a la magnitud del acto delictivo.

No vamos a hacer disquisiciones profundas de este párrafo, pues sólo nos interesa, al tipo de sistema al que pertenece, la respuesta es el sistema de tercios.

CAPÍTULO III.
DISQUISICIONES DE
RESULTADOS Y DE LOS
INSTRUMENTOS

CAPÍTULO III: DISQUISICIONES DEL RESULTADO E INSTRUMENTOS.

3.1. Demostración dogmática de hipótesis de la investigación

3.1.1. Estructura de la proporcionalidad.

Nuestra hipótesis planteada en esta investigación se centra en lo siguiente: “El principio de proporcionalidad debe aplicarse a partir de un proceso argumentativo del órgano jurisdiccional penal cuya justificación implique un juicio tanto de idoneidad, necesidad para alcanzar el telos buscado por la norma penal de acuerdo al delito, y por último deberá el juez verificar un equilibrio entre el castigo y el telos del dispositivo legal”

Para poder comprobar esta hipótesis debemos partir estableciendo el ámbito y noción de derechos fundamentales y su desarrollo en el pensamiento constitucional, pues los derechos, dentro del contexto penal, principalmente se mueven en el marco de las carencias de protección maximizada de las libertades y en algunas situaciones las cuestiones de justicia en cada particularidad resultan insatisfecha, estando a esto, tanto las exigencias y protección los derechos en un Estado constitucionalizado se manifiestan como más exigibles.

Reconociendo en el plano terrenal los derechos, en cuanto a la vulneración como a su protección, permitirá la actuación de los derechos fundamentales, sin que los mismos sean sometidos al querer del poder normativo de los poderes públicos o privados. La defensa y desarrollo de los derechos fundamentales deben ser la mira de toda actividad del Estado, en este caso de los órganos jurisdiccionales, y más concretamente de los jueces que determinaran la pena en situación particular.

El acto de normar, corregir, son facultades del Estado, no obstante, en algunos casos o en el pasado los castigos se han configurado como arbitrarios, ante esto surge la necesidad de que la sanción no devenga como una discreción sin límite por parte de los órganos encargados. Entonces, surge la necesidad de que el poder actúe de forma racional, y necesaria, en los casos que se requiera, en aras de establecer sanciones conforme a la justicia racional.

Entonces, uno de los mecanismos idóneos capaz de racionalizar el castigo, es la proporcionalidad, convirtiéndose así en una herramienta que debe ser utilizado con carácter obligatorio por los tribunales para determinar la pena sin contravenir derechos y garantías que le conciernen al hombre sometido a la actividad procesal.

Al decir que es una herramienta o más propiamente un instrumento, el principio de proporcionalidad ostenta una estructura que constituye un conjunto de subprincipios a detallar:

3.1.1.1. Idoneidad

Este, está orientado a corroborar el fin legítimo desde la óptica constitucional. Así, únicamente sólo una finalidad legítima dará lugar a una puerta abierta para la intervención en algún derecho, y si, se ha comprobado que la misma no resulta ilegítima, teniendo como base la Constitución, podrá establecerse que la intervención es idónea.

No hay duda que estamos dentro del “juicio de razonabilidad de la intervención legislativa de los derechos fundamentales”. Por tanto, la meta de este juicio está en determinar y verificar que la regla legal en examen no funda un fallo en criterios arbitrarias. Las razones que constatan la intervención legislativa son razones normativas, constituyendo así este la primera fase para determinar la conformidad constitucional de la norma restrictiva que conlleva ínsita la medida.

El tratamiento de éste, en nuestro ordenamiento, se presenta principalmente como bien lo sostiene el supremo órgano de interpretación de la máxima carta, cómo una cuestión de causalidad entre el medio y fin. Donde el medio viene a ser la injerencia legislativa y el otro el objetivo planteado por el poder legislativo.

El medio, deberá ser acorde teleológicamente con parámetros constitucionales, y tender al logro objetivable y no a realizaciones metafísicas. Obviamente, el objetivo buscado tendrá gozar de legitimidad en la norma máxima del Estado. El medio escogido o los medios, tienen que proteger el derecho en alguna medida.

A su vez, la Sentencia contenida en el Exp. N° 010-2001-AI/TC, precisa, el tipo de sanción al sujeto a condenar, deberá respetar la dignidad del ser, teniendo en cuenta que este pueda reinsertarse al mundo social, para ello el castigo deberá ser adecuada y necesaria.

Bajo este lineamiento el supremo interprete constitucional, establece la pena atemporal es contraria con los fines constitucionales fijados para la pena. Razón por el cual esta deberá revisarse en base a los 35 años, aunque también debemos señalar este criterio temporal no coadyuva a los fines de resocialización del condenado. Si una persona es condenada a cadena perpetua es no darle esperanzas de vida en libertad, pues esto conlleva a que ese ser, se dé al abandono con el cual sería difícil que este cumpla con las reglas de comportamiento, máxime si el tiempo de revisión es bastante amplio. El tiempo de revisión debe ser revisado de nuevo por el legislador o el Tc, dado que dentro de los fines del Estado está en que este promueva la reincorporación del delincuente a la colectividad, motivarlo a realizar buenas conductas para volver a la sociedad, en cambio con la pena atemporal, no se motiva, sino se promueve el abandono de las esperanzas del ser humano de volver a caminar, de ser parte del mundo humano, y no ser tratado como un ser

diferente a los demás, si se analiza este medio, para cumplimiento del fin rehabilitador resulta inidóneo.

Volviendo a la idoneidad, en concreto, para Castillo Córdova (2005) el juicio de idoneidad se analizaría en dos momentos, el primero sería establecer que el acto restrictivo persiga fines constitucionales permitidos y relevantes para la sociedad, y segundo momento sería, verificar que la medida en sí sea apropiada para el logro del fin constitucional.

Siguiendo al mismo autor, el medio seleccionado tiene que promover en alguna medida la satisfacción y fin el buscado, pues se tornaría en inútil el medio que no promueva en ningún telos que se busca. Ahora, el medio puede ser inidóneo, pero ello no obsta para decir que es prima facie inconstitucional debido a la existencia en la norma constitucional la presunción iuris tantum de constitucionalidad.

3.1.1.2. Necesidad

Este principio implica, el proceso por el cual se determina que no existe proceso menos gravoso o restrictivo, es el hecho de demostrar la necesidad de la intervención, del sacrificio o afectación del derecho que se limita. Este análisis implica la urgencia de comparar los medios y, que involucra una acción distinta a la idoneidad como se puede verificar líneas arriba.

Si ya se comprobó el paso anterior, ahora, en esta instancia el magistrado se cerciorará si entre todas las normas restrictivas, cuál es aquella que se presenta como la necesaria en comparación con las otras, en tanto que logre el telos que se busca e, incida sobre el derecho en menor intensidad frente a las demás.

Si se tiene una pluralidad de medios o alternativas, se tiene que optar necesariamente por aquella que afecte en menor intensidad los derechos del afectado, de entre los medios que ayudan a cumplir el mismo fin.

Como bien lo sostiene, Perello Domenech (2020), en esta etapa entre los varios medios que han pasado por el requisito de idoneidad como competentes para el objetivo buscado, se tendrá que escoger la que menos restringe y en tanto mayor promueva el derecho objeto de intervención.

Así, este principio de idoneidad responde al hecho de que una de las consecuencias del principio de proporcionalidad, es que se entiende como un mecanismo cuya finalidad es moderar las limitaciones que se adoptasen por el poder público, con relación de alguna de las libertades fundamentales. Pues como bien lo sostiene la jurisprudencia chilena “La jurisprudencia del TJ ha llevado a entender que las restricciones a estas libertades sólo pueden proporcionar si resultan necesarios para el respeto de una finalidad legítima. (Arnold , Martínez Estay, & Zuñiga Urbina , 2012, pág. 70)

3.1.1.3. Proporcionalidad en Sentido Estricto

Para empezar este apartado no olvidemos que el proceso de aplicar el principio de proporcionalidad parte del pensamiento de Robert Alexy; el cual, intenta elaborar una teoría relativa a los derechos fundamentales dirigida a la práctica jurisprudencial, en este caso del Tribunal Constitucional en Alemania, pero conforme al jurista su teoría tiene alcance más amplio pues es universal.

Así, el principio de proporcionalidad, tal como lo señala Alexy (2014) se presenta, como un criterio normativo y conceptual que un tribunal deberá utilizar a efectos de interpretación y aplicación de preceptos que versen de derechos fundamentales contenidas en una carta constitucional. (pág. 54).

Concluido los dos pasos anteriores, siguiendo la teoría Alexiana, los perjuicios ni por nada, pueden tener un estándar de perjuicio más allá que

el beneficio buscado por el medio, es decir, que tiene que existir una armonía entre el coste de la intervención y el beneficio.

Así, se debe valorar el conjunto de intereses contrapuestos, en las singularidades de casos, verificado que el beneficio obtenido sea mayor al coste del derecho o derechos sobre el que actúa el medio. Es de señalar se puede buscar promover un derecho frente a otro, o uno de estos frente a beneficios constitucionales promovidos en la misma, o algunos intereses sociales o de Estado.

De manera más específica podemos decir, en términos de Castillo Córdova (2004) respecto a este subprincipio, este análisis permitirá adoptar medidas razonables en tanto en cuanto se corrobore que la limitación sea en un grado similar o menor a la satisfacción del derecho que se ha promovido.

3.1.2. Determinación de la pena y principio de proporcionalidad

Para Alegría Patow (2011), los órganos jurisdiccionales para imponer la pena deben pasar por un conjunto de etapas que se resumen en tres momentos importantes:

“a) La determinación del marco legal abstracto o genérico. Es aquí donde el magistrado subsume los hechos en el canon legal que le parece aplicable, examinando cada acto delictivo, que recoge la pena proporcionada al hecho calificado como injusto y culpable. La norma o precepto es el que le da al juez los medios para definir los efectos jurídicos que concierne aplicar al inculpado por la realización de los delitos, pero siempre atendiendo a criterios de proporcionalidad.

b) En segundo término, el juez teniendo concreta ya la norma, atenderá las variables determinadas legítimamente en

el corpus penal, tanto al desvalor de la conducta, a las circunstancias que concurran, etc.

c) Por último, tenemos la tercera etapa de ya “casi” estricta, seguidos los anteriores pasos, el magistrado en base a las prescripciones determinadas por el legislador diagnosticará cuál es el estándar objetivo-cuantificado del castigo aplicable al caso, teniendo en cuenta la necesidad y por ser adecuada el tipo de sanción que se merece el sujeto que ha realizado un injusto culpable y en algunos casos es necesario verificar que sea punible.

Siguiendo al mismo autor, este principio se proyecta en el procedimiento de determinación de penas, en distintas fases, pero lo que nos importa, es que también ilumina el momento que el juez fija la pena individual, porque el castigo también tiene que ser proporcional a la ilicitud. El establecimiento del sistema de tercios, se creó para no dejar un amplio margen de discreción del juez en la fijación de las penas, pues esto no puede responder a criterios subjetivos, sino a razonamientos objetivos y proporcionales, razón por la cual este sistema responde también a las luces de proporcionalidad.

A la vez, en el proceso de determinación de la pena confluyen tanto el principio de proporcionalidad como el de culpabilidad, ya que, en el caso en concreto ambos conceptos se difuminan entre sí y, esto porque, el juez en ese momento tiene en cuenta la magnitud del *factum* y, la existencia de culpa del autor del caso en concreto.

La categoría penal, que ayuda a aplicar nuestro principio que estamos analizando “no sería la culpabilidad” (Fuente Cubillos , 2014, pág. 30) toda vez que esto es sólo imputación personal donde se analiza la

capacidad del sujeto, excluir si sufre anomalía que no pueda comprender lo antijurídico de su conducta, o si no podía realizar otra conducta más que la realizada.

Si verificamos en el injusto, encontramos en específico en la tipicidad, el desvalor de la acción y el resultado, ahora, estos elementos objetivos y algunos subjetivos, nos permiten establecer la magnitud de la lesión a los intereses objeto de tutela, con lo cual podemos trabajar para establecer una correspondencia de proporcionalidad entre la lesión y el castigo poenale.

En sí, la identificación individual del castigo involucra el hecho que el juzgador determina el tipo y la magnitud del sufrimiento(castigo) que se debe imponer o que se impondrá al inculpado por su hecho punible, determinándose que este actuó como autor o partícipe del mismo. Así, proporcionalidad y culpabilidad se juntan, pues el injusto culpable y lo punible en un *factum* concreto decantándose en una determinada pena.

Realizado lo anterior, concierne al magistrado fijar la estricta y definitiva cuantificación de la pena a imponer al condenado, valorando de manera minuciosa y pormenorizada las circunstancias que circunscribieron al hecho. Lo anterior compete en exclusividad a la *jurisdictio*, dado que sólo este tiene la potestad de aplicar la punición.

Se dice, que se ha dejado un margen de discrecionalidad o espacio de juego, dado que el juez tiene que ubicarse en un tercio específico en el caso peruano en atención a las circunstancias que puedan haber estado presentes en la comisión delictiva. Aunado a lo anterior se dice que es discreción del juez sustituirla el castigo por otras.

Se puede decir, que, si bien la norma deja que el juez se deslice en un determinado cuadrante o espacio, y además en algunos casos puede

sustituir el tipo de castigo por otro, pero ello no quiere decir que el juez tenga a su arbitrio concretizar la pena en base a puros criterios subjetivos de éste. Empezando, no se puede tender la discrecionalidad como meras decisiones, sino que la discrecionalidad tiene limitaciones y control por criterios de razonabilidad y proporcionalidad. La nación anterior parece entender que la fijación del castigo es un simple acto, pero ello es falso como dice Prado Saldarriaga, este es un "proceso técnico", y agregamos nosotros en esta etapa las decisiones tienen que estar fundadas en criterios epistémicos y por ende en una justicia racional y proporcionada.

3.1.3. La problemática de la determinación de la Pena

El problema de esta institución, a qué veces se presentan vacíos en algunos casos, es que la doctrina poco ha estudiado este aspecto del derecho penal y en el mismo sentido, poca importancia se le ha dado en los análisis judiciales, sobre su avance y estudio se podría decir como dice Silva Sánchez, está menos avanzado o bastante relegado y le falta refinamiento en comparación al estudio de la teoría del delito.

La falta de este desarrollo y refinamiento, tal como lo señala el jurista, tiene diversas causas. Pero la más evidente, a nuestro entender es la falta de idoneidad de la técnica legislativa aplicada por el legislador, afectando la actividad del juzgador, claro está al momento de determinar la pena.

La legislación peruana no ayuda a solucionar este problema y lograr una correcta cuantificación del castigo, esto se debe a la falta de sistematización científica en la normativa, dado que en la actualidad no existe un suficiente y ordenado marco legal sobre la materia. A guisa de ejemplo, hay disposiciones referidas a ésta tanto en la parte general y especial, por tanto, hace falta de unicidad sistemática.

Otro punto importante, no existe un método adecuado y homogéneo que dirija con claridad el uso racional de la facultad jurisdiccional para determinar la pena. Este aspecto es la causa, que muchas veces las resoluciones judiciales sean atacadas con nulidad por falta de motivación real y suficiente que lleva acompañada de una incoherencia en los argumentos del juez al momento de determinar la pena. Hay que recordar que lo que se busca es lograr imponer en todos los casos, el castigo racional y proporcionado, y que a la vez se sea adecuada para lograr el telos buscado por la norma, a partir de las herramientas que cuente el juez para resolver.

Pero el juzgador ¿qué tiene que tener en cuenta para lograr una determinación de la pena racional y proporcional? Para muchos juristas, como Diez Ripolles (2002), “la legitimidad para determinar la pena se asegurara cuando se tienen en cuenta los principios informadores de este.” (pág. 559). Obviamente, los respetos de los derechos están iluminados por una serie de principios luminares del Estado actual, por ello la creación y aplicación de toda norma se basa en los principios que lo sustentan, y estos no pueden obviarse por razón alguna, su respeto será en todo espacio y tiempo. Las penas como castigo con mayor razón tienen una serie de principios que son su basamento de edificación. La manifestación y concreción a fin de creación, aplicación, interpretación de los principios no es una mera exigencia formal, sino que estos tienen que ser aplicados en el campo real, dado que son los principios los que brinda legitimidad en tanto en la creación y aplicación. Lo anterior será condicio sine qua nom, para que las penas sean justas y así mismo racionales.

Inter alia, tenemos los siguientes principios:

a) **Principio preventivo**

Desde la perspectiva teleológica, este principio señala que todo castigo deberá tener de manera ínsita fines preventivos, pues la facultad del órgano estatal está en sancionar y establecer la paz mediante las sanciones concretas cuando resulte necesaria, y tales conductas deberán ser relevantes en la sociedad para ser castigadas, pues no cualquier conducta se sanciona prima facie, sino las relevantes para la sociedad. Mediante el fin preventivo se busca que la sanción no sólo sea concebida como realización de la justicia, sino que esta esté orientada a que en el futuro no delincan los integrantes de la civitas.

b) **Principio de legalidad**

Un factum realizado por un sujeto puede ser muy reprochado por la sociedad, por ser un acto aborrecible que va en contra de los intereses comunitarios o colectivos, pero un acto relevante socialmente que no goce de legalidad normativa tiene el gran escollo que jamás va a superar, es que para que este conlleve una consecuencia de sanción en el caso particular, es necesaria la habilitación legal.

A partir del cual no habrá pena que se pueda imponer a quien realice un delito sin permisión legal, dado que sólo ésta, puede determinar los tipos de pena aplicables a los intervinientes de un delito o al autor, a tenor de lo regulado en los apartados, II, III y VI del Título Preliminar del Código Penal y en los literales a), b) y d) inciso 24° del artículo 2°; inciso 9° artículo 139°, y en el segundo párrafo del artículo 103° de la norma suprema del 93.

c) **Principio de culpabilidad**

Este se sintetiza en el siguiente aforismo: “no hay pena sin culpabilidad”, de lo cual se desprenden tres consecuencias de carácter garantista:

- No hay responsabilidad objetiva ni castigo la simple causación de un resultado.

- La responsabilidad es de acto y no de autor.
- La responsabilidad y la pena son por el acto y no por el autor.
- El injusto culpable determina la prognosis y la delimitación de la sanción(pena).

No debe olvidarse a un concepto relacionado con este principio, que es la co-culpabilidad. En el caso peruano, las diferencias de clases sociales son muy marcadas por la falta de educación, salud, vivienda, y otras condiciones básicas. Lo anterior, en algunos casos son determinantes para el desarrollo conductual de las personas y para la perspectiva de pensamiento, sumado a ello a la falta de oportunidades de muchos jóvenes, conlleva a que estos no vean más al sistema como un sistema opresor, que no le da oportunidades razón por la cual es necesario revelarse, y una conducta de revelación frente a la marginalidad, y falta de sensibilidad por parte del Estado para con estos, y en consecuencia se expresen mediante delitos.

Teniendo en cuenta la contextualización supra, cuando el delito se ha materializado, el código penal establece que se deberá tener en cuenta en los casos, las circunstancias en las que se dio el delito, como las carencias, con esto el Estado está aceptando que en algunos delitos se configura tal hecho, por falta de orientación, oportunidades, donde la sociedad también es responsable, porque en algunos casos unos seres tratan mal a sus cogenereos, no les dan oportunidades de trabajo, y más bien los marginan.

Con relación a este principio Hurtado Pozo (2005) considera lo siguiente:

No es que la sociedad asuma toda la responsabilidad, sino que esta es parcial, toda vez que si fuera una asunción total no habría la necesidad de que el castigo se promueva. Con lo cual se justifica y se explica que la reacción penal siga en movimiento, dado que el delincuente en calidad de ser humano goza de libre determinación o es capaz de auto determinarse, y por otro lado no debe obviarse el castigo y la ejecución se configuran en

algunos casos por la realidad social contextualizada. (Hurtado Pozo, 2005, pág. 600)

“

d) Principio de humanidad

Bajo este principio el leviatán no puede crear, emplear ni ejecutar sanciones de extrema ratio que vulneren la dignidad del ser, ni que dañen el soma y la psique del ser condenado. Bajo este paradigma las penas se desnaturalizan si tienen tendencias a destruir la existencia del ser racional.

e) Principio de proporcionalidad

El castigo no puede ir más allá del injusto culpable del actor, pues es necesario que entre este último (lo culpable) y la magnitud o grado de castigo haya una relación coherente. Esto ocasiona que también se vea involucrado la lesión y la relevancia del interés jurídicamente protegido el mismo que ha sido vulnerado. De lo anterior, se exige que la sanción en todos los casos deberá pasar y responder a la permeabilidad de la proporcionalidad.

Como se ha precisado supra esto se determinará teniendo en cuenta el injusto penal, con el cual se garantiza que no se sancione meras conductas por ser perse delictivas, sino aquellas que revierten mayor incidencia para con lo sociedad.

Uno de los problemas latentes, en la judicatura por parte de los jueces, y por otro lado de los litigantes, es que no han comprendido cómo se debe aplicar en los casos reales este principio, lo cual ha conllevado a que los jueces no lo analicen de manera idónea y eficiente. Algunos jueces piensan que con la sola mención de los sub principios de este, han

cumplido con filtrar los medios restrictivos, pero ello es falso, dado que el principio bajo análisis no es un requisito meramente formal como se piensa, sino que con este se materializa la justicia. Por la sólo mención de lo anterior ninguna restricción o castigo es proporcional.

Ha pasado también en algunos casos que el quantum del sufrimiento es bastante elevado, en razón a que el legislador peruano elabora normas de sanción penal en base a la emoción, el populismo, el simbolismo, etc. Ante estos casos, algunos jueces suelen bajar el estándar de castigo, con la sólo mención del principio proporcionalidad. Si bien, es correcto que la pena no es correcta en esos casos, pero la sola mención de nuestro principio no conlleva a reducir la consecuencia jurídica, es necesario justificación y aplicación correcta del principio bajo comento. (véase similar Ramírez Tirado (2016).

Lamentablemente la proporcionalidad como principio, no está regulada de modo manifiesto en nuestra carta, aunque el TC peruano a referido que su fundamento se encuentra en el art. 200 de la carta.

No es necesario, es buscar es expresión expresa en el corpus normativo constitucional, ya que es aceptado en todo Estado cuando este regula normas restrictivas se está obligado a respetar que su intromisión dimane y se exprese como proporcional.

En esta sección lo que nos interesa que todo castigo pasará por el colador, o también lo podemos denominar como “membrana plástica” a la proporcionalidad, ya este sólo permitirá que pasen las partículas de sanción de manera seleccionada como justas, necesarias y racionales. Ahora esta expresión y exigencia lo encontramos en la plataforma jurídica art. Ocho del TP de nuestro código penal, en el cual exige que las penas se tienen que condecir con la responsabilidad. Aún en los casos más graves, es necesario que el juez también en base a lo anterior realice

una equilibrada y razonada concreción de las disposiciones (arts. 45 y 46) aplicables al caso.

Al respecto Polaino Navarrete (2008), considera que el principio de proporcionalidad es un “es un límite normativo, exigible en tanto en la configuración y creación para el legislativo y en la praxis para el magistrado” (pág. 194).

Pero este principio para nosotros va más allá, pues no sólo implica un ámbito normativo de creación, sino de interpretación, racionalidad y por ende de aplicación y concreción de la justicia en la praxis.

3.2. Jurisprudencia Aplicable

SALA PENAL PERMANENTE DE 11 DE ENERO DE 2016 (EXPEDIENTE: 002234-2015)

Ha establecido que no se discuten los hechos por ende ni las pruebas en un caso de conclusión anticipada. “[...]Cuando la Sala de instancia rebajó la pena por debajo del mínimo, por el principio de proporcionalidad, la Sala Suprema no puede rebajar aún más. “[conforme] al referido Acuerdo Plenario [AP N° 05-2008/CJ se indica que, en los casos de conformidad, la respuesta punitiva del leviatán y en el caso de la personalización de la pena, esta comunica que se impone una atenuación menor en los supuestos de conformidad. No es lo mismo finiquitar la causa en sede de instrucción, poniéndole fin preliminarmente que esperar su culminación y el inicio del juicio oral, como sucede en la conformidad por oposición a la terminación anticipada. En efecto, la rebaja de la pena no puede llegar a una sexta parte; ha de ser siempre menor a este término.”

R. DE NULIDAD – PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA - EXPEDIENTE: 002776-2011.

“Considerando Quinto: Quinto,

Considerando los arts. 45 y 46 del CP, así como la conducta criminal que protagonizó el encausado es de establecer que en el campo de la determinación judicial de la pena, las carencias sociales y condiciones individuales del encausado se evalúan con relación al injusto cometido y su irreprochabilidad por el hecho; que, por tanto, cabe concluir que al no existir ninguna circunstancia excepcional de atenuación de la pena, se justifica la impuesta por el Tribunal de Instancia, en tanto es proporcional y justificada con relación a los hechos probados así como al injusto cualificado y la culpabilidad del agente. Por estos fundamentos: declararon [...]

SALA PENAL TRANSITORIA – R. N. N° 1231-2014. MADRE DE DIOS

“Séptimo: [...] en el asunto sublitis, el a quo no realizó una correcta determinación judicial de la pena; puesto que en el fundamento jurídico siete de la resolución recurrida, no se advierten circunstancias atenuantes que permitan una disminución de la pena por debajo del mínimo legal invocada por el representante del Ministerio Público en su acusación fiscal – fojas noventa y ocho – en tal sentido, se tiene que el Colegiado no ponderó de forma adecuada que el evento delictivo se perpetró a través de circunstancias agravantes comunes como que el delito en agravia de la víctima de 13 años.

SALA PENAL PERMANENTE. R.N. N° 656-2014 – LA LIBERTAD

2.2.3. Que, en la norma del 93 se encuentra aceptada los fines preventivos en comprendidos en la sanción y que este debe fundamentarse en la dignidad [...].

Y continúa la sentencia: “2.2.3 teniendo en cuenta lo esbozado, los requerimientos que determinan la dosis de pena no se terminan en lo señalado anterior, sino que además debe tenerse en cuenta el PP contemplado en el precepto octavo del T. P. del Cód. P., límite al ius puniendi que procura la correspondencia entre el injusto cometido y la pena a imponerse, y que esta, en rigor deben cumplir los fines que persigue la pena-preventiva, protectora y resocializadora- conforme lo prevé el

numeral sexto del art. 5 C.A.DH, y así mismo los apartados 21, 22, art. 139 de la const., del 93 y el art. IX del TP.

SALA PENAL PERMANENTE R.N.N 189-2015 – JUNÍN

“Quinto: De los juicios empleados por los magistrados de instancia, para fijar la sanción punitiva al procesado Jonathan Roberth Tapia Rivas, se advierte que se ha estimado aceptación de los cargos al inicio del juicio oral, las circunstancias de la perpetración del hecho cometido y la extensión del daño, la importancia de los deberes infringidos, el grado de instrucción del agente (agricultor, mototaxista, con secundaria completa), la condición de primario en el delito conforme a la hoja penológica que obra a fojas setecientos cuatro, y la aceptación de los cargos al inicio del juicio oral. Estos criterios permiten concluir que la pena impuesta resulta, por lo demás, benigna de cara a la afectación al bien jurídico protegido y en consideración al quantum de pena solicitada por el representante del Ministerio Público en su dictamen acusatorio de fojas seiscientos noventa y seis (quince años de pena privativa de libertad). Porque deviene en inatendible una reducción adicional tanto más si la condena asignada es por debajo del mínimo legal”

PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA DE 10 DE ENERO DE 2012 (EXPEDIENTE: 002646-2011)

“Cuarto

Que, admitidos los hechos criminales y sentados estos como realizados, tenemos de la relación al quantum judicial de pena, cuestionada por los recurrentes, se deben tener presente las reglas convenidas en el Acuerdo Plenario [...] número cinco - dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, que establecen como criterio interpretativo, para los casos en que se presente la conclusión anticipada del proceso, que el Tribunal Sentenciador al fijar la pena concreta, se encuentra facultado para recorrerla desde su extremo mínimo al máximo siendo el "...Único límite no aplicar una pena por encima de la requerida por la fiscalía...", teniendo libertad para que dentro de esos parámetros determine e

individualice la pena tomando en cuenta los varios criterios que establecen los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, apreciando las circunstancias especiales de atenuación que se presenten en el caso en concreto.”

**SENTENCIA DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - PRIMERA SALA PENAL
TRANSITORIA DE 13/01/ 2012 (EXPEDIENTE: 002705-2011)**

“Sétimo

Que, para la determinación judicial de la pena [...] *se respetará rigurosamente* [...] los principios de prevención, protección y resocialización, [...] *y estos deberán guardar* [...] conexión con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad [...] y a los criterios y circunstancias contenidas en los apartados 46, 47 del corpus normativo penal, en efecto, en base a los principios y razonamientos elucidados, corresponde evaluar que el encausado Roberto Fiesta Seminario que robó el vehículo de placa de rodaje "SGU-587" perteneciente al agraviado, dándose a la fuga junto con sus coencausados, en lugar desolado, a mano armada, que estuvo no habido siendo detenido recién el diecinueve de julio de dos mil once, que registra antecedentes penales tal como consta en su certificado de antecedentes penales de fojas doscientos ochenta uno y de la constancia de reclusión de fojas trescientos veinticuatro, quien además es reincidente puesto que estuvo recluido en el Establecimiento Penitenciario de Río Seco

- Piura, ingresó el veintiuno de setiembre de dos mil seis, por cuanto fue sentenciado en dicho proceso a seis años por el delito de robo agravado; que no existe confesión sincera, que no se acogió a la conclusión anticipada tal como se desprende a fojas trescientos ochenta y dos, a lo que también debe sumarse sus condiciones personales pues es comerciante de pescado e iletrado, por lo que la pena impuesta por el Tribunal Superior de diez años debe mantenerse.”

SALA PENAL PERMANENTE R.N.N° 1935-2015 LIMA NORTE

“Tercero: Con relación a lo que es objeto del recurso de nulidad es de puntualizar que lo cuestionable, en relación a la proporcionalidad de la pena impuesta, se circunscribe al esquema operativo de determinación punitiva realizado por la Sala Penal Superior. En ese sentido, [...] la determinación encuentra su basamento en el art. VIII del TP del CP -que vincula la cantidad de penalidad con determinadas características del *factum* y vista la proporcionalidad como límite máximo, y también considerando los apartados 45 y 46 de la referida norma. Además, engloba dos etapas secuenciales marcadamente definidas, la primera denominada “determinación legal”, y la segunda titulada como “determinación judicial”. Es en este último donde se materializa la proporcionalidad mediante la ponderación, con respecto a las circunstancias de agravación, atenuación, o las causales de reducción o disminución.

SALA PENAL PERMANENTE R.N.N 4072-2013 AYACUCHO

“Las exigencias que determinan la dosificación de la pena no se agotan en el principio de culpabilidad, sino que además debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad contemplado en el artículo octavo del Título Preliminar del Código Penal, límite al *ius puniendi* que procura la correspondencia entre el injusto cometido y la pena a imponerse, y que éstas en rigor deben cumplir los fines que persigue la pena-preventiva, protectora y resocializadora.”

3.3. Aplicación del derecho comparado

Tomaremos como base lo sostenido por Yenissey Rojas (2015), en su artículo “La proporcionalidad de las penas” (págs. 98-99) :

Alemania	Austria	España	Colombia
<p>a) Aquí en este país su TC lo ha reconocido como un principio supra o máxima, dado que no encontramos referencia alguna en la ley fundamental.</p>	<p>a) Aquí, toda injerencia deberá pasar por el tamiz de proporcionalidad, ya que este es reconocido como un principio de carácter general.</p>	<p>a) La doctrina mayoritaria en el ámbito penal está en consenso a que este tiene rango constitucional, pero no hay unanimidad en cuanto a su ubicación en la norma de normas de este país.</p>	<p>a) Aquí su fundamento a tenor jurisprudencial se encuentra en vinculación a la legalidad.</p>

b) En cuanto a su contenido no hay posición uniforme.	b) Aquí, el tribunal ha precisado que este y su primer elemento dimana de la igualdad.	b) su reconocimiento sería implícito, a tenor los siguientes arts. De la carta de este país: 1.1 (justicia y libertad), 10.1 (dignidad de las personas y derechos inviolables) y 9.3 (arbitrariedad de los poderes públicos)	b) El control constitucional de las normas se hace en base a la vertiente prohibición de exceso, siempre teniendo en cuenta a partir de la óptica de vulneración del derecho de defensa.
c) Su Tribunal Constitucional considera que la principal función desde la perspectiva lato sensu, es limitar restricciones en los derechos.	c) En el campo doctrinario se le reconocido en dos sentidos. En el lado lato sensu, se le reconoce como supra concepto, el cual comprendería los tres sub principios conocidos, pero hay postulaciones que sólo comprendería sólo su tercer sub	c) Se considera para el sector mayoritario de la doctrina cuando se analiza los confines de la potestad de castigo del Estado, éste sólo abarcaría el último sub principio. Para el otro sector este tendría los	c.) Sus elementos serían los mismos reconocidos al modelo alemán, y quien vela por su correcta aplicación es la Corte Const.

	principio.	mismos elementos como se acepta en Alemania.	
d) d) En el campo jurisprudencial y algún sector doctrinario se ha aceptado que los tres sub principios conocido conforma su contenido.			d) prohibición de exceso se presenta como una manifestación a nuestro principio, y este se aplica para controlar que las omisiones incurridas y evitar que estas lesiones derechos ante una ineficiente protección.

3.4. Propuestas respuestas a la Hipótesis de Investigación

La pregunta de investigación se centra en lo siguiente ¿De qué manera debe ser aplicado el PP en la fase de determinación de la sanción por el órgano jurisdiccional, con finalidad de ver protegido los derechos fundamentales de las partes en el proceso penal?

Se ha planteado la siguiente hipótesis: “El principio de proporcionalidad debe aplicarse a partir de un proceso argumentativo del órgano jurisdiccional penal cuya justificación del quantum de castigo a imponer implique un juicio, donde debe

valorar si la medida es idónea y necesaria para lograr el telos que la norma penal tiene por objeto de acuerdo al delito, y por último deberá el magistrado corroborar que el daño no sea mayor al beneficio obtenido, es exigible el equilibrio entre estos.

En la presente unidad, no es objeto de discusión que es al legislador al que le corresponde establecer los bienes jurídicos objeto de protección, para tratar de evitar el daño social, haciéndolo con la norma penal. Sin embargo, es al juez al que se encarga determinar el grado de la pena, una vez alterado el bien jurídico. La pregunta es ¿Cómo debe hacerlo?

Justamente la hipótesis responde a esta pregunta, de cara a la importancia del principio bajo estudio en la determinación de la penalidad. Por ende, la hipótesis hace referencia a un juicio de idoneidad, juzgado si existe un desequilibrio manifiesto entre el castigo y el telos buscado por el dispositivo legal. No obstante, lo anterior, la hipótesis, si bien es afirmativa, debe ser complementada.

El principio de proporcionalidad es uno de carácter relativo, en vista a que no se desprenden de él prohibiciones abstractas, se dirige al caso en concreto, se dirige a una relación medio– fin salvaguardando en su aplicación la libertad y los derechos que pretende satisfacer, en su ejecución.

En esta parte dejemos claro, se habla de una dimensión lato sensu y estricta del principio que estamos estudiando. En el sentido primero este no hace referencia más que al análisis de dos primeros elementos, y cuando se habla de la segunda dimensión se está refiriendo al tercer componente que debe analizarse.

Nuestra institución, tendría dos exigencias una exterior y otra interna, partamos de la última, este exigiría que los componentes de la proporcionalidad sean aplicados de manera analítica y mediante el estricto cumplimiento de criterios epistémicos.

Y con respecto ámbito externo, se exige que las decisiones judiciales se manifiesten en las resoluciones como garantes de los derechos, y así mismos estos deben plasmar en sus decisiones que las mismas estén justificadas (motivadas) como exigencia formal exigible en este campo externo ((Yenissey Rojas, 2015, pág. 88 y ss)

Es en el sentido amplio donde el principio de proporcionalidad, cambia en el ámbito penal, en virtud de que ostenta, un sentido más restringido. Y esto es porque cuando la norma penale amenaza con una consecuencia se infiere, el telos buscado responde a la unicidad ya sea a evitar un perjuicio a los bienes protegidos o que estos no sean puestos a en peligro. La condena viene a ser una manifestación de que la conducta emprendida no es conforme y aceptado en la sociedad, razón por la cual se reprocha.

Debemos hacer constar que el PP es importante como manifestación del Estado Constitucional de derecho, otorga seguridad jurídica y a su vez es una manifestación de la sumisión de las normas al sistema constitucional. Es por este motivo, que además de proponer el establecimiento del principio de proporcionalidad, no sólo como un mecanismo de determinar penas, sino como una manifestación del fundamento político y sobre todo constitucional del *iuspuniendi* estatal; el mismo, debe ser establecido en la Constitución del Estado como limite al *iuspuniendi*, por eso se constituye como su manifestación constitucional, en el derecho penal principalmente en la determinación de la pena.

Al momento que el juzgador determina la pena, el principio de proporcionalidad aparece, junto con otros principios como lo son el de dignidad, igualdad ante la ley, lesividad y la culpabilidad, *inter alia*.

Considerando el marco constitucional y la esencia de la proporcionalidad, la pena que cuantifique el juzgador habrá de ser proporcional teniendo en cuenta el grado de importancia del *factum delictuoso* cometido. Por tanto, se proponen dos exigencias al momento de determinar la pena: 1. La pena debe ser proporcional al delito y este se estandarizará teniendo en cuenta el *quantum* de relevancia

social del hecho. Lo anterior es imprescindible tenerlo en cuenta en aras de racionalizar las penas.

Como principio la proporcionalidad no es sólo instrumento del juzgador, sino también del legislador, pues está presente en el acto legislativo cuando se dan nacimiento a leyes. Y en cuanto al juzgador estará en el momento de su aplicación. Por lo anterior surge la exigibilidad que tanto la creación y aplicación de las penas respete el supra principio en análisis.

Por su parte, el PP in estricto sensu, mencionado en líneas anteriores, ostenta estatus en la norma suprema y es manifestación propia del Estado de Derecho; este principio involucra, una correspondencia de proporcionalidad entre la magnitud del injusto y el de la pena en el momento legislativo, los cuales corresponden una proporcionalidad in concreto y en abstracto respectivamente.

Las particularidades del criterio de este paradigma, conforme a Yenissey Rojas (2015), son tres: 1) sirve de juicio valorativo, en el análisis de los dos primeros subprincipios(PP en sentido amplio), este se sitúa en el campo de examen medio-fin. 2); Se sopesan valores para verificar la proporción del telos con el medio, por esto se dice que es ponderativo.

4. Nuestra autora también establece que este no es un “axioma meramente formal”, sino que su análisis se hace de manera holística y atómica de todos los elementos que le corresponden, teniendo en cuenta el enfoque constitucional toda vez que en este último se plasman valores los cuales no se pueden vulnerar sin más porque estos están inmersos en norma suprema. Como lo hemos argumentado supra, el elemento que nos convoca es equívoco tomarlo como criterio formal, porque a través de éste que actúa como una membrana plástica sólo pasan medidas selectas que estén conformes con el sistema jurídico y a través del cual se materializa la justicia. No obstante, lo anterior, no puede conllevar a decir que la proporcionalidad “es un axioma”, dado que su aplicación responde a criterios estrictamente valorativos de sopesar intereses y sobre todo donde es preponderante la argumentación. La autora no conoce que es un axioma, pues para tener un criterio axiomático o sistema de este, es necesario contar con axiomas y es decir proposiciones originarias, 2) contar con reglas de inferencia, y por último, la existencia de teoremas los mismos que se

obtienen de los axiomas a partir de reglas de inferencia. (PORCIÚNCULA, 2014, pág. 169). Nosotros no observamos reglas de la inferencia de partan de la originalidad, o de axiomas, sino más bien la proporcionalidad es un juicio meramente de sopesos.

Hay un lineamiento desmedido por parte del poder de las leyes (legislativo) hacia la agravación de las penas, lo cual conlleva al deterioro de los lineamientos de garantías en las que se basa un Estado de derecho, dentro de este también está el no respeto de la proporcionalidad en su dimensión estricta.

En este sentido, en el ámbito estricto sensu, la proporcionalidad se pronuncia en contra del excesivo castigo penal, pero no en cuanto a su disminución, es decir promueve penas bajas y no elevadas. Con ello se descarta toda medida excesiva, si fuese así, este paradigma puede o debería otorgar la facultad al magistrado para inaplicar la pena que se manifiestamente no proporcionada e innecesaria.(Yenissey Rojas, 2015, pág. 88)

CONCLUSIONES

1. El principio de proporcionalidad es fundamental para determinar judicialmente la pena porque permite que el juez sea justo en su decisión.
2. La motivación de las resoluciones judiciales es un derecho fundamental que se debe tener en cuenta en la determinación judicial de la pena y en la aplicación del principio de proporcionalidad.
3. La teoría de la determinación judicial de la pena ayuda al juez a individualizar la pena teniendo en cuenta la gravedad del delito y la peligrosidad del agente.
4. Los jueces no motivan la decisión por la cual establecen la pena concreta al agente por haber cometido un delito determinado.

RECOMENDACIÓN

Se recomienda que los jueces del Poder judicial al momento de determinar la pena concreta de un delito cometido por una persona apliquen el principio de proporcionalidad motivando su decisión, es decir, indicando adecuadamente porque van a aplicar una pena que tiene, en la distribución de los tercios, un mínimo y un máximo, a efectos de que el sentenciado sepa porque razón le han impuesto una pena determinada.

BIBLIOGRAFÍA

- Alegria Patow, J., Conco Mendez , C., Cordova Salinas, J., & Herrera Lopez , D. (2011). *Principio de proporcionalidad en materia penal*. Lima: Universidad San Martin de Porras.
- Arnold , R., Martínez Estay, J., & Zuñiga Urbina , F. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional . *Estudios Constitucionales* , 65-116.
- Beteta Amancio. (2007). El principio de proporcionalidad frente a la limitación de los derechos fundamentales en el proceso penal. *Alerta Informativa*, 1-18. Obtenido de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/66E961F92D4F984005257D20007D8D10/\\$FILE/Beteta_Amancio.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/66E961F92D4F984005257D20007D8D10/$FILE/Beteta_Amancio.pdf)
- Caminos , P. (2014). El principio de proporcionalidad: ¿Una nueva garantía de los derechos constitucionales? *Revista electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, 51-74. Obtenido de <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/65-102-1-SM.pdf>
- Carbonell, M. (2008). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Castillo Alva, J. (2002). *Principios del derecho penal: parte general* . Lima: Gaceta Penal.
- Castillo Cordova , L. (2004). *El principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. Especial referencia al ámbito penal*. Obtenido de Pirhua: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1960/Principio_proporcionalidad_ordenamiento_juridico_peruano.pdf?sequence=1
- Castillo Cordova , L. (2005). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Obtenido de Pirhua: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1908/Principio_proporcionalidad_jurisprudencia_Tribunal_Constitucional_peruano.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Castillo Cordova , L. (2008). *Aplicación del principio de proporcionalidad a través del habeas corpus*. Obtenido de Pirhua: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2021/Aplicacion_principio_proporcionalidad_traves_habeas_corpus.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Castillo Cordova , L. (2019). *El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales* . Obtenido de Foro Jurídico: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/viewFile/13783/14407>
- Chavez Baño , J. (2010). *El principio de proporcionalidad en la justicia constitucional*. Obtenido de Repositorio Simón Bolívar : <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/2270>
- Código Penal Bolivia . (2019). *Legislación boliviana* . Obtenido de https://www.oas.org/juridico/spanish/gapeco_sp_docs_bol1.pdf
- Código Penal Colombiano . (2019). *Legislación Colombiana* . Obtenido de https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20130808_01.pdf

- Congreso de la República . (2019). *Congreso de la República* . Obtenido de <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>
- Constitucional, T. (2005). *Tribunal Constitucional - Jurisprudencia* . Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html>
- Crespo Demetrio, E. (2015). Notas sobre la determinación de la individualización judicial de la pena. En Instituto Pacifico , *Determinacion Judicial de la Pena* (págs. 75-99). Lima: Instituto Pacifico.
- Custodio Ramirez , C. (2017). La tentativa y su trascendencia en la determinacion judicial de la pena ¿causal de disminucion de punibilidad o atenuante privilegiada? *Gaceta Penal y procesal penal*, 89-98.
- Diez Ripolles, J. (2002). El derecho penal simbólico y los efectos de la pena . *Revista Peruana de Ciencias Penales* .
- Domenech, P. (2020). *El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional*. Obtenido de Dialnet: [Dialnet-ElPrincipioDeProporcionalidadYLaJurisprudenciaCons-174691 \(1\).pdf](http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6544444)
- Estrada Lòpez , E. (2008). Derechos de tercera generaciòn. *Fodum Notarial*, 279-257.
- Franco Gonzalez, C. (2013). *El Consentimiento en los delitos contra la libertad sexual en adolescentes mayores de 14 años y menores de 18 años, en los pronunciamientos emitidos por parte de los señores fiscales provinciales penales representantes del Ministerio Público*. Obtenido de Cybertesis: <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/570>
- Fuente Cubillos , H. (2014). El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena. *Revista Ius et Praxis* , 15-42.
- Hurtado Pozo, J. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. V.I. Lima: Grijley.
- Jimbo Manzanilla , A. (2011). *El principio de proporcionalidad enre delitos y penas en el Ecuador* . Obtenido de <https://repositorio.uta.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/25060/1/FJCS-DE-1001.pdf>
- Llacsahuanga Chavez , R. (2011). *Constituciòn y proceso penal*. Obtenido de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20110107_02.pdf
- Luciano Parejo, A. (2012). *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional*. Obtenido de http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/derecho_constitucional/temas_dere_constitu/69-84.pdf
- Montero Aroca , J. (2008). *Proceso Penal y Libertad. Ensayo polemico sobre el nuevo proceso penal*. Madrid : Thomson - Civitas .
- Mr Puig, S. (2013). *Estado, pena y delito*. Buenos Aires : B de F.
- Muñoz Conde, F. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ore Sosa , E. (2013). *Determinacion judicial de la pena. Reincidencia y Habitualidad. A proposito de las modificaciones operadas por la Ley 30076*. Obtenido de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20131108_03.pdf
- Orozco Guadalupe, I. (2011). *Factores preponderantes en la determinación de la pena en el Distrito judicial de Lima*. Obtenido de Cybertesis: http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/cybertesis/1590/Guadalupe_oi.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Polaino Navarrete , M. (2008). *Introducción al derecho penal*. Lima: Grijley.
- Poma Valdivieso , F. (2013). *Individualización judicial de la pena y su relación con la libertad y el debido proceso a la luz de la jurisprudencia en materia penal en las salas penales para reos en cárcel del distrito judicial de Lima*. Obtenido de Cybertesis: <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/3360>
- PORCIÚNCULA, J. C. (2014). *Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal*. Barcelona: Atelier.
- Prado Saldarriaga , R. (2019). *La determinacion judicial de la pena*. Obtenido de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/01999a8046ed23428cfbec199c310be6/T1-la+determinacion+judicial+de+la+pena.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=01999a8046ed23428cfbec199c310be6>
- Raffino, M. (15 de Marzo de 2020). *Método Deductivo*. Obtenido de Concepto.de: <https://concepto.de/metodo-deductivo-2/#ixzz6GnH5oYud>
- Ramirez Tirado, M. (2016). *La desproporcionanlidad de la pena en el delito de violencia contra la autoridad en su forma agravada. Tesis para obtener el grado de magister en derecho penal*. Obtenido de Repositorio Universidad Privada Antenor Orrego: <http://repositorio.upao.edu.pe/handle/upaorep/2262>
- Rodriguez , D. (2019). *Investigación básica: características, definición, ejemplos*. Obtenido de <https://www.lifeder.com/investigacion-basica/>
- Salazar Laynes , U. (2008). El contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos . *Foro Juridico*, 142-152.
- Saona Marin , T. (2010). *La aplicaciòn del principio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional Chileno en el control constitucionalidad de la leyes penales* . Obtenido de Cybertesis: <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2010/fjs339a/doc/fjs339a.pdf>
- Silva Sánchez , J. (2007). La teoría de la determinaciò de la pena como sistema dogmático: Un primer esbozo. *Revista Peruana de Ciencias penales* .
- Tribunal Constitucional . (3 de Enero de 2003). *Tribunal Constitucional jurisprudencia* . Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>
- Velasquez Velasquez , F. (2015). La determinacion de la sancion penal. En S. I. Pacifico, *Determinacion judicial de la pena* (págs. 101-204). Lima: Instituto Pacifico.
- Vidal Fueyo, C. (2005). El principio de proporcionalidad como parametro constitucional de la actividad del juez. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 427-447.
- Yanez , D. (2019). *Método descriptivo: características, etapas y ejemplos*. Obtenido de <https://www.lifeder.com/metodo-descriptivo/>
- Yenissey Rojas, I. (2015). La proporcionalidad de las penas. *Revista de Pensamiento Penal*, 85-99. Obtenido de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/11/doctrina42462.pdf>