

## DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL PERÚ

Judicial Determination Of The Penalty In Peru

Vanessa Joanna Aliaga Castillo (\*)

ALIAGA CASTILLO, Vanessa Joanna: DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL PERÚ. En: IPEF, Revista Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses, Año XV N° 79, Setiembre 2019, pps. del 7 al 18.

Print ISSN: 2308- 5401 / Line ISSN: 2617- 0566  
La revista indexada en LATINDEX (folio 22495)  
www.latindex.org.unam.mx

### RESUMEN

*La determinación judicial de la pena es la etapa final a que conducen las consecuencias jurídicas del hecho punible, llevada a cabo por el juez conforme a su naturaleza, gravedad y forma de ejecución. A la que arriba el magistrado eligiendo una de las diversas posibilidades previstas legalmente.*

*La complejidad de la misma se visualiza al comprobar las dos instancias en que se desarrolla: la legal y la judicial.*

*La normativa ha regulado una serie de factores que inciden en la determinación de la misma, se establecen circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, que atenúan o agravan las penas establecidas en abstracto para cada hecho punible. Las mismas que se encuentran establecidas en el Código penal, en la sección especial o a la parte general del mismo.*

*La determinación judicial o de individualización de la pena, no se realiza en abstracto, sino que se desarrolla según las peculiaridades del caso concreto: prestando bastante atención al delito cometido (injusto), así como también, a la culpabilidad del autor, tomando en cuenta los criterios legales.*

*Al respecto, el derecho comparado nos plantea por lo menos seis formas distintas de regular la determinación judicial de la pena.*

*El Trabajo nos muestra el sistema de penas adoptado por el Código penal peruano, muy similar a la mayoría de otros cuerpos punitivos del continente, caracterizándose por un peso mayor sobre las penas privativas de libertad, en detrimento de la poca relevancia práctica las otras modalidades sancionatorias reguladas. Con penas restrictivas de libertad, limitativas de derechos, y la multa.*

*Se revisan los fundamentos constitucional y legal de nuestro sistema de determinación de la pena, haciendo abstracción de los principios generales plasmados en nuestro código.*

### ABSTRACT

*The judicial determination of the penalty is the final stage to which the legal consequences of the punishable act lead, carried out by the judge according to its nature, severity and manner of execution. To which the magistrate arrives choosing one of the various possibilities provided by law. The complexity of it is visualized when verifying the two instances in which it takes place: the legal and the judicial.*

*The regulations have regulated a series of factors that affect the determination of the same, modifying circumstances of criminal responsibility are established, which mitigate or aggravate the penalties established in the abstract for each punishable act. The same ones that are established in*

(\*) Maestra en Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Cesar Vallejo, Lima, Perú  
aliagavanessa@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-2914-2470,

*the Penal Code, in the special section or the general part thereof.*

*The judicial determination or the individualization of the sentence is not carried out in the abstract, but is developed according to the peculiarities of the specific case: paying enough attention to the crime committed (unjust), as well as to the guilt of the author, taking into account legal criteria.*

*In this regard, comparative law presents us with at least six different ways of regulating the judicial determination of the penalty.*

*The Work shows us the system of penalties adopted by the Peruvian Penal Code, very similar to the majority of other punitive bodies on the continent, characterized by a greater weight on custodial sentences, to the detriment of the little practical relevance of the other sanctioning modalities regulated. With restrictive penalties of freedom, limitation of rights, and the fine.*

*The constitutional and legal foundations of our penalty determination system are reviewed, abstracting from the general principles embodied in our code.*

## **PALABRAS CLAVE**

*Determinación judicial de la pena, responsabilidad penal, individualización de la pena, culpabilidad del autor, penas restrictivas de libertad, penas limitativas de derechos.*

## **KEYWORDS**

*Judicial determination of the penalty, criminal responsibility, individualization of the penalty, guilt of the author, restrictive freedom penalties, rights restrictive penalties.*

Fecha de recepción de originales: 05 de Agosto de 2019.

Fecha de aceptación de originales: 26 de Agosto de 2019.

## **ÍNDICE**

«Determinación judicial de la pena en el Perú»  
Resumen / Abstract / Palabras clave / Keywords  
Índice / Introducción

1. Determinación judicial de la pena
2. Derecho comparado
3. Legislación Comparada
4. Clases de penas: a. La pena privativa de libertad / b. Las penas restrictivas de libertad / c. Las penas limitativas de derechos / d. La pena de multa
5. Sistema peruano de determinación judicial de la pena
6. Fundamentación y la determinación de la pena
7. Principios básicos: a. El principio de legalidad / b. El principio de proporcionalidad / c. El principio de publicidad / d. El principio de humanidad / e. El principio del acto / f. El principio de taxatividad / g. El principio de igualdad ante la ley penal / h. El principio de la teleología de las sanciones penales / i. El principio de protección de bienes jurídicos / j. El principio de culpabilidad.
8. Determinación de la pena bajo los alcances del Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116
9. Conclusiones
10. Referencias

## INTRODUCCIÓN

En un *Estado de Derecho*, la labor legislativa está sometida a principios jurídicos de naturaleza constitucional. Recayendo esta tarea, de fijación de los marcos penales, en el legislador, que detenta legitimidad democrática. Por ello tiene facultad para seleccionar los bienes jurídicos que merecen protección penal dentro de un marco de protección a los bienes jurídicos en salvaguarda de un modelo de convivencia social. Con esas metas, plantea, fijar las sanciones penales necesarias para proteger esos fines legítimos. Para ello debe de preservar el respeto de la ley y el orden constitucional, a fin de lograr en la comunidad la fidelidad al ordenamiento jurídico, el cumplimiento de las normas de convivencia pacífica, por tanto velar también por la resocialización de los infractores en la nueva inserción a la sociedad (Ramos y Woischnik, 2001, p.144).

Sin embargo, este accionar de velar por el cumplimiento de las normas sociales y jurídicas no está exento de límites y pautas de actuación, el legislador penal no es absolutamente libre en la fijación de marcos penales. Ya que se encuentra sujeto al *Estado de Derecho* y a los principios constitucionales que vinculan al legislador a la hora de fijar la pena de un delito y que limitan su arbitrio (Ramos y Woischnik, 2001, p.144).

Es así, que el órgano jurisdiccional, llegado el momento de la finalización de un proceso penal, emite una sentencia. La misma que debe de contener tres juicios importantes. Pronunciamiento sobre la tipicidad de la conducta atribuida al procesado (juicio de subsunción), declaración de la inocencia o culpabilidad del procesado, y finalmente, como paso final, deberá de establecer la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas aplicables al autor de la infracción penal, individualizando la sanción.

Dicha determinación judicial de la pena es un procedimiento técnico y valorativo, de individualización de sanciones penales, que identifica y mide las dimensiones cualitativas y cuantitativas de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar al autor o partícipe de un delito.

## DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Según Jescheck, (1981, p. 1189), la «*determinación judicial de la pena es la determinación de las consecuencias jurídicas del*

*hecho punible llevada a cabo por el juez conforme a su naturaleza, gravedad y forma de ejecución, eligiendo una de las diversas posibilidades previstas legalmente. La determinación judicial de la pena no comprende, como su nombre parece indicar, solamente la fijación de la pena aplicable, sino también su suspensión condicional con imposición de obligaciones e instrucciones, la amonestación con reserva de pena, la dispensa de pena, la declaración de impunidad, la imposición de medidas de seguridad, la imposición del comiso y de la confiscación, así como las consecuencias accesorias»*

Ciertamente la complejidad de la determinación judicial de la pena se visualiza al comprobar las dos instancias en que se desarrolla: la legal y la judicial. La *determinación legal* se realiza en abstracto, y recae en el tipo de pena, en los límites del mismo (mínimo y máximo), establecidos en el Código Penal para cada delito. (Boldova, 2004, p. 220).

Para Ore Sosa (2013), esto se debe a una serie de factores que inciden en la determinación de la misma, se establecen circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, que atenúan o agravan las penas establecidas en abstracto para cada hecho punible. Así, se ven incididas por las normas del Código penal, en la sección especial o a la parte general del mismo. Por ello, la instancia de *determinación judicial* o de individualización de la pena, no se realiza en abstracto, sino que se desarrolla según las peculiaridades del caso concreto: prestando bastante atención al delito cometido (injusto), así como también a la culpabilidad del autor, tomando en cuenta los criterios legales (artículo 46 del Código Penal).

Según Jakobs (2003, p. 805), para que el Derecho penal cumpla su prestación social no basta con imputar el hecho penalmente relevante a un sujeto imputable. La reacción frente al delito debe objetivarse en el mismo nivel que el propio hecho del autor, por lo que la pena debe constituir el retiro de los medios de interacción incorrectamente administrados.

Estando el magistrado rodeado de un conjunto de pautas a las que debe limitarse a fin de ejercer adecuadamente su labor jurisdiccional (fase de concreción o individualización de la pena). Dicha tarea, conoce límites legales previamente establecidos (mínimos y máximos de la pena básica y las circunstancias modificativas), teniendo especial cuidado en el caso concreto, a fin de aplicar

correctamente los factores propuestos por el legislador, entre los que se encuentra la dosificación de la pena (importancia de los deberes infringidos, naturaleza de la acción, medios empleados, etc.). A propósito de ello Prado (2000, p. 100) ha relacionado a esta fase «la función preventiva de la pena y a las exigencias de los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad».

Tal como lo señala Bustos (2006, p. 539), reduce el margen de discrecionalidad, a costa de ganar una dosis de mayor justicia al reducir la arbitrariedad. Debiéndose realizar la debida motivación de las sentencias, así como, el ejercicio de la impugnación en doble instancia.

La regulación del procedimiento de determinación judicial de la pena, se encuentra previsto en el Código Penal (artículos 45 y 46, antes de la última modificación mediante la Ley 30076), donde se establecen una multiplicidad de normas dispersas en este cuerpo legislativo. Siendo dichas pautas: la omisión impropia (art. 13 *in fine*); error de prohibición vencible (art. 14); error de comprensión culturalmente condicionado (art. 15); tentativa (art. 16); eximentes incompletas (art. 21); imputabilidad restringida (art. 22); complicidad secundaria (art. 25); agravante por prevalimiento del cargo (46-- A); reincidencia (46-- B); habitualidad (46-- C); concurso ideal (art. 48); entre otras. Además, de diversas normas, procesales, que afectan igualmente a la determinación de la pena concreta, como son la confesión sincera (art. 161 CPP) y terminación anticipada (art. 471 CPP). Siendo característica general en la mayoría de ellas, el indicar que la pena será «atenuada o disminuida prudencialmente», sin mayor precisión de si la reducción se realizará fuera de los límites inferiores del mínimo legal. Siendo la interpretación con mayor aceptación la que entiende que la pena a imponer puede estar ubicada por debajo del mínimo (*favor rei*), sin que precisar algún límite.

## DERECHO COMPARADO

El derecho comparado nos plantea por lo menos seis formas distintas de regular la determinación judicial de la pena. Zaffaroni (1987, pp. 275 y ss) nos describe dichas alternativas.

a) Un primer sistema, es uno de tabulación de agravantes y atenuantes con penas fijas (códigos penales francés de 1.791 y brasileño de 1.830), responde a un sistema de concepción filosófica racionalista, que muestra

desconfianza hacia el juez, estableciendo una pena intermedia, donde no existen ni unas ni otras o se duda en torno a su presencia.

- b) En segundo lugar, está un modelo de tabulación con criterios de tasación generales, con atenuantes y agravantes y penas flexibles (Código Bávaro de 1813), indicándose pautas generales para el establecimiento de la pena entre mínimos y máximos en cada infracción, seguidas de circunstancias de mayor y de menor punibilidad.
- c) En tercer lugar, se desarrolla un método de penas flexibles, estableciéndose un mínimo y un máximo de pena. Dejando al magistrado la tarea de realizar la medición, sin señalar criterios rígidos de medición de la misma (Velásquez, 2008).
- d) En cuarto lugar, está el régimen de tabulación de circunstancias con penas relativamente rígidas (C. P. Español de 1822, y el de 1870; el C. P. Colombiano de 1837). Estableciendo un listado de agravantes y atenuantes, con la tasación de la pena partiendo de un marco establecido en la norma para cada figura, con tres grados de delito: el máximo; el término medio; y el mínimo de la pena (Velásquez, 2008).
- e) En quinto lugar, se señala, un patrón de penas flexibles, sin indicar criterios generales, con atenuantes genéricas no especificadas, a fin de disminuir la pena en una proporción determinada (Código de Italia de 1889).
- f) Otro sistema es el que comprende criterios generales o fórmulas sintéticas, con penas flexibles (Código Suizo de 1937 o el Código Bávaro de 1813). En el caso peruano, se aprecian criterios genéricos de tasación de la pena (Códigos de 1924), el mismo que fue influenciado por los proyectos suizos; que a su vez ha trascendido, con algunos cambios, en el actual C. P. Peruano de 1991.
- g) Otra clasificación distinta, es la de los que ofrece un complejo sistema métrico, pseudo aritmético, compuesto de grados, circunstancias, etc. de manera que el juez queda reducido a realizar una especie de operación aritmética (códigos españoles del siglo XIX y el vigente hasta 1995) (Quintero y otros, 2002, pp. 706 y 707).
- h) Esta también el sistema que deja el problema

absolutamente en manos del libre arbitrio judicial, a fin de que el juez pueda valorar por sí mismo las circunstancias personales y fácticas que concurran en el autor y en el hecho.

- i) Finalmente, está el sistema que indica criterios orientadores no vinculantes, que le sirven al juez como guía para individualizar la pena (sistema alemán vigente).

### LEGISLACIÓN COMPARADA

Entre los diversos arquetipos legales tenemos el Código Penal alemán, cuya Parte General de 1975, señala como «Principios de la medición de la pena (Jescheck, 2003, pp. 785 y ss):

- (1) La culpabilidad del autor como fundamento de medición de la pena. Que prevé las consecuencias de la pena, para el futuro del autor en sociedad.
- (2) En el establecimiento de la sanción el Tribunal sopesará las circunstancias que hablen a favor y en contra del autor (motivos y fines de la acción delictiva; la actitud que deriva del hecho, y la voluntad empleada en él; el grado de quebrantamiento del deber; manera en que ejecutó el hecho; consecuencias culpables del hecho; entre otras).
- (3) Las circunstancias que son ya características del supuesto de hecho legal, no pueden ser tenidas en cuenta.

Por su parte, el Código Penal austriaco de 1975, consagra entre los principios generales a la culpabilidad del autor como fundamento para la cuantificación de la pena, teniendo en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación; el principio de culpabilidad y dispone la prohibición de la doble valoración en este ámbito.

Mientras que el Código penal italiano de 1930, establece el Poder discrecional del juez en la aplicación de la pena; límites fijados por la ley; aplicación de la pena discrecionalmente; sin que el aumento o en la disminución de la pena excedan los límites establecidos para cada especie de pena; la gravedad de la infracción; los efectos de la pena; la gravedad de la infracción, deduciéndola de la naturaleza, de la especie, de los medios, del objeto, del tiempo, del lugar y de cualquier otra modalidad de la acción, de la gravedad del daño o del peligro ocasionados a la persona ofendida por la infracción,

de la intensidad del dolo o del grado de la culpa (Fiandaca y Musco, 2019, p. 705).

Por su parte el sistema español no divide las penas en grados sino que señala la duración máxima y mínima de cada una de ellas; permite que el juez se mueva con libertad a la hora de elegir la cantidad de pena si no concurren circunstancias de agravación o de atenuación; establece un catálogo de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, sean atenuantes o agravantes; y, señala también de manera taxativa los efectos punitivos que tiene la participación en el delito, su grado de ejecución, o el concurso de delitos (Muñoz y García, 2010, pp. 581 y ss).

### CLASES DE PENAS

El legislador penal establece, la clase de pena aplicable a cada delito previsto en la normativa penal, pudiendo presentarse como una pena única. También puede la norma contener varias penas para el delito, pudiendo imponerse éstas de forma acumulativa (pena compuesta) o alternativa. Otra situación es que, el delito puede admitir la imposición de dos penas, pero no como penas acumulativas, sino una como principal y la otra como accesoria (Gracia y otros, 2015).

Las clases de penas previstas en el artículo 28 del CP son las siguientes: Pena privativa de libertad, penas restrictivas de libertad, penas limitativas de derechos y pena de multa.

#### a. La pena privativa de libertad

La pena privativa de libertad consiste en la limitación coactiva de la libertad de movimiento mediante el internamiento *en* un establecimiento penitenciario

#### b. Las penas restrictivas de libertad

Las penas restrictivas de libertad constituyen una limitación a la libertad de tránsito. Son de dos tipos: La pena de expatriación para el caso de nacionales y la pena de expulsión del país para el caso de extranjeros.

La legitimidad de la pena de expatriación comenzó, sin embargo, a ser cuestionada, por considerarla contraria a la normativa internacional referida a derechos humanos, por esta razón, mediante Ley 29460 (2009) se suprimió del Código Penal.

**c. Las penas limitativas de derechos**

Las penas limitativas de derechos constituyen una restricción a otros derechos constitucionalmente reconocidos, como, por ejemplo, el derecho a la libertad de trabajo, a la libertad personal, a los derechos políticos, etc.

**d. La pena de multa**

La pena de multa implica la privación de una parte del patrimonio del autor del delito. La determinación de la cuantía de la multa sigue en la actualidad el sistema de los días multa. Siendo el factor de referencia de la multa, el llamado día-multa, donde se tiene en consideración el ingreso promedio diario del condenado, determinado con base en su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza.

**SISTEMA PERUANO DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA**

El sistema de penas adoptado por el Código penal peruano es similar a la mayoría de otros cuerpos punitivos del continente, caracterizándose por un peso mayor sobre las penas privativas de libertad, teniendo muy poca relevancia práctica las otras modalidades sancionatorias reguladas.

A diferencia de otros cuerpos punitivos más avanzados (en el sistema alemán de 1989, el 83% de los condenados por delitos comunes se les impone pena de multa) (Dölling, 1992, p. 102).

Para Prado (1993, pp. 21 y ss), al analizar los fundamentos constitucional y legal de nuestro sistema de determinación de la pena, haciendo abstracción de los principios generales plasmados en nuestro código, en su título preliminar establece que son verdaderos desarrollos de las disposiciones constitucionales y de las normas pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El Código penal en su Capítulo II, del Título III, Arts. 45 y 46, disponen lo siguiente:

*«Artículo 45°. -El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta:*

1. *Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente;*
2. *Su cultura y sus costumbres; y*

**3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen».**

Con el reformador artículo 45 A del Código Penal se introduce, un nuevo sistema de individualización de la pena.

- a) **Concreción de la pena en delitos donde no concurren circunstancias modificativas cualificadas o privilegiadas**  
Aquí se da el supuesto simple, no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes privilegiadas, la pena se establece dentro del tercio inferior.
- b) **Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se dé determina dentro del tercio intermedio.**
- c) **La pena se determinará dentro del tercio superior cuando solo concurren circunstancias agravantes.**

Luego de realizado lo anteriormente descrito, concluye el razonamiento del magistrado, ya ubicado dentro del tercio correspondiente, se individualiza la pena en función del injusto cometido, atendiendo a los valores de los factores previstos en el artículo 45 CP, tal es el caso de carencias de tipo social sobre el autor; su grado cultural y sus costumbres; además, de los intereses de la víctima, incluyendo a su familia y dependientes; y 46 CP. A lo ya antes dicho, se suma la reducción de la pena producida, en atención a la existencia de una confesión sincera, terminación anticipada u otras de similar naturaleza.

*«b) Concreción de la pena en delitos con circunstancias modificativas cualificadas o privilegiadas»*

Aquí se aplica la técnica legislativa. pretende indicar cómo se determinará la pena concreta cuando concurren atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas. (inc. 3 del artículo 45-- A). Siendo el caso de circunstancias atenuantes, corresponde que la pena concreta se establezca por debajo del tercio inferior [tal como lo señala el literal a)]; en caso de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior [literal b)].

De igual forma, se aplicará normas procesales que tiendan a reducir la pena ya individualizada. Como es el caso de los beneficios por terminación anticipada o confesión sincera o (arts. 471 y 161 y

del CPP, respectivamente). En el caso del literal c) del inc. 3 del artículo 45-- A. Señala que en los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes [privilegiadas] y agravantes [cualificadas], la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito, supone una anulación de ambas circunstancias.

*«46º. – Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, considerando especialmente:*

1. *La naturaleza de la acción;*
2. *Los medios empleados;*
3. *La importancia de los deberes infringidos;*
4. *La extensión del daño o peligro causados;*
5. *Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión;*
6. *Los móviles y fines;*
7. *La unidad o pluralidad de los agentes;*
8. *La edad, educación, situación económica y medio social;*
9. *La reparación espontánea que hubiere hecho del daño;*
10. *La confesión sincera antes de haber sido descubierto; y*
11. *Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente.*

*El Juez debe tomar conocimiento directo del agente y, en cuanto sea posible o útil, de la víctima».*

## **FUNDAMENTACIÓN Y LA DETERMINACIÓN DE LA PENA**

Este texto, fue confeccionado tomando como punto de partida el Art. 46 del Proyecto de reformas a la Parte general del Código penal de la Nación Argentina. (Hurtado, 1996, pp. 54 y ss).

Señala tres pautas genéricas que se deben

verificar: las carencias sociales sufridas por el agente; su cultura y costumbres; y los intereses de la víctima, su familia, o dependientes.

Respecto a las carencias sociales sufridas, Maurach (1994, pp. 692 y 697) señala que, la norma consigna dos conceptos diferentes. El fundamento del juez, es el principio, que reafirma la exigencia constitucional, haciendo previsibles las sanciones, es decir que las tasaciones de la pena no sean caprichosas (por consiguiente demás, contrarias la Ley de Leyes, acorde al Estado Social y Democrático de Derecho y sustento de la dignidad de la persona humana (arts. 1 y 43 de la Const.).

Asimismo, Ziffer (1996, p.106) establece que, debe de tenerse en cuenta el principio de la inherencia o de la prohibición de la doble valoración, es decir que la utilización de criterios de determinación de la pena en sentido estricto, solo deberá de utilizarse cuando la gravedad del hecho punible cometido así lo determine, utilizando para ello la respectiva figura punible pre establecida en la norma, es decir no volver a utilizar criterios ya usados en la etapa anterior, ya que podría violentarse el principio del *non bis in idem*.

Siendo once numerales las que deben de ser analizadas a fin de que el Juez aquilate el grado de injusto y establezca el grado de culpabilidad del agente. Siendo las mismas: la naturaleza de la acción (núm. 1), los medios empleados (núm. 2), y la extensión del daño o peligro causados (núm. 3); la concerniente a «las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión» (núm. 5); «la unidad o pluralidad de los agentes» (núm. 7), es decir, casos de concurso de personas en la participación criminal, diversas formas de autoría (autoría directa, autoría mediata, coautoría), modalidades de participación criminal en sentido estricto (instigación y complicidad), «los móviles y fines» (núm. 6) que aclaran cuál era el contenido de la voluntad del agente de trasgresión a la ley penal (a fin de precisar el grado de injusto o búsqueda de desvalor de acción); aquilatar los «fines» de motivación del autor para accionar y cometer el injusto; el grado de injusto la fórmula (núm. 3), según «la importancia de los deberes infringidos (precisando el desvalor de resultado) los mismos que deben necesariamente de concretarse en una amenaza o lesión para con el bien jurídico tutelado (artículo IV del Título Preliminar).

Para Ziffer (1996, p.137 y ss), son aspectos relevantes, el grado de culpabilidad, patentizados en «la edad, educación, situación económica y

medio social» (núm. 8) , que se traslucen en «la cultura y sus costumbres»; la capacidad de autogobernarse, a fin de exigirse mayor o menor grado de culpabilidad; «las condiciones personales» del agente, es decir la personalidad del autor, desde la perspectiva del grado de injusto; el grado de culpabilidad dependiendo de la mayor o menor exigibilidad que le quepa por la realización del injusto.

Para Villavicencio (2006, p.195), es de relevancia, «la reparación espontánea que hubiere hecho del daño» y «la confesión sincera antes de haber sido descubierto» (núms. 9 y 10), que son situaciones posteriores a la realización del hecho. También, será relevante al hecho delictivo, el conocimiento del agente por parte del juez (Art. 46) a fin de valorar de manera directa la graduación del ilícito.

Con ello se persigue, lo que Zaffaroni (2002, p.336) adecuadamente señala como, «un doble cometido: de un lado, garantiza la inmediatez entre el juez o fallador y el reo»; y, del otro, se plantea que dicha determinación de la pena sea resultado de la actividad jurisdiccional.

Para Bramont (1966, p. 250), la necesidad de pena, se va a patentizar en la utilización de criterios preventivos a la hora de individualizar la sanción, ya que la pena deja de ser necesaria para proteger a la sociedad cuando puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales (solo siendo necesaria como ultima ratio), y que se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien a la comunidad con el menor costo social.

## PRINCIPIOS BÁSICOS

Todo lo anteriormente expuesto debe de ser aquilatado bajo la sombra de una protección especial, dada por una serie de principios o pautas generales que buscar orientar la acción de la justicia con rumbos adecuados a los fines de la persona humana. Así se resaltan los principios bajo los cuales todo accionar del órgano jurisdiccional debe de moverse, sin salir de los mismos, bajo sanción de perder toda idoneidad y resabio de justicia.

### a. El principio de legalidad.

Siendo un poder del Estado, el determinar y

ejecutar las consecuencias jurídicas del hecho punible (penas y medidas de seguridad), el mismo se ejerce bajo la sombra del imperio de la ley, que a su vez es expresión de la voluntad general, que se patentiza en el principio de reserva (sólo mediante el instrumento jurídico de la ley, expedida por el órgano estatal autorizado para regular dichas materias, se ponen en vigencia las penas y las medidas de seguridad). Es decir que no hay pena o medida de seguridad sin ley escrita (que implica la prohibición del derecho consuetudinario para este fin), debiendo la misma ser estricta (prohibición de la analogía, salvo la favorable), cierta (clara, precisa, y determinada en la ley, que no se tenga duda en cuanto a su contenido y alcance), y previa (creadas con anterioridad a la situación juzgada, por una ley anterior al hecho).

### b. El principio de proporcionalidad.

Dicho principio exige, que exista proporción entre la gravedad de la pena y la gravedad del delito; que las penas sean proporcionadas a la gravedad del delito cometido. Beccaria (1993, p. 255), señala que, esa proporcionalidad debe darse tanto en abstracto como en concreto, es decir, tanto en la relación entre la gravedad del delito y la pena, con la que de forma general, se conmina en la ley (proporcionalidad *abstracta*), como también, en la relación entre la pena exacta impuesta al autor y la gravedad del hecho concreto cometido (proporcionalidad *concreta*). Dicho principio lo hallamos en: Arts. 2 núm. 24 b y d; 43 («*la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana*»), y 45 inc. 1° («*el poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen*»); y VIII del C. P. 18.

La exigencia de proporcionalidad *abstracta* va dirigida al legislador a la hora de fijar los marcos penales, mientras que, la de proporcionalidad *concreta* se orienta al juez, cuando impone una pena al responsable criminal de un hecho concreto (Beccaria, 1993, p. 255).

Esta exigencia de proporcionalidad de las penas tiene sus orígenes en las ideas que se desarrollan en Europa a partir del siglo XVIII, plasmados más adelante en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: «*la Ley no debe señalar sino las penas*



*estrictamente necesarias y proporcionales al delito».*

Beccaria, sintetiza esta premisa: «*para que la pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe ser la pena pública, pronta, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes»* (Beccaria, 1993, p.148)

Esto ha sido desarrollado por la doctrina alemana «*nadie puede ser incomodado o lesionado en sus derechos con medidas jurídicas desproporcionadas»* (Hasssemer, 1994, p. 279).

### c. El principio de publicidad

De mucha relevancia es el conocimiento previo de la norma, también las consecuencias jurídicas impuestas deben ser transparentadas a todos los ciudadanos, debiendo necesariamente de tener carácter público, a fin de que la opinión se entere del comportamiento de sus jueces.

### d. El principio de humanidad.

Es la potestad punitiva del Estado, frente al ciudadano en cuanto infractor y luego penado, que implica el mantenimiento, no sólo de su autonomía ética, sino también, su indemnidad personal, mucho más si está en la situación de que los poderes jurisdiccionales van a determinar la pena imponible. Debido a esto existe la proscripción de las penas o medidas de seguridad perpetuas, crueles, o degradantes (Arts. 1 y 2 núm. 24 h de la Constitución): «*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado»*, y «*Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes»* (I del C. P.; y III del Código de ejecución penal 991; 1 y 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos).

### e. El principio del acto.

Es decir, el comportamiento sujeto infractor al cometer el ilícito, debe de ser concretizado en la realidad. Traducido en un acontecimiento en el mundo de la naturaleza, como consecuencia de un actuar previo del ser humano. Debe de ser exteriorizado. Solo así, se concibe que se

aplique a la situación el derecho represivo, el castigo a los hombres. En otras palabras, se va a castigar solo lo verdaderamente realizado y no lo pensado o deseado.

De allí, resulta que, el fenómeno criminal no puede aquilatarse a partir del hábitos, temperamento, pensamiento o afectividad de las personas. Cuya máxima es: se castiga por lo que se hace y no por lo que se es.

### f. El principio de taxatividad.

Quiere decir que no hay pena o medida de seguridad sin ley cierta. La ley debe de ser clara y precisa, no existiendo duda en cuanto a su jerarquía, grado y duración de vigencia en el tiempo. Todo ello, pensando en la certeza de la misma, a fin de que no atente contra la seguridad jurídica. Siendo esta exigencia aun mayor cuando se trata de medidas de seguridad. Resulta de ello el cuestionamiento de la cadena perpetua, donde no se indica la duración de la sanción, no indica un límite preciso (Arts. 2 núm. 24 d de la constitución; II del C. P.).

### g. El principio de igualdad ante la ley penal.

Se desprende dicho principio constitucional y legal de los Arts. 2 núm. 2: «*Toda persona tiene derecho: ... 2. A la igualdad ante la ley, nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole»* de la Const.

Es decir, todos los ciudadanos deben ser tratados con igualdad de respeto a sus derechos fundamentales, ofreciéndoles las mismas oportunidades para su accionar, sin que las normas jurídicas impliquen alguna discriminación o desbalance a la hora del juzgamiento, la imposición y la ejecución de penas.

### h. El principio de la teleología de las sanciones penales.

El juez, ejerciendo su labor de administrador de justicia competente de la situación a juzgar, impone al infractor de la ley una sanción, pena o medida de seguridad. Roxín (1976, p. 11 y ss) dice que esta situación se concretiza con la finalidad de poner en funcionamiento un programa político criminal, previamente dise-

ñado para buscar la paz social y reparar los daños que se originan a partir de la vulneración de los bienes jurídicos. Es decir, el accionar del juzgador no es un simple capricho, sino que, se debe a la aplicación al caso concreto y con las garantías debidas, en defensa de la seguridad jurídica ciudadana (Arts. 1, 2 núms. 2 a 24, 3, 139 núms. 21 y 22, 162 primer párrafo de la Constitución; I y IX del C. P.; II y III del Código de ejecución penal).

**i. El principio de protección de bienes jurídicos.**

Debe de tener, como resultado de la acción delictiva, el agravio del bien jurídico. Es decir, la ofensividad, lesividad, u objetividad jurídica del delito, es absolutamente necesaria, por lo que no hay delito sin daño, no existe acción punible sin amenaza real o potencial para el bien jurídico tutelado (Arts. 2 núm. 24 b y d de la Const.; y IV y 46 del C. P).

**j. El principio de culpabilidad.**

No hay pena sin culpabilidad, de ella resulta la sanción penal, fundada en el reproche o exigencia del agente. Por lo que, no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad.

Siendo excluida la responsabilidad objetiva o por el resultado; no pudiendo la pena sobrepasar la medida de la culpabilidad (Ziffer, 1996, p.106).

Por ello, la sanción debe ser individual o personal y sólo alcanza a quien ha transgredido la ley como autor o partícipe de la acción, no comprendiendo a terceros, mucho menos si le unen al infractor, solo vínculos de amistad, credo, filiación familiar, sentimientos, etc. (Arts. 2 núm. 24 d y 139 Inc. 1 tercer párrafo de la Const.; y VII, 12 y 46 del C. P. 17).

Situación que esta proscrita en los casos de condena a personas que tienen limitado sus alcances de raciocinio por factores físicos o mentales, como es el caso de un inimputable (causal de inculpabilidad).

También, se infringe dicho principio, cuando se da mayor pena a reincidentes, delinquentes

profesionales o habituales (más allá del grado de culpabilidad), o cuando se deduce responsabilidad penal al acusado por acciones realizadas por otra persona (Ziffer, 1996, p.106).

**DETERMINACIÓN DE LA PENA BAJO LOS ALCANCES DEL ACUERDO PLENARIO 1-2008/ CJ-116**

Nuestro país se ha adoptado un sistema legal de determinación de la pena de tipo intermedio o ecléctico. Donde el legislador señala el mínimo y el máximo de pena que corresponde a cada delito. Enmarcando al Juez en un contexto funcional de individualizar y concretar la pena aplicable al condenado.

Para ello, deberá de actuar en coherencia con principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (artículos II, IV, y VIII del Título Preliminar del Código Penal), bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales.

En el nivel operativo, el Juez debe determinar la pena básica, verificando el mínimo y el máximo de pena conminada aplicable al delito. Existiendo delitos en los que el mínimo o el máximo de pena no aparecen definidos en la sanción establecida en la norma, razón por la cual la pena básica deberá configurarse tomando en cuenta los límites generales previstos en el Libro Primero del Código Penal.

Además, el Juzgador debe individualizar la pena concreta, entre el mínimo y el máximo de la pena básica, evaluando, para ello, diferentes circunstancias como las contenidas en los artículos 46°, 46° A, 46° B y 46° C del Código Penal y que estén presentes en el caso penal. Siendo circunstancias, los factores objetivos o subjetivos que influyen la medición de la intensidad del delito (antijuridicidad o culpabilidad), haciéndolo más o menos grave. Considerándose circunstancias comunes o genéricas a aquellas que pueden operar con cualquier delito.

En la causa puedan estar presentes varias circunstancias agravantes, varias circunstancias atenuantes, circunstancia que debe ser evaluada en sus efectos para la configuración de la pena concreta (González 1980).

**CONCLUSIONES**

1. Existe una grave limitación del Código Penal Peruano, respecto a su escasa y dispersa normatividad, sobre la determinación judicial de la pena.
2. El juez tiene un marco legal que se ha construido con un mínimo y un máximo de pena, dentro de cuyos límites éste deberá decidir la calidad y extensión concreta de la sanción aplicable.
3. El Código Penal vigente aporta algunos principios y reglas técnicas. Sumado al soporte lógico y constitucional de dicho marco legal se coloca el deber de fundamentación de las resoluciones judiciales, que consagra y garantiza el inciso 5 del artículo 139º de la Constitución.
4. El Derecho nacional faculta al juez con un amplio marco normativo de acción para cumplir su tarea funcional de individualizar en el caso concreto la pena aplicable, teniendo como único control a la justificación interna y externa de los resultados. Dependiendo de su capacidad técnica y ética para obtener una pena justa.
5. Los principios y derechos fundamentales sirven de orientación y soporte, teniendo una notable importancia, que garantiza el cumplimiento de derechos y libertades que sirven de fundamento a un Estado Social y Democrático de Derecho.
6. Es necesaria una reforma que plasme cambios normativos a fin de que se establezca un procedimiento práctico de determinación judicial de la pena. Esto para lograr un sistema jurídico funcional, adecuado a la realidad (judicial y penitenciaria) peruana, con una necesaria y adecuada graduación judicial de la pena en el caso concreto.
7. El magistrado está rodeado de un conjunto de pautas a las que debe limitarse a fin de ejercer adecuadamente su labor jurisdiccional (fase de concreción o individualización de la pena). Dicha tarea, conoce límites legales previamente establecidos (mínimos y máximos de la pena básica, y las circunstancias modificativas), teniendo especial cuidado en el caso concreto, a fin de aplicar correctamente los factores propuestos por el legislador, entre los que se

encuentra la dosificación de la pena (importancia de los deberes infringidos, naturaleza de la acción, medios empleados, etc.).

**REFERENCIAS**

- Beccaria (1993). Tratado de los delitos y de las penas (trad. de la edición italiana de 1774 por J.A. de las Casas y presentación de F. Tomás y Valiente), Madrid.
- Boldova Pasamar, M. (2004) Aplicación y determinación de la pena. *En: Gracia/ Boldova/ Alastuey. Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Bramont, L. A. (1966). Código penal anotado. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Bustos Ramírez, J. y Hernán (2006). Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Madrid, Trotta.
- Dölling, D. (1992). El desarrollo de las sanciones no privativas de libertad en el derecho alemán. Recuperado de: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_1997\\_05.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1997_05.pdf)
- Fiandaca, G y Musco, E. (2019). Diritto penale. Italia. Parte generale. Rilegato.
- González Cussac, J. (1980). Teoría General de las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal. Valencia, España. Universidad de Valencia.
- Gracia Martín, L; Boldova Pasamar, M; Alastuey Dobón, C. (2015). Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito. Madrid, España. Tirant lo Blanch.
- Hassemer (1994). Fundamentos del Derecho Penal (trad. y notas de Fco. Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero), Barcelona.
- Hurtado Pozo (1996). Responsabilidad y culpabilidad» en Anuario de Derecho penal nº 93. Université de Fribourg.

- Jakobs (2003). Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal, Madrid. Universidad Externado de Colombia. p. 52.
- Jescheck (2003). Tratado de Derecho Penal. Barcelona, España. Editorial Comares.
- Jescheck, H. (1981). Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen Segundo. Bosch. Barcelona.
- Maurach, R.; Gössel, K.; y Zipf, H. (1994). Derecho Penal. Parte General. 2. Buenos Aires, Argentina. Astrea.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2010). Derecho Penal, Valencia. Tirant le Blanch.
- Ore Sosa, E. (2013). Determinación judicial de la pena. reincidencia y habitualidad. a propósito de las modificaciones operadas por la ley 30076. *En Gaceta Penal N°51, setiembre 2013*. Recuperado de: [https://cirocancho.pe/wp-content/themes/cirocancho/descargas/determinacionjudicialdelapena/Lecturas/OR % C 3 % 8 9 % 2 0 S O S A - DETERMINACION%20JUDICIAL%20DE%20LA%20PENA.pdf](https://cirocancho.pe/wp-content/themes/cirocancho/descargas/determinacionjudicialdelapena/Lecturas/OR%20C3%289%20SOSA-DETERMINACION%20JUDICIAL%20DE%20LA%20PENA.pdf)
- Prado Saldarriaga, V. (1993). Comentarios del Código penal de 1991. Lima, Perú. Editorial Alternativas.
- Prado Saldarriaga, V. (2000). *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*. Lima, Gaceta Jurídica.
- Quintero, G; Morales F; Prats J. (2002). Manual de Derecho Penal parte general. Madrid, España. Editorial Aranzadi.
- Ramos Tapia, M. y Woischnik, J. (2001). Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales. Especial consideración del principio de proporcionalidad. *ponencia brindada en la Jornada de Evaluación de la Legislación Penal Sustantiva en Bolivia organizada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la GTZ, La Paz. Bolivia*. Recuperado de: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2001/pr/pr9.pdf>
- Roxín (1976). Problemas básicos del Derecho penal Madrid, España. Biblioteca de autores españoles y extranjeros.
- Roxin, Claus, Derecho Penal (1997). Parte General. Tomo I. Madrid.
- Velásquez, F. (2008). Los criterios de determinación de la pena en el c. p. peruano de 1991. Recuperado de: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080527\\_30.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080527_30.pdf)
- Villavicencio, F. (2006). Derecho penal: parte general. Lima: Grijley.
- Zaffaroni (1987). Tratado de Derecho Penal. Tomo V, Buenos Aires. Zaffaroni
- Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar, A. (2002). Derecho penal: parte general. 2ª. ed. Buenos. P.336.
- Ziffer, P. S. (1996). Lineamientos de la determinación de la pena. Buenos Aires, Argentina: Ad Hoc.