

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA  
ESCUELA DE POSTGRADO



MAESTRIA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

LÍNEA: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

TESIS

**“DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA Y SU APLICACIÓN EN LOS  
DELITOS DE HOMICIDIO SIMPLE Y CALIFICADO TRAMITADOS EN LOS  
JUZGADOS Y SALAS ESPECIALIZADAS PENALES DEL DISTRITO JUDICIAL  
DE CAJAMARCA – PERÍODO 2008 - 2010”**

Para optar el Grado Académico de  
MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:  
**MARCO ANTONIO GUEVARA VÁSQUEZ**

Asesor:  
**ORLANDO TAPIA BURGA**

CAJAMARCA – PERÚ

2013

COPYRIGHT © 2013 by  
**MARCO ANTONIO GUEVARA VÁSQUEZ**  
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSTGRADO



MAESTRIA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

LÍNEA: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

TESIS APROBADA:

**“DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA Y SU APLICACIÓN EN LOS  
DELITOS DE HOMICIDIO SIMPLE Y CALIFICADO TRAMITADOS EN LOS  
JUZGADOS Y SALAS ESPECIALIZADAS PENALES DEL DISTRITO JUDICIAL  
DE CAJAMARCA – PERÍODO 2008 - 2010”**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:

**MARCO ANTONIO GUEVARA VÁSQUEZ**

**Comité Científico**

M.Cs. Orlando Tapia Burga  
Asesor

Dra. Carmen Castillo Díaz  
Presidente del Comité

M.Cs. Lorenzo Castope Cerquín  
Primer Miembro Titular

M.Cs. Nilo Román Romero  
Segundo Miembro Titular

Cajamarca, Perú

2013

## DEDICATORIA

Con mucho cariño y amor a mis hijos Marcos Adrián y Fabiana Antonella.

A mi hijo Fabrizio Segundo, con amor especial, una estrellita que ilumina mi vida.

A mi esposa Nelly Haydee, por su constante apoyo para elaborar el presente trabajo.

En gratitud a mis padres Segundo y Esther.

## **AGRADECIMIENTO**

A mis compañeros de promoción de la Maestría en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Nacional de Cajamarca, por haber tenido la oportunidad de vivir nuevas experiencias académicas y aumentar nuestra amistad.

A mi asesor el Magister Orlando Tapia Burga, por el asesoramiento en la realización de la presente investigación.

Mi agradecimiento especial a Nelly Haydee Cotrina Rojas, por su ejemplo y apoyo constante, cuyo resultado es la presente investigación.

## PRESENTACIÓN

Me es grato presentar el trabajo de investigación titulado “Determinación judicial de la pena y su aplicación en los delitos de homicidio simple y calificado tramitados en los Juzgados y Salas Especializadas Penales de la Sede del Distrito Judicial de Cajamarca – Periodo 2008-2010”.

El trabajo de investigación que coloco a su disposición, servirá para obtener el grado de Magister en Derecho Penal y Criminología, además, será objeto de estudio por otros investigadores, que como en este caso irán sumando aportes en beneficio de la actividad jurisdiccional referida a la determinación judicial de la pena. Para su elaboración confluyeron esfuerzos y orientaciones, jornadas extensas de trabajo, obstáculos, pero sobre todo tenacidad.

El presente estudio apunta a realizar un análisis crítico comparativo sobre la aplicación del artículo 45° del Código Penal, al momento que el órgano jurisdiccional determina judicialmente la pena, en una sentencia condenatoria, este análisis se hace, desde tres ángulos; primero, desde la óptica de los jueces quienes, por su labor, emiten las sentencias condenatorias dentro de un proceso penal y consecuentemente determinan la pena y su *quantum*; segundo, desde la óptica de los fiscales y abogados, quienes participan en el proceso penal, y son los encargados de requerir la imposición de la pena, vía acusación y defensa de la misma; y tercero, a través del análisis, realizado en las sentencias condenatorias expedidas por el órgano jurisdiccional, en los delitos de homicidio simple y calificado, durante el periodo comprendido entre el año 2008 a 2010 en la Sede del Distrito Judicial de Cajamarca.

En tal sentido, pongo a vuestra disposición esta tesis, para que siga su construcción con las correcciones que estimen convenientes y constituya un documento orientador del trabajo investigativo y que las sugerencias que contiene sean implementadas para una mejora del proceso de determinación judicial de la pena, que va a redundar en beneficios de los justiciables que por diversos motivos se encuentran sujetos a un proceso penal y en mejorar la credibilidad en la administración de justicia.

## INDICE

DEDICATORIA.....	iv
AGRADECIMIENTO .....	v
PRESENTACIÓN .....	vi
INDICE.....	vii
RESUMEN.....	xiv
ABSTRACT .....	xvi
INTRODUCCIÓN.....	xviii

### CAPÍTULO I PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

1. Problema a investigar .....	1
1.1. Síntomas.....	1
1.2. Causas .....	2
1.3. Pronóstico .....	2
1.4. Control del pronóstico .....	2
2. Formulación del problema .....	3
3. Justificación de la investigación.....	3
4. Ámbito de la investigación.....	5
4.1. Delimitación espacial .....	5
4.2. Delimitación temporal .....	5
5. Objetivos .....	5
5.1. Objetivo general.....	5
5.2. Objetivos específicos.....	6
6. Hipótesis.....	6
7. Variables.....	6
8. Indicadores.....	6
9. Tipo de investigación.....	7
9.1. De acuerdo al fin que se persigue.....	7
9.1.1. Aplicada.....	7
9.2. De acuerdo al diseño de la investigación.....	7
9.2.1. Descriptiva .....	7
9.2.2 Explicativa .....	7
9.2.3. Propositiva .....	7
10. Metodología de la investigación o enfoque metodológico .....	7
10.1. Cualitativa.....	7
10.2. Cuantitativa .....	8

<b>11. Métodos utilizados .....</b>	<b>8</b>
11.1. Literal .....	8
11.2. Inductivo .....	8
11.3. Analítico.....	8
11.4. Exegético.....	8
11.5. Dogmático .....	9
11.6. Comparativo.....	9
11.7. Histórico .....	9
11.8. Funcionalista.....	9
11.9. Sintético.....	9
<b>12. Diseño de la investigación .....</b>	<b>9</b>
<b>13. Universo – muestra .....</b>	<b>10</b>
<b>14. Unidad de análisis .....</b>	<b>11</b>
<b>15. Documentales .....</b>	<b>11</b>
<b>16. Bibliográficas.....</b>	<b>11</b>
<b>17. Técnicas de recolección de datos.....</b>	<b>11</b>
<b>18. Tratamiento de la información.....</b>	<b>12</b>
<b>19. Limitaciones de la investigación.....</b>	<b>12</b>
<b>20. Marco conceptual.....</b>	<b>12</b>

**CAPÍTULO II  
MARCO TEÓRICO**

<b>1. Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud .....</b>	<b>17</b>
1.1. Generalidades .....	17
1.2. Homicidio simple .....	17
1.3. Homicidio calificado – parricidio y asesinato.....	18
<b>2. La pena .....</b>	<b>20</b>
2.1. Generalidades .....	20
2.2. Definición de la pena.....	21
2.3. Fines de la pena.....	22
2.3.1. Teoría de la retribución.....	22
2.3.2. Teorías preventivas.....	23
2.3.3. Prevención o teoría de la unificación o combinación .....	23
2.4. Clasificación de las penas.....	24
<b>3. Principios de la función jurisdiccional – motivación de resoluciones judiciales y     derecho de defensa .....</b>	<b>24</b>
3.1. Generalidades .....	24

<b>3.2. Motivación de resoluciones judiciales .....</b>	<b>25</b>
<b>3.2.1. Concepto .....</b>	<b>26</b>
<b>3.2.2. Motivación de resoluciones judiciales como principio constitucional .....</b>	<b>29</b>
<b>3.2.3. Motivación de resoluciones judiciales como derecho de los justiciables .....</b>	<b>29</b>
<b>3.2.4. Motivación de resoluciones judiciales y determinación de la pena .....</b>	<b>30</b>
<b>3.2.5. Requisitos de la motivación de las resoluciones judiciales .....</b>	<b>30</b>
<b>3.2.6. Motivación respecto a las máximas de la experiencia .....</b>	<b>32</b>
<b>3.2.7. Infracciones a la motivación de las resoluciones judiciales .....</b>	<b>32</b>
<b>3.2.8. Tribunal Constitucional y afectaciones a la motivación de las resoluciones judiciales.....</b>	<b>33</b>
<b>3.2.9. La inaplicación del artículo 45° del Código Penal origina la inexistencia de motivación e inexistencia de motivación cualificada en las resoluciones judiciales .....</b>	<b>36</b>
<b>3.3. Derecho de defensa .....</b>	<b>37</b>
<b>3.3.1. Concepto .....</b>	<b>38</b>
<b>3.3.2. Manifestaciones del derecho de defensa.....</b>	<b>38</b>
<b>3.3.3. Autodefensa y defensa técnica .....</b>	<b>39</b>
<b>3.3.4. Principios fundamentales del derecho de defensa.....</b>	<b>41</b>
<b>3.3.5. Afectación al derecho de defensa por inaplicación del artículo 45° del Código Penal en la determinación judicial de la pena .....</b>	<b>41</b>
<b>4. Fundamentación de la sentencia penal y su aplicación en la determinación de la pena.....</b>	<b>42</b>
<b>4.1. Fundamentación en la sentencia penal .....</b>	<b>42</b>
<b>4.1.1. Requisitos de la sentencia .....</b>	<b>43</b>
<b>4.2. Fundamentación y determinación de la pena.....</b>	<b>44</b>
<b>4.2.1. Generalidades .....</b>	<b>44</b>
<b>4.2.2. Fundamentación de la determinación de la pena .....</b>	<b>45</b>
<b>4.2.3. Determinación de la pena.....</b>	<b>46</b>
<b>5. Sistemas y etapas de la determinación de la pena.....</b>	<b>47</b>
<b>5.1. Sistemas de determinación de la pena.....</b>	<b>47</b>
<b>5.1.1. Legalismo extremo.....</b>	<b>47</b>
<b>5.1.2. Libre arbitrio judicial.....</b>	<b>48</b>
<b>5.1.3. Mixto.....</b>	<b>48</b>
<b>5.2. Etapas de la determinación de la pena.....</b>	<b>49</b>
<b>5.2.1. Determinación legal de la pena .....</b>	<b>50</b>
<b>5.2.2. Determinación judicial de la pena .....</b>	<b>51</b>
<b>5.2.3. Determinación ejecutiva de la pena .....</b>	<b>53</b>

<b>6. Determinación judicial de la pena .....</b>	<b>54</b>
<b>6.1. Generalidades .....</b>	<b>54</b>
<b>6.2. Problemática .....</b>	<b>55</b>
<b>6.3. Concepto .....</b>	<b>57</b>
<b>6.4. Importancia.....</b>	<b>60</b>
<b>6.5. Fases de la determinación judicial de la pena.....</b>	<b>60</b>
<b>6.5.1. Identificación de la pena básica .....</b>	<b>61</b>
<b>6.5.2. Individualización de la pena concreta .....</b>	<b>62</b>
<b>7. Circunstancias del delito.....</b>	<b>63</b>
<b>7.1. Clases .....</b>	<b>64</b>
<b>7.1.1 Circunstancias comunes o genéricas .....</b>	<b>64</b>
<b>7.1.2. Circunstancias especiales o específicas .....</b>	<b>65</b>
<b>7.1.3. Circunstancias cualificadas.....</b>	<b>66</b>
<b>7.2. Concurrencia de circunstancias.....</b>	<b>67</b>
<b>7.3. Efectos de las circunstancias.....</b>	<b>68</b>
<b>7.3.1. Circunstancias atenuantes.....</b>	<b>68</b>
<b>7.3.2. Circunstancias agravantes .....</b>	<b>68</b>
<b>7.3.3. Circunstancias mixtas .....</b>	<b>69</b>
<b>8. Principios relacionados con la determinación judicial de la pena .....</b>	<b>69</b>
<b>8.1. Principio de prohibición de doble valoración .....</b>	<b>69</b>
<b>8.2. Principio de culpabilidad .....</b>	<b>70</b>
<b>8.3. Principio de codelincuencia.....</b>	<b>70</b>
<b>8.4. Principio de proporcionalidad .....</b>	<b>71</b>
<b>9. Fundamentación y determinación judicial de la pena en aplicación del artículo 45° del Código Penal.....</b>	<b>73</b>
<b>9.1. Generalidades .....</b>	<b>73</b>
<b>9.2. Importancia de la aplicación del artículo 45° del Código Penal en la determinación judicial de la pena.....</b>	<b>75</b>
<b>9.3. Función del artículo 45° del Código Penal en la determinación judicial de la pena.....</b>	<b>76</b>
<b>9.4. Concepto del artículo 45° del Código Penal.....</b>	<b>77</b>
<b>9.5. Naturaleza jurídica del artículo 45° del Código Penal.....</b>	<b>78</b>
<b>9.6. Criterios para la determinación de la pena en base al artículo 45° del Código Penal.....</b>	<b>79</b>
<b>9.6.1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente .....</b>	<b>81</b>
<b>A. Carencias sociales .....</b>	<b>83</b>

B. Principio de coculpabilidad y el artículo 45° del Código Penal en la determinación judicial de la pena.....	84
9.6.2. Su cultura y sus costumbres .....	85
A. Cultura .....	86
B. Costumbres.....	88
9.6.3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen.....	88
A. La víctima del delito y su extensión en el daño ocasionado.....	89
9.7. Efectos de la inaplicación del artículo 45° del Código Penal en la determinación judicial de la pena .....	90
10. Determinación de la pena y el artículo 46° del Código Penal .....	91
10.1. Circunstancias referidas al hecho y a la culpabilidad o responsabilidad.....	92
10.2. La relevancia de la conducta previa y posterior al acto .....	92
10.3. La intervención de la víctima .....	93
10.4. La ejecución del delito .....	93
10.5. La calidad de los motivos del autor .....	93
10.6. Las circunstancias personales del autor .....	93
11. Determinación judicial de la pena en el ordenamiento procesal penal peruano .....	94
11.1. En el Código de Procedimientos Penales .....	94
11.2. En el Código Procesal Penal peruano de 2004.....	94
12. La relativización de la determinación judicial de la pena en el Código Procesal peruano de 2004.....	97
13. Determinación judicial de la pena en el ante proyecto del Código Penal y reforma penal de 2004 .....	98
13.1. Comisión especial revisora del Código Penal de 2004.....	98
13.2. Comentarios al ante proyecto de Código Penal de 2004 .....	99
13.3. Ámbito de movilidad de la pena .....	100
14. Artículo 45° del Código Penal y determinación de la pena en la legislación comparada.....	101
14.1. En la legislación penal argentina .....	101
14.1.1. Aspectos generales .....	101
14.1.2. Comentarios al artículo 41° del Código Penal argentino.....	101
14.2. En la legislación penal boliviana .....	103
14.2.1. Aspectos generales .....	103
14.2.2. Comentarios a los artículos 37° y 38° del Código Penal boliviano.....	103
14.3. En la legislación penal colombiana.....	104
14.3.1. Aspectos generales .....	104

14.3.2. Comentarios al artículo 61° del Código Penal de Colombia.....	105
14.4. En la legislación penal española .....	105
14.4.1. Aspectos generales .....	105
14.4.2. Comentarios al artículo 61° en la determinación de la pena del código español .....	105
15. Acuerdos plenarios, circulares y taller sobre determinación judicial de la pena..	107
15.1. Acuerdos plenarios sobre determinación judicial de la pena .....	107
15.1.1. IV Pleno jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial .....	108
15.1.2. V Pleno jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias .....	111
15.1.3. VI Pleno jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias.....	112
16. Circulares sobre determinación judicial de la pena .....	114
16.1. Circular relativa a la correcta determinación judicial de la pena .....	114
17. Seminario sobre determinación judicial de la pena.....	116
17.1. Seminario taller “Nuevos criterios para la determinación de la pena – 2007”: Acuerdo del pleno.....	116
17.1.1. Sobre determinación judicial de la pena .....	116

**CAPÍTULO III  
PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN**

1. Encuestas a magistrados – jueces penales.....	117
1.1.Generalidades .....	117
1.2.Gráficas .....	118
2. Encuestas a magistrados - fiscales .....	128
2.1. Generalidades .....	128
2.2. Gráficas.....	130
3. Encuestas a abogados .....	140
3.1. Generalidades .....	140
3.2. Gráficas.....	142
4. Análisis de sentencias condenatorias.....	152
4.1. Generalidades .....	152
4.2. Sentencias 2008.....	154
4.2.1. Gráficas .....	154
4.3. Sentencias 2009.....	162
4.3.1. Gráficas .....	162
4.4. Sentencias 2010.....	170

4.4.1. Gráficas .....	170
5. Gráficas de resúmenes y cuadros comparativos .....	178
<b>CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS .....</b>	
<b>BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA .....</b>	<b>190</b>
1. Libros .....	190
2. Revistas jurídicas .....	193
3. Páginas web .....	197
<b>ANEXOS.....</b>	<b>200</b>
1. MODELO DE ACUERDO PLENARIO DISTRITAL .....	200
2. MODELO DE CIRCULAR.....	210
3. MODELO DE FICHA DE RECOLECCIÓN DE DATOS DE LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS PENALES.....	219
4. MODELO DE ENCUESTA APLICADA A MAGISTRADOS – JUECES.....	220
5. MODELO DE ENCUESTA APLICADA A MAGISTRADOS – FISCALES .....	221
6. MODELO DE ENCUESTA APLICADA A ABOGADOS .....	222

## RESUMEN

El trabajo de investigación “Determinación judicial de la pena y su aplicación en los delitos de homicidio simple y calificado, tramitados en los Juzgados y Salas Especializadas Penales de la Sede del Distrito Judicial de Cajamarca – Periodo 2008-2010”, está enmarcado dentro de los enfoques o metodología de investigación cualitativa y cuantitativa. Las sentencias que han sido materia de análisis, son las expedidas por el órgano jurisdiccional de Cajamarca en el periodo comprendido entre los años 2008 al 2010. Así mismo, las opiniones recogidas a través de encuestas realizadas a los jueces, fiscales y abogados que desempeñan labores en el área penal en la ciudad de Cajamarca.

Para el recojo de la información se utilizó las técnicas de fichaje, acopio documentario, revisión y estudio de sentencias penales condenatorias, estadística judicial, revisión de jurisprudencia, revisión de acuerdos plenarios y circulares, sobre determinación judicial de la pena y encuestas a magistrados (jueces y fiscales) y abogados. Así mismo, para el tratamiento de la información se ha utilizado la representación gráfica y representación estadística.

El universo está conformado por las sentencias condenatorias emitidas en todos los procesos penales en los delitos de homicidio simple y calificado, tramitados ante los Juzgados Especializados Penales, Unipersonales y Colegiados y Salas Especializadas Penales Transitoria, Permanente y de Apelaciones de la Sede del Distrito Judicial de Cajamarca, durante el periodo comprendido entre los años 2008 – 2010. El total de sentencias condenatorias, según información brindada por la Oficina de Estadística de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en el periodo 2008-2010 sumaron 31, distribuidas de la siguiente manera: Año 2008 en total 18; Año 2009 en total 04 y Año 2010 en total 09. Las encuestas aplicadas a magistrados - jueces son en total 21, teniendo en cuenta que este es el número total de magistrados, según información obtenida de la Oficina de Estadística de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, distribuidos de la siguiente manera: Cuatro Juzgados de Investigación Preparatoria, 4 jueces; Cuatro Juzgados Unipersonales, 4 jueces; Sala de Apelaciones, 3 jueces; Juzgados Penales Transitorios, 4 jueces; Jueces de la Sala Penal Permanente, 3 jueces y Jueces de la Sala Penal Transitoria, 3 jueces. Las encuestas realizadas a magistrados – fiscales, son 44, según información de la Oficina de Administración del Ministerio Público – Cajamarca, distribuidos de la siguiente manera: Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa, 10 fiscales; Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa, 12 fiscales; Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa, 13 fiscales; Primera Fiscalía Superior Penal, 03 fiscales; Segunda Fiscalía Superior Penal, 03 fiscales; Tercera Fiscalía Superior Penal, 03 fiscales.

En el caso de las sentencias y encuestas realizadas a jueces y fiscales, la muestra es la misma que el universo.

Las encuestas aplicadas a Abogados miembros del Ilustre Colegio de Abogados de Cajamarca, son en total de 126, que representan al 10% del universo, que según información obtenida de la secretaría del Ilustre Colegio de Abogados de Cajamarca, en el mes de diciembre del 2010, el total de Abogados Colegiados era de 1,260.

El tipo de investigación utilizada es aplicada, descriptiva, explicativa y propositiva y los métodos utilizados han sido el literal, inductivo, analítico, exegético, dogmático, comparativo, histórico, funcionalista y sintético. Y finalmente el diseño ha sido el longitudinal.

La investigación realizada nos ha permitido comprobar que pese a la existencia de acuerdos plenarios y circulares referidas a la determinación judicial de la pena, en las sentencias condenatorias expedidas en el Distrito Judicial de Cajamarca, durante el periodo 2008- 2010, se viene inaplicando el artículo 45° del Código Penal, lo que trae como consecuencias jurídicas, la afectación del derecho a la motivación de resoluciones judiciales y el derecho de defensa de los condenados, situación ante la cual nos hemos permitidos hacer las sugerencias respectivas, con el objeto de mejorar la administración de justicia e incrementar la credibilidad en la misma por parte de la población cajamarquina.

**Palabras clave:** Determinación judicial de la pena, pena, homicidio simple y homicidio calificado.

## ABSTRACT

The research paper "judicial determination of the penalty and its application to crimes of manslaughter and qualified handled in the courts and rooms Specialized Criminal Judicial District Headquarters of Cajamarca - Period 2008-2010", is framed within approaches or methodology of qualitative and quantitative research. Statements that have been examined are those issued by the court of Cajamarca in the period between 2008 to 2010. Also, the opinions collected through surveys of judges who work in the courts in the Judicial District Headquarters of Cajamarca, prosecutors perform their duties in the judicial district of Cajamarca and lawyers who perform their work in the city of Cajamarca and engaged in the area of criminal law.

For the gathering of information was used signing techniques, documentary collection, review and study criminal sentences, judicial statistics, review of case law, review of the Plenum and circular on judicial determination of the punishment and surveys magistrates (judges and prosecutors) and lawyers. Likewise, for the treatment of information has been used plotting and statistical representation.

The universe is made up of all the sentences issued in all criminal offenses of manslaughter and qualified, brought before the Specialized Criminal Courts, and Chartered Unipersonales and specialized rooms Temporary and Permanent Criminal Appeals and District Headquarters Judicial Cajamarca, in the period between 2008 - 2010. Total convictions, according to information provided by the Statistical Office of the Superior Court of Cajamarca, in 2008-2010 totaled 31, distributed as follows: Year 2008 total of 18, Year 2009 Total 04 and Year 2010 total of 09. The surveys of judges - judges are a total of 21, taking into account that this is the total number of judges, according to information obtained from the Statistical Office of the Superior Court of Cajamarca, distributed as follows: Four Courts Research School, 4 judges Unipersonales Four Courts, 4 judges, Appeals Chamber, 3 judges Transient Criminal Courts, 4 Judges, Judges of the Permanent Criminal Chamber, 3 judges and judges of the Criminal Chamber, 3 judges. Surveys of judges - Prosecutors are 44, according to information from the Administration Office of the Attorney General - Cajamarca, distributed as follows: First Provincial Corporate Criminal Prosecution, 10 prosecutors; Second Provincial Corporate Criminal Prosecution, 12 prosecutors; Third Attorney Corporate Criminal Provincial, 13 prosecutors, Superior First Criminal Prosecution, 03 prosecutors; Second Superior Criminal Prosecutor, 03 prosecutors; Third Superior Criminal Prosecutor, 03 prosecutors.

In the case of judgments and surveys of judges and prosecutors, the sample is the same as the universe.

The Lawyers surveys of members of the Bar Association of Cajamarca, are a total of 126, representing 10% of the universe, according to information obtained from the secretariat of the Bar Association of Cajamarca, in the month of December 2010 , the total was 1,260 registered lawyers.

The type of research used in this research is applied, descriptive, explanatory and purposeful and methods used have been the literal, inductive, analytical, exegetical, dogmatic, comparative, historical, functionalist and synthetic. And finally was the longitudinal design. The research has shown us that despite the existence of the Plenum and circulars concerning the judicial determination of the penalty, the sentences issued in the Judicial District of Cajamarca, in the period 2008 - 2010, has been inaplicando Article 45 of the Penal Code, which brings legal consequences to litigants helplessness and violation of the right to their freedom of movement, a situation with which we are allowed to make the respective suggestions in order to improve the administration of justice and increase the credibility of the same by the people of Cajamarca.

Keywords: Judicial determination of punishment, penalty, manslaughter and homicide.

## INTRODUCCIÓN

El Poder Judicial en los últimos años, en temas sobre determinación judicial de la pena, viene implementado la dación de acuerdos plenarios y circulares, con la finalidad de realizar una correcta administración de justicia en aplicación de los artículos 46°, 46° A, 46° B y 46° C del Código Penal, pero consideramos que continua una grave omisión de pronunciamiento en éstos, sobre la aplicación del artículo 45° del mismo cuerpo legal en el mencionado tema, pese a que este artículo por prescripción legal, debe observarse obligatoriamente al momento de determinar y fundamentar judicialmente de la pena, omisión que consideramos trae como consecuencias jurídicas la expedición de sentencias condenatorias que afectan el derecho de defensa de los justiciables, causándoles indefensión, también atentan contra el derecho de motivación de las resoluciones judiciales y a la vez afectación a su derecho a la libertad ambulatoria por sufrir penas privativas de la libertad efectiva, sin la fundamentación o explicación de las razones que motivan la imposición del *quantum* de la pena.

Ante tal situación y dada nuestra condición de operadores del Derecho, y desde nuestra posición (abogados), tenemos la responsabilidad de contribuir en el examen analítico y crítico de las sentencias condenatorias, en la parte correspondiente a la determinación judicial de la pena, para lograr establecer la debida y obligatoria aplicación del artículo 45° del Código Penal en la fundamentación de las mismas, permitiendo de esta manera que se haga efectiva y se garantice a los justiciables una correcta administración de justicia.

Por otra parte, sobre la utilidad que buscamos con la investigación, es que nos permitirá determinar si en los Juzgados y Salas Especializadas Penales de Cajamarca, los jueces en la emisión de sentencias condenatorias y especialmente en el rubro que corresponde a fundamentar y determinar judicialmente la pena impuesta, en los delitos de homicidio simple y calificado, “cumplen o no con la aplicación de los requisitos o criterios establecidos en el artículo 45° del Código Penal” y como consecuencia de los resultados obtenidos estamos proponiendo las alternativas de solución para el mejoramiento de las sentencias en la fundamentación de la determinación judicial de la pena.

Con la investigación también se persigue lograr “el establecimiento de criterios uniformes respecto al cumplimiento y/o aplicación obligatoria de los criterios previstos en el artículo 45° del Código Penal”, al momento de fundamentar la determinación judicial de la pena por parte de los jueces que desempeñan su labor de administrar justicia en materia penal, partiendo del estudio de la problemática cajamarquina local y luego proyectar soluciones a todo el territorio nacional.

La presente investigación se realiza teniendo como punto rector de referencia la expedición de sentencias condenatorias emitidas por los jueces de los Juzgados y Salas Especializadas Penales de Cajamarca, en los procesos seguidos por la comisión de delitos de homicidio simple y calificado, Libro segundo “Parte Especial – Delitos”; Título I “Delitos Contra la Vida el Cuerpo y la Salud”, Capítulo I “Homicidio” del Código Penal; habiéndose tomado como materia de investigación estos delitos por contener, el bien jurídico de mayor protección tanto constitucional como sustantiva, como es el “Derecho a la vida”.

También señalamos que la presente investigación debe servir como base para futuros trabajos relacionados con el tema de la determinación judicial de la pena y su *quantum* respectivo, al momento de emitirse las sentencias condenatorias.

El presente trabajo de investigación está estructurado en tres capítulos, una parte correspondiente a las conclusiones y sugerencias y finalmente una parte que contiene los anexos, todo el contenido está estructurado de la siguiente manera:

El primer capítulo, está dedicado al planteamiento metodológico, en el que analiza, el problema a investigar, habiendo identificado los síntomas, las causas, el pronóstico y el control del pronóstico, referidos a la aplicación del artículo 45° del Código Penal en la fundamentación de la determinación judicial de la pena. Una vez identificada la problemática a investigar, se ha formulado el problema a investigar, la justificación de la investigación, su ámbito tanto espacial como temporal; los objetivos perseguidos; la hipótesis, sus variables, indicadores. Así mismo, el tipo de investigación utilizada, la metodología o el enfoque metodológico, los métodos utilizados, y el diseño de la investigación; el universo – muestra; las unidades de análisis, las técnicas de recolección de datos; el tratamiento de la información; las limitaciones de la investigación y finalmente señalamos el marco conceptual.

El segundo capítulo destinado al marco teórico, que constan de diecisiete ítems, distribuidos de la siguiente manera: 1. Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud; 2. La pena; 3. Principios de la función jurisdiccional – motivación de resoluciones judiciales y derecho de defensa; 4. Fundamentación de la sentencia penal y su aplicación en la determinación de la pena; 5. Sistemas y etapas de la determinación de la pena; 6. Determinación judicial de la pena; 7. Circunstancias del delito; 8. Principios relacionados con la determinación judicial de la pena; 9. Fundamentación y determinación judicial de la pena en aplicación del artículo 45° del Código Penal; 10. Determinación de la pena y el artículo 46° del Código Penal; 11. Determinación judicial de la pena en el ordenamiento procesal penal peruano; 12. La relativización de la determinación judicial de la pena en el Código Procesal peruano de

2004; 13. Determinación judicial de la pena en el ante proyecto del Código Penal y reforma penal de 2004; 14. Artículo 45° del Código Penal y determinación de la pena en la legislación comparada; 15. Acuerdos plenarios, circulares y taller sobre determinación judicial de la pena; 16. Circulares sobre determinación judicial de la pena; 17. Seminario sobre determinación judicial de la pena.

En el capítulo tercero, se trata del procesamiento y análisis de la información, consta de cinco rubros distribuidos de la siguiente manera: 1. Encuestas a magistrados – jueces; 2. Encuestas a magistrados – fiscales; 3. Encuestas a abogados; 4. Análisis de sentencias condenatorias, años 2008, 2009 y 2010; y 5. Gráficas de resúmenes y cuadros comparativos.

También en la presente investigación, existe una parte dedicada a las conclusiones y sugerencias arribadas como consecuencia de la investigación.

Existe también una última parte, en la que se ubican los anexos de la investigación, consistentes en un modelo de acuerdo plenario distrital, un modelo de circular, una ficha de recolección de datos efectuados en las sentencias penales, un modelo de encuestas aplicadas a magistrados – jueces, un modelo de encuestas aplicadas a magistrados – fiscales y un modelo de encuestas aplicadas a abogados.

## TÍTULO

### “DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA Y SU APLICACIÓN EN LOS DELITOS DE HOMICIDIO SIMPLE Y CALIFICADO TRAMITADOS EN LOS JUZGADOS Y SALAS ESPECIALIZADAS PENALES DE LA SEDE DEL DISTRITO JUDICIAL DE CAJAMARCA - PERIODO 2008-2010”

## CAPÍTULO I

### PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

#### 1. Problema a investigar

La Constitución Política del Perú, en el Título IV “De la estructura del Estado”, Capítulo VIII “Poder Judicial” (artículo 139°), consagra diversos principios y derechos, que sirven de guía a la función jurisdiccional, y a la vez garantizan una correcta administración de justicia para quienes se encuentran inmersos en un proceso judicial.

El debido proceso (Art. 139° Inc. 3 C. P. del P.), entendido como el respeto y la observancia del conjunto de garantías sustantivas y procesales de una persona sujeta a un proceso judicial; del cual la motivación escrita de las resoluciones judiciales (Art. 139° Inc. 5 C. P. del P.) que incluye la mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho que la sustentan; y el derecho de defensa (Art. 139° Inc. 14 C. P. del P.), merecen especial atención y estricto cumplimiento, cuando se va a afectar otro derecho que también tiene protección constitucional, como es el caso del derecho a la “libertad personal” (Art. 2° Inc. 24 párrafo b y f, C. P. del P.).

Es en este sentido de especial protección y aplicación normativa constitucional, que se ha detectado que en el desarrollo de la labor jurisdiccional penal -específicamente en la sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca- en el ámbito jurisdiccional de la imposición de sentencias condenatorias, no se viene aplicando lo prescrito por el artículo 45° del Código Penal, que establece los “criterios para la determinación de la pena”; lo que consideramos, vulnera los principios y derechos constitucionales antes citados, situación problemática que desde nuestro punto de vista debe subsanarse a través de implementación de diversas acciones que permitan establecer la obligatoria aplicación del artículo 45° del Código Penal en sus tres incisos o criterios que esta norma contiene.

#### 1.1. Síntomas

Referente a la sintomatología encontrada, mencionamos la existencia de “sentencias condenatorias”, que en la parte correspondiente a la determinación judicial de la pena e imposición del *quantum* presentan las siguientes irregularidades:

- 1.1.1. Carencia de motivación de la pena impuesta.
- 1.1.2. No hay motivación, cumpliendo con los tres criterios exigidos por el artículo 45° del Código Penal.
- 1.1.3. Carencia de motivación que cumpla con el criterio exigido en el Inc. 1 del artículo 45° del Código Penal, referido a “las carencias sociales que hubiere sufrido el agente”.
- 1.1.4. Carencia de motivación que cumpla con el criterio exigido por el Inc. 2 del artículo 45° del Código Penal, sobre “su cultura y sus costumbres”.
- 1.1.5. Carencia de motivación que cumpla con el criterio exigido por el Inc. 3 del artículo 45° del Código Penal “los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen”.
- 1.1.6. Motivación insuficiente de la pena por aplicación exclusiva en base al artículo 46° del Código Penal.

## 1.2. Causas

Así mismo, entre las causas que originan la problemática descrita en la sintomatología, se debe a lo siguiente:

- 1.2.1. Inexistencia de motivación al momento de determinar judicialmente la pena.
- 1.2.2. Inaplicación del artículo 45° del Código Penal al momento de imponer la pena.
- 1.2.3. Aplicación exclusiva del artículo 46° del Código Penal para la motivación y determinación de la pena.
- 1.2.4. Falta de aportes al proceso de medios de prueba para la motivación y determinación de la pena
- 1.2.5. Estrategias inadecuadas sobre aporte de medios probatorios útiles para la motivación y determinación de la pena.

## 1.3. Pronóstico

En lo que se refiere a las consecuencias jurídicas de la problemática investigada señalamos que:

- 1.3.1. Origina la imposición de penas sin la debida motivación, violentando el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.
- 1.3.2. Genera indefensión en los condenados, al no poder tomar conocimiento de las razones o criterios adoptados para la imposición de la pena y a la vez realizar el respectivo cuestionamiento vía los medios impugnatorios.
- 1.3.3. Afectación al derecho de libertad ambulatoria, por la imposición de penas privativas de la libertad efectivas.

## 1.4. Control del pronóstico

Como alternativas o propuestas de solución para resolver la problemática investigada consideramos que debe existir:

- 1.4.1. Aplicación obligatoria del artículo 45° del Código Penal, en sus tres criterios, conjuntamente con el artículo 46° del mismo cuerpo legal, al momento de determinarse judicialmente la pena por parte del órgano jurisdiccional.
- 1.4.2. La existencia de una debida fundamentación o motivación de las sentencias condenatorias en la determinación judicial de la pena a imponerse.
- 1.4.3. Un análisis diferencial, en la fundamentación o motivación de la determinación judicial de la pena, en la aplicación de los artículos 45° y 46° del Código Penal.
- 1.4.4. Utilización de estrategias encaminadas a incorporar medios de prueba que sirvan de sustento para fundamentar y determinar judicialmente la pena.

## 2. Formulación del problema

¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que genera la inaplicación del artículo 45° del Código Penal, en la fundamentación de la determinación judicial de la pena, en los delitos de homicidio simple y calificado, tramitados en los Juzgados y Salas Especializadas Penales de la sede del Distrito Judicial de Cajamarca, periodo 2008-2010?

## 3. Justificación de la investigación

La expedición de una sentencia condenatoria y especialmente si se trata de la imposición de una pena privativa de la libertad con carácter efectiva, implica la afectación de un derecho con protección a nivel constitucional (Art. 2° Inc. 24, parágrafos b y f de la Constitución Política del Perú), el “derecho a la libertad ambulatoria”, por lo tanto su restricción vía la emisión de una sentencia condenatoria expedida por el órgano jurisdiccional, implica además de un previo proceso penal, seguido con observancia estricta de todas las formalidades legales y respeto de los derechos del procesado (debido proceso), la emisión de una sentencia judicial que obligatoriamente cumpla con fundamentar o motivar de manera debida (motivación de resoluciones judiciales), el *quantum* de la pena que se impone al condenado como consecuencia jurídica de haber incurrido en la comisión de un delito ya sea en condición de autor o partícipe de la infracción.

Es en este sentido que el órgano jurisdiccional con el objeto de dotar mayor efectividad y garantía a la administración de justicia, ganar confianza y credibilidad en la población y, especialmente despejar incertidumbres en los justiciables, desde ya hace varios años atrás, viene implementando la “aplicación de diversos criterios jurisprudenciales”, a través de la emisión de plenos jurisdiccionales, como son los “Acuerdos Plenarios” y últimamente también con la expedición de “Circulares” referidas a la determinación judicial de la pena. Es decir, este ente estatal viene impulsando una mejora importante en este rubro de la determinación judicial de la pena.

Sin embargo, podemos ver y ha sido la razón de la presente investigación, que tanto acuerdos plenarios, como circulares sobre determinación judicial de la pena a que nos hemos referido, han incidido especialmente en la aplicación de los artículos 46°, 46° A, 46° B y 46° C del Código Penal, pero consideramos que continua una grave omisión de pronunciamiento en éstos, sobre la aplicación del artículo 45° del mismo cuerpo legal en la determinación judicial de la pena, pese a que todos los artículos señalados forman parte del mismo cuerpo legal, es decir, están ubicados en el Código Penal, Libro Primero, "Parte General", Título III "De las penas" y Capítulo II "Aplicación de la pena". A lo que debemos agregar que ambos artículos 45° y 46° del Código Penal constituyen circunstancias que intervienen en la determinación judicial de la pena.

Realizadas las precisiones anteriores, la "importancia jurídica" de la presente investigación radica, en que desde nuestra condición de operadores del Derecho, tenemos la responsabilidad de contribuir en el examen analítico - crítico de las sentencias condenatorias, parte correspondiente a la determinación judicial de la pena, para lograr establecer la debida y obligatoria aplicación del artículo 45° del Código Penal en la fundamentación de las mismas, permitiendo de esta manera que se haga efectiva y se garantice a los justiciables una correcta administración de justicia.

Por otra parte sobre la utilidad que se buscó con la investigación, es que nos ha permitido determinar si en los Juzgados y Salas Especializadas Penales de Cajamarca, los jueces en la emisión de sentencias condenatorias y especialmente en el rubro que corresponde a fundamentar y determinar judicialmente la pena impuesta, en los delitos de homicidio simple y calificado, "cumplen o no con la aplicación de los requisitos o criterios estipulados en el artículo 45° del Código Penal" y ante la obtención de los resultados estamos proponiendo las alternativas de solución para el mejoramiento de las sentencias en su fundamentación.

Así mismo, se persigue con la investigación lograr el establecimiento de criterios uniformes respecto al cumplimiento y/o aplicación de los criterios previstos en el artículo 45° del Código Penal al momento de fundamentar la determinación judicial de la pena por parte de los jueces que desempeñan su labor de administrar justicia en materia penal, criterios que tienen que ser compartidos por fiscales y abogados en el desempeño de sus labores, partiendo del estudio de la problemática cajamarquina local y luego proyectar estas soluciones a todo el territorio nacional.

La presente investigación ha sido realizada teniendo como punto rector de referencia la expedición de sentencias condenatorias emitidas por los jueces de los Juzgados y Salas Especializadas Penales de Cajamarca, en los procesos seguidos por la comisión de delitos de homicidio simple y calificado, Libro Segundo "Parte Especial – Delitos"; Título I "Delitos Contra la Vida el Cuerpo y la Salud", Capítulo I "Homicidio" del Código Penal; habiéndose tomado como materia de investigación estos delitos por contener, el bien jurídico de mayor protección tanto constitucional como sustantiva, "Derecho a la vida", bien jurídico vital de la sociedad o del

individuo que por su significación social es protegido jurídicamente -al Derecho Penal le interesa la vida- y su vulneración no sólo afecta individualmente a la víctima sino a todo el conjunto de la sociedad, por lo que la intervención del Estado ante la infracción a este bien jurídico, (la muerte de un ser humano constituye el delito más grave de todos los delitos de la parte social), es inmediata y obligatoria, entonces su protección es de trascendental importancia a través del *ius puniendi*, para garantizar la coexistencia humana, asegurando la vigencia de los bienes jurídicos fundamentales, entre ellos como se repite el derecho a la vida, puesto que como lo señala James Reátegui Sánchez “la finalidad primordial del Derecho Penal es la protección de los bienes jurídicos tutelados y con ello se logrará el mantenimiento del orden social, lo que se realiza a través de la pena en base a los fundamentos prevencionistas pregonados. A lo que habría de agregar que toda intervención punitiva está sometida a determinados postulados consagrados expresamente por la comunidad, caso contrario dicha intervención perderá legitimidad”<sup>1</sup>.

Es decir, existe una base legal protectora de la persona para su supervivencia dentro de la sociedad y el normal desarrollo social.

#### **4. Ámbito de la investigación**

##### **4.1. Delimitación espacial**

El presente trabajo de investigación se encuentra circunscrito al ámbito de la Sede del Distrito Judicial de Cajamarca, en los Juzgados Especializados Penales, Unipersonales y Colegiados, y Salas Especializadas Penales Permanente y Transitoria y de Apelaciones.

##### **4.2. Delimitación temporal**

La investigación abarca el estudio de las sentencias condenatorias emitidas en los procesos penales, en los delitos de homicidio simple y calificado, tramitados en la sede del Distrito Judicial de Cajamarca entre los años 2008 – 2010.

#### **5. Objetivos**

##### **5.1. Objetivo general**

Determinar cuáles son las consecuencias jurídicas que origina la inaplicación del artículo 45° del Código Penal, al momento de emitirse la sentencia condenatoria y determinarse judicialmente la pena, en los delitos de homicidio simple y calificado, tramitados en los

---

<sup>1</sup> REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, “El bien jurídico en el Derecho Penal. Concepto, fundamento y validez del objeto de protección en el ámbito jurídico-penal”, *En: Actualidad Jurídica - Información Especializada para Abogados y Jueces*, Lima, Gaceta Jurídica, tomo 164, julio 2007, p. 111.

Juzgados Especializados Penales, Unipersonales y Colegiados, y Salas Especializadas Penales Transitoria y Permanente y de Apelaciones del Distrito Judicial de Cajamarca periodo 2008-2010.

## **5.2. Objetivos específicos**

- 5.2.1.** Analizar la correcta aplicación del artículo 45° del Código Penal, en las sentencias condenatorias expedidas por los Juzgados Especializados, Unipersonales y Colegiados y Salas Especializadas Penales Transitoria, Permanente y de Apelaciones.
- 5.2.2.** Verificar la existencia de sentencias condenatorias con imposición de penas carentes de motivación o con motivación insuficiente sobre la determinación judicial de la pena.
- 5.2.3.** Determinar la existencia de sentencias que generan indefensión a los condenados por penas impuestas inaplicando el artículo 45° del Código Penal.
- 5.2.4.** Determinar la existencia de sentencias que generan afectación del derecho a la libertad ambulatoria, por la imposición de penas privativas de la libertad efectivas.
- 5.2.5.** Analizar información de magistrados (jueces y fiscales) y abogados sobre la correcta aplicación del artículo 45° del Código Penal.
- 5.2.6.** Plantear alternativas de solución para una debida o correcta aplicación del artículo 45° del Código Penal.

## **6. Hipótesis**

La inaplicación del artículo 45° del Código Penal, al momento de la emisión de la sentencia condenatoria y de la determinación judicial de la pena, en los delitos de homicidio simple y calificado, trae como consecuencias jurídicas la afectación de los principios constitucionales de motivación de resoluciones judiciales y del derecho de defensa de los sentenciados.

## **7. Variables**

- 7.1.** Inaplicación del artículo 45° del Código Penal, en la determinación judicial de la pena, en los delitos de homicidio simple y calificado.
- 7.2.** Afectación de principios constitucionales de la motivación de las resoluciones judiciales y del derecho de defensa.

## **8. Indicadores**

- 8.1.** Sentencias condenatorias carentes de motivación de la pena impuesta.
- 8.2.** Sentencias condenatorias con motivación insuficiente de la pena impuesta.
- 8.3.** Sentencias condenatorias en las que la motivación de la pena no guarda proporción con la sanción impuesta.

## 9. Tipo de investigación

### 9.1. De acuerdo al fin que se persigue

**9.1.1. Aplicada**, porque hemos aplicado o utilizado conocimientos adquiridos anticipadamente y que son expuestos en el marco teórico. Así mismo, por qué nos ha interesado las consecuencias jurídicas que origina la inaplicación del artículo 45° del Código Penal en la emisión de sentencias condenatorias en la sede del Distrito Judicial de Cajamarca, y en base a los resultados obtenidos estamos proponiendo las alternativas de solución a la problemática investigada.

### 9.2. De acuerdo al diseño de la investigación

**9.2.1. Descriptiva**, la investigación nos ha permitido describir las partes, características, factores y/o rasgos que contienen las sentencias condenatorias emitidas por los jueces de los Juzgados Especializados, Unipersonales y Colegiados y Salas Especializadas Penales Transitoria y Permanente y de Apelaciones de Cajamarca, desde la óptica de la aplicación del artículo 45° del Código Penal en su fundamentación y determinación judicial de la pena, y con esta información explicamos el problema de investigación.

**9.2.2 Explicativa**, porque hemos realizado el análisis de las sentencias condenatorias en su parte considerativa y como resultado se ha determinado el por qué, las causas o razones de la inaplicación del artículo 45° del Código Penal en la determinación judicial de la pena y a la vez se ha establecido las consecuencias jurídicas que origina la mencionada inaplicación.

**9.2.3. Propositiva**, la investigación jurídica nos sirvió para realizar el análisis de una norma -artículo 45° del Código Penal- y su aplicación al emitirse las sentencias condenatorias en la parte correspondiente a la determinación judicial de la pena y de acuerdo al resultado obtenido estamos proponiendo las sugerencias necesarias para mejorar la problemática existente.

## 10. Metodología de la investigación o enfoque metodológico

**10.1. Cualitativa**, esta metodología en el desarrollo de la investigación se ha utilizado para determinar cuáles son las sentencias condenatorias en las que se aplica correctamente el artículo 45° del Código Penal y en cuales no se aplica este artículo y según el resultado

cualificar las sentencias en las que existe una debida fundamentación o motivación de las sentencias, en la parte correspondiente a la determinación judicial de la pena, teniendo como referencia el dispositivo legal antes nombrado.

**10.2. Cuantitativa**, en el desarrollo de la investigación los datos han sido obtenidos de manera individual para llegar a conclusiones generales. La cuantificación de sentencias correctamente motivadas en la determinación judicial de la pena, con aplicación del artículo 45° del Código Penal y de sentencias sin fundamentación, o indebidamente fundamentadas, nos ha sido útil para proponer alternativas de solución a la problemática investigada.

## **11. Métodos utilizados**

**11.1. Literal**, su utilización se dio en el marco teórico para el manejo de citas de conceptos jurídicos, dispositivos legales, jurisprudencia, plenos jurisdiccionales, circulares y otros, teniendo en cuenta que estos conceptos tienen que ser citados según como han sido vertidos por sus autores.

**11.2. Inductivo**, este método fue utilizado para el momento de analizar-estudiar las sentencias condenatorias en forma individual e independiente, para verificar si éstas en la determinación judicial de la pena, cumplen o no con la fundamentación en aplicación del artículo 45° del Código Penal, y una vez obtenidos los resultados de este análisis hemos llegado a conclusiones generales en la fundamentación de la determinación judicial de la pena, que realizan los jueces en los Juzgados Especializados Penales, Unipersonales, Colegiados y Salas Especializadas Penales Transitorias y Permanente y de Apelaciones de Cajamarca, para de éstas conclusiones generales estamos haciendo las propuestas de solución al problema investigado.

**11.3. Analítico**, nos permitió analizar, desarticular, separar y clasificar las sentencias condenatorias en su parte considerativa, referente a la fundamentación de la determinación judicial de la pena, teniendo como referente la aplicación del artículo 45° del Código Penal, esto con la finalidad de establecer las causas o razones de la aplicación o inaplicación de la norma antes mencionada.

**11.4. Exegético**, nos permitió el estudio lineal de las normas jurídicas, como se encuentran en el texto normativo, siendo utilizadas cuando analizamos y aplicamos la normatividad penal sobre instituciones jurídicas referidas al delito de homicidio simple y calificado, clases y fines de la pena, determinación de la pena, también en el estudio de normas

constitucionales, como son motivación de resoluciones judiciales, derecho de defensa entre otros.

**11.5. Dogmático**, fue utilizado en el análisis de normas legales o instituciones jurídicas, al margen de los fenómenos reales jurídicos. También se utilizó al realizar el análisis comparado con normas e instituciones jurídicas del Derecho comparado.

**11.6. Comparativo**, se utilizó al momento de realizar el análisis comparativo entre las diversas posiciones doctrinarias, jurisprudenciales y legislación, referentes al tema planteado, a nivel nacional e internacional.

**11.7. Histórico**, al momento de hacer el seguimiento histórico de instituciones, hechos o fenómenos jurídicos, también se utilizó cuando se recurrió a los antecedentes legislativos, jurisprudenciales y doctrinarios, sobre temas de fundamentación y determinación de la pena, homicidio simple y calificado, su clasificación, motivación de resoluciones judiciales, derecho de defensa, debido proceso, entre otros temas referidos al tema materia de investigación.

**11.8. Funcionalista**, nos ha permitido establecer cómo funciona el problema en la realidad social, en donde se encuentra el problema estudiado, es decir, al momento de analizar la casuística y jurisprudencia existente, referidos a la fundamentación de la determinación judicial de la pena en las sentencias condenatorias, en aplicación del artículo 45° del Código Penal.

**11.9. Sintético**, fue utilizado para sintetizar la información obtenida como resultado del análisis de las sentencias condenatorias expedidas en los delitos de homicidio simple y calificado por los Juzgados Especializados Penales, Unipersonales, Colegiados y Salas Especializadas Penales Transitoria y Permanente y de Apelaciones de Cajamarca, referentes a la imposición de la pena con aplicación del artículo 45° del Código Penal.

## **12. Diseño de la investigación**

El diseño de la investigación es no experimental, utilizándose el diseño longitudinal, descriptivo, por cuanto se ha utilizado datos recolectados en un tiempo único y momento determinado, como es el caso de las sentencias condenatorias, en el rubro correspondiente a la determinación judicial de la pena, expedidas en los procesos seguidos por los delitos de homicidio simple y calificado entre los años 2008 y 2010 en los Juzgados Especializados Penales, Unipersonales y Colegiados y Salas Especializadas Penales Transitoria y Permanente y de Apelaciones de Cajamarca, con la finalidad de describirlos en dicho momento determinado.

**13. Universo – muestra**

El universo o población está conformado:

**13.1.** Todas las sentencias condenatorias emitidas en los procesos penales en los delitos de homicidio simple y calificado, tramitados ante los Juzgados Especializados Penales, Unipersonales y Colegiados y Salas Especializadas Penales Transitoria y Permanente y de Apelaciones de la sede del Distrito Judicial de Cajamarca, periodo 2008 – 2010. El total de sentencias condenatorias, según información brindada por la Oficina de Estadística de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en el periodo 2008-2010 sumaron en total 31.

- Año 2008 ----- 18.
- Año 2009 ----- 04.
- Año 2010 ----- 09.

**13.2.** Encuestas realizadas a Magistrados del Poder Judicial que desempeñan la función de Juez en el área penal, está conformada por todos los jueces de la sede del Distrito Judicial de Cajamarca, que según la información obtenida de la Oficina de Estadística de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca en el año 2011 fueron en total 21 magistrados, distribuidos de la siguiente manera:

- Cuatro Juzgados de Investigación Preparatoria ---- 4 Jueces.
- Cuatro Juzgados Unipersonales ----- 4 Jueces.
- Sala de Apelaciones ----- 3 Jueces.
- Juzgados Penales Transitorios ----- 4 Jueces.
- Jueces de la Sala Penal Permanente ----- 3 Jueces.
- Jueces de la Sala Penal Transitoria ----- 3 Jueces.

**13.3.** Encuestas realizadas a Magistrados del Ministerio Público que desempeñan la función de Fiscal en el área penal, está conformada por todos los fiscales de la sede del Ministerio Público del Distrito Judicial de Cajamarca, que según la información obtenida de la Oficina de Administración del Ministerio Público de Cajamarca, en el año 2010 fueron 44, distribuidos de la siguiente manera:

- Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa ----- 10 Fiscales.
- Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa ----- 12 Fiscales.
- Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa ----- 13 Fiscales.
- Primera Fiscalía Superior Penal ----- 03 Fiscales.
- Segunda Fiscalía Superior Penal ----- 03 Fiscales.
- Tercera Fiscalía Superior Penal ----- 03 Fiscales.

En el caso de las sentencias y encuestas realizadas a jueces y fiscales, la muestra es la misma que el universo.

**13.4.** Las encuestas realizadas a abogados colegiados en el Ilustre Colegio de Abogados de Cajamarca, que desempeñan el ejercicio de su profesión en esta ciudad de Cajamarca, especialmente en el área del Derecho Penal.

En el caso de los abogados la muestra es el 10% del universo, que según información obtenida de la Secretaría del Ilustre Colegio de Abogados de Cajamarca, en el mes de diciembre del 2010, el total de abogados colegiados era de 1,260, por lo que las encuestas realizadas a abogados fueron 126.

#### **14. Unidad de análisis**

Para la elaboración del trabajo se tuvo en cuenta como fuente o unidad de análisis las sentencias condenatorias, emitidas en los procesos penales tramitados en los Juzgados Especializados, Unipersonales, Colegiados y Salas Especializadas en lo Penal de Cajamarca, por delitos de homicidio simple y calificado y la aplicación del artículo 45° del Código Penal vigente.

Así mismo, las encuestas realizadas a jueces, fiscales y abogados.

#### **15. Documentales**

**15.1.** Sentencias penales condenatorias de los Juzgados Especializados Penales.

**15.2.** Sentencias penales condenatorias de los Juzgados Unipersonales.

**15.3.** Sentencias penales condenatorias de los Juzgados Colegiados.

**15.4.** Sentencias penales condenatorias de las Salas Especializadas Penales.

**15.5.** Estadística jurisdiccional.

#### **16. Bibliográficas**

**16.1.** Fichas hemerográficas.

**16.2.** Fichas bibliográficas.

**16.3.** Información legislativa.

**16.4.** Jurisprudencia.

**16.5.** Acuerdo plenarios.

**16.6.** Circulares.

#### **17. Técnicas de recolección de datos**

**17.1.** Fichaje (resumen, textuales, hemerográficas, bibliográficas).

**17.2.** Acopio documentario: Revisión y estudio de sentencias penales condenatorias.

**17.3.** Estadística judicial.

17.4. Revisión de jurisprudencia.

17.5. Revisión de acuerdos plenarios, sobre determinación judicial de la pena.

17.6. Revisión de circulares, sobre determinación judicial de la pena

17.7. Encuestas a magistrados (jueces y fiscales) y abogados.

## **18. Tratamiento de la información**

18.1. Representación gráfica.

18.2. Análisis estadístico.

## **19. Limitaciones de la investigación**

En el presente trabajo de investigación al igual que en otros, existió algunas limitaciones para su desarrollo, las cuales consideramos se materializaron respecto a la escasa bibliografía sobre el tema, limitaciones en el acceso a bibliografía especializada sobre determinación judicial de la pena, no se nos brindó facilidades de préstamos de libros por las bibliotecas especializadas, renuencia de los magistrados (jueces y fiscales) y abogados, al momento de brindar información que deben proporcionar, en el sentido de que han considerado que se va a cuestionar de cierto modo su labor jurisdiccional, por lo que ha existido algunos obstáculos al momento de obtener las resoluciones que contenían sentencias condenatorias. Además, consideramos que por las razones expuestas también ha sido difícil la obtención de respuestas objetivas en las encuestas que se realizaron a los magistrados y abogados.

## **20. Marco conceptual**

En la investigación se utilizaron como términos jurídicos principales los siguientes:

### **20.1. Homicidio simple**

Entendido como la muerte que una persona ocasiona a otra, sin que medie ninguna circunstancia específica de agravación.

### **20.2. Homicidio calificado – parricidio**

Definido como la acción de privar intencionalmente de la vida a una persona a sabiendas que es su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, cónyuge o concubino.

### **20.3. Homicidio calificado – asesinato**

Es el acto mediante el cual una persona quita la vida a otra pero bajo circunstancias agravantes, ferocidad, lucro o placer; para facilitar u ocultar otro delito; con gran crueldad o alevosía; por fuego, explosión, veneno o por cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o la salud de otras personas; y, si la víctima es miembro de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas; Magistrados del Poder Judicial o del Ministerio Público en cumplimiento de sus funciones.

**20.4. Bien jurídico protegido**

Constituye el bien material, inmaterial o espiritual que existe en el accionar social de la persona dentro de un orden normativo establecido y garantizado por el Derecho.

**20.5. Pena**

Es aquella que se impone a la persona culpable, luego de haber sido sometida a un proceso penal con todas las garantías, y en cuyo fallo jurisdiccional final se le impone una pena que significa la privación o restricción de un bien jurídico de alta significancia social.

**20.6. Fines de la pena**

Son los objetivos empíricos e inmediatos de la pena para cumplir su función, prevención general y la prevención especial.

**20.7. Teoría de la retribución**

El fin de la pena, es buscar retribuir el mal causado por el delito; castigar por castigar, sin criterios de utilidad social; se cometió el delito y se aplica la pena correspondiente, el fin no puede ser otro que el de la simple retribución.

**20.8. Teorías preventivas**

Incorporan criterios de utilidad social en el fin de la pena; la aplicación de la pena debe tener una función social, prevención del delito.

**20.9. Teoría de la unificación o combinación**

Es la posición ecléctica, busca conciliar y corregir extremos de las dos posiciones anteriores, es decir, una teoría unificadora.

**20.10. Motivación de resoluciones judiciales**

Viene a ser la transmisión del razonamiento tanto fáctico como jurídico, de la cuestión sometida a conocimiento del juzgador, los que sirven para fundamentar su decisión.

**20.11. Motivación de resoluciones judiciales en el ámbito de la determinación de la pena**

Significa hacer explícitos los fundamentos fácticos y jurídicos que llevaron al juzgador a la aplicación de una sanción, la motivación de la decisión sobre la pena que se impone y su modo de ejecución.

**20.12. Derecho de defensa**

Es un derecho fundamental que asiste a todo imputado a lo largo del proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación existente, estos es, el reconocimiento del ordenamiento jurídico de un derecho del imputado o procesado de hacer uso de una adecuada defensa.

**20.13. Sentencia penal**

Constituye la decisión definitiva de una cuestión criminal, acto complejo que contiene un juicio de reproche o ausencia del mismo, sobre la base de hechos que han de ser determinados jurídicamente, de tal manera que debe fundarse en una versión jurídica y establecer los niveles de imputación.

**20.14. Sentencia penal condenatoria**

Es la que cumple con el objeto de imponer una pena al acusado y es expedida cuando se ha llegado a demostrar a través del desarrollo del proceso penal, fehacientemente por un lado la comisión del delito materia de juzgamiento y por otro lado la responsabilidad de su autor.

**20.15. Fundamentación de la pena**

Es la exposición obligatoria que hace el juzgador de las razones, motivos de hecho y derecho que sustentan sus decisiones tomadas, para la imposición de una pena.

**20.16. Determinación de la pena**

Es toda decisión político criminal tendiente a definir la calidad y el *quantum* de la pena abstracta o concreta por la comisión de un hecho punible.

**20.17. Determinación legal de la pena**

Es el legislador, quien determina en abstracto las penas correspondientes a cada delito.

**20.18. Determinación judicial de la pena**

Llamada también individualización judicial de la pena por el juez, y es la etapa en que éste asume la tarea de la elección de la pena adecuada al caso concreto dentro del marco ofrecido por el legislador.

**20.19. Determinación ejecutiva de la pena**

Denominada también determinación penitenciaria de la pena, realizada por la autoridad administrativa penitenciaria, pero bajo el control judicial respecto a la forma en que debe ejecutarse la pena impuesta por el juez.

**20.20. Identificación de la pena básica**

Es el primer paso en el proceso de la determinación judicial de la pena a través de ella el juez establece un espacio punitivo que tiene un mínimo o límite inicial y un máximo o límite final.

**20.21. Individualización de la pena concreta**

En esta segunda fase del proceso de determinación judicial de la pena, le corresponde al juez la individualización de la pena concreta dentro del espacio y límites prefijados por la pena básica en la etapa precedente. Se realiza en función a la presencia de circunstancias legalmente relevantes y que están presentes en el caso.

**20.22. Circunstancias del delito**

Son factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito, cuya esencia permanece intacta, posibilitan ponderar el alcance cualitativo y cuantitativo de la pena que debe imponerse al autor o partícipe.

**20.23. Circunstancias genéricas**

Son aquellas reguladas en la parte general del Código Penal y que pueden operar en la determinación de la pena concreta de cualquier delito.

**20.24. Circunstancias especiales o específicas**

Se regulan en la Parte Especial y en conexión funcional sólo con determinados delitos.

**20.25. Circunstancia cualificadas**

Que si bien pueden operar también con cualquier delito, son las que disponen la configuración de un nuevo extremo máximo mínimo de la pena y que será el límite fijado para dicho tipo de agravante.

**20.26. Acuerdos plenarios**

Es un documento emitido por la Corte Suprema de Justicia que establece las orientaciones, referidas a fundamentos jurídicos y principios jurisprudenciales que deben seguir para resolver los procesos los jueces en determinados casos y su cumplimiento es obligatorio.

**20.27. Circulares administrativas**

Son documentos de difusión dentro del Poder Judicial de carácter interno y externo, derivada de las facultades de decisión y mando del órgano superior hacia los inferiores a fin de precisar interpretaciones, procedimientos y acuerdos en un caso determinado.

## CAPÍTULO II

## MARCO TEÓRICO

## 1. Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud

## 1.1. Generalidades

La clasificación de los delitos en nuestro ordenamiento sustantivo penal, ha sido realizada en base al “criterio del objeto jurídico (interés lesionado)”; César Haro Lázaro señala que el bien jurídico, “constituye el bien material, inmaterial o espiritual que existe en el accionar social de la persona dentro de un orden normativo establecido y garantizado por el Derecho”<sup>2</sup>. Así nuestro Código Penal, ha clasificado en primer orden a los delitos Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, por ser la vida el bien máspreciado, es decir, se tiene como criterio sistematizador el bien jurídico tutelado.

Entonces la vida humana es el bien jurídico máspreciado que ampara el ordenamiento jurídico nacional, partiendo de un amparo constitucional en el artículo 2° inciso 1, que considera que toda persona tiene derecho a la vida, y la persona es considerada como el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1°), generando con ello una máxima protección de la vida humana (la persona es sujeto de derecho desde su nacimiento), como base fundamental de derecho del hombre, donde descansa el ejercicio de los otros derechos y la protección de los bienes jurídicos.

## 1.2. Homicidio simple

El delito de homicidio simple se encuentra tipificado en el artículo 106° del Código Penal de 1991, y según Luis Bramont Arias Torres “el delito de homicidio es el tipo legal base de los delitos contra la vida, en donde se confunden diferentes aspectos conceptuales que se estudian en la Parte General, tales como, víctima, sujeto pasivo, objeto material del delito”<sup>3</sup>.

Es definido por Fernando Ángeles Gonzáles y Manuel Frisancho Aparicio, como “la muerte que una persona ocasiona a otra sin que medie ninguna circunstancia específica de agravación o atenuación”<sup>4</sup>. Por su parte César Haro Lázaro define al homicidio simple, como “la muerte voluntaria, antijurídica y culpable de una persona ocasionada o provocada por otra persona, y que no se halla específicamente en otra modalidad penal”<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> HARO LAZARO, César. *Derecho Penal Peruano Parte Especial*. 2° ed. Lima. Edit. Hala Editores. 1998. p. 7.

<sup>3</sup> BRAMONT ARIAS TORRES, Luis. *Manual de Derecho Penal – Parte Especial*. Lima. 1994. p. 34.

<sup>4</sup> ANGELES GONZÁLES, Fernando y Manuel FRISANCHO APARICIO. *Código Penal Comentado –Concordado – Anotado –Jurisprudencia II*. Lima. Edit. Ediciones Jurídicas. 1996. p. 652.

<sup>5</sup> HARO LÁZARO, César. *Ob. Cit.*, p. 15.

En resumen nosotros definimos al homicidio simple como “el acto por el cual se causa la muerte de una persona por otra, sin que medie circunstancia alguna de agravación o atenuación”.

El bien jurídico protegido es la vida humana, que constituye el bien máspreciado del hombre y de la sociedad, con valor supremo otorgado por la Constitución Política del Perú al señalar que la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1° y 2° inc. 1 de la Constitución).

La determinación del inicio y finalización de la protección del bien jurídico (vida humana) señalamos que comienza desde el parto, para ello Fernando Ángeles Gonzáles y Manuel Frisancho Aparicio, citando a Graven señalan que la doctrina actual admite “de manera tan simple como racional que los términos durante el parto” (in ipso portu) no se refiere a la expulsión misma del infante del cuerpo materno, al proceso “externo”, sino a todo el proceso del parto, desde el comienzo de las contracciones y de los “dolores” con su fase “interna” que conduce normalmente al nacimiento<sup>6</sup>; y su finalización o límite máximo es hasta el mismo instante en que se produce la muerte de la persona, igualmente según Fernando Ángeles Gonzáles y Manuel Frisancho Aparicio, citando a Romeo Casabona “el momento de la misma (muerte) habrá de determinarse en función de esa peculiaridad, es decir, cuando se produzca una lesión irreversible e irrecuperable de alguna función vital del cuerpo humano. En los momentos actuales se ha alcanzado, tanto por médicos como por juristas, un amplio consenso en esta materia considera que la muerte lo decide el cese irreversible de las funciones cerebrales<sup>7</sup>, es decir, la muerte cerebral.

### 1.3. Homicidio calificado – parricidio y asesinato

El delito de homicidio calificado en su modalidad de parricidio, se encuentra tipificado en el artículo 107° del Código Penal de 1991 y consiste en privar intencionalmente de la vida a una persona a sabiendas que es su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, cónyuge o concubino. El código vigente de 1991 no sólo reconoce el vínculo sanguíneo; sino que incorpora, como sujetos pasivos, al hijo adoptivo y al concubino, ampliando de esta manera la noción de parricidio.

---

<sup>6</sup> ANGELES GONZALES, Fernando y Manuel FRISANCHO APARICIO. *Ob. Cit.* p. 657.

<sup>7</sup> *Ídem.* p. 661.

Este tipo penal de parricidio según la jurisprudencia, “constituye una figura autónoma de las otras modalidades agravadas del homicidio y que se caracteriza por el vínculo existente entre los sujetos implicados (activo y pasivo); además, se requiere que el mencionado vínculo sea conocido por el agente, y que éste actúe con *ánimus necandi*”<sup>8</sup>.

Sobre la prueba del vínculo existente entre el agresor y la víctima debe ser acreditado debidamente con la partida de nacimiento siempre y cuando conste el reconocimiento expreso del progenitor o de un reconocimiento por declaración judicial. El parentesco civil se acredita con la partida de matrimonio y la convivencia, será probada en la forma prescrita en el Código Civil, es decir, los requisitos establecidos en el artículo 326° del Código Civil.

También, la jurisprudencia penal, ha establecido que “en este tipo de delitos contra la vida, es indispensable que se establezca en forma clara e indubitable el *ánimus necandi* y el móvil, que habrían impulsado el accionar del procesado, aspectos que sólo son posibles determinar por el reconocimiento expreso del actor o en caso de negativa, por la suma de indicios que lo corroboren”<sup>9</sup>.

Un aspecto importante a tener en cuenta en este tipo de delitos es la fundamentación de la agravación, que se origina por cuanto la ley presume de que los vínculos parentales originan naturalmente una comunidad de afectos y sentimientos que es lo que hace que el atentado contra la vida del pariente se presente como una acción más reprochable”.

Finalmente señalamos que el bien jurídico protegido es la vida humana de cualquier ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, cónyuge o concubino; siempre que el agente homicida sepa que la víctima tiene dicha condición.

Por su parte el delito de homicidio calificado en su modalidad de asesinato, se encuentra tipificado en el artículo 108° del Código Penal de 1991 con sus 5 incisos y siguiendo a Fernando Ángeles Gonzáles y Manuel Frisancho Aparicio se define “al asesinato como figura inmersa dentro del rubro del homicidio, es el acto mediante el cual una persona quita la vida a otra pero bajo circunstancias agravantes, previamente especificadas en el artículo 108° del Código Penal”<sup>10</sup>, es decir, por ferocidad, por lucro o por placer; para facilitar u ocultar otro delito; con gran crueldad o alevosía; por fuego, explosión, veneno o por cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o la salud de otras personas; y, si la víctima es miembro

---

<sup>8</sup> “Tendencias Jurisprudenciales - Parricidio”, En: *Diálogo con la Jurisprudencia Actualidad, Análisis y Crítica Jurisprudencial*, Lima, Gaceta Jurídica, tomo N° 128, mayo 2009, año14, p. 203.

<sup>9</sup> “Tendencias Jurisprudenciales - Parricidio”, *ob. cit.*, p. 203.

<sup>10</sup> ANGELES GONZALES, Fernando y Manuel FRISANCHO APARICIO. *Ob. Cit.* p. 679.

de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas; Magistrados del Poder Judicial o del Ministerio Público en cumplimiento de sus funciones.

El bien jurídico protegido es la vida humana de cualquier persona que tenga las condiciones señaladas en el párrafo anterior y la vida de una persona que tenga la condición de miembro de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas; Magistrados del Poder Judicial o del Ministerio Público en cumplimiento de sus funciones.

## **2. La pena**

### **2.1. Generalidades**

El *ius puniendi* del Estado en el proceso penal, se manifiesta a través de la imposición de una pena, por lo tanto la sanción punitiva, tiene como función primordial la prevención de delitos, y para la obtención de dicho fin, asigna a la pena una función de prevención general y una función preventiva especial

En el marco de un Estado de Derecho, la pena se encuentra condicionada a la acreditación de un "injusto penal" y a un agente que detente responsabilidad penal, es decir, un hombre que conocía del injusto al momento de la comisión del hecho punible y que conforme a su estructura psico-somática y social estaba en posibilidades de dirigibilidad normativa, que podía motivarse conforme al directivo de conducta.

Siendo la pena, la sanción pública más grave con la que cuenta el ordenamiento jurídico, viene a ser la segunda institución fundamental de la Parte General del Derecho Penal, ya que a través de la pena se priva un bien jurídico de máximo valor en el Estado de Derecho, que es la libertad personal y sus derechos conexos.

Otro tema importante es que el sistema de punición adoptado por el Código Penal de 1991, es un sistema de innovación y de notable progreso, entre las que tenemos las medidas sustitutivas de la libertad, por lo que la actual pena privativa de la libertad mantiene su vigencia para los delitos que son incuestionablemente graves y como respuesta para los delitos cometidos por delincuentes de peligrosidad, y en los casos de hechos delictuosos que no revisten mayor gravedad, ha previsto otras penas como la prestación de servicios a la comunidad; limitación de días libres e inhabilitación; también la pena de multas.

## 2.2. Definición de la pena

Existe una diversidad de definiciones de la pena, pero consideramos citar a Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre quien define a la pena “como aquella que se impone a la persona culpable, luego de haber sido sometida a un proceso penal con todas las garantías, en el cual se enerva el principio de presunción de inocencia y en cuyo fallo jurisdiccional final se le impone una pena que significa la privación o restricción de un bien jurídico de alta significancia social”<sup>11</sup>. Por su parte, Luis Bramont Arias y Luis Bramont Arias – Torres, al definir la pena precisan “que se respeta así un tradicional orden sistemático que encierra una verdad lógica, primero se estudia el presupuesto (delito) y, posteriormente, su consecuencia (la pena). La pena es el castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada, a quien, tras el debido proceso, aparece como responsable de una infracción de derecho, y a causa de dicha infracción”<sup>12</sup>.

Felipe Andrés Villavicencio Terreros, “la pena es la característica más tradicional e importante del Derecho Penal, está relacionada con la conducta socialmente desvalorada de las personas, es una consecuencia jurídica asignada a cualquier individuo que haya realizado un hecho punible contrario a la norma”<sup>13</sup>.

Finalmente la definición que consideramos más pertinente es la expuesta por Gabriel Rodríguez Pérez de Agreda que define a la pena “como una restricción de bienes al sancionado esa es, entre otras, una expresión de carácter coactivo del Derecho: el todo expresa su esencia en y, a través, de la parte; así mismo, pena es sanción, primero, porque aparece como par dialéctico de una norma penal y, segundo, porque en la práctica el todo (el Derecho) la impone certera y pronta. El todo se expresa o expresa su carácter coactivo impositivo de su naturaleza a través de la parte y a su vez esta adquiere su esencia de la relación con el todo de manera tal que si le faltara alguno de ellos pierde su calidad de sanción”<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte General Teoría del Delito y de la Pena y sus Consecuencias Jurídicas*. 2° ed. Lima. Edit. Rodas. 2007. p. 855.

<sup>12</sup> BRAMONT ARIAS, Luis y Luis BRAMONT - ARIAS TORRES. *Código Penal Anotado*. 1° ed. Lima. Edit. San Marcos. 1995. p. 199.

<sup>13</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal – Parte General*. 1° ed. Lima. Editorial Grijley. 2006. pp. 45,46.

<sup>14</sup> RODRIGUEZ PÉREZ DE AGREGA, Gabriel, *El Concepto de la Pena*. Lima, Editorial: Revista de Doctrina: Derecho Público N° 01, p. 31.

### 2.3. Fines de la pena

Los fines de la pena son los objetivos empíricos e inmediatos y son la prevención general y la prevención especial.

Ambos Kai manifiesta “el punto de partida de la discusión sobre los fines de la pena se identifica más con la existencia de dos planteamientos diferentes. ¿Retribución o prevención?, la pena puede ser considerada como la justa equivalencia al mal causado por un delito, en el sentido de una *teoría de la retribución*: “*punitur, quia peccatum est*”. Desde este punto de vista, la pena carecería de efectos secundarios, y con ello, de una significación u orientación al futuro, se habla también de *teoría absoluta* o de teoría de la justicia. Por otra parte, también es posible atribuir a la pena una significación de anticipación, en la esperanza de que su imposición prevendrá la comisión de delitos similares en el futuro, en el sentido de una *teoría de la prevención*: “*punitur, ne peccetur*”. Sobre dicha idea yacen las *teorías* relativas o utilitarias, en cuanto instrumentalizan la pena para fines no relacionados con el delito efectivamente cometido. Puesto que ambas propuestas, consideradas por separado, conducen al parecer a resultados insatisfactorios, las interpretaciones conciliatorias exigen la combinación o complementación mutua de las ideas de retribución y prevención, las así llamadas teorías de la unificación o unitarias”<sup>15</sup>.

#### 2.3.1. Teoría de la retribución

Esta teoría compartiendo lo expuesto por Daniel Gorra, expresa que el fin de la pena, es “buscar retribuir el mal causado por el delito; castigar por castigar, sin criterios de utilidad social; se cometió el delito y se aplica la pena correspondiente, ahí se agota la función de la pena, y el fin no puede ser otro que el de la simple retribución. Sostienen que la pena tiene la misión trascendental de realizar el valor justicia”<sup>16</sup>.

Desde esta óptica es legítimo aplicar una pena, toda vez que será el castigo o retribución por una lesión cometida culpablemente; agregando que esa retribución tiene que ser legítima, es decir, debe ser justa, que sea proporcional, que reproduzca en el autor un mal que a la vez compense el mal que ha causado con su accionar, es decir, un mal se paga con otro mal.

---

<sup>15</sup> AMBOS, Kai. *Fundamentos y Ensayos Críticos de Derecho Penal y Procesal Penal - Fines de la Pena*. 1° ed. Lima. Ediciones Palestra Editores S.A.C. 2010. pp. 191,192.

<sup>16</sup> GORRA, Daniel Gustavo. *Fundamentos y Fines de la Pena*. 1° ed. Lima. Ediciones Jurídicas del Centro. 2008. p. 29.

### 2.3.2. Teorías preventivas

Son teorías relativas, que incorporan los criterios de utilidad social en el fin de la pena; tienen un fin la pena se traduce en la prevención del delito. Daniel Gustavo Gorra, señala que “a diferencia de la posición anterior (tesis retributiva) y en clara inclinación hacia las elaboraciones filosóficas utilitarias, esta corriente discrepa con la sobresaliente, ya que su propuesta radica, precisamente, en que la pena sea tenida como un medio para el fin en sí mismo. Más aún ese es su rasgo sobresaliente, ya que su propuesta radica, en que la pena sea tenida como un medio para prevenir futuros delitos”<sup>17</sup>.

Entre los fines de la pena, la prevención general, según Kai Ambos, “la teoría de la prevención general propone un efecto preventivo frente a la comunidad. Por una parte, la amenaza de una pena disuadiría a los potenciales delincuentes que integran una comunidad de cometer ilícitos penales (prevención general negativa); y por otra, fortalecería la confianza de quienes integran dicha comunidad en la capacidad de ejecución y vigencia del orden jurídico, y consecuentemente con ello, la fe de la misma en el Derecho (prevención general positiva)”<sup>18</sup>.

Por otro lado la prevención especial está orientada o dirigida al delincuente, por lo que también citando a Kai Ambos, “la teoría de la prevención especial aspira a obtener un efecto preventivo por medio de la influencia que se ejerce sobre el delincuente en tres estadios distintos. Por medio de la pena, se debe proteger a la comunidad del delincuente; disuadir al delincuente de cometer nuevos delitos; y durante el proceso de ejecución de la misma, resocializar al delincuente en términos tales que permita evitar su reincidencia”<sup>19</sup>. Esta prevención vendría a aplicarse cuando ha fallado la primera prevención (general).

### 2.3.3. Prevención o teoría de la unificación o combinación

Existe una tercera posición ecléctica, conocidas como teoría mixta o de la unión, una teoría unificadora. Consiguientemente, la teoría de la unificación como lo señala Ambos Kai “es aquella que intenta un modelo unificado de las dos prevenciones antes mencionadas, por lo que aceptan la pena únicamente con fines de prevención, rechazando la idea de la retribución. Por otra parte, estiman necesario limitar la

---

<sup>17</sup> GORRA, Daniel Gustavo. *Ob. Cit.* p. 38.

<sup>18</sup> AMBOS, Kai. *Ob. Cit.* p. 195.

<sup>19</sup> *Ídem.* p. 194.

intensidad de la pena sobre la base de la culpabilidad del delincuente, a fin de prevenir la utilización de penas disuasivas excesivamente rigurosas, por eficaces que éstas pudiesen ser”<sup>20</sup>.

#### **2.4. Clasificación de las penas**

Existe una diversidad de clasificaciones referidas a las penas, ello según el punto de vista de cada tratadista asume; sin embargo, mencionamos que según el Código Penal de 1991 en su artículo 28° las penas se clasifican de la siguiente manera: -Privativas de la libertad; - Restrictivas de la libertad, la expatriación (derogada Ley N° 29460) y la expulsión, ambas se aplican después de cumplida la pena privativa de la libertad; -Limitativas de derechos, prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación y -Multa.

### **3. Principios de la función jurisdiccional – motivación de resoluciones judiciales y derecho de defensa**

#### **3.1. Generalidades**

Todo el conjunto de normas que contiene nuestra Constitución Política del Perú, debe ser cumplida en forma obligatoria por todos quienes integramos la sociedad peruana, ello como consecuencia de lo prescrito por el artículo 38° de la citada constitución que le otorga fuerza vinculante señalando que “todos los peruanos tienen el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación”, por lo tanto su contenido debe ser escrupulosamente respetado por los poderes públicos y ciudadanos en general.

Es en este contexto de cumplimiento obligatorio de las disposiciones constitucionales, que abordaremos a los principios y derechos de la administración de justicia como son la motivación de las resoluciones judiciales y el derecho de defensa, principios que forman parte del debido proceso, teniendo en cuenta lo señalado por Juan Monroy Gálvez, “cuando se hace referencia al derecho a un debido proceso, se afirma la existencia de un derecho continente al interior del cual existen cierto número de derechos fundamentales que aseguran el reconocimiento y plenitud de un sujeto de derecho dentro de un procedimiento o proceso. Así, serán expresiones del derecho continente (debido proceso) el de ser juzgado por un juez competente, de ser procesado en base a un procedimiento previamente establecido

---

<sup>20</sup> *idem*. p. 196.

legalmente, de poder probar sus afirmaciones, la motivación de las resoluciones judiciales, derecho de defensa entre otras”<sup>21</sup>.

Igualmente Javier Adrián señala “precisamente, el artículo 139° inciso 3) de la Constitución reconoce como principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Con ello se persigue garantizar que cuando una persona pretenda la defensa de sus derechos, la solución de un conflicto jurídico o la aclaración de una incertidumbre jurídica, sea atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas”<sup>22</sup>.

### 3.2. Motivación de resoluciones judiciales

La Constitución Política del Perú en su artículo 139° Inc. 5 señala como principio y derecho de la función jurisdiccional “la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”. La motivación de las resoluciones judiciales exige la mención expresa no sólo de la ley aplicable, sino además de los correspondientes fundamentos de hecho, con lo que se entiende que la motivación debe ser completa tanto en la *quaestio iuris* (cuestión de derecho), como la *quaestio facti* (cuestión fáctica o de hecho). Es en este sentido que Castillo Alva José Luis, señala “la tarea de la interpretación jurídica es precisar el contenido y alcance de una norma jurídica, facilitando y garantizando su aplicación a los supuestos de hecho que son alcanzados por su sentido literal posible. Ella determina el ámbito de cobertura del precepto, el cual depende muchas veces del método o criterio de interpretación que se elige y se sigue”<sup>23</sup>. En resumen este mismo autor señala “toda norma jurídica que pretende aplicarse a un caso concreto requiere ser interpretada previamente. Solo una correcta interpretación garantiza una correcta aplicación del precepto a un supuesto de hecho”<sup>24</sup>.

Según Roger E. Zavaleta Rodríguez “esta exigencia de fundamentar, de basar el fallo en apreciaciones fácticas y jurídicas, es una garantía para la prestación de justicia que deviene,

---

<sup>21</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan y otros. *La Constitución Comentada - Análisis, Artículo por Artículo*. 1° ed. Lima. Gaceta jurídica. Tomo II. 2005. p. 497.

<sup>22</sup> ADRIAN, Javier, “El debido proceso en materia constitucional”, En: *Actualidad Jurídica - Información Especializada para Abogados y Jueces*, Lima, Gaceta Jurídica, tomo 159, febrero 2007, p. 143.

<sup>23</sup> CASTILLO ALVA, José Luis; LUJÁN TÚPEZ, Manuel y Roger ZAVALETA RODRÍGUEZ. *Razonamiento Judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*. 2° ed. Lima. Edit. ARA Editores. 2006. p. 27.

<sup>24</sup> CASTILLO ALVA, José Luis; LUJÁN TÚPEZ, Manuel y Roger ZAVALETA RODRÍGUEZ. *Ob. Cit.* pp. 30, 31

en esencia, de dos principios: imparcialidad e impugnación privada”<sup>25</sup>. Así mismo, según Luis Prieto Sanchís, “en realidad la tarea del juez no comienza con la atribución de significado a un enunciado normativo. Ese constituye tal vez el momento central, pero para llegar a él han de verificarse algunas operaciones que con frecuencia condicionan o casi prejuzgan el resultado final. Tales operaciones suponen una cualificación jurídica provisional de los hechos y una individualización de la norma o segmentación del sector normativo relevante. La complejidad es considerable si tenemos en cuenta que en esta fase se entrecruzan apreciaciones fácticas y normativas, ya que los hechos han de ser ponderados a la luz de criterios legales y éstos, a su vez, identificados en función de los hechos”<sup>26</sup>.

Consiguientemente una vez delimitados los hechos y el significado atribuido por la norma previamente individualizada o que es lo mismo, la premisa menor de los hechos es subsumida por la premisa mayor de la disposición normativa, viene la etapa de acreditación de hechos con pruebas debidamente actuadas en el desarrollo del proceso, las cuales apoyan la decisión o fallo que emite el juzgador, cerrando con esto el razonamiento judicial en un caso determinado.

La motivación de las resoluciones judiciales desde el punto de vista constitucional tiene que entenderse desde dos aristas: 1° Como obligación del Estado y 2° Como derecho fundamental de los justiciables. Sin embargo, como lo anota Natalia Torres Zúñiga “el postulado constitucional, si bien ha sido señalado en un sentido unívoco, es decir, no podemos distinguir si se ha formulado como un derecho o como una obligación, podemos interpretar que éste se ha establecido los dos sentidos mencionados. Y es que la debida motivación de las resoluciones se constituye como un punto esencial del Estado Constitucional de Derecho en ambos sentidos, en la medida en que coadyuva a garantizar otros derechos de los justiciables y algunos principios fundamentales de la actividad jurisdiccional, así como controlar que la actividad jurisdiccional no sea arbitraria ni abuse del poder”<sup>27</sup>.

### 3.2.1. Concepto

Miguel Toyohama Arakaki, señala que “por motivar se entiende al acto por el cual se expresa, en forma clara y suficiente, las razones para optar por una decisión en particular. En el campo jurídico la motivación jurídica de una sentencia, consiste en la

---

<sup>25</sup> *Idem.* p. 370.

<sup>26</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Interpretación judicial y creación judicial del Derecho*. 1° ed. Lima-Bogotá. Edit. TEMIS. 2007. p. 180.

<sup>27</sup> TORRES ZÚÑIGA, Natalia, “El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales. Reflexiones a la luz del habeas corpus a favor de Giuliana Llamoga”, En: *Actualidad Jurídica - Información Especializada para Abogados y Jueces*, Lima, Gaceta Jurídica, tomo 180, noviembre 2008, p. 214.

justificación de dicha decisión judicial, que implica una actividad de argumentación jurídica. Cuando nos referimos a la motivación de las resoluciones judiciales, nos referimos al razonamiento tanto fáctico como jurídico, de la cuestión sometida a conocimiento del juzgador, los que sirven para fundamentar su decisión”<sup>28</sup>. Por su parte Natalia Torres Zúñiga establece que “la motivación se refiere a la justificación razonada que hacen jurídicamente aceptable una decisión judicial, agregando que la motivación es un deber de los jueces y un derecho de los justiciables”<sup>29</sup>.

Sobre el concepto de motivación de resoluciones judiciales Zavaleta Rodríguez manifiesta que “para fundamentar una resolución es indispensable que esta se justifique racionalmente, es decir, que sea la conclusión de una inferencia o sucesivas inferencias formalmente correctas, producto del respeto a los principios y a las reglas lógicas señaladas en parte de esta obra (justificación interna). Su observancia, sin embargo, no se limita a extraer la conclusión de las premisas predispuestas, pues también comprende una metodología racional en la fijación de aquellas (justificación externa). En lo posible las premisas deben ser materialmente verdaderas o válidas, según el caso, a fin de asegurar la transmisión de estos atributos a la conclusión”<sup>30</sup>. Luego el mismo autor concluye “motivar equivale a justificar razonablemente un acto volitivo. Motivar constituye la expresión de un ejercicio democrático y razonable del poder; una de las manifestaciones del estado de Derecho”<sup>31</sup>.

En la motivación de las resoluciones judiciales, es de vital importancia la actividad de argumentación jurídica, por lo que citando a Luis Manuel Sánchez Fernández, en el tema de la argumentación y la motivación de las resoluciones judiciales, señala que “*argumentar* equivale ciertamente a presentar razones – o argumentos- a favor o en contra de algún punto de vista que a partir de ahora estamos llamando *pretensión*, empleando una terminología menos formal a la lógica, que además tiene la ventaja de adecuarse sin dificultad a los usos corrientes de este término en los medios judiciales”<sup>32</sup>. Concepto de argumentación que es relacionado con lo expuesto por Manuel Atienza que expresa “argumentar es una actividad racional no sólo en el sentido de que es una actividad dirigida a un fin, sino en el de que siempre hay criterios para evaluar una argumentación, siempre parece tener sentido preguntarse si un

---

<sup>28</sup> TOYOHAMA ARAKAKI, Miguel, “El deber de motivación de las resoluciones judiciales y la determinación judicial de la pena”, En: *Actualidad Jurídica - Información Especializada para Abogados y Jueces*, Lima, Gaceta Jurídica, tomo 194, enero 2010, p. 152.

<sup>29</sup> TORRES ZÚÑIGA, Natalia, *ob. cit.*, p.214.

<sup>30</sup> CASTILLO ALVA, José Luis; LUJÁN TÚPEZ, Manuel y Roger ZAVALA RODRÍGUEZ. *Ob. Cit.* 370.

<sup>31</sup> *idem.* p. 367.

<sup>32</sup> SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Luis Manuel. *Argumentación Jurídica. Un modelo y varias discusiones sobre los problemas del razonamiento judicial*. Lima. Jurista Editores. 2004. p. 91.

argumento es bueno o malo, aparente bueno pero en la realidad malo, mejor o peor que otro, etc.”<sup>33</sup>.

El mismo autor Atienza señala sobre la argumentación en el Derecho “hay que argumentar porque hay que decidir y porque no aceptamos que las decisiones (particularmente cuando proceden de órganos públicos) puedan presentarse de manera desnuda, desprovistos de razones. De manera que, si esto es así, bien podría decirse que la argumentación (tarea de suministrar esas razones) acompaña a las decisiones como la sombra al cuerpo: argumentar y decidir son facetas de una misma realidad”<sup>34</sup>.

Por su parte Luján Túpez Manuel analizar la argumentación señala que “consiste en esgrimir una serie concatenada de razonamientos convenientemente expuestos, para persuadir al destinatario de la veracidad o validez de una tesis que, por lo general, no está demostrada fehacientemente con anterioridad. La argumentación también sirve para hacer labor de divulgación persuasiva, sobre la verdad o validez ya demostrada, pero aún no conocida por todos”<sup>35</sup>.

También debemos señalar que en la actualidad el concepto de motivación de resoluciones judiciales ha ido evolucionando desde el punto de vista de la interpretación jurídica realizado por los jueces en su labor cotidiana, siendo conceptualizada a la motivación de resoluciones judiciales como creación judicial del Derecho, es decir, el juez también crea Derecho al motivar sus resoluciones, dejando atrás la tradicional concepción que sólo el legislador es quien creaba el Derecho a través de leyes, señalado Luis Prieto Sanchís “que en líneas generales el requisito de la motivación, que supone hacer explícitas las opciones interpretativas y de política jurídica, permite mostrar el carácter de los tribunales en un sistema jurídico moderno como órgano de producción de Derecho principalmente heterónomos”<sup>36</sup>.

Por su parte la jurisprudencia sobre la motivación de las resoluciones judiciales ha establecido que “la garantía de la debida motivación, no significa que el órgano jurisdiccional deba pronunciarse por cada una de las argumentaciones de las partes; sin embargo, sí debe hacerlo respecto de aquellas principales, circunscritas a tópicos

---

<sup>33</sup> ATIENZA, Manuel. *El Derecho como Argumentación*. 1ed. Barcelona. Edit. Ariel. 2006. p. 76.

<sup>34</sup> ATIENZA, Manuel, *Ob. Cit.* P. 62

<sup>35</sup> CASTILLO ALVA, José Luis; LUJÁN TÚPEZ, Manuel y Roger ZAVALETA RODRÍGUEZ. *Ob. Cit.* p. 233.

<sup>36</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ob. Cit.* p. 240.

sustanciales, que serían los fundamentos tendientes a determinar la responsabilidad o irresponsabilidad del encausado”<sup>37</sup>.

El Tribunal Constitucional en el Exp. N° 4348-2005-PA/TC ha pronunciado “el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales implica la exigencia de que el órgano jurisdiccional sustente de manera lógica y adecuada los fallos que emita en el marco de un proceso. Ello no supone en absoluto una determinada extensión de la motivación, sino fundamentalmente que exista: a) fundamentación jurídica, lo que conlleva a que se exprese no sólo la norma aplicable al caso en concreto, sino también la explicación y justificación del porqué el hecho investigado se encuentra enmarcado dentro de los supuestos que la norma prevé; b) congruencia entre lo pedido y resuelto, que implica la manifestación de los fundamentos que expresan la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y lo pretendido por la partes; c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun cuando ésta sea sucinta, o se establezca el supuesto de motivación por remisión”.

### **3.2.2. Motivación de resoluciones judiciales como principio constitucional**

Desde este ámbito la obligación de motivar cumple la finalidad de evidenciar que el fallo es una decisión razonada en términos de Derecho y no un simple y arbitrario acto de voluntad de quien está llamado a juzgar, en ejercicio de un rechazable absolutismo judicial, es decir, un límite a la posible arbitrariedad del juez, ya que su justificación de la decisión debe ser lógica y sujeta a ley. Así mismo, la obligación de motivar también es una garantía del principio de imparcialidad, en la medida que mediante ella podemos conocer si el juez actuó de manera imparcial frente a las partes durante el proceso, igualmente la motivación constituye una garantía de la independencia judicial, ya que garantiza que el juez no determine o solucione un caso por presión o intereses de los poderes externos o de los tribunales superiores del Poder Judicial.

En este caso Zavaleta Rodríguez, señala que esta función extra procesal “apunta a que el juez comunique a todos los ciudadanos las razones de su fallo, en tanto del pueblo emana la justicia que aquél ejerce”<sup>38</sup>.

### **3.2.3. Motivación de resoluciones judiciales como derecho de los justiciables**

Es entendida como el derecho de los justiciables para reclamar del Estado no sólo la tutela judicial efectiva, sino también para exigir que ésta termine materializada en una

<sup>37</sup> “Debida motivación obliga al juez a pronunciarse sobre los argumentos principales de los impugnantes ¿De lo contrario se afecta al debido proceso?”, En: *Dialogo con la Jurisprudencia Actualidad, Análisis y Crítica Jurisprudencial*, Lima, Gaceta Jurídica N° 129, junio 2009, año 14, p. 253.

<sup>38</sup> CASTILLO ALVA, José Luis; LUJÁN TÚPEZ, Manuel y Roger ZAVALA RODRIGUEZ. *Ob. Cit.* p. 371.

declaración de certeza que tenga explicitud y razonabilidad en su fundamentación, es decir, la emisión final de un pronunciamiento plasmado en una decisión judicial, razonada, fundamentada, motivada en forma conveniente y por ende libre de cualquier valoración de cuestiones subjetivas. Por ello esta exigibilidad de motivación debe ser debida, que se pueda comprobar que la solución que un juez brinda a un caso cumple con la exigencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de una arbitrariedad, permitiendo con ello el control de la actividad jurisdiccional y la preservación del derecho de defensa.

### **3.2.4. Motivación de resoluciones judiciales y determinación de la pena**

En el ámbito de la “determinación judicial de la pena”, la motivación significa hacer explícitos los fundamentos fácticos y jurídicos que llevaron al juzgador a la aplicación de una sanción. Así mismo, este procedimiento de individualización judicial de la pena, como lo señala Miguel Toyohama citando a Patricia Ziffer “no se agota en la atribución del hecho culpable a una persona, sino que se extiende a la motivación de la decisión sobre la pena que se impone y su modo de ejecución, con lo que se observa la importancia y la relación entre el deber de motivación de las decisiones judiciales y el procedimiento de determinación de la pena”<sup>39</sup>.

A lo anterior agrega el mismo Miguel Toyohama Arakaki “para ello, debe recurrirse al procedimiento de determinación de la pena señalado en la ley penal, en especial en los artículos 45° y 46° del Código Penal, las normas del título preliminar y demás aplicables. Dichas circunstancias deberán ser valoradas en forma integral por el juzgador, detallando las razones por las cuales considera su aplicación. El argumento que consiste en consignar la circunstancias que se presentan, sin mayor explicación en el desarrollo valorativo o hacerlo en forma parcial, no constituye un acto de motivación adecuado, ya que no expone la convicción del juzgador, y no permite que la persona sentenciada comprenda los motivos por los cuales se le impone una pena determinada, cualitativa y cuantitativamente”<sup>40</sup>.

### **3.2.5. Requisitos de la motivación de las resoluciones judiciales**

Para obtener una adecuada motivación de las resoluciones judiciales es necesario que vaya en concordancia con el Derecho, valores y principios consagrados en el ordenamiento jurídico, por lo que se establecen determinados requisitos básicos que a continuación se detallan.

---

<sup>39</sup> TOYOHAMA ARAKAKI, Miguel, *ob. cit.*, p. 150.

<sup>40</sup> *Ídem*, p. 155.

**Expresa**, el juzgador debe señalar en la parte considerativa de su resolución los fundamentos jurídicos e interpretaciones que ha empleado y las conclusiones a las que ha arribado, debe hacer expresas las razones que respaldan el fallo al que ha llegado, o exponer las razones que lo han conducido a resolver el caso sometido a su conocimiento.

**Clara**, significa que el juzgador al momento de redactar y comunicar su sentencia, debe expresarse en forma clara y precisa, basándose para ello en la utilización de términos lingüísticos comprensibles, no sólo para los justiciables, sino para toda la sociedad, debiendo evitarse el empleo de términos oscuros, abstractos, imprecisos o ambiguos, que podrían generar confusión o interpretaciones erradas. Natalia Torres Zúñiga expresa “la motivación clara puede establecerse como imperativo procesal en la medida que las partes son los destinatarios directos de la resolución de un conflicto ante el Poder Judicial.

Y es que la exigencia de motivar las resoluciones deviene del principio de impugnación, lo que supone que sea indispensable que las partes conozcan qué es lo que se va a impugnar, pues de otra forma el derecho de defensa se vería restringido de modo irrazonable”<sup>41</sup>.

**Conforme a los principios lógicos**, en el desarrollo de un proceso penal el juzgador examinará los argumentos jurídicos que asumen las partes y mediante un razonamiento adecuado, resolverá lo conveniente, por lo tanto deberá emplear y respetar los principios de la lógica formal, como son: - El principio de no contradicción, por el cual se encuentra prohibida la afirmación y negación a la vez de un hecho, de un fundamento jurídico; - El principio del tercio excluido, que precisa que ante dos cosas contradictorias no cabe término medio, si reconocemos que una proposición es verdadera, la negación de dicha proposición es falsa, en ese sentido no caben términos medios; - Principio de identidad, en el sentido de que si se atribuye a un concepto determinado contenido, este no debe variar durante el proceso de razonamiento; - Principio de razón suficiente, en el sentido que debe expresar por sí mismo las condiciones que sirven para dictarla y mantenerla (suficiencia) y debe observar la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los factores que justifiquen la adopción de su decisión (razón).

Zavaleta Rodríguez, Roger en lo referente a la motivación de las resoluciones judiciales y el respeto de los principios lógicos, manifiesta sobre estos principios “no existe duda que la irracionalidad es antagónica a la idea del Derecho; y, por ende, que

---

<sup>41</sup> TORRES ZÚÑIGA, Natalia, *ob. cit.*, p. 216.

el respeto a los principios de la lógica formal es inmanente a él. Por ello, la inobservancia de un principio lógico conlleva a que el acto procesal no cumpla con su finalidad y esté afectado por una nulidad insubsanable”<sup>42</sup>.

### 3.2.6. Motivación respecto a las máximas de la experiencia

Son las situaciones experimentadas por el juzgador en el curso de su vida, que pueden ser empleadas para formar convicción sobre los hechos sometidos a juzgamiento, conjuntamente con el empleo de argumentos jurídicos adecuados. Natalia Torres Zúñiga expresa que “las máximas de la experiencia se constituyen a partir de las reglas de la vida, las vivencias personales o transmitidas y el sentido común. Todos estos son elementos que los magistrados deben tomar en cuenta al momento de la elaboración de las premisas que lo llevarán a una determinada conclusión. La máximas de la experiencia son elementos abstractos que se obtienen a partir de elementos constantes en hechos o experiencias anteriores y su alcance dependerá de los medios fácticos que se analizan”<sup>43</sup>. Por su parte Zavaleta Rodríguez Roger citando a Dohring, Erich señala “las máximas de la experiencia no constituyen una categoría jurídica propiamente dicha, son productos de vivencias personales, directas o transmitidas, cuyo acontecer o conocimiento se infieren por sentido común. Se definen como aquellas reglas de la vida y de la cultura general formadas por inducción, mediante la observación repetida de hechos anteriores a los que son materia de juzgamiento, que no guardan ningún vínculo con la controversia, pero de los que pueden extraerse puntos de apoyo sobre cómo sucedió el hecho que se investiga”<sup>44</sup>.

### 3.2.7. Infracciones a la motivación de las resoluciones judiciales

Doctrinariamente se ha señalado que existen determinadas situaciones que originan infracciones a la motivación de las resoluciones judiciales” y que a continuación analizaremos cada una de ellas.

**Resoluciones carentes de motivación**, se presenta cuando la resolución judicial no señala la argumentación que fundamenta la decisión adoptada, es decir, existe ausencia de motivación. “Este tipo de error revela una ausencia total de fundamentos,

---

<sup>42</sup> CASTILLO ALVA, José Luis; LUJÁN TÚPEZ, Manuel y Roger ZAVALA RODRIGUEZ. *Ob. Cit.* p. 471.

<sup>43</sup> TORRES ZÚÑIGA, Natalia, *Ob. cit.* p. 217.

<sup>44</sup> CASTILLO ALVA, José Luis; LUJÁN TÚPEZ, Manuel y Roger ZAVALA RODRÍGUEZ. *Ob. Cit.* p. 466.

no obstante el deber que les viene impuesto a los jueces de motivar los autos y las sentencias”<sup>45</sup>.

**Resoluciones con motivación aparente**, la resolución judicial aparece como fundamentada en forma correcta, pero no sustenta una argumentación jurídica lógica y coherente. Se aprecia que más allá del aspecto formal o de una rutinaria descripción de argumentaciones, en estricto, no existe motivación alguna de la resolución. “Las resoluciones afectadas por esta clase de error se caracterizan porque disfrazan o esconden la realidad a través de cosas que no ocurrieron, pruebas que no aportaron o fórmulas vacías de contenido que se condicen con el proceso”<sup>46</sup>.

**Resoluciones con motivación insuficiente**, se da cuando no se han examinado en forma exhaustiva los medios probatorios que generan la decisión judicial, es decir, la motivación se presenta, pero en forma exigua, de modo que existe un inadecuado control de los aspectos lógicos formales y defectos en la valoración probatoria, vulnerándose el principio lógico de razón suficiente. “El juez yerra de este modo cuando no respeta el principio lógico de razón suficiente, es decir, cuando de las pruebas en las que basa su conclusión sobre los hechos no solo puede inferirse aquella, sino también otras conclusiones”<sup>47</sup>.

**Resoluciones con motivación incorrecta**, en estos casos, la motivación no guarda relación con lo decidido por el juzgador, por ende, el razonamiento jurídico no es adecuado. Se trataría de un caso en que la justificación interna y externa de la resolución es errónea, o no guarda congruencia con lo resuelto.

### **3.2.8. Tribunal Constitucional y afectaciones a la motivación de las resoluciones judiciales**

Por su parte el Tribunal Constitucional en los expedientes N° 3493-2006-PA/TC y N° 728-2008-HC, ha señalado y desarrollado los supuestos en los que se afecta la debida motivación de las resoluciones judiciales.

#### **Inexistencia de motivación o motivación aparente**

Este supuesto se da cuando no hay motivación o ésta no da razones mínimas del sentido del fallo; también se presenta cuando no responde a las alegaciones de las partes, o por que intenta únicamente dar cumplimiento formal de la motivación (motivación aparente). En este caso se viola el derecho a una decisión debidamente

---

<sup>45</sup> *ídem.* p. 444.

<sup>46</sup> *ídem.* p. 445.

<sup>47</sup> *ídem.* p. 447.

motivada, cuando la decisión es inexistente o cuando la misma es sólo aparente, en el sentido que no da cuenta de las razones mínimas que sustenta la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o por qué sólo intenta dar cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

**Falta de motivación interna de razonamiento**

Este supuesto ocurre cuando hay incoherencia narrativa en la motivación, de tal forma que no se puede comprender las razones en la que el juez apoya su decisión. Igualmente, hay falta de motivación interna cuando existe invalidez de una conclusión a partir de las premisas que ha establecido el juez en la motivación. También se conoce como “defectos internos de la motivación”, se presenta en una doble dimensión, por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o Tribunal.

**Deficiencias en la motivación externa**

Aquí el Tribunal Constitucional ha señalado que nos encontramos ante un caso de este tipo cuando de las premisas de las que parte el juez no han sido confrontadas con la validez fáctica (de los hechos) o jurídica existentes para el caso en concreto.

Justificación de las premisas, el derecho de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional, cuando las premisas de las que parte el juez no han sido controladas ni analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el juez o tribunal en sus decisiones. Si un juez al fundamentar su decisión: 1) Ha existido la existencia de un daño; 2) Luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por “X”, pero no ha dado las razones sobre su vinculación del hecho con la participación de “X”, en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciado por el juez constitucional por una deficiencia en la justificación en la justificación externa del razonamiento del juez. Si el control de la motivación interna permite identificar la falta

de corrección lógica en la argumentación del juez, el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento. El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y la razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal.

**Motivación insuficiente**

Se refiere al mínimo de motivación exigible para que la decisión este motivada adecuadamente y para que satisfaga el derecho del justiciable y de la sociedad de conocer las razones que apoyan la decisión judicial. Por otra parte la suficiencia es un criterio para evaluar las resoluciones que se encuentran en medio de una motivación completa y una motivación inexistente. Esta también, se refiere básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resultan manifiestas a la luz de los que en sustancia se está decidiendo.

**Motivación sustancialmente incongruente**

Los órganos judiciales están obligados a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que han sido planteadas, sin ir más allá de lo solicitado por las partes, ni otorgar algo distinto de lo solicitado por las mismas, u omitir algún pedido de éstas. Esto último debe matizarse con el principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho) que establece que el órgano jurisdiccional debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o la haya sido erróneamente. El Tribunal Constitucional señala que esta actuación no representará una extralimitación de las facultades del juez, siempre que éste proceda de conformidad con los fines esenciales de los procesos.

El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y

también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139° incisos 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues, precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o exceda en las peticiones ante él formuladas.

#### **Motivaciones calificadas**

Conforme a lo destacado por el Tribunal Constitucional, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho de que está siendo objeto de restricción por parte del juez o Tribunal.

En este caso de motivaciones calificadas, y considerando que la emisión de una sentencia condenatoria, trae como consecuencia la restricción del derecho a la libertad, consideramos útil citar lo expuesto por Luis Sánchez Fernández, cuando señala que existen casos difíciles en los “que se requiere, por tanto de otro tipo de argumentos para justificar la decisión. Estos argumentos pueden estar referidos, entre otros, a la forma en que interpreta los textos normativos, a la forma en que se aprecian los hechos, o directamente al tipo de decisión final que se postula”<sup>48</sup>.

#### **3.2.9. La inaplicación del artículo 45° del Código Penal origina la inexistencia de motivación e inexistencia de motivación calificada en las resoluciones judiciales**

En atención a lo expuesto precedentemente, consideramos que toda resolución judicial que afecte derechos de las personas con protección constitucional y especialmente el derecho a la libertad ambulatoria, debe contener una debida motivación, haciendo explícitas las razones o argumentaciones de hecho, derecho y el análisis probatorio que han llevado al juzgador a tomar determinada decisión, vale decir, debe cumplir por un lado, con la exigencia de una debida motivación por cumplimiento de disposiciones constitucionales y por otro lado, cumplir con establecer una motivación especial o calificada, por cuanto se está restringiendo un derecho con protección constitucional (libertad).

---

<sup>48</sup> SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Luis Manuel. *Ob. Cit.* p. 112.

Por lo que al tratarse de la restricción de la libertad personal por la imposición de una pena privativa de la libertad, la aplicación del artículo 45° del Código Penal, es de cumplimiento obligatorio, caso contrario se atentaría contra el derecho y principio constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales.

En atención a lo manifestado anteriormente consideramos que como consecuencia jurídica inmediata de la inaplicación del artículo 45° del Código Penal al momento de la determinación judicial de la pena por parte del órgano jurisdiccional y restringirse la libertad personal ambulatoria de los condenados, al no existir motivación o no exponerse las razones mínimas del sentido del fallo en la imposición de la sanción penal y el porqué del *quantum* de la misma se viola el derecho a una decisión debidamente motivada, incumpléndose las normas constitucionales de motivación de las resoluciones judiciales (Art. 139° Inc. 5), incurriéndose en una “resolución carente de motivación”, o también a lo que el Tribunal Constitucional ha denominado como “Inexistencia de motivación e incumplimiento de una motivación calificada”.

### 3.3. Derecho de defensa

También con regulación en la Constitución Política del Perú, artículo 139° Inc. 14 que prescribe como principio y derecho de la función jurisdiccional “el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso”, este derecho también tiene protección constitucional, cuya máxima expresión se encuentra en el proceso penal, se origina a partir de la primera imputación que se hace contra la persona, desplegando sus efectos a lo largo de todo el proceso penal, incluye la posibilidad de cuestionar a través de la interposición de medios impugnatorios.

Cecilia Beltrán Varillas señala “que el derecho de defensa, al ser una manifestación de un derecho fundamental como el debido proceso, debería estar previsto en el catálogo de derechos fundamentales y desligado de la función jurisdiccional, a fin de facilitar su aplicación y observancia en el ámbito administrativo y entre particulares”<sup>49</sup>.

Teniendo como referencia lo expuesto por Cecilia Beltrán Varillas, el derecho de defensa implica para todos los involucrados en un proceso la garantía esencial del debido proceso, toda vez que la vulneración a su ejercicio implica una infracción con todas las consecuencias procesales negativas que ello conlleva. Por lo que en este sentido, determinar su ámbito de aplicación y sus manifestaciones, permite a los justiciables hacer valer sus derechos

---

<sup>49</sup> BELTRÁN VARILLAS, Cecilia y otros. *Principio de no ser privado del derecho de defensa*. La Constitución Comentada - Análisis, Artículo por Artículo. 1° ed. Lima. Gaceta jurídica. Tomo II. 2005. p. 581.

conforme a ley y a la Constitución, así como también a los magistrados, conocer cuándo sus actuaciones podrían conllevar, en el caso concreto, la vulneración de este derecho (derecho de defensa) tan fundamental en la actualidad.

### 3.3.1. Concepto

Siguiendo a Jane Herrada Sánchez el derecho de defensa “representa la piedra angular del proceso, y constituye el requisito *sine qua non* para la válida constitución de un proceso. En el proceso penal, es un derecho fundamental que asiste a todo imputado a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación existente, esto es, el reconocimiento del ordenamiento jurídico de un derecho del imputado o procesado de hacer uso de una adecuada defensa. De esa manera la defensa opera como un factor de legitimidad de la acusación y sanción penal”<sup>50</sup>.

Por su parte Silvia Chang Chang, considera que el derecho de defensa “es una garantía fundamental que tiene por finalidad proteger a toda persona inculpada de haber cometido un delito, frente al poder punitivo del Estado, siendo que este derecho está garantizado en todas las etapas del proceso, esto es, desde la investigación preliminar hasta la última instancia. El derecho de defensa no sólo está referido a la posibilidad de ejercitar la auto-defensa, sino también la defensa técnica jurídica”<sup>51</sup>.

Entonces el derecho de defensa como derecho fundamental y con protección constitucional, no puede verse afectado desde ningún punto de vista en el desarrollo del proceso penal, caso contrario y de presentarse cualquier violación a este derecho se hace necesaria la intervención del juez constitucional para su protección y garantizar su ejercicio irrestricto en el proceso.

### 3.3.2. Manifestaciones del derecho de defensa

El derecho de defensa abarca en su interior la potestad de la persona de articular con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios para hacer valer dentro del proceso penal el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado se presume inocente. Las manifestaciones o contenido del derecho de defensa son muchas, pero entre las que más destacan son las siguientes: -El derecho a obtener una resolución fundada en derecho; -El derecho a probar; -El derecho a recurrir; -El derecho de designar un

<sup>50</sup> HERRADA SÁNCHEZ, Jane, “El derecho de defensa en el Código Procesal Penal de 2004”, En: *Actualidad Jurídica - Información Especializada para Abogados y Jueces*, Lima, Gaceta Jurídica, tomo 193, diciembre 2009, p. 124.

<sup>51</sup> CHANG CHANG, Silvia y otros. *Preguntas y respuestas al Título Preliminar*. “Preguntas y Respuestas sobre Instituciones del Código Procesal Penal”. 1° ed. Trujillo. Ediciones BLG. 2009. p. 17.

abogado de su elección, o en su defecto, a uno de oficio; -El derecho a comunicarse previamente con su abogado para contestar la imputación o realizar algún acto procesal; -El derecho a conocer en su integridad los cargos y pruebas existentes en su contra; entre otros.

### 3.3.3. Autodefensa y defensa técnica

La jurisprudencia ha establecido que ambas instituciones jurídicas tienen que ver con la dimensión del derecho de defensa, y es en este sentido que la jurisprudencia ha establecido “el ejercicio del derecho de defensa, de especial relevancia en el proceso penal, tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica; esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Ambas dimensiones del derecho de defensa forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho en referencia. (Exp. N° 6260-2005-PHC/TC-Lima, 12/09/2005)<sup>52</sup>.

Sobre la primera dimensión –autodefensa- conocida también como defensa material, implica que el imputado pueda hacer su propia defensa, ya sea contestando la imputación, negándola, bien conformándose con la pretensión fiscal o guardando silencio, sin que esto último repercuta negativamente en el imputado. Jane Herrada Sánchez manifiesta que “desde el inicio del proceso se considera inocente al imputado, debido a lo cual su culpabilidad se tiene que probar en juicio. En tal sentido, corresponde al imputado la facultad de decir “lo que le conviene” independientemente de si ello es verdadero o falso<sup>53</sup>.

La autodefensa se manifiesta en la anterior declaración instructiva que es definida “como la diligencia procesal a través de la cual el juez realiza un interrogatorio al imputado sobre los hechos que motivan la investigación y que tiene por finalidad conocer las respuestas de aquel ante los cargos que se le formulan, al mismo tiempo conocer sus condiciones y cualidades personales. Cuando la declaración instructiva ha sido tomada respetando todas las garantías y formalidades que la norma procesal penal señala, el órgano jurisdiccional puede otorgarle valor probatorio<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> “Tendencias Jurisprudenciales. Derecho de Defensa”, En: *Diálogo con la Jurisprudencia Actualidad, Análisis y Crítica Jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, N° 118, julio 2008, año 14, p. 274.

<sup>53</sup> HERRADA SÁNCHEZ, Jane, *ob. cit.*, p. 124.

<sup>54</sup> “Casos prácticos y consultas procesal penales”, En: *Actualidad Jurídica - Información Especializada para Abogados y Jueces*, Lima, Gaceta Jurídica, tomo 185, abril 2009, p. 156.

La segunda dimensión –defensa técnica- Herrada Sánchez señala “que la defensa técnica por su parte, está confiada a un abogado que asiste y asesora jurídicamente al imputado y lo representa en todos los actos procesales no personales, es realizada por el conecedor del derecho, el mismo que puede ser elegido por el imputado o determinado en juicio, ante la imposibilidad de la elección. Es indudablemente que la defensa técnica es un presupuesto necesario para la correcta viabilidad del proceso. Aún cuando el imputado puede hacer uso de la autodefensa, resulta imprescindible la presencia y asistencia del abogado defensor en el curso del procedimiento”<sup>55</sup>. Esto acorde con el principio de igualdad de armas en el proceso penal, que existe entre la parte acusadora representada por el Ministerio Público y la parte contra la cual se dirige la acusación, el imputado.

Sobre esta dimensión del derecho de defensa citamos al tratadista Zavaleta Rodríguez quien señala la función intra procesal de la motivación de las resoluciones judiciales “se dirige a otorgar a las partes la información necesaria para que éstas, en caso se consideren agraviadas por una decisión no definitiva, la impugnen e, igualmente se encamina a facilitar el control de la alzada sobre el decisorio recurrido”<sup>56</sup>.

Siendo entonces el Estado quien persigue el delito y cuenta con todo un aparato debidamente organizado, estructurado y especializado técnicamente en el campo del Derecho, resulta necesario e imprescindible que la persona contra quien se dirige toda esta persecución también tenga la posibilidad de contar con una asesoría técnica especializada por abogados de su elección que le brinden el soporte jurídico en un proceso determinado, garantizando de esta manera su derecho de defensa.

Villavicencio Terreros comentando a la defensa técnica expresa “el derecho a la defensa y la asistencia letrada tienen reconocimiento expreso en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 11), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8)”<sup>57</sup>.

Finalmente la jurisprudencia sobre el tema ha establecido “la defensa técnica o letrada, consiste en la asistencia de un profesional del Derecho en el proceso, y tiene

---

<sup>55</sup> HERRADA SÁNCHEZ, Jane, *ob. cit.*, p. 124.

<sup>56</sup> CASTILLO ALVA, José Luis; LUJÁN TÚPEZ, Manuel y Roger ZVALETA RODRIGUEZ. *Ob. Cit.* p. 372.

<sup>57</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Ob. Cit.*, pp. 125,126.

por finalidad garantizar el principio de igualdad de armas y la efectiva realización del contradictorio...”<sup>58</sup>.

#### 3.3.4. Principios fundamentales del derecho de defensa

El derecho de defensa incorpora dentro de sí dos principios fundamentales del proceso penal: 1° El principio de contradicción, de carácter estructural, al igual que la igualdad. “Este se asienta sobre la base de asegurar a las partes del proceso penal, acusadora y acusada, la posibilidad efectiva de comparecer o acceder a la jurisdicción a fin de poder hacer valer sus respectivas pretensiones, mediante la introducción de los hechos que las fundamentan y la correspondiente práctica de pruebas”<sup>59</sup>, y 2° El principio acusatorio, vinculado al objeto del proceso al igual que los de legalidad-oportunidad. “La principal característica del sistema acusatorio reside en la división de poderes. En ese sentido, este principio está referido al objeto del proceso, y determina bajo qué distribución de roles se realizará el enjuiciamiento del objeto procesal penal. Su finalidad es garantizar la imparcialidad del órgano jurisdiccional”<sup>60</sup>.

#### 3.3.5. Afectación al derecho de defensa por inaplicación del artículo 45° del Código Penal en la determinación judicial de la pena

Como se ha venido sosteniendo el derecho de defensa como derecho y principio de la función jurisdiccional cumple con dos dimensiones, material o autodefensa y formal o defensa técnica, que ya han sido detalladas en líneas anteriores; consiguientemente la inaplicación del artículo 45° del Código Penal al momento de determinarse judicialmente la pena y establecerse el *quantum* de la misma, consideramos que afecta la segunda de las dimensiones mencionadas (defensa técnica), debido a que el órgano jurisdiccional al no explicar desde el punto de vista de la correcta aplicación del artículo nombrado, las razones o motivaciones que han servido para la imposición de una sentencia condenatoria, está limitando las posibilidades del condenado de efectuar un cuestionamiento a la sentencia, utilizando los medios impugnatorios pertinentes, para el caso que estamos analizando, no se puede cuestionar vía recurso de apelación, para que sea el mismo órgano jurisdiccional actuando en condición de órgano de segunda instancia quien realice un nuevo examen de los razonamientos o argumentaciones del juez que emitió la sentencia condenatoria, y de existir errores en la sentencia en la determinación judicial de la pena referida a la aplicación del artículo

<sup>58</sup> “Tendencias Jurisprudenciales - Parricidio”, En: *Diálogo con la Jurisprudencia Actualidad, Análisis y Crítica Jurisprudencial*, Lima, Gaceta Jurídica, tomo N° 128, mayo 2009, año14, p. 275.

<sup>59</sup> HERRADA SÁNCHEZ, Jane, *ob. cit.*, p. 125.

<sup>60</sup> *Ídem*, p. 125.

45° del Código Penal, se puedan subsanar éstos a través del órgano revisor de segunda instancia y garantizar el derecho de defensa del condenado.

Finalmente la afectación al derecho de defensa técnica, consideramos se debe, por un lado, a que los cuestionamientos e interposición de recursos contra las resoluciones judiciales, sólo pueden ser realizados por los profesionales en Derecho, es decir, por los abogados que patrocinan a los procesados y por otro lado, estos cuestionamientos se hacen dentro de un proceso penal, consiguientemente reiteramos que la afectación que origina la inaplicación del artículo 45° del Código Penal al determinar judicialmente la pena, es a la dimensión de derecho de defensa, relacionado con la “defensa técnica o defensa formal”.

#### **4. Fundamentación de la sentencia penal y su aplicación en la determinación de la pena**

##### **4.1. Fundamentación en la sentencia penal**

La sentencia penal es la resolución en donde se establece el *quantum* de la pena que se impone al responsable de la comisión de un ilícito penal. Gálvez Villegas Tomás Aladino señala “con la sentencia se concreta el Derecho Penal por el órgano jurisdiccional después del debido proceso. La sentencia configura la máxima expresión de la potestad jurisdiccional. La sentencia es el acto del juzgador por el que decide sobre el ejercicio de la potestad punitiva del Estado en cuanto al objeto y respecto a las personas a las que se ha referido la acusación, y en consecuencia, impone o no pena, poniendo fin al proceso”<sup>61</sup>.

El mismo autor agrega “la sentencia condenatoria es la consecuencia jurídico penal inevitable al haberse determinado que el hecho materia de la acusación constituye delito y que el acusado resulta responsable del mismo, al haberse establecido que ha realizado o ha participado en la comisión del hecho. A través de la sentencia de condena se ejercita, por el órgano jurisdiccional, la potestad punitiva del Estado por el objeto del proceso y respecto a la persona del acusado, imponiéndole a éste la pena correspondiente”<sup>62</sup>.

Es en ese sentido que la sentencia debe estar debidamente fundamentada, explicando el análisis valorativo realizado por el juez en el proceso de determinación judicial de la pena, para arribar a la imposición de la pena, su *quantum* y forma de ejecución. Esta

---

<sup>61</sup> GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. “*El Código Procesal Penal - Comentarios Descriptivos, Explicativos y Críticos*”. 1° ed. Lima. Jurista Editores. 2008. p. 757.

<sup>62</sup> GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Ob. Cit.* p. 768.

fundamentación debe ser explicada en la parte considerativa de la resolución, como lo señala Juan Antonio Ureta Guerra “desde hace poco más de dos siglos se exige que las sentencias estén motivadas, es decir que expongan las razones de la decisión (...). Los magistrados, deben satisfacer la exigencia fundamental de explicar su decisión con argumentos claros, precisión en lo ordenado, así como que sirva de guía a los ciudadanos para exigir a los magistrados que corrijan las decisiones que no se ajustan a los criterios aceptados”<sup>63</sup>. La parte considerativa y más importante de la sentencia, está diseñada para la motivación que debe realizar el juzgador, es decir, se debe indicar la forma concreta y expresa de las razones o argumentos que sustentan el sentido de la decisión.

#### 4.1.1. Requisitos de la sentencia

El artículo 394° del Nuevo Código Procesal Penal prescribe los siguientes requisitos formales que debe contener una sentencia: -El nombre del juzgado penal, el lugar y fecha en que ha dictado, el nombre de los jueces y las partes, y los datos personales del acusado; -La enunciación de los hechos y las circunstancias objeto de la acusación, las pretensiones penales y civiles introducidas en el juicio, y la pretensión de la defensa del acusado; -La motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique; -Los fundamentos de derecho con precisión de las razones legales, jurisprudenciales o doctrinales que sirvan para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias, y para fundar el fallo; -La parte resolutive, con mención expresa y clara de la condena o absolución de cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les haya atribuido. Contendrá además, cuando corresponda el pronunciamiento relativo a las costas y lo que proceda acerca del destino de las piezas de convicción, instrumentos o efectos del delito; -La firma del juez o los jueces.

Juan Antonio Ureta Guerra, nos manifiesta que la sentencia debe cumplir con determinados estándares o requisitos obligatorios como son los siguientes: - Claridad, expresada en lenguaje cotidiano, utilizando ejemplos; -Exactitud, debe brillar en detalles que le den consistencia; -Relevancia, debe recoger todos los elementos relevantes del debate, explicar la relevancia de los hechos; - Profundidad, debe expresar la importancia que da a cada uno de los hechos debatidos y su complejidad en el proceso; -Amplitud, al expedirse debe contener argumentos que resuelvan todas las posiciones existentes y especialmente las contrapuestas; -Lógica, debe contener argumentos que están concatenados el uno con el otro, armonizados en conjunto, que cada argumento contribuya a entender el conjunto de la sentencia; -Justicia, debe

---

<sup>63</sup> URETA GUERRA, Juan. “*Técnicas de Argumentación para la Litigación Oral*”. 1° ed. Lima. Jurista Editores. 2010. p. 427.

explicar las razones que se ha tenido para acoger el argumento y a la vez explicar detalladamente a la parte vencida porque sus argumentos no fueron acogidos; y - Estrategia, debe contener determinadas alternativas o medidas pertinentes y posibles que permitan prever posibles dificultades que tendrá la decisión adoptada en la etapa de su ejecución, con el objeto de que llegue a ser ejecutable”<sup>64</sup>.

## 4.2. Fundamentación y determinación de la pena

### 4.2.1. Generalidades

Como venimos señalando y lo señala Enrique Bernales Ballesteros “la sentencia judicial constituye un antecedente para casos futuros que debe servir cuando menos como indicio de los criterios que tiene el Poder Judicial al resolver. Una sentencia insuficientemente fundamentada impide este objetivo. Las sentencias también tienen un valor pedagógico y creativo fundamental dentro del Derecho y sientan jurisprudencia. No en vano el inciso 20 del artículo 139° de la Constitución señala como principio de la administración jurisdiccional el “derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley”<sup>65</sup>.

Genéricamente sobre la fundamentación judicial citamos a Marianella Ledezma Narváez cuando señala que “las resoluciones judiciales no sólo requieren de un orden formal en cuanto al momento de su aparición en el proceso, sino un orden de lo que se quiere transmitir como contenido, esto implica que no sólo deba precisarse los ejes temáticos sobre los que va a versar el pronunciamiento, sino las consideraciones desarrolladas al respecto, en atención a los fundamentos fácticos que sustentan la decisión y las citas de las normas jurídicas aplicables a las consideraciones expuestas”<sup>66</sup>. Así mismo, también resulta importante lo que expone la autora antes mencionada al referir que “fundamentar no significa motivar; en la motivación, el juez expone las razones del fallo, la causa o hechos que justifican esa decisión; en cambio, la fundamentación busca articular las razones o motivos del fallo con el precepto legal aplicable, articulando los resultados y considerandos de la sentencia”<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> URETA GUERRA, Juan. *Ob. Cit.* p. 440.

<sup>65</sup> BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *“La Constitución de 1993 Análisis Comparado”*. 4° ed. Lima. Edit. RAO. 1998. p. 644.

<sup>66</sup> LEDEZMA NARVÁEZ, Marianela. *“Comentarios al Código Procesal Civil”*. 1° ed. Lima. Gaceta Jurídica. Tomo I. 2008. p. 463.

<sup>67</sup> LEDEZMA NARVÁEZ, Marianela. *Ob. Cit.* pp. 463, 464.

Sin embargo, con frecuencia se puede ver la existencia de sentencias en las que no se exponen con claridad los hechos materia de juzgamiento, citación de dispositivos en forma genérica y omisión de citación de dispositivos legales, ente otras omisiones. Así elaboradas las resoluciones judiciales -sentencia- no pueden cumplir con sus finalidades en el sistema jurídico, porque no cumplen con informar a las partes las razones que han tenido en cuenta los magistrados para tomar una decisión, especialmente cuando se trata del *quantum* de la pena, considerando que esta falta de fundamentación es una manera impropia de administrar justicia.

#### 4.2.2. Fundamentación de la determinación de la pena

La fundamentación de la pena por parte del órgano jurisdiccional, consideramos tiene su soporte constitucional en el inciso 5 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú de 1993, que prescribe el deber de fundamentar las resoluciones judiciales; en el presente caso, fundamentar la aplicación de la pena a imponerse al acusado, mediante la sentencia condenatoria se ponen fin al proceso penal.

Referente a la fundamentación de la pena, Miguel Toyohama Arakaki manifiesta “el procedimiento de la individualización judicial de la pena, no se agota en la atribución del hecho culpable a una persona, sino que se extiende a la motivación de la decisión sobre la pena que se impone y su modo de ejecución, con lo que se observa la importancia y la relación entre el deber de motivación de las decisiones judiciales y el procedimiento de determinación judicial de la pena”.<sup>68</sup> Y más adelante continúa el autor “para la explicación en forma conveniente de los motivos por los cuales se considera adecuado imponer una pena al culpable, debe recurrirse al procedimiento de determinación de la pena señalado en la ley penal, en especial los artículos 45° y 46° del Código Penal, las normas del título preliminar y demás aplicables”<sup>69</sup>.

Finalmente en nuestra opinión debemos agregar, la importancia trascendental que tiene en el proceso penal la motivación de la resolución judicial (sentencia) en la determinación judicial de la pena, es que va a permitir que el condenado “pueda ejercer su derecho a la defensa, por qué se le va a posibilitar tomar conocimiento de las razones por las cuales se ha declarado judicialmente su culpabilidad y se le ha impuesto (dosificado) determinada pena”.

---

<sup>68</sup> TOYOHAMA ARAKAKI, Miguel. *ob. cit.*, p. 150.

<sup>69</sup> *idem.*, p. 155.

### 4.2.3. Determinación de la pena

Jacobo López Barja de Quiroga, señala que “la teoría de la determinación de la pena es una ciencia que todavía está en sus inicios y, que desde el punto de vista de la práctica se encuentra en una situación de crisis permanente. En cualquier caso, sean cuales sean las reglas que el sistema penal ofrezca para individualizar la pena, en un sistema democrático regido por el principio de culpabilidad, ha de tenerse presente que las líneas maestras han de venir marcadas, por una parte, por el dogma, relativo a que la culpabilidad es el fundamento de la pena y que, en consecuencia, no puede imponerse una pena superior al límite de la culpabilidad de la persona; y, por otra parte, por los principios de igualdad y proporcionalidad. Partiendo de estas líneas maestras, sobre ellas habrá de utilizarse los criterios de prevención general o especial, en función del que se considere adecuado”<sup>70</sup>.

Sobre la determinación (individualización) de la pena Eduardo Novoa Monreal señala que “ha sido principalmente R. Saleilles el que desarrollo el tema de la necesaria individualización de la pena, meta generalmente hoy admitida como una de las principales que debe proponerse un Estado penal eficaz. Saleilles concibe la individualización de la pena en tres etapas diversas y, en cierto modo sucesivas: la legal, la judicial y la administrativa”<sup>71</sup>.

Por su parte Mapelli Caffarena Borja, comentando esta institución señala “la determinación de la pena que ha de aplicarse al responsable de una infracción criminal requiere un proceso de concreción que se inicia en la ley y concluye en el momento en que termina la ejecución de la pena impuesta. La importancia de este proceso es evidente, ya que la decisión última sobre la pena que realmente se va a aplicar al reo viene condicionada por los objetivos que con aquella se pretenden”<sup>72</sup>.

También tenemos en cuenta lo expuesto por Manuel de Rivacoba y Rivacoba “ya se ha dicho que donde o cuando la penalidad adquiere realidad jurídica, humana y social es con su determinación e imposición por el juez y, posteriormente, con su ejecución o cumplimiento”<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “*Derecho Penal - Parte General*”. 1° ed. Madrid. Edit. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales. S.A. Tomo IV. 2002. p.212.

<sup>71</sup> NOVOA MONREAL, Eduardo. “*Curso de Derecho Penal Chileno-Parte General*”. 1° ed. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Libro I. Tomo II. 1966. p. 392.

<sup>72</sup> CAFFARENA BORJA, Mapelli. “*Las Consecuencias Jurídicas del Delito*”. 3° ed. Madrid. Editorial Civitas. 1996. p. 186.

<sup>73</sup> RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de. “*Función y Aplicación de la Pena*”. 1° ed., Buenos Aires. Editorial Depalma. 1993. pp. 85,86.

Un concepto de determinación de la pena, muy útil y práctico es el expuesto por el magistrado Aldo Martín Figueroa Navarro, señalando que “la determinación de la pena, sea cual fuere el operador que la haga, es una decisión de carácter político criminal. Esto es, no es cualquier decisión la que la lleva a determinar la calidad y el *quantum* de la pena abstracta o concreta por la comisión de un hecho punible. Se trata de una decisión de carácter técnico, por un lado, pero también de carácter valorativo, por otro, que debe tener una utilidad; vale decir, ha de estar orientada a la consecución de una finalidad,”<sup>74</sup>.

## **5. Sistemas y etapas de la determinación de la pena**

### **5.1. Sistemas de determinación de la pena**

Mariana E. Prunotto, sobre los sistemas existentes para la determinación de la pena manifiesta que “existen distintos procedimientos posibles de determinación de la pena. Un legalismo extremo confiaría por completo a la ley la fijación de la pena de cada delito concreto. Un sistema de libre arbitrio judicial podría llegar, por el contrario, a ceder totalmente al juez dicha misión, no limitando legalmente ni la clase ni la medida de la pena a imponer. Las legislaciones actuales no acogen ni uno ni otro extremo, sino que combinan, por distintas vías y en diferente medida, una cierta dosis de legalismo y un determinado margen de arbitrio judicial”<sup>75</sup>.

En ese sentido la doctrina ha establecido que existen tres sistemas de determinación de la pena:

#### **5.1.1. Legalismo extremo**

En este sistema que por supuesto ha sido muy cuestionado, la determinación de la pena se confía por completo a la ley, es decir, va a ser la ley quien va a fijar la pena para cada delito en concreto y el juez tendrá como única función de aplicar la ley prevista en la norma, sin ningún tipo de criterio. En este sistema se nota claramente que es el legislador quien establece una pena fija para cada delito, por lo que el juez tiene que limitarse sólo a constatar la realización del hecho descrito para proceder a la aplicación de la pena prevista en la ley.

---

<sup>74</sup> FIGUEROA NAVARRO, Aldo Martín. *Seminario taller: Nuevos Criterios para la Determinación de la Pena*. 1° ed. Lima. Editorial: Centro de Investigaciones Judiciales-Área de Investigación y Publicaciones. 2007. p. 135.

<sup>75</sup> PRUNOTTO, Mariana E. Universidad Nacional de Rosario. *Perspectiva Científica de la Determinación de la Pena*. (en línea). disponible en la web: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/1208/1216>. (09 de mayo del 2012).

Caffarena Borja, comentando a este sistema expresa que “consiste en la fijación, por la ley, con carácter general y abstracto, de la pena correspondiente a cada hecho delictivo. Es esta fase poco propicia para la labor individualizadora, ya que el legislador no puede descender al caso concreto, y aunque tome en consideración ciertas circunstancias específicas del hecho y del culpable, lo hace en abstracto. Ello implica que aún le queda al juez un considerable margen de decisión. La ley, fija el marco penal, respondiendo ante el principio de legalidad, que supone que sólo la voluntad mayoritaria puede decidir sobre el cuánto y el cómo de la pena, y la pervivencia de una preocupación garantista, que mira con recelo las posibilidades de arbitrariedad que abriga el confiar esta tarea a los jueces”<sup>76</sup>.

### 5.1.2. Libre arbitrio judicial

En este sistema se cede totalmente al juez la potestad de la fijación de la pena, no existe limitación alguna por la ley ni la clase ni la medida de la pena a imponer. Existe un gran riesgo de que se incurra en arbitrariedades en este sistema, por cuanto no se ha llegado a establecer cuáles son los límites en los que puede el juez moverse para establecer la pena concreta.

Sobre este sistema podemos señalar que es todo lo opuesto al sistema de legalismo extremo, considerándolo que en este sistema también era extremo y antiguamente la determinación de las penas se confiaba exclusivamente al arbitrio sin control alguno a los jueces, a quienes se les confería poderes tan amplios que no era extraño que incurrieran en múltiples arbitrariedades. Era tan amplia esta facultad que los jueces no sólo podían aumentar y disminuir las penas señaladas por la ley, sino incluso imponer otras distintas, en este sistema el juez tenía libertad absoluta al imponer la pena, sin que existiera control alguno.

### 5.1.3. Mixto

Este sistema trata de unir los dos sistemas mencionados, ya que combina por diferentes vías y en diferente medida, una cierta dosis de legalismo y un determinado margen de arbitrio judicial. Entonces, es la ley que fija el marco

---

<sup>76</sup> CAFFARENA BORJA, Mapelli. *Ob. Cit.* pp. 188, 189.

penal, estableciendo un límite máximo y un límite mínimo, dentro del cual corresponde al juez la determinación de la pena concreta.

Manuel De Rivacoba y Rivacoba manifiesta “entre estos dos extremos transcurre la serie de casos en los que la labor se distribuye entre la ley y el juez; la ley, al graduar las particulares conductas injustas, por vía de la tosca y generalizadora valoración de los tipos, prescribe al juez especies y magnitudes penales, dotadas de márgenes diversos. Labor del juez será la definitiva fijación de la pena dentro de este marco. La graduación judicial de la pena es la medida de la pena dentro del marco penal legal”<sup>77</sup>.

Caffarena Borja, expresa que “es la realizada por el juez, que debe determinar, una vez calificados los hechos probados, la pena aplicable y su duración o cuantía. Una vez decidida la pena, por imposición explícita de la ley o por decisión del juez, procede su cuantificación exacta. Para hacerlo, el primero e ineludible punto de referencia será la configuración constitucional de la pena y de los fines que con la intervención penal persiguen, ya que la orientación a las consecuencias es un elemento esencial de la racionalidad y funcionalidad de la individualización judicial”<sup>78</sup>.

Teniendo en cuenta lo expuesto, consideramos que éste (mixto) es el sistema que ha acogido nuestro Código Penal, por cuanto en él es el legislador quien establece un “marco penal genérico” o “pena abstracta”, es decir, una pena con una duración entre dos límites cuantitativos (un mínimo y un máximo), proporcionando a su vez en la parte general del Código Penal una serie de reglas destinadas a concretarlo en un margen de pena más reducido o marco penal concreto, dentro del cual, finalmente el juez elegirá la pena que debe imponerse al condenado y la cual debe ser una pena fijada en la sentencia.

## 5.2. Etapas de la determinación de la pena

Existe consenso al señalar que la determinación de la pena atraviesa hasta por tres etapas: -Determinación legal de la pena; -Determinación o individualización judicial de la pena y - Determinación ejecutiva de la pena.

---

<sup>77</sup> RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel de. *Ob. Cit.* pp. 86,87.

<sup>78</sup> CAFFARENA BORJA, Mapelli. *Ob. Cit.* pp. 189, 190.

El autor Carlos Rodrigo Mera Palomino señala que la “determinación de la pena transcurre por una fase legal y otra judicial, añadiéndose a éstas la fase de intervención de la administración penitenciaria en la ejecución de las penas. Esta trilogía se generalizó con la obra del juriconsulto francés Raymond Saleilles publicada en 1898 bajo el título de “individualización de la peine” reeditada en los años 1908 y 2001, quien distinguió una fase legal, judicial y penitenciaria en la determinación de la pena. Como se ha evaluado, al señalar el legislador el marco penal del delito hasta que la pena se cumple definitivamente, transcurre un proceso de creciente concreción de la sanción”<sup>79</sup>.

Partiendo de esta clasificación en la presente investigación se estudiará cada una de las etapas mencionadas.

### 5.2.1. Determinación legal de la pena

En este primer estadio el protagonista es el legislador, quien determina en abstracto las penas correspondientes a cada delito, vale decir, que corresponde al legislador esta fase la fijación del marco penal de índole genérico perteneciente a cada delito, por ejemplo pena privativa de la libertad no menor de 06 ni mayor de 20 años para el delito de homicidio simple previsto en el artículo 106° del Código Penal. En esta fase incidirán las funciones de prevención general de naturaleza intimidatoria; así mismo, es en esta etapa donde prima la naturaleza retributiva de la pena, como sentido coaccionador estatal a quien culpablemente infringió la norma penal; por lo que se establece el *quantum* de la sanción, conforme a una determinada relación delito-pena, de esencia jurídica, tomando contacto únicamente con valores pertenecientes al sistema penal. También, corresponde a este estadio la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Para Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, “esta es una etapa profesamente legalista y formalista a la vez, pues el juzgador está obligado en la concreción a sujetarse a determinadas reglas o fórmulas generales, de las cuales no puede apartarse, pues hacerlo implicaría un arbitrio judicial insostenible bajo el imperio de legalidad”<sup>80</sup>. Víctor Prado Saldarriaga denomina a esta etapa como identificación de la pena básica señalando “que el primer paso en el proceso de determinación judicial de la pena es precisar los límites de la pena o penas aplicables, a través de ella el juez establece un espacio punitivo que tiene un mínimo o límite inicial y un máximo o límite final”<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> MERA PALOMINO, Carlos Rodrigo, “La Determinación de la pena”, En: *Actualidad Jurídica - Información Especializada para Abogados y Jueces*, Lima, Gaceta Jurídica, tomo 171, febrero 2008, p. 110.

<sup>80</sup> PEÑA CABERA, Alonso R. *Ob. Cit.* p. 1021.

<sup>81</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios*. 1° ed. Lima. Idemsa. 2010. p. 118.

Entonces señalamos que esta etapa está referida a los marcos penales conminados en los tipos penales de la parte especial del Código Penal, que se encuentran fijados en abstracto, el código para la determinación de la pena parte de un marco penal establecido para cada delito. Es decir, el legislador ha determinado los marcos mínimos y máximos de penalidad, que han de ser recorridos por el juzgador en cada caso concreto. A esto se le denomina marco de conminación legal abstracto, que no es otra cosa que una formulación de contenido simbólico-normativo que busca internalizarse en la psique de los sujetos a fin de que se abstengan de cometer delitos.

En síntesis, en nuestro sistema jurídico penal, esta fase está dada por la fijación en abstracto de una pena entre dos límites para el responsable del ilícito penal (límite mínimo y límite máximo), además se prevé las circunstancias que deben tenerse en cuenta para la concreción posterior de la pena concreta -atenuantes, agravantes, condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias, concurso de delitos, error de tipo entre otros- todos estos aspectos deben concretarse en los pasos que deben seguirse en su valoración y los tipos penales previstos para cada delito en la parte especial. Así mismo, consideramos es necesario se tenga presente que sólo en el marco permitido por la individualización legal de la pena, será posible tratar la fase de la individualización judicial.

### 5.2.2. Determinación judicial de la pena

Llamada también individualización judicial de la pena por el juez, y es la etapa en que éste asume la tarea de la elección de la pena adecuada al caso concreto dentro del marco ofrecido por el legislador. Fernando Velásquez señala “corresponde hacerlo al órgano jurisdiccional debido a que la conminación abstracta que tiene la pena en la ley se expresa, generalmente, en magnitudes abiertas o semi abiertas donde sólo se asigna a aquélla una extensión mínima o máxima”<sup>82</sup>.

Prado Saldarriaga, señala “en la segunda etapa del proceso de determinación judicial de la pena, le corresponde al juez la individualización de la pena concreta dentro del espacio y límite prefijados por la pena básica en la etapa precedente. La pena concreta será la que realice el jus puniendi del Estado en el infractor en una sentencia condenatoria y que deberá cumplir el autor o partícipe culpable del delito”<sup>83</sup>. Así mismo, este autor señala “el escenario de la determinación judicial de la pena, implica

---

<sup>82</sup> VELÁSQUEZ VELASQUEZ, Fernando. *Los Criterios de Determinación de la Pena en el Código Penal de 1991*. (en línea). disponible en la web: [http://spij.minjus.gob.pe/información/coyuntura/sentencia\\_Fujimori/P3C3-Pena\\_pdf](http://spij.minjus.gob.pe/información/coyuntura/sentencia_Fujimori/P3C3-Pena_pdf). (07 de mayo 2012).

<sup>83</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Ob. Cit.* p. 118.

en gran medida definir de modo cualitativo y cuantitativo la sanción que corresponde aplicar a ese autor o partícipe de un hecho punible, la decisión tiene que explicarse técnica y lógicamente por el operador”<sup>84</sup>.

Mariana Prunotto afirma “es el juez el encargado de realizar la determinación de la pena, en el sentido más amplio del término; como en el lenguaje especializado internacional que este acto de determinación judicial de las consecuencias del delito lo llama “*sentenci*”, abarcando el mismo tanto la fijación de la calidad de la pena como su cantidad”<sup>85</sup>.

Para lograr esta etapa se hace necesario construir un esquema metodológico - sistematizado, a través del cual el juez pueda obtener la correcta determinación o individualización judicial de la pena.

Alonso R. Peña Cabrera Freyre manifiesta que “esta etapa judicial de determinación judicial de la pena, comporta un proceso selectivo del juzgador, de suma relevancia, dado los intereses jurídicos puestos en tensión. Siendo así, la graduación de la pena (justa y útil) debe ser producto de una decisión debidamente razonada y ponderada, ajena a toda consideración subjetiva y basada esencialmente en los criterios que el legislador ha glosado en los artículos 45°, 46°, 46° A, 46° B y 46° C del Código Penal.”<sup>86</sup>.

Finalmente señalaremos que De Rivacoba y Rivacoba Manuel precisa muy acertadamente “la individualización judicial es el momento en donde la abstracta amenaza penal, de carácter general y alcance más o menos amplio, señalada en la ley, se convierte y reduce en una concreta realidad penal, de carácter determinado y cuantía o gravedad precisa, escogida entre las posibilidades o magnitudes contenidas en aquella, basándose al efecto en la gravedad del delito y fijándola en la sentencia. Recuérdese que los jueces sólo se ocupan de casos singulares, individuales”<sup>87</sup>.

En síntesis, consideramos que en esta etapa el juez en su sentencia establece una pena concreta dentro del marco legal penal fijado por la ley, para lo cual sigue criterios

---

<sup>84</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Seminario taller. *Nuevos Criterios para la Determinación de la Pena*. 1° ed. Lima. Editorial: Centro de investigaciones judiciales-Área de investigación y publicaciones. 2007. pp. 28, 29.

<sup>85</sup> PRUNOTTO, Mariana E. Universidad Nacional de Rosario. *Perspectiva Científica de la Determinación de la Pena*. (en línea). disponible en la web: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/1208/1216>. (09 de mayo del 2012).

<sup>86</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R, “La determinación judicial de la pena en la sentencia contra Alberto Fujimori”, En: *Actualidad Jurídica - Información Especializada para Abogados y Jueces*, Tomo 186, Mayo 2009, p. 126.

<sup>87</sup> RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel de. *Ob. Cit.* p. 89.

por ella previamente establecidos y utilizando en último término su arbitrio limitado de forma motivada. Cabe mencionar que esta fase es llevada a cabo por el juez penal, tomando como base el tipo penal especial, la culpabilidad y los fines de la pena para los efectos de graduar o dosificar la respuesta punitiva del Estado. En esencia, en esta etapa de determinación judicial de la pena, existe una sustracción del ámbito legalista, para adentrarse a un análisis que de forma individual y pormenorizada, debe tomar en cuenta todas las circunstancias que rodearon la comisión del hecho punible, así como aquellas condiciones que haya presentado el agente en su proceder delictivo, las que pueden hacer las veces de circunstancias agravantes y/o atenuantes.

Además agregamos también que en esta etapa debe tenerse presente: 1) La pena tipo en su referencia mínima y máxima; 2) Las atenuantes genéricas o especiales previstas en la ley, como son responsabilidad restringida, confesión sincera, eximentes imperfecta entre otras; 3) Los referentes circunstanciales previstos por los artículos 45° y 46° del Código Penal; 4) Juicio de culpabilidad o reproche al agente de un injusto jurídico penal que comprende la acción, la tipicidad y la antijuricidad y 5) Sustentar la proporcionalidad de la pena entendida como la correspondencia al autor o partícipe del delito.

### 5.2.3. Determinación ejecutiva de la pena

Sobre esta fase Alonso Raúl Pena Cabrera Freyre, “la denomina de ejecución penal, es la manifestación misma de la concreción punitiva, donde la pena impuesta es ejecutada vía el órgano administrativo competente (INPE). De esta manera el condenado, es recluido en alguno de los establecimientos penitenciarios localizados en el territorio nacional”<sup>88</sup>.

Para Aldo Martín Figueroa Navarro “se habla de determinación penitenciaria de la pena, que algunos impropiamente denominan determinación administrativa de la pena, realizada por la autoridad administrativa penitenciaria, pero bajo el control judicial respecto a la forma en que debe ejecutarse la pena impuesta por el juez”<sup>89</sup>.

Según Mapelli Caffarena Borja señala “que esta etapa de individualización penitenciaria se realiza durante la ejecución de la pena privativa de la libertad. Permite un mayor estudio al condenado a través de su observación directa, de su respuesta al tratamiento y de sus posibilidades de resocialización”<sup>90</sup>.

<sup>88</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. *Ob. Cit.*, p. 1023

<sup>89</sup> FIGUEROA NAVARRO, Aldo Martín. Seminario taller. *Ob. Cit.* p. 136.

<sup>90</sup> CAFFARENA BORJA, Mapelli. *Ob. Cit.* p. 191.

Es en esta última etapa de la determinación de la pena, en la que la administración penitenciaria adopta las medidas inherentes a la aplicación del sistema penitenciario. En esta fase hay que tener en cuenta lo sostenido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 010-2002-AT/TC del 03 de enero del 2003, fundamentos 122 al 124 es claro que nuestro ordenamiento ha constitucionalizado la denominada teoría de la función prevención especial positiva, al consagrar el principio según el cual, el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, en armonía con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados.

Es desde esta óptica que el artículo 139° inc. 22 de la Constitución Política del Perú establece un límite al legislador que incide en su libertad para establecer el *quantum* de la pena, en el que debe armonizarse las exigencias de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, que tiene su excepción en el artículo 140° de la propia constitución, que permite la pena de muerte (delito de traición a la patria en caso de guerra y el de terrorismo conforme a las leyes o tratados a los que el Perú es parte obligada).

## 6. Determinación judicial de la pena

### 6.1. Generalidades

En lo que respecta a los antecedentes de la determinación judicial de la pena, debemos tener presente lo expuesto por Jara Peña Segundo quien manifiesta “antiguamente la determinación de las penas se confiaba exclusivamente al arbitrio omnímodo de los jueces, a quienes se les confería poderes tan amplios que no era extraño que incurrieran en múltiples arbitrariedades. Era tan amplia esta facultad que los jueces no sólo podían aumentar y disminuir las penas señaladas por la ley, sino incluso imponer otras distintas. Avanzando en el tiempo, el Derecho Penal liberal trato de poner fin a este estado de cosas, apelando al principio de legalidad. El Código Penal francés de 1791 llevó a su extremo el nuevo esbozo legalista y asignó a cada delito una pena determinada que no podía ser modificada por el juzgador (recuérdese al juez boca de la ley); pero, esto fue un obstáculo para evaluar cada caso en concreto. Superadas aquellas etapas del Derecho Penal, ganaría terreno un sistema legal de determinación de la pena, estableciéndose los márgenes punitivos, limitados generalmente por un máximo y por un mínimo, dentro de los

cuales, el juez debe adecuar la pena concreta en atención a las circunstancias del hecho y de su autor”<sup>91</sup>.

Por su parte el autor Carlos Rodrigo Mera Palomino, comentando sobre los antecedentes de la determinación de la pena refiere que “fue el Código Penal francés de 1791 que llevó a su extremo el nuevo esbozo legalista y asignó a cada delito una pena decididamente determinada no susceptible de ser modificada por el juzgador; sin embargo, esto impidió evaluar las peculiaridades de cada caso concreto, lo que terminaba vulnerando la propia exigencia de igualdad que se apremiaba. Es con el Código Penal francés de 1810 que se confirió a los jueces un cierto arbitrio para que pudieran determinar la pena dentro de los límites legalmente previstos. En la actualidad, el establecimiento de la pena concreta que se aplica al responsable de un ilícito penal constituye uno de los asuntos medulares del derecho penal, puesto que con ello se manifiestan los fines pretendidos por el sistema penal, entre los cuales se encuentran los relacionados con los fines de la pena. Al mismo tiempo, en la importancia de cada una de las fases por la que se sucede la determinación de la pena y en las condicionantes de cada una de ellas se enuncian las bases constitucionales del propio modelo de Estado que en el caso nuestro están expresados en nuestra Constitución Política de 1993; y, finalmente la cantidad de pena que se imponga materialmente exterioriza el concreto disvalor que merece una acción realizada por una persona, que no es otra cosa que el contenido material de los diferentes elementos de la teoría del delito que tienen su última concreción en la cantidad de pena impuesta”<sup>92</sup>.

## 6.2. Problemática

En la actualidad la determinación judicial de la pena, sus fundamentos y fases han pasado a ser uno de los “temas más relevantes en el ámbito jurídico penal” y que tanto jueces, fiscales y abogados se encuentran obligados a conocer con detalle, para una correcta aplicación y ejecución de las penas en nuestro sistema jurídico penal, dentro de los límites establecidos por la legislación y respetando el derecho al debido proceso penal, lo que contribuirá a la legitimación de la justicia penal en el Perú. Sin embargo, en la fecha la determinación judicial de la pena no ha alcanzado niveles sólidos ni relevantes de desarrollo,

<sup>91</sup> JARA PEÑA, Segundo, “La determinación de la pena. A propósito de la reciente sentencia condenatoria dictada contra Magaly Medina”, En: *Diálogo con la Jurisprudencia, Jurisprudencia Penal*, Lima, Gaceta Jurídica, N° 122, año 14, abril 2008, p. N° 200.

<sup>92</sup> MERA PALOMINO, Carlos Rodrigo. *ob. cit.*, pp. 108,109.

ello consideramos como consecuencia de la existencia de una inidónea técnica legislativa empleada por el legislador para regular la actividad jurisdiccional sobre el tema, ello se puede ver cuando en el Código Penal existe una limitada, dispersa y oscura normatividad sobre la determinación judicial de la pena, existiendo disposiciones repartidas en forma aislada en la parte general y otras en la parte especial. Así mismo, similar situación ocurre con normas sobre determinación judicial de la pena existente en la legislación procesal penal vigente.

Es decir, legislativamente, la determinación judicial de la pena pone en evidencia la incoherencia o la inconsistencia práctica entre lo que postula el legislador, con la enunciación de principios, y lo que regula a través de normas. A nivel doctrinal, existe un desarrollo incipiente, de la dogmática de la determinación judicial de la pena, la doctrina nacional ha centrado la atención en la divulgación y desarrollo de las categorías dogmáticas vinculadas a la ley penal o la teoría del delito, el estudio de la determinación judicial de la pena es accesorio, o considerado como un tema exclusivamente jurisdiccional. Jurisprudencialmente, el panorama no es menos halagador las decisiones que se toman son conceptualmente precarias, inmotivadas, o contradictorias.

Esta situación de desorden legislativo relacionado directamente con el amplio poder que tiene el órgano jurisdiccional para decidir la extensión concreta de la pena a imponer al culpable del delito, trae como consecuencia resultados punitivos que se caracterizan en la incoherencia o falta de motivación real y suficiente de las sentencias condenatorias.

A lo mencionado, también es parte de la problemática lo que expone Víctor Yaipén Zapata, en la revista *Actualidad Jurídica* quien comentando la institución jurídica de la determinación judicial de la pena señala que “sigue siendo una actividad compleja para la magistratura peruana, salvo contadas excepciones que pueden destacarse, ya que aún no se domina la técnica de lo que debe ser una labor cotidiana de los jueces. Cuando se asuma a la determinación judicial de la pena como una verdadera labor técnica antes que teórica y sea una tarea cotidiana de los jueces que se plasme como justificación expresa en sus decisiones entonces dejará de ser compleja.”<sup>93</sup>

Por su parte Percy Velásquez Delgado comentando la determinación judicial de la pena manifiesta que “la determinación de la pena dentro de un marco penal, en todos los casos, debe realizarse utilizando las circunstancias o criterios que establece el artículo 46° del Código Penal, añadiendo que aquí también corresponde aplicar los criterios establecidos en

---

<sup>93</sup> YAIPEN ZAPATA, Víctor, “El voto dirimente en el caso “Andahuaylazo”: ¿Complejidad de la determinación de la pena?, En: *Actualidad Jurídica – Información Especializada para Abogados y Jueces*, Lima, Gaceta Jurídica, tomo 214, setiembre 2011, p. 108.

el artículo 45° del Código Penal, y con ello no estamos diciendo nada nuevo ni innovador, sino que debe aplicarse dichos artículos con el análisis respectivo y no sólo su mención”.<sup>94</sup>

Complementando lo expuesto Vásquez Delgado al comentar la determinación de la pena en el caso Magali Medina señala “que tal situación puede explicarse entre otras razones por la concepción que ve en la sentencia únicamente la decisión sobre la responsabilidad del imputado, lo que a su vez deriva de considerar que el objeto de la prueba en el proceso penal es en exclusiva el hecho delictivo y su autor; de esta manera, los jueces dedican todos sus esfuerzos a fundamentar o establecer las razones, tanto fácticas como jurídicas, por las que se condena a una persona, en tanto que la determinación judicial de la pena suele quedar relegada a unas cuantas líneas en las que se afirma haberse aplicado los artículos 45° y 46° del Código Penal. Motivar la determinación de la pena, no consiste en afirmar que se aplicarán los artículos 45° y 46° del Código Penal, además del que prevea el tipo penal, como ha sido y es común en nuestras resoluciones judiciales; por el contrario, motivar esta parte de la sentencia exige establecer los factores de hecho que se valoran, explicar esa valoración, determinar normas a las que se recurre y expresa su interpretación y aplicación, a efectos de hacer explícita la razón por la que se fije una cantidad de pena y no otra.”<sup>95</sup>.

Finalmente como lo señala Alonso Peña Cabrera Freyre “la determinación judicial de la pena es una respuesta jurisdiccional que no puede ser concebida como una reacción vindicativa del Estado, sino como la vía pacífica para resolver la conflictividad social producida por el delito y, para que hechos como los acontecidos no vuelvan a repetirse en nuestro país”<sup>96</sup>.

Es decir, en resumen, la problemática de la determinación judicial de la pena, se debe a diversos factores, entre los que destacan principalmente la no aplicación de la escasa y difusa legislación referida al tema, la falta de capacitación de los operadores jurídicos y existencia de una legislación deficiente y dispersa.

### **6.3. Concepto**

A la actividad de la determinación judicial de la pena, se le conoce con diversos nombres, como “individualización judicial de la pena, dosificación de la pena, determinación judicial de la pena, métrica de la pena, docimetría penal, entre otros”.

---

<sup>94</sup> VÁSQUEZ DELGADO, Percy, “La determinación de la pena en el concurso real de delitos y el concurso de leyes penales. Una aproximación a partir del texto originario del Código Penal y a propósito del caso Antauro Humala, En: *Actualidad Jurídica - Información Especializada para Abogados y Jueces*, Lima, Gaceta Jurídica, tomo 216, noviembre 2011, p. 129.

<sup>95</sup> VÁSQUEZ DELGADO, Percy, “La determinación de la pena en el caso Magaly Medina”, En: *Actualidad Jurídica, Información - Especializada para Abogados y Jueces*, Lima, Gaceta Jurídica, tomo. 183, febrero 2009, p. 111.

<sup>96</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R, “La determinación de la pena en la sentencia contra Alberto Fujimori”, En: *Actualidad Jurídica - Información Especializada para Abogados y Jueces*, Lima, Gaceta Jurídica, tomo 186, mayo 2009, p. 134.

Sin embargo, previo a conceptualizar la determinación judicial de la pena, debemos señalar que es la parte de un hecho histórico verificable judicialmente y al cual debe imponerse consecuencias jurídicas de naturaleza punitiva. Para ello el órgano jurisdiccional en una sentencia emite hasta tres juicios importantes: Un primer momento, el juez se pronuncia sobre la tipicidad o relevancia penal de la conducta atribuida al procesado (juicio de subsunción); en un segundo lugar, éste decide sobre la inocencia o culpabilidad en base a hechos probados (declaración de certeza) y finalmente en un tercer lugar, si se declaró la responsabilidad penal del imputado se debe decidir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicarle como autor o partícipe de la infracción cometida (individualización de la sanción), este último juicio tiene que ver con la determinación judicial de la pena.

Según Víctor Prado Saldarriaga la determinación judicial de la pena “alude a toda la actividad que desarrolla el operador jurisdiccional para identificar de modo cualitativo y cuantitativo la sanción a imponer en el caso sub iudice. Esto es, mediante él se procede a evaluar y decidir sobre el tipo, la extensión y el modo de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que resulten aplicables”<sup>97</sup>.

Es importante señalar que el mismo autor citando a JESCHECK en el libro Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios sobre la Determinación Judicial de la Pena señala que desde un enfoque general “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 la pena, la declaración de impunidad, la imposición de medidas de seguridad, la imposición del comiso y de la confiscación, así como de las consecuencias accesorias”<sup>98</sup>.

Percy Vásquez Delgado en la Revista Actualidad Jurídica señala que “la determinación judicial de la pena es un procedimiento por el cual se busca aplicar la pena justa a una persona que ha sido responsable de la comisión de un delito”<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Nuevo Proceso Penal y Reforma Política Criminal*. 1° ed. Lima. Idemsa. 2009. p. 115.

<sup>98</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios*. Ob. Cit. p. 131.

<sup>99</sup> VÁSQUEZ DELGADO, Percy, “Un aspecto crítico sobre la determinación de la pena en el caso Antauro Humala”, En: *Actualidad Jurídica - Información Especializada para Abogados y Jueces*, Lima, Gaceta Jurídica, tomo 214, setiembre 2011, p. 110.

El mismo autor Vásquez Delgado comentando el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 considera que la “determinación judicial de la pena es el ámbito en el que se reconoce al juez amplia libertad para fijarla dentro del marco jurídico del tipo penal y otras circunstancias fijadas en la ley”<sup>100</sup>.

Por otro lado debemos señalar que el Poder Judicial sobre la determinación judicial de la pena en el Acuerdo Plenario 01-2008/CJ-116 Asunto: Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena lo ha definido de la siguiente manera: “la determinación judicial de la pena es el procedimiento técnico y valorativo que se relaciona con aquella tercera decisión que debe adoptar un Juez Penal. En la doctrina también recibe otras denominaciones como individualización judicial de la pena o dosificación de la pena. Es importante destacar que en nuestro país se ha adoptado un sistema legal de determinación de la pena de tipo intermedio o ecléctico. Esto es, el legislador sólo señala el mínimo y el máximo de pena que corresponde a cada delito. Con ello se deja al Juez un arbitrio relativo que debe incidir en la tarea funcional de individualizar, en el caso concreto, la pena aplicable al condenado. Lo cual se hará en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (artículos II, IV, V, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal), bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales”<sup>101</sup>.

Así mismo, este poder del Estado en la Resolución Administrativa N° 311-2011-P-PJ de fecha 01 de setiembre del 2011 define “la determinación de la pena es el procedimiento técnico y valorativo que debe seguir todo órgano jurisdiccional al momento de imponer una sanción penal”.<sup>102</sup>

De todo lo expuesto, nosotros podemos concluir que la determinación judicial de la pena comprende todo el procedimiento que permite evaluar, decidir y justificar el tipo, extensión y en determinadas circunstancias, la modalidad de ejecución de la pena que resulta aplicable al condenado, procedimiento que se encuentra orientado por determinadas y escasas reglas previstas legalmente (Código Penal), no es sólo discrecionalidad del juez. Es decir, el núcleo o idea central es una sola, que viene a ser, el establecer que la principal tarea de la determinación judicial de la pena es la identificación de los criterios que deben orientar la decisión y la fijación de cuáles son las circunstancias a tenerse en cuenta y/o descartarlas

---

<sup>100</sup> VÁSQUEZ DELGADO, Percy, “La determinación judicial de la pena en la conformidad procesal. Comentarios al Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116”, En: *Actualidad Jurídica - Información Especializada para Abogados y Jueces*, Lima, Gaceta Jurídica, tomo 188, julio 2009, p. 133.

<sup>101</sup> “Reincidencia, Habitualidad y Determinación de la Pena. Precedente Vinculante”, En: Acuerdo Plenario N° 01-2008/CJ-116.

<sup>102</sup> “Circular Relativa a la Correcta Determinación Judicial de la Pena”, En: Resolución Administrativa N° 311-2011-P-PJ.

en el caso concreto. Se trata pues de un proceso sistemático, lógico, abstracto, razonable y racional que conlleva al establecimiento de una pena concreta que comprende a un determinado ilícito penal, los cuales deben ser tenidos como tales en una norma jurídico penal (principio de legalidad) abarcando la decisión sobre la clase de pena que ha de imponerse como la cantidad que se señale y la decisión a cerca de la suspensión de la pena o por medidas de seguridad.

Sin embargo, más que la ley mucho depende de la capacidad técnica y ética del operador judicial el obtener como resultado una pena justa, finalidad única y trascendente de la determinación judicial de la pena.

#### 6.4. Importancia

La importancia de la determinación judicial de la pena, está encaminada a establecer criterios racionales controlables que eviten la arbitrariedad de los jueces al momento de determinar judicialmente la pena, es en este sentido que Aldo Figueroa Navarro señala que “cuando se habla de control de la discrecionalidad en el ámbito de determinación judicial de la pena, lo que debe tenerse en cuenta es el hecho que no existe la discrecionalidad absoluta. Toda discrecionalidad en el ámbito jurídico penal, es una discrecionalidad controlable. Por tanto, una decisión judicial controlable jurídicamente y sujeta a crítica tiene efectos positivos si se realiza o ejecuta dentro de un marco de razonabilidad. Cuanto más objetivo sea el proceso de acotación o determinación punitiva, tanto más revisable y controlable será la decisión. Por otro lado, la racionalidad en la decisión punitiva favorece al principio de igualdad, pues las sentencias deben responder a estándares valorativos relativamente uniformes. Así mismo, la decisión razonada y explicada en la fijación de la pena, coadyuva al cumplimiento de una función crítica del sistema penal, pues la confronta con sus principios orientadores y sus consecuencias en la imposición de una pena concreta”<sup>103</sup>.

Entonces la importancia de la determinación judicial de la pena, estriba en que permite a los justiciables, al mismo órgano jurisdiccional (órgano de segunda instancia) y al público en general, realizar el análisis y cuestionamiento de las resoluciones judiciales (sentencias) en la parte que corresponde a la motivación o fundamentos que adopta el juzgador para la imposición de la pena y especialmente el *quantum* y su modo de ejecución.

#### 6.5. Fases de la determinación judicial de la pena

La doctrina y especialmente en nuestro país, los acuerdos plenarios y resoluciones administrativas, han establecido dos fases claras en la determinación judicial de la pena que son secuenciales una con otra: -La identificación de la pena básica y -La individualización

---

<sup>103</sup> FIGUEROA NAVARRO, Aldo Martín. Seminario taller. Ob. Cit. p. 136.

de la pena concreta. En ese sentido Mariana E. Prunotto, citando a Nuñez, señala que esta etapa consta de dos momentos: “el primer y fundamental se realiza cuando el juzgador adecua la pena a cada figura delictiva básica, guiándose por el valor del derecho ofendido y el modo particular de ofenderlo que especifica la figura. El segundo momento corresponde cuando el juzgador mitiga o agrava la pena con el arreglo a las circunstancias particulares que especifica en figuras accesorias de las básicas. Así es como resultan las penas legales básicas, atenuadas y agravadas”<sup>104</sup>.

### 6.5.1. Identificación de la pena básica

Según Prado Saldarriaga, “el primer paso en el proceso de la determinación judicial de la pena es precisar los límites de la pena o penas aplicables. Se trata de la denominada identificación de la pena básica. A través de ella el juez establece un espacio punitivo que tiene un mínimo o límite inicial y un máximo o límite final”<sup>105</sup>. Ejemplo, en el delito de homicidio simple, la pena básica o aplicable tendría un límite inicial o mínimo de seis años y un límite final o máximo de veinte años; sin embargo, existen casos en los que sólo se ha establecido en la pena conminada uno de tales límites, ya sea el mínimo o el máximo, casos en los que el juez debe integrar el límite faltante en base a los que corresponden genéricamente para cada pena y que aparecen regulados en la parte general del Código Penal, en este caso se toma como ejemplo el delito de asesinato tipificado en el artículo 108º del Código Penal, en el que la pena conminada alude únicamente a un límite inicial o mínimo de 15 años y no establece el máximo, caso en el que el juez para establecer su pena básica debe recurrir a los límites genéricos que establece el artículo 29º del referido cuerpo legal que establece la duración máxima de las penas privativas de la libertad, en el ejemplo 35 años.

Fernando Velásquez Velásquez, manifiesta que en “en la primera etapa se deben definir los límites de la pena o penas aplicables. Se trata de la identificación de la *pena básica*, en cuya virtud corresponde establecer un espacio punitivo que tiene un mínimo o límite inicial y un máximo o límite final. En aquellos delitos donde sólo se ha considerado en la pena conminada uno de tales límites, se debe de integrar el límite faltante en base a los que corresponden genéricamente para cada pena y que aparecen regulados en la parte general del código penal, al configurarse el catálogo o precisarse las características específicas de cada pena. En tal supuesto es de recurrir

---

<sup>104</sup> PRUNOTTO, Mariana E. Universidad Nacional de Rosario. *Perspectiva Científica de la Determinación de la Pena*. (en línea). disponible en la web: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/1208/1216>. (09 de mayo del 2012).

<sup>105</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios*. Ob. Cit. p. 137.

a los límites genéricos que establece el artículo 29º que trata de las penas privativas de libertad”<sup>106</sup>.

En este ámbito de identificación de la pena básica, consideramos importante citar lo que expone Mariana E. Prunotto comentando a ZIFFER señala muy atinadamente que “la función de los marcos legales no es la mera fijación de un límite a la discrecionalidad judicial. No se trata simplemente de ámbitos dentro de los cuales el juez puede decidir con libertad y sin dar mayores cuentas de su elección, sino que a través de la interrelación de las diferentes escalas penales queda estructurado un esquema interpretativo acerca del cuál es el valor relativo de la norma dentro del sistema. Al establecer los marcos, el legislador indica el valor proporcionalidad de la norma dentro del sistema, indicando la importancia y el rango de la respectiva prohibición”<sup>107</sup>.

Resumiendo de lo expuesto podemos concluir que la identificación de la pena básica, consiste en establecer los límites mínimo y máximo de la pena aplicable, determinándose el espacio punitivo sobre el cual el juez va a moverse en la identificación de la pena concreta (siguiente fase).

### 6.5.2. Individualización de la pena concreta

En esta segunda fase del proceso de determinación judicial de la pena, le corresponde al juez la individualización de la pena concreta dentro del espacio y límites prefijados por la pena básica en la etapa precedente. Fernando Velásquez manifiesta que “en la segunda etapa se debe identificar la *pena concreta* dentro del espacio y límites prefijados por la pena básica en la etapa precedente. Se realiza en función a la presencia de circunstancias legalmente relevantes y que están presentes en el caso”<sup>108</sup>.

Entonces señalamos que se trata de un quehacer exploratorio y valorativo que se realiza en función a la presencia de circunstancias legalmente relevantes y que están presentes en cada caso.

---

<sup>106</sup> VELÁSQUEZ VELASQUEZ, Fernando. *Los Criterios de Determinación de la Pena en el Código Penal de 1991*. (en línea). disponible en la web: <http://spij.minjus.gob.pe/información/> coyuntura/sentencia\_Fujimori/P3C3-Pena\_pdf. (07 de mayo 2012).

<sup>107</sup> PRUNOTTO, Mariana E. Universidad Nacional de Rosario. *Perspectiva Científica de la Determinación de la Pena*. (en línea). disponible en la web: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/1208/1216>. (09 de mayo del 2012).

<sup>108</sup> VELÁSQUEZ VELASQUEZ, Fernando. *Los criterios de Determinación de la Pena en el Código Penal de 1991*. (en línea). disponible en la web: <http://spij.minjus.gob.pe/información/> coyuntura/sentencia\_Fujimori/P3C3-Pena\_pdf. (07 de mayo 2012).

La pena concreta será la que realice el *jus puniendi* del Estado en una sentencia condenatoria y que deberá cumplir el autor o partícipe culpable del delito.

Finalmente sobre esta fase de identificación de la pena la jurisprudencia nacional ha establecido en la sentencia recaída en el Exp. N° 13-03 del 11 de diciembre del 2007 lo siguiente: “El órgano jurisdiccional tiene discrecionalidad razonada para recorrer el marco penal abstracto del tipo penal en toda su extensión, tomando en cuenta los aspectos concretos del hecho realizado por el agente, valorándose según los parámetros fijados por el ordenamiento jurídico (artículo 45° y 46° del Código Penal), y el respeto al Principio de Proporcionalidad y el Principio de Culpabilidad (...)”<sup>109</sup>.

## 7. Circunstancias del delito

Citando al tratadista Peña Cabrera las circunstancias del delito son conocidas “como factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito, cuya esencia permanece intacta. Es decir, posibilitan apreciar la mayor o menor desvaloración de la conducta ilícita -antijuridicidad del hecho- o el mayor o menor grado de reproche que cabe formular al autor de dicha conducta -culpabilidad del agente- permitiendo de este modo ponderar el alcance cualitativo y cuantitativo de la pena que debe imponerse al autor o partícipe”<sup>110</sup>.

También Prado Saldarriaga al referirse a las circunstancias del delito las define “como su nombre lo va indicando, una circunstancia es algo que está circundando al delito, no es parte del delito, está periféricamente ahí, no lo integra, concurre con él, por ende, no está ligado a la tipicidad, no está ligado a la antijuridicidad, no está ligado a la culpabilidad, pero va a tener una valoración concatenada con un mayor desvalor de la conducta, o con un mayor reproche del autor. Sin embargo, no es otra cosa que un conjunto de indicadores, merced a los cuales se busca graduar la entidad cuantitativa de la pena. Son las circunstancias, las que nos van a permitir movernos dentro del espacio que representa la pena básica como mínimo y como máximo; el poder avanzar hacia el máximo, conectarnos con el mínimo, el poder transitar hacia un extremo intermedio entre ambos es un proceso de evaluación de circunstancias”<sup>111</sup>.

Sobre las circunstancias del delito debemos tener en cuenta tanto el Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116 suscrito en el IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales, Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema y la Circular relativa a la correcta determinación

---

<sup>109</sup> “Tendencias Jurisprudenciales - La Instigación al delito”, En. *Diálogo con la Jurisprudencia Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial*, Lima, Gaceta Jurídica, N° 127, año 14, 2009, p. N° 220.

<sup>110</sup> PEÑA CABERA, Raúl Alonso. *Ob. Cit.* p. 129.

<sup>111</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Seminario taller. *Ob. Cit.* p. 33, 34.

judicial de la pena, emitida por el Presidente del Poder Judicial con fecha 01 de setiembre del 2011, normas que definen a “las circunstancias del delito como aquellos factores objetivos o subjetivos que influyen en la medición de la intensidad del mismo -antijuricidad o culpabilidad- haciéndole más o menos grave. Su función principal es coadyuvar a la graduación o determinación del *quantum* de pena aplicable al hecho punible cometido”.

Consiguientemente señalamos que el proceso de determinación judicial de la pena se sustrae de un ámbito estrictamente legalista, para adentrarse a un análisis que de forma individual y pormenorizada, debe tomar en cuenta todas las circunstancias que rodearon la comisión del hecho punible, así como aquellas condiciones que haya presentado el agente en su proceder delictivo, las que pueden hacer las veces de circunstancias atenuantes y/o agravantes.

## 7.1. Clases

### 7.1.1 Circunstancias comunes o genéricas

Son aquellas que operan o aplicables a cualquier clase de delito y se encuentran previstas en el artículo 46° del Código Penal, pero su aplicación está condicionada a que éstas no hayan sido valoradas como circunstancias especiales.

Para Peña Cabrera Freyre, “las circunstancias comunes o genéricas son aquellas reguladas en la parte general del Código Penal y que pueden operar en la determinación de la pena concreta de cualquier delito. En la legislación nacional tales circunstancias se encuentran reunidas, principalmente en el artículo 46° del Código Penal”<sup>112</sup>.

Según Mera Palomino “estas circunstancias constituyen datos referenciales que se encuentran en el entorno del núcleo de la conducta típica. Se encuentran previstas en la parte general del Código Penal: -Criterio para la determinación de la pena; que constituyen los criterios rectores que debe tener en cuenta el juez para la determinación de la pena y se encuentran previstos en los tres incisos que contiene el artículo 45° del Código Penal y -Circunstancias modificatorias; que sirven para individualizar judicialmente la pena entre el mínimo y el máximo de la pena establecido por el marco penal genérico y se encuentran detalladas en los trece incisos que contiene el artículo 46° del Código Penal”<sup>113</sup>.

López Barja de Quiroga señala: “El Código Penal, recoge respectivamente, un catálogo de circunstancias atenuantes y agravantes que, en términos generales,

---

<sup>112</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Ob. Cit.* p. 129.

<sup>113</sup> MERA PALOMINO, Carlos Rodrigo, *ob. cit.* p. 114.

pueden concurrir en cualquiera de los delitos establecidos en el código. A estas circunstancias se les denomina genéricas”<sup>114</sup>.

Por su parte Prado Saldarriaga, señala “las circunstancias comunes o genéricas, pueden operar con cualquier proceso de determinación de la pena de cualquier delito, son el protocolo del artículo 46°; si yo quiero graduar la pena para un delito de estafa, tengo que trabajar con las circunstancias del artículo 46°”<sup>115</sup>.

Comentando las circunstancias genéricas Percy García Caverero señala “si bien en el artículo 46° del Código Penal, las circunstancias genéricas, no han sido calificadas por el legislador como agravantes o atenuantes (...). Será del caso decidir si en el caso concreto le da a dichas circunstancias un peso agravatorio o atenuatorio. Se trata de aspectos cuya relevancia penal sólo puede decidirse en un hecho particular y que, por lo tanto, el legislador no puede definir su dirección de valoración”<sup>116</sup>.

### 7.1.2. Circunstancias especiales o específicas

Son aquellas que sólo pueden operar con el delito al cual acompañan. Por ejemplo, las circunstancias previstas en el artículo 189° del Código Penal que operan sólo para el delito de robo, las del artículo 186° del Código Penal, hurto, etc.

El autor Peña Cabrera señala que “las circunstancias especiales o específicas se regulan en la Parte Especial y en conexión funcional sólo con determinados delitos. En efecto, si la misma estructuración típica del delito en cuestión, determina el mayor disvalor de la conducta o la intensidad del reproche individual, dichas circunstancias ya no podrán ser recogidas de los artículos de la Parte General; en consecuencia, lo especial desplaza a lo general”<sup>117</sup>.

Jacobo López Barja de Quiroga, sobre estas circunstancias precisa: “pero no obstante, el código en ocasiones, al regular algunos delitos, establece una serie de circunstancias que, en caso de concurrir, agravan o atenúan la pena correspondiente al delito concreto de que se trate. Estas circunstancias son las llamadas (agravantes o atenuantes) específicas”<sup>118</sup>.

<sup>114</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Ob. Cit.* p.223.

<sup>115</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Seminario taller. *Ob. Cit.* p. 34, 35.

<sup>116</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal – Parte General*. Lima. Editorial Grijley. 2008. p. 718.

<sup>117</sup> PEÑA CABRERA, Alonso R. *Ob. Cit.* p. 129

<sup>118</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Ob. Cit.* p.223.

También Prado Saldarriaga, señala “coexisten también casos donde el legislador ha colocado determinadas circunstancias para que operen con la determinación de la pena de determinados delitos, eso es a lo que llamamos en la teoría las “circunstancias especiales o específicas”, prototipo, el artículo 189° del Código Penal, circunstancias que operan exclusivamente con el delito de robo. Y aquí una anotación, siempre cuando hablemos de circunstancias especiales o específicas, cuando hablemos de estos artículos como el que se acaba de mencionar, hay que recordar que no son tipos penales, son circunstancias. Estas circunstancias que llamamos específicas son aquellas que sólo operan con determinados delitos”<sup>119</sup>.

### 7.1.3. Circunstancias cualificadas

Estas circunstancias si bien pueden operar también con cualquier delito, como es el caso del artículo 46°- A del Código Penal, son las que disponen la configuración de un nuevo extremo máximo de la pena o también van a disminuir la misma, y que será el límite fijado para dicho tipo de agravante: “... un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido”. Será entonces este nuevo máximo legal de la pena básica y dentro del cual el juez deberá determinar la pena concreta.

Prado Saldarriaga expresa “hay un tercer tipo de circunstancias que son importantes tener en cuenta, sobre todo por la praxis que se visualiza en nuestros operadores, son las circunstancias por su relación con la pena conminada. Observamos que en el sistema nacional, coexisten diferentes circunstancias donde el legislador utiliza en la relación una referencia muy específica, dice: “el juez podrá atenuar la pena hasta por debajo del mínimo legal” o “el juez podrá aumentar la pena hasta un tercio del máximo legal fijado para el delito”, estos tienen un efecto determinante sobre la conminación de la pena. Estas circunstancias que pueden ser privilegiadas o cualificadas tienen un efecto mayor, pueden modificar el marco conminatorio, vale decir, proyectan la posibilidad de la sanción por encima del máximo de la pena básica o por debajo del mínimo de la misma. El juez está autorizado para decidir cuál es el marco de la pena concreta, y puede decidir dentro del extremo promovido o incrementado o reducido por la presencia de circunstancias. Estas circunstancias que algunos denominan “elementos típicos accidentales”, concurren con una conducta típica, ésta (circunstancia) se anexa a una conducta típica y forma un tipo penal derivado, prototipo, es el parricidio que reproduce la conducta típica del homicidio, homicidio simple previsto en el artículo 106° dice: “el que mata a otro”, el artículo 107° dice: “el que mata a z”; entonces ya no es cualquier otro, sino el ascendiente, descendiente,

---

<sup>119</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Seminario taller. *Ob. Cit.* pp. 34, 35.

etcétera; es decir, ese elemento, que se adhiere a la tipificación para constituir un tipo penal derivado, es lo que se conoce como elemento típico accidental<sup>120</sup>.

## 7.2. Concurrencia de circunstancias

Tema de importancia es lo referido a la concurrencia de circunstancias en la determinación judicial de la pena en un caso penal, vale decir, cuando están presentes varias circunstancias agravantes, varias circunstancias atenuantes o, simultáneamente, circunstancias agravantes y atenuantes. En estos casos, el juez penal no puede dejar de apreciar o valorar la presencia de cada circunstancia concurrente. Toda circunstancia presente en el caso penal debe ser evaluada en sus efectos para la configuración de la pena concreta. Por consiguiente a mayor número de circunstancias agravantes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena básica es también mayor. Igualmente, la pluralidad de circunstancias atenuantes llevará la cuantificación punitiva hacia el extremo mínimo de la pena prevista para el delito cometido. Así mismo, frente a la existencia simultánea de circunstancias agravantes y atenuantes, la posibilidad cuantitativa de pena deberá reflejar un proceso de compensación entre factores de aumento y disminución de la sanción, por lo que la pena concreta puede situarse en el ámbito medio de la pena básica.

En el caso de la existencia de concurrencia de varias circunstancias, señala Peña Cabrera que “estas se encuentran limitadas por la imposibilidad de realizar una doble valoración sobre un mismo indicador o factor de agravación o atenuación. La proyección, pues, de principios rectores o de garantías penales como el *ne bis in idem* exige, en estos casos, que se aplique un test de compatibilidad a todas las circunstancias que concurren. Esto es, que cada circunstancia se refiera siempre a un factor o indicador diferente”<sup>121</sup>.

Por su parte Segundo Florencio Jara Peña señala que “es posible en la determinación de la pena la concurrencia de circunstancias, es decir, que puedan estar presentes varias circunstancias agravantes, varias circunstancias atenuantes o simultáneamente circunstancias agravantes y atenuantes. Al respecto, la teoría penal más representativa precisa que al producirse una concurrencia de circunstancias, el juez no puede dejar de apreciar o valorar la presencia de cada circunstancia concurrente. Esto es toda circunstancia presente en el caso penal debe ser evaluada en sus efectos para la configuración de la pena, la posibilidad cuantitativa de la pena deberá reflejar un proceso de compensación entre

---

<sup>120</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Seminario taller. *Ob. Cit.* p. 36.

<sup>121</sup> PEÑA CABRERA, Alonso R. *Ob. Cit.* p. 129.

factores de aumento y disminución de la sanción, pudiendo situarse la pena concreta en el ámbito del medio de la pena básica”<sup>122</sup>.

Para Prado Saldarriaga “la concurrencia de circunstancias se evalúa en función de dos criterios: “criterio de la compatibilidad de las circunstancias” y “criterio de la compensación de los efectos de las circunstancias”. Hablamos de “circunstancias compatibles”, cuando las circunstancias concurrentes identifican diferentes factores, (ejemplo, primero, criterio de agravación por el lugar de la comisión del delito; segundo, pluralidad de agentes, tercero, modo de ejecución del delito, objeto sobre el cual recae la conducta), es decir, hay varias circunstancias agravantes, pero todas hablan de cosas distintas y por ende son compatibles. Pero cuando hay “circunstancias incompatibles”, se deben excluir entre sí, cuando hay circunstancias incompatibles, el operador debe de eliminar una de estas circunstancias que resultan incompatibles en atención fundamentalmente a su especialidad. La circunstancia especial va aplicarse en desmedro de la genérica. Sin embargo, puede darse el otro extremo, es decir, “las circunstancias concurrentes”, que plantean una dualidad, o sea una identidad; en estos casos tengo que eliminar la circunstancia general y aplico únicamente la especial”<sup>123</sup>.

### **7.3. Efectos de las circunstancias**

Las circunstancias traen consecuencias que implica su aplicación en la determinación judicial de la pena; en lo que respecta a los efectos de las circunstancias debemos señalar que tenemos los siguientes efectos:

#### **7.3.1. Circunstancias atenuantes**

Estas circunstancias presentan o proyectan al operador jurisdiccional un juicio, merced al cual se valora de manera menos grave el delito cometido; es decir, hay una menor desvaloración penal de la conducta, hay una menor intensidad en la culpabilidad del autor, menor punibilidad, y por ende, la consecuencia a la que arriba el operador al momento de determinar la sanción penal es que la pena debe ser menor.

#### **7.3.2. Circunstancias agravantes**

Estas operan en sentido contrario a las atenuantes, es decir, están orientadas a incrementar el desvalor de la conducta, la intensidad de la culpabilidad, el mayor reproche al autor, la mayor punibilidad, lo que implica que también la consecuencia a

---

<sup>122</sup> JARA PEÑA, Segundo Florencio, “La determinación de la pena. A propósito de la reciente sentencia condenatoria dictada contra Magali Medina”, En: *Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial*, Lima, Gaceta Jurídica, N° 122, noviembre 2008, año 14, p. 202.

<sup>123</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Seminario taller. *Ob. Cit.*, pp. 42, 43.

la que llegue el operador al momento de imponer la sanción penal sea una mayor pena.

### 7.3.3. Circunstancias mixtas

Estas circunstancias pueden asumir indistintamente un rol de agravantes o atenuantes, precisando que sobre este tema nos hemos referido al analizar líneas precedentes sobre la concurrencia de circunstancias, por lo que señalamos que, siguiendo a Martín Besio Hernández “cuando concurren atenuantes y agravantes, las valoraran y compensaran racionalmente para individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena superior en grado”<sup>124</sup>.

Sobre el tema Prado Saldarriaga expresa “coyunturalmente en las decisiones de política criminal del legislador pueden asumir un rol de agravante o atenuante, el prototipo que siempre se señala en los textos, en la experiencia y en los sistemas normativos, es el parentesco. El parentesco en nuestro país puede ser agravante en el caso de las lesiones leves o graves, y también puede ser una causal de exclusión de pena; estos es, anular la punibilidad; lo que llamamos también excusa absolutoria en términos más clásicos”<sup>125</sup>.

## 8. Principios relacionados con la determinación judicial de la pena

Brevemente señalamos que los principios penales relacionados con la determinación de la pena, constituyen “un marco referencial que guían la interpretación de los jueces, pero que adquieren pleno sentido en las normas propiamente dichas, es decir, en la aplicación de las normas sustantivas penales”.

### 8.1. Principio de prohibición de doble valoración

Principio lógico, según el cual las valoraciones que el legislador tomó en cuenta para la formulación del tipo quedan consumidas, y no pueden nuevamente ser utilizadas por el juez para fundamentar o determinar la pena. Por ejemplo si se trata de un caso de hurto simple que se encuentra previsto en el artículo 185° del Código Penal, el juez no podrá valorar el hecho de que el autor con su acción se haya apoderado ilegítimamente de un bien mueble sustrayéndolo del lugar donde se encuentra para beneficiarse ilícitamente, pues es esto justamente lo que fundamenta el ilícito en mención.

<sup>124</sup> BESIO HERNÁNDEZ, Martín. *Valoración y Compensación Racional de Circunstancias Atenuantes y Agravantes*. En: InDret Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona. Enero de 2012. p. 2.

<sup>125</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Seminario taller. *Ob. Cit.*, p. 36.

Así mismo, debe tenerse presente que la prohibición de doble valoración es un requisito esencial para la coherencia interna de la sentencia.

## 8.2. Principio de culpabilidad

El Tribunal Constitucional, al tratar este principio ha establecido que por el principio de culpabilidad la aplicación de una pena está condicionada por la existencia de dolo o culpa, de conciencia de antijuricidad o de punibilidad, de capacidad de comportarse de acuerdo con las exigencias del Derecho (imputabilidad), de una situación normal para la motivación del autor (exigibilidad). Así mismo, en el momento de la individualización de la pena, el principio de culpabilidad exige que la sanción sea proporcional al hecho cometido. Debe tenerse en cuenta que el principio de culpabilidad se engarza directamente con la reprochabilidad de una persona por cierto comportamiento, no con la sanción por aquella. La reprobación acarrea inevitablemente el establecimiento de una pena; evidente, por eso, es que existe entre ellas una estrecha ligazón. Pero esto no puede llevar a identificar o confundir una con otra, pues de lo contrario se estaría entrando al terreno del principio del *ne bis in idem*, que se refiere al tema de la sanción. La reprobación es una valoración de la conducta que se hace de modo aislado, mientras que la pena es un acto estatal sancionatorio. Esto es consecuencia del hecho de que solamente puede ser sancionado aquel comportamiento calificado como reprochable al sujeto que lo realiza. En este aspecto se aprecia la convergencia entre el principio de legalidad penal y el principio de culpabilidad anteriormente descrito y que consiste en la calificación de reprochable que debe recaer sobre cierta conducta humana y su consecuente tipificación, para ser objeto de punición estatal. Por ello al consagrarse expresamente el principio de legalidad, de modo implícito queda a su vez consagrado el principio de culpabilidad.

El principio de culpabilidad, equivale al principio de responsabilidad, y tiene por único objeto o consecuencia de acentuar la orientación preventiva de la pena.

## 8.3. Principio de coculpabilidad

Al momento de determinar judicialmente la pena este principio tiene relevancia particular ya que por medio de este principio es obligación del juzgador “reconocer la situación de marginación social y económica en que se encontró el procesado al momento de la comisión del ilícito penal”, ello como un ingrediente de su conducta.

Sin embargo, expresamos que más detenidamente será estudiado y analizado este principio más adelante cuando se analice el artículo 45° Inc. 1 del Código Penal.

#### **8.4. Principio de proporcionalidad**

El principio de proporcionalidad es aquel que exige al juzgador verificar que la pena guarde una relación de correspondencia con el injusto cometido por el agente, es decir, este principio previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, nos permite establecer que el delincuente responde sólo por el hecho que cometió; de tal manera que la sanción no puede aplicarse a hechos subsecuentes o colaterales, que no quiso ni contribuyó a su realización, debiéndose por lo tanto adecuar su responsabilidad al grado de comisión del injusto y consecuentemente la pena en proporción al hecho cometido por el agente. Este principio importa también una limitación al ejercicio de las facultades legislativas en materia penal, ya que permite el equilibrio cuantitativo y cualitativo que debe existir entre un delito y la pena aplicable prevista por la ley. En este principio, se considera como criterio de determinación de la pena, la importancia y grado de afectación del bien jurídico para la determinación legal y judicial de la pena, sin desmedro de tener en cuenta además la protección a la víctima, así como criterios de humanidad y necesidad.

El Tribunal Constitucional en la sentencia constitucional del 09 de agosto de 2006, en sus fundamentos 60, 61, 72 y 73 precisó sobre este principio: “El principio de proporcionalidad de las penas ha sido constitucionalizado en el artículo 200° de la Constitución, en su último párrafo. Este principio tiene implicancias en las diversas etapas del proceso dirigido a la imposición de una sanción penal, como son la determinación legal de la pena, determinación judicial o, si corresponde la determinación administrativa penitenciaria de la pena (etapa ejecutiva de la pena). El principio de proporcionalidad de las penas es una limitación dirigida al ejercicio de las facultades legislativas en materia penal, revelada como el equilibrio cuantitativo y cualitativo que debe existir entre un delito cometido y la pena aplicable prevista por la ley. En la determinación legal de la pena, la evaluación sobre su adecuación o no debe partir necesariamente de advertir que es potestad exclusiva del legislador (determinar), junto con los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, la proporción entre las conductas que pretende evitar, así como las penas con las que intenta conseguirlo. En efecto, en tales casos el legislador goza dentro

de los límites de la Constitución, de un amplio margen de libertad para determinar las penas, atendiendo no sólo al fin esencial y directo de protección que corresponde a la norma, sino también a otros fines o funciones legítimas, como los señalados en el inciso 22 del artículo 139° de la Constitución”<sup>126</sup>.

Este principio se entiende en la medida en que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador que al momento de establecer las penas, éstas deben obedecer a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer.

A mayor abundamiento se sostiene que a través de este principio para la realización del fin constitucional legítimo de determinar una pena, debe existir por lo menos equivalencia entre el grado de afectación del derecho a la libertad personal y la pena fijada. En ese sentido la jurisprudencia ha establecido que “la aplicación del principio de proporcionalidad de la pena implica guardar relación con el daño causado y con el bien jurídico protegido, así deberá valorarse que el procesado no tenga antecedentes penales, ni judiciales, tenga educación deficiente, además de las condiciones existentes en su hogar”<sup>127</sup>. “La gravedad de la sanción debe ser proporcional a la del delito cometido; ello, a su vez, implica el reconocimiento de que tal gravedad debe estar determinada por la trascendencia social de los hechos que con ella se reprimen, de allí que resulte imprescindible la valoración de la nocividad social del ataque al bien jurídico (R.N. N° 186-2000-Callao)”<sup>128</sup>.

Siguiendo a Javier Adrián “en suma, el principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo indispensable que deberán tener en cuenta los poderes públicos cuando pretendan limitar los derechos fundamentales o imponer sanciones”<sup>129</sup>.

Consiguientemente el principio de proporcionalidad, es fundamental dentro de la determinación judicial de la pena, por cuanto sirve de guía y límite para que el órgano

<sup>126</sup> “El Principio de Proporcionalidad de las Penas”, En: Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N° 003-2005-PI/TC.

<sup>127</sup> El Principio de Proporcionalidad, En: Jurisprudencia Penal R.N. N° 85-2004-Ancash.

<sup>128</sup> “Tendencias Jurisprudenciales – Principio de Proporcionalidad”, En: Diálogo con la Jurisprudencia Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial, Lima, N° 124, enero 2009, año 14, p. 252.

<sup>129</sup> ADRIAN, Javier. *ob. cit.*, p. 146.

jurisdiccional se encargue de la imposición concreta al responsable del ilícito penal, enmarcada dentro de los límites normativos, por lo que de esa forma el juzgador valora todas y cada una de las circunstancias concurrentes para determinar la sanción correspondiente a un hecho delictivo. Además la determinación judicial de la pena no sólo se relaciona con el principio de culpabilidad, ya que no sólo el responsable es objeto de represión penal, sino que además esta represión debe establecerse (determinarse) con estricta observancia con el principio de proporcionalidad.

Finalmente también la jurisprudencia establece: “Las exigencias que plantea la determinación de la pena no se agotan en el principio de culpabilidad, ya que no sólo es preciso que se pueda culpar al autor del hecho que es objeto de represión penal, sino que además la gravedad de esta debe ser proporcional a la del delito cometido; ello a su vez implica el reconocimiento de que la gravedad de la pena debe estar determinadas por la trascendencia social de los hechos que con ella se reprimen, de allí que resulte imprescindible la valoración de la nocividad social del ataque del bien jurídico (Exp. N° 326-2002-Lima)”<sup>130</sup>.

## **9. Fundamentación y determinación judicial de la pena en aplicación del artículo 45° del Código Penal**

### **9.1. Generalidades**

La expedición de una sentencia condenatoria y especialmente el momento de la imposición de la sanción, tiene mucha importancia, ya que en ella se van a valorar todos los factores que han predisposto de cierto modo a la persona en la comisión del hecho punible, los que han facilitado la perpetración delictiva y aquellos que han servido de soporte para su comisión, en lo referente a la modalidad del injusto típico. Así mismo, debe tenerse presente los factores referidos a la persona de su autor o partícipe, para fijar su grado de culpabilidad, la predisposición del agente a delinquir, su mayor o menor vulnerabilidad en el sistema social y otros, que puedan otorgar un perfil personal del mismo, entre otros aspectos, todo ello con la finalidad de establecer las exigencias que cada caso requiere o condiciona los matices de la culpabilidad y consecuentemente la fijación de la intensidad del castigo.

En este orden de ideas el artículo 45° del Código Penal, ha sido muy poco estudiado como norma para la determinación judicial de la pena, por su parte Víctor Prado Saldarriaga señala

---

<sup>130</sup> Tendencias Jurisprudenciales – Principio de Proporcionalidad”. *ob. cit.*, p. 122.

“luego tenemos otros tipo de normas en el artículo 45° del Código Penal, las normas que se conocen como los “Criterios de Determinación y Fundamentación”, donde el legislador da algunas pautas específicas para situaciones más concretas, donde el juez debe razonar otros factores, como los factores culturales en la actividad del agente, la presencia de factores de mala socialización del individuo, o la presencia de factores relacionados con la calidad de la vida de las personas, o con las expectativas resarcitorias de éstas. El artículo 45° proyecta en el legislador esa línea de criterios (también son normas ideológicas, no dan un resultado directo), el juez tienen que operativizar, pero más o menos se le dice por ejemplo, si el delito fue cometido por una persona que tiene un marco valorativo diferente, y ese factor fue de alguna manera inductor a la realización del delito y no alcanza otras posibilidades, como el error de prohibición, lo que llamamos error culturalmente condicionado; pero lo cierto es que el legislador nos dice: “tome en cuenta esos factores y aplíquelo cuando determine la pena con una posibilidad de atenuación”<sup>131</sup>.

Según Fernando Velásquez, comentando el mencionado artículo señala que “el origen de la fórmula 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”<sup>132</sup>.

Por su parte Francisco Avellaneda Esaine al comentar la determinación de la pena y con referencia al artículo 45° precisa “los artículos del Código Penal destinados a determinar la exacta medida de la pena son el 45 y 46. En tal sentido la dosificación de la pena se hará de acuerdo a las criterios de prevención general y especial de la pena, para así cumplir con los fines del Derecho Penal”<sup>133</sup>.

Desde nuestra posición manifestamos que como puede verse del tenor contenido en el artículo 45° del Código Penal, en este artículo se establecen los “criterios para fundamentar y determinar la pena” siendo su redacción de la siguiente manera: 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 dependan. Sin embargo, se observa en la práctica que esta institución jurídica no viene siendo aplicada por los jueces al momento de fundamentar y determinar la pena, o en todo caso su aplicación es mínima, pese a la

---

<sup>131</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Seminario taller. *Ob. Cit.*, p. 39.

<sup>132</sup> VELASQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Criterios para la Determinación de la Pena en el Código Penal Peruano de 1991*. (en línea). disponible en la web: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a-20080527\\_30.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a-20080527_30.pdf). (06 de agosto del 2012).

<sup>133</sup> AVELLANEDA ESAINE, Francisco. “Importancia de los fines de la pena y la culpabilidad para la determinación de la pena”, En: *Actualidad Jurídica - Información Especializada para Abogados y Jueces*, Lima, Gaceta Jurídica, tomo 210, mayo 2011, p. 160.

existencia de esta norma específica y reguladora de los criterios que debe tenerse presente al momento de la emisión de una sentencia condenatoria.

En resumidas cuentas todos los factores y/o indicadores que establece nuestra norma sustantiva penal, permiten al juzgador acercarse al agente infractor, conociendo en detalle las circunstancias que rodearon el hecho punible así como las particularidades de su singular personalidad a efectos de graduar la sanción punitiva, partiendo desde el baremo de legalidad, conciliando las finalidades preventivo-generales con las preventivo -especiales, así como el sentimiento de justicia de la comunidad.

Es en este orden de ideas que el artículo 45° del Código Penal al igual que el artículo 46° del mismo cuerpo legal, sólo forman una parte del listado de circunstancias que habilita los requisitos o mecanismos que se deben tener en cuenta al momento de aplicarse la pena.

## **9.2. Importancia de la aplicación del artículo 45° del Código Penal en la determinación judicial de la pena**

La motivación de las resoluciones judiciales dentro del marco de la determinación judicial de la pena, en la actualidad tiene vital importancia, por cuanto es en el fallo (sentencia) que el órgano jurisdiccional al fijar la cantidad de la pena que se impone al sentenciado, tiene la obligación de exponer detallada y motivadamente las razones que lo han llevado a adoptar la decisión lógica, justa y sujeta a la ley, esto es, motivación en la determinación judicial de la pena, significa hacer explícito el análisis crítico, lógico jurídico y valorativo, de los fundamentos de hecho, jurídicos y pruebas que llevaron al juzgador a la aplicación de una determinada sanción; permitiendo a la vez que el sentenciado pueda tomar conocimiento cabal y pormenorizado de cuales han sido los criterios o razonamientos que el juzgador ha tenido en cuenta para adoptar la decisión al imponer la pena y a la vez analizar si éste análisis se encuentran dentro del marco legal y lo actuado en el desarrollo del proceso penal.

Es en este contexto de ideas que la aplicación del artículo 45° del Código Penal en sus tres criterios para la “fundamentación y determinación de la pena”, deviene en su cumplimiento obligatorio por parte de quienes tiene la potestad de administrar justicia penal, vale decir, no puede ser eludida por los magistrados al fijar el *quantum* de la pena, pues su inaplicación trae como consecuencia inmediata la transgresión de principios constitucionales, como son la motivación de las resoluciones judiciales y el efectivo ejercicio del derecho de defensa.

Entonces el sentido de la aplicación del artículo 45° del Código Penal al momento de establecer el *quantum* de la pena aplicable al condenado, no significa citar el mencionado dispositivo legal, sino que por el contrario implica que los jueces obligatoriamente hagan un análisis crítico sobre cada uno de los tres criterios estipulados para fundamentar y determinar

judicialmente la pena, lo cual implica todo un proceso analítico valorativo, que debe abarcar los siguientes pasos: En primer lugar, un análisis de hechos alegados y que han sido introducidos oportunamente en el proceso penal, como por citar un ejemplo, la alegación previa del sentenciado de no tener oportunidades de trabajo, un escaso grado cultural o el resarcimiento oportuno a la víctima del daño causado, entre otros; en segundo lugar, analizar si lo alegado por el procesado se encuentra dentro de los incisos descritos en el artículo 45° del Código Penal o en alguno de ellos; y en tercer lugar, una vez determinado meridianamente el hecho y su amparo jurídico en el artículo 45° del Código Penal, analizar si existe prueba actuada en el proceso que acredite fehacientemente dicha alegación. Entonces una vez, cumplido este proceso de análisis con resultado positivo, el juez debe obligatoriamente valorar el hecho debidamente probado para fijar la cantidad de la pena a imponer al condenado; caso contrario no puede valorarse el hecho al momento de la sanción penal.

El cumplimiento de cada uno de estos pasos implica una aplicación correcta del artículo 45° del Código Penal, lo que permite establecer la existencia de una debida motivación de las resoluciones judiciales al determinar judicialmente la pena y a la vez la correcta preservación del derecho de defensa del condenado.

### **9.3. Función del artículo 45° del Código Penal en la determinación judicial de la pena**

La correcta aplicación del artículo 45° del Código Penal al momento de determinar judicialmente la pena, consideramos que cumple dos funciones: Una, la función de controlar la correcta motivación de las resoluciones judiciales y Dos, garantizar el efectivo ejercicio del derecho de defensa de los procesados (condenados).

En lo que respecta a la función de controlar la correcta motivación de las resoluciones judiciales, señalamos que una resolución judicial (sentencia condenatoria) debidamente motivada en la parte correspondiente a la determinación judicial de la pena, expresando el proceso de análisis de la identificación del hecho alegado (*questio facti*), su adecuación al artículo 45° del Código Penal en todos o cualquiera de sus tres incisos o supuestos jurídicos (*questio iuris*) y finalmente la acreditación fehaciente con la prueba respectiva (*questio probandum*), cumple con respetar nuestra norma de máxima jerarquía jurídica -Constitución Política del Perú- que en su artículo 139° inciso 5, prescribe como principio y derecho de la función jurisdiccional “la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias ... con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

Entonces aplicando correctamente el artículo 45° del Código Penal en la determinación judicial de la pena el Estado ha cumplido con su doble obligación constitucional en la motivación de las resoluciones judiciales, exponer por un lado las razones de la aplicación del *quantum* en la fijación de la pena y por otro lado a la vez se ha satisfecho el derecho de los justiciables de una debida motivación de las resoluciones judiciales.

Por otra parte sobre la función de garantizar el efectivo ejercicio del derecho de defensa de los procesados (condenados), igualmente la correcta motivación de las resoluciones judiciales en la parte correspondiente a la determinación judicial de la pena, permite cumplir con otro principio constitucional previsto el artículo 139° inciso 14 de la Constitución Política del Perú que señala “el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso”.

La correcta aplicación del artículo 45° del Código Penal como se ha detallado pormenorizadamente en los párrafos precedentes (cumplimiento de los tres pasos), implica preservar el derecho de defensa de quienes se encuentran involucrados en un proceso penal, también desde dos vertientes: Uno, como derecho de los justiciables permitiéndoles tomar conocimiento exacto de los argumentos expuestos en la resolución judicial y hacer valer sus derechos conforme a ley y a la Constitución, para hacer los cuestionamientos a través de la interposición de los medios impugnatorios pertinentes en caso no encontrarse conforme con el análisis y decisión realizada por los magistrados como parte del órgano jurisdiccional; y por otro lado, permite a los magistrados, conocer cuándo sus actuaciones podrían conllevar, en el caso concreto, la vulneración de este derecho (derecho de defensa) tan fundamental en la actualidad, así como de la posibilidad de que estas posibles vulneraciones puedan ser remediadas por el mismo órgano jurisdiccional, en el caso de que se analiza la decisión por un órgano jerárquicamente superior y que actúa como órgano revisor y de segunda instancia a solicitud del agraviado con la resolución.

#### **9.4. Concepto del artículo 45° del Código Penal**

De lo expuesto en líneas precedentes, así como las definiciones contenidas en los acuerdos plenarios y circulares referidas a la determinación judicial de la pena, nosotros poder conceptualizar a los presupuestos contenidos en los tres incisos del artículo 45° del Código Penal, como circunstancias del delito, vale decir, son circunstancias que contienen datos, factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo, que están circundando al delito, están ahí, pero no son parte del mismo, están periféricamente ahí, no lo integran, concurren con él, consiguientemente no están ligados a la tipicidad, no están ligados a la antijuricidad, tampoco están ligados a la culpabilidad; sin embargo, nos van a permitir tener una valoración concatenada con un mayor desvalor de la conducta, o con un mayor reproche del autor, lo cual nos ayuda a la medición de la intensidad de un delito y su utilización se da al momento

de determinar y fundamentar judicialmente la aplicación de la pena al emitirse una sentencia condenatoria por parte del órgano jurisdiccional como conclusión de un proceso penal.

Al momento de determinar y fundamentar judicialmente la pena, las circunstancias del delito contenidas en el artículo 45° del Código Penal nos van a permitir apreciar el mayor o menor grado de desvaloración de la conducta ilícita o el mayor o menor grado de reproche que cabe formular al autor de dicha conducta, esto a la vez nos permite obtener con mejor y mayor certeza el alcance o graduación cualitativa y cuantitativa de la pena que va a imponerse al autor o partícipe del delito de la comisión de una conducta punible.

El proceso de evaluación de las circunstancias del artículo 45° del Código Penal nos van a permitir ubicarnos dentro del espacio de movilidad que representa la pena básica, dentro del mínimo y el máximo legal predeterminado por la ley; nos permiten el poder avanzar hacia el máximo, también hacia el mínimo o en todo caso poder ubicarnos en un extremo intermedio de la pena básica, para poder llegar a determinar judicialmente la pena concreta aplicable.

Igualmente en el proceso de determinación judicial de la pena con la aplicación del artículo 45° del Código Penal, el órgano jurisdiccional teniendo en cuenta el marco legal conminatorio establecido para cada delito está obligado a un realizar un análisis individual y pormenorizado, de cada uno de los presupuestos sustantivos contenidos en el mencionado artículo 45°, para determinar si son aplicables o no al caso en concreto que ha sido materia de juzgamiento.

Finalmente también señalamos que las circunstancias contenidas en el artículo 45° del Código Penal, deben ser evaluadas en el caso concreto por el órgano jurisdiccional, para que utilizando su discrecionalidad judicial, puedan valorarlas ya sea como circunstancias agravantes o atenuantes, según como aquellas condiciones se hayan presentado en el agente en su proceder delictivo, lo que nos permite establecer que estas circunstancias según su ubicación en el Código Penal vigente pueden funcionar de manera mixtas, ya que en unos casos pueden ser utilizados como atenuantes y en otros como agravantes.

### **9.5. Naturaleza jurídica del artículo 45° del Código Penal**

Como se ha señalado en líneas anteriores las circunstancias del delito son factores, datos o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito, consiguientemente es necesario determinar a qué clase de circunstancias -genéricas, especiales o cualificadas- corresponden las contenidas en los tres incisos del artículo 45° del Código Penal, estableciendo en forma precisa y clara de esta manera su naturaleza jurídica como circunstancias del delito y con ello su aplicabilidad al momento de determinar judicialmente la pena en una sentencia condenatoria.

Al respecto siguiendo a Alonso Peña Cabrera Freyre “conforme se desprende de los artículo 45° y 46° del Código Penal, el legislador comprendió en dichos artículos una serie de circunstancias, que operan de forma “mixta”, es decir, como agravantes y atenuantes, las cuales están referidas a la naturaleza de la acción delictiva, a la personalidad del agente, a la relación entre víctima y victimario, así como a la conducta del sujeto infractor posterior del hecho punible”<sup>134</sup>. Entonces, siguiendo esta línea de pensamiento lo que establecen estos artículos es la obligación de valorar los factores que han predisposto de cierto modo la comisión del hecho punible, los que han facilitado la perpetración delictiva y aquellos que han servido de soporte para su comisión, en lo referente a la modalidad del injusto típico, también debe tenerse en cuenta los factores referidos a la persona del autor o partícipe, para fijar su grado de responsabilidad, lo que implica un análisis de la predisposición del agente a delinquir, su mayor o menor vulnerabilidad en el sistema social y otros, que le puedan otorgar un perfil personal del mismo, sin que ello comporte criterios propios de un derecho penal de autor, ya que la culpabilidad del autor queda vinculada al hecho punible cometido.

Si tenemos en cuenta que las circunstancias genéricas como se ha definido y establecido anteriormente son las reguladas en la parte general del Código Penal y que pueden operar en la determinación de la pena concreta de cualquier delito y que sirven para individualizar judicialmente la pena entre el mínimo y el máximo de la pena establecida por el marco penal genérico, llegamos a la conclusión de que las circunstancias establecidas en el artículo 45° del Código Penal: -Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente, -Su cultura y sus costumbres y -Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen, corresponden a tipo de “**circunstancias genéricas o comunes**”, valga la redundancia por estar en la parte general de código y operar también en todos los delitos. Esto complementado con lo que expone Aldo Martín Figueroa Navarro que establece que son “criterios generales o fundamentadores de la aplicación de la pena (Art. 45°) o de base para su determinación: injusto y culpabilidad (Art. 46° primer párrafo)”<sup>135</sup>.

#### **9.6. Criterios para la determinación de la pena en base al artículo 45° del Código Penal**

En lo que respecta a los criterios contenidos en el artículo 45° del Código Penal en la determinación judicial de la pena, Felipe Villavicencio señala, que “Otra contribución del Código Penal de 1991 está referida a la aplicación de la pena. El artículo 45° constituye una disposición novedosa en nuestro ordenamiento penal. Así, el juzgador deberá tener en consideración, en el momento de la determinación de la pena, aspectos como las “carencias

<sup>134</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Ob. Cit.*, p. 129.

<sup>135</sup> FIGUEROA NAVARRO, Aldo Martín. Seminario taller. *Ob. Cit.* p. 138.

sociales que hubiere sufrido el agente” (numeral uno), dando cabida a lo que se denomina co-responsabilidad o co-culpabilidad. En el numeral dos se hace mención de la cultura y costumbres del agente, que deberán ser tomados en cuenta por el juez al momento de determinar la pena. Finalmente, el tercer numeral de este artículo establece que el juez debe tomar en consideración los “intereses de la víctima, de la familia o de las personas que de ella dependan.”<sup>136</sup>.

Así mismo, señalamos que siguiendo el tenor del artículo 45° del Código Penal, estamos ante dos conceptos de importancia utilizados por el legislador, “fundamentación y determinación” de la pena.

En primer lugar, el concepto de fundamentación de la pena, se encuentra referido al proceso mediante el cual el juez indica cuál es el cimiento, razón de ser, o principio, sobre el cual edifica la tasación de la sanción o sanciones a imponer, o sea, los argumentos jurídicos fundamentados en criterios racionales que sustentan su decisión; en otras palabras: la disposición reafirma la exigencia constitucional, según la cual se deben cimentar adecuadamente las resoluciones judiciales, de tal manera que al condenado no se le sorprenda con tasaciones de la pena caprichosas que, por lo demás, también contrarían la Ley de Leyes en cuanto consagra como modelo de convivencia comunitaria propio de un Estado Social y Democrático de Derecho, fundado en la dignidad de la persona humana regulados en los artículo 1° y 43 de la Constitución Política del Perú.

Así las cosas, por disposiciones de orden constitucional y legal, el juez peruano está obligado a exponer las circunstancias que son decisivas en el proceso de determinación judicial de la pena, sea que se le entienda en un sentido estricto o en uno amplio.

El segundo concepto es el de la determinación de la pena, esto es, aquella tarea comprensiva de todas las cuestiones relativas a la imposición y ejecución de la sanción penal, como las atinentes a los fenómenos de la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio, la conversión de la pena privativa de libertad no mayor de dos años en pena de multa, etc.; acá debemos tener presente que se parte de una noción amplia de tal figura, en la que se incluye la operación mental mediante la cual el Juez, en concreto, una vez examinadas las diversas categorías del hecho punible, fija, precisa, señala cuales son las sanciones imponibles al trasgresor de la ley penal; esto es, la determinación de la pena dentro del marco punitivo, acorde con la culpabilidad por el hecho.

---

<sup>136</sup> VILLAVICENICIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal Parte General*. 3° ed. Lima. Edit. Grijley. 2009. pp. 73,74.

Queda entonces claro que la aplicación correcta del artículo 45° del Código Penal por el órgano jurisdiccional permite mantener la vigencia plena del artículo 139° de la Constitución Política del Perú en su inciso 5 que obliga al órgano jurisdiccional a fundamentar (motivar) sus resoluciones judiciales.

### 9.6.1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente

Este requisito de valoración en la determinación judicial de la pena se encuentra regulado en el inciso 1 del artículo 45° del Código Penal.

César Dorta, señala “el Estado y los ciudadanos son corresponsables en la construcción de la sociedad que deseamos, vale decir, ambos deben decidir y actuar en el camino común; el principio de la corresponsabilidad se ejerce sobre los ámbitos económicos, social, político, cultural, geográfico y ambiental”<sup>137</sup>. Esta corresponsabilidad debe existir tanto por el Estado como por la Sociedad con el objeto de obtener un mejor desenvolvimiento y avance social que resultare satisfactorio para la colectividad como de sus habitantes.

Sin embargo, qué sucede cuando no se cumple o se cumple parcialmente esta corresponsabilidad, vale decir, el Estado no brinda las posibilidades de desarrollo a sus integrantes, y origina alteraciones en el desarrollo social, surgiendo el problema de la delincuencia, problema social que repercute en la administración de justicia; es ahí donde el legislador ha previsto el artículo 45° Inc. 1, obligando al órgano jurisdiccional a tener en cuenta al establecer la sanción a través de la imposición de una pena, las carencias sociales que sufrió el agente al momento de cometer el delito, asumiendo el Estado su responsabilidad en el fenómeno del delito.

Las carencias sociales está contenido en el artículo 45° inc. 1 del Código Penal (D. Leg. N° 635), que según Mera Palomino “en la Exposición de Motivos del Código Penal se indica que se consagra el importante principio de la coculpabilidad de la sociedad en la comisión del delito, cuando prescribe que el juzgador deberá tener en cuenta al momento de fundamentar el fallo y determinar la pena, las carencias sociales que hubiera afectado al agente. De esta forma nuestra colectividad estaría reconociendo que no brinda iguales posibilidades a los individuos para comportarse con adecuación a los intereses generales, aceptando una responsabilidad parcial en la conducta delictiva, mea culpa que tiene el efecto de enervar el derecho de castigar que el Estado ejerce en nombre de la sociedad”<sup>138</sup>.

<sup>137</sup> DORTA, César. “La Corresponsabilidad”. (en línea). disponible en la web: [http://www.aporrea.org/poder\\_popular/a65902.html](http://www.aporrea.org/poder_popular/a65902.html). (04 de marzo de 2013).

<sup>138</sup> MERA PALOMINO, Carlos Rodrigo. *ob. cit.*, p. 109.

En ese sentido se sostiene que la coculpabilidad o corresponsabilidad establecida en el artículo 45° inc. 1 del Código Penal, disminuye o desaparece en la misma medida en que el delincuente haya tenido las oportunidades de comportarse según las normas de convivencia social establecidas dentro de una sociedad, es decir, debe reconocerse su situación de marginación social y económica del procesado como un ingrediente de su conducta. Se trata de una circunstancia vinculada a la capacidad penal del agente y a su mayor o menor posibilidad para internalizar el mandato normativo, así como para motivarse en él y en sus exigencias sociales. Estas circunstancias operan sobre el grado de culpabilidad del agente y sobre la intensidad del reproche que cabría hacerle. “El artículo 45° inciso 1 del código sustantivo también considera como criterio de fundamentación y determinación de la pena que el Juez atienda a *“las carencias sociales que hubiere sufrido el agente”*”.

Como lo señala Fernando Velásquez “será del caso, en consecuencia, incluir en la valoración de estas circunstancias las posibilidades reales de interacción e integración que ha tenido el agente con su entorno social y con los patrones de conducta positiva imperantes en él”<sup>139</sup>.

Agrega el mismo autor “se deben tener en cuenta las carencias sociales del agente, con lo cual se consagra el llamado principio de la co-culpabilidad o corresponsabilidad de la sociedad en la comisión del delito, recordando similar previsión legal en el Código Penal Argentino: especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, es la que, justamente, la doctrina de aquél país -citada por la peruana-. Desde luego, la introducción de este apotegma pone de presente el hecho de que uno de los criterios de la cuantificación penal peruana es el grado de injusto, pues, como dice la doctrina gaucha, “en este caso, el mismo injusto es menor y no únicamente la culpabilidad”<sup>140</sup>.

La tratadista Teresa Morales comentando la corresponsabilidad, señala “el Estado, dentro de sus funciones administrativas realiza determinadas obras que fomentan los servicios públicos, cuidando la actividad industrial, salud, educación, persigue fines de cultura, es decir, queda claro que el Estado está obligado a proporcionar estos servicios a la población, lo que va a permitir encontrar el bien común y el crecimiento

---

<sup>139</sup> VELÁSQUEZ VELASQUEZ, Fernando. *Los Criterios de Determinación de la Pena en el Código Penal de 1991*. (en línea). disponible en la web: [http://spij.minjus.gob.pe/información/coyuntura/sentencia\\_Fujimori/P3C3-Pena.pdf](http://spij.minjus.gob.pe/información/coyuntura/sentencia_Fujimori/P3C3-Pena.pdf). (07 de mayo 2012).

<sup>140</sup> VELÁSQUEZ VELASQUEZ, Fernando. *Los Criterios de Determinación de la Pena en el Código Penal de 1991*. (en línea). disponible en la web: [http://unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a-20080527\\_30.pdf](http://unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a-20080527_30.pdf). (07 de mayo 2012).

y desarrollo armónico de los seres humanos, garantizándoles educación, salud, bienestar, etc., que le permita alcanzar su máximo potencial en un ambiente socialmente sano. Sin embargo se aprecia en la vida cotidiana el abandono del Estado de su función cultural, que los programas pedagógicos no encuadran con la realidad social, que las medidas adoptadas para prevenir la desintegración y violencia familiar, las adicciones, la delincuencia, el bajo aprovechamiento y la alta deserción escolar, etc., son casi nulas por parte del Estado, que las consecuencias nocivas de este descuido estatal están afectando a un número cada vez más grande de personas, provocando problemas más graves, repercuten en un mayor número de delincuentes en las calles y en las cárceles y que el Estado está menospreciando la importancia de su papel de garante de la institución familiar, por ello no se ha prestado la adecuada atención a su función de prevención, predicción, intervención, rehabilitación, etc. y de los efectos de la ausencia de modelos de control social adecuados, esto último es lo que denominados Corresponsabilidad del Estado en la comisión del delito<sup>141</sup>.

La jurisprudencia sobre el principio de corresponsabilidad señala que “para los efectos de la determinación de la pena que ha de imponerse al acusado debe tenerse en cuenta, que al momento de los hechos no tenía carencias sociales ni económicas, ni ha reparado de manera espontánea los daños ocasionados a los agraviados (R.N. N° 411-99-Lambayeque; Guía Rápida de J.P. y P.P.G.J. p. 48)”<sup>142</sup>.

En conclusión, consideramos que siendo el Estado el que determina lo que es delito, es, por ende, co-responsable, debiendo preocuparse de establecer las condiciones más favorables para que el individuo no delinca.

### **A. Carencias sociales**

El Estado como estructura debidamente organizada tiene la obligación de proveer a su miembros en igualdad de condiciones, las posibilidades para su desarrollo dentro del entorno social, ello como objetivo de lograr una convivencia en paz; sin embargo, en la actualidad y en la mayoría de Estados, esto no sucede, por cuanto el Estado no cumple con brindar ni siquiera los servicios básicos a determinados sectores de sus miembros, como son educación, vivienda, alimentación, trabajo, etc., lo que origina la falta de condiciones favorables de los individuos para su desarrollo como personas en el entorno social y surge el fenómeno de la delincuencia en sus diversos niveles.

<sup>141</sup> MORALES, Teresa. *La Corresponsabilidad Penal del Estado*. (en línea). disponible en la web: <http://teresamorales.blogspot.com/2009/03/la-corresponsabilidad-del-estado-yde.html>. (25 de febrero 2013).

<sup>142</sup> “El Código Penal en su Jurisprudencia”. *Sentencias vinculadas con los artículos y figuras jurídicas del Código Penal*. 1° ed. Lima. Gaceta Jurídica. 2007. p. 128.

Jorge Madrazo, señala que el “fenómeno delictivo es complejo y multicausal por lo que se explica como resultado de diversas variables que interactúan en el entramado social. En el ámbito nacional se han identificado como las principales causas de la comisión de delitos y conductas infractoras, entre otras, el deterioro de las condiciones económicas y sociales; la agudización de la pobreza extrema, la inestabilidad laboral, desempleo y subempleo; la insatisfacción de las necesidades básicas de amplias capas de la población; el acceso marginal a las oportunidades de educación, servicios de salud y habitación; la deserción escolar en todos los niveles; la violencia intrafamiliar; la desintegración familiar, la difusión de programas con un alto contenido de violencia en los medios masivos de comunicación en barrios marginados.<sup>143</sup>

Las carencias sociales serán evaluadas al determinar la pena, como lo señala Carlos Rodríguez Martínez “al momento de evaluar cuáles fueron los motivos que impulsaron al autor de un delito a cometerlo debe tomarse en cuenta la miseria o la dificultad para ganarse el sustento propio o de los suyos. Generalmente, una situación económica apremiante, cuando fue la que condujo a la realización de un delito contra la propiedad, será considerada como un factor que disminuye el reproche penal”<sup>144</sup>.

Entonces las carencias sociales, deben ser entendidas como la falta de posibilidades de desarrollo de los miembros de una sociedad, originada esta falta por que el Estado no ha sido capaz de brindar a sus integrantes la satisfacción de su necesidades y posibilidades de desarrollo social, lo que determina el surgimiento del fenómeno de la delincuencia, siendo el Estado corresponsable de este fenómeno, situación que el órgano jurisdiccional debe valorar al momento de establecer el *quantum* de la pena a imponer al responsable de la comisión de un delito. Consideramos que este es el sentido contenido en la redacción del artículo 45° del Código Penal referente a las carencias sociales.

## **B. Principio de cocolpabilidad y el artículo 45° del Código Penal en la determinación judicial de la pena**

Al momento de determinar judicialmente la pena este principio tiene relevancia particular ya que por éste es obligación del juzgador “reconocer la situación de

---

<sup>143</sup> MADRAZO CUÉLLAR, Jorge. *Reformas Constitucionales en Materia Penal*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. (en línea). disponible en la web: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/ccon...>(04 de marzo 2013).

<sup>144</sup> RODRIGUEZ MARTÍNEZ, Carlos A. *Manual de Derecho Penal Parte General*. 1°ed. Lima. Edit. Bibliográfica Jurídica Americana. 2012. p. 469.

marginación social y económica en que se encontró el procesado al momento de la comisión del ilícito penal”, ello como un ingrediente de su conducta.

Por su parte Villavicencio Terreros, señala que este inciso 1 del artículo 45° del Código Penal da “cabida a lo que se denomina co-responsabilidad o co-culpabilidad. El Estado es el que determina qué conducta es prohibida; es él quien criminaliza la conducta, quien establece lo que es delito; además siendo éste el que prescribe la pena, es coherente afirmar que tanto pena como delito son productos. Si bien es cierto el sujeto es el que realiza el delito, no es su producto; el delito es una construcción. Siendo el Estado el que determina lo que es delito, es, por ende, co-responsable, debiendo preocuparse de establecer las condiciones más favorables para que el individuo no delinca”<sup>145</sup>.

En consideración a lo expuesto el principio de corresponsabilidad, previsto en el artículo 45° Inc. 1, del Código Penal, y la determinación judicial de la pena, tienen una estrecha ligazón, lo que quiere decir, que al determinarse la pena por el parte del juez, obligatoriamente debe valorarse las carencias sociales que sufrió el agente al momento de cometer el delito.

### **9.6.2. Su cultura y sus costumbres**

Este requisito de valoración en la determinación judicial de la pena se encuentra regulado en el inciso 2 del artículo 45° del Código Penal.

Fernando Velásquez señala “en segundo lugar, pensando en el agente, deben evaluarse “su cultura y sus costumbres” -que es similar al Art. 41 argentino: “...la educación, las costumbres”, con precedentes en el Proyecto de Código Penal de 1.989, en su Art. 50 inc. 2-, con lo cual se alude al grado de culpabilidad que cabe deducirle al autor, en cuanto que su formación cultural y el refinamiento o no de sus costumbres, demuestran un mayor o menor grado de reprochabilidad o de exigibilidad. De esta manera, pues, al mismo tiempo que se reitera la fórmula de la co-culpabilidad ya mencionada, se recuerda el carácter pluricultural de la sociedad peruana, destacado por el texto del Art. 2 núm. 19 de la Constitución: “...el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”<sup>146</sup>.

Marco A. Terragni, señala “uno de los fenómenos más complejos de nuestro tiempo - desde un punto de vista jurídico y social - se encuentra en el modelo de convivencia

<sup>145</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Ob. Cit.* pp. 73, 74.

<sup>146</sup> VELÁSQUEZ VELASQUEZ, Fernando. *Los Criterios de Determinación de la Pena en el Código Penal de 1991.* (en línea). disponible en la web: [http://unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a-20080527\\_30.pdf](http://unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a-20080527_30.pdf). (07 de mayo 2012).

multicultural que están adoptando los seres humanos, esta perspectiva plural es muy enriquecedora para la evolución social pero puede resultar al mismo tiempo problemática, en cuanto fuente potencial de conflictos de integración de los que se derivan consecuencias que conciernen al mundo jurídico en general y al sistema penal en particular”<sup>147</sup>.

Es en este sentido que la jurisprudencia señala “para los efectos de la determinación de la pena, se debe tener en cuenta las carencias sociales que pudo haber sufrido el agente, su cultura y sus costumbres, la educación, situación económica y medio social, así como las condiciones personales de los citados encausados, previsto en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal”<sup>148</sup>.

Por su parte Villavicencio manifiesta “siendo el Perú un país pluricultural, donde co-existen distintas culturas, en el que junto a los patrones de conducta del sistema oficial co-existe los otros grupos culturales, entrando en muchos casos en conflicto (sociedad conflictual), es entendible que el discurso oficial no sea aprehendido por toda la sociedad peruana, pues en diversos casos entra en conflicto con los patrones de conducta de otros grupos culturales o subculturales”<sup>149</sup>.

En conclusión el Perú es un país pluricultural, donde co-existen distintas culturas, situación jurídica que deberá ser valorado por el órgano jurisdiccional al momento de determinar judicialmente la pena a imponer al condenado.

### **A. Cultura**

Existe una muy variada cantidad de definiciones del término cultura; sin embargo, en general se define a la cultura como el conjunto de informaciones y habilidades que posee un individuo, que le permite al ser humano la capacidad de reflexión sobre sí mismo y sobre los demás, a través de la cultura el hombre discierne valores y busca nuevas significaciones. La cultura abarca las distintas formas y expresiones de una sociedad determinada.

Al definir a la cultura existen diversos usos y significados de la misma, vemos que es utilizada como expresión de refinamiento intelectual o simplemente de estatus sociocultural. También a la cultura se entiende como una serie interdependiente de expresiones humanas. Entonces se combinan el idioma, las vestimentas, los

---

<sup>147</sup> TERRAGNI, MARCO A. *Diversidad y Sistema Penal*. (en línea). disponible en la web: <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/diversidad/htm>. (04 de marzo 2013).

<sup>148</sup> “El Código Penal en su Jurisprudencia”. *Ob. Cit.* p. 28.

<sup>149</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Ob. Cit.* pp. 73,74.

símbolos, los rituales y la expresión artística como el soporte de los hábitos y comportamientos de una sociedad, existe entonces una conexión entre fenómenos que asociados entre sí nos dan como resultado un universo de identidades culturales.

En armonía con lo expuesto y desde la perspectiva del Derecho se utiliza el concepto de “cultura” como un universo de expresiones suficientes para distinguir una identidad. Asimilan a la educación y sus distintos grados, también se asocia a una destreza, hábitos o costumbres. La mayor de las veces los juristas propenden a considerar a la cultura como el producto del progreso y en consecuencia a definir “la cultura” como un crecimiento histórico.

Manuel Alberto Jesús Moreira, señala “la idea que prevalece en el universo del Derecho es que la cultura es un producto de la evolución de la humanidad y se va perfeccionando como una tecnología. Los grupos étnicos y sociedades simples que no comparten este proceso quedan postergados en la historia, condenados al atraso primitivo”<sup>150</sup>.

En nuestra realidad peruana, se puede observar la existencia de una diversidad de culturas determinadas por diversos factores, como son el territorio, nivel económico, migraciones, aspecto laboral, entre otros, lo que determina la existencia de una pluralidad cultural peruana, es decir, hay una marcada diversidad de culturas de los pueblos.

Teniendo en cuenta lo expuesto, consideramos que existe diversidad cultural entre los miembros de una sociedad, unos tienen mayor cultura y otros menor, lo que determina que el marco legal del Estado no sea captado o asimilado en su integridad, en el mismo nivel y en igualdad de posibilidades por todos sus integrantes, situación que debe valorarse al momento de determinar judicialmente la pena a imponer al responsable de un delito por parte del órgano jurisdiccional, quien tiene la obligación por orden del artículo 45° Inc. 2, debe valorar este hecho cultural, las posibilidades de comprensión del marco legal por el condenado y las posibilidades de conocer este marco legal.

---

<sup>150</sup> JESUS MOREIRA, Manuel Alberto. *El Concepto de Cultura en el Derecho*. (en línea). disponible en la web: <http://revistaselectronicas.pucrs.br/ojs/index.php/...>(05 de marzo 2013).

**B. Costumbres**

La costumbre desde el punto de vista jurídico, viene a ser el uso arraigado y repetido constantemente en una colectividad, pues es ésta que a fuerza de observar ciertas normas emanadas del sentir popular introduce en la sociedad usos que dirimen posibles controversias jurídicas. La costumbre es el uso implantado en una colectividad y considerada por esta jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente.

Entonces existirá costumbre cuando exista una repetición de uso por parte de la comunidad de forma generalizada y que se repita con la convicción de que su uso es obligatorio.

Sin embargo, señalamos que en nuestro país, la costumbre posee un valor secundario, relativo y muy limitado, pues la ley escrita tiene mayor jerarquía y por tanto la costumbre ha de respetar lo dispuesto por ella.

Es necesario expresar que la costumbre se encuentra incluida dentro de la cultura, de allí que al hablar jurídicamente de la costumbre estamos implícitamente hablando de la cultura de una colectividad y de una persona de manera individual.

Lo señalado nos permite concluir que la cultura y costumbres al momento de determinar judicialmente la pena, debe ser valoradas en forma conjunta, cuidando en lo que respecta a la costumbre que cumpla con las dos condiciones; la primera, que su uso tenga el carácter de ser repetitivo y la segunda, que la persona use la costumbre con convicción de que es obligatorio, caso contrario la costumbre no puede ser valorada.

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

Este requisito de valoración en la determinación de la pena se encuentra regulado en el inciso 3 del artículo 45° del Código Penal.

También el tratadista colombiano Fernando Velásquez expresa "en tercer lugar, se hace referencia a "los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen", con lo cual se quiere llamar la atención sobre una problemática medular en el Derecho Penal contemporáneo: el papel que cumple el afectado con la infracción a la ley penal. Desgraciadamente, la fórmula se ha quedado corta y apenas sí se ha hecho referencia a uno de los tópicos relacionados con el asunto: el atinente al daño causado a la víctima, sus familiares y allegados, que es una cuestión posterior al hecho mismo y que, como tal, nada tiene que ver con el injusto y la culpabilidad; desde luego, lo que sí está íntimamente relacionado con el injusto -por ende, con su

graduación-, es lo atinente al papel general del afectado dentro del delito temática que, se repite, no ha quedado comprendida en el texto”<sup>151</sup>.

Felipe Villavicencio comentando el tercer inciso del artículo 45° del Código Penal manifiesta que “dada la desfavorable situación de la víctima en el sistema penal (es una especie de perdedor por partida doble: frente al infractor y después, frente al Estado), el Derecho Penal de mínima realización supone la protección privilegiada de la víctima, como por ejemplo, a través de una estrategia de privatización de conflicto- como modelo político-criminal para la descriminalización de ciertos delitos-; también, otorgársele a la víctima mayor intervención en el tratamiento de los conflictos, tendentes a acotar las diferencias con el infractor, reducir el costo social de la pena, asegurar la posibilidad de indemnización de la víctima, etc.”<sup>152</sup>

Teniendo en cuenta lo señalado por Villavicencio, en el caso del Perú, en nuestra realidad la víctima de un delito carece de protección en el proceso penal y las indemnizaciones fijadas a su favor por el órgano jurisdiccional como consecuencia de los daños causados por el delito son sumas muy bajas que por lo general no cubren los gastos ocasionados para reparar el daño, es por ello que se señala que la víctima es un perdedor por partida doble.

#### **A. La víctima del delito y su extensión en el daño ocasionado**

Se señala que “en efecto, si alguien es víctima de un criminal, en la medida en que ese alguien puede ser cualquiera de nosotros, todos y cada uno de nosotros somos víctimas no de ese delincuente en particular, pero sí de la delincuencia. Por ello en una sociedad operante y funcional la expresión x fue víctima de un delito, implica todos fuimos víctimas del delito”<sup>153</sup>.

El tratamiento y protección que brinda este artículo a la víctima, debe hacerse desde una visión amplia, lo que nos lleva a señalar que para determinar el daño causado a la víctima con el evento criminoso, debe valorarse entre otros, los intereses jurídicos afectados, las cualidades personales y sociales de la víctima, la espontanea reparación del daño causado previo a la sentencia, que nos permitan

---

<sup>151</sup> VELÁSQUEZ VELASQUEZ, Fernando. *Los criterios de Determinación de la Pena en el Código Penal de 1991*. (en línea). disponible en la web: [http://unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a-20080527\\_30.pdf](http://unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a-20080527_30.pdf). (07 de mayo 2012).

<sup>152</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Ob. Cit.* pp. 73,74.

<sup>153</sup> *La Víctima del Delito y su Defensa*. (en línea). disponible en la web: <http://www.filosoficas.unam.mx/~tamasini/ENS>. (06 de marzo 2013).

tener una visión conjunta del daño ocasionado para una posterior fijación de una reparación civil acorde con el daño.

Así mismo, el legislador ha previsto que los intereses de la víctima para la determinación de la pena, no sólo se limitan exclusivamente a quien sufre el daño o consecuencias del delito, sino que se extienden a su familia y a quienes de ella dependen, ello partiendo de nuestra realidad social en la que en muchos casos las familias dependen de una sola persona y el daño causado a ésta va a repercutir en su familia entendida como personas que habitan conjuntamente y también a las personas que de ella dependen, siendo en este último caso que la norma no establece como requisito un vínculo de familiaridad, sino bastando sólo que exista dependencia (sin precisar qué tipo de dependencia) entre la víctima del delito y la persona que depende, por lo que esta última puede ser cualquiera sin ser necesariamente familia de la víctima.

En conclusión el daño originado por el delito, no sólo afecta a la víctima, sino a su familia, a las personas que dependen directamente de ellas y a la sociedad en su conjunto, situación que debe ser valorada por el órgano jurisdiccional al determinar judicialmente la pena.

### **9.7. Efectos de la inaplicación del artículo 45° del Código Penal en la determinación judicial de la pena**

Como ya se ha detallado en líneas anteriores, la aplicación del artículo 45° del Código Penal en sus tres incisos, al momento de determinar judicialmente la pena tiene el carácter de obligatoria, para cumplir con el principio constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, más aún cuando a través de éstas se está limitando un derecho con protección constitucional, como es el derecho de la libertad ambulatoria de las personas, cuando se impone una pena privativa de la libertad con carácter efectiva (pena que por lo general es común en los delitos de homicidio).

Sin embargo, en la labor jurisdiccional diaria se viene observando que las sentencias condenatorias, en la parte que corresponde a la fundamentación de la determinación judicial de la pena, no existe tal fundamentación y especialmente existe absoluta inaplicación del artículo 45° del Código Penal, en sus tres incisos, que obliga a los jueces penales aplicar los “criterios para la fundamentación y determinación de la pena”, situación que no ha logrado ser superada con los acuerdos plenarios y circulares sobre determinación judicial de la pena, emitidos últimamente por el Poder Judicial. Vale decir, la labor jurisdiccional no hace un análisis de ninguno de los incisos contenidos en el artículo 45° del Código Penal, no hay en las sentencias condenatorias un análisis sobre “las carencias sociales que hubiere sufrido el

agente, su cultura y costumbres y los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen.

Entonces dada la estrecha y obligatoria relación existente entre la motivación de la decisión contenida en las resoluciones judiciales, y sobre la pena que se impone y su modo de ejecución, el procedimiento de determinación judicial de la pena con aplicación obligatoria del artículo 45° del Código Penal, tiene mucha importancia, de allí que la inaplicación del artículo nombrado, trae como consecuencias jurídicas la afectación de principios constitucionales, como son la motivación de las resoluciones judiciales y el derecho de defensa de los justiciables, lo que repercute negativamente en una correcta administración de justicia.

La afectación de los principios constitucionales citados, se da por cuanto la inaplicación del citado artículo no permite al condenado tomar conocimiento exacto y detallado de las razones que ha tenido el juzgador para establecer el *quantum* de la pena que se le ha impuesto, no existe explicación de la imposición de la pena, lo que a la vez también no permite al sentenciado cuestionar la decisiones ejerciendo su derecho de impugnación de la resolución que le causa agravio (sentencia), toda vez que no se le ha permitido tomar conocimiento cabal de los motivos que determinaron la imposición de la sanción penal, consiguientemente se le ha restringido su oportunidad de que los errores en su incurrió el juez que impuso la sanción sean subsanados a través del mismo órgano jurisdiccional, pero por un órgano revisor en segunda instancia vía impugnación

## 10. Determinación de la pena y el artículo 46° del Código Penal

Como puede verse el artículo 46° del Código Penal, prescribe determinados factores para la individualización (determinación) de la pena habiéndose señalado “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 constitutivos del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad”.

Carlos Rodríguez Martínez, analizando el artículo 46° del Código Penal manifiesta “la formación de la medida de la pena plantea como tarea previa, la constatación de todos los factores de culpabilidad y prevención aplicables al caso concreto. El conjunto de los hechos relevantes constituye la base fáctica de esta actividad”<sup>154</sup>.

El autor mencionado agrega “para la obtención procesal de los hechos, que influyen en la medida de la pena, se debe partir de la premisa básica de que la aplicación de la pena es

<sup>154</sup> RODRIGUEZ MARTÍNEZ, Carlos A. Ob. Cit. p 469.

también realización del Derecho material y que se halla sometida a las mismas exigencias probatorias que rigen en todo el proceso penal para la cuestión de la culpabilidad, entre los que debe primar el artículo 46° de nuestro ordenamiento penal<sup>155</sup>.

Así la doctrina al estudiar el artículo 46° del Código Penal, realiza una clasificación sobre los factores para la determinación de la pena, debiendo aclarar que esta clasificación se hace sólo en los 11 primeros incisos del mencionado artículo, que contienen circunstancias genéricas y los incisos 12 (habitualidad) y 13 (reincidencia) son circunstancias cualificadas, que han sido ampliadas en los artículos 46° B (reincidencia) y 46° C (habitualidad).

Otro elemento a tener en cuenta para la aplicación de estas circunstancias (Art. 46° incisos 1 al 11), es que debe observarse el principio de prohibición de doble valoración, es decir, cuidar que la misma circunstancias no sea valorada dos veces.

La clasificación se desarrolla de la siguiente manera:

### **10.1. Circunstancias referidas al hecho y a la culpabilidad o responsabilidad**

Se refiere a que al momento de realizar la graduación de la pena (determinación judicial) a imponerse al condenado, se debe prestar atención especial tanto al tipo del ilícito sancionado como al tipo de la culpabilidad, en este caso el análisis está referido a la agravación o atenuación de la pena a imponer. La medida de la pena se gradúa de conformidad con la gravedad de la culpabilidad y también de acuerdo al alcance que tuvo la lesión jurídica, extensión del daño o repercusiones del hecho.

En estas circunstancias se encuentra el inciso 3 del artículo 46° del Código Penal, que prescribe: Inc. 3) "la importancia de los deberes infringidos".

### **10.2. La relevancia de la conducta previa y posterior al acto**

Tiene que ver con la delimitación de la conducta delictiva del sujeto, debiendo fijarse con precisión las conductas previas (anteriores) y posteriores al hecho constitutivo de ilícito propiamente dicho, es decir, a los componentes de la acción (antes) y del resultado (después).

En estas circunstancias se encuentran los incisos 1, 2, 5 y 10 del artículo 46° del Código Penal: 1) "la naturaleza de la acción"; 2) "los medios empleados"; 5) "las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión"; y 10) "la confesión sincera antes de haber sido descubierto".

---

<sup>155</sup> *ídem.* pp. 469, 470.

### **10.3. La intervención de la víctima**

Tiene que ver con la importancia de la víctima del delito, sus aspectos centrales, su influencia en el accionar, las consecuencias del hecho, cualidades personales y sociales, su accionar para la realización o consumación del delito.

En estas circunstancias se encuentran los incisos 4 y 9 del artículo 46° del Código Penal: 4) “la extensión del daño o peligro causados”; y 9) “la reparación espontánea que hubiere hecho del daño”.

### **10.4. La ejecución del delito**

Las circunstancias que deben valorarse son las referidas a los medios empleados para llevar a cabo la ejecución del delito, la elección de la modalidad en la comisión del delito, circunstancias de tiempo, lugar y modo de ejecución, los medios utilizados, la concurrencia una o de varias personas.

En estas circunstancias se encuentran los incisos 2, 5 y 7 del artículo 46° del Código Penal: 2) “los medios empleados”; 5) “las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión”; 7) “la unidad o pluralidad de los agentes”.

### **10.5. La calidad de los motivos del autor**

Se evalúa los motivos que determinaron al autor a cometer el delito (uno de los contenidos de la culpabilidad), entre los cuales debe tenerse en cuenta por un lado la miseria o la dificultad para ganarse el sustento propio o de su familia, servirán para atenuar la pena y por otro lado, cosa contraria sucede cuando el autor actuó con sentimientos de odio, codicia, con placer, hechos que agravan el reproche penal.

En estas circunstancias se encuentra el inciso 6 del artículo 46° del Código Penal: 6) “los móviles y fines”.

### **10.6. Las circunstancias personales del autor**

Un aspecto particular de importancia al graduar la pena es la personalidad del autor, entre las que destacan su edad, salud, sexo, inteligencia, educación, posición social y profesional, esto permite determinar si pudo conocer la antijuridicidad de su hecho.

En estas circunstancias se encuentra los incisos 8 y 11 del artículo 46° del Código Penal: 8) “la edad, educación, situación económica y medio social”; y 11) “las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente”.

**11. Determinación judicial de la pena en el ordenamiento procesal penal peruano****11.1. En el Código de Procedimientos Penales**

Como se sabe la determinación judicial de la pena se da en la etapa final del juzgamiento; sin embargo, pese a la importancia de la misma en la actualidad son escasos los intentos por introducir en normas procesales, pautas o guías metodológicas para la elaboración de sentencias referidas a la determinación judicial de la pena.

Cabe señalar que el Código de Procedimientos Penales de 1940 (vigente en nuestra ciudad sólo para procesos penales en liquidación) no estableció reglas que permitieran al juzgador determinar judicialmente la pena, pero pese a ello consideramos que en el artículo 282º del citado cuerpo legal se estableció algunas reglas para la elección judicial de la pena concreta, cuando el citado artículo prescribe “cuando hubiere disconformidad en los tres miembros del Tribunal respecto de la pena, se volverán a discutir y votar los puntos en que se haya disentido. Si en la segunda votación continua la disconformidad, se impondrá la pena intermedia, esto es pena por la que el miembro del tribunal en disentimiento con los que votaron por pena superior o inferior”. Vale decir, la regla era sólo en casos de discrepancia en la votación de la pena y era la regla a favor de la pena intermedia por el hecho de haber acuerdo tácito entre el que votó por la pena inferior y el de la intermedia, por considerar que existe mayoría, lo expuesto es reconocido en la exposición de motivos del referido código.

**11.2. En el Código Procesal Penal peruano de 2004**

Con la entrada en vigencia en nuestra ciudad del Código Procesal Penal de 2004 (abril del 2010), consideramos que esta situación de incorporación de normas que permitan determinar judicialmente la pena, lamentablemente no ha sido superada al anterior código, hecho que se puede ver de la revisión analítica y sistemática de los 11 artículos que integran el Título VI sobre “La Deliberación y la Sentencia (artículos 392º a 403º)”, en el Libro Tercero que trata sobre el Proceso Común. En efecto, de todas estas disposiciones sólo tres guardan relación directa con la discusión y determinación de la pena en una sentencia condenatoria. Se trata de los artículos 392º, 393º y 397º y que se hará un análisis de sus contenidos.

-En el artículo 392º consideramos que lo relevante se encuentra en el inciso 4, en el que se establece (al igual que en el código anterior) la elección del “término medio” ante situaciones de discordia que se produzcan entre los jueces, al pronunciarse sobre la extensión de la pena concreta a imponer.

-Por su parte en el artículo 393º en su literal e, del inciso 3, se precisa que una cuestión específica sobre la que deben deliberar y votar los Magistrados al elaborar un fallo de condena tiene que ser “la individualización de la pena aplicable y de ser el caso de la medida de seguridad que lo sustituya o concurra con ella”. Disposición que según Prado Saldarriaga en su obra *Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios* señala “que existe un evidente error técnico, pues conforme al Código Penal vigente ninguna medida de seguridad, sea de internación o de tratamiento ambulatorio, puede sustituir penas. No obstante, al margen de este yerro legislativo, lo interesante de dicha norma radica en la **obligación legal que tiene el juez de determinar la pena aplicable al imputado en atención a las circunstancias del caso**. Esto es, la autoridad jurisdiccional debe debatir y valorar tales indicadores de punibilidad. Sin embargo, la norma ha omitido indicar cuál debe ser la metodología o procedimiento a seguir en estos casos. Lo cual en un contexto procesal basado en la oralidad, resulta relevante en tanto deja abierta la oportunidad al empirismo y a la incertidumbre, sobre todo por las limitaciones y ambigüedades que contienen las reglas que para la determinación de la pena coexisten en el Código Penal vigente”<sup>156</sup>.

-En cuanto se refiere al inciso 3 del artículo 397º del Código Procesal Penal de 2004 que guarda relación con la determinación de la pena, consideramos que esta norma busca ratificar la primacía del acusatorio y la legalidad de las circunstancias que sirven para la determinación de la pena concreta, en tal sentido “prohíbe al juez aplicar una pena más grave que la requerida por el Fiscal, salvo que se solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación”. Igual que al anterior artículo Prado Saldarriaga en su obra *Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios* señala “debemos entender que la parte in fine del citado dispositivo alude, entre otros supuestos, a una falta de circunstancias atenuantes privilegiadas; o de aquellas causales imperfectas de justificación o exculpación que producen igual efectividad punitiva conforme a lo previsto en el artículo 21º del Código Penal”<sup>157</sup>.

Por su parte el magistrado Ricardo Alberto Brousset Salas, en el Seminario Taller “Nuevos Criterios para la Determinación de la Pena” hace comentarios sobre ésta institución dentro del alcance de las normas del Nuevo Código Procesal Penal, entre las que destacamos:

1º Referente a los efectos de la confesión sincera contenida en el artículo 161º del Código Procesal Penal, señala “reproduce el beneficio de la reducción de la pena por confesión sincera, pero nos dice algo más que el artículo 136º del Código de Procedimientos Penales, en primer lugar establece parámetros o límites para esa reducción de la pena. La reducción

---

<sup>156</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Ob. Cit.* pp. 198, 199.

<sup>157</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Ob. Cit.* p. 209.

de la pena puede darse hasta una tercera parte por debajo del mínimo legal (extremo máximo del beneficio), pero puntualiza que se excluyen para efectos de la homologación con beneficio a la confesión, los casos en que ésta es innecesaria; vale decir, los casos de flagrancia en que una persona es intervenida en comisión delictiva o muy cerca de la comisión delictiva, y que conjuntamente con su intervención son recabados -por lo general- suficientes elementos de convicción; en esos casos, tratándose la confesión como beneficio de confesión sincera de una institución utilitaria; ya no resulta útil para los fines del proceso; en consecuencia en términos rigurosos no tiene sentido bonificarlos, pero en términos puros resultaría plenamente aplicables”<sup>158</sup>.

Aldo Martín Figueroa Navarro comentando la determinación de la pena en el nuevo Código Procesal Penal manifiesta que “los efectos benéficos que tiene la confesión sincera desde la perspectiva político criminal, lo ha resumido en la palabra utilidad, la confesión sincera es un instrumento bastante importante para disminuir la carga procesal, eso es en términos del sistema y de dinamización del proceso penal”<sup>159</sup>.

**2°** En el caso de la conclusión anticipada del juicio, institución que se homologa con la terminación anticipada del proceso, en la que el juez no determina la pena, sino que es consecuencia entre el acusado y el fiscal (artículo 372° Inc. 3, 2 y 5 del Código Procesal Penal), vale decir, una sentencia anticipada (sentencia de conformidad), no obstante, según el nuevo código y modelo, al dictar esta sentencia debe respetarse los términos del acuerdo y excepcionalmente, el juez puede efectuar un control de regularidad. “Si bien estamos ante un corte adversarial, el juez va a ejercer un control de regularidad de los actos del fiscal, y de los actos del imputado; pero ese control en la actualidad tiene límites y, en el caso de la conclusión anticipada, ese control de regularidad abarca únicamente la posibilidad de controlar el acuerdo, si es que se dieran causas que eximen de responsabilidad al imputado. Por tanto, el juez también puede controlar la regularidad en el caso de resultar manifiestas causas de atenuación. En ese contexto, tenemos que el control de la regularidad de acuerdo de la conclusión anticipada del juzgamiento en las reglas del nuevo código, es un control pro reo, esto es, el juez que debe aprobar el acuerdo, regularlo, y el control de regularidad es sólo pro reo, no un control a la inversa”<sup>160</sup>.

**3°** Comentando el artículo 392° del Código Procesal Penal manifiesta “que este artículo en su inciso cuarto nos remite a una fórmula de solución de la disconformidad en cuanto al monto de la pena, nos es tan explícita como la norma contenida en el Código de

<sup>158</sup> BROUSSET SALAS, Ricardo Alberto. Seminario taller. *Nuevos Criterios para la Determinación de la Pena*. 1° ed. Lima. Editorial: Centro de investigaciones judiciales - Área de investigación y publicaciones. 2007. p. 113.

<sup>159</sup> FIGUEROA NAVARRO, Aldo Martín. Seminario taller. *Ob. Cit.* p. 128.

<sup>160</sup> *ídem.* p. 129.

Procedimientos Penales que nos remite a un procedimiento de solución similar; no habla de un promedio, habla de la aplicación del término medio de la pena; esto es, de la pena intermedia debe entenderse, también hace referencia a la imposición de la pena de cadena perpetua, para lo cual se requiere necesariamente de uniformidad, esto es unanimidad de votos”<sup>161</sup>.

4° También se comenta el artículo 397° inciso 3 del Código Procesal Penal, “concretamente señala que el juez no puede aplicar una pena más grave que la requerida por el fiscal y hace una salvedad también del control de regularidad, siempre y cuando el fiscal solicite una pena por debajo del mínimo sin causa justificada; esto es, arbitrariamente sin justificar, sin dar razón; el fiscal solicita una pena inferior al mínimo, es el único supuesto en el cual el juez puede apartarse”<sup>162</sup>.

5° Finalmente sobre la reducción adicional en la terminación anticipada contenida en el artículo 471° del Código Procesal Penal, comenta que “es adicional, acumulable a la pena acordada, cuando hablamos de terminación anticipada y cuando hablamos de conclusión anticipada, ya no podemos hablar en los términos de determinación de la pena, de lo que se habla clásicamente, porqué, por qué esta determinación de la pena no está supeditada a una valoración judicial, sino a un acuerdo; entonces, si la ley establece reducciones adicionales en términos de proporción, ésta se debe dar en la función de la pena acordada”<sup>163</sup>.

## 12. La relativización de la determinación judicial de la pena en el Código Procesal peruano de 2004

Sobre el tema Ricardo Alberto Brousset Salas en el seminario taller “Nuevos criterios para la determinación de la pena” año 2007, señala “habría que ver toda la sistemática del código, definitivamente en el nuevo modelo, esto de generalizar que la determinación de la pena es una posición judicial, se termina relativizando, por qué razón, en las fórmulas de aplicación procesal, por ejemplo en la terminación anticipada podemos nosotros decir que la pena se determinó judicialmente, no se acordó; entonces el modelo acusatorio le otorga determinadas facultades de disposición a efectos de este acuerdo, incluso para consensuar la pena en la conclusión anticipada, entonces ya esto de la determinación judicial de la pena se relativiza, porque se otorga al fiscal cierta disposición respecto de la pena, por otro lado, si la conclusión anticipada del juzgamiento, parte de una decisión del imputado, que toma como referente la pena, esto es, al mismo imputado díganle ustedes acógete, si el fiscal está pidiendo el extremo máximo, creen

---

<sup>161</sup> *Ídem*. p. 130.

<sup>162</sup> *Ídem*. p. 130.

<sup>163</sup> *Ídem*. p. 130.

que se cumplirá, se cumple por que el fiscal le pide el extremo mínimo, entonces eso, va a ser un referente importante para la decisión del imputado, para obtener una condena anticipada, por lo que con la lógica del nuevo modelo, esto implica relativizar algunos conceptos, esa es mi posición particular”<sup>164</sup>.

Ante tal posición sobre la relativización de la determinación de la pena el doctor Víctor Prado Saldarriaga en el mismo seminario taller sostuvo “en el marco del nuevo modelo procesal de la iniciativa y trascendente que asume el fiscal, no se proyecta un efecto de relativización o anulación de la función judicial de determinación judicial de la pena, y creo que ello no es incompatible en principio con la lógica del procedimiento de la determinación, por qué dentro de los modelos existen dos partes definidas. Una de ellas es el fiscal, no es el que maneja el proceso, el fiscal es una de las partes que está en litigio y representa la pretensión punitiva, o sea el juez no es excluido, de lo que es su tarea esencial, decidir finalmente con equidad el resultado del proceso. El fiscal también hace un proceso de determinación, por qué tampoco el fiscal puede asociar a su acusación cualquier tipo de sanción, al igual que nosotros, él tendrá en su postulación de afirmar la presencia de circunstancias y de motivar igualmente su pretensión punitiva, o sea que el proceso también se reproduce al otro lado, claro que no tiene el rol de la decisión, ellos tendrán que hacerlo por qué una de las bases del debate va a ser la discusión de la postulación de la pena en determinado momento; y la defensa; si tiene argumentos suficientes puede justamente aceptar o bajar el nivel de la sanción solicitada si es que no tiene sólida argumentación fáctica y jurídica, por eso refiero que el marco de la determinación de la pena no se afecta. (...). Otro aspecto que sí es correcto, es que el código procesal ofrece varias sumillas de conclusión anticipada en base a allanamiento etc., que tiene su contrapeso en beneficio, porque justamente, esa es la dinámica que se inscribe, pero son las excepciones, no son las reglas; así que yo creo que hay que mantener el espacio del juez dentro de ese contexto nuevo, es lo que justamente postula el contexto nuevo, que sea un juez que en principio como tarea esencial es quien va a decidir la sanción, y que finalmente en base a la convicción el resultado final”<sup>165</sup>.

### **13. Determinación judicial de la pena en el ante proyecto del Código Penal y reforma penal de 2004**

#### **13.1. Comisión especial revisora del Código Penal de 2004**

Cabe señalar previamente que la Comisión Especial Revisora del Código Penal de 1991 fue creada mediante Ley 27837 del 4 de Octubre del 2002, cuya función

---

<sup>164</sup> BROUSSET SALAS, Ricardo Alberto. Seminario taller. *Ob. Cit.* p. 130.

<sup>165</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Seminario taller. *Ob. Cit.* pp. 130, 131.

concluyó con la presentación de la Parte General del Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Penal; es en este trabajo que la comisión describe el desarrollo jurídico de las instituciones penales que han experimentado cambios, siendo la importancia con relación al tema que nos ocupa “determinación de la pena”, que por primera vez, se señalan los pasos que deberá seguir el proceso de individualización de la pena.

El Ante Proyecto de Ley, trata sobre “determinación judicial de la pena”, lo regula en el Libro Primero, Parte General, Título III “De las penas”, Capítulo II “Determinación y fundamentación de la pena”, en los artículos siguientes: *Art. 45° “Proceso de individualización de la pena”, en el que se establecen las etapas: Pena básica, pena concreta, e individualización de la pena; Art. 46° “Circunstancias de atenuación”, que debe atender el juez; Art. 47° “Circunstancias de agravación”; a tener en cuenta por el juez; Art. 48° “Factores de individualización de la pena”: 1° Las carencias sociales que hubiere sufrido; 2° Su cultura y sus costumbres; y Además, se tomara en cuenta los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen, si fuera el caso; Art. 49° “Ámbito de movilidad de la individualización de la pena”, dividiéndole el ámbito de movilidad en cuatro cuartos, ubicando el cuarto según la concurrencia de circunstancias atenuantes y/o agravantes.*

### **13.2. Comentarios al ante proyecto de Código Penal de 2004**

En el ante proyecto del Código Penal del 2004 se introducen algunas modificaciones al procedimiento de determinación de la pena. En materia de principios no se plantean cambios sustantivos; sin embargo, esto no tiene mucha importancia dado que la función de estos principios en la realidad, son un marco referencial que sirven de guía para la interpretación de los jueces, pero que adquieren sentido en la aplicación de las normas propiamente dichas.

En el ámbito de las normas generales o los criterios generales, el Anteproyecto del 2004 introduce un procedimiento reglado de determinación de la pena. Ello resulta útil por que provee al juzgador de una herramienta objetiva que le permite individualizar ordenada y racionalmente la pena a aplicar. La consecuencia de esta novedad es la obligación del juez de motivar debidamente la resolución explicando cada uno de los pasos para determinar la pena aplicable (juicio de determinación).

En el anteproyecto se presenta un listado de las circunstancias genéricas de atenuación (Art. 46°). Con relación a las circunstancias de atenuación genéricas el listado es descriptivo pero no cerrado, se deja un margen de juego al juzgador para la aplicación por analogía *in bonam partem* de circunstancias atenuantes. Por el contrario, en el caso de las circunstancias agravantes (Art. 47°) el sistema es taxativo (números clausus). La diferenciación de circunstancias agravantes y atenuantes se distancia del sistema actual en donde una misma circunstancia puede ser entendida en uno u otro sentido.

### 13.3. **Ámbito de movilidad de la pena**

La innovación más importante del anteproyecto se encuentra en lo que denomina en ámbito de movilidad de la pena; es decir, en la posibilidad que en un caso concreto, la pena aplicable sea desplazada entre el mínimo y el máximo legal conminado. En la actualidad, este “desplazamiento de la pena” es abierto entre ambos extremos, no existiendo criterio vinculante alguno para que el juzgador la ubique en un determinado sector del espectro punitivo. En el anteproyecto, por el contrario, se introduce el llamado “**sistema de los cuartos**” y que consiste en que el marco punitivo abstracto para un delito específico es dividido en cuatro, debiendo el juzgador fijar la pena concreta en uno de ellos según concurren o no, exclusiva o combinadamente, circunstancias atenuantes o agravantes genéricas. Así, si el juzgador comprueba que en el caso concreto no concurre circunstancia alguna o sólo circunstancias atenuantes deberá fijar la pena en el primer cuarto (inferior). Si concurren circunstancias atenuantes y agravantes deberá situar la pena en los cuartos intermedios. La ubicación de la pena en el segundo o tercer cuarto depende de la preponderancia de las circunstancias atenuantes o agravantes respectivamente. Finalmente si sólo concurren circunstancias genéricas agravantes, el juez a de fijarla en el último cuarto (superior).

Este modelo de determinación obliga al juez a revisar cada una de las circunstancias reguladas en el código. Además le obliga a motivar detalladamente la configuración de las circunstancias a aplicar en el caso concreto; el juez debe ir razonadamente señalando punto por punto si se configura o no se configura la circunstancia agravante o atenuante. A diferencia de lo que sucede en la actualidad, el juez debe realizar una ponderación de circunstancias sopesando cada una de ellas. Con ello, el juicio de determinación de la pena es más controlable.

Además, es importante la exigencia de la motivación en la declaración de responsabilidad, como en el juicio de determinación de la pena.

#### 14. Artículo 45° del Código Penal y determinación de la pena en la legislación comparada

##### 14.1. En la legislación penal argentina

###### 14.1.1. Aspectos generales

Como se ha señalado anteriormente el artículo 45° del Código Penal del Perú, tiene su antecedente en el artículo 41° del Código Penal de Argentina, artículo que se encuentra regulado en el Libro Primero, Título V sobre "Imputabilidad".

###### 14.1.2. Comentarios al artículo 41° del Código Penal argentino

La diversidad de comentarios escritos sobre los artículos 40° y 41° del Código Penal Argentino señalan "la formación de la medida de la pena plantea como tarea previa, la constatación de todos los factores de culpabilidad y de prevención aplicables en el caso concreto. El conjunto de los hechos relevantes constituye la base fáctica de esta actividad. El artículo 40 del Código Penal prescribe que para determinar la pena dentro del marco penal señalado por cada figura legal, deben tomarse en consideración las circunstancias atenuantes y agravantes particulares de cada caso. Por su parte, el artículo 41 del mismo cuerpo legal brinda las pautas que deben valorarse. Esta última norma enumera en forma *no taxativa* cuáles son los criterios decisivos al momento de fijar la pena. Se trata, por consiguiente, de una enumeración enunciativa y explicativa que no excluye uno solo de los elementos referentes a la persona o al hecho dignos de ser considerados. La técnica legislativa empleada en estas dos normas legales ha llevado a que diversos autores sostuvieran que los artículos 40 y 41 nada dicen acerca del criterio con que los jueces deben elegir la pena"<sup>166</sup>.

"En el Código Penal argentino, como agravantes las genéricas, figuran en el artículo 41, que según las circunstancias también pueden ser usadas como atenuantes: la naturaleza de la acción delictiva, los medios usados, y el daño y peligro ocasionados en cuanto a su extensión; las condiciones particulares del sujeto (edad, educación y antecedentes de conducta) por qué delinquiró (especialmente será atenuante si fue por una acuciante situación de emergencia

---

<sup>166</sup> Determinación judicial de la pena-Monografías. (en línea). disponible en la web: <http://www.monografias.com/trabajos/determinacionpena.shtml>. (09 de mayo del 2012).

económica), el grado de participación en el ilícito, si hubo reincidencia, los vínculos con la víctima, y las circunstancias personales, temporales y circunstanciales que demuestren su peligrosidad.”<sup>167</sup>.

Mariana E. Prunotto, comentando al artículo 41 del Código Penal Argentino, precisa que nos presenta dos pautas a tener en cuenta, la primera: la descripción de circunstancias de carácter objetivo vinculadas con el hecho cometido, y en la segunda pauta las de índole subjetiva, vinculadas con el autor y, específicamente, con su peligrosidad. (...) Reflexiona que si bien la ley presenta en forma separada las pautas objetivas y subjetivas, no es posible una separación tajante entre estos criterios, en virtud de que no es posible la graduación del ilícito sin recurrir a los contenidos subjetivos. Es decir, también el equilibrio óptimo entre la culpabilidad, la prevención general y la prevención especial”<sup>168</sup>.

“El artículo 41 del C.P. tiene una estructura en el que se enuncian factores a ser tenidos en cuenta por el juez al fijar la pena, pero sin predeterminedar si ellos agravan o atenúan, o cuánto valor ha de asignársele. Y si bien nuestra ley no contiene la afirmación explícita del ilícito culpable como base de la pena, esto ha sido entendido tradicionalmente así por la doctrina. Ello deriva, por otra parte, de la estructura general de los tipos penales. La existencia de escalas orientadas a la gravedad diferenciada de los hechos y el requisito de la culpabilidad, permiten partir de la base de que también en el sistema argentino la culpabilidad es el fundamento de la pena”<sup>169</sup>.

La doctrina comentando a Zaffaroni sobre el artículo 41° del Código Penal argentino, señala: “La pena se individualiza en el caso particular teniendo en cuenta la magnitud del injusto, de la culpabilidad y admitiendo el correctivo de la peligrosidad. Las referencias al injusto que hay en el Art. 41 CP no se agotan en su inciso 1, sino que en el inciso 2 se ordena computar, la participación que haya

---

<sup>167</sup> Agravantes penales – la guía de Derecho. Publicado por Hilda el 22 de marzo del 2012. (en línea). disponible en la web: <http://derecho.laguia2000.com/derecho-pena/agravantes-penales>. (09 de mayo del 2012).

<sup>168</sup> PRUNOTTO, Mariana E. Universidad Nacional de Rosario. Perspectiva Científica de la Determinación de la Pena. (en línea). disponible en la web: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/1208/1216>. (09 de mayo del 2012).

<sup>169</sup> Lecciones de Derecho Penal - Parte General. *Determinación de la Pena*. (en línea). disponible en la web: <http://www.terragnijurista.com.ar/lecciones/leccion21.htm>. (09 de mayo del 2012).

tomado en el hecho. En principio la peligrosidad es un juicio que mira hacia el futuro, en tanto que la culpabilidad es un juicio que mira hacia el pasado.”<sup>170</sup>.

## 14.2. En la legislación penal boliviana

### 14.2.1. Aspectos generales

La determinación de la pena en el Código Penal de Bolivia se regula en el Libro Primero -Parte General- Título III “La Penas”, Capítulo II “Aplicación de las penas”, en sus artículos 37° “fijación de la pena” y 38° “circunstancias”.

### 14.2.2. Comentarios a los artículos 37° y 38° del Código Penal boliviano

Comentando estos artículos referidos a la fijación de la pena y circunstancias, Willman Duran Ribera señala “1°. **La personalidad del autor**, "personalidad es el conjunto de disposiciones, impulsos, o también su "comportamiento es el producto de la situación y la contribución que las creencias, actitudes e inclinaciones del sujeto aportan a la situación concreta dada". Es decir, un perfil de la **personalidad** del autor del ilícito penal, en su vinculación con el hecho concreto. 2° **La edad, la educación, las costumbres**, es un factor que puede operar como agravante o atenuante. 3° **La posición económica**, en realidad, el efecto más importante que puede recaer sobre este aspecto está vinculado con los delitos económicos. 4° **Vida anterior libre de penas**, lo que debe considerarse como factor de atenuación, es que el autor haya desarrollado hasta la comisión del hecho punible una vida ordenada y acorde al derecho, de tal manera que el hecho delictivo signifique una notoria contradicción con su conducta anterior. 5° **La conducta posterior**, se debe tomar en cuenta como factor para la determinación de la pena, que se haya entregado a la autoridad policial o judicial voluntariamente, la confesión que manifieste arrepentimiento, o bien que haya ayudado significativamente al establecimiento de la verdad mediante su declaración. La reparación del daño, consiste fundamentalmente en aliviar las consecuencias materiales del hecho delictivo son también factor de atenuación. 6° **El aspecto preventivo en la determinación de la pena**, resulta obvio que las pautas de determinación descritas precedentemente deben conjuncionarse e interpretarse en armonía con los fines de la pena. (Enmienda, readaptación, prevención general y prevención especial)”<sup>171</sup>.

---

<sup>170</sup> Derecho Penal I – Resumen; ZAFFARONI-22. *Determinación de la Pena*. (en línea). disponible en la web: <http://sites.google.com/site/lomasapuntes/derecho-penal/resumen-zaffaroni/22-determinacion-de-la-pena>. (10 de mayo del 2012).

<sup>171</sup> DURAN RIBERA, Willman. *La Determinación Judicial de la Pena*. (en línea). disponible en la web: <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/Articuloid-13.html>. (10 de mayo del 2012).

Nicolás Cusicanqui Morales comentando la institución de la determinación de la pena en el sistema penal boliviano señala “para ello, y por estar así previsto por nuestra ley penal, el juzgador está obligado a tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho, tal cual señala el Artículo 37 del Código Penal Boliviano. Es decir, el fin de la pena para nuestro sistema penal, es el corregir al delincuente y al mismo tiempo hacer conocer a la sociedad cuales son las consecuencias del delito. De tal forma que los criterios de individualización de la pena señalados en la parte general del Código Penal, resultan ser difusos en la práctica, con lo que se deja al libre arbitrio del juez la aplicación de los contenidos previstos en los artículos 37 y 38 del Código Penal, por ello la investigación pretende delimitar la individualización judicial de la pena, evitando que el momento final del proceso penal sea librado solamente al prudente criterio y conciencia del juez que impone una pena”<sup>172</sup>.

El mismo autor continua señalando “en nuestro Derecho, la pena sólo puede fundarse en la constatación de que es posible formular al autor de un hecho típico y antijurídico, un reproche, y nunca puede ser más grave que lo que el autor merezca según su culpabilidad. El Art. 38 del Código Penal aclara como se va a valorar la personalidad del autor estableciendo expresamente las Circunstancias: 1. Personalidad del autor, 2. La gravedad del hecho. El Código Penal en el Art. 38 divide el análisis de la valoración de la personalidad del procesado en: A) Elementos propiamente relativos a la personalidad del procesado (estos se dividen a su vez en elementos objetivos y elementos subjetivos) y B) Elementos relativos a la víctima del delito”<sup>173</sup>.

### **14.3. En la legislación penal colombiana**

#### **14.3.1. Aspectos generales**

La determinación de la pena en el Código Penal colombiano se encuentra prescrita en el Libro Primero: “Parte general”, Título IV, “De la punibilidad”, Capítulo Segundo “De las circunstancias”, artículo 61° que establece los criterios para fijar la pena.

---

<sup>172</sup> CUSICANQUI MORALES, Nicolás. *La Determinación de la Pena en Bolivia*. (en línea). disponible en la web: <http://es.scribd.com/doc/87129403/Determinacion-de-la-Pena-en-Bolivia>. (10 de mayo del 2012).

<sup>173</sup> CUSICANQUI MORALES, Nicolás. *La Determinación de la Pena en Bolivia*. (en línea). disponible en la web: <http://es.scribd.com/doc/87129403/Determinacion-de-la-Pena-en-Bolivia>. (10 de mayo del 2012).

### 14.3.2. Comentarios al artículo 61° del Código Penal de Colombia

“El artículo 61 del Código Penal hace referencia a la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial, la intensidad del dolo, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir, entre otros criterios, para individualizar la sanción una vez que se ha establecido el cuarto de movilidad punitiva; sin embargo para que todos estos criterios puedan ser verdaderos requisitos de motivación que el juez deba cumplir al imponer la pena, requieren tener en cuenta en el caso concreto -tanto a la situación como al sujeto- y el contenido del principio de proporcionalidad ya explicado, lo que impediría dejar de lado la pregunta por la necesidad”<sup>174</sup>.

Establecido el cuarto dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

## 14.4. En la legislación penal española

### 14.4.1. Aspectos generales

En el Código Penal español, los artículos que regulan la determinación de la pena se encuentran previstos en el Libro Primero “Disposiciones generales sobre los delitos y faltas”; Título III “De las penas”; Capítulo II, “De la aplicación de las penas”, Sección 1 “Reglas generales para la aplicación de las penas”; Artículos 65°, referido a las circunstancias agravantes y atenuantes; 66°, que regula las reglas para la concurrencia de las circunstancias y su aplicación por el juez 67°, la no aplicación de las circunstancias, cuando son inherentes al delito; 70° y 71°, reglas para la aplicación y cuantificación de la pena”<sup>175</sup>.

### 14.4.2. Comentarios al artículo 61° en la determinación de la pena del código español

El Código Penal español ofrece unas reglas para la determinación de la pena aplicable al caso concreto. Estas reglas pueden dividirse en generales y

---

<sup>174</sup> COTE-BARCO, Gustavo Emilie. *Constitucionalidad del Derecho Penal y Proporcionalidad de la Pena*. (en línea). disponible en la web: [http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pu\\_rev/documents/5Cote.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pu_rev/documents/5Cote.pdf). (11 de mayo del 2012).

<sup>175</sup> Código Penal español. (en línea). disponible en la web: <http://tuabogadodefensor.com/01ecd193e810f1e01/CodigoPenal.htm>. (11 de mayo del 2012).

específicas. La sentencia determina la pena aplicable según el delito cometido, también indica si debe imponerse en su mitad inferior o en su mitad superior, o si se debe reducir en uno o dos grados o si se debe aumentar en un grado. Para calcular cuál es la pena superior en grado, se parte de la cifra máxima señalada por la ley para el delito de que se trate, sumando a ésta la mitad de su cuantía, y en sentido contrario para calcular el grado inferior. El resultado será el límite máximo de la pena superior en grado. Verbigracia: si la pena establecida es de 2 a 4 años de prisión y la sentencia dicta que debe ser impuesta en un grado superior, el límite mínimo de la pena será 4 y el máximo será 6, esto es, la suma de 4 años (que es el límite máximo de la pena establecida para el delito) y 2 (que es la mitad de 4). Por tanto, la pena impuesta en su grado superior será de 4 a 6 años de prisión, y para determinar cuál es la pena inferior en grado se efectúa la misma operación; se toma la pena inferior señalada para el delito y se resta de ésta la mitad de su cuantía. Según el ejemplo anterior, si la pena establecida es de 2 a 4 años de prisión, la pena inferior en grado se calculará dividiendo por la mitad su límite mínimo, el resultado constituirá el límite mínimo y el que antes era el mínimo, pasará a ser el máximo; así, en el ejemplo, la pena inferior en grado será de 1 a 2 años de prisión.

En la determinación judicial de las penas dentro del sistema penal español, existen dos elementos en tensión en base a los cuales se tiene que imponer la pena al autor de una infracción penal. Por una parte el principio de legalidad y por otra el principio de proporcionalidad que es el presupuesto de entrada del arbitrio judicial. De la mayor o menor importancia que demos a cada uno de estos elementos surgirá un sistema de determinación de la pena diferente. Las nuevas tendencias político-criminales apuestan por dar mayor importancia al arbitrio judicial (principio de proporcionalidad), para adecuar la pena al hecho y al autor, entendiendo que es precisamente en el sistema de determinación de la pena donde el arbitrio judicial ha de jugar un papel importante, pero siempre teniendo presente el principio de legalidad.

Luis Ballesta Segura, comentando la determinación judicial de la pena en el sistema penal español, manifiesta “en nuestro sistema penal, durante casi siglo y medio se ha facilitado al juez penal la determinación de la pena con unas reglas. Además el juez no ve al acusado más que unos breves minutos, y eso si no se celebra el juicio en su ausencia. No hay un posterior seguimiento del penado por parte del juez penal. Por si fuera poco existe la corriente jurisprudencial antes mencionada que establece la innecesariedad de motivación en aquellos aspectos en que el juez tiene facultades discrecionales. Eso es lo que en general ocurre con nuestro Código Penal en sede de penas. Por todo lo anterior, resulta peligroso

aumentar los márgenes del arbitrio judicial, al menos "por arriba", en aquello que puede perjudicar al reo"<sup>176</sup>.

## **15. Acuerdos plenarios, circulares y taller sobre determinación judicial de la pena**

Como lo hemos sostenido en el desarrollo de la presente investigación tanto en nuestra legislación sustantiva penal y procesal penal, es muy escasa o no son suficientes en su normatividad para establecer pautas o guías metodológicas que permitan una elaboración adecuada de la determinación judicial de la pena; sin embargo, ante esta situación consideramos que ha sido la máxima judicatura en materia penal de nuestro país (Magistrados Supremos), quienes han tomado la correcta iniciativa en establecer criterios vinculantes en aspectos sobre determinación judicial de la pena a través de "acuerdos plenarios", los mismos que en su importancia y conexión con la institución tratada a continuación lo abordaremos.

Así mismo, también fue el representante legal del mismo poder, quien incidió sobre el tema de determinación judicial de la pena, a través de la emisión de circulares administrativas que regulan el procedimiento que los jueces penales deben observar al momento de cuantificar la pena a imponer al condenado.

Señalamos que, tanto en los acuerdos plenarios como circulares sobre de determinación de la pena, han incidido sobre la aplicación de los artículo 46°, 46°-A, 46°-B y 46°-C del Código Penal; sin embargo, referente a la aplicación del artículo 45° del mismo cuerpo legal, no hay ningún tipo de pronunciamiento en los referidos documentos, pese a que por la redacción contenida en dicho artículo: -el Juez, al momento de fundamentar y determinar la pena deberá tener en cuenta-, vemos la obligatoriedad del juez a aplicarlo al momento de determinar judicialmente la pena.

Es ante esta omisión, que la alternativa de solución para el problema referido a la inaplicación de los artículos 45 ° del Código Penal en la determinación judicial de la pena, es la realización de plenos jurisdiccionales a nivel del Distrito Judicial de Cajamarca y/o la emisión de una circular por el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, que obligue a los jueces a aplicar el referido artículo. Precisando que ambas alternativas, se encuentran amparadas por los artículos 116° que faculta realización de plenos jurisdiccionales y artículo 90° incisos 3 y 4 que faculta la emisión de circulares administrativas, ambos artículos de la Ley Orgánica del Poder judicial.

### **15.1. Acuerdos plenarios sobre determinación judicial de la pena**

Los acuerdos plenarios, consiste en una facultad conferida al Poder Judicial, para que a través de sus diferentes órganos jurisdiccionales, específicamente a los integrantes de las

---

<sup>176</sup> BELESTÁ SEGURA, Luis. *Artículos Doctrinales en Derecho Penal*. (en línea). (setiembre 1999). disponible en la web: [http://www.noticiasjuridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/199909-art66\\_cp.html](http://www.noticiasjuridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/199909-art66_cp.html). (11 de mayo del 2012).

salas especializadas, puedan establecer criterios a través de “acuerdos plenarios o plenos jurisdiccionales”.

Esta facultad se encuentra regulada por el artículo 116° de la Ley Orgánica del Poder Judicial que textualmente señala “los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de acordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial”, agregando que en nuestro país el órgano de apoyo del Poder Judicial que propone la realización de los plenos jurisdiccionales es el Centro de Investigaciones Judiciales, también regulado en el artículo 113° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Haciendo uso de esta facultad, las salas penales de la Corte Suprema de Justicia del Perú viene implementando en materia penal, la emisión de diferentes plenos jurisdiccionales y en lo que al tema investigado concierne ha dictado los plenos jurisdiccionales que a continuación se citan en la parte correspondiente a la determinación judicial de la pena.

#### **15.1.1. IV Pleno jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial**

**Acuerdo plenario N° 1-2008/CJ-116:** Asunto: “Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena”.

Para la presente investigación se reproducirán los fundamentos 7°, 8° y 9° referidos a la “Determinación de la pena”.

7° Es importante destacar que en nuestro país se ha adoptado un sistema legal de determinación de la pena de tipo intermedio o ecléctico. Esto es, el legislador sólo señala el mínimo y el máximo de la pena que corresponde a cada delito. Con ello corresponde al Juez un arbitrio relativo que debe incidir en la tarea funcional de individualizar, en el caso concreto, la pena aplicable al condenado. Lo cual se hará en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (artículo II, IV, V, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal), bajo estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales.

En un nivel operativo y práctico la determinación judicial de la pena tiene lugar a través de dos etapas. Generalmente se alude a dos etapas secuenciales.

En la primera etapa, el Juez debe determinar la pena básica. Esto es, verificar el mínimo y el máximo de pena conminada aplicable al delito. Aquí es importante advertir que existen delitos en los que el mínimo o el máximo de pena no aparecen definidos en la sanción del delito en particular, razón por la cual la pena básica deberá configurarse tomando en cuenta los límites generales previstos en el Libro Primero del Código Penal. Por ejemplo, en el artículo 108° se reprime el delito de asesinato consignando sólo el extremo mínimo de la pena que se señala en quince años. Para conocer el máximo se deberá recurrir al artículo 29° que contempla como límite genérico de las penas privativas de libertad temporales treinta y cinco años.

En la segunda etapa, 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.

**8°** Se denomina circunstancias a aquellos factores objetivos o subjetivos que influyen en la medición de la intensidad del delito (antijuridicidad o culpabilidad), haciéndolo más o menos grave. Su función principal es coadyuvar a la graduación o determinación del *quantum* de la pena aplicable al hecho punible cometido. En ese contexto se considera como circunstancias comunes o genéricas a aquellas que pueden operar con cualquier delito, por ejemplo las circunstancias previstas en el artículo 46° del Código Penal. Esta clase de circunstancias sólo permiten graduar la pena concreta dentro de los márgenes establecidos por la pena básica. En cambio las circunstancias cualificadas, si bien pueden operar también con cualquier delito, como el caso del artículo 46° A del Código Penal, ellas disponen la configuración de un nuevo extremo máximo de la pena y que será el límite fijado para dicho tipo de agravante por la ley (“...un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido”). Será hasta este nuevo máximo legal de la pena básica y dentro de la cual el Juez deberá determinar la pena concreta.

9° Un aspecto importante en relación a las circunstancias y determinación judicial de la pena, es el que corresponde a la concurrencia de circunstancias en un caso penal. Esto es, que en la causa puedan estar presentes varias circunstancias agravantes y atenuantes. Al respecto, la teoría penal más representativa precisa que al producirse una concurrencia de circunstancias, el juez no puede dejar de apreciar o valorar la presencia de cada circunstancia concurrente. Esto es, toda circunstancia presente en el caso penal debe ser evaluada en sus efectos para la configuración de la pena concreta.

Por tanto, a mayor número de circunstancias agravantes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena básica es también mayor. Igualmente, la pluralidad de circunstancias atenuantes llevará la cuantificación punitiva hasta el extremo mínimo de la pena prevista para el delito cometido. Por último, frente a la existencia simultánea de circunstancias agravantes y atenuantes, la posibilidad cuantitativa de la pena deberá reflejar un proceso de compensación entre factores de aumento y disminución de la sanción, pudiendo situarse la pena concreta en el ámbito medio de la pena básica (GONZÁLEZ CUSAC, José L.: *Teoría General de las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal*, Universidad de Valencia, Valencia, mil novecientos ochenta y ocho, página doscientos veintidós).

Sin embargo, es pertinente destacar que la concurrencia simultánea o sucesiva de varias circunstancias sólo tiene efectividad en la determinación de la pena concreta cuando todas las circunstancias concurrentes son compatibles entre sí. Esto es, siempre que cada circunstancia concurrente se refiera a un factor o indicador diferente. Lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de una persona que fue detenida cuando pretendía ingresar a un Centro Penal una bolsita de polietileno conteniendo cincuenta gramos de pasta básica de cocaína. Efectivamente, en este supuesto las circunstancias son compatibles, pues aluden a dos factores distintos: lugar de comisión del delito (artículo 297°, inciso 4, del Código Penal) y escaso volumen del objeto de acción del delito (artículo 298° Del Código Penal).

**15.1.2. V Pleno jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias**

**Acuerdo plenario N° 4-2009/CJ-116:** Asunto: “Determinación de la pena y concurso real”. Precedente vinculante: Fundamentos Jurídicos 6° y 18°.

En la decisión de este plenario se acordó ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos 6° al 18°; sin embargo, sólo los referidos a la determinación de la pena que es el tema que nos ocupa, son los contenidos en los fundamentos 7°, literales a) y b), que a continuación se transcriben.

**7°** Para la determinación de la pena concreta aplicable, en caso de concurso real de delitos, rige un procedimiento que responde a las reglas derivadas del denominado “principio de acumulación”. El esquema operativo que el órgano jurisdiccional debe desarrollar en estos casos es el siguiente:

**a)** Identificación de una pena básica y una pena concreta parcial para cada delito integrante del concurso. Ello supone, como primer paso, que se defina la posibilidad de sanción establecida para el delito -límites mínimo y máximo o pena básica- en base a la penalidad conminada en la ley para dicho ilícito. El segundo paso consiste, atento a las circunstancias correspondientes y/o concurrentes de su comisión, en la concreción de la pena aplicable al delito en cuestión -pena concreta parcial-. Cabe precisar que esta primera etapa de determinación de la pena deberá cumplirse tantas veces como delitos que estén en concurso real. El órgano jurisdiccional debe operar para ello en principio de la misma forma como si cada hecho debiera enjuiciarse solo.

**b)** En la segunda y última etapa, cumplida la precedente, el juez procederá a sumar las penas concretas parciales y así obtener, con dicha adición, un resultado que será la pena concreta total del concurso real. Sin embargo, esta pena concreta resultante tendrá que ser sometida a un doble examen de validación.

**15.1.3. VI Pleno jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias**

**Acuerdo plenario Nº 2-2010/CJ-116:** Asunto: "Concurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto grado o nivel y determinación judicial de la pena".  
Precedente vinculante: Fundamentos Jurídicos de 7° a 12°.

En la decisión de este plenario se acordó ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos 7° al 12°; sin embargo, sólo los referidos a la determinación de la pena que es el tema que nos ocupa, son los contenidos en los fundamentos 7°, literales a) y b), que a continuación se transcriben.

**Las Circunstancias Agravantes de Diferente Grado o Nivel**

7°. Son aquellas circunstancias agravantes específicas que se encuentran adscritas a determinados delitos de la Parte Especial del Código Penal, pero para las cuales la ley establece escalas punitivas conminadas de diferente extensión y gravedad. En la legislación penal nacional su presencia normativa ha sido frecuente en los casos de delitos de relevante persecución social como el secuestro, el hurto, el robo o el tráfico ilícito de drogas. Efectivamente, en la actualidad en los artículos 152°, 186°, 189° y 297° del código sustantivo regulan, sucesivamente, hasta tres grados o niveles de circunstancias agravantes. Ahora bien, cada uno de estos grados o niveles tiene prevista una pena conminada que será aplicable exclusivamente a los supuestos agravantes que integran el respectivo grado o nivel. La técnica legislativa utilizada determina una escala ascendente de penalidad conminada. Por tanto, la pena conminada más grave se consigna para las agravantes de tercer grado. Por ejemplo, en el caso de las circunstancias agravantes del delito de robo (Cfr. Artículo 189° del Código Penal) se detecta que las agravantes de primer grado o nivel tienen como escala de penalidad conminada entre doce a veinte años de pena privativa de la libertad; mientras que las agravantes de segundo grado o nivel establecen penas entre veinte y treinta años de pena privativa de la libertad; y, en el tercer caso de las agravantes de tercer grado o nivel tienen como estándar punitivo la pena de cadena perpetua.

**La Concurrencia de Circunstancias Agravantes Específicas**

8° Es muy común en la casuística judicial de nuestro país la presencia simultánea y plural, en un caso penal, de dos o más circunstancias agravantes específicas de distinto nivel o grado; y, por tanto, con diferente penalidad conminada. Ello ocurre con frecuencia en la comisión de delitos de cierta complejidad como el robo, sobre

todo si tal ilícito fue realizado en casa habitada (agravante de primer grado), causando lesiones leves a la víctima (agravante de segundo grado) y por integrantes de una banda (agravante de tercer grado).

**9°** Esta presencia múltiple de circunstancias agravantes configura lo que la doctrina denomina concurrencia de circunstancias. Según la doctrina y la jurisprudencia nacional, la determinación de la pena concreta, en tales supuestos, demanda una visualización analítica pero integrada, a la vez que coherente, de la calidad y eficacia de las circunstancias concurrentes. Lo cual implica, como regla general, que el juez no puede dejar de apreciar y valorar cada circunstancia concurrente (Cfr. Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008. Fundamento 9°).

**10°** Por tanto, todas las circunstancias presentes en el caso *sub judice* deberán ser evaluadas, atendiendo a su condición, naturaleza y efectos, para poder configurar la pena concreta. Esto significa, por ejemplo, que a mayor número de circunstancias agravantes concurrentes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena básica será también mayor. Sin embargo, la eficacia de las circunstancias agravantes concurrentes quedará siempre limitada por la imposibilidad de realizar una doble valoración sobre un mismo indicador o factor de agravación. Esto es, garantías procesales como el *ne bis idem* exigen, para tales casos, que el juez aplique un test de compatibilidad sobre todas las circunstancias agravantes que concurren. Es decir que examine que cada circunstancia concurrente esté referida siempre a un factor o indicador diferente.

**11°** Ahora bien, si las circunstancias agravantes luego de ser examinadas por el juez resultan compatibles entre sí, el órgano jurisdiccional deberá, como ya se ha mencionado, de valorarlas en conjunto y extraer de ellas los efectos correspondientes que abonen a la construcción y definición de la pena concreta. Por el contrario, cuando las circunstancias agravantes concurrentes aluden a un mismo factor, ellas son incompatibles y deben excluirse en función a su especialidad. Es decir, la circunstancia agravante especial excluirá la genérica. Un ejemplo de ello, en base a las circunstancias agravantes específicas del artículo 189°, sería el caso de la pluralidad de agentes (primer párrafo inciso 4) que quedará excluida por la calidad de integrantes de una organización criminal que aquellos tengan (tercer párrafo). Sólo esta última deberá ser tomada en cuenta por el juez para decidir sobre la pena concreta.

**La Determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias agravantes específicas de diferente grado o nivel.**

12° El problema a dilucidar está en relación con la Concurrencia de Circunstancias Agravantes Específicas del mismo grado o nivel. Este conflicto se presenta cuando en la realización de un delito concurren simultáneamente circunstancias agravantes que, como en el ejemplo anteriormente planteado, no corresponden a un mismo nivel o grado sino diferentes grados y, por tanto, están vinculadas a distintas escalas de pena conminada. El siguiente ejemplo grafica tal situación: X ha cometido un delito de robo en casa habitada (Art. 189° Inc. 1, primer párrafo, pena privativa de libertad entre doce y veinte años), apoderándose de un bien de valor científico (Art. 189° Inc. 4, segundo párrafo, pena privativa de la libertad entre veinte y treinta años), y causando lesiones graves al propietario del inmueble (Art. 189°, tercer párrafo). En estos casos la circunstancia de mayor grado absorberá el potencial y eficacia agravante de las de grado inferior. Por consiguiente, ella operará como pena básica a partir de la cual el juez determinará la pena concreta a imponer. Por tanto, el ejemplo utilizado permite reconocer y concluir señalando que ante tal concurrencia de circunstancias agravantes el juez deberá decidir la pena concreta en base a la escala punitiva de la agravante específica de mayor grado o nivel (producción de lesiones graves), por lo que la pena a imponer al condenado será la de cadena perpetua.

**16. Circulares sobre determinación judicial de la pena****16.1. Circular relativa a la correcta determinación judicial de la pena**

El Presidente de la Corte Suprema de Justicia, expidió la Resolución Administrativa N° 311-2011-P-PJ de fecha 1° de setiembre de 2011, que fue sustentada en razón de aplicación de medidas urgentes o de ejecución inmediata de la agenda judicial de seguridad ciudadana del Poder Judicial, pertinentes para que las sentencias de los Órganos Jurisdiccionales Penales argumenten de modo claro y explicativo sus decisiones judiciales, en un ámbito del Derecho Penal -la determinación de la pena- que el código de la materia les reconoce una amplia discrecionalidad.

Los puntos principales de la citada circular a continuación se exponen:

**Primero.** Que la determinación de la pena es el procedimiento técnico y valorativo que debe seguir todo órgano jurisdiccional al momento de imponer una sanción penal. El Acuerdo Plenario N° 1-2008-/CJ-116, del 18 de julio de 2008, precisó los criterios rectores para su debida aplicación.

No obstante ello, se ha verificado que los órganos jurisdiccionales, en la mayoría de los casos, no observan los criterios jurisprudenciales para definir apropiadamente el *quantum* punitivo. Es más, muchas veces se establecen -sin fundamento alguno- sanciones que están por debajo del mínimo legal, contraviniendo los principios de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad que el caso amerita. Además, se imponen medidas alternativas a la pena privativa de libertad que permite que el penado quede en libertad y vuelva a delinquir.

En atención a ello, resulta pertinente dictar las correspondientes líneas directrices en base a fundamentos jurídicos 7°, 8° y 9° del Acuerdo Plenario N° 1-2008.

**Segundo.** Este fundamento es idéntico a lo señalado en el 7° fundamento “primer párrafo” del Acuerdo Plenario N° 1-2008, motivo por el cual no se repite.

**Tercero.** Este fundamento es idéntico a lo señalado en el 7° fundamento “segundo y tercer párrafo” del Acuerdo Plenario N° 1-2008, motivo por el cual no se repite.

**Cuarto.** Este fundamento es idéntico a lo señalado en el 8° fundamento “segundo y tercer párrafo” del Acuerdo Plenario N° 1-2008, motivo por el cual no se repite.

**Quinto.** Este fundamento es idéntico a lo señalado en el 9° fundamento “segundo y tercer párrafo” del Acuerdo Plenario N° 1-2008, motivo por el cual no se repite.

**Sexto.-** Que es un deber constitucional del órgano jurisdiccional fundamentar de manera debida sus resoluciones judiciales, lo cual incluye, obviamente, el *quantum* de la pena que debe imponerse como consecuencia jurídica que corresponde aplicar al autor o partícipe de la infracción cometida. Es lamentable constatar que, pese a la existencia de un acuerdo plenario que estableció -con carácter vinculante- los criterios rectores para la determinación judicial de la pena, algunos jueces no siguen tal procedimiento, generando así incertidumbre y desazón con sus fallos emitidos, y lo que es peor aún, la desconfianza y pérdida de credibilidad del Poder Judicial.

#### **SE RESUELVE:**

**-Artículo 1°.-** Precisar que la determinación de la pena en un fallo judicial, constituye un deber constitucional que tienen todo juez, quien debe de justificar, motivadamente, con absoluta claridad y rigor jurídico, el *quantum* punitivo a imponer, con observancia de los

principios rectores previstos en el Título Preliminar del Código Penal: legalidad, proporcionalidad, lesividad y culpabilidad.

**-Artículo 2.-** Instar a los jueces a aplicar los criterios técnico – jurídicos ratificados en el presente Resolución Circular, en armonía con lo estipulado en el Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008.

## **17. Seminario sobre determinación judicial de la pena**

### **17.1. Seminario taller “Nuevos criterios para la determinación de la pena – 2007”:**

#### **Acuerdo del pleno**

Este seminario fue autorizado por el Concejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante la Resolución Administrativa N° 088-2007-CE-PJ de fecha 02 de mayo del año 2007, siendo las conclusiones las siguientes.

#### **17.1.1. Sobre determinación judicial de la pena**

- La determinación judicial de la pena es un proceso decisonal importante que se desarrolla a través de etapas hasta alcanzar la definición cualitativa y cuantitativa de la pena aplicable al caso.
  
- Es importante que el operador de justicia fundamente cada estación del proceso de determinación, a fin de que la pena concreta obtenida se encuentre plenamente justificada.
  
- Cabe sugerir la implementación inmediata del modelo de determinación de la pena que propone el Anteproyecto de Código Penal de 2004. Sin embargo, los operadores judiciales en la actualidad pueden adaptar su técnica de determinación a tales propuestas.

## CAPÍTULO III

## PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

## 1. Encuestas a magistrados – jueces penales

## 1.1. Generalidades

Las encuestas han sido realizadas a jueces que desempeñan sus labores en la Sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en el área penal, siendo en un total de 21 magistrados, según información brindada por la Oficina de Estadística e Informática de la mencionada entidad, y que se encuentran distribuidos de la siguiente manera:

- Cuatro jueces en cuatro juzgados de investigación preparatoria.
- Cuatro jueces en cuatro juzgados unipersonales.
- Tres jueces en una sala de apelaciones.
- Cuatro jueces en cuatro juzgados penales transitorios.
- Tres jueces en la sala penal permanente.
- Tres jueces en la sala penal transitoria.

La finalidad de las encuestas, ha sido obtener información directa sobre la aplicación del artículo 45° del Código Penal, al momento de determinar judicialmente la pena, por quienes administran justicia en el ámbito penal, expidiendo las sentencias condenatorias, y según la respuesta obtenida hemos establecido las causas que impiden aplicar el artículo nombrado. También se ha obtenido información sobre las limitaciones en su quehacer laboral sobre el tema de determinación judicial de la pena y las propuestas para mejorarla. Es en ese sentido que se han formulado las siguientes preguntas:

1. ¿En sus sentencias fundamenta jurídicamente la determinación judicial en la aplicación de la pena?
2. ¿En la fundamentación de la aplicación de la pena toma en cuenta sólo el artículo 45° del Código Penal?
3. ¿En la fundamentación de la aplicación de la pena toma en cuenta sólo el artículo 46° del Código Penal?
4. ¿En la fundamentación de la aplicación de la pena toma en cuenta los artículos 45° y 46° del Código Penal?
5. ¿La elevada carga procesal le impide fundamentar la aplicación de pena?

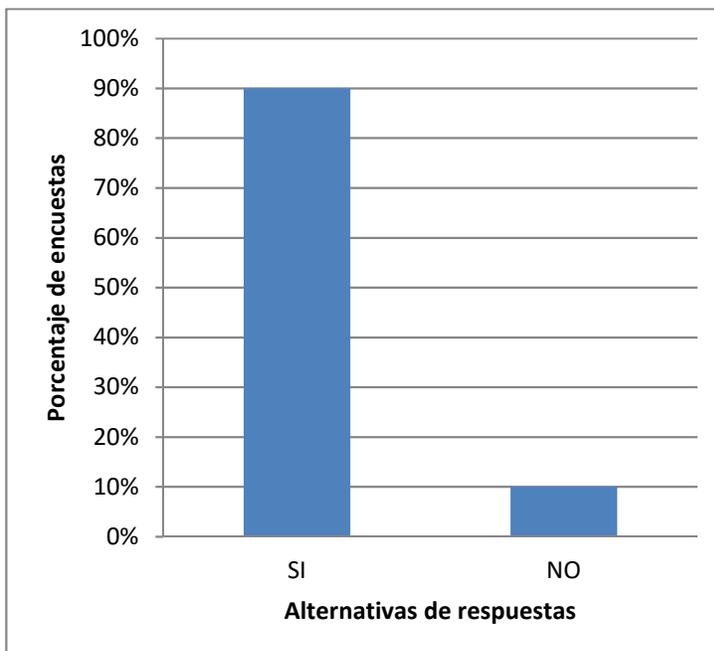
6. ¿Existe incorporación de medios probatorios útiles para la determinación judicial la pena?
7. ¿Su conocimiento de la normatividad jurídica sobre temas de determinación judicial de la pena es suficiente para una correcta administración de justicia?
8. ¿Considera que los artículos 45° y 46° del Código Penal están debidamente elaborados?
9. ¿Menciones Ud. en la determinación judicial de la pena, cuál (es) son las limitaciones que se presentan?
10. ¿Qué aportes sugiere para mejorar la determinación judicial en la aplicación de la pena?

Los resultados son expuestos a continuación en gráficas con sus respectivas interpretaciones.

**1.2. Gráficas**

**GRÁFICA N° 01**

**1.- ¿En sus sentencias, fundamenta jurídicamente la determinación de la aplicación de la pena?**



SI	NO	TOTAL
90%	10%	100%
19	2	21

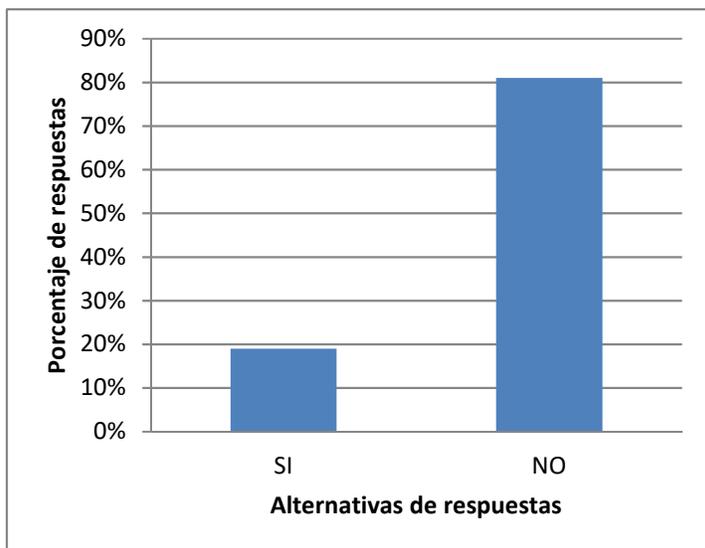
**Fuente: Encuestas aplicadas a magistrados (jueces) de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, Diciembre-2010.**

**ANÁLISIS:**

- Se observa un alto porcentaje de jueces (90%) que equivale a 19, que señalaron que si fundamentan jurídicamente la determinación de la pena al expedir las sentencias condenatorias.
- En tanto que sólo un 10% de jueces que equivale a 2, un porcentaje muy bajo manifestaron que no fundamenta la determinación de la pena.
- La diferencia es del 80%, entre ambas respuestas, es decir, existe una diferencia muy notoria.

**GRÁFICA N° 02**

**2.- ¿En la fundamentación de la aplicación de la pena, toma en cuenta sólo el artículo 45° del Código Penal?**



SI	NO	TOTAL
19%	81%	100%
4	17	21

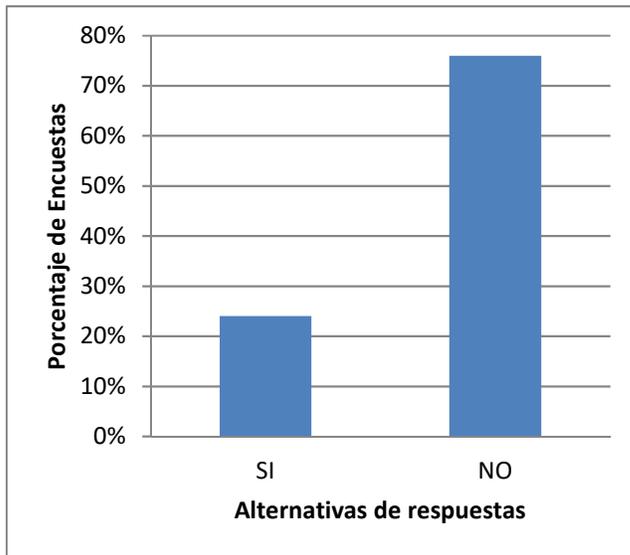
**Fuente: Encuestas aplicadas a magistrados (jueces) de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, Diciembre - 2010**

**ANÁLISIS:**

- El 19% de jueces, que equivale a 4, señaló que al fundamentar la pena aplicaba sólo el artículo 45° del Código Penal.
- Mientras que el 81%, que equivale a 17, señalaron que al fundamentar la aplicación de pena, no aplicaban sólo el artículo 45° del Código Penal.
- La diferencia es del 62% entre ambas respuestas, lo que nos demuestra la existencia de un porcentaje elevado de diferencia entre las respuestas.

GRÁFICA N° 03

**3.- ¿En la fundamentación de la aplicación de la pena, toma en cuenta sólo el artículo 46° del Código Penal?**



SI	NO	TOTAL
24%	76%	100%
5	16	21

Fuente: Encuestas aplicadas a

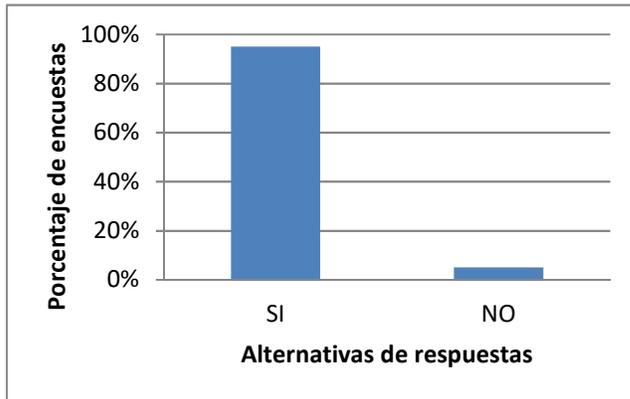
magistrados (jueces) de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, Diciembre-2010

**ANÁLISIS:**

- Se observa que el 24% de jueces, que equivale a 5, manifestaron que al fundamentar la pena en las sentencias condenatorias, aplicaban sólo el artículo 46° del Código Penal.
- En cambio el 76%, que equivale a 16, manifestaron que al fundamentar la pena, no aplican sólo el artículo 46° del Código Penal.
- En este caso la diferencia entre ambas respuestas es de 52%, es decir, se mantiene un porcentaje elevado de diferencia entre las respuestas.

GRÁFICA N° 04

4.- ¿En la fundamentación de la aplicación de la pena, toma en cuenta los artículos 45° y 46° del Código Penal?



SI	NO	TOTAL
95%	5%	100%
20	1	21

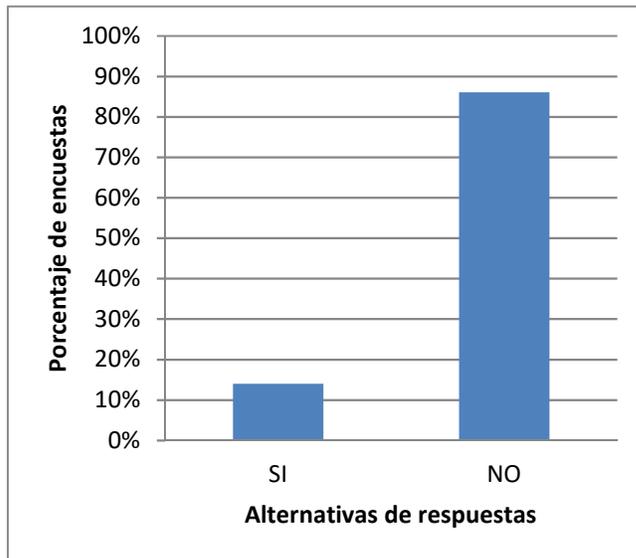
Fuente: Encuestas aplicadas a magistrados (jueces) de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, Diciembre 2010

**ANÁLISIS:**

- Se observa que un alto porcentaje de jueces (95%), que equivale a 20, señalaron que al fundamentar la pena aplican ambos artículo 45° y 46° del Código Penal.
- Un porcentaje muy bajo de jueces (5%), equivalente a 1, manifestó que al fundamentar la pena no aplicaba ambos artículos.
- Se observa una notaría diferencia entre ambas respuestas 90%, es decir, una diferencia muy elevada.

GRÁFICA N° 05

5.- ¿La elevada carga procesal, le impide fundamentar la aplicación de la pena?



SI	NO	TOTAL
14%	86%	100%
3	18	21

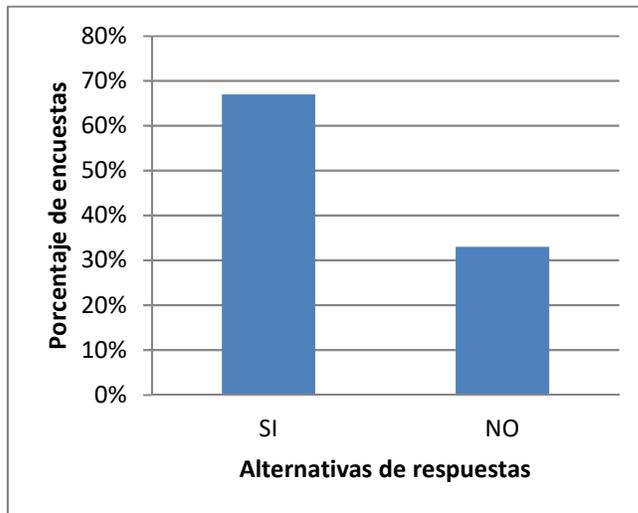
Fuente: Encuestas aplicadas a magistrados (jueces) de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, Diciembre-2010

**ANÁLISIS:**

- El 14% de jueces, que equivale a 3, señalan que la carga procesal les impide fundamentar la aplicación de la pena.
- Por su parte el 86 %, que equivale a 18, señalan que la carga procesal no le impide fundamentar la aplicación de la pena.
- Se puede ver que entre ambas respuestas existe una diferencia del 72%, es decir, una diferencia elevada.

GRÁFICA N° 06

6.- ¿Existe incorporación de medios probatorios útiles para la determinación de la pena?



SI	NO	TOTAL
67%	33%	100%
14	7	21

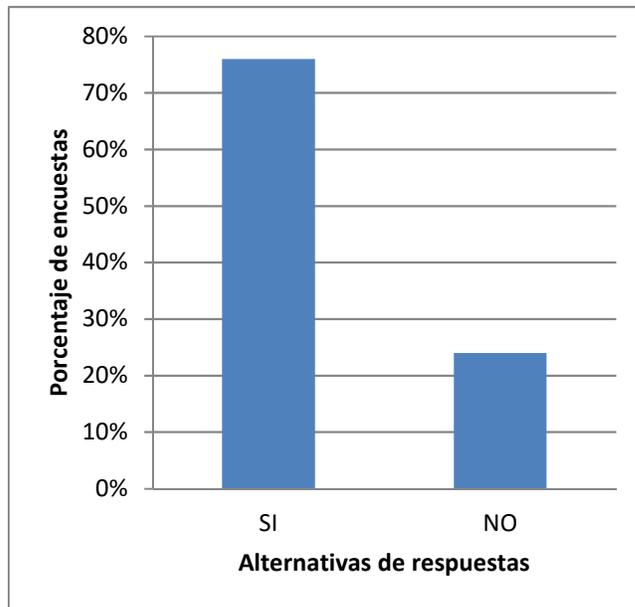
Fuente: Encuestas aplicadas a magistrados (jueces) de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, Diciembre, 2010

**ANÁLISIS:**

- El 67% de jueces, que equivale a 14, señaló que si existe incorporación de medios probatorios útiles para fundamentar la pena.
- Mientras que el 33%, que equivale a 7, señaló lo contrario.
- La diferencia entre ambas respuestas es del 34%, es decir, una diferencia considerable.

GRÁFICA N° 07

7.- ¿Su conocimiento de la normatividad jurídica, sobre temas de determinación de la pena, es suficiente para una correcta administración de justicia?



SI	NO	TOTAL
76%	24%	100%
16	5	21

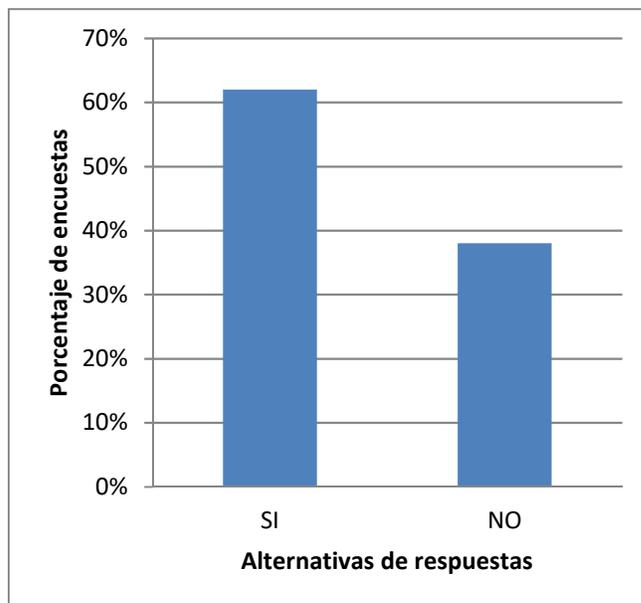
Fuente: Encuestas aplicadas a magistrados (jueces) de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, Diciembre-2010.

**ANÁLISIS:**

- El 76% de jueces, que equivale a 16, manifestó que tienen suficientes conocimientos jurídicos sobre temas de determinación de la pena.
- El 24%, que equivale a 5, señaló lo contrario, que sus conocimientos no son suficientes.
- Existe una deferencia del 52% entre las respuestas, un porcentaje elevado.

GRÁFICA N° 08

8.- ¿Considera que los artículos 45° y 46° del Código Penal, están debidamente elaborados?



SI	NO	TOTAL
62%	38%	100%
13	8	21

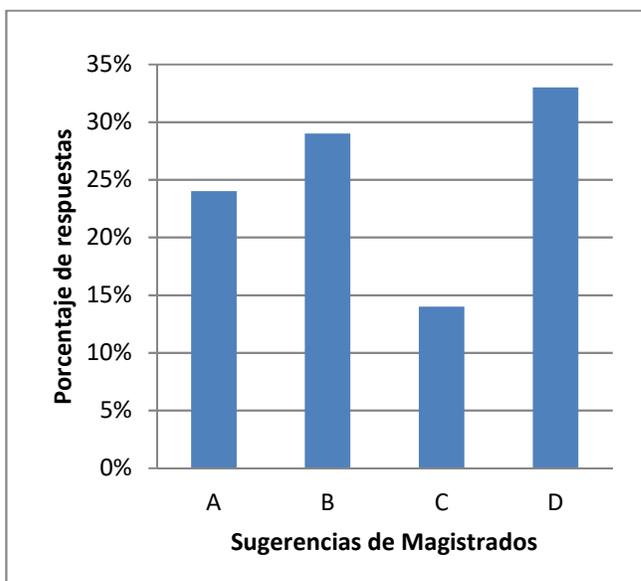
Fuente: Encuestas aplicadas a magistrados (jueces) de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, Diciembre-2010

**ANÁLISIS:**

- El 62% de jueces, que equivale a 13, consideró que los artículos 45° y 46° del Código Penal, están debidamente elaborados.
- El 38% de jueces, que equivale a 8, señalaron que los artículos mencionados, no están debidamente elaborados.
- La diferencia entre ambas respuestas es del 24%, un porcentaje no muy elevado.

GRÁFICA N° 09

9.- ¿Cuáles son las limitaciones que se presentan en la aplicación de la determinación de la pena?



A	B	C	D	TOTAL
24%	29%	14%	33%	100%
5	6	3	7	21

LEYENDA	
A	Falta de medios de prueba Idóneos
B	Falta de aportes doctrinarios y jurisprudencia
C	Aplicación de criterios subjetivos
D	Ninguna sugerencia

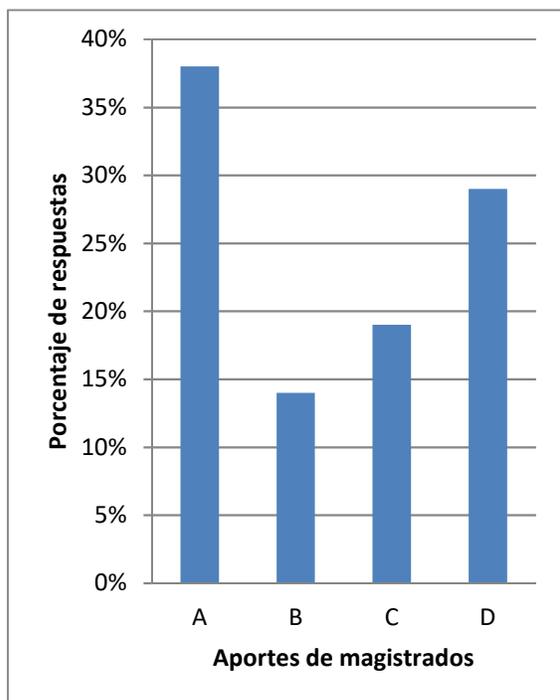
Fuente: Encuestas aplicadas a magistrados (jueces) de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, Diciembre-2010

**ANÁLISIS:**

- El 24% de jueces, que equivale a 5, señalaron como limitación, falta de medios probatorios idóneos.
- El 29%, que equivale a 6, señaló que existe falta de aportes doctrinarios y jurisprudencia.
- El 14%, que equivale a 3, consideró como limitación, la aplicación de criterios subjetivos, falta de objetividad de los jueces al aplicar la pena.
- El 33%, que equivale a 7, no señaló las limitaciones que encuentra, este porcentaje nos permite concluir que existe falta de preocupación de los jueces sobre el tema de determinación judicial de la pena y su aplicación en las sentencias condenatorias.

GRÁFICA N° 10

10.- ¿Qué aportes daría para mejorar la determinación judicial en la aplicación de la pena?



A	B	C	D	TOTAL
38%	14%	19%	29%	100%
8	3	4	6	21

LEYENDA	
A	Aplicación de principios constitucionales, acuerdos plenarios y jurisprudencia
B	Contar con suficientes medios de prueba
C	Aplicación de los artículos 45° y 46° del Código Penal
D	Ningún aporte

Fuente: Encuestas aplicadas a magistrados (jueces) de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, Diciembre-2010.

**ANÁLISIS:**

- El 38% de jueces, que equivale a 8, señaló como aporte, la fundamentación aplicando principios constitucionales, acuerdos plenarios y jurisprudencia.
- El 14%, que equivale a 3, señaló como aporte, contar con medios probatorios suficientes.
- El 19%, que equivale a 4, señaló como aporte, la aplicación de los artículos 45° y 46° del Código Penal.
- El 29%, que equivale a 6, no hace ningún aporte, este porcentaje si bien no es muy elevado; sin embargo, nos permite establecer que aún existe indiferencia sobre los temas de determinación judicial de la pena.

## 2. Encuestas a magistrados - fiscales

### 2.1. Generalidades

Estas encuestas han sido realizadas a fiscales que desempeñan sus labores en la Sede del Ministerio Público, Distrito Judicial de Cajamarca, en el área penal, siendo en un total de 44 magistrados, según información brindada por la Oficina de Administración de la mencionada entidad y que se encuentran distribuidos de la siguiente manera:

- Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa, 10 Fiscales.
- Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa, 12 Fiscales.
- Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa, 13 Fiscales.
- Primera Fiscalía Superior Penal, 03 Fiscales.
- Segunda Fiscalía Superior Penal, 03 Fiscales.
- Tercera Fiscalía Superior Penal, 03 Fiscales.

La finalidad de las encuestas, ha sido obtener información directa sobre la aplicación del artículo 45° del Código Penal, en la determinación judicial de la pena, por quienes participan en la administran de justicia en el ámbito penal, desde el punto de vista de una las partes del proceso penal -Ministerio Público- como persecutor del delito, titular de la acción penal y encargada de solicitar la imposición de la pena y según las respuestas, establecer las causas que impiden al órgano jurisdiccional aplicar el artículo 45° del Código Penal y las consecuencias jurídicas que acarrearía dicha inaplicación, también se ha tratado de obtener información sobre las sugerencias que realicen dichos profesionales para mejorar el tema de determinación judicial de la pena.

Es en ese sentido que se han formulado las siguientes preguntas:

1. ¿Considera que en las sentencias se fundamenta jurídicamente la determinación de la aplicación de la pena?
2. ¿En la fundamentación de la aplicación de la pena se toma en cuenta sólo el artículo 45° del Código Penal?
3. ¿En la fundamentación de la aplicación de la pena se toma en cuenta sólo el artículo 46° del Código Penal?

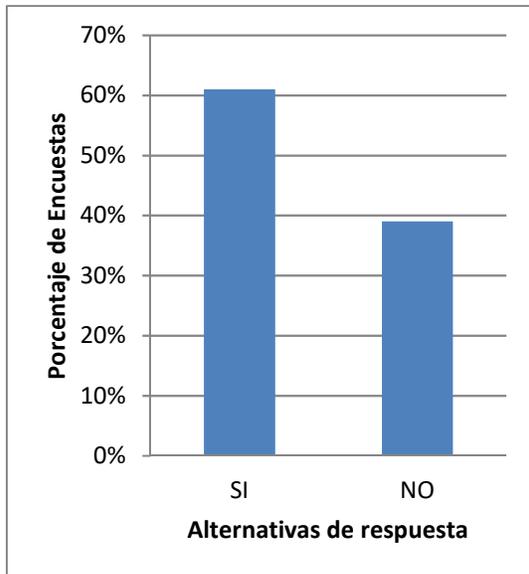
4. ¿En la fundamentación de la aplicación de la pena se toma en cuenta los artículos 45° y 46° del Código Penal?
5. ¿En los procesos penales incorpora medios probatorios útiles para la determinación de la pena?
6. ¿Su conocimiento de la normatividad jurídica sobre temas de determinación judicial de la pena es suficiente para la labor que desempeña?
7. ¿Considera que los artículos 45° y 46° del Código Penal están debidamente elaborados?
8. ¿La indebida fundamentación en la determinación de la pena origina indefensión en los justiciables?
9. ¿La indebida fundamentación en la determinación de la pena origina afectación del derecho a la libertad ambulatoria?
10. ¿Qué aportes sugiere para mejorar la determinación judicial en la aplicación de la pena?

Los resultados son expuestos a continuación en gráficas con sus respectivas interpretaciones.

2.2. Gráficas

GRÁFICA N° 11

1.- ¿Considera que en las sentencias se fundamenta jurídicamente la determinación judicial de la aplicación de la pena?



SI	NO	TOTAL
61%	39%	100%
27	17	44

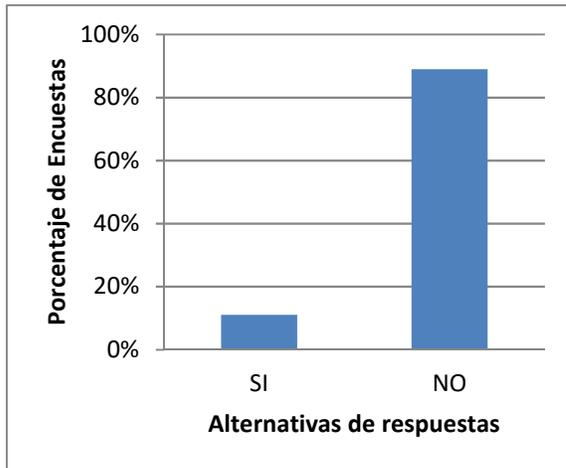
Fuente: Encuestas aplicadas a fiscales del distrito judicial de Cajamarca, Diciembre-2010.

**ANÁLISIS:**

- El 61% de fiscales, que equivale a 27, opinó que al determinar la aplicación de la pena si existe fundamentación jurídica.
- Mientras que el 39%, que equivale a 17, señalaron que no existe fundamentación jurídica.
- La diferencia entre ambas respuestas es del 22%, un porcentaje no muy elevado.

GRÁFICA N° 12

2.- ¿En la fundamentación de la aplicación de la pena se toma en cuenta sólo el artículo 45° del Código Penal?



SI	NO	TOTAL
11%	89%	100%
5	39	44

Fuente: Encuestas aplicadas a fiscales del

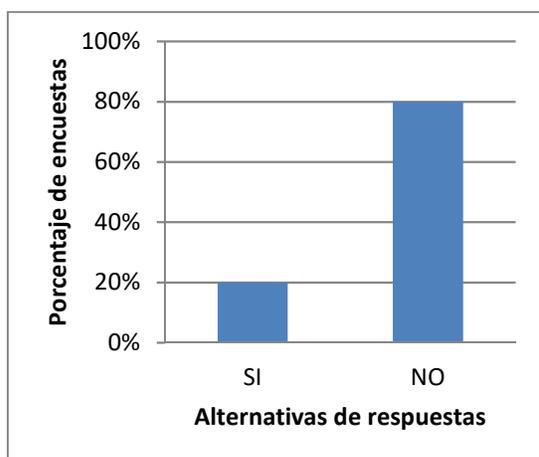
distrito judicial de Cajamarca, Diciembre-2010.

**ANÁLISIS:**

- El 11% de fiscales, que equivale a 5, opinó que al determinar la aplicación de la pena se aplica sólo el artículo 45° del Código Penal.
- En cambio el 89%, que equivale a 39 señaló que no se aplica sólo el artículo 45° del Código Penal.
- La diferencia entre ambas respuestas es del 78%, un porcentaje elevado.

GRÁFICA N° 13

3.- ¿En la fundamentación de la aplicación de la pena se toma en cuenta sólo el artículo 46° del Código Penal?



SI	NO	TOTAL
20%	80%	100%
9	35	44

Fuente: Encuestas aplicadas a fiscales del

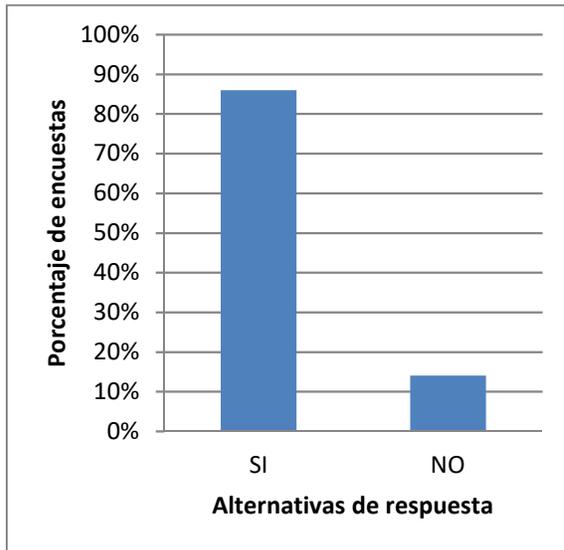
distrito judicial de Cajamarca, Diciembre-2010.

**ANÁLISIS:**

- El 20% de fiscales, que equivale a 9, opinó que al determinar la aplicación de la pena sólo se aplica el artículo 46° del Código Penal.
- Mientras que el 80%, que equivale a 35, señala que no se aplica sólo este artículo.
- La diferencia entre ambas respuestas es del 60%, un porcentaje elevado.

GRÁFICA N° 14

4.- ¿En la fundamentación de la aplicación de la pena se toma en cuenta los artículos 45° y 46° del Código Penal?



SI	NO	TOTAL
86%	14%	100%
38	6	44

Fuente: Encuestas aplicadas a fiscales del

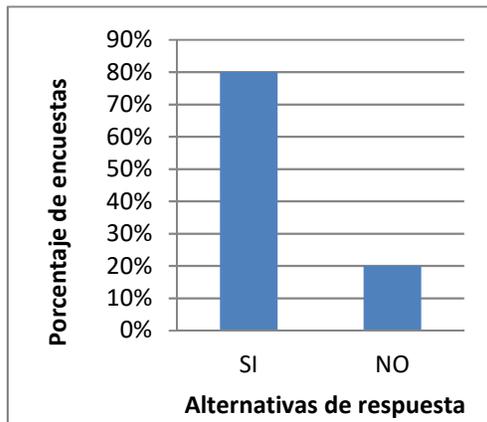
distrito judicial de Cajamarca, Diciembre-2010.

**ANÁLISIS:**

- El 86% de fiscales, que equivale a 38, opinó que al determinar la aplicación de la pena si se aplican los artículos 45° y 46° del Código Penal.
- Mientras que el 14%, que equivale a 6, señalaron que no se aplican dichos artículos.
- La diferencia entre ambas respuestas es del 72%, un porcentaje de diferencia muy elevado.

GRÁFICA N° 15

5.- ¿En los procesos penales incorpora medios probatorios útiles para la determinación de la aplicación de la pena?



SI	NO	TOTAL
80%	20%	100%
35	9	44

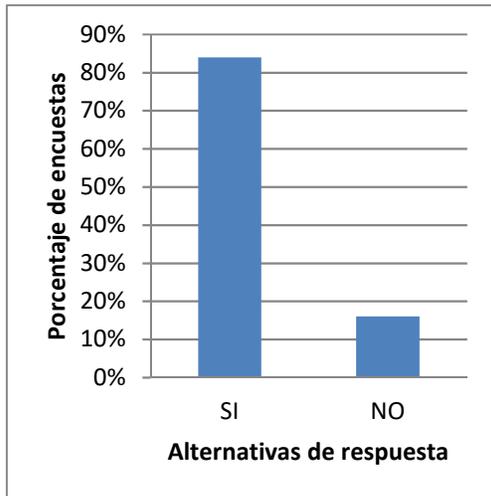
Fuente: Encuestas aplicadas a fiscales del distrito judicial de Cajamarca, Diciembre-2010.

**ANÁLISIS:**

- El 80% de fiscales, que equivale a 35, opinó que si incorpora medios probatorios útiles para que el órgano jurisdiccional determine judicialmente la aplicación de la pena.
- Mientras que el 20%, que equivale a 9, señaló lo contrario, es decir no incorpora medios probatorios útiles.
- La diferencia entre ambas respuestas es del 60%, un porcentaje elevado.

GRÁFICA N° 16

6.- ¿Su conocimiento de la normatividad jurídica sobre temas de determinación de la pena, es suficiente para la labor que desempeña?



SI	NO	TOTAL
84%	16%	100%
37	7	44

Fuente: Encuestas aplicadas a fiscales del

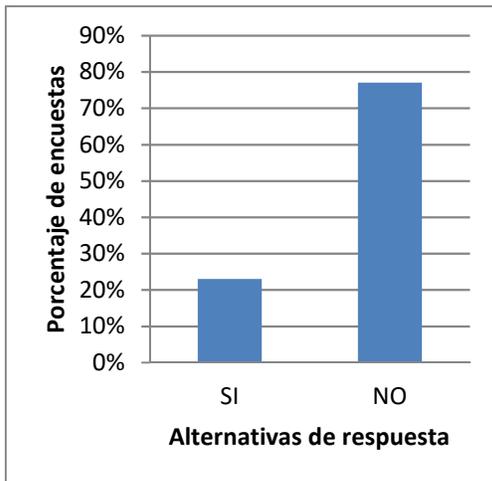
distrito judicial de Cajamarca, Diciembre-2010.

**ANÁLISIS:**

- El 84% de fiscales, que equivale a 37, manifestó que si tiene suficientes conocimientos jurídicos sobre temas de determinación judicial de la pena.
- Mientras que sólo el 16%, que equivale a 7, señaló que sus conocimientos no son suficientes.
- La diferencia entre ambas respuestas es del 68%, un porcentaje considerablemente elevado.

GRÁFICA N° 17

7.- ¿Considera que los artículos 45° y 46° del Código Penal, están debidamente elaborados?



SI	NO	TOTAL
23%	77%	100%
10	34	44

Fuente: Encuestas aplicadas a fiscales del distrito

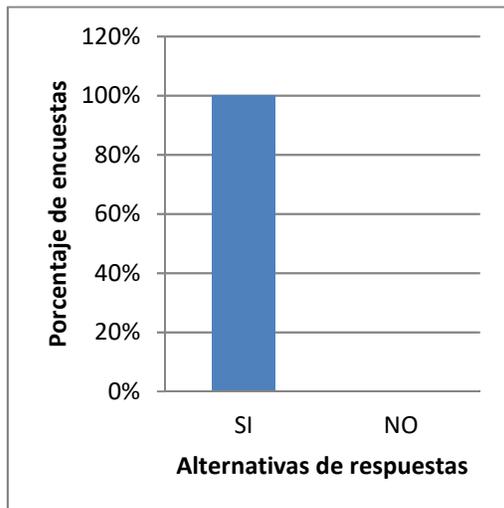
judicial de Cajamarca, Diciembre-2010.

**ANÁLISIS:**

- El 23% de fiscales, que equivale a 10, opinó que los artículos 45° y 46° están debidamente elaborados.
- Mientras que el 77%, que equivale a 34, señalaron lo contrario.
- La diferencia entre ambas respuestas es del 54%, un porcentaje elevado.

GRÁFICA N° 18

8.- ¿La indebida fundamentación en la determinación de la pena origina indefensión en los justiciables?



SI	NO	TOTAL
100%	0%	100%
44	0	44

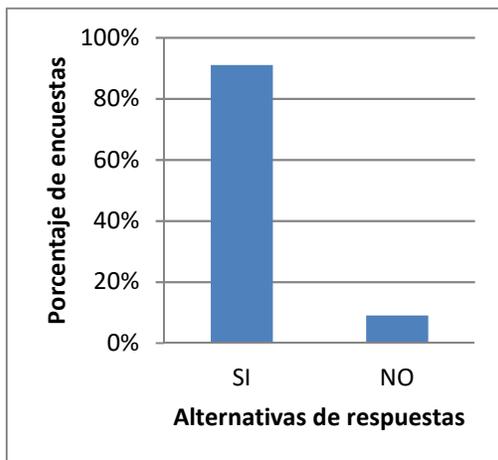
Fuente: Encuestas aplicadas a fiscales del distrito judicial de Cajamarca, Diciembre-2010.

**ANÁLISIS:**

- El 100% de fiscales, que equivale a 44, opinó que la indebida fundamentación en la determinación de la pena origina indefensión en los justiciables, es decir, existe unanimidad en las respuestas.

GRÁFICA N° 19

9.- ¿La indebida fundamentación en la determinación de la pena, afecta el derecho a la libertad ambulatoria?



SI	NO	TOTAL
91%	9%	100%
40	4	44

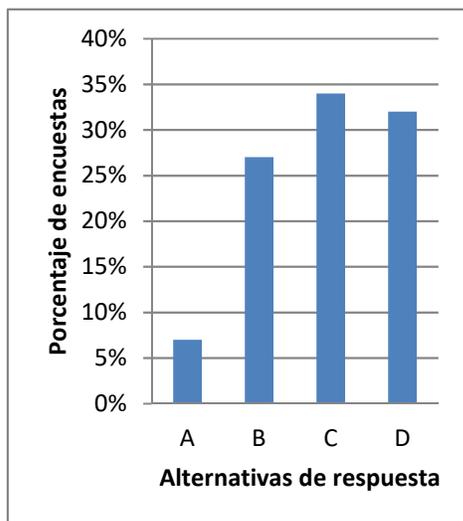
Fuente: Encuestas aplicadas a fiscales del distrito judicial de Cajamarca, Diciembre-2010.

**ANÁLISIS:**

- El 91% de fiscales, que equivale a 40, opinó que la indebida fundamentación de la pena si afecta el derecho a la libertad ambulatoria.
- Mientras que sólo el 9%, que equivale a 4, señalaron que no afecta el mencionado derecho.
- La diferencia entre ambas respuestas es del 82%, un porcentaje muy elevado.

GRÁFICA N° 20

10.- ¿Qué aportes sugiere para mejorar la determinación judicial en la aplicación de la pena?



A	B	C	D	TOTAL
7%	27%	34%	32%	100%
3	12	15	14	44

LEYENDA	
A	Mejorar la legislación
B	Capacitación académica a operadores jurídicos
C	Fundamentación adecuada de sentencias
D	Ningún aporte

Fuente: Encuestas aplicadas a fiscales del distrito judicial de Cajamarca, Diciembre-2010.

**ANÁLISIS:**

- El 7% de los fiscales, que equivale a 3, señaló como aporte, que debe mejorarse la legislación en esta materia.
- El 27%, que equivale a 12, señaló como aporte la capacitación académica a los operadores del derecho.
- El 34%, que equivale a 15, señaló como aporte, que los jueces al expedir las sentencias condenatorias fundamenten adecuadamente las mismas.
- El 32%, que equivale a 14, no hace ningún aporte, este porcentaje si bien no es muy elevado; sin embargo, nos permite establecer que aún existe indiferencia por los magistrados del Ministerio Público sobre los temas de determinación judicial de la pena.

### **3. Encuestas a abogados**

#### **3.1. Generalidades**

Estas encuestas han sido realizadas a abogados que desempeñan sus labores en materia del Derecho Penal, en la ciudad de Cajamarca y se encuentran inscritos en el Ilustre Colegio de Abogados de Cajamarca.

Las encuestas son en un número de 126, que representan el 10% del total de abogados colegiados hasta el mes de diciembre del año 2010 que sumaban 1,260 abogados.

La finalidad de estas encuestas, ha sido obtener información directa sobre la aplicación del artículo 45° del Código Penal, al momento de determinar judicialmente la pena por quienes administran justicia en el ámbito penal (jueces).

En este caso la información ha sido obtenida desde el otro punto de vista de las partes del proceso penal -defensa de procesados- entendida que ésta es la parte que tiene que defenderse ante el órgano jurisdiccional de la acusación fiscal, dentro de la cual se solicita la imposición de la pena. Y con el resultado de las encuestas establecer las causas de la aplicación o inaplicación del artículo 45° del Código Penal y las consecuencias jurídicas que acarrearía, también se ha tratado de obtener información sobre las sugerencias que realicen dichos profesionales para mejorar el tema de determinación judicial de la pena. Es en ese sentido que se han formulado las siguientes preguntas:

1. ¿Considera que en las sentencias se fundamenta jurídicamente la determinación de la aplicación de la pena?
2. ¿En la fundamentación de la aplicación de la pena se toma en cuenta sólo el artículo 45° del Código Penal?
3. ¿En la fundamentación de la aplicación de la pena se toma en cuenta sólo el artículo 46° del Código Penal?
4. ¿En la fundamentación de la aplicación de la pena se toma en cuenta los artículos 45° y 46° del Código Penal?

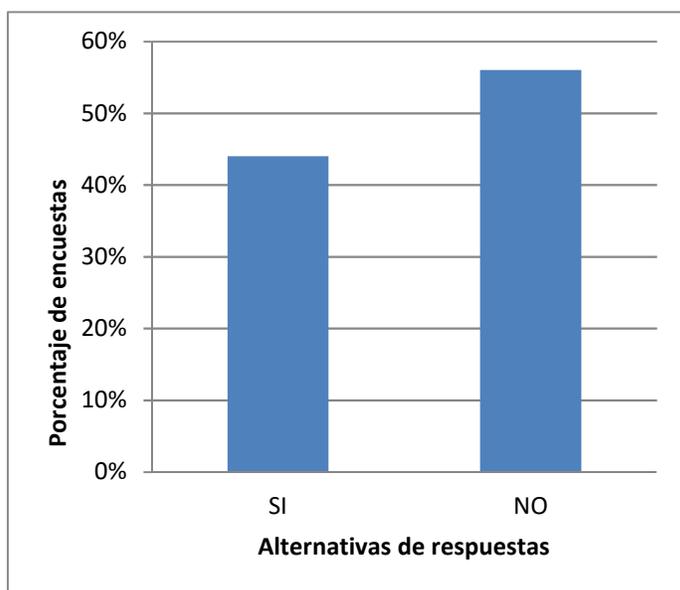
5. ¿En sus procesos penales incorpora medios probatorios útiles para la determinación de la pena?
6. ¿Su conocimiento de la normatividad jurídica sobre temas de determinación judicial de la pena es suficiente para un efectivo ejercicio del derecho de defensa?
7. ¿Considera que los artículos 45° y 46° del Código Penal están debidamente elaborados?
8. ¿La indebida fundamentación en la determinación de la pena origina indefensión en los justiciables?
9. ¿La indebida fundamentación en la determinación de la pena origina afectación del derecho a la libertad ambulatoria?
10. ¿Qué aportes sugiere para mejorar la determinación judicial en la aplicación de la pena?

Los resultados son expuestos a continuación en gráficas con sus respectivas interpretaciones.

3.2. Gráficas

GRÁFICA N° 21

1.- ¿Considera que en las sentencias se fundamenta jurídicamente la determinación judicial de la aplicación de la pena?



SI	NO	TOTAL
44%	56%	100%
56	70	126

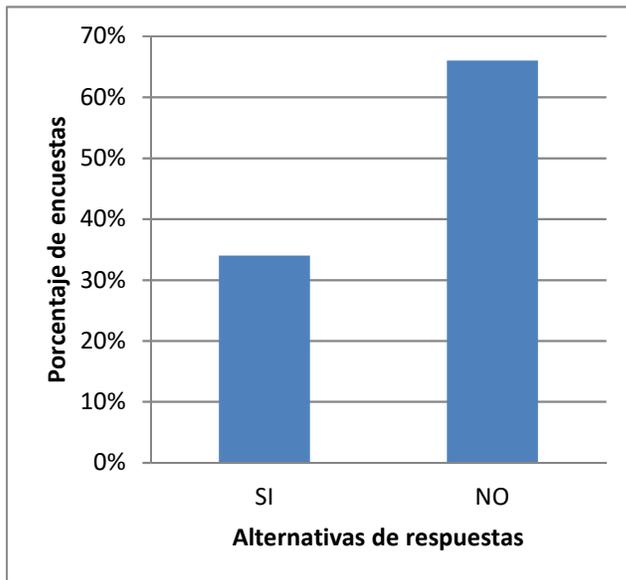
Fuente: Encuestas aplicadas a abogados del Ilustre Colegio de Abogados de Cajamarca, Setiembre-2010.

**ANÁLISIS:**

- El 44% de abogados, que equivale a 56, responden que si existe fundamentación jurídica en la aplicación de la pena al momento de expedirse las sentencias condenatorias.
- El 56% de abogados, que equivalen a 70 señalan que no existe fundamentación.
- La diferencia entre ambas respuestas es del 12%, lo que demuestra que es poca la diferencia entre las opiniones.

GRÁFICA N° 22

2.- ¿En la fundamentación de la aplicación de la pena, se toma en cuenta sólo el artículo 45° del Código Penal?



SI	NO	TOTAL
34%	66%	100%
43	83	126

Fuente: Encuestas aplicadas a

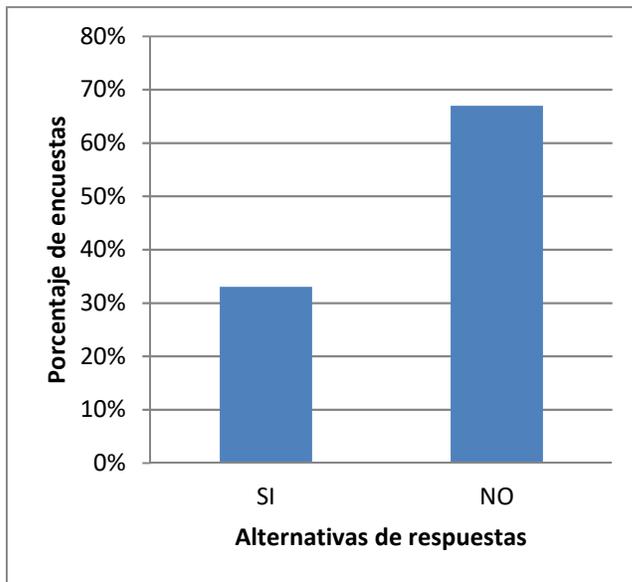
abogados del Ilustre Colegio de Abogados de Cajamarca; Setiembre-2010.

**ANÁLISIS:**

- Se observa que el 34% de abogados, que equivale a 43, señalan que en la fundamentación de la aplicación de la pena se tiene en cuenta sólo el artículo 45° del Código Penal.
- Mientras que el 66%, que equivale a 83, señala lo contrario.
- Existe entre ambas respuestas un 32%, lo que significa una deferencia de aproximadamente la mitad, entre ambas respuestas.

GRÁFICA N° 23

3.- ¿En la fundamentación de la aplicación de la pena, se toma en cuenta sólo el artículo 46° del Código Penal?



SI	NO	TOTAL
33%	67%	100%
41	85	126

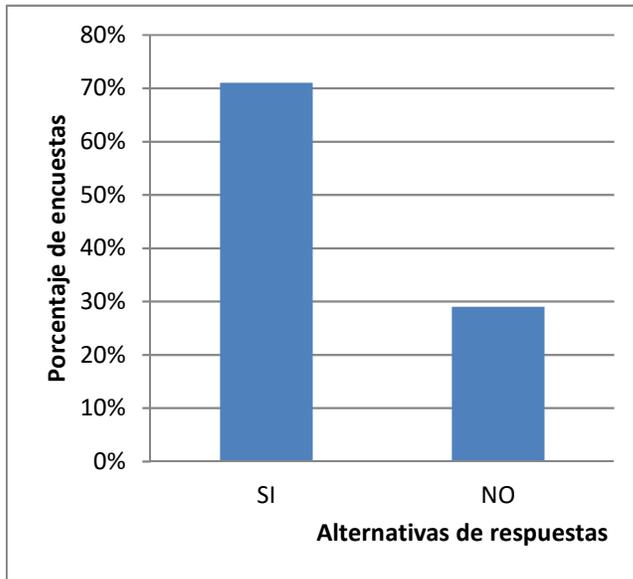
Fuente: Encuestas aplicadas a abogados del Ilustre Colegio de Abogados de Cajamarca; Setiembre-2010.

**ANÁLISIS:**

- El 33% de abogados, que equivale a 41, manifiestan que al fundamentar la aplicación de la pena se toma en cuenta sólo el artículo 46° del Código Penal.
- El 67%, que equivale a 85, señalan que no se toma en cuenta sólo el artículo 46° del Código Penal.
- Existe una diferencia de 34%, es decir de un aproximado de la mitad.

GRÁFICA N° 24

4.- ¿En la fundamentación de la aplicación de la pena, se toma en cuenta los artículos 45° y 46° del Código Penal?



SI	NO	TOTAL
71%	29%	100%
89	37	126

Fuente: Encuestas aplicadas a

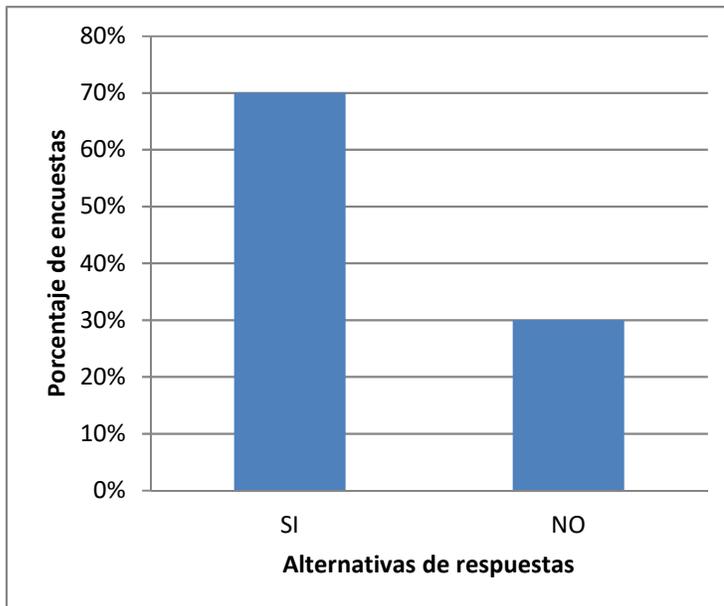
abogados del Ilustre Colegio de Abogados de Cajamarca; Setiembre-2010.

**ANÁLISIS:**

- El 71% de abogados, que equivale a 89, responden que al fundamentar la aplicación de la pena se toma en cuenta los artículos 45° y 46° del Código Penal.
- Mientras que el 29%, que equivale a 37, señalan lo contrario.
- Existe un 42% de diferencia en las respuestas, lo que demuestra la existencia de un porcentaje alto de respuestas contradictorias.

GRÁFICA N° 25

5.- ¿En sus procesos, incorpora medios probatorios útiles para la determinación judicial de la pena?



SI	NO	TOTAL
70%	30%	100%
88	38	126

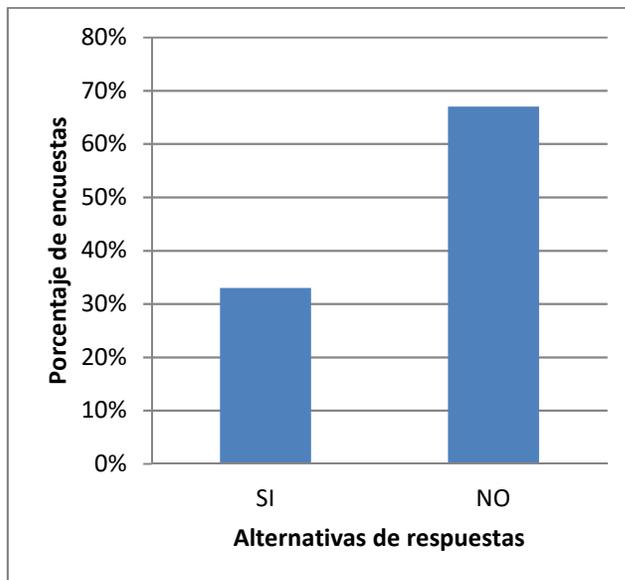
Fuente: Encuestas aplicadas a abogados del Ilustre Colegio de Abogados de Cajamarca; Setiembre-2010.

**ANÁLISIS:**

- El 70% de abogados, que equivale a 88, responde que si incorpora en el proceso penal medios probatorios que sirven para fundamentar la aplicación de la pena.
- El 30%, que equivale a 38, opina que no incorpora medios probatorios al proceso penal.
- Existe una diferencia de 40%, es decir, existe un porcentaje alto de respuestas contradictorias.

GRÁFICA N° 26

6.- ¿Su conocimiento de la normatividad jurídica sobre temas de determinación judicial de la pena, es suficiente para un efectivo ejercicio del derecho de defensa?



SI	NO	TOTAL
33%	67%	100%
41	85	126

Fuente: Encuestas aplicadas a

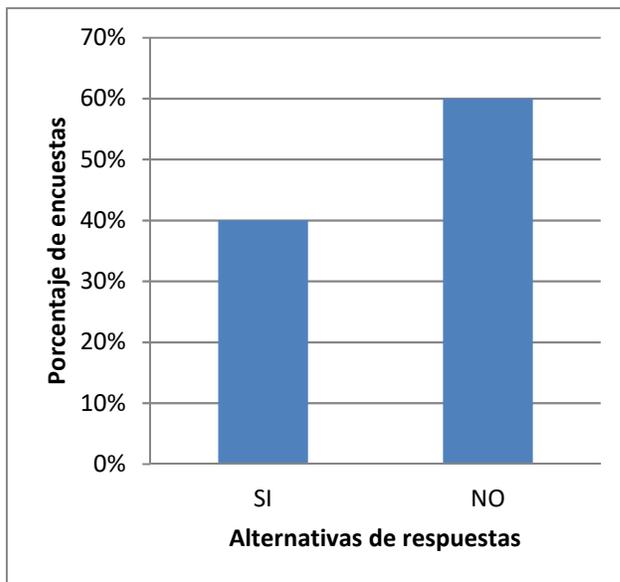
abogados del Ilustre Colegio de Abogados de Cajamarca; Setiembre-2010.

**ANÁLISIS:**

- El 33% de abogados, que equivale a 41, señala que tiene suficientes conocimientos sobre la normatividad jurídica en temas de determinación de la pena.
- Por el contrario el 67%, que equivale 85, señalan que no tienen el conocimiento suficiente.
- Existe una diferencia de respuestas del 34%, lo que demuestra la existencia de un alto porcentaje de diferencia en las respuestas.

GRÁFICA N° 27

7.- ¿Considera que los artículos 45° y 46° del Código Penal están debidamente elaborados?



SI	NO	TOTAL
40%	60%	100%
50	76	126

Fuente: Encuestas aplicadas a

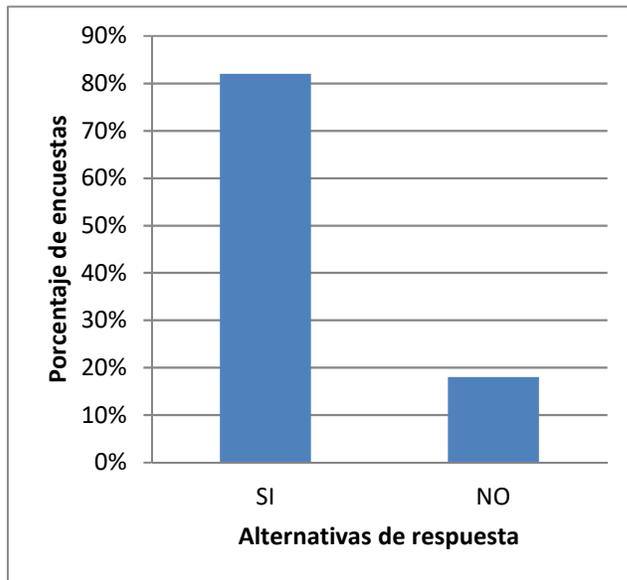
abogados del Ilustre Colegio de Abogados de Cajamarca; Setiembre-2010.

**ANÁLISIS:**

- El 40% de abogados, que equivale a 50, responde que los artículos 45° y 46° del Código Penal, están debidamente elaborados.
- Mientras que el 60%, que equivale a 76, señalan lo contrario.
- Existe una diferencia de respuestas de 20%, un porcentaje que no es muy elevado.

GRÁFICA N° 28

8.- ¿La indebida fundamentación en la determinación judicial de la pena, origina indefensión en los justiciables?



SI	NO	TOTAL
82%	18%	100%
103	23	126

Fuente: Encuestas aplicadas a

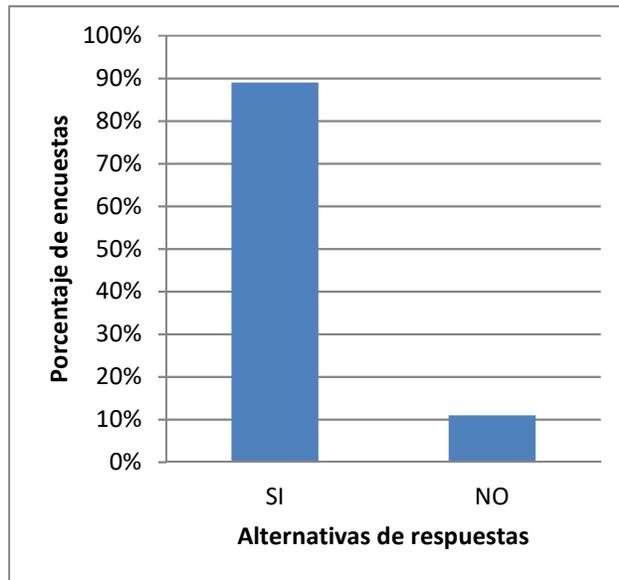
abogados del Ilustre Colegio de Abogados de Cajamarca; Setiembre 2010.

**ANÁLISIS:**

- El 82% de abogados, que equivale a 103, responde que la indebida fundamentación en la determinación de la pena origina indefensión en los justiciables.
- El 18%, que equivale a 23 señalaron lo contrario.
- Se observa que existe una diferencia del 64% entre las respuestas, es decir, un elevado porcentaje de diferencia, primando el criterio de que si afecta el derecho de defensa.

GRÁFICA N° 29

9.- ¿La indebida fundamentación en la determinación judicial de la pena, afecta el derecho a la libertad ambulatoria?



SI	NO	TOTAL
89%	11%	100%
112	14	126

Fuente:

Encuestas aplicadas a

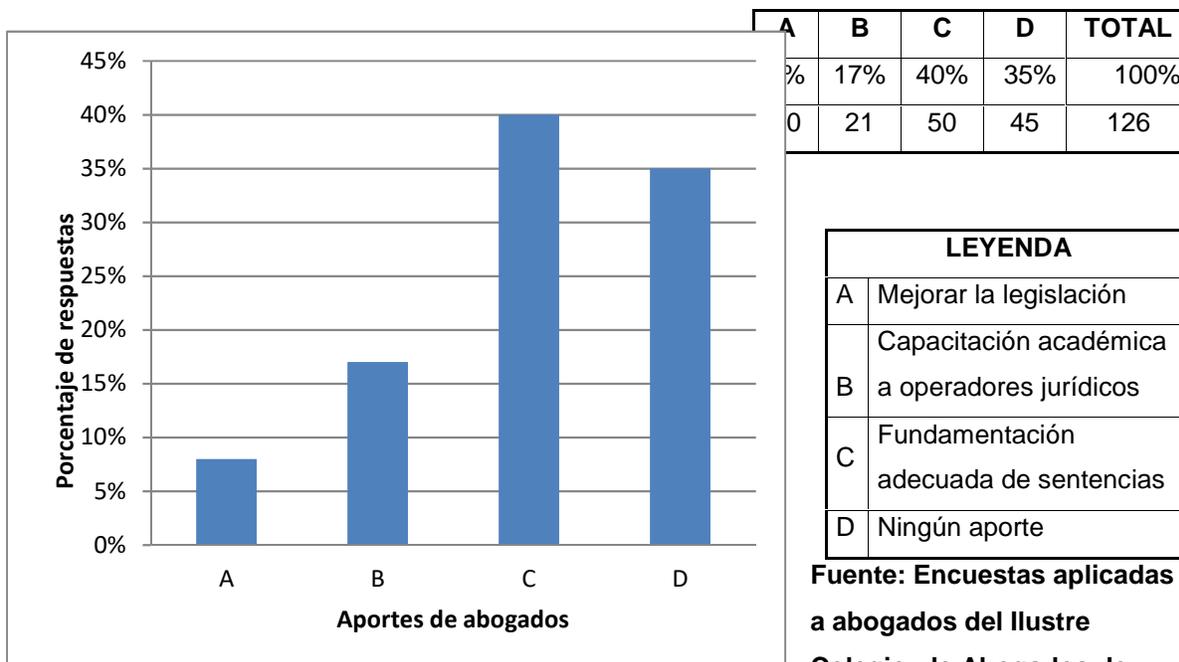
abogados del Ilustre Colegio de Abogados de Cajamarca; Setiembre 2010.

**ANÁLISIS:**

- El 89% de abogados, que equivale a 112, responden que la indebida fundamentación en la determinación de la pena afecta el derecho a la libertad ambulatoria.
- El 11%, que equivale a 14, señala lo contrario.
- Se observa que existe una diferencia del 78% entre las respuestas, es decir, un porcentaje muy elevado de diferencia, primando el criterio de que si afecta el derecho a la libertad ambulatoria.

GRÁFICA N° 30

10.- ¿Qué aportes daría para mejorar la determinación judicial en la aplicación de la pena?



Cajamarca; Setiembre-2010.

**ANÁLISIS:**

- El 8% de abogados, que equivale a 10, responden que se debe mejorar la legislación sobre determinación de la pena.
- El 17% de abogados, que equivale a 21, señala la capacitación de los operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados y otros) en temas sobre determinación de la pena.
- El 40%, que equivale a 50, responde que debe fundamentarse adecuadamente las sentencias.
- El 35%, que equivale a 45, no hace ningún aporte, porcentaje que demuestra la existencia de un gran número de abogados que son indiferentes al tema.

#### 4. Análisis de sentencias condenatorias

##### 4.1. Generalidades

Para el análisis de las sentencias condenatorias se elaboró una ficha de recolección de datos, cuya finalidad ha sido obtener información directa, del resultado de la labor jurisdiccional al momento de emitir pronunciamiento sobre la determinación judicial en la aplicación de la pena, referida a la aplicación del artículo 45° del Código Penal.

En este caso la información sobre la aplicación de la determinación judicial de la pena, ha sido obtenida de las propias sentencias condenatorias en las cuales se materializa la labor judicial de los jueces, como resultado del desarrollo del proceso penal, en que intervienen los sujetos procesales, como es el Ministerio Público a través de los fiscales y la defensa a través de los abogados defensores y los procesados.

Y con el resultado de este análisis se determina las razones de la aplicación o no del artículo 45° del Código Penal y sus consecuencias jurídicas que acarrearía.

Así mismo, señalamos que las sentencias que han sido materia de análisis, son todas las sentencias condenatorias emitidas en todos los procesos penales en los delitos de homicidio simple y calificado, tramitados ante los Juzgados Especializados, Unipersonales, Colegiados Penales y Salas Especializadas Penales de la Sede del Distrito Judicial de Cajamarca, periodo 2008 – 2010. El total de sentencias condenatorias, según información brindada por la Oficina de Estadística de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en el periodo 2008-2010 sumaron 31, distribuidas de la siguiente manera:

- Año 2008, sentencias condenatorias 18.
- Año 2009, sentencias condenatorias 04.
- Año 2010, sentencias condenatorias 09.

Es en ese sentido que en la ficha de recolección de datos se ha tenido en cuenta los siguientes aspectos:

1. Aplicación del artículo 45° del Código Penal, incisos 1, 2 y 3. 1Fundamentación.
2. Aplicación del artículo 45° del Código Penal, inciso 1. Fundamentación.
3. Aplicación del artículo 45° del Código Penal, inciso 2. Fundamentación.
4. Aplicación del artículo 45° del Código Penal, inciso 3. Fundamentación.

5. Aplicación del artículo 46° del Código Penal. Fundamentación.
6. Argumentación jurídica en temas de determinación judicial de la pena.
7. Estrategias sobre incorporación de medios probatorios útiles.
8. Sólo citación de los artículos 45° y 46° del Código Penal.

Los resultados son expuestos a continuación en gráficas con sus respectivas interpretaciones.

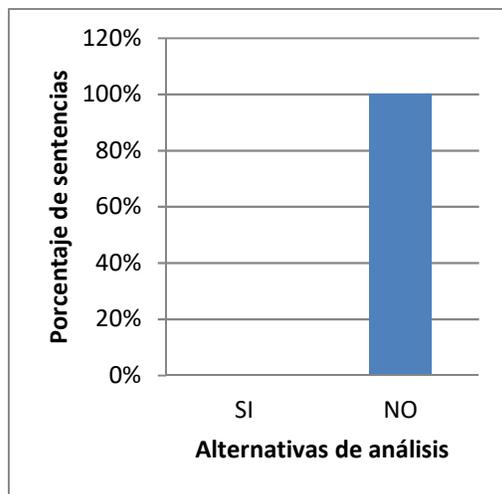
4.2. Sentencias 2008

4.2.1. Gráficas

SENTENCIAS AÑO 2008

GRÁFICA N° 31

1.- Fundamentación con la aplicación del artículo 45° incisos 1, 2 y 3 del Código Penal



SI	NO	TOTAL
0%	100%	100%
0	18	18

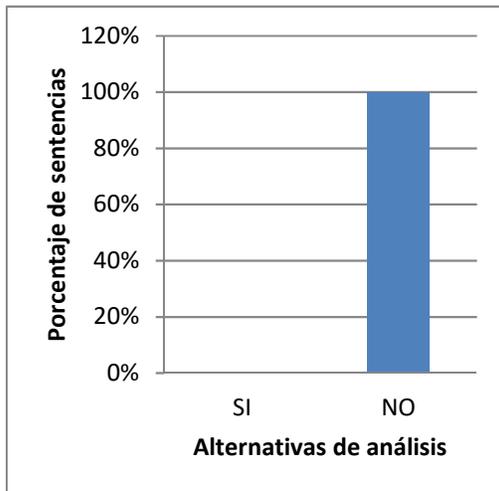
Fuente: Sentencias condenatorias expedidas en los juzgados y salas especializadas penales de la sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, año 2008. Oficina de Estadística.

**ANÁLISIS:**

- No existe fundamentación con aplicación del artículo 45° incisos 1,2 y 3 del Código Penal, en todas las sentencias condenatorias expedidas por los juzgados penales, en los delitos de homicidio simple y calificado, durante el año 2008.

GRÁFICA N° 32

2.- Fundamentación con la aplicación del artículo 45° inciso 1 del Código Penal



SI	NO	TOTAL
0%	100%	100%
0	18	18

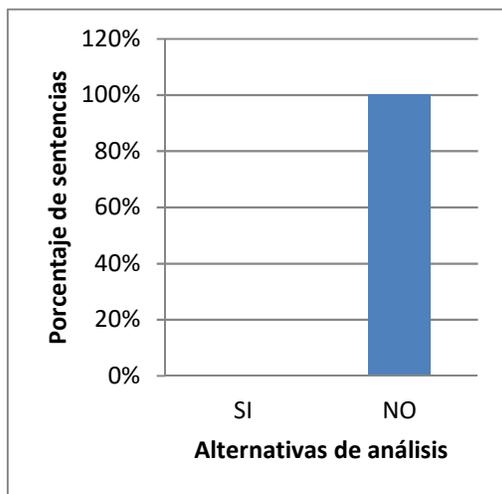
Fuente: Sentencias condenatorias expedidas en los juzgados y salas especializadas penales de la sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, año 2008. Oficina de Estadística.

**ANÁLISIS:**

- No existe fundamentación con aplicación del artículo 45° inciso 1 del Código Penal, en todas las sentencias condenatorias expedidas por los juzgados penales, en los delitos de homicidio simple y calificado, durante el año 2008.

GRÁFICA N° 33

3.- Fundamentación en la aplicación del artículo 45° inciso 2 del Código Penal



SI	NO	TOTAL
0%	100%	100%
0	18	18

Fuente: Sentencias condenatorias expedidas en

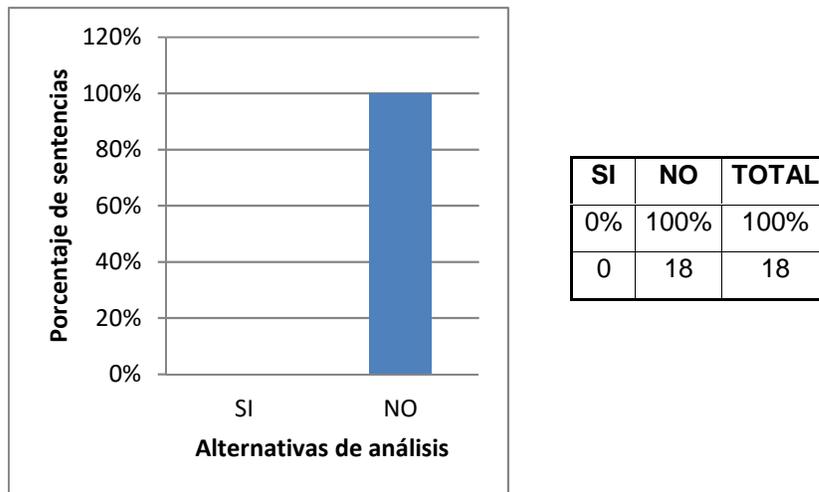
los juzgados y salas especializadas penales de la sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, año 2008. Oficina de Estadística.

**ANÁLISIS:**

- No existe fundamentación con aplicación del artículo 45° inciso 2 del Código Penal, en todas las sentencias condenatorias expedidas por los juzgados penales, en los delitos de homicidio simple y calificado, durante el año 2008.

GRÁFICA N° 34

4.- Fundamentación con la aplicación del artículo 45° inciso 3 del Código Penal



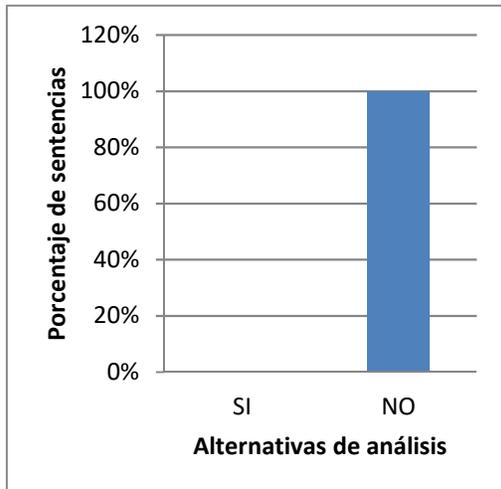
Fuente: Sentencias condenatorias expedidas en los juzgados y salas especializadas penales de la sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, año 2008. Oficina de Estadística.

**ANÁLISIS:**

- No existe fundamentación con aplicación del artículo 45° inciso 3 del Código Penal, en todas las sentencias condenatorias expedidas por los juzgados penales, en los delitos de homicidio simple y calificado, durante el año 2008.

GRÁFICA N° 35

5.- Fundamentación con la aplicación del artículo 46° del Código Penal



SI	NO	TOTAL
0%	100%	100%
0	18	18

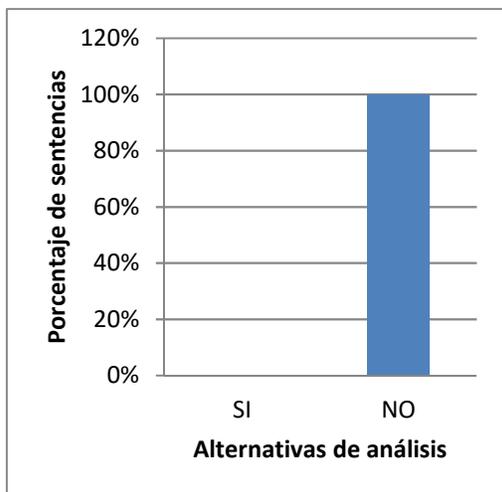
Fuente: Sentencias condenatorias expedidas en los juzgados y salas especializadas penales de la sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, año 2008. Oficina de Estadística.

**ANÁLISIS:**

- No existe fundamentación con aplicación del artículo 46° del Código Penal, en todas las sentencias condenatorias expedidas por los juzgados penales, en los delitos de homicidio simple y calificado, durante el año 2008.

GRÁFICA N° 36

6.- Argumentación jurídica en temas de determinación judicial de la pena



SI	NO	TOTAL
0%	100%	100%
0	18	18

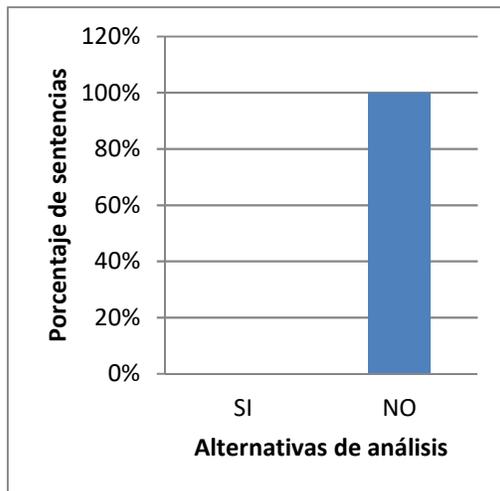
Fuente: Sentencias condenatorias expedidas en los juzgados y salas especializadas penales de la sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, año 2008. Oficina de Estadística.

**ANÁLISIS:**

- No existe argumentación jurídica, en todas las sentencias condenatorias expedidas por los juzgados penales, en los delitos de homicidio simple y calificado, durante el año 2008.

GRÁFICA N° 37

7.- Estrategias sobre incorporación de medios probatorios útiles para la determinación judicial de la pena.



SI	NO	TOTAL
0%	100%	100%
0	18	18

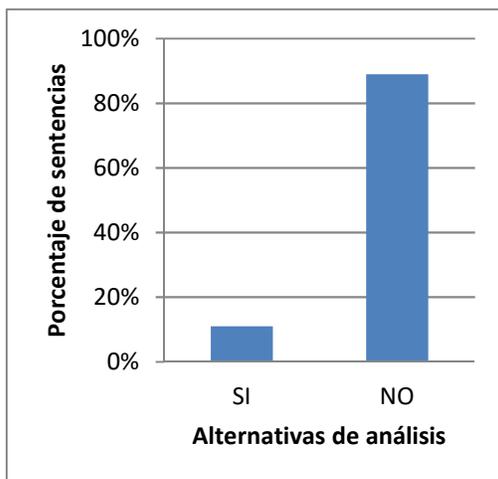
Fuente: Sentencias condenatorias expedidas en los juzgados y salas especializadas penales de la sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, año 2008. Oficina de Estadística.

**ANÁLISIS:**

- No existe ninguna estrategia sobre incorporación de medios probatorios útiles para la fundamentación de la determinación judicial de la pena, en todas las sentencias condenatorias expedidas por los juzgados penales, en los delitos de homicidio simple y calificado, durante el año 2008.

GRÁFICA N° 38

8.- Sólo citación de los artículos 45° y 46° del Código Penal.



SI	NO	TOTAL
11%	89%	100%
2	16	18

Fuente: Sentencias condenatorias expedidas en los juzgados y salas especializadas penales de la sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, año 2008. Oficina de Estadística.

**ANÁLISIS:**

- En el 11% que equivale a 2 sentencias, los jueces citaron a los artículos 45° y 46° del Código Penal.
- En el 89% que equivale a 16 sentencias no hubo mención alguna de los citados artículos.
- La diferencia es de 78% equivalente a 14 sentencias, que consideramos es muy elevada.

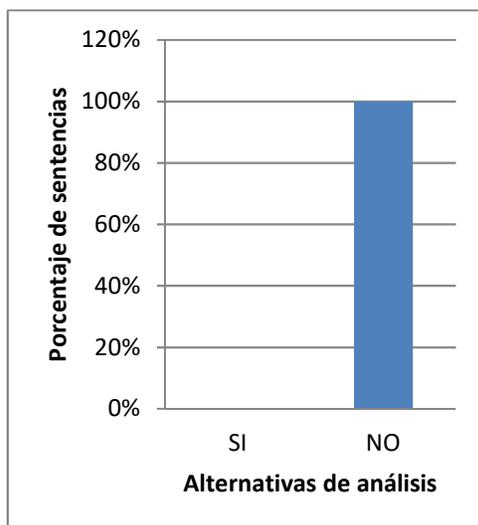
4.3. Sentencias 2009

4.3.1. Gráficas

SENTENCIAS AÑO 2009

GRÁFICA N° 39

1.- Fundamentación con la aplicación del artículo 45° incisos 1, 2 y 3 del Código Penal.



SI	NO	TOTAL
0%	100%	100%
0	4	4

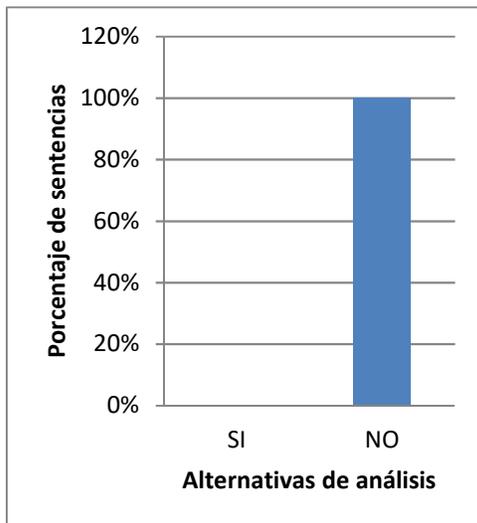
Fuente: Sentencias condenatorias expedidas en los juzgados y salas especializadas penales de la sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, año 2009. Oficina de Estadística.

**ANÁLISIS**

- No existe fundamentación con aplicación del artículo 45° incisos 1,2 y 3 del Código Penal, en todas las sentencias condenatorias expedidas por los juzgados penales, en los delitos de homicidio simple y calificado, durante el año 2009.

GRÁFICA N° 40

2.- Fundamentación con la aplicación del artículo 45° inciso 1 del Código Penal.



SI	NO	TOTAL
0%	100%	100%
0	4	4

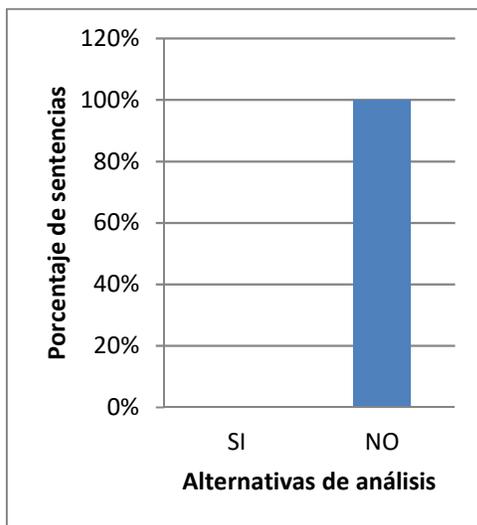
Fuente: Sentencias condenatorias expedidas en los juzgados y salas especializadas penales de la sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, año 2009. Oficina de Estadística.

**ANÁLISIS:**

- No existe fundamentación con aplicación del artículo 45° inciso 1 del Código Penal, en todas las sentencias condenatorias expedidas por los juzgados penales, en los delitos de homicidio simple y calificado, durante el año 2009.

GRÁFICA N° 41

3.- Fundamentación con la aplicación del artículo 45° inciso 2 del Código Penal.



SI	NO	TOTAL
0%	100%	100%
0	4	4

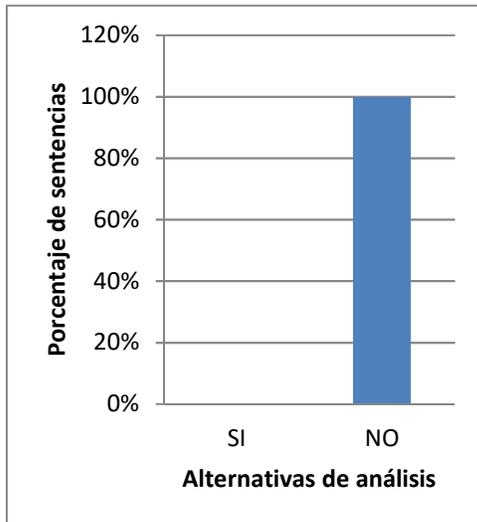
Fuente: Sentencias condenatorias expedidas en los juzgados y salas especializadas penales de la sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, año 2009. Oficina de Estadística.

**ANÁLISIS:**

- No existe fundamentación con aplicación del artículo 45° inciso 2 del Código Penal, en todas las sentencias condenatorias expedidas por los juzgados penales, en los delitos de homicidio simple y calificado, durante el año 2009.

GRÁFICA N° 42

4.- Fundamentación con la aplicación del artículo 45° inciso 3 del Código Penal.



SI	NO	TOTAL
0%	100%	100%
0	4	4

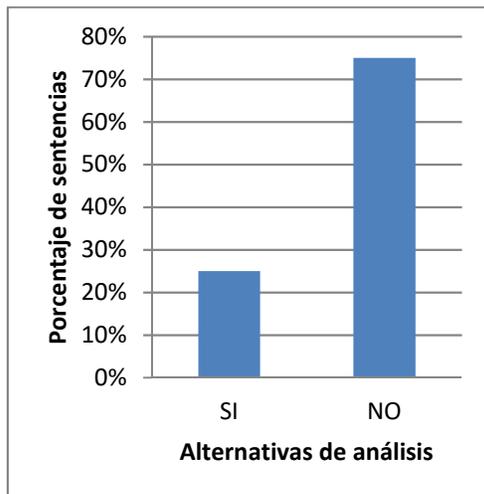
Fuente: Sentencias condenatorias expedidas en los juzgados y salas especializadas penales de la sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, año 2009. Oficina de Estadística.

**ANÁLISIS:**

- No existe fundamentación con aplicación del artículo 45° inciso 3 del Código Penal, en todas las sentencias condenatorias expedidas por los juzgados penales, en los delitos de homicidio simple y calificado, durante el año 2009.

GRÁFICA N° 43

5.- Fundamentación con la aplicación del artículo 46° del Código Penal.



SI	NO	TOTAL
25%	75%	100%
1	3	4

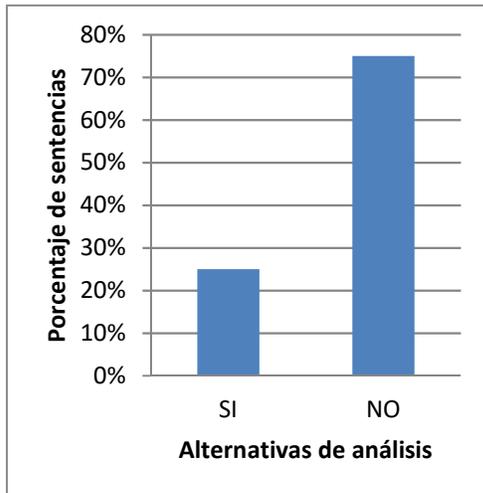
Fuente: Sentencias condenatorias expedidas en los juzgados y salas especializadas penales de la sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, año 2009. Oficina de Estadística.

**ANÁLISIS:**

- En el 25% que equivale a 01 sentencia se aplicó el artículo 46° del Código Penal, al fundamentar la determinación judicial de la pena en la sentencia condenatoria.
- Mientras que el 75% que equivale a 03 sentencias no se aplicó el artículo 46° del Código Penal.

GRÁFICA N° 44

6.- Argumentación jurídica en temas de determinación judicial de la pena.



SI	NO	TOTAL
25%	75%	100%
1	3	4

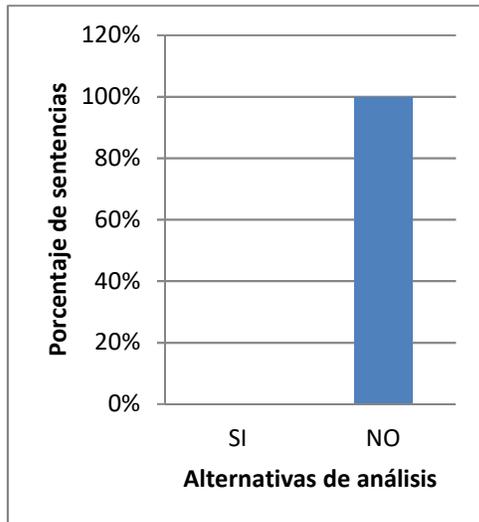
Fuente: Sentencias condenatorias expedidas en los juzgados y salas especializadas penales de la sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, año 2009. Oficina de Estadística.

**ANÁLISIS:**

- En el 25% que equivale a 01 sentencia se argumentó jurídicamente la determinación judicial de la pena en la sentencia condenatoria.
- Mientras que el 75% que equivale a 03 sentencias no hubo fundamentación.

GRÁFICA N° 45

7.- Estrategias sobre incorporación de medios probatorios útiles.



SI	NO	TOTAL
0%	100%	100%
0	4	4

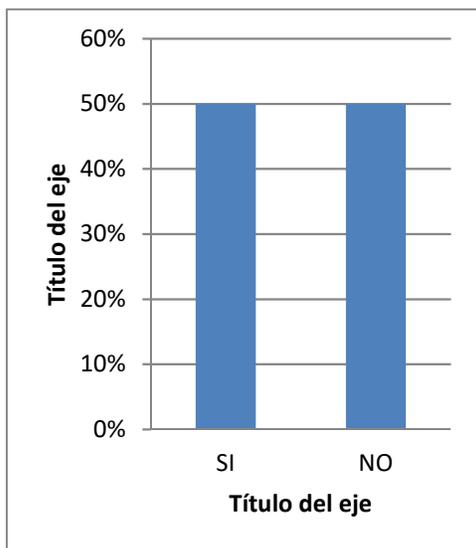
Fuente: Sentencias condenatorias expedidas en los juzgados y salas especializadas penales de la sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, año 2009. Oficina de Estadística.

**ANALISIS:**

- No existe estrategias sobre incorporación de medios probatorios útiles para la determinación judicial de la pena, en todas las sentencias condenatorias expedidas por los juzgados penales, en los delitos de homicidio simple y calificado, durante el año 2009.

GRÁFICA N° 46

8.- Sólo citación de los artículos 45° y 46° del Código Penal, en la determinación judicial de la pena.



SI	NO	TOTAL
50%	50%	100%
2	2	4

Fuente: Sentencias condenatorias expedidas en los juzgados y salas especializadas penales de la sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, año 2009. Oficina de Estadística.

**ANÁLISIS:**

- En el 50% que equivale a 02 sentencias, sólo se citó a los artículos 45° y 46° del Código Penal.
- Y en el otro 2% no hubo citación de los artículos mencionados.

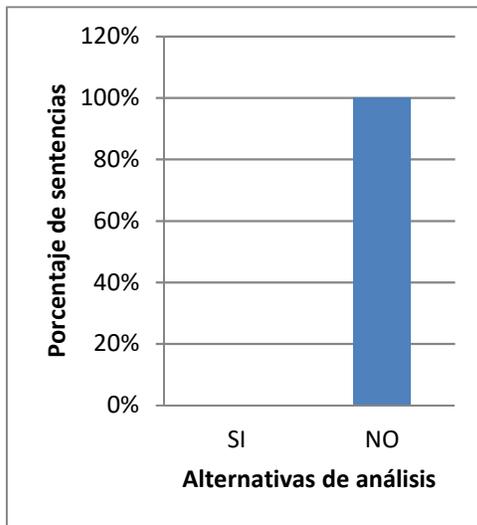
4.4. Sentencias 2010

4.4.1. Gráficas

SENTENCIAS AÑO 2010

GRÁFICA N° 47

1.- Fundamentación con la aplicación del artículo 45° incisos 1, 2 y 3 del Código Penal.



SI	NO	TOTAL
0%	100%	100%
0	9	9

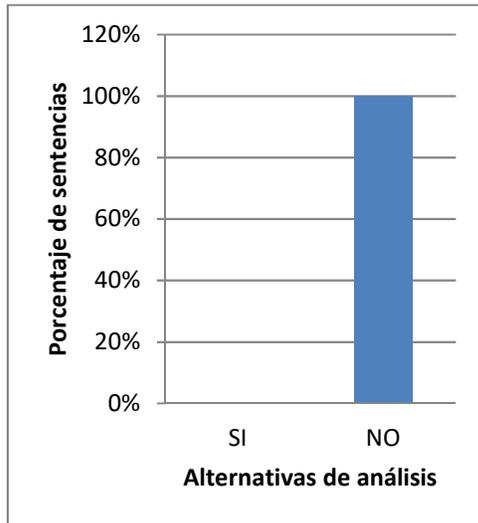
Fuente: Sentencias condenatorias expedidas en los juzgados y salas especializadas penales de la sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, año 2010. Oficina de Estadística.

**ANÁLISIS:**

- No existe fundamentación con aplicación del artículo 45° incisos 1,2 y 3 del Código Penal, en todas las sentencias condenatorias expedidas por los juzgados penales, en los delitos de homicidio simple y calificado, durante el año 2010.

GRÁFICA N° 48

2.- Fundamentación con la aplicación del artículo 45° inciso 1 del Código Penal.



SI	NO	TOTAL
0%	100%	100%
0	9	9

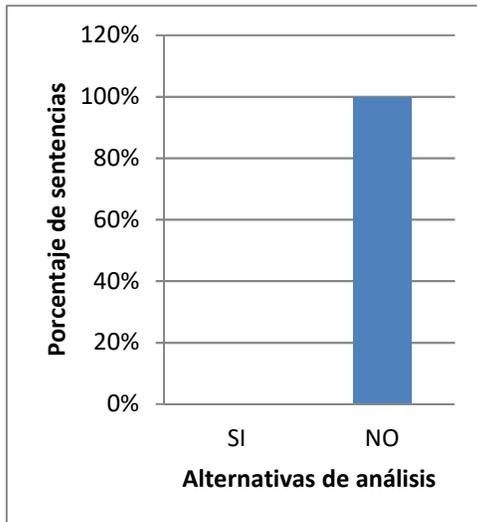
Fuente: Sentencias condenatorias expedidas en los juzgados y salas especializadas penales de la sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, año 2010. Oficina de Estadística.

**ANÁLISIS**

- No existe fundamentación con aplicación del artículo 45° inciso 1 del Código Penal, en todas las sentencias condenatorias expedidas por los juzgados penales, en los delitos de homicidio simple y calificado, durante el año 2010.

GRÁFICA N° 49

3.- Fundamentación con la aplicación del artículo 45° inciso 2 del Código Penal.



SI	NO	TOTAL
0%	100%	100%
0	9	9

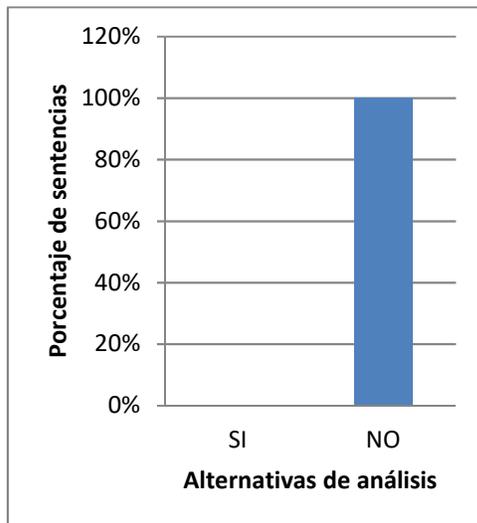
Fuente: Sentencias condenatorias expedidas en los juzgados y salas especializadas penales de la sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, año 2010. Oficina de Estadística.

**ANÁLISIS:**

- No existe fundamentación con aplicación del artículo 45° inciso 2 del Código Penal, en todas las sentencias condenatorias expedidas por los juzgados penales, en los delitos de homicidio simple y calificado, durante el año 2010.

GRÁFICA N° 50

4.- Fundamentación con la aplicación del artículo 45° inciso 3 del Código Penal.



SI	NO	TOTAL
0%	100%	100%
0	9	9

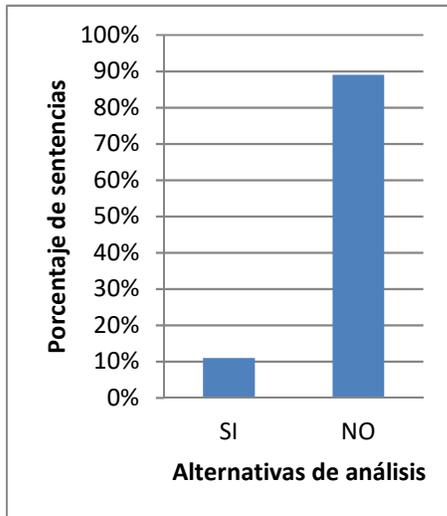
Fuente: Sentencias condenatorias expedidas en los juzgados y salas especializadas penales de la sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, año 2010. Oficina de Estadística.

**ANÁLISIS:**

- No existe fundamentación con aplicación del artículo 45° inciso 3 del Código Penal, en todas las sentencias condenatorias expedidas por los juzgados penales, en los delitos de homicidio simple y calificado, durante el año 2010.

GRÁFICA N° 51

5.- Fundamentación con la aplicación del artículo 46° del Código Penal.



SI	NO	TOTAL
11%	89%	100%
1	8	9

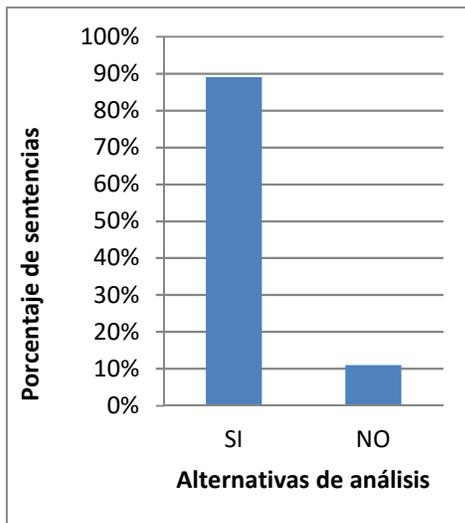
Fuente: Sentencias condenatorias expedidas en los juzgados y salas especializadas penales de la sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, año 2010. Oficina de Estadística.

**ANÁLISIS:**

- En el 11% que equivale a 01 sentencia, se aplicó el artículo 46° del Código Penal, al fundamentar la determinación judicial de la pena en la sentencia condenatoria.
- Mientras que el 89% que equivale a 08 sentencias no se aplicó el artículo 46° del Código Penal.

GRÁFICA N° 52

6.- Argumentación jurídica en temas de determinación judicial de la pena.



SI	NO	TOTAL
89%	11%	100%
8	1	9

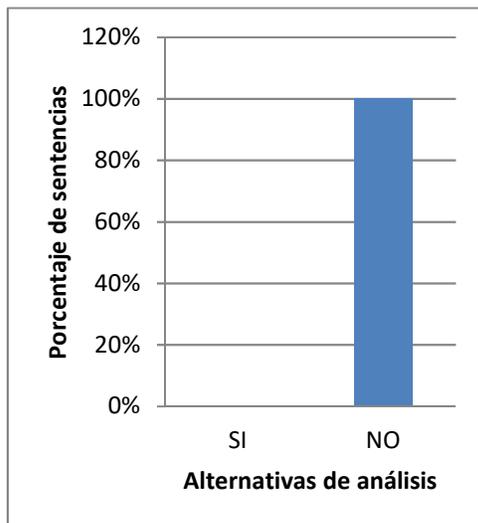
Fuente: Sentencias condenatorias expedidas en los juzgados y salas especializadas penales de la sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, año 2010. Oficina de Estadística.

**ANÁLISIS**

- En el 89% que equivale a 08 sentencias se argumentó jurídicamente la determinación judicial de la pena en la sentencia condenatoria.
- Mientras que el 11% que equivale a 01 sentencia no hubo fundamentación.

GRÁFICA N° 53

7.- Estrategias sobre incorporación de medios probatorios útiles para la fundamentación de la determinación judicial de la pena.



SI	NO	TOTAL
0%	100%	100%
0	9	9

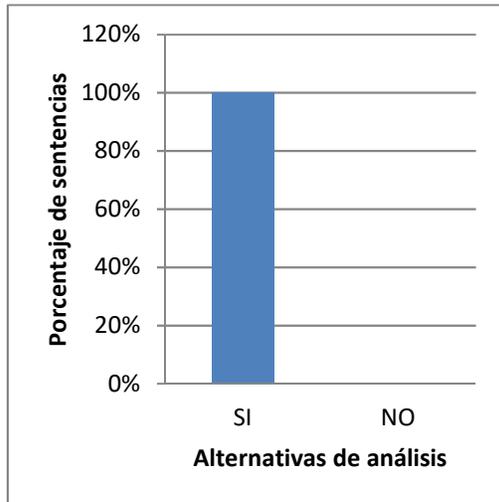
Fuente: Sentencias condenatorias expedidas en los juzgados y salas especializadas penales de la sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, año 2010. Oficina de Estadística.

**ANÁLISIS:**

- No existe estrategias sobre incorporación de medios probatorios útiles para la determinación judicial de la pena, en todas las sentencias condenatorias expedidas por los juzgados penales, en los delitos de homicidio simple y calificado, durante el año 2010.

GRÁFICA N° 54

8.- Sólo citación de los artículos 45° y 46° del Código Penal.



SI	NO	TOTAL
100%	0%	100%
9	0	9

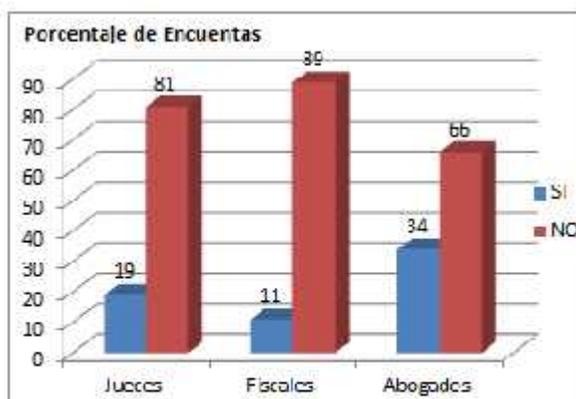
Fuente: Sentencias condenatorias expedidas en los juzgados y salas especializadas penales de la sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, año 2010. Oficina de Estadística.

**ANÁLISIS**

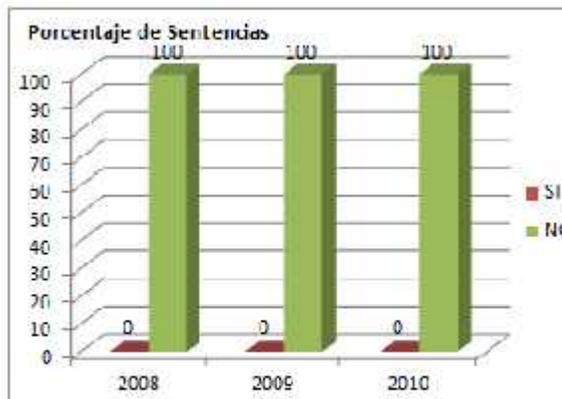
- En el 100% de las sentencias condenatorias expedidas por los juzgados penales, en los delitos de homicidio simple y calificado, durante el año 2010, sólo se hizo citación de los artículos 45° y 46° del Código Penal.

5. Gráficas de resúmenes y cuadros comparativos

Aplicación Art. 45º del Código Penal

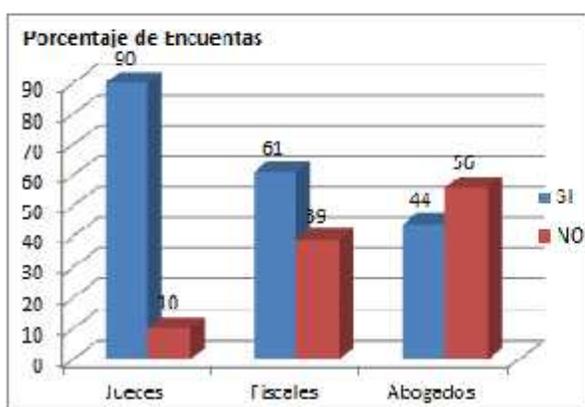


Profesional	Sí		No		TOTAL
	%	Cantidad	%	Cantidad	
Jueces	19	4	81	17	21
Fiscales	11	5	89	39	44
Abogados	34	43	66	83	126

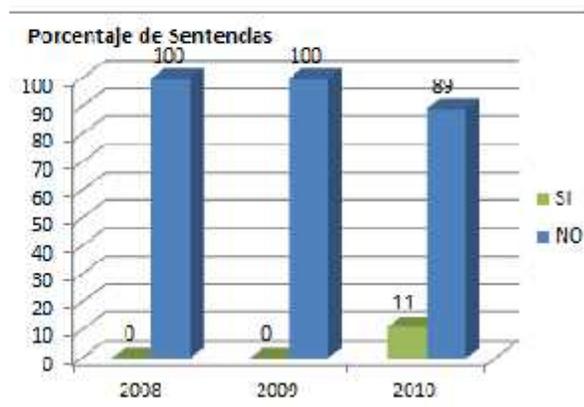


Año	Sí		No		TOTAL
	%	Cantidad	%	Cantidad	
2008	0	0	100	18	18
2009	0	0	100	4	4
2010	0	0	100	9	9

**Fundamentación Jurídica de la determinación judicial de la Pena**

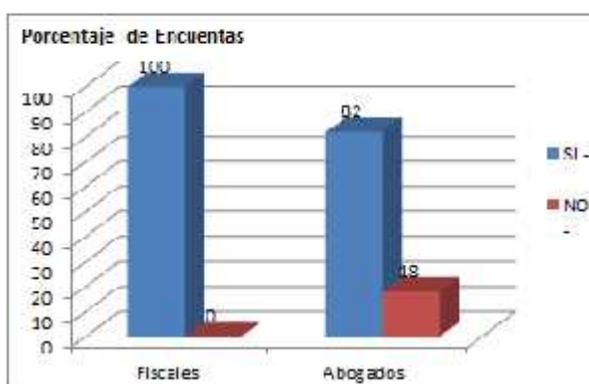


Profesional	Sí		No		TOTAL
	%	Cantidad	%	Cantidad	
Jueces	90	19	10	2	21
Fiscales	61	27	39	17	44
Abogados	44	55	56	70	126



Año	Sí		No		TOTAL
	%	Cantidad	%	Cantidad	
2008	0	0	100	18	18
2009	0	0	100	4	4
2010	11	1	89	9	9

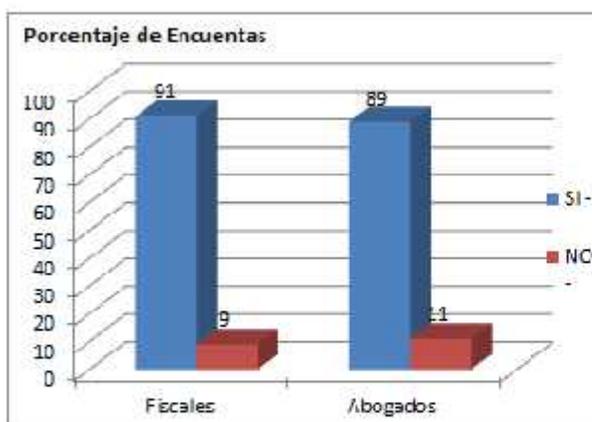
**Indefensión a los Justiciables por Inaplicación del Art. 45º del Código Penal**



Profesional	Sí		No		TOTAL
	%	Cantidad	%	Cantidad	
Jueces	-	-	-	-	-
Fiscales	100	44	0	0	44
Abogados	82	103	18	23	126

Año	Sí		No		TOTAL
	%	Cantidad	%	Cantidad	
2008	0	0	100	18	18
2009	0	0	100	4	4
2010	0	0	100	9	9

**Afectación a la Libertad Ambulatoria por Inaplicación del Art. 45º del Código Penal**

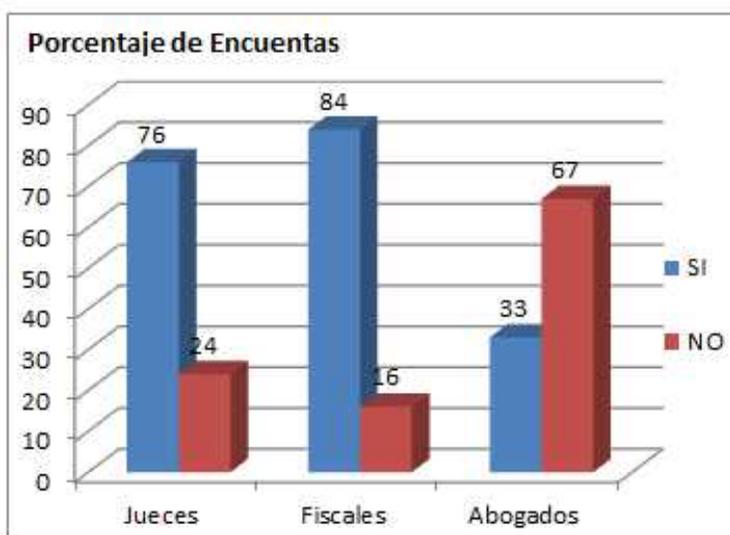


Profesional	SI		NO		TOTAL
	%	Cantidad	%	Cantidad	
Jueces	-	-	-	-	-
Fiscales	91	40	9	4	44
Abogados	89	112	11	14	126



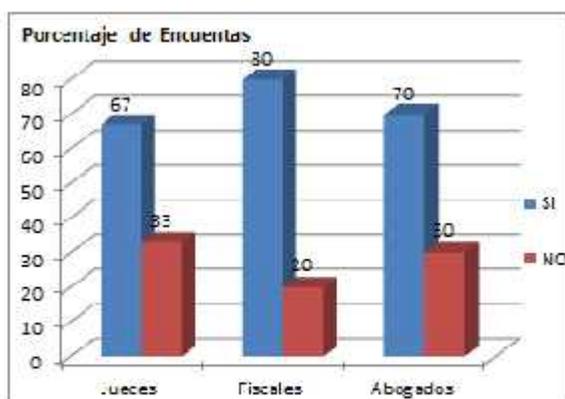
Año	SI		NO		TOTAL
	%	Cantidad	%	Cantidad	
2008	0	0	100	18	18
2009	0	0	100	4	4
2010	0	0	100	9	9

### Conocimiento sobre temas de Determinación de la Pena



Profesional	Sí		No		TOTAL
	%	Cantidad	%	Cantidad	
Jueces	76	16	24	5	21
Fiscales	84	37	16	7	44
Abogados	33	41	67	85	126

**Incorporación de Medios Probatorios útiles para la Determinación Judicial de la Pena**

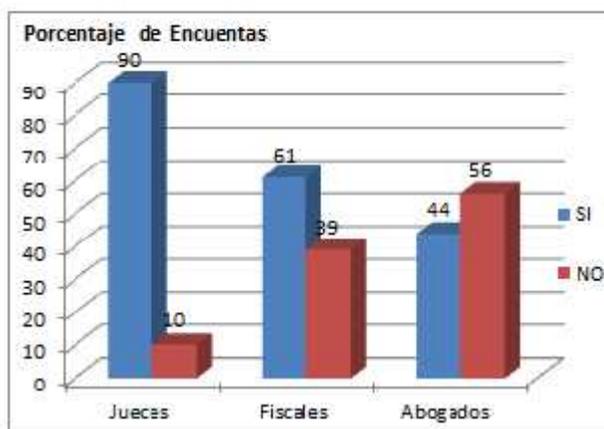


Profesional	Sí		No		TOTAL
	%	Cantidad	%	Cantidad	
Jueces	67	14	33	7	21
Fiscales	80	35	20	9	44
Abogados	70	88	30	38	126

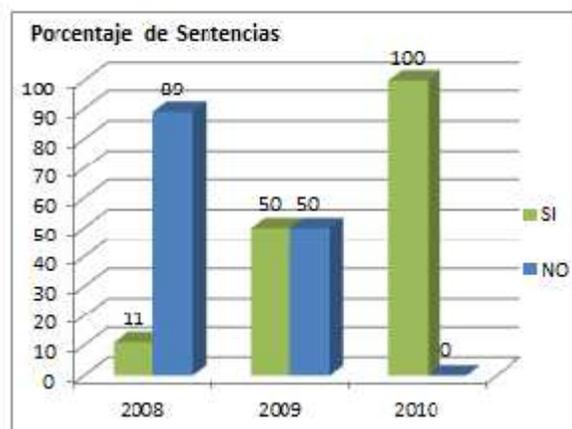


Año	Sí		No		TOTAL
	%	Cantidad	%	Cantidad	
2008	0	0	100	18	18
2009	0	0	100	4	4
2010	0	0	100	9	9

**Solo citación del Art. 45º del Código Penal (Fundamentación)**

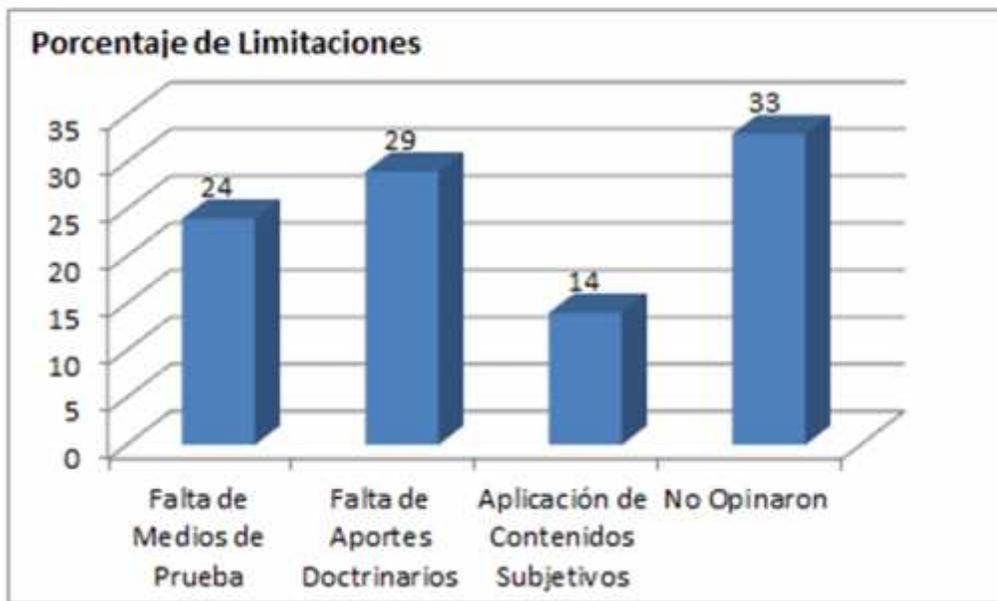


Profesional	Sí		No		TOTAL
	%	Cantidad	%	Cantidad	
Jueces	90	19	10	2	21
Fiscales	61	27	39	17	44
Abogados	44	56	56	70	126

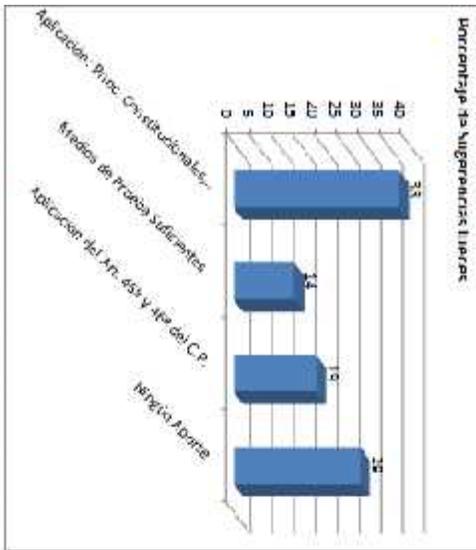


Año	Sí		No		TOTAL
	%	Cantidad	%	Cantidad	
2008	11	2	89	16	18
2009	50	2	50	2	4
2010	100	9	0	0	9

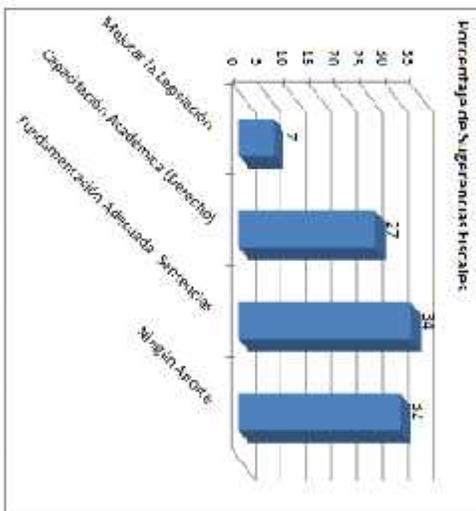
**Limitaciones de los Jueces para Fundamentar la Determinación Judicial de la Pena**



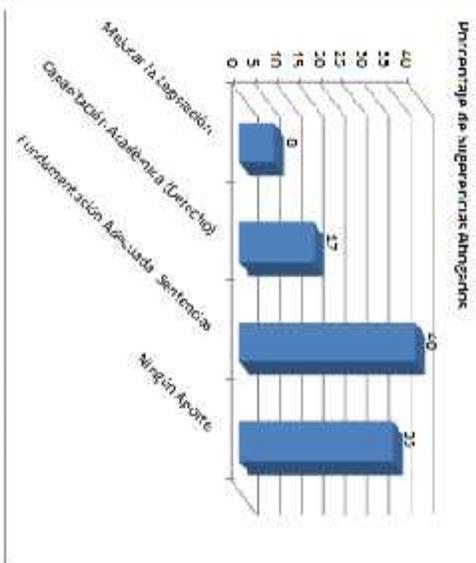
### Sugerencias para mejorar la determinación de la Pena



SUGERENCIAS	%	Cantidad	Total
Aplicación Princ. Constitucionales, Acuerdos Plenario y Jurisprudencia	33%	8	21
Medios de prueba suficientes	14%	3	21
Aplicación del Art. 451 y 452 del C.P.	18%	4	21
Ningun Aporte	29%	6	21



SUGERENCIAS	%	Cantidad	Total
Mejorar la Legislación	7%	3	44
Capacitación Académica (Derecho)	27%	12	44
Fundamentación Adecuada Sentencias	34%	15	44
Ningun Aporte	32%	14	44



SUGERENCIAS	%	Cantidad	Total
Mejorar la Legislación	8%	10	126
Capacitación Académica (Derecho)	17%	21	126
Fundamentación Adecuada Sentencias	40%	50	126
Ningun Aporte	35%	45	126

**CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS****CONCLUSIONES**

1. Jueces, fiscales y abogados, señalaron que al determinarse judicialmente la pena, en las sentencias condenatorias expedidas en los años 2008 a 2010, en los delitos de homicidio simple y calificado en la Sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, no fundamentaron la determinación judicial de la pena en aplicación del artículo 45° del Código Penal; y del análisis comparativo efectuado en las sentencias antes referidas, se determinó la inexistencia de fundamentación en aplicación del artículo en mención, trayendo como consecuencias jurídicas la afectación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y el derecho de defensa.
2. Jueces, fiscales y abogados, manifestaron que en las sentencias emitidas durante los años 2008 a 2010, en los delitos de homicidio simple y calificado en la Sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, se cumplió con fundamentar jurídicamente la determinación judicial de la pena; sin embargo, del análisis comparativo de las sentencias se determinó que en los años 2008 y 2009 no se cumplió con dicha fundamentación y en el año 2010, sólo una sentencia fue fundamentada; omisión de fundamentación que generó afectación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y el derecho de defensa.
3. Fiscales y abogados, señalaron que la no fundamentación de la determinación judicial de la pena, causa indefensión en los justiciables; y del análisis comparativo efectuado en las sentencias condenatorias, durante los años 2008 a 2010 por los delitos de homicidio simple y calificado en la Sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, se determinó la inexistencia de fundamentación en aplicación del artículo 45° del Código Penal, por lo que se concluye que la no fundamentación de la determinación judicial de la pena afecta el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y de defensa de los condenados.
4. Fiscales y abogados, señalaron que la indebida fundamentación de la determinación judicial de la pena, origina afectación al derecho a la libertad ambulatoria y del análisis comparativo efectuado en las sentencias condenatorias durante los años 2008 a 2010 por los delitos de homicidio simple y calificado en la Sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, determinó la inexistencia de fundamentación en aplicación del artículo 45° del Código Penal, por lo que se concluye que la no fundamentación de la determinación judicial de la pena origina como consecuencia jurídica la afectación del derecho a la motivación de resoluciones judiciales y de defensa de los condenados.
5. Jueces y fiscales, señalaron tener conocimientos jurídicos suficientes sobre temas de determinación judicial de la pena; los abogados por el contrario señalaron no conocer estos temas, y del análisis de las sentencias expedidas en los años 2008 a 2010, se determinó la

inexistencia de fundamentación en los temas jurídicos mencionados; por lo que, la no aplicación y la falta estos conocimientos, afecta el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y de defensa de los condenados.

6. Jueces, fiscales y abogados, señalaron que existe incorporación de medios probatorios útiles para la determinación judicial de la pena, referidos en el artículo 45° del Código Penal; sin embargo, del análisis comparativo de las sentencias condenatorias emitidas durante los años 2008 a 2010 en los delitos de homicidio simple y calificado en la Sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, se determinó que no se incorporó ningún medio probatorio referido a los supuestos descritos en el artículo en mención, originando la afectación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y de defensa de los condenados.
  
7. Jueces, fiscales y abogados, señalaron que al imponerse la pena, no se fundamenta la determinación judicial de la pena en aplicación del artículo 45° del Código Penal; y el resultado del análisis comparativo de las sentencias condenatorias emitidas durante los años 2008 a 2010 en los delitos de homicidio simple y calificado en la Sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, determinó que sólo citan el artículo 45° del Código Penal, más no desarrollan su fundamentación, habiendo tenido la práctica judicial una evolución ya que en el año 2008 sólo en el 11% de las sentencias se hacía dicha cita; en el año 2009 en el 50%; y en el año 2010 se citó el artículo en el 100%, no obstante ello consideramos que la sola cita del artículo mencionado, genera como consecuencias jurídicas la afectación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y de defensa de los condenados.

### SUGERENCIAS

1. Sugerir al Presidente de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, que en aplicación del artículo 116° de la Ley Orgánica de Poder Judicial, artículo 90° incisos 3 y 4 que establecen entre sus atribuciones y obligaciones: “dirigir la aplicación de la política del Poder Judicial en su Distrito y cautelar la pronta administración de justicia, así como el cumplimiento de las obligaciones de los Magistrados del Poder judicial”; la realización de un Pleno Jurisdiccional Distrital para discutir la institución jurídica de la motivación de las resoluciones judiciales y la determinación judicial de la pena en aplicación del artículo 45° del Código Penal.
2. Sugerir al Presidente de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial de Cajamarca, que en aplicación del artículo 116° de la Ley Orgánica de Poder Judicial, artículo 90° incisos 3 y 4 que establecen entre sus atribuciones y obligaciones: “dirigir la aplicación de la política del Poder Judicial en su Distrito y cautelar la pronta administración de justicia, así como el cumplimiento de las obligaciones de los Magistrados del Poder judicial, la emisión de una “Circular relativa a la correcta motivación de resoluciones judiciales y la determinación judicial de la pena en aplicación del artículo 45° del Código Penal”.
- 3 Sugerir al Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Cajamarca, la realización de diferentes eventos académicos, como son: seminarios, debates, foros, talleres, entre otros, con la participación de miembros de la Corte Superior de Justicia, Ministerio Público y Universidades de Cajamarca, con la finalidad de discutir la institución jurídica de la motivación de las resoluciones judiciales y la determinación judicial de la pena en aplicación de lo dispuesto por el artículo 45° del Código Penal.

**BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA****1. Libros**

1. AMBOS, Kai. *Fundamentos y Ensayos Críticos de Derecho Penal y Procesal Penal - Fines de la Pena*. 1° ed. Lima. Edit. Palestra Editores S.A.C. 2010.
2. ÁNGELES GONZÁLES, Fernando y Manuel FRISANCHO APARICIO. *Código Penal Comentado-Concordado-Anotado-Jurisprudencia I*. Lima. Edit. Ediciones Jurídicas. 1996.
3. ÁNGELES GONZÁLES, Fernando y Manuel FRISANCHO APARICIO. *Código Penal Comentado-Concordado-Anotado-Jurisprudencia II*. Lima. Edit. Ediciones Jurídicas. 1996.
4. ATIENZA, Manuel. *El Derecho como Argumentación*. 1°ed. Barcelona. Edit. Ariel. 2006.
5. BELTRAN VARILLAS, Cecilia y otros. *La Constitución Comentada-Análisis Artículo por Artículo*. 1° ed. Lima. Edit. Gaceta Jurídica. Tomo II. 2005.
6. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993 Análisis Comparado*. 4° ed. Lima. Edit. RAO. 1998.
7. BESIO HERNÁNDEZ, Martín. *Valoración y Compensación Racional de Circunstancias Atenuantes y Agravantes*. Barcelona. In Dret. Revista para el Análisis del Derecho. 2012.
8. BRAMONT ARIAS TORRES, Luis. *Manuel de Derecho Penal – Parte Especial*. Lima. Edit. San Marcos. 1994.
9. BRAMONT ARIAS, Luis y Luis BRAMONT - ARIAS TORRES, Luis. *Código Penal Anotado*. 1° ed. Lima. Edit. San Marcos. 1995.

10. CAFFARENA BORJA, Mapelli. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. 3° ed. Madrid. Edit. Civitas. 1996.
11. CASTILLO ALVA, José Luis; LUJÁN TÚPEZ, Manuel y Roger ZAVALA RODRÍGUEZ. *Razonamiento Judicial. Interpretación, Argumentación y Motivación de las Resoluciones Judiciales*. 2° ed. Lima. Edit. ARA Editores. 2006.
12. CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner. *Código Penal con Jurisprudencia Vinculante y General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional*. 11° ed. Lima. Edit. Jurídica Grijley. 2009.
13. DE RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel. *Función y Aplicación de la Pena*. 1° ed. Buenos Aires. Editorial Depalma. 1993.
14. *El Código Penal en su Jurisprudencia. Sentencias vinculadas con los artículos y figuras jurídicas del Código Penal*. 1° ed. Lima. Gaceta Jurídica. 2007.
15. *El Código Penal en su Jurisprudencia*. 1° ed. Lima. Edit. Gaceta Jurídica. 2007.
16. GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El Código Procesal Penal-Comentarios Descriptivos, Explicativos y Críticos*. 1° Ed. Lima. Jurista Editores. 2008.
17. GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal – Parte General*. Lima. Editorial Griyley. 2008.
18. GORRA, Daniel Gustavo. *Fundamentos y fines de la Pena*. 1° ed. Lima. Edit. Ediciones Jurídicas del Centro. 2008.
19. HARO LÁZARO, César. *Derecho Penal Peruano Parte Especial*. 2° ed. Lima. Edit. Hala Editores. 1998.
20. LEDEZMA NARVAEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. 1° ed. Lima. Edit. Gaceta Jurídica. Tomo I, 2008.
21. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho Penal-Parte General*. 1° ed. Madrid. Edit. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales. S.A. Tomo IV. 2002.
22. NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno-Parte General*. 1° ed. Santiago de Chile. Edit. Jurídica de Chile. Libro I. Tomo II. 1966.

23. OLIVERA DÍAZ, Guillermo. *El Proceso Penal Peruano*. 2° ed. Lima. 1986.
24. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte General. Teoría del Delito y de la Pena y sus Consecuencias Jurídicas*. 2° ed. Lima. Edit. Rodas. 2007.
25. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Nuevo Proceso Penal Reforma y Política Criminal*. 1° ed. Lima. Edit. Idemsa. 2009.
26. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios*. 1° Ed. Lima. Edit. Idemsa. 2010.
27. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Interpretación judicial y creación judicial del Derecho*. 1° ed. Lima-Bogotá. Edit. TEMIS. 2007.
28. RODRIGUEZ HURTADO, Mario y otros. *Preguntas y Respuestas sobre Instituciones del Código Procesal Penal*. 1° ed. Trujillo. Edit. Ediciones BLG. 2009.
29. RODRIGUEZ MARTÍNEZ, Carlos A. *Manual de Derecho Penal Parte General*. 1°ed. Lima. Edit. Bibliográfica Jurídica Americana. 2012.
30. RODRÍGUEZ PÉREZ DE AGREGA, Gabriel. *El Concepto de Pena*. Lima. Edit. Revista de Doctrina: Derecho Público N° 01.
31. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Luis Manuel. *Argumentación Jurídica. Un modelo y varias discusiones sobre los problemas del razonamiento judicial*. Lima. Jurista Editores. Año 2004.
32. URETA GUERRA, Juan. *Técnicas de Argumentación Jurídica para la Litigación Oral y Escrita*. 1° ed. Lima. Edit. Jurista Editores. 2010.
33. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe Andrés. *Derecho Penal-Parte General*. 1° ed. Lima. Edit. Grijley. 2006.
34. *Seminario Taller: Nuevos Criterios para la Determinación de la Pena*. 1° ed. Lima. Edit. Centro de investigaciones judiciales-Área de investigación y publicaciones. 2007.

2. Revistas jurídicas

1. ADRIAN, Javier, "El debido proceso en materia constitucional", En: *Actualidad Jurídica - Información Especializada para Abogados y Jueces*, Lima, Gaceta Jurídica, tomo 159, febrero 2007.
2. AVELLANEDA ESAINE, Francisco. "Importancia de los fines de la pena y la culpabilidad para la determinación de la pena", En: *Actualidad Jurídica - Información Especializada para Abogados y Jueces*, Lima, Gaceta Jurídica, tomo 210, mayo 2011.
3. HERRADA SÁNCHEZ, Jane, "El derecho de defensa en el Código Procesal Penal de 2004", En: *Actualidad Jurídica - Información Especializada para Abogados y Jueces*, Lima, Gaceta Jurídica, tomo 193, diciembre 2009.
4. JARA PEÑA, Segundo, "La determinación de la pena. A propósito de la reciente sentencia condenatoria dictada contra Magaly Medina", En: *Diálogo con la Jurisprudencia, Jurisprudencia Penal*, Lima, Gaceta Jurídica, N° 122, año 14, abril 2009.
5. JARA PEÑA, Segundo Florencio, "La determinación de la pena. A propósito de la reciente sentencia condenatoria dictada contra Magali Medina", En: *Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial*, Lima, Gaceta Jurídica, N° 122, año 14, noviembre 2008.
6. MERA PALOMINO, Carlos Rodrigo, "La Determinación de la pena", En: *Actualidad Jurídica - Información Especializada para Abogados y Jueces*, Lima, Gaceta Jurídica, tomo 171, febrero 2008.
7. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R, "La determinación judicial de la pena en la sentencia contra Alberto Fujimori", En: *Actualidad Jurídica - Información Especializada para Abogados y Jueces*, Tomo 186, Mayo 2009.
8. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, "El bien jurídico en el Derecho Penal. Concepto, fundamento y validez del objeto de protección en el ámbito jurídico-penal", En:

*Actualidad Jurídica - Información Especializada para Abogados y Jueces*, Lima, Gaceta Jurídica, tomo 164, julio 2007.

9. TORRES ZÚÑIGA, Natalia, “El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales. Reflexiones a la luz del habeas corpus a favor de Giuliana Llamoga”, En: *Actualidad Jurídica - Información Especializada para Abogados y Jueces*, Lima, Gaceta Jurídica, tomo 180, noviembre 2008.
10. TOYOHAMA ARAKAKI, Miguel, “El deber de motivación de las resoluciones judiciales y la determinación judicial de la pena”, En: *Actualidad Jurídica - Información Especializada para Abogados y Jueces*, Lima, Gaceta Jurídica, tomo 194, enero 2010.
11. VÁSQUEZ DELGADO, Percy, “La determinación de la pena en el concurso real de delitos y el concurso de leyes penales. Una aproximación a partir del texto originario del Código Penal y a propósito del caso Antauro Humala”, En: *Actualidad Jurídica - Información Especializada para Abogados y Jueces*, Lima, Gaceta Jurídica, tomo 216, noviembre 2011.
12. VÁSQUEZ DELGADO, Percy, “La determinación de la pena en el caso Magaly Medina”, En: *Actualidad Jurídica, Información - Especializada para Abogados y Jueces*, Lima, Gaceta Jurídica, tomo. 183, febrero 2009.
13. VÁSQUEZ DELGADO, Percy, “Un aspecto crítico sobre la determinación de la pena en el caso Antauro Humala”, En: *Actualidad Jurídica - Información Especializada para Abogados y Jueces*, Lima, Gaceta Jurídica, tomo 214, setiembre 2011.
14. VÁSQUEZ DELGADO, Percy, “La determinación judicial de la pena en la conformidad procesal. Comentarios al Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116”, En: *Actualidad Jurídica - Información Especializada para Abogados y Jueces*, Lima, Gaceta Jurídica, tomo 188, julio 2009.
15. YAIPEN ZAPATA, Víctor, “El voto dirimente en el caso “Andahuaylazo”: ¿Complejidad de la determinación de la pena?, En: *Actualidad Jurídica – Información Especializada para Abogados y Jueces*, Lima, Gaceta Jurídica, tomo 214, setiembre 2011.

16. Casos prácticos y consultas procesal penales”, En: *Actualidad Jurídica - Información Especializada para Abogados y Jueces*, Lima, Gaceta Jurídica, tomo 185, abril 2009, p. 156.
17. Debida motivación obliga al juez a pronunciarse sobre los argumentos principales de los impugnantes ¿De lo contrario se afecta al debido proceso?”, En: *Diálogo con la Jurisprudencia Actualidad, Análisis y Crítica Jurisprudencial*, Lima, Gaceta Jurídica N° 129, año 14, junio 2009.
18. *El Principio de Proporcionalidad de las Penas*”, En: Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N° 003-2005-PI/TC.
19. *El Principio de Proporcionalidad*, En: Jurisprudencia Penal R.N. N° 85-2004-Ancash.
20. Tendencias Jurisprudenciales – “Parricidio”, En: *Diálogo con la Jurisprudencia Actualidad, Análisis y Crítica Jurisprudencial*, Lima, Gaceta Jurídica, tomo N° 128, año 2009, mayo 2009.
21. Tendencias Jurisprudenciales. “Derecho de Defensa”, En: *Diálogo con la Jurisprudencia Actualidad, Análisis y Crítica Jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, N° 118, año 14, julio 2008.
22. Tendencias Jurisprudenciales – “La Instigación al delito”, En. *Diálogo con la Jurisprudencia Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial*, Lima, Gaceta Jurídica, N° 127, año 14, 2009.
23. Tendencias Jurisprudenciales – “Principio de Proporcionalidad”, En: Diálogo con la Jurisprudencia Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial, Lima, N° 124, año 14, enero 2009.
24. “*Reincidencia, Habitualidad y Determinación de la Pena. Precedente Vinculante*”, En: Acuerdo Plenario N° 01-2008/CJ-116.

25. *“Circular Relativa a la Correcta Determinación Judicial de la Pena”*, En: Resolución Administrativa N° 311-2011-P-PJ.

### 3. Páginas web

1. Agravantes penales – la guía de Derecho. Publicado por Hilda el 22 de marzo del 2012. (en línea). disponible en la web: <http://derecho.laguia2000com/derecho-pena/agravantes-penales>. (09 de mayo del 2012).
2. BELESTÁ SEGURA, Luis. *Artículos Doctrinales en Derecho Penal*. (en línea). (setiembre 1999). disponible en la web: [http://www.noticiasjuridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/199909-art66\\_cp.html](http://www.noticiasjuridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/199909-art66_cp.html). (11 de mayo del 2012).
3. Código Penal español. (en línea). disponible en la web: <http://tuabogadodefensor.com/01ecd193e810f1e01/CodigoPenal.htm>. (11 de mayo del 2012).
4. COTE-BARCO, Gustavo Emilie. *Constitucionalidad del Derecho Penal y Proporcionalidad de la Pena*. (en línea). disponible en la web: [http://www.javeriana.edu.co/jurídicas/pu\\_rev/documents/5Cote.pdf](http://www.javeriana.edu.co/jurídicas/pu_rev/documents/5Cote.pdf). (11 de mayo del 2012).
5. CUSICANQUI MORALES, Nicolás. *La Determinación de la Pena en Bolivia*. (en línea). disponible en la web: <http://es.scribd.com/doc/87129403/Determinacion-de-la-Pena-en-Bolivia>. (10 de mayo del 2012).
6. Derecho Penal I – Resumen; ZAFFARONI-22. *Determinación de la Pena*. (en línea). disponible en la web: <http://sites.google.com/site/lomasapuntes/derecho-penali/resumen-zaffaroni/22-determinacion-de-la-pena>. (10 de mayo del 2012).
7. Determinación judicial de la pena-Monografías. (en línea). disponible en la web: <http://www.monografias.com/trabajos/determinacionpena.shtml>. (09 de mayo del 2012).

8. DORTA, César. "*La Corresponsabilidad*". (en línea). disponible en la web: <http://www.aporrea.org/poderpopular/a65902.html>. (04 de marzo de 2013).
9. DURAN RIBERA, Willman. *La Determinación Judicial de la Pena*. (en línea). disponible en la web: <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/ArticuloId-13.html>. (10 de mayo del 2012).
10. JESUS MOREIRA, Manuel Alberto. *El Concepto de Cultura en el Derecho*. (en línea). disponible en la web: <http://revistaselectronicas.pucrs.br/ojs/index.php/...>(05 de marzo 2013).
11. *La Víctima del Delito y su Defensa*. (en línea). disponible en la web: <http://www.filosoficas.unam.mx/-tamasini/ENS>. (06 de marzo 2013).
12. Lecciones de Derecho Penal - Parte General. *Determinación de la Pena*. (en línea). disponible en la web: <http://www.terragnijurista.com.ar/lecciones/leccion21.htm>. (09 de mayo del 2012).
13. MADRAZO CUÉLLAR, Jorge. *Reformas Constitucionales en Materia Penal*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. (en línea). disponible en la web: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/ccon...>(04 de marzo 2013).
14. MORALES, Teresa. *La Corresponsabilidad Penal del Estado*. (en línea). disponible en la web: <http://teresamorales.blogspot.com/2009/03/la-corresponsabilidad-del-estado-yde.html>. (25 de febrero 2013).
15. PRUNOTTO, Mariana E. Universidad Nacional de Rosario. *Perspectiva Científica de la Determinación de la Pena*. (en línea). disponible en la web: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/1208/1216>. (09 de mayo del 2012).
16. PRUNOTTO, Mariana E. Universidad Nacional de Rosario. *Perspectiva Científica de la Determinación de la Pena*. (en línea). disponible en la web: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/1208/1216>. (09 de mayo del 2012).

17. TERRAGNI, MARCO A. *Diversidad y Sistema Penal*. (en línea). disponible en la web: <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/diversidad/htm>. (04 de marzo 2013).
  
18. VELÁSQUEZ VELASQUEZ, Fernando. *Los Criterios de Determinación de la Pena en el Código Penal de 1991*. (en línea). disponible en la web: [http://spij.minjus.gob.pe/información/coyuntura/sentencia\\_Fujimori/P3C3-Pena\\_pdf](http://spij.minjus.gob.pe/información/coyuntura/sentencia_Fujimori/P3C3-Pena_pdf). (07 de mayo 2012).
  
19. VELÁSQUEZ VELASQUEZ, Fernando. *Los Criterios de Determinación de la Pena en el Código Penal de 1991*. (en línea). disponible en la web: [http://unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a-20080527\\_30.pdf](http://unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a-20080527_30.pdf). (07 de mayo 2012).
  
20. VELASQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Criterios para la Determinación de la Pena en el Código Penal Peruano de 1991*. (en línea). disponible en la web: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a-20080527\\_30.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a-20080527_30.pdf). (06 de agosto del 2012).

**ANEXOS**

**1. MODELO DE ACUERDO PLENARIO DISTRITAL**

**I PLENO JURISDICCIONAL DISTRITAL DE LAS SALAS PENALES TRANSITORIA,  
PERMANENTE Y DE APELACIONES DE CAJAMARCA**

**ACUERDO PLENARIO N° 1-2013/CSCC-116  
CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL**

ART. 116° TUO LOPJ.

**ASUNTO:** Motivación de resoluciones judiciales y aplicación del artículo 45° del Código Penal en la determinación judicial de la pena.

**PRECEDENTE VICULANTE DISTRITAL:** Fundamentos Jurídicos

Cajamarca, veinte de marzo del dos mil trece.-

Los jueces superiores en lo Penal, integrantes de las Salas Penales Transitoria, Permanente y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, reunidos en Pleno Jurisprudencial Distrital, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

**ACUERDO PLENARIO DISTRITAL**

**I.- ANTECEDENTES**

1° Las Salas Penales Permanente, Transitoria y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial de Cajamarca, con la autorización del Concejo Ejecutivo del Poder Judicial y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el I Pleno Jurisprudencial Distrital, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que faculta dictar Acuerdos Plenarios Distritales para concordar la jurisprudencia penal y el artículo 90° incisos 3 y 4 del citado cuerpo normativo, que establece como atribuciones y obligaciones de los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia: "dirigir la aplicación de la política del Poder Judicial en su Distrito y cautelar la pronta administración de justicia, así como el cumplimiento de las obligaciones de los magistrados del Poder judicial.

2° El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases:

**En la primera fase** -determinación de los temas jurídicos penales objeto de tratamiento plenario- los señores jueces superiores discutieron y definieron la agenda. Al respecto, se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales Transitoria, Permanente y de Apelaciones, Juzgados de Investigación Preparatoria, Unipersonales y Colegiados de la Sede del Distrito Judicial de Cajamarca, de los años judiciales del 2008 al 2010 y el conjunto de preocupaciones de la judicatura distrital, expresadas en la decisiones judiciales, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto -órgano de apoyo encargado, así mismo, de la elaboración de los materiales de trabajo-, se definió la agenda del I Pleno Jurisdiccional Distrital del Distrito Judicial de Cajamarca, concretándose como temas que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios los siguientes: 1) Motivación de las resoluciones judiciales en la determinación judicial de la pena; 2) Las circunstancias y el artículo 45° del Código Penal, en la determinación judicial de la pena; 3) Aplicación del artículo 45° del Código Penal en la determinación judicial de la pena; 4) Afectación al derecho de defensa y la determinación judicial de la pena, y 5) Afectación al derecho a la libertad ambulatoria y la determinación judicial de la pena. Además, se estableció los jueces superiores penales, que serían los ponentes en cada uno de los temas en la sesión plenaria y el encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

**En la segunda fase** -del Pleno Jurisdiccional Distrital- comprendió el proceso de discusión y formulación de Acuerdos Plenarios, labor que recayó en los señores jueces superiores penales ponentes en cada uno de los cinco temas elegidos.

**En la tercera fase** se realizó la deliberación y votación y como resultado se aprobó el siguiente Acuerdo Plenario Distrital.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### 3° Motivación de las resoluciones judiciales en la determinación judicial de la pena.

3.1. El órgano jurisdiccional al expedir una sentencia condenatoria, emite tres pronunciamientos: Uno, "juicio de subsunción", que es pronunciamiento sobre la tipicidad de la conducta atribuida al acusado; Dos, "declaración de certeza", la decisión pronunciándose sobre la inocencia o responsabilidad; y Tres, "determinación de la sanción penal", declarada la responsabilidad penal se debe determinar la pena y el *quantum* a imponerse.

- 3.2.** En armonía con lo expuesto, los jueces por disposición constitucional, artículo 139° Inc. 5, están obligados constitucionalmente, a motivar sus resoluciones, (sentencias condenatorias), es decir, exponer, en forma clara y suficiente, las razones o conjunto de argumentos fácticos, jurídicos y probatorios que han tenido en cuenta para optar por una decisión en particular, lo cual obviamente incluye el *quantum* de la pena a imponerse.
- 3.3.** La determinación judicial de la pena, es el procedimiento técnico valorativo relacionado con “determinación de sanción penal”, es obligatorio, que este procedimiento realizado por el juzgador, sea expresado en la resolución que impone la sanción.
- 3.4.** Siendo la sentencia condenatoria la resolución de mayor importancia en el proceso penal, es obligatorio que contenga su respectiva motivación, debiendo hacerse explícitos los fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios que llevaron al juzgador a la aplicación de una sanción penal y el *quantum* de la misma, lo que establece la importancia y la relación entre el deber de motivación de las decisiones judiciales y el procedimiento de determinación judicial de la pena.
- 3.5.** Esta motivación, permitiría cumplir con el principio de la función jurisdiccional contenida en el artículo 139° inciso 5 de la Constitución Política del Perú, que señala “la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.
- 4° Circunstancias comunes o genéricas y el artículo 45° del Código Penal, en la determinación judicial de la pena.**
- 4.1.** Nuestro país ha adoptado un sistema legal de determinación de la pena de tipo intermedio o ecléctico, el legislador señala el mínimo y el máximo de la pena que corresponde al delito y es el juez quien en libre arbitrio y dentro de los márgenes establecidos y en concordancia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad, decide la pena aplicable al caso concreto.
- 4.2.** La determinación judicial de la pena comprende todo el procedimiento que permite evaluar, decidir y justificar el tipo, extensión y en determinadas circunstancias, la modalidad de ejecución de la pena que resulta aplicable.
- 4.3.** Este proceso de determinación de la pena atraviesa por dos etapas:
- 4.3.1.** Primera etapa, el juez determina la pena básica, verifica el mínimo y el máximo de la pena conminada aplicable al delito. En los tipos penales en los que el mínimo o el máximo de pena no aparecen definidos en la sanción del

delito en particular, la pena básica se determina con los límites generales previstos en el Libro Primero del Código Penal.

**4.3.2.** Segunda Etapa, el juzgador individualiza la pena concreta, entre el mínimo y el máximo de la pena básica, evaluando para ello diferentes circunstancias legales relevantes en cada caso en concreto, contenidas en los artículos **45°**, **46°**, **46° A**, **46° B** y **46° C** del Código Penal y que se presenten en el caso penal.

**4.4.** Se denomina circunstancias a aquellos factores objetivos o subjetivos que influyen en la determinación o medición de la intensidad del delito (antijuridicidad o culpabilidad), cuya esencia permanece intacta, haciéndolo más o menos grave; su función principal es coadyuvar a la graduación o determinación del *quantum* de la pena aplicable al hecho punible cometido.

Una circunstancia es algo que está circundando al delito, no es parte del delito, está periféricamente ahí, no lo integra, pero concurre con él, por ende, no está ligado a la tipicidad, no está ligado a la antijuridicidad, no está ligado a la culpabilidad, pero va a tener una valoración concatenada con un mayor o menor desvalor de la conducta, o con un mayor o menor reproche del autor, graduar la sanción, dentro de los límites mínimo y máximo.

**4.5.** Las circunstancias son de las siguientes clases:

**4.5.1.** Las comunes o genéricas, son aquellas que operan o aplicables a cualquier clase de delito y se encuentran previstas en el artículo 45° y 46° del Código Penal, pero su aplicación está condicionada a que éstas no hayan sido valoradas como circunstancias especiales. Se encuentran reguladas en la Parte General del Código Penal y pueden operar en la determinación de la pena concreta de cualquier delito. Las circunstancias genéricas, no han sido calificadas por el legislador como agravantes o atenuantes, consiguientemente será el juez quien decide si en el caso concreto le da a dichas circunstancias un peso agravatorio o atenuatorio.

**4.5.2.** Las circunstancias especiales o específicas, son aquellas que sólo pueden operar con el delito al cual acompañan, se regulan en la Parte Especial del

Código Penal y en conexión funcional sólo con determinados delitos, por lo que valoradas éstas ya no podrán ser recogidas las de los artículos de la Parte General, ya que lo especial desplaza a lo general. Hay que precisar que no son tipos penales.

**4.5.3.** Las circunstancias cualificadas, si bien pueden operar también con cualquier delito, como es el caso del artículo 46°-A del Código Penal, son las que disponen la configuración de un nuevo extremo máximo o mínimo de la pena y que será el límite fijado para dicho tipo de agravante: "... un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido". Será entonces este nuevo máximo legal de la pena básica y dentro del cual el juez deberá determinar la pena concreta.

**4.6** El Código Penal, en su artículo 45°, ha señalado como "criterios para la determinación de la pena" los siguientes: 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. Es decir, ha fijado los criterios rectores que debe tener en cuenta el juez para la determinación judicial de la pena, entre el mínimo y el máximo de la pena establecido por el marco penal genérico.

Consecuentemente todos los factores o indicadores, regulados en el artículo 45° del Código Penal, permiten al juzgador acercarse al agente infractor, conociendo en detalle las circunstancias que rodearon el hecho punible, así como las particularidades de su singular personalidad a efectos de graduar la sanción punitiva, por lo tanto este artículo contiene un listado de circunstancias que habilita los requisitos o mecanismos que se deben tener en cuenta al momento de aplicarse la pena.

Sin embargo, se observa en la práctica judicial que esta institución jurídica no viene siendo aplicada por los jueces al momento de fundamentar y determinar la pena, o en todo caso su aplicación es mínima, pese a la existencia de esta norma.

**4.7.** Si las circunstancias del delito son factores, datos o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito, es necesario determinar qué tipo de circunstancias son las contenidas en los tres incisos del artículo 45° del Código Penal, determinado así su naturaleza jurídica como circunstancias del delito.

Como se desprende del artículo 45° del Código Penal, el legislador comprendió una serie de circunstancias, que operan de forma “mixta”, es decir, como agravantes y atenuantes, las cuales están referidas a la naturaleza a la personalidad del agente, su nivel de cultura y los intereses de la víctima y sus familiares dependientes, estableciendo este artículo la obligación de valorar los factores que han predispuesto de cierto modo la comisión del hecho punible.

Si tenemos en cuenta que las circunstancias genéricas, son las reguladas en la parte general del Código Penal y que pueden operar en la determinación de la pena concreta de cualquier delito y que sirven para individualizar judicialmente la pena entre el mínimo y el máximo de la pena establecida por el marco penal genérico, las circunstancias establecidas en el artículo 45° del Código Penal, en sus tres incisos corresponden al tipo de “**circunstancias genéricas o comunes**”.

#### **5° Aplicación del artículo 45° del Código Penal y determinación judicial de la pena.**

**5.1.** Las circunstancias genéricas o comunes, establecidas en el artículo 45° del Código Penal, para la determinación de la pena son las siguientes:

**5.1.1.** Las “carencias sociales que hubiere sufrido el agente” (numeral 1), dando cabida a lo que se denomina co-responsabilidad o Principio de la Culpabilidad del Estado en la comisión del delito; el juzgador deberá tener en cuenta al momento de fundamentar el fallo y determinar la pena las carencias sociales del agente, el Estado es el que determina qué conducta es prohibida; es él quien criminaliza la conducta, quien establece lo que es delito; además siendo éste el que prescribe la pena, es coherente afirmar que tanto pena como delito son sus productos, es, por ende, co-responsable, debiendo preocuparse de establecer las condiciones más favorables para que el individuo no delinca, reconociendo de esta forma que nuestra colectividad no brinda iguales posibilidades a los individuos para comportarse con adecuación a los intereses generales, aceptando una responsabilidad parcial en la conducta delictiva.

**5.1.2.** Su “cultura y costumbres” (numeral 2); que deberán ser tomados en cuenta por el juez al momento de determinar la pena. Siendo el Perú un país pluricultural, donde co-existen distintas culturas, en el que junto a los patrones de conducta del sistema oficial co-existe los otros grupos culturales, entrando en muchos casos en conflicto (sociedad conflictual), es entendible que el discurso oficial no sea aprehendido por toda la sociedad peruana, pues en diversos casos entra en conflicto con los patrones de conducta de otros grupos culturales o subculturales, por lo que el juez debe tener en cuenta esta situación al momento de definir el *quantum* de la pena a imponer.

Referente a la costumbre desde el punto de vista jurídico, viene a ser el uso arraigado y repetido constantemente en una colectividad, pues es ésta que a fuerza de observar ciertas normas emanadas del sentir popular introduce en la sociedad usos que dirimen posibles controversias jurídicas. Entonces existirá costumbre cuando exista una repetición de uso por parte de la comunidad de forma generalizada y que se repita con la convicción de que su uso es obligatorio.

Sin embargo, señalamos que en nuestro país, la costumbre posee un valor secundario, relativo y muy limitado, pues la ley escrita tiene mayor jerarquía y por tanto la costumbre ha de respetar lo dispuesto por ella.

Es necesario expresar que la costumbre se encuentra incluida dentro de la cultura, de allí que al hablar jurídicamente de la costumbre estamos implícitamente hablando de la cultura de una colectividad y de una persona de manera individual.

Entonces concluimos que la cultura y costumbres al momento de determinar judicialmente la pena, debe ser valoradas en forma conjunta, cuidando en lo que respecta a la costumbre que cumpla con las dos condiciones; la primera, que su uso tenga el carácter de ser repetitivo y la segunda, que la persona use la costumbre con convicción de que es obligatorio, caso contrario la costumbre no puede ser valorada.

**5.1.3.** Los “intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan” (numeral 3); dada la desfavorable situación de la víctima en el sistema penal (es una especie de perdedor por partida doble : frente al infractor y después, frente al Estado), el Derecho Penal de mínima realización supone la protección privilegiada de la víctima, otorgándosele a la víctima mayor intervención en el tratamiento de los conflictos, con el objeto de acotar las diferencias con el infractor y asegurar la posibilidad de indemnización de la víctima. Siendo necesario que al determinarse judicialmente la pena se valore los intereses de la víctima que fueron afectados, de su familia y de las personas que dependan de ésta.

**5.2.** La aplicación del artículo 45° del Código Penal al momento de establecer el *quantum* de la pena aplicable al condenado, no significa citar el mencionado dispositivo legal, sino que por el contrario implica que los jueces obligatoriamente hagan un análisis crítico sobre cada uno de los tres criterios estipulados para fundamentar y determinar judicialmente la pena, lo cual implica todo un proceso

analítico valorativo, que debe abarcar los siguientes pasos: En primer lugar, un análisis de hechos alegados y que han sido introducidos oportunamente en el proceso penal, como por citar un ejemplo, la alegación previa del sentenciado de no tener oportunidades de trabajo, un escaso grado cultural o el resarcimiento oportuno a la víctima del daño causado, entre otros; en segundo lugar, analizar si lo alegado por el procesado se encuentra dentro de los incisos descritos en el artículo 45° del Código Penal o en alguno de ellos; y en tercer lugar, una vez determinado meridianamente el hecho y su amparo jurídico en el artículo 45° del Código Penal, analizar si existe prueba actuada en el proceso que acredite fehacientemente dicha alegación. Entonces una vez, cumplido este proceso de análisis con resultado positivo, el juez debe obligatoriamente valorar el hecho debidamente probado para fijar la cantidad de la pena a imponer al condenado; caso contrario no puede valorarse el hecho al momento de la sanción penal.

**6° Afectación al derecho de defensa y determinación judicial de la pena.**

- 6.1. La Constitución Política del Perú en el artículo 139° Inc. 14 establece como principio y derecho de la función jurisdiccional “el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso”. Derecho que implica para todos los involucrados en un proceso la garantía esencial del debido proceso, y que rodea al imputado durante todo el desarrollo del mismo, desde la etapa de la investigación preliminar hasta la emisión de la sentencia, de esa manera la defensa opera como un factor de legitimidad de la acusación y sanción penal.
  
- 6.2. La aplicación del artículo 45° del Código Penal en sus tres incisos, permite que los jueces den a conocer al sentenciado, los criterios que han tenido para la imposición de la sanción penal y especialmente su *quantum*, previo proceso explicativo de determinación judicial de la pena, con la finalidad de que el condenado, si considera no estar conforme con dicha argumentación tenga la oportunidad de cuestionarla vía los medios impugnatorios que la norma le franquea y ejerciendo su derecho de defensa.
  
- 6.3. El no fundamentar la sanción penal con la aplicación de las circunstancias genéricas o comunes previstas en los tres incisos del artículo 45° del Código Penal, implicaría vulneración del derecho de defensa del sentenciado, por no haberle explicado las razones de la imposición de la pena y su *quantum* y a la vez restringiría la posibilidad de rebatir o contradecir cualquier tipo de argumentación vías utilización de medios impugnatorios.

**7° Afectación al derecho a la libertad ambulatoria y determinación judicial de la pena.**

- 7.1. El derecho a la libertad ambulatoria, constitucionalmente está protegido por el artículo 2° inciso 4, párrafos b y f, consiguientemente su preservación vía la

expedición de una sentencia condenatoria con una pena privativa de la libertad efectiva, implica la existencia de un proceso penal previo, seguido con observancia estricta de todas las formalidades legales y el respeto de los derechos del procesado (debido proceso).

**7.2.** La emisión de una sentencia judicial que restrinja la libertad ambulatoria, implica obligatoriamente una fundamentación o motivación, que explique el por qué del *quantum* de la pena que se impone al condenado como consecuencia jurídica de haber incurrido en la comisión de un delito.

**7.3.** Es en este proceso de determinación judicial de la pena y lo referido a la parte de fundamentación o motivación, que los jueces deben fundamentar razonadamente la aplicación de los tres incisos del artículo 45° del Código Penal, teniendo presente que se está afectando un derecho de protección constitucional, la libertad ambulatoria, permitiendo de esta manera que se haga efectiva y se garantice a los justiciables una correcta administración de justicia, con respeto de los principios constitucionales de motivación de resoluciones judiciales y derecho de defensa de los justiciables.

### **III. DECISIÓN**

**8°** En atención a lo expuesto por los jueces superiores de las Salas Penales Permanente y Transitorias, Juzgados Penales, Juzgados de Investigación Preparatoria, Unipersonales y Colegiados de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, reunidos en Pleno Jurisdiccional Distrital, y de conformidad con lo dispuesto por los artículos 90° incisos 3 y 4, y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad:

#### **ACORDARON:**

**9° ESTABLECER**, que todos los jueces que desempeñan sus labores en el ámbito penal, del Distrito Judicial de Cajamarca, al momento de emitir el fallo judicial de determinación judicial de la pena e imponer el *quantum* punitivo, deben observar como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos del 3° al 7°.

**10° PRECISAR** que los criterios jurídicos que contiene la doctrina legal antes mencionada, deben ser invocados por los magistrados del Distrito Judicial de Cajamarca; sin perjuicio de lo prescrito por el segundo párrafo del artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial,

aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios Distritales dictados al amparo del artículo 116° de mismo cuerpo legal.

**11° TRANSCRIBIR** el presente Acuerdo Plenario Distrital a los vocales y jueces en lo Penal, integrantes de las Salas Penales Transitoria, Permanente y de Apelaciones, Juzgados Transitorios Penales, Juzgados de Investigación Preparatoria, Unipersonales y Colegiados, de la Sede de la Corte Superior de de Justicia de Cajamarca para su cumplimiento.

**12° PONER** en conocimiento del Presidente del Poder Judicial la emisión del presente Acuerdo Plenario Distrital de Cajamarca.

**13° PUBLICAR** en presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”.

**Hágase saber.**

## 2. MODELO DE CIRCULAR

### CIRCULAR RELATIVA A LA CORRECTA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

#### RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA

N° 001-2013-P-PJ-CSJC

Cajamarca, veinte de marzo de 2013

#### VISTA:

La necesidad de dotar mayor efectividad y garantía a la administración de justicia, ganar confianza y credibilidad en la población y, especialmente despejar incertidumbres en los justiciables, del Distrito Judicial de Cajamarca, se hace necesario implementar la expedición de “Circulares” para que el órgano jurisdiccional penal, argumenten de modo claro y explicativo sus decisiones judiciales, en el ámbito del Derecho Penal referidas a la determinación judicial de la pena, que el código les reconoce amplia discrecionalidad.

#### CONSIDERANDO:

##### 1° Motivación de las resoluciones judiciales y determinación judicial de la pena.

- 1.1. El órgano jurisdiccional al expedir una sentencia condenatoria, emite tres pronunciamientos: Uno, “juicio de subsunción”, que es pronunciamiento sobre la tipicidad de la conducta atribuida al acusado; Dos, “declaración de certeza”, la declaración de inocencia o responsabilidad; y Tres, “determinación de la sanción penal”, declarada la responsabilidad penal se debe determinar la pena y el quantum a imponerse.
- 1.2. En armonía con lo expuesto, los jueces por disposición constitucional, artículo 139° Inc. 5, están obligados constitucionalmente, a motivar sus resoluciones, (sentencias condenatorias), es decir, exponer, en forma clara y suficiente, las razones o conjunto de argumentos fácticos, jurídicos y probatorios que han tenido en cuenta para optar por una decisión en particular, lo cual obviamente incluye el *quantum* de la pena a imponerse.

- 1.3. La determinación judicial de la pena, es el procedimiento técnico valorativo relacionado con “determinación de sanción penal”, es obligatorio, que este procedimiento realizado por el juzgador, sea expresado en la resolución que impone la sanción.
- 1.4. Siendo la sentencia condenatoria la resolución de mayor importancia en el proceso penal, es obligatorio que contenga su respectiva motivación, debiendo hacerse explícitos los fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios que llevaron al juzgador a la aplicación de una sanción penal, lo que establece la importancia y la relación entre el deber de motivación de las decisiones judiciales y el procedimiento de determinación de la pena.
- 1.5. Esta motivación, permitiría cumplir con el principio de la función jurisdiccional contenida en el artículo 139° inciso 5 de la Constitución Política del Perú, que señala “la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias ..., con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

**2° Las circunstancias y el artículo 45° del Código Penal, en la determinación judicial de la pena.**

- 2.1. Nuestro país ha adoptado un sistema legal de determinación de la pena de tipo intermedio o ecléctico, el legislador señala el mínimo y el máximo de la pena que corresponde al delito y es el juez quien con libre arbitrio y dentro de los márgenes establecidos y en concordancia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad, decide la pena aplicable al caso concreto.
- 2.2. La determinación judicial de la pena comprende todo el procedimiento que permite evaluar, decidir y justificar el tipo, extensión y en determinadas circunstancias, la modalidad de ejecución de la pena que resulta aplicable.
- 2.3. Este proceso de determinación judicial de la pena atraviesa por dos etapas:
  - 2.3.1. Primera etapa, el juez determina la pena básica, verifica el mínimo y el máximo de la pena conminada aplicable al delito. En los delitos en los que el

mínimo o el máximo de pena no aparecen definidos en la sanción del delito en particular, la pena básica se determina con los límites generales previstos en el Libro Primero del Código Penal.

**2.3.2.** Segunda Etapa, el juzgador individualiza la pena concreta, entre el mínimo y el máximo de la pena básica, evaluando para ellos diferentes circunstancias legales relevantes en cada caso en concreto, contenidas en los artículos 45°, 46°, 46° A, 46° B y 46° C del Código Penal y que se presente en caso penal.

**2.4.** Se denomina circunstancias a aquellos factores objetivos o subjetivos que influyen en la determinación o medición de la intensidad del delito (antijuridicidad o culpabilidad), cuya esencia permanece intacta, haciéndolo más o menos grave; su función principal es coadyuvar a la graduación o determinación de *quantum* de la pena aplicable al hecho punible cometido.

Una circunstancia es algo que está circundando al delito, no es parte del delito, está periféricamente ahí, no lo integra, concurre con él, por ende, no está ligado a la tipicidad, no está ligado a la antijuridicidad, no está ligado a la culpabilidad, pero va a tener una valoración concatenada con un mayor o menor desvalor de la conducta, o con un mayor o menor reproche del autor, graduar la sanción, dentro de los límites mínimo y máximo.

**2.5.** Las circunstancias son de las siguientes clases:

**2.5.1.** Las comunes o genéricas, son aquellas que operan o aplicables a cualquier clase de delito y se encuentran previstas en el artículo 45° y 46° del Código Penal, pero su aplicación está condicionada a que éstas no hayan sido valoradas como circunstancias especiales. Se encuentran reguladas en la Parte General del Código Penal y que pueden operar en la determinación de la pena concreta de cualquier delito. Las circunstancias genéricas, no han sido calificadas por el legislador como agravantes o atenuantes, consiguientemente será el juez quien decide si en el caso concreto le da a dichas circunstancias un peso agravatorio o atenuatorio.

**2.5.2.** Las circunstancias especiales o específicas, son aquellas que sólo pueden operar con el delito al cual acompañan, se regulan en la Parte Especial del Código Penal y en conexión funcional sólo con determinados delitos, por lo

que valoradas éstas ya no podrán ser recogidas de los artículos de la Parte General, ya que lo especial desplaza a lo general. Hay que precisar que no son tipos penales.

**2.5.3.** Las circunstancias cualificadas, si bien pueden operar también con cualquier delito, como es el caso del artículo 46°-A del Código Penal, son las que disponen la configuración de un nuevo extremo máximo o mínimo de la pena y que será el límite fijado para dicho tipo de agravante: "... un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido". Será entonces este nuevo máximo legal de la pena básica y dentro del cual el juez deberá determinar la pena concreta.

**2.6.** El Código Penal, en su artículo 45°, ha señalado como "criterios para la determinación de la pena" los siguientes: 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. Es decir, ha fijados los criterios rectores que debe tener en cuenta el juez para la determinación judicial de la pena, entre el mínimo y el máximo de la pena establecido por el marco penal genérico. Sin embargo, se observa en la práctica que esta institución jurídica no viene siendo aplicada por los jueces al momento de fundamentar y determinar la pena, o en todo caso su aplicación es mínima, pese a la existencia de esta norma.

Consecuentemente todos los factores o indicadores, regulados en el artículo 45° del Código Penal, permiten al juzgador acercarse al agente infractor, conociendo en detalle las circunstancias que rodearon el hecho punible, así como las particularidades de su singular personalidad a efectos de graduar la sanción punitiva, por lo tanto este artículo contiene un listado de circunstancias que habilita los requisitos o mecanismos que se deben tenerse en cuenta al momento de aplicarse la pena.

**2.7.** Si las circunstancias del delito son factores, datos o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito, es necesario determinar qué tipo de circunstancias son las contenidas en los tres incisos del artículo 45° del Código Penal, determinado así su naturaleza jurídica como circunstancias del delito.

Como se desprende del artículo 45° del Código Penal, el legislador comprendió una serie de circunstancias, que operan de forma “mixta”, es decir, como agravantes y atenuantes, las cuales están referidas a la naturaleza a la personalidad del agente, su nivel de cultura y los intereses de la víctima y sus familiares dependientes, estableciendo este artículo la obligación de valorar los factores que han predisposto de cierto modo la comisión del hecho punible.

Si tenemos en cuenta que las circunstancias genéricas, son las reguladas en la parte general del Código Penal y que pueden operar en la determinación de la pena concreta de cualquier delito y que sirven para individualizar judicialmente la pena entre el mínimo y el máximo de la pena establecida por el marco penal genérico, las circunstancias establecidas en el artículo 45° del Código Penal, en sus tres incisos corresponden a tipo de “**circunstancias genéricas o comunes**”.

### **3° Aplicación del artículo 45° del Código Penal y determinación judicial de la pena.**

**3.1.** Las circunstancias genéricas o comunes, establecidas en el artículo 45° del Código Penal, para la determinación de la pena son las siguientes:

**3.1.1.** Las “carencias sociales que hubiere sufrido el agente” (numeral 1), dando cabida a lo que se denomina co-responsabilidad o Principio de la Culpabilidad del Estado en la comisión del delito; el juzgador deberá tener en cuenta al momento de fundamentar el fallo y determinar la pena las carencias sociales del agente: El Estado es el que determina qué conducta es prohibida; es él quien criminaliza la conducta, quien establece lo que es delito; además siendo éste el que prescribe la pena, es coherente afirmar que tanto pena como delito son sus productos, es, por ende, co-responsable, debiendo preocuparse de establecer las condiciones más favorables para que el individuo no delinca, reconociendo de esta forma que nuestra colectividad no brinda iguales posibilidades a los individuos para comportarse con adecuación a los intereses generales, aceptando una responsabilidad parcial en la conducta delictiva.

**3.1.2.** Su “cultura y costumbres” (numeral 2); que deberán ser tomados en cuenta por el juez al momento de determinar la pena. Siendo el Perú un país pluricultural, donde co-existen distintas culturas, en el que junto a los patrones de conducta del sistema oficial co-existe los otros grupos culturales, entrando en muchos casos en conflicto (sociedad conflictual), es entendible que el discurso oficial no

sea aprehendido por toda la sociedad peruana, pues en diversos casos entra en conflicto con los patrones de conducta de otros grupos culturales o subculturales, por lo que esta circunstancia debe ser tomado al determinar judicialmente la pena.

Referente a la costumbre desde el punto de vista jurídico, viene a ser el uso arraigado y repetido constantemente en una colectividad, pues es ésta que a fuerza de observar ciertas normas emanadas del sentir popular introduce en la sociedad usos que dirimen posibles controversias jurídicas. Entonces existirá costumbre cuando exista una repetición de uso por parte de la comunidad de forma generalizada y que se repita con la convicción de que su uso es obligatorio.

Sin embargo, señalamos que en nuestro país, la costumbre posee un valor secundario, relativo y muy limitado, pues la ley escrita tiene mayor jerarquía y por tanto la costumbre ha de respetar lo dispuesto por ella.

Es necesario expresar que la costumbre se encuentra incluida dentro de la cultura, de allí que al hablar jurídicamente de la costumbre estamos implícitamente hablando de la cultura de una colectividad y de una persona de manera individual.

Entonces concluimos que la cultura y costumbres al momento de determinar judicialmente la pena, debe ser valoradas en forma conjunta, cuidando en lo que respecta a la costumbre que cumpla con las dos condiciones; la primera, que su uso tenga el carácter de ser repetitivo y la segunda, que la persona use la costumbre con convicción de que es obligatorio, caso contrario la costumbre no puede ser valorada.

- 3.1.3.** Los “intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan” (numeral 3); dada la desfavorable situación de la víctima en el sistema penal (es una especie de perdedor por partida doble : frente al infractor y después, frente al Estado), el Derecho Penal de mínima realización supone la protección privilegiada de la víctima, otorgándosele a ésta mayor intervención en el tratamiento de los conflictos, con el objeto de acotar las diferencias con el infractor y asegurar la posibilidad de indemnización de la víctima, debiendo tomarse en cuenta los intereses de la víctima afectados para determinar judicialmente la pena.

**3.2.** La aplicación del artículo 45° del Código Penal al momento de establecer el *quantum* de la pena aplicable al condenado, no significa citar el mencionado dispositivo legal, sino que por el contrario implica que los jueces obligatoriamente hagan un análisis crítico sobre cada uno de los tres criterios estipulados para fundamentar y determinar judicialmente la pena, lo cual implica todo un proceso analítico valorativo, que debe abarcar los siguientes pasos: En primer lugar, un análisis de hechos alegados y que han sido introducidos oportunamente en el proceso penal, como por citar un ejemplo, la alegación previa del sentenciado de no tener oportunidades de trabajo, un escaso grado cultural o el resarcimiento oportuno a la víctima del daño causado, entre otros; en segundo lugar, analizar si lo alegado por el procesado se encuentra dentro de los incisos descritos en el artículo 45° del Código Penal o en alguno de ellos; y en tercer lugar, una vez determinado meridianamente el hecho y su amparo jurídico en el artículo 45° del Código Penal, analizar si existe prueba actuada en el proceso que acredite fehacientemente dicha alegación. Entonces una vez, cumplido este proceso de análisis con resultado positivo, el juez debe obligatoriamente valorar el hecho debidamente probado para fijar la cantidad de la pena a imponer al condenado; caso contrario no puede valorarse el hecho al momento de la sanción penal.

#### **4° Afectación al derecho de defensa y determinación judicial de la pena.**

**4.1.** La Constitución Política del Perú en el artículo 139° Inc. 14 establece como principio y derecho de la función jurisdiccional “el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso”. Derecho que implica para todos los involucrados en un proceso, la garantía esencial del debido proceso, y que rodea al imputado durante todo el desarrollo del proceso, desde la etapa de la investigación preliminar hasta la emisión de la sentencia, de esa manera la defensa opera como un factor de legitimidad de la acusación y sanción penal.

**4.2.** La aplicación del artículo 45° del Código Penal en sus tres incisos, permite que los jueces den a conocer al sentenciado, los criterios que han tenido para la imposición de la sanción penal y especialmente su *quantum*, previo proceso explicativo de determinación judicial de la pena, con la finalidad de que el condenado, si considera no estar conforme con dicha argumentación tenga la oportunidad de cuestionarla vía los medios impugnatorios que la norma le franquea y ejerciendo su derecho de defensa.

- 4.3. El no fundamentar la sanción penal con la aplicación de las circunstancias genéricas previstas en los tres incisos del artículo 45° del Código Penal, implicaría vulneración del derecho de defensa del sentenciado, por no haberle explicado las razones de la imposición de la pena y su *quantum* y a la vez restringiría la posibilidad de rebatir o contradecir cualquier tipo de argumentación vía los medios de impugnación.

**5° Afectación al derecho a la libertad ambulatoria y determinación judicial de la pena.**

- 5.1. El derecho a la libertad ambulatoria, constitucionalmente está protegido por el artículo 2° inciso 4, párrafos b y f, consiguiendo su afectación vía la expedición de una sentencia condenatoria, con la imposición de una pena privativa de la libertad efectiva, implica la existencia de un proceso penal previo, seguido con observancia estricta de todas las formalidades legales y el respeto de los derechos del procesado (debido proceso).
- 5.2. La emisión de una sentencia judicial que restrinja la libertad ambulatoria, implica obligatoriamente una fundamentación o motivación, que explique el porqué del *quantum* de la pena que se impone al condenado como la consecuencia jurídica de haber incurrido en la comisión de un delito.
- 5.3. Es en este proceso de determinación judicial de la pena y en la parte de la fundamentación o motivación, que los jueces deben aplicar razonadamente los tres incisos del artículo 45° del Código Penal, teniendo presente que se está afectando un derecho de protección constitucional, la libertad ambulatoria, permitiendo de esta manera que se haga efectiva y se garantice a los justiciables una correcta administración de justicia.

Por estos fundamentos, el Presidente de la Corte Superior de Justicia del Poder Judicial de Cajamarca, conforme a las atribuciones que le concede los artículos 88° y 90° incisos 3 y 4 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

**SE RESUELVE**

**ARTÍCULO 1°.- PRECISAR** que la determinación judicial de la pena en un fallo judicial, constituye un deber constitucional que tiene todo juez, quien debe justificar, motivadamente, con absoluta claridad y rigor jurídico, el *quantum* punitivo a imponer, con observancia de los principios rectores previstos en el Título Preliminar del Código Penal: legalidad, proporcionalidad, lesividad y culpabilidad.

**ARTÍCULO 2°.- INSTAR** a los jueces de todos los niveles del Distrito Judicial de Cajamarca, para que en las sentencias condenatorias al momento de determinar judicialmente la pena y el *quantum* a imponer, observen los criterios técnicos jurídicos establecidos en la parte considerativa de la presente circular y Acuerdos Plenarios referidos a la determinación judicial de la pena.

**ARTÍCULO 3°.- TRANSCRIBIR** la presente circular a todos los juzgados especializados penales, salas permanente, transitorias y de apelaciones penales, juzgados de investigación preparatoria, unipersonales y colegiados del Distrito Judicial de Cajamarca.

**ARTÍCULO 4°.- PONER** en conocimiento de la presente circular al Presidente del Poder Judicial del Perú.

**ARTÍCULO 5°.- PUBLICAR** la presente Circular en el Diario Oficial “El Peruano”.  
**Regístrese, publíquese, comuníquese y cúmplase.**

**PRESENTE DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA  
DISTRITO JUDICIAL DE CAJAMARCA**

**3. MODELO DE FICHA DE RECOLECCIÓN DE DATOS DE LAS SENTENCIAS  
CONDENATORIAS PENALES**

“LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA Y SU APLICACIÓN EN LOS DELITOS DE HOMICIDIO SIMPLE Y CALIFICADO TRAMITADOS EN LOS JUZGADOS Y SALAS ESPECIALIZADAS PENALES DEL DISTRITO DE CAJAMARCA – PERIODO 2008-2010”  
EXPEDIENTE N°.....

JUZG. PENAL: ... JUZG. UNIPERSONAL: ... JUG. COLEGIADO: ... SALA ESP. PENAL: ...

DELITO: HOMICIDIO SIMPLE:..... PARRICIDIO:.... HOMICIDIO CALIFICADO: .....

FECHA DE RECOLECCIÓN DE DATOS:.....

RESULTADOS DE ANÁLISIS DE LA PARTE CONSIDERATIVA DE LA SENTENCIA

INDICADOR	COTEJO	
	SI	NO
Aplicación del artículo 45° del Código Penal, incisos 1,2 y 3. Fundamentación		
Aplicación del artículo 45° del Código Penal. Inc. 1. Fundamentación		
Aplicación del artículo 45° del Código Penal. Inc. 2. Fundamentación		
Aplicación del artículo 45° del Código Penal. Inc. 3. Fundamentación		
Aplicación del artículo 46° del Código Penal. Fundamentación		
Argumentación jurídica en temas de determinación judicial de la pena.		
Estrategias sobre incorporación de medios probatorios útiles.		
Sólo citación de los artículos 45° y 46° del Código Penal		

FUENTE.- Sentencias expedidas por juzgados penales, unipersonales, colegiados y sala especializada penales de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca en el Período 2008 – 2010.

4. MODELO DE ENCUESTA APLICADA A MAGISTRADOS – JUECES

Señor (a) magistrado (a):

La presente encuesta tiene por objeto recoger información de magistrados acerca de la determinación judicial de la pena y su aplicación en los delitos de homicidio simple y calificado tramitados en los juzgados y salas especializadas penales del distrito de Cajamarca – periodo 2008-2010; que servirá para detectar posibles falencias y superarlas en aras de una correcta administración de justicia.

Se le suplica sus respuestas sean reales para que se obtengan resultados útiles para los fines jurídicos. Para facilitar el recojo de información la encuesta tiene carácter de **anónima**.

CARGO DESEMPEÑADO: JUEZ ( ) VOCAL ( )

INDICADORES	COTEJO	
	SI	NO
- En sus sentencias fundamenta jurídicamente la determinación de la aplicación de la pena.		
-En la fundamentación de la aplicación de la pena toma en cuenta sólo el artículo 45° del Código Penal.		
-En la fundamentación de la aplicación de la pena toma en cuenta sólo el artículo 46° del Código Penal.		
- En la fundamentación de la aplicación de la pena toma en cuenta los artículos 45° y 46° del Código Penal.		
- La elevada carga procesal le impide fundamentar la aplicación de la pena.		
-Existe incorporación de medios probatorios útiles para la determinación de la pena.		
-Su conocimiento de la normatividad jurídica sobre temas de determinación de la pena es suficiente para una correcta administración de justicia.		
-Considera que los artículos 45° y 46° del Código Penal están debidamente elaborados.		

-Mencione Ud. en la determinación de la pena, cuál (es) son las limitaciones que se presentan:.....

.....

-¿Qué aportes sugiere para mejorar la determinación judicial en la aplicación de la pena?.....

.....

**Muchas Gracias.**

**5. MODELO DE ENCUESTA APLICADA A MAGISTRADOS – FISCALES**

Señor (a) magistrado (a):

La presente encuesta tiene por objeto recoger información de magistrados -fiscales- acerca de la determinación judicial de la pena y su aplicación en los delitos de homicidio simple y calificado tramitados en los juzgados y salas especializadas penales del distrito de Cajamarca – periodo 2008-2010; que servirá para detectar posibles falencias y superarlas en aras de una correcta administración de justicia.

Se le agradece sus respuestas sean reales que permitan obtener resultados útiles para fines jurídicos. Para facilitar el recojo de información la encuesta tiene carácter de anónima.

INDICADORES	COTEJO	
	SI	NO
- Considera que en las sentencias se fundamenta jurídicamente la determinación de la aplicación de la pena.		
-En la fundamentación de la aplicación de la pena se toma en cuenta sólo el artículo 45° del Código Penal.		
-En la fundamentación de la aplicación de la pena se toma en cuenta sólo el artículo 46° del Código Penal.		
- En la fundamentación de la aplicación de la pena se toma en cuenta los artículos 45° y 46° del Código Penal.		
-En los procesos penales incorpora medios probatorios útiles para la determinación de la pena.		
-Su conocimiento de la normatividad jurídica sobre temas de determinación de la pena es suficiente para la labor que desempeña.		
-Considera que los artículos 45° y 46° del Código Penal están debidamente elaborados.		
-La indebida fundamentación en la determinación de la pena origina indefensión en los justiciables.		
-La indebida fundamentación en la determinación de la pena afectación el derecho a la libertad ambulatoria.		

-Que aportes sugiere para mejorar la determinación judicial en la aplicación de la pena:.....  
 .....

**Muchas Gracias.**

**6. MODELO DE ENCUESTA APLICADA A ABOGADOS**

Señor (a) abogado (a):

La presente encuesta tiene por objeto recoger información de abogados acerca de la determinación judicial de la pena y su aplicación en los delitos de homicidio simple y calificado tramitados en los juzgados y salas especializadas penales del distrito de Cajamarca – periodo 2008-2010; que servirá para detectar posibles falencias y superarlas en aras de una correcta administración de justicia.

Se le suplica sus respuestas sean reales para que se obtengan resultados útiles para los fines jurídicos. Para facilitar el recojo de información la encuesta tiene carácter de anónima.

INDICADORES	COTEJO	
	SI	NO
- Considera que en las sentencias se fundamenta jurídicamente la determinación de la aplicación de la pena.		
-En la fundamentación de la aplicación de la pena se toma en cuenta sólo el artículo 45° del Código Penal.		
-En la fundamentación de la aplicación de la pena se toma en cuenta sólo el artículo 46° del Código Penal.		
- En la fundamentación de la aplicación de la pena se toma en cuenta los artículos 45° y 46° del Código Penal.		
-En sus procesos incorpora medios probatorios útiles para la determinación de la pena.		
-Su conocimiento de la normatividad jurídica sobre temas de determinación de la pena es suficiente para un efectivo ejercicio del derecho de defensa.		
-Considera que los artículos 45° y 46° del Código Penal están debidamente elaborados.		
-La indebida fundamentación en la determinación de la pena origina indefensión en los justiciables.		
-La indebida fundamentación en la determinación de la pena afectación el derecho a la libertad ambulatoria.		

-Que aportes sugiere para mejorar la determinación judicial en la aplicación de la pena:.....  
 .....

**Muchas Gracias.**