

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

TESIS:

CRITERIOS JURÍDICOS PARA LA IMPOSICIÓN DE UNA PENA INFERIOR A LA PREVISTA EN LA LEY PENAL, CUANDO NO CONCURREN CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

Presentada por:

M.Cs. MELISSA LIZETH TERÁN BECERRA

Asesor:

Dr. JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA

Cajamarca, Perú

2023

COPYRIGHT © 2023 by
MELISSA LIZETH TERÁN BECERRA
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

CRITERIOS JURÍDICOS PARA LA IMPOSICIÓN DE UNA PENA INFERIOR A LA PREVISTA EN LA LEY PENAL, CUANDO NO CONCURREN CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

Presentada por:

M.Cs. MELISSA LIZETH TERÁN BECERRA

JURADO EVALUADOR

Dr. Juan Carlos Tello Villanueva
Asesor

Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco
Jurado Evaluador

Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador

Dr. Saúl Alexander Villegas Salazar
Jurado Evaluador

Cajamarca, Perú

2023



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

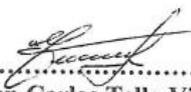
ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

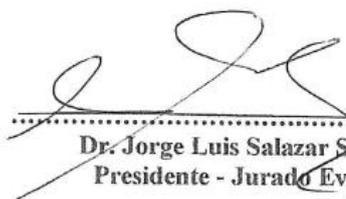
MENCIÓN: DERECHO

Siendo las 19 horas, del día 24 de febrero del año dos mil veintitrés, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. JORGE LUIS SALAZAR SOPLAPUCO**, **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**, **Dr. SAÚL ALEXANDER VILLEGAS SALAZAR** y en calidad de Asesor el **Dr. JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado y el Reglamento del Programa de Doctorado de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se inició la SUSTENTACIÓN de la tesis titulada: **CRITERIOS JURÍDICOS PARA LA IMPOSICIÓN DE UNA PENA INFERIOR A LA PREVISTA EN LA LEY PENAL, CUANDO NO CONCURRAN CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS**; presentada por la Maestra en Ciencias, Mención en Derecho Penal y Criminología **MELISSA LIZETH TERÁN BECERRA**.

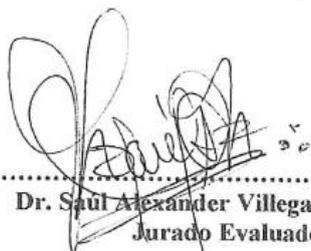
Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó DPROBAR con la calificación de Decisiva (1.7) la mencionada Tesis; en tal virtud, la Maestra en Ciencias, Mención en Derecho Penal y Criminología **MELISSA LIZETH TERÁN BECERRA**, está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que la acredita como **DOCTOR EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Mención **DERECHO**.

Siendo las 20 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
Dr. Juan Carlos Tello Villanueva
Asesor


.....
Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco
Presidente - Jurado Evaluador


.....
Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador


.....
Dr. Saúl Alexander Villegas Salazar
Jurado Evaluador

A:

Mi abuela Otilia Malca Llamo, que partió de este mundo de manera insospechada y que, desde su nueva estancia, seguramente, observa cada uno de mis pasos. A ella, que ha acompañado mis días y mis noches, dedico este trabajo y cada uno de los que vendrán.

AGRADECIMIENTOS

A mis padres, Ricardo y María, quienes siempre se han mostrado dispuestos a ayudarme en cada fase de mi vida y a quienes debo todo.

A David, compañero de vida, quien contribuye en la consecución de mis logros de manera incondicional; también porque su compañía incentiva mis deseos de superación.

A mi asesor, Dr. Juan Carlos Tello Villanueva, por la atención brindada al desarrollo de la presente tesis y a las inquietudes propias de su ejecución, cuyos aportes han sido relevantes en la realización de la misma.

“Y vieron como levantaba el brazo con la espada, como si quisiera blandirla contra el cielo, pero acabó por bajarlo, aflojó el puño y dejó caer la espada en el agua.”

Stefan Zweig.

“La dignidad humana puede ser comparada con un corredor que, habiendo empezado el último, terminó por rebasar a todos sus competidores”

Von der Pforden

CONTENIDO

LISTA DE ILUSTRACIONES.....	xii
AGRADECIMIENTOS	vi
LISTA DE ABREVIACIONES	xiii
GLOSARIO.....	xiv
RESUMEN	xv
<i>ABSTRACT</i>	xvii
INTRODUCCIÓN	xix
CAPÍTULO I	1
MARCO METODOLÓGICO	1
1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	1
1.1.1. Contextualización o problemática.....	1
1.1.2. Descripción del problema.....	3
1.1.3. Formulación del problema	4
1.2. JUSTIFICACIÓN.....	4
1.3. OBJETIVOS.....	5
1.3.1. Objetivo general	5
1.3.2. Objetivos específicos.....	5
1.4. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN: DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	6
1.4.1. Espacial.....	6
1.4.2. Temporal	6
1.5. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	7
1.5.1. De acuerdo al fin que se persigue.....	7
1.5.2. De acuerdo al diseño de investigación	7
A. Investigación descriptiva	7
B. Investigación explicativa.....	8
C. Investigación jurídico-propositiva	9
1.5.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan.....	9
1.6. HIPÓTESIS.....	10
1.7. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.....	10
1.7.1. Métodos Genéricos	10
A. Método analítico.....	10
B. Método deductivo.....	11

1.7.2. Métodos Propios del Derecho	11
A. Método hermenéutico	11
B. Método dogmático.....	12
C. Método argumentativo.....	13
1.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	14
1.8.1. Técnicas de investigación	14
1.8.2. Instrumentos de investigación	15
1.9. UNIDAD DE ANÁLISIS O UNIDAD DE OBSERVACIÓN.....	15
1.10. ESTADO DE LA CUESTIÓN	15
CAPÍTULO II	18
MARCO TEÓRICO.....	18
2.1. MARCO IUSFILOSÓFICO	18
2.1.1. Corrientes filosóficas del Derecho	18
A. Iusnaturalismo	18
B. Iuspositivismo.....	25
C. Corrientes postpositivistas	29
2.1.2. Enfoque constitucionalista positivista	31
2.1.3. Justificación filosófica de la tesis.....	44
2.2. MARCO CONSTITUCIONAL	50
2.2.1. Estado Constitucional de Derecho	50
A. Constitucionalización del Derecho	53
B. Características del Estado Constitucional de Derecho	61
2.2.2. Garantías constitucionales del proceso penal	64
A. Debido proceso	67
2.2.3. Dignidad humana y derechos fundamentales	72
2.3. MARCO CONCEPTUAL	79
2.3.1. Teoría de la pena	80
A. Fines y funciones del Derecho Penal y de la pena	80
B. Concepto y clases de penas	89
2.3.2. Determinación judicial de la pena.....	96
A. Identificación de la pena básica	99
B. Individualización de la pena concreta	100
C. Circunstancias genéricas	101
D. Circunstancias específicas.....	103

E. Circunstancias agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas	105
2.3.3. Principio de legalidad	108
A. Concepto.....	108
B. Fundamentos del principio de legalidad.....	112
C. Vertientes del principio de legalidad (formal y material)	117
2.3.4. Principio de merecimiento y necesidad de la pena	120
CAPÍTULO III	126
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	126
3.1. FORMA DE CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	126
3.1.1. Precisiones sobre la forma de contrastación de la hipótesis	126
3.1.2. Procedimiento de contrastación de la hipótesis	128
3.2. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS.....	133
3.2.1. Presentación y análisis de casos tipo.....	134
A. Casos tipo	134
B. Análisis de los casos tipo	152
3.2.2. Discusión crítica de argumentos doctrinales y jurisprudenciales.....	154
A. Sobre la corriente iusfilosófica positivista excluyente.....	155
B. Sobre el principio de legalidad penal	158
C. Sobre la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales	161
D. Sobre el fundamento del interés superior del niño	163
3.2.3. Toma de posición: propiciar la remisión a los preceptos constitucionales en la imposición de la pena concreta	165
A. Resultados de la categoría “Dignidad humana”	168
B. Resultados de la categoría “Debido proceso”	174
C. Resultados de la categoría “Necesidad de pena”	179
CAPÍTULO IV	186
FORMULACIÓN DE PROPUESTA	186
4.1. CÓMO VIABILIZAR LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS JURÍDICOS PROPUESTOS	186
4.1.1. Consideración de la punibilidad como categoría de la teoría del delito	187
4.1.2. Identificación del supuesto de hecho en el que corresponde aplicar los criterios propuestos para la determinación de la pena y del razonamiento a emplear en dicho proceso.....	190

4.1.3. Determinación de la pena concreta: Causal especial de disminución de la punibilidad	194
CONCLUSIONES.....	197
RECOMENDACIONES	199
LISTA DE REFERENCIAS	201
ANEXOS	206

LISTA DE ILUSTRACIONES

Gráfico 1. Procedimiento de contrastación de hipótesis.....	132
Gráfico 2. Resultado final.....	185

LISTA DE ABREVIACIONES

Constitución Política del Perú : Const.

Expediente judicial : Exp.

Título Preliminar : TP

Tribunal Constitucional : TC

GLOSARIO

Marco penal abstracto: El marco penal abstracto está constituido por el máximo y el mínimo de la pena fijada para cada tipo penal, previsto en la parte especial del Código Penal.

Ley Penal: Queda definida como el enunciado legal que contiene las infracciones penales, sean delitos o faltas, y la consecuencia jurídica que corresponde a aquellas.

RESUMEN

El principio de legalidad penal, que sustenta el Derecho Penal, ha impedido que la pena sea determinada judicialmente fuera de la pena abstracta prevista para cada tipo penal, concretamente, con base en dicho principio, la pena impuesta no puede ser por debajo de dicho margen punitivo, cuando no se presentan circunstancias atenuantes privilegiadas; sin embargo, se han evidenciado casos en los cuales, flexibilizando el principio antes citado, se impuso una pena inferior a la legal¹.

Por ello, el objetivo planteado en la presente investigación fue el de determinar los principales criterios jurídicos que sustentan la imposición de una pena por debajo del marco penal abstracto previsto en la ley penal, cuando no concurren circunstancias atenuantes privilegiadas.

Para arribar a ello, ha sido necesario orientar la visión del Derecho Penal, hacia un paradigma que tenga como continente la Constitución, a cuyos parámetros debe ceñirse, también, la ley; específicamente, enmarcar el Derecho Penal en el constitucionalismo positivista de Ferrajoli, denominado garantismo, entendido éste como un modelo de Derecho que se basa en garantizar los derechos fundamentales recogidos por la Constitución.

En ese contexto, la investigación propuesta ha dado cuenta de aquellos criterios, que deben influir en la determinación judicial de la pena, además de los legales, siendo estos, el principio de dignidad humana, el principio de debido proceso material y el de necesidad de pena; argumentos que permitirán que las decisiones

¹ Casos analizados en el acápite 3.2.1. de la presente tesis.

jurisdiccionales, no solo se sustente en la ley, sino también en los principios constitucionales.

Palabras clave: Marco penal abstracto. Circunstancias atenuantes privilegiadas. Dignidad humana. Debido proceso material. Necesidad de pena.

ABSTRACT

The principle of criminal legality, which supports Criminal Law, has prevented the sentence from being determined outside the legal framework, specifically, based on said principle, the sentence imposed cannot be below the abstract criminal framework provided for in the criminal law, if there are no privileged mitigating circumstances; however, there have been cases in which, making the aforementioned principle more flexible, a sentence lower than the legal one was imposed.²

Therefore, the objective set forth in this investigation was to determine the main legal criteria that support the imposition of a sentence below the abstract criminal framework provided for in criminal law, when there are no privileged mitigating circumstances.

To arrive at this, it has been necessary to guide the vision of Criminal Law, towards a paradigm that has the Constitution as its container, whose parameters must also be adhered to by the law; specifically, to frame Criminal Law in the positivist constitutionalism of Ferrajoli, called warranty, understood as a model of Law that is based on guaranteeing the fundamental rights collected by the Constitution.

In this context, the proposed investigation has given an account of those criteria, which should influence the judicial determination of the sentence, in addition to the legal ones, these being the principle of human dignity, the principle of due material process and the need for grief; arguments that will allow jurisdictional decisions to be based not only on the law, but also on constitutional principles.

² Cases analyzed in section 3.2.1. of this thesis.

Keywords: *Abstract criminal framework. Privileged Mitigating Circumstances.
Human dignity. Due material process. Need for sorrow.*

INTRODUCCIÓN

¿Bajo qué criterios sería posible imponer una pena concreta distinta a la que se obtendría en base al procedimiento de determinación judicial de la pena previsto en el Código Penal? y ¿por qué es importante hacerlo? Son interrogantes que la investigadora se ha planteado al inicio del presente proyecto académico, mismas que se han originado a partir de casos concretos en los que se impuso al sentenciado una pena inferior a la legal; la problemática surge porque teniendo en cuenta que el principio de legalidad es la base del Derecho Penal, puede resultar de difícil aceptación una postura como la que se plantea. Pese a esta aparente contradicción con los principios penales, en la presente tesis se han brindado argumentos relevantes que sustentan no solo la posibilidad de imponer una pena inferior a la prevista en la ley penal, sino la necesidad de considerar ello como una garantía de los derechos fundamentales.

Sin antes realizar un juicio previo de lo que aquí se ha expuesto, cerrando a priori la posibilidad de considerar la flexibilización del principio de legalidad penal, la invitación que se realiza al lector es la de conocer los argumentos que se exponen, los cuales han sido planteados con la rigurosidad que exige exponer una postura como la presente, de modo tal, que la imposición de una pena inferior a la prevista en la ley penal cuando no concurren circunstancias atenuantes privilegiadas, sea viable sin que ello signifique un alejamiento del Derecho como regulador de la conducta humana.

Por el contrario, lo que se pretende con la presente tesis es orientar el Derecho Penal hacia un paradigma constitucionalista, pues la Norma Fundamental del Estado, contiene valores supralegales que deben también informar la

determinación judicial de la pena, cuales son, la dignidad humana y el debido proceso material; asimismo, se debe tener en cuenta que el principio del Derecho Penal de necesidad de pena, debe instituirse no ya como un teorema de la dogmática, sino como un principio de primer orden en la determinación de la pena.

Para plantear ello, se ha desarrollado un procedimiento de contrastación de hipótesis empleando el método dogmático; por lo que, el estudio ha tenido que partir de las consecuencias que se generan al asumir una u otra postura, para luego de ello optar por la posición que resulte más coherente con el Ordenamiento Jurídico y por tanto menos cuestionable, la cual es, a partir de la discusión de resultados, aquella que es acorde a la Constitución, esto es, entender el Derecho Penal en el marco de un paradigma constitucionalista; en cuyo marco se ha formulado una propuesta teórica que incluye valores axiológicos en la determinación judicial de la pena.

En ese contexto, el capítulo I, se ha abocado a desarrollar los aspectos metodológicos, que permiten darle orden a la investigación, estableciendo el camino a seguir para alcanzar el objetivo general planteado. En el capítulo II, se ha desarrollado el marco teórico, el cual consta del desarrollo de los siguientes ítems: el constitucionalismo positivista de Ferrajoli; el Estado constitucional de Derecho, en cuyo marco se desarrollan las garantías constitucionales como el Debido proceso y la Dignidad humana; la determinación judicial de la pena; el principio de necesidad de pena y el de legalidad penal, teniendo en cuenta que se postula su flexibilidad, entre otros. En el capítulo III, se ha desarrollado la discusión de resultados y contrastación de hipótesis, para lo cual se ha seguido el siguiente procedimiento: se ha partido de la presentación y análisis de casos tipo, para identificar el modo en que se determinó la pena judicial y los fundamentos que se

emplearon para ello, se han cuestionado los mismos desde un punto crítico y se ha adoptado por la postura menos refutable.

De otro lado, en el capítulo IV de la presente investigación se ha formulado una propuesta doctrinaria, partiendo de la necesidad de incluir argumentos supralegales en la determinación judicial de la pena. Finalmente, en el capítulo V se han brindado las conclusiones y recomendaciones pertinentes.

CAPÍTULO I

MARCO METODOLÓGICO

1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.1. Contextualización o problemática

En tanto el Derecho Penal es un subsector del ordenamiento jurídico sustentado en el principio de legalidad, privilegiando la previsibilidad y seguridad jurídicas como características definitorias del positivismo jurídico, al cual se adscribe, resulta a primera vista, dificultoso e incluso contradictorio plantear la posibilidad de imponer una pena por debajo del marco penal abstracto previsto en la ley penal, cuando no concurren circunstancias que la misma ley prevé como excepciones, concretamente, las circunstancias atenuantes privilegiadas.

Así, la consecuencia jurídica a imponer en un caso concreto se limita a la superación de los juicios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la conducta –que, si bien, han permitido limitar el arbitrio judicial, restringiendo el fundamento de las decisiones jurisdiccionales al estricto cumplimiento de la ley penal positiva, limitan también la incorporación de cuestiones axiológicas a dichas fundamentaciones, soslayando aspectos que se vinculan a los derechos fundamentales, los valores y la moral–, empero, debemos recordar que, el Derecho es un ejercicio humano al cual se yuxtaponen aspectos morales y axiológicos, cuyo apartamiento solo niega el reconocimiento de que la intervención legislativa y judicial, finalmente, responden a ello.

Lo señalado bien podría sugerir el empleo de aspectos discrecionales como sustento principal de las decisiones jurisdiccionales; no obstante, se debe aclarar que el planteamiento formulado no desconoce la importancia del paradigma positivista instituido, sino que es también esencial añadir a éste aspectos valorativos que, permitan orientar la visión del Derecho, concretamente del Derecho Penal, hacia un paradigma que tenga como continente la Constitución, a cuyos parámetros debe ceñirse, también, la ley.

Este paradigma, se enmarca en el constitucionalismo positivista de Ferrajoli, al que ha denominado, garantismo, entendido éste como “un modelo de derecho basado en la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y en los vínculos impuestos a estos en garantía de los derechos, con preferencia de los derechos fundamentales sancionados por la constitución.” (Ferrajoli, 2014, p. 29)

es la cara, por así decir, activa del constitucionalismo, al ser las garantías las modalidades activas —las prohibiciones y las obligaciones— correlativas a las expectativas pasivas en que consisten todos los derechos. Dicho brevemente, designa el conjunto de límites y vínculos impuestos a cualquier poder, idóneos para garantizar la máxima efectividad de todos los derechos y de todas las promesas constitucionales. (Ferrajoli, 2014, p. 30)

En ese contexto, la investigación propuesta busca dar cuenta de los principales criterios jurídicos bajo los cuales es posible la imposición de una pena por debajo del marco penal abstracto previsto en la ley penal, cuando no concurren circunstancias atenuantes privilegiadas; lo que permitirá que las decisiones jurisdiccionales, si bien se asumen

con sustento en la ley positiva (paradigma positivista institucionalizado en el Derecho Penal), debe hacerse bajo el entendimiento que, “no es posible regular los comportamientos humanos sin instanciar algunos valores morales” (Moreso y Vilajosana, 2004, p. 194); lo que daría cuenta de la complejidad que representan los fenómenos jurídicos en los que intervienen, evidentemente, actuaciones humanas.

1.1.2. Descripción del problema

El Derecho, en tanto producto humano, no se aparta de aspectos axiológicos y morales que, finalmente, determinan las decisiones jurisdiccionales; sin embargo, en el Derecho Penal –al conformar un ordenamiento positivo, ceñido al principio de legalidad³–, es cuestionable la incorporación de dichos aspectos, para emitir una decisión fundada y, con mayor reparo aún, para inaplicar el marco penal abstracto previsto en la ley penal e imponer una pena por debajo de éste; empero, es preciso evaluar si este subsector del ordenamiento jurídico, al igual que otros, se subyuga a los principios constitucionales, en los cuales radican aspectos axiológicos y morales, lo cual podría cambiar el modo de ver el paradigma positivista.

³ Previsto en el artículo V del Título Preliminar (en adelante TP), del Código Penal, que prescribe: “Sólo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley.”

1.1.3. Formulación del problema

¿Cuáles son los principales criterios jurídicos que sustentan la imposición de una pena por debajo del marco penal abstracto previsto en la ley penal, cuando no concurren circunstancias atenuantes privilegiadas?

1.2. JUSTIFICACIÓN

La importancia de la tesis propuesta reside en los siguientes aspectos:

Primero, que aun cuando criterios axiológicos y morales han sido incorporados en los planteamientos, doctrinarios y jurisprudenciales, en materia penal, estos siempre han sido aplicados al supuesto de hecho, claros ejemplos constituyen los principios de imputación objetiva (como ámbito de protección de la norma, prohibición de regreso, principio de confianza, entre otros); sin embargo, tales criterios valorativos no han sido aplicados a la determinación de la consecuencia jurídica del delito, la pena. Ello, por cuanto rige el principio de legalidad penal; de allí que, es preciso identificar aquellos criterios axiológicos y morales aplicables en la determinación de la pena, contenidos respecto de los cuales no se ha realizado una investigación, justificándose así la presente propuesta.

Segundo, el estudio planteado no solo propone una mejora a nivel teórico – en tanto el aporte doctrinario respecto de la consideración de criterios valorativos y morales en la determinación de la pena, para justificar una por debajo del marco penal abstracto previsto en la ley penal–, sino también, práctico, pues desembocará en una adecuada administración de justicia, con

base en los valores contenidos en la Constitución Política del Perú (en adelante Const.)

Tercero, atendiendo al plano abstracto en el que se va a desarrollar la investigación, su contribución científica es importante desde que permite generalizar los resultados; es decir, las conclusiones obtenidas abarcarán a todas las conductas prevista en la ley penal, lo cual a su vez permitirá aplicar el resultado y por tanto la solución propuesta a cada caso concreto.

Y, cuarto, es conveniente y trascendental para la sociedad, porque mejora notablemente el servicio de administración de justicia y beneficia sobre todo al procesado, en salvaguarda de los derechos y garantías que la Norma Fundamental demanda, en el marco de un proceso penal garantista.

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. Objetivo general

Determinar los principales criterios jurídicos que sustentan la imposición de una pena por debajo del marco penal abstracto previsto en la ley penal, cuando no concurren circunstancias atenuantes privilegiadas.

1.3.2. Objetivos específicos

- a) Desarrollar y explicar los criterios de determinación judicial de la pena.
- b) Identificar y desarrollar las circunstancias atenuantes privilegiadas.

- c) Desarrollar y analizar los principios de dignidad humana y debido proceso y cómo deben influir en la determinación judicial de la pena.
- d) Analizar la incidencia e importancia del principio de necesidad de pena en la determinación judicial de la misma.
- e) Elaborar una propuesta doctrinaria en torno a la aplicación de principios constitucionales y penales en la determinación judicial de la pena.

1.4. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN: DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. Espacial

Dado que la presente investigación no se encuentra circunscrita a un espacio geográfico determinado, precisaremos que los resultados se han aplicado a nivel nacional; ello por cuanto se trata de una investigación teórica.

1.4.2. Temporal

Temporalmente la presente investigación no está delimitada, en tanto el análisis que se ha realizado versa sobre la imposición de una pena por debajo del marco penal abstracto previsto en la ley penal y de aquellos aspectos jurídicos que sustentarían dicho planteamiento, cuyo desarrollo no se ha circunscrito a un espacio temporal específico o determinado.

1.5. TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.5.1. De acuerdo al fin que se persigue

Partiendo de la diferencia a la que, Manuel Sánchez Zorrilla, tras un escrupuloso análisis arriba, en el sentido que, a través de la investigación aplicada se procura una modificación de la realidad, mientras que, la investigación básica es aquella que pretende, solo, comprenderla (2017, p. 16), podemos afirmar que la tesis formulada es básica.

Ello, por cuanto se ha buscado “únicamente conocer, entender, comprender y explicar la realidad”⁴ (2017, p. 16); así, se ha procurado incrementar el conocimiento teórico en torno a los argumentos que permiten imponer una pena por debajo del marco penal abstracto previsto en la ley penal, cuando no concurren circunstancias atenuantes privilegiadas; ello implica la incorporación de criterios axiológicos y morales en la determinación de la pena.

1.5.2. De acuerdo al diseño de investigación

A. Investigación descriptiva

La investigación descriptiva “se enfoca en detallar las características, contexto, tendencias no establecidas de un objeto sobre el que ya existe bibliografía” (Fernández Flecha, Urteaga

⁴ “Esto es justamente lo que hace el investigador jurídico que trabaja bajo los criterios de lege data. Él estudia una realidad ya establecida: un ordenamiento jurídico determinado. Su intención es responder problemas jurídicos haciendo uso de todo el material legislativo, jurisprudencial y dogmático con el que se cuenta en una época determinada.” (Sánchez Zorrilla, 2017, p. 16)

Crovetto, & Verona Badajoz, 2015, p. 17), bajo esa definición, la presente investigación se adscribió a este tipo de investigación, pues se han utilizado criterios sistemáticos que permitieron poner de manifiesto la estructura, naturaleza y elementos que conforman las categorías jurídicas involucradas, concretamente determinación judicial de la pena, circunstancias atenuantes privilegiadas, dignidad, debido proceso, necesidad de pena, entre otros.

B. Investigación explicativa

De la misma forma, más allá de una descripción del problema y de un análisis de los conceptos formulados, se ha tratado también de una investigación explicativa, que “se enfoca en descubrir el porqué de un fenómeno específico, sus causas y efectos” (Fernández Flecha, Urteaga Crovetto, & Verona Badajoz, 2015, p. 17); así pues, ha buscado explicar cómo sería factible imponer una pena por debajo del marco penal abstracto previsto en la ley penal. Mediante dicho alcance de investigación se ha buscado concretamente la relación de causalidad entre las categorías que conforman la hipótesis planteada; específicamente, si criterios como dignidad humana, debido proceso y necesidad de pena, sustentan la inaplicación de dicho marco penal abstracto, cuando no concurren circunstancias atenuantes privilegiadas.

C. Investigación jurídico-propositiva

Asimismo, es de tipo jurídico-propositiva, pues se ha analizado el fenómeno jurídico, para luego proponer nuevas interpretaciones, las mismas que se han materializado en una propuesta teórica, en torno a la determinación de la pena.

1.5.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

El enfoque que se le ha dado a la presente investigación es de tipo cualitativo, en el Derecho este enfoque “ubica al sistema normativo como fenómeno, causa efecto en la realidad social, y escarba en aquello que está atrás o arriba de los enunciados normativos que la dogmática jurídica omite”⁵ (Witker Velásquez, 2021, p. 25), así pues, el propósito ha sido esclarecer el problema plasmado, analizando más allá de la redacción literal de la norma, y comprender el fenómeno a través de la recolección de datos sin medición numérica. Concretamente, se han estudiado los aspectos que comprende la determinación judicial de la penal, la dignidad humana, el debido proceso y la necesidad de pena, realizando un análisis paralelo a la legalidad penal, sugiriendo una interpretación acorde a los derechos fundamentales y principio constitucionales y penales, mismos que deben orientar la aplicación de la ley.

⁵ Si bien, el autor desarrolla este enfoque como una técnica, la definición resulta aplicable a la presente investigación.

1.6. HIPÓTESIS

Los principales criterios jurídicos que sustentan la imposición de una pena por debajo del marco penal abstracto previsto en la ley penal, cuando no concurren circunstancias atenuantes privilegiadas, son:

- a)** El valor y principio de dignidad humana
- b)** El debido proceso material
- c)** El principio de necesidad de pena

1.7. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1.7.1. Métodos Genéricos

A. Método analítico

Este método se basa fundamentalmente en “un análisis lógico del lenguaje jurídico, que implica descomponer conceptos y enunciados en diferentes partes, con lo cual se obtiene el conocimiento del Derecho, vía desglose de las proposiciones” (Witker Velásquez, 2021, p. 9) Se ha empleado el método analítico, en tanto, se ha indagado si la dignidad humana, el debido proceso material y el principio de necesidad de pena, sustentan la imposición de una pena por debajo del marco penal abstracto previsto en la ley penal; para ello se han desarrollado y estudiado cada uno de dichos aspectos, en su contenido, y, a partir de allí, evaluado su incidencia en la determinación de la pena.

B. Método deductivo

También se ha utilizado el método deductivo, en tanto que, la investigación ha abarcado la problemática desde un plano abstracto, partiendo de premisas generales para llegar a una conclusión. Así, se ha determinado que la dignidad humana, el debido proceso material y el principio de necesidad de pena, sustentan la imposición de una pena por debajo del marco penal abstracto previsto en la ley penal. Luego, las conclusiones que se han obtenido, pueden ser aplicadas a casos concretos.

1.7.2. Métodos Propios del Derecho

A. Método hermenéutico

La presente investigación se basa en el método hermenéutico, el cual consiste en la “interpretación de las leyes, jurisprudencias, e incluso de las hermenéuticas realizadas por otros juristas.” (Sánchez Zorrilla, 2017, p. 9); así, se ha estudiado la dignidad humana, el debido proceso material y el principio de necesidad de pena, para determinar si tales principios sustentan la imposición de una pena por debajo del marco penal abstracto previsto en la ley penal, esto ha viabilizado una nueva interpretación en torno a la imposición de la pena y los criterios que la sustentan, junto a la propuesta teórica a la que se ha arribado.

B. Método dogmático

Teniendo en cuenta que, “el método dogmático trata de ir un paso más allá de la exégesis, no quedarnos en interpretaciones aisladas sino en buscar su unión” (Sánchez Zorrilla, 2011, p. 339), se debe precisar que, en la presente tesis, también, se ha hecho uso del método dogmático, pues se ha analizado el problema a través de las fuentes formales de nuestro Ordenamiento Jurídico como la doctrina, restringido a las categorías a las que se circunscribe el problema de investigación.

Además, en tanto en la dogmática “lo que se realizará será reconstrucciones de normas del ordenamiento jurídico, de modo tal que una encaje junto o dentro de la otra.” (Sánchez Zorrilla, 2011, p. 343) procuraremos justificar cómo la dignidad humana, el debido proceso material y el principio de necesidad de pena, como componentes de la hipótesis, sustentan la imposición de una pena inferior a la que prevé la ley penal, de tal modo que se comprenda que el Derecho Penal, también se encuentra influenciado por los valores constitucionales.

A partir de ello, se formulará una propuesta teórica, y es que, como señala Manuel Sánchez Zorrilla (2011, p. 340) “el método dogmático (...) busca formar teorías jurídicas” empleando la interpretación, pues “la hermenéutica también se utiliza en el método dogmático.” Como apreciamos “en la dogmática se busca

teorizar; es decir, agrupar y unir de forma ordenada un conjunto de dispositivos legales sobre un referente común.”

C. Método argumentativo

Es preciso distinguir los conceptos de argumentación y argumento, entendido el primero como una actividad y el segundo como el resultado de dicha actividad, en el que, a decir de Atienza (1999, p. 40), deben confluír cuatro elementos, a) un lenguaje, por cuanto argumentar es una actividad lingüística, propiamente y un argumento es un producto lingüístico plasmado en un conjunto de enunciados; b) una conclusión, que constituye el punto final de la argumentación, el puerto al que se arriba; c) premisas, que constituyen el punto de partida de la argumentación y d) una relación entre las premisas y la conclusión.

Así pues, se trata de “una visión pragmática, dinámica y, en cierto modo, instrumental del Derecho, pero que no contempla el Derecho como un instrumento que pueda ser utilizado para cualquier fin, sino, para decirlo con cierta solemnidad, como un instrumento de la razón práctica.” (Atienza, 1999, p. 38)

Entonces, se puede afirmar que, en la presente tesis, se ha empleado, también, el método argumentativo, por cuanto se han desarrollado planteamientos lógico jurídicos en torno a temas relacionados con la determinación de la pena, con sustento en criterios axiológicos y morales, llegando a una o varias conclusiones a partir de ello.

1.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.8.1. Técnicas de investigación

Las técnicas son “los procedimientos específicos que (...) se han de aplicar en la investigación para recoger la información o los datos requeridos.” (Niño Rojas, 2011, p. 61)

En el desarrollo de la presente investigación se ha utilizado la recopilación documental, que ha permitido realizar una selección adecuada del material documental, esto es, aquel relacionado a los temas que han sido desarrollados en la tesis.

Asimismo, empleó la técnica de registro de datos, que ha permitido revisar y analizar la documentación de la que se disponía, básicamente de la doctrina sobre determinación judicial de la pena, dignidad humana, debido proceso material, principio de necesidad de pena, entre otros conceptos, cuyo desarrollo han permitido dar sustento a la tesis propuesta; además ha permitido sistematizar los contenidos de la información obtenida, principalmente por el orden y facilidad de manejo que implica el uso de esta técnica.

Finalmente, se ha empleado la casuística, entendida esta como el razonamiento basado en casos. Para el desarrollo de la presente tesis se ha tenido en cuenta los casos resueltos por los órganos jurisdiccionales –o jurisprudencia del Poder Judicial–, en tanto éstos, han permitido contextualizar el problema de investigación, así como han dado lugar al cuestionamiento del razonamiento basado en

principios o reglas que forma parte de dicha jurisprudencia. Se debe precisar que dichos casos no constituyen muestra en la investigación, sino que han sido trabajados como casos tipo; por lo que, el tipo de investigación sigue siendo básica, con enfoque de tipo cualitativo, y ello es así, dado que se trata de una investigación jurídica pura, o también llamada doctrinal, concretamente es una investigación de carácter documental, por la cual se “busca profundizar en el conocimiento de un hecho o fenómeno, a través de estudio de documentos o cualquier tipo de material escrito.” (Sáenz, 2017, pp. 24 - 30)

1.8.2. Instrumentos de investigación

Se han empleado fichas de registro, básicamente las bibliográficas, de anotación y de comentarios, pues se requirió anotar datos identificatorios de la bibliografía en general, hacer resúmenes de los textos o documentos con los que se cuenta y anotar dudas que surjan del estudio de los documentos.

1.9. UNIDAD DE ANÁLISIS O UNIDAD DE OBSERVACIÓN

Dado que la presente investigación no cuenta con población ni muestra, tampoco resultó aplicable la unidad de análisis. Ello se funda, también, en su tipología, cual es cualitativa.

1.10. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Dado que, lo que se ha buscado desarrollar en la presente investigación es lo relacionado a los principales criterios que sustentan la imposición de una

pena por debajo del marco penal abstracto previsto en la ley penal, cuando no concurren circunstancias atenuantes privilegiadas, no se ha encontrado ningún antecedente directo en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI).

Sin embargo, la principal referencia es la tesis doctoral de Roger Rafael Rodríguez Santander, titulada “Una teoría sobre de la derrotabilidad jurídica en el Estado Constitucional”; no obstante, su planteamiento se enmarca en la aplicación de dicha teoría al supuesto de hecho, mas no a la consecuencia jurídica, que constituye el eje central de la tesis, aquí propuesta; así concluye:

La derrotabilidad jurídica alude a la posibilidad de que, en base a razones morales derivadas del Derecho y advertidas en el marco del razonamiento jurídico práctico, una norma sea inaplicada, a pesar de haberse verificado un hecho al que resultaba lógica o deductivamente aplicable. (Rodríguez Santander, 2015, p. 299)

También, ubicamos un antecedente en el ensayo “Fundamentación del carácter suspendido de la pena privativa de libertad para el delito de tenencia ilegal de arma de fuego”, elaborado por Mario Lohonel Abanto Quevedo, en el que señala:

Proponemos algunos elementos que, dependiendo del caso concreto, pueden presentarse útiles para que un juez penal (...) considere imponer una pena suspendida en su ejecución, pese a que el extremo mínimo de la pena conminada sea de seis años de privación de la libertad, de ordinario, con carácter efectivo. (Abanto Quevedo, 2017, p. 295)

Finalmente, un antecedente directo de la presente investigación lo es el artículo publicado por Alonso R. Peña Cabrera Freyre (Peña Cabrera Freyre,

2016), “La graduación de la pena por debajo del mínimo legal: una defensa principista del Derecho Penal”, en el que postula la incorporación de principios del Derecho Penal en el proceso de determinación de la pena, como el de humanidad, proporcionalidad y fin resocializador. Asimismo, lo es, el artículo “La graduación de la pena por debajo del mínimo legal. consideraciones a partir del principio de proporcionalidad”, publicado por Elky Alexander Villegas Paiva (Villegas Paiva, 2016), en el que fundamenta la imposición de una pena inferior a la prevista en la ley penal en base al principio de proporcionalidad.

Empero, como se advierte, los planteamientos citados en el párrafo que antecede brindan argumentos desde los principios del Derecho Penal, siendo que, la presente investigación además de estos, asienta la postura en principios constitucionales.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. MARCO IUSFILOSÓFICO

2.1.1. Corrientes filosóficas del Derecho

En torno al estudio del Derecho se han esbozado múltiples tendencias o corrientes filosóficas que buscan definirlo, conceptualizarlo y otorgarle fundamento, siendo su abordaje igual de diverso, lo que hace complejo el entendimiento de lo que por él deba concebirse; sin embargo, sin pretender abarcar todas estas tendencias y menos aún desarrollarlas en su integridad, es necesario abordar algunas de ellas a fin de alcanzar una comprensión del Derecho y su concepto.

Lo antes indicado, no puede hacerse sin la remisión a las corrientes iusnaturalistas, no tanto ya por su vigencia, por cuanto estas han sido, en su generalidad, superadas por el positivismo y corrientes denominadas postpositivistas, sino por su importancia para el estudio del Derecho.

A. Iusnaturalismo

La doctrina del iusnaturalismo se opone al planteamiento cuyo fundamento sea la obediencia a leyes distintas a la natural, esta debe ser el origen del Derecho y el fin de éste, en tanto, la exigencia de obediencia del hombre a ley natural.

Se distinguen de las tesis positivistas, porque éstas postulan la concepción que el Derecho supone un deber de obediencia al poder político, criterio al cual se opone el iusnaturalismo. Pero, a partir de tal introducción, ¿Que postula el iusnaturalismo? ¿Cuál es su propuesta? ¿Cómo se concibe el Derecho de la perspectiva filosófica iusnaturalista?

El iusnaturalismo, postula una oposición a la obediencia al poder político y a la concepción de un Derecho aislado de los valores y la moral; Isabel Trujillo (2015, pp. 8 - 11), indica que, “El derecho natural es un criterio que sirve para identificar los límites del derecho y la justicia de una situación”, se trata de “entender los límites del derecho (puede ser injusto) y su estructura fundamental (a qué sirve), además de sus relaciones con las demás esferas o prácticas humanas (social y moral, principalmente)”; además, “apelarse al derecho natural es hacer uso de una noción de justicia como criterio de juicio del derecho positivo.”

Según Norberto Bobbio, la concepción iusnaturalista es un sistema de ideas o razonamientos, definidos, por lo menos, por dos aserciones: “1) además del derecho positivo (cuya existencia no ha osado negar nunca ningún filósofo del derecho), existe el derecho natural; 2) el derecho natural es superior al derecho positivo.” (Norberto Bobbio, 1991, p. 214)

Luego, para hablar de iusnaturalismo, es importante partir por la clasificación que, se apareja al curso mismo de la historia, ya que ello permitirá descifrar mejor sus postulados, en cuyo contexto podemos distinguir el iusnaturalismo tradicional del contemporáneo; siendo que, el primero, a su vez, se divide en clásico, medieval y moderno o ilustrado.

Por iusnaturalismo clásico “se entiende la época del nacimiento del iusnaturalismo, en Grecia y Roma, con los autores que han puesto las bases de esta concepción del derecho. Sus coordenadas fundamentales tendrán una continuidad en la época medieval” (Trujillo, 2015, p. 4); mientras que, el iusnaturalismo ilustrado, es aquel desarrollado “en la época de la Ilustración, a partir del cambio de mentalidad que supone el nacimiento y del desarrollo de la ciencia moderna” (Trujillo, 2015, p. 4)

Frente a los cuestionamiento que giran en torno a esta concepción filosófica del Derecho –que atacan principalmente la ausencia de un concepto de validez jurídica–, surge la posición que afirma que, el iusnaturalismo sí posee un concepto de validez jurídica, explicado del modo: “una ley bajo un cierto punto de vista (el de su validez jurídica), si injusta, puede ser considerada imperfecta, defectuosa o viciada bajo otro punto de vista, precisamente por su falta de justicia: es ley pero es ley injusta” (Trujillo, 2015, p. 9) y se agrega que, estas dos cosas; es decir, ley válida jurídicamente que, a su vez, sea injusta, pueden vivir perfectamente.

Luego, Isabel Trujillo aclara que, “La tesis según la cual a determinadas condiciones de extrema injusticia la ley puede perder su juridicidad es en realidad una doctrina de iusnaturalismo contemporáneo (la tesis de Radbruch)”⁶ (Trujillo, 2015, p. 9)

Los iusnaturalistas contemporáneos son aquellos que, desde los años setenta del siglo pasado, postulan: cuestionar la falta de vigencia de la diferenciación que existe entre iuspositivismo e iusnaturalismo, y la recuperación de las tesis iusnaturalistas con base aristotélica; plantean una forma diferente de entender la tradición y de abordar problemas de tipo ético, políticos y jurídicos; renovar los argumentos y el lenguaje en virtud del contexto en el que se sitúan; entre otros aspectos. (Orrego Sánchez, 2015, p. 48)

El iusnaturalismo contemporáneo, señala Orrego Sánchez (2015, p. 42), se asocia con aquellos autores que, además, de postular la idea de una ética racional independiente de las convenciones, continúan acudiendo a las razones de naturaleza y de razón para pensar los fundamentos de esos criterios no convencionales de lo bueno y de lo malo, de lo justo de lo injusto.

Como fundador de este iusnaturalismo contemporáneo se ubica Germani Grizes (1929), en tanto, entregó al iusnaturalismo uno de

⁶ “según la doctrina de Radbruch, hay una medida insoportable de injusticia más allá de la cual la juridicidad desaparece: lo cual quiere decir que la justicia es relevante solo en algunos casos, marginales y extremos.” (Trujillo, 2015, p. 10)

los artículos que sería el más importante e influyente del siglo XX, en el cual se centró en demostrar que la ley natural no se infiere de premisas descritas sobre la naturaleza humana, sino que está conformada por primeros principios normativos propios y evidentes por sí mismos, y que, estos principios ordenan hacia bienes humanos básicos a los cuales, de manera natural, se inclina el ser humano, cita por ejemplo principios como el vivir, el unirse en matrimonio, en saber la verdad, entre otros. Posteriormente, en el desarrollo de esta teoría contribuyeron de manera importante Joseph Boyle (1942) y Jhon Finnis (1940); a saber, Finnis ha ofrecido precisiones auténticas sobre aspectos relativos a la justicia, el derecho, el orden político y el bien común. Una orientación similar la muestra Robert P. George (1955), quien ha participado en debates contemporáneos sobre temas vigentes, como el aborto y la eutanasia, también sobre el movimiento homosexual, la ética social y económica, etc, abordados desde una perspectiva de la teoría neoclásica de la ley natural. (Orrego Sánchez, 2015, pp. 54- 55)

Sin embargo, coinciden, tanto el iusnaturalismo clásico como el contemporáneo, en el problema vinculado a la ley moral y su defensa, reflejada en conceptos como la vida, la dignidad y la tutela de la persona humana, sobre la familia y el vínculo matrimonial, el bien general, la religión, la fe, entre otros conceptos importantes, que, si bien aún forman parte del estudio del Derecho, en tanto este regula las conductas que se

desenvuelvan en dichas esferas, el iusnaturalismo se centra en los valores morales y su fuerza vinculante o su veracidad contenida en dichos aspectos de la vida social y humana.

Norberto Bobbio (1991, pp. 208 - 209), ofrece unas diferencias entre el iusnaturalismo medieval y el moderno; afirma que, el iusnaturalismo moderno expresa una concepción particularista del hombre, pues no se centra en la naturaleza social del mismo, sino que, tiene en cuenta al individuo aislado (en el estado de naturaleza), lo que hace superior al iusnaturalismo medieval; por su parte, el iusnaturalismo moderno emplea un nuevo concepto de la razón, más dúctil y adecuado a la nueva concepción del lugar del hombre en el universo; además, se aparta de la idea de naturaleza como un orden universal dispuesto por Dios, entendiendo a aquella, más bien, como el conjunto de condiciones de hecho (ambientales, sociales, históricas) que el individuo deberá tener en cuenta para determinar la forma en que coexiste con los demás, lo que termina haciendo superior al iusnaturalismo moderno, respecto del medieval.

Lo que, además, este autor señala es que, la función del iusnaturalismo ha sido la de limitar el poder del soberano; empero el iusnaturalismo tradicional afirma que ello obedece a que el soberano no puede transgredir las leyes naturales; en tanto el iusnaturalismo moderno, parte de dos aspectos importantes, el primero, atribuye a los súbditos el derecho a resistirse al soberano

que haya transgredido las leyes naturales; y el segundo, el considerar como fundamento del límite del poder del Estado, no el deber del soberano de respetar las leyes naturales, sino a los derechos naturales, que son un conjunto de derechos individuales, preexistentes a la aparición del Estado. (Norberto Bobbio, 1991, p. 211)

Entonces, en ello radica, también, la superioridad del iusnaturalismo moderno sobre el medieval, pues como afirma Bobbio, citando a Strauss, éste último, “considera la ley natural casi exclusivamente desde el punto de vista de las obligaciones que derivan de ella, y el primero, por el contrario, desde el punto de vista de los derechos que atribuye” (Bobbio, 1991, p. 211)

Así, concluye el citado autor, la teoría de los derechos naturales nace con Hobbes, y es que éste, elabora por primera vez una teoría consumada del estado de naturaleza, esto es, “de aquel estado que se convertirá en el primer expediente para la fundación de las teorías de los límites de la soberanía no tanto en el deber imperfecto del príncipe como en los derechos perfectos del ciudadano. (Norberto Bobbio, 1991, p. 212)

Concluyendo indefectiblemente, que Hobbes, es el fundador del iusnaturalismo moderno.⁷

⁷ Cabe hacer la precisión que Hobbes se encuentra en el límite que separa el iusnaturalismo moderno del positivismo, por los postulados que ofrece, de allí que, “la investigación hobbesiana se inicia en la ley natural —por eso con razón los iusnaturalistas le consideran uno de los suyos— y llega a la construcción de una sólida concepción positiva del estado —por eso, con la misma razón, los positivistas se lo apropian” (Norberto Bobbio, 1991, p. 165)

Luego, esta corriente filosófica se distingue del iuspositivismo, en tanto éste postula la separación entre el Derecho y la moral, contrario al iusnaturalismo que asume esa necesaria conexión; aunque cabe señalar que no por ello, “el iuspositivismo (...) se transforma en una posición ideológica de justificación del derecho existente o se resigna a no criticar el derecho existente; ni –por otra parte– el iusnaturalismo pierde necesariamente la noción de validez jurídica.” (Trujillo, 2015, p. 12)

La distinción entre ambas concepciones, parte por entender el plano desde el cual se cuestiona el Derecho positivo; así,

El iusnaturalismo mantiene que la crítica al derecho positivo es de algún modo interna a la juridicidad, pues se hace a partir del derecho natural. El iuspositivismo podrá criticar el derecho positivo no ya a partir de un criterio interno (pues rechaza la noción de derecho natural), sino a partir de un criterio externo a la juridicidad: la moral, de la que el derecho está perfectamente separado (Trujillo, 2015, p. 12)

B. Iuspositivismo

El positivismo, de acuerdo a Norberto Bobbio, se divide en tres aspectos, “1) como un modo de acercarse al estudio del derecho; 2) como una determinada teoría o concepción del derecho; 3) como una determinada ideología de la justicia” (Bobbio, 1991, p. 44)

a. Positivismo metodológico

Siguiendo a dicho autor, como modo de acercarse al estudio del Derecho, el positivismo jurídico se caracteriza por la diferenciación clara que se hace entre el derecho real del derecho ideal o entre derecho como hecho y derecho como valor, y la convicción de que el jurista debe ocuparse del primero, esto es, del derecho como hecho; este autor, denomina a este modo de expresar el positivismo “científica” y aclara que alude a las ciencias descriptivas o explicativas, no demostrativas. (Bobbio, 1991)

De lo dicho, “esta concepción asume frente al derecho una actitud a-valorativa u objetiva” (Bobbio, 1991, p. 47); lo que implica, indica el autor, que la consideración de una regla como jurídica, no tiene que ver con un sistema de valores (son aspectos que no toma en cuenta); por el contrario, dicha determinación obedece a la verificación de aspectos como su procedencia de la autoridad competente.

Para asentar un poco más la idea expuesta, la mentalidad del positivismo se opone a quien pretende incluir en el concepto de Derecho, elementos finalistas, como la obtención del bien común, la actuación de la justicia, la protección de la libertad, entre otros. (Bobbio, 1991)

b. Positivismo teórico

La segunda expresión del positivismo, es como una determinada teoría o concepción del Derecho, ésta es la concepción que “vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción: el Estado” (Bobbio, 1991, p. 49); continúa el autor, “es la toma de conciencia, por parte de los juristas, de aquel complejo fenómeno en la formación del Estado moderno, que es la monopolización del poder de producción jurídica por parte del Estado.” (Bobbio, 1991, p. 49)

Luego, teorías como las siguientes, son consideradas como características del positivismo jurídico teórico: a) respecto a la definición de Derecho, la teoría de la coactividad, por la cual Derecho es un sistema de normas que se aplican por la fuerza; b) respecto a la definición de norma jurídica, la teoría imperativa, según la cual las normas son mandatos; c) con respecto a las fuentes de derecho, la supremacía de la ley sobre las otras fuentes; d) respecto al orden jurídico en su conjunto, el complejo de normas es un sistema pleno, sin lagunas; e) respecto a método de la ciencia jurídica e interpretación, la consideración de la actividad del juez como una actividad lógica. (Bobbio, 1991, pp. 50 - 51)

c. Positivismo ideológico

Finalmente, en la concepción positivista ideológica, “el positivismo jurídico representa la creencia en ciertos valores (...) confiere al derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo” (Bobbio, 1991, p. 52)

Esta concepción del Derecho, se sustenta en dos argumentos: i) el derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, es justo; con ello el criterio de norma justa se asocia al de validez; y, ii) que el Derecho, al emanar del poder monopolizado sirve para la consecución de ciertos fines, como la paz, la justicia legal, el orden, independientemente del valor moral de sus reglas. De ambos argumentos se deriva la idea que, la obediencia, a las normas, es un deber moral, esto es, se obedecen a las leyes por una obligación interna de obediencia y respeto a ellas, no por temor a la sanción (obligación externa) que, eventualmente, apareje el incumplimiento o desobediencia. (Bobbio, 1991, pp. 52 - 53)

d. Otra forma de entender el positivismo jurídico

Otra forma de entender el positivismo, es acerca de la vinculación entre el Derecho y la moral, que lo distingue de las teorías no-positivistas, “todos los positivistas defienden la tesis de la separación (...) sostienen que no existe una conexión necesaria entre el derecho como es y del derecho como debería ser” (Alexy, 2008, p. 78)

Así, el positivismo excluyente, “en la forma en que lo defiende prominentemente Joseph Raz, mantiene que la moral esta necesariamente excluida del concepto de derecho” (Alexy, 2008, p. 80). Mientras que, el positivismo incluyente “señala que la moral no está necesariamente excluida ni necesariamente incluida. Declara que la inclusión es contingente o un asunto convencional (...) que depende de lo que en realidad establezca el derecho positivo” (Alexy, 2008, p. 80).

C. Corrientes postpositivistas

Señala Manuel Atienza que, en la teoría del Derecho Contemporánea es posible identificar una importante división de posturas, entre quienes estiman que los cambios ocurridos con el fenómeno de la constitucionalización de nuestros Derechos no necesitan de un nuevo paradigma teórico, para este sector, de ello es posible dar cuenta permaneciendo en el campo del positivismo jurídico, al que denomina, clásico, y que se dota de acentos normativistas o, por el contrario, realistas; y, entre quienes postulan que la constitucionalización del Derecho requiere de un nuevo paradigma teórico.

Asimismo, indica que, dentro de este último grupo, es posible, a su vez, identificar otras divisiones; así tenemos: a) los constitucionalistas positivistas, como Ferrajoli; b) los constitucionalistas no positivistas o postpositivistas, como

Dworkin, Alexy, Nino o Zagrebelsky; c) los neoconstitucionalistas, y 4) los constitucionalistas iusnaturalistas. (2017, p. 75)

Luego, el mismo Atienza, afirma no ubicarse dentro de quienes postulan el denominado neoconstitucionalismo, acercado su postura, más bien, al constitucionalismo no positivista o postpositivista, que postula la “unidad de la razón práctica, lo que no supone negar que pueda trazarse una separación tajante (...) entre el Derecho y la moral (...) defiende un objetivismo moral mínimo, reconoce la importancia de los principios y de la ponderación.” (Atienza, 2017, p. 76)

Aunque, también, Manuel Atienza propugna el entendimiento del Derecho como argumentación; pues señala que, el Derecho es un fenómeno que puede abordarse desde distintas perspectivas, siendo estas las que, a continuación, se precisan.

Un enfoque estructural, en el que el Derecho se conforma por una serie de enunciados, el Derecho es aquí, un lenguaje. Luego, un enfoque realista o sociológico, en tanto el Derecho no es solo lenguaje, sino, también, comportamiento humano. También, un tercer enfoque al que denomina, la idealidad del Derecho, asociado al concepto de Derecho justo, esto es, ciertos cánones de idealidad; y, finalmente, postula la incorporación de un cuarto enfoque, que es, ver el Derecho como argumentación, que consiste en considerar al Derecho como una técnica para la solución de problemas prácticos. (Atienza, 1999)

2.1.2. Enfoque constitucionalista positivista

En el acápite que precede, relacionado al postpositivismo (como breve referencia), nos remitimos a una referencia de Manuel Atienza, en la que proponía una división de corrientes filosóficas en la Teoría del Derecho contemporánea, distinguiendo aquellas que consideran que los cambios acaecidos en la constitucionalización de nuestros derechos, no necesitan de un nuevo paradigma, es decir, puede sustentarse a partir del positivismo clásico, de aquellas que, prefieren defender que la constitucionalización del Derecho requiere de un nuevo paradigma teórico, entre los que ubicaba al constitucionalismo positivista. (2017, p. 75)

La constitucionalización del Derecho, supone una transición del Estado Legal de Derecho, en el que predomina la ley, hacia el Estado Constitucional de Derecho, en el que predomina la Constitución.

Dicha transición ha sido considerada como parte de un nuevo paradigma, colocando al positivismo frente a un desafío para lograr explicar este cambio, sin la necesidad de dejar de lado sus postulados, en tanto muchos suponen que el constitucionalismo del Derecho implica, necesariamente, un cambio de paradigma, del paradigma positivista al constitucionalismo.

Señala Guastini (2016, p. 278) que actualmente por constitucionalización del Ordenamiento, se entiende a “un proceso de transformación del ordenamiento jurídico, al final del cual el

ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales.”

El cual, además, debe tener condiciones necesarias que lo califiquen como tal, siendo estas: a) una Constitución rígida, esto es una Constitución escrita, protegida contra la legislación ordinaria, en tanto las normas constitucionales no pueden ser modificadas o derogadas, sino mediante un proceso de una reforma constitucional; b) la garantía jurisdiccional de la Constitución, que alude a la jerarquía normativa de la Constitución, en tanto se impone sobre la ley; c) fuerza vinculante de la Constitución, ello supone que las normas de la constitución obligan a sus destinatarios; d) la supra-interpretación de la Constitución, que se expresa en dos aspectos, el primero que implica un rechazo de la interpretación literal y, el segundo, es la construcción de normas inexpresas, idóneas para colmar las lagunas, cuales son, principios implícitos; e) aplicación directa de las normas constitucionales, en virtud de su función de modelar las relaciones sociales, las normas constitucionales pueden ser aplicadas directamente por todos los jueces; f) interpretación adecuadora de las leyes, que supone que, la interpretación de las leyes es conforme a la Constitución, procurando la ausencia de incompatibilidad de aquellas con ésta; y, g) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas pues, las normas constitucionales pueden ser usadas en la argumentación de los órganos constitucionales y de los actores políticos para justificar sus decisiones. (Guastini, 2016)

Luego, frente al planteamiento de la constitucionalización de Derecho, surge la disyuntiva entre determinar si, ¿para explicar, comprender y dar cuenta de los nuevos fenómenos jurídicos, se debe realizar una revisión del paradigma teórico que se instituyó en torno a la idea de la supremacía de la ley; o si, para hablar de constitucionalización de Derecho no hace falta apartarse de dicho paradigma.? (Aguiló Regla, 2007, p. 668)

Así, a quienes afirman que, el paradigma instituido (aquel en el que rige el imperio de la ley) debe permanecer, se les denomina positivistas y a quienes, propugnan un cambio de paradigma, se les denomina postpositivistas, neoconstitucionalistas o partidarios de un paradigma construido en torno a la concepción del Estado de Derecho como Estado constitucional. (Aguiló Regla, 2007, p. 668)

Aguiló Regla, reconoce el paradigma postpositivista como una superación del positivismo, y así lo expresa al identificar diferencias entre ellos; así, a) en el positivismo, el modelo para explicar la estructura de un sistema jurídico es el modelo de las reglas; mientras que en el postpositivismo, lo serán, también, los principios jurídicos; b) en el positivismo, entre las reglas de un sistema jurídico se dan relaciones lógicas de deducibilidad; en tanto, en el postpositivismo, entre las normas de un sistema jurídico, además, se recurre a la idea de coherencia valorativa, de la correlatividad entre derechos y deberes a la prioridad justificativa de los derechos; c) en el positivismo, el modelo de razonamiento jurídico es el razonamiento

subsuntivo; en tanto, en el postpositivismo, al haber, también, principios, el tipo de razonamiento, es la ponderación; d) en el positivismo, el Derecho es creado y la existencia de las normas jurídicas depende de la ocurrencia de hechos contingentes de creación, el Derecho no se identifica por su contenido, sino por su forma; mientras que para el postpositivismo, en el Derecho hay fuentes pero no todo el Derecho está basado en ellas. Hay normas cuya validez no descansa sobre criterios formales, sino materiales; e) en el positivismo, la clasificación más importante (o más significativa) de los casos jurídicamente relevantes es la que distingue entre casos regulados (resueltos por el sistema de reglas) y casos no regulados (no resueltos por el sistema de reglas), donde la interpretación es determinante para concluir si un caso concreto es subsumible o no en una regla; empero, en el postpositivismo. La distinción relevante son los casos fáciles de los casos difíciles; f) en el positivismo, el Derecho se objetiva en normas y en actos (o procedimientos), mientras que en postpositivismo, el Derecho tiende a verse como una realidad social muy compleja y fluida, que desborda por completo el anterior marco de objetivación; etc. (2007)

Vemos pues que, la constitucionalización del Derecho, presupone un cambio de paradigma, estos es, dejar de lado el imperio de la ley, para pasar a aquella expresión del Derecho en el que prima la Constitución; empero, en esta transición podemos hablar de un constitucionalismo no positivista o, solamente, postpositivismo (en el que se encuentra Atienza, por ejemplo) o, podemos hablar de un constitucionalismo

positivista, que, también, presupone un cambio de paradigma, pero entendido éste como una superación del positivismo o una mejora de sí mismo, sin necesidad de dejar de lado sus postulados, los cuales, finalmente, han instituido todos estos cambios en el Derecho, y que, sirven, sin duda, de base para los posteriores matices o corrientes que surjan a partir de él o con posterioridad a él.

En este marco, encontramos a Ferrajoli, con el constitucionalismo positivista, al que denomina garantismo, en tanto parte de tres paradigmas o modelos del Derecho, en el que incorpora el paradigma constitucional. Veamos.

“De forma esquemática, cabe distinguir tres paradigmas o modelos teóricos de derecho, (...) el paradigma jurisprudencial, el legislativo y el constitucional.”⁸ (Ferrajoli, 2014, p. 17)

Así, señala el autor, el primer modelo, el jurisprudencial, refleja la experiencia histórica del Derecho romano y del Derecho común hasta la época de las codificaciones, es un sistema normativo al que se denomina nomoestático, pues su norma de reconocimiento es la justicia o racionalidad intrínsecas. En este modelo, la norma de reconocimiento de las normas jurídicas es la verdad, de allí que, exista

⁸ “Conviene precisar que se trata de tres paradigmas teóricos, que no describen ningún ordenamiento histórico real, y consisten en modelos conceptuales que solo identifican las normas de reconocimiento y los rasgos distintivos predominantes y caracterizadores de las correspondientes experiencias históricas.” (Ferrajoli, 2014, p. 17).

confusión entre Derecho y moral, o sea, entre validez y justicia.^{9,10} El modelo legislativo o páleo-positivista, por su parte, fue el introducido con la afirmación del monopolio estatal de la producción normativa y su norma de reconocimiento es el principio de legalidad, a estos se les denomina nomodinámicos¹¹; en este paradigma, la separación de Derecho y moral, o de validez y justicia¹², no es más que un corolario del principio de legalidad.¹³ Finalmente, el modelo constitucional o neo-positivista, se afirma con un cambio de paradigma (del paradigma que propone el modelo legislativo), por el cual, se propugna la subordinación de la legislación misma al Derecho y por eso desarrollo del Estado de Derecho como Estado Constitucional de Derecho.

Lo que caracteriza a este modelo es que, mientras la existencia o vigencia de las normas continúa dependiendo de su forma de producción, cuya norma de reconocimiento sigue siendo el viejo principio de legalidad formal, su validez depende también de su sustancia o contenido, cuya norma de reconocimiento consiste en el principio de legalidad sustancial que la vincula a la coherencia con los

⁹ “Por eso el ius-naturalismo era la filosofía del derecho que reflejaba esta experiencia.” (Ferrajoli, 2014, p. 18)

¹⁰ En este modelo “la validez de las normas tiende a reconocerse y a identificarse con su intrínseca justicia, ligada de forma inmediata a su contenido normativo, es decir, a su sustancia o significado prescriptivo (...)” (Ferrajoli, 2014, p. 20)

¹¹ “la existencia y la validez de las normas se reconocen por su forma de producción, y no por sus contenidos.” (Ferrajoli, 2014, p. 19)

¹² Según este modelo, la validez de las normas “se reconoce y se identifica con su positividad, ligada únicamente a la conformidad de sus formas de producción con las normas formales sobre su producción.” (Ferrajoli, 2014, p. 20)

¹³ Por ello, se afirma que, “el positivismo es la filosofía del derecho que se afirma en correspondencia con esta experiencia.” (Ferrajoli, 2014, p. 19)

principios y los derechos constitucionalmente establecidos¹⁴. El ordenamiento se convierte en un sistema nomodinámico¹⁵; pero, también, nomoestático.¹⁶ (Ferrajoli, 2014)

La concepción filosófica en la que se enmarca Ferrajoli es, también, positivista¹⁷, pero claramente, se aleja un poco del antiguo paradigma positivista. Ahora, a este paradigma (que supera¹⁸ notoriamente el positivismo), se le ha denominado neoconstitucionalismo, en tanto se aparta del constitucionalismo clásico y también del positivismo antiguo.¹⁹

¹⁴ En este tercer modelo, la validez de las normas, “se reconoce y se identifica, además de con la conformidad de sus formas, también con la coherencia de su sustancia o significado con las normas no solo formales sino también sustanciales sobre su producción.” (Ferrajoli, 2014, p. 20)

¹⁵ Por el cual, “las normas adquieren existencia sí y solo sí son producidas en las formas prescritas por él” (Ferrajoli, 2014, p. 20), esto es, por el propio ordenamiento.

¹⁶ En virtud del cual “las normas indebidamente producidas o no producidas contradiciendo la constitución se conciben como vicios, es decir, como antinomias o como lagunas que deben ser eliminadas.” (Ferrajoli, 2014, p. 20)

¹⁷ “entendiendo por ‘positivismo jurídico’ una concepción y/o modelo de derecho que reconozca como ‘derecho’ cualquier conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para hacerlo, con independencia de sus contenidos y, por consiguiente, de su eventual injusticia ...” (Ferrajoli, 2014, p. 23).

¹⁸ No necesariamente entendido como que es mejor, sino que viene con posterioridad al positivismo.

¹⁹ Afirma, al respecto, Ferrajoli, que, a su juicio “Ambas oposiciones son erróneas. Lo es la que enfrenta «neoconstitucionalismo» y «constitucionalismo» por la asimetría de los dos términos, el primero de los cuales designa un modelo teórico-jurídico empíricamente referido a los actuales ordenamientos dotados de constituciones rígidas, mientras que el segundo no designa ni un sistema jurídico ni una teoría del derecho, sino la doctrina política de la limitación de los poderes públicos en garantía de determinados ámbitos de libertad, realizada de hecho en ordenamientos dotados de sólidas tradiciones liberales, pero independiente de cualquier ordenamiento. Pero es asimismo equivocada la contraposición de «neoconstitucionalismo» y «positivismo jurídico», acreditada por el significado que resulta tan fácil asociar a los dos términos de la oposición: concibiendo el primero no como un nuevo y más desarrollado paradigma positivista, sino como una superación del positivismo en sentido antipositivista y tendencialmente iusnaturalista, y asociando el segundo no a la simple idea de positividad del derecho, sino a la de la primacía de la ley estatal producida por los parlamentos, y con ello al modelo paleopositivista del estado legislativo de derecho. (Ferrajoli, 2014, p. 24 - 25)

Luego, en tanto el constitucionalismo se identifica con la ideología política liberal y el neoconstitucionalismo con la tesis antipositivista de la conexión de Derecho y moral, el constitucionalismo positivista de Ferrajoli, consigue ubicarse en esta clasificación²⁰, de allí que, el autor, proponga una terminología diversa²¹; así añade –a la distinción entre constitucionalismo positivista y constitucionalismo iusnaturalista o no-positivista– la distinción y oposición de lo que ha denominado constitucionalismo principialista, modelo principialista o simplemente principialismo y lo que ha llamado constitucionalismo garantista, modelo garantista o simplemente garantismo. En ese contexto, la primera mencionada, se caracteriza porque concibe los derechos fundamentales como principios morales estructurales distintos de las reglas, y que se encuentran dotados de una normatividad débil, por cuanto su fuerza normativa no depende de su aplicación directa, sino a la ponderación legislativa o judicial. Frente a esta orientación, se opone la segunda mencionada, que se caracteriza por una normatividad constitucional fuerte, de tipo regulativo, capaz de ser aplicada directamente; lo que significa que –al margen de algunos principios puramente directivos–, los demás principios constitucionales y, sobre todo, los derechos fundamentales operan

²⁰ “al ser fruto de la superposición del viejo enfrentamiento entre (neo)iusnaturalistas y (paleo)positivistas a la reflexión sobre el constitucionalismo” (Ferrajoli, 2014, p. 25 - 26)

²¹ “que (...) haga uso de términos homogéneos: ‘constitucionalismo jurídico’, ‘constitucionalismo’ o ‘segundo positivismo’ —en oposición al ‘primer positivismo’ del estado legislativo de derecho, carente de constitución o dotado de constituciones flexibles—, y esto cualquiera que sea la doctrina filosófico-política que se profese; ‘constitucionalismo político’ para designar en cambio la doctrina liberal de los límites al poder, cualesquiera que fueren las características estructurales de los concretos ordenamientos jurídicos” (Ferrajoli, 2014, p. 26)

como reglas, “dado que implican la existencia o imponen la introducción de las reglas consistentes en las prohibiciones de lesión o en las obligaciones de prestación que son sus correspondientes garantías.” (Ferrajoli, 2014, p. 28)

De otro lado, cabe hacer la precisión, sumamente importante, a efectos de entender el paradigma que propone Ferrajoli, y es que, el garantismo, es un vocablo que alude, generalmente, o históricamente²² al Derecho Penal; sin embargo, este paradigma, al que denomina garantista, debe ser ampliado en el marco de la Teoría General del Derecho, al campo de los derechos de la persona en su integridad. (Ferrajoli, 2014, p. 29)

En ese sentido, se entiende por ‘garantismo’, en una acepción más amplia, como un modelo de Derecho basado en la subordinación de todos los poderes a la ley; así como en los vínculos impuestos a aquellos en garantía de los derechos, de manera preferente de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. (Ferrajoli, 2014, p. 29)

En este sentido, el garantismo es sinónimo de Estado Constitucional de Derecho, entendido como un sistema que toma el paradigma clásico del Estado liberal, esto es, el positivista, y lo amplía en dos sentidos: a) a todos los poderes, judicial, legislativo y ejecutivo, tanto

²² “neologismo difundido en Italia en los años setenta (...) como réplica teórica a la reducción, en aquel entonces, de las garantías penales y procesales de los derechos de libertad, por obra de una legislación y de una jurisdicción excepcionales justificadas por la emergencia del terrorismo” (Ferrajoli, 2014, p. 29)

públicos como privados; y, b) a todos los derechos, de libertad y sociales. (Ferrajoli, 2014, p. 29)

Luego, bajo su concepto de garantías, según señala Ferrajoli, éstas designan, las prohibiciones y obligaciones que corresponden a las expectativas positivas o negativas establecidas normativamente, plasmadas a modo de derechos subjetivos. Así, constituyen garantías negativas las prohibiciones que corresponden a expectativas negativas, como el hecho que todos los derechos no deben ser lesionados por otros, entre ellos, el derecho a la vida, en el derecho a la propiedad, el derecho a la libertad. En cambio, constituyen garantías positivas las obligaciones que corresponden a expectativas positivas, como todos los derechos a prestaciones de otros, los derechos sociales, derechos de crédito, dentro de estos se ubican, por ejemplo, derecho a la educación, a la salud (asistencia sanitaria). Además, Ferrajoli ha llamado garantías primarias al conjunto de garantías positivas y negativas, y garantías secundarias a las garantías jurisdiccionales que intervienen en caso de que las garantías primarias sean vulneradas, intervención que se manifiesta a través de la anulación del acto cuestionado y de la sanción por los actos ilícitos cometidos. En suma, las garantías constitucionales son las garantías de la rigidez de los principios y de los derechos establecidos en la Constitución que obligan de manera específica a los poderes del Estado. (2011, pp. 39 - 40)

De otro lado, Troper, citado por Prieto Sanchis (2018, p. 33), señala que,

la idea de constitucionalismo (...) parece usarse como noción superadora del Estado de Derecho legislativo, es decir, como contrapunto al modelo del liberalismo decimonónico, y quizás su rasgo más sobresaliente reside en la existencia de un procedimiento efectivo de control de constitucionalidad de las leyes.

Aunque, en efecto, el constitucionalismo supone una superación del positivismo, el constitucionalismo positivista de Ferrajoli prefiere mantener los postulados del positivismo clásico, es decir, no supone un apartamiento total de este paradigma, lo cual resulta incluso, más difícil pensar cuando hablamos del Derecho Penal, en el que, claramente, se ha instituido el paradigma positivista clásico; aunque para autores como Zagrebelsky “el nuevo Estado constitucional no representa un simple perfeccionamiento del Estado de Derecho Democrático, sino su transformación radical superadora, tal transformación no puede dejar de afectar a la filosofía jurídica nacida al calor de este último.” (Prieto Sanchis, 2018, p. 23)

Posición que no compartimos, en tanto, adscritos al constitucionalismo positivista de Ferrajoli, creemos que el paradigma positivista no puede ser dejado de lado del todo, correspondiendo mantener sus bases en el entendimiento del positivismo constitucionalista.

Ahora bien, es preciso establecer, para efectos de la presente tesis, el vínculo entre el Derecho y la moral. Pues, es claro que, acerca de

la relación conceptual entre el Derecho y la moral, existen distintos planteamientos; así, desde las tesis iusnaturalistas, dicha relación se asocia a la validez de las normas, es decir, la norma será válida en tanto se adecue a la moralidad, entendida ésta como una de carácter objetivo, la denominada moral crítica, la cual es definida como el “conjunto de criterios o estándares objetivos aptos para evaluar la corrección de las acciones o instituciones humanas” (Moreso y Vilajosana, 2004, p. 192), distinta, a su vez, a la moral positiva, cual es, el “conjunto de criterios o estándares que los miembros de una determinada sociedad creen que son los correctos para evaluar los comportamientos e instituciones humanas” (Moreso y Vilajosana, 2004)

Según este planteamiento, “la validez jurídica de una norma depende necesariamente de su validez moral y, por lo tanto, las normas que no se adecuan a la moralidad no son jurídicamente válidas.” (Moreso y Vilajosana, 2004)

En contraposición a ello, surge el concepto de moral legalizada o moral jurídico positiva, entendida como “la moral reconocida por el Derecho, fundamentalmente, en su Constitución.” (Rodríguez Santander, 2015, p. 25)

Así, Rodríguez Santander, citando a Ruiz Manero, señala que:

las normas constitutivas tienen como razón de ser la creación o aplicación de normas regulativas. Y, a su vez, que en toda norma regulativa subyace la consecución de un fin que le da sentido. Dicho fin se reconduce directa o indirectamente a la protección de una moral jurídico positiva última en el sistema.

Por consiguiente, todo sistema jurídico tiene como parámetro último de validez la defensa de una cierta moral jurídicamente reconocida. (2015, p. 32)

Esta moral jurídicamente reconocida o legalizada, se encuentra presidida por la dignidad, fin supremo de la sociedad y del Estado.

Así, su defensa,

es el valor supremo de una moral ideal. Dado que dicho valor supremo es el que a su vez se encuentra incorporado como tal en el Derecho de los Estados Constitucionales presidiendo sus normas fundamentales, se considera que en ellos el operador jurídico debe asumir que, en la medida que se presenten ciertas condiciones, de dicho cuadro material derivan excepciones implícitas a la aplicación de las normas. (Rodríguez Santander, 2015, p. 68)

Luego, “los derechos fundamentales poseen una dimensión ética, que se convierte en eficaz con su incorporación al Derecho positivo con la intermediación del poder, que asume los mismos valores que los derechos representan y por esa razón impulsa su positivación.” (Peces Barba, s/f, p. 33)

Entonces, en tanto el positivismo niega la vinculación entre el Derecho y la moral (al menos de modo necesario) y el postpositivismo, entre el que se encuentran las corrientes no positivistas o neoconstitucionalistas, asumen la necesaria su vinculación, es importante definir si para la teoría que postula Ferrajoli, constitucionalista positivista, denominada también garantismo, a la cual nos hemos adscrito, está la moral comprendida dentro del Derecho. Señala Ferrajoli que la separación entre Derecho y moral:

no significa en absoluto que el derecho no incorpore valores o principios morales y no tenga al menos en este sentido —según una «fórmula habitual», como dice García Figueroa, pero en mi opinión excesivamente genérica y equívoca— cierta ‘relación conceptual necesaria’ con la moral: lo que sería absurdo, dado que todo sistema jurídico, como ha observado acertadamente Luis Prieto Sanchís expresa por lo menos la moral (o las morales), cualquiera que ésta(s) sea(n), de sus legisladores o, si se prefiere, como dice Robert Alexy, su ‘pretensión de corrección’. (Ferrajoli, 2013, p. 12)

Para dicho autor, significa, que, la moralidad (o la justicia) predicable de una norma no implica su juridicidad, no condiciona su validez o su pertenencia a un sistema jurídico; tampoco la validez de una norma no implica su moralidad. (Ferrajoli, 2013, p. 13)

2.1.3. Justificación filosófica de la tesis

En este sub acápite corresponde exponer el modo en que el marco filosófico antes expuesto —en el que, de cierto modo, se integran aspectos morales o valorativos al Derecho—, es aplicado al tema de investigación formulado.

Y es que, frente a ello, surge la disyuntiva de si estos criterios axiológicos, pueden sustentar el concepto o naturaleza del Derecho, en tanto se constituye básicamente por reglas; en respuesta a ello se puede afirmar que, la lógica formal no resulta muchas veces suficiente para comprender todo el campo de acción del decisor, y ello implica asumir que las normas que conforman el sistema jurídico deben tener como sustento la Constitución y los valores subyacentes a ésta; esto es, la observancia de derechos, valores y directrices que se encuentran intrínsecamente ligados a la Constitución Política del

Estado, ello a fin de no soslayar la seguridad jurídica; así, Dworkin, citado por Jiménez Cano (2008, p. 95), afirma que:

la interpretación de ese orden objetivo de valores sustentados en ideales de justicia requiere, pues, una lectura moral de la constitución, en la que todos, tanto los ciudadanos como los operadores jurídicos, interpreten y apliquen dichas cláusulas como invocaciones a principios morales sobre la decencia política y la justicia.

Bajo este contexto, los actores jurídicos, principalmente los jueces, al momento de emitir sus decisiones deberán argumentarlas en aquellos valores intrínsecos, como la justicia o la dignidad humana, como valor primordial del Derecho, lo que supone la sumisión de la norma a los principios y derechos constitucionales; de esta forma la Constitución, a decir de Jiménez Cano, se convierte en un puente entre Derecho y moral. (2008)

Pero ¿cómo fundar una decisión en un aspecto, puramente (o aparentemente) subjetivo?, y es que, no pretendemos que las decisiones jurisdiccionales devengan en respuestas discrecionales al supuesto de hecho planteado, sino más bien se sustenten en criterios valorativos positivizados; esto es, en la moral legalizada, entendida como aquella “reconocida por el Derecho, fundamentalmente, en su Constitución.” (Rodríguez Santander, 2015, p. 25) Esta, no se asemeja a la moral crítica, es decir, a aquel “conjunto de criterios o estándares objetivos aptos para evaluar la corrección de las acciones o instituciones humanas” (Moreso & Vilajosana, 2004, p. 192)²³; sino

²³ Claramente diferenciada o apartada, también, de la moral positiva que consiste en el conjunto de criterios que los miembros de una determinada sociedad creen que son los correctos.

que alude a aquella moral que se encuentra positivizada en la norma fundamental, concretamente hace referencia a los derechos fundamentales, que constituyen proyecciones de la dignidad humana y poseen una carga valorativa intrínseca.

Ello, nos obliga suponer que el Derecho y la moral están en conexión –contraria a la postura del positivismo jurídico exclusivo²⁴– pero, bajo el entendimiento que esta conexión no determina la validez de las normas, como postula el iusnaturalismo, sino más bien en el planteamiento que “la existencia del Derecho positivo tiene necesariamente algún valor moral” (Moreso y Vilajosana, 2004, p. 194)

Luego, los derechos y/o principios como el debido proceso, la exigencia de una decisión justa, la conexión necesaria entre Derecho y moral, giran en torno a un concepto claro: la dignidad humana como fin supremo de la sociedad y del Estado²⁵, un derecho absoluto que obliga al decisor avizorar la Constitución como una norma directiva fundamental, la cual irradia sus postulados a todo el Ordenamiento Jurídico, entre ellos y, quizás en mayor medida, al Derecho Penal, por cuanto constituye un subsector del Ordenamiento Jurídico en el que se restringen de manera más significativa los derechos fundamentales como la libertad; por lo que el juez, en mira de todos los derechos y

²⁴ Que postula que “el Derecho es no puede depender de su adecuación a la moralidad” (Moreso & Vilajosana, 2004, p. 197)

²⁵ Artículo 1 de la Const.: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”

garantías que la conforman carga con la exigencia de proceder con justicia, aun cuando la legalidad, o más concretamente el formalismo puro, exija lo contrario.

Ello en el entender que el Derecho no encuentra su límite en la norma jurídica, sino que, en tanto interpretación constructiva, se proyecta más allá de ella, para descansar más bien en los valores subyacentes a las normas jurídicas positivas, valores que se encuentra contenidos en la misma Constitución.

Lo hasta aquí precisado se entiende en la concepción del positivismo incluyente, o también denominado incorporacionismo, que supone una conexión entre Derecho y moral, solo contingente, tal como lo define Coleman, citado por Robert Alexy (2008, p. 80), en el sentido que, “la moral no está necesariamente excluida ni necesariamente incluida (...) la inclusión es contingente o un asunto convencional que depende de lo que en realidad establezca el derecho positivo”.

Sin embargo, siendo más específicos, el planteamiento de la tesis se enmarca en el constitucionalismo positivista, que supone una superación al positivismo clásico.

Esta concepción filosófica reconoce la fuerza vinculante de la Constitución, pero no supone apartarse del paradigma positivista instituido²⁶, a partir del cual, más bien, surge la concepción constitucionalista positivista, a la que hacemos referencia.

²⁶ Al menos no del todo, pues en este descansa las bases del positivismo constitucionalista.

Para Ferrajoli, la moralidad (o la justicia) predicable de una norma no implica su juridicidad, no condiciona su validez o su pertenencia a un sistema jurídico; tampoco la validez de una norma no implica su moralidad. (Ferrajoli, 2013, p. 13)

Empero, dicho planteamiento, no significa que el Derecho no incorpore valores morales o principios morales y no tenga, al menos en este sentido, cierta vinculación conceptual necesaria con la moral; ello, insiste Ferrajoli, sería absurdo, en tanto todo sistema jurídico “como ha observado acertadamente Luis Prieto Sanchís expresa por lo menos la moral (o las morales), cualquiera que ésta(s) sea(n), de sus legisladores o, si se prefiere, como dice Robert Alexy, su ‘pretensión de corrección’ ”. (Ferrajoli, 2013, p. 12)

Ello supone, entonces, el reconocimiento de que, a las normas se yuxtaponen valores morales que dotan de contenido al Derecho, los cuales están contenidos en la Constitución y a cuyos parámetros debe ceñirse la ley, y como tal, esta debe ser entendida como el continente de cada subsector del Ordenamiento Jurídico.

En consonancia con la consideración que, el Derecho no es solo un conjunto normativo, circunscrito a reglas preestablecidas, cuya aplicación deba responder a un mecanismo automatizado del actor jurídico; sino que –en el entendimiento de que constituye una práctica social– se debe reconocer que subyacen a dichas normas ciertos valores, y ello, solo se instituye en la idea de que el Derecho es una construcción social, una creación humana y por tanto, “no es posible

regular los comportamientos humanos sin instanciar algunos valores morales” (Moreso y Vilajosana, 2004, p. 194)

Luego, debe entenderse que en tanto dichos valores se encuentran ya recogidos en la norma fundamental y, por tanto, positivizados, no se requerirá recurrir a criterios extrajurídicos, como la moral crítica, para determinar si una norma jurídica es justa o injusta, sino que, ello puede valorarse desde el contenido de la misma norma fundamental, que también, es positiva.²⁷

Cabe hacer la precisión que no se trata de reducir el Derecho a la moral, tampoco se pretende dejar de lado la seguridad y previsibilidad jurídicas que fundan el positivismo jurídico, o desterrar la legalidad penal, como garantía de dichos intereses que, también, tiene sustento constitucional²⁸; sino reconocer que el Derecho, en tanto producto humano, se dota también de aspectos axiológicos y morales, conceptos que solo llegan a entenderse, en tanto se comprenda, también, la complejidad de los fenómenos jurídicos, en los cuales intervienen –sin lugar a objeciones– actuaciones humanas y, por tanto, deben ser no solo asumidos en el ámbito interno del decisor,

²⁷ Aunque, sin adscribirnos al constitucionalismo no positivista de Atienza, cabe recurrir a su planteamiento, pues, según afirma, esa subordinación de la ley a la Const. implica todo un cambio de paradigma teórico, plasmado en la existencia de dos niveles de normatividad y de validez jurídica: “la validez simplemente formal o vigencia (conformidad de las normas con criterios formales y procedimentales), y la validez plena (conformidad, además, con los criterios sustantivos establecidos en la constitución: en los principios y en los derechos fundamentales)” (Atienza, 2017, p. 8)

²⁸ Artículo 2, numeral 24, literal d. de la Constitución Política del Perú “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.”

sino plasmados en una decisión motivada, fundada en derecho, con sustento en la dignidad humana y sobre todo, justa.

2.2. MARCO CONSTITUCIONAL

2.2.1. Estado Constitucional de Derecho

El entendimiento del Estado Constitucional de Derecho, se sujeta a lo que podamos identificar como Estado Legal de Derecho, ambas modalidades del Estado de Derecho, permiten comprender cómo éste ha evolucionado, en tanto, el Estado Constitucional de Derecho busca “superar las deficiencias dogmáticas y normativas del Estado de derecho Legal.” (Castillo Córdova, 2020, p. 26)

En el Estado Legal de Derecho se pueden identificar dos elementos normativos esenciales: la superior posición jurídica de la ley y la definición meramente formal de ésta (Castillo Córdova, 2020, p. 27). Aquí la ley es concebida como la fuente primaria en el Ordenamiento Jurídico, y todo derecho para ser ejercitado, requería su reconocimiento en una norma legal, pues, bajo esta concepción de Estado, era aquella la que determinaba la naturaleza de los derechos, los dotaba de contenido y, por tanto, de existencia y validez para ser oponibles. Sin este presupuesto los derechos, solamente constituían simples deseos.²⁹

²⁹ Señala Castillo Córdova que, “El error del Estado legal de derecho no fue colocar a la ley como primera fuente de juridicidad, el error fue desvincularla de exigencias de justicia material.” (2020, p. 30)

El hecho que la ley fuese considerada la fuente primaria del sistema jurídico, no significa que, en este, no haya sido introducida una Constitución, sino que ésta última “en el mejor de los casos, era normativa solamente en su parte orgánica, particularmente, la que regulaba la producción normativa. Era en este sentido *norma normarum*, la norma que regulaba la producción de las demás normas.” (Castillo Córdova, 2020, p. 27), mientras que, la parte referida a los derechos de la persona “no tenía reconocida su naturaleza normativa, sus contenidos eran meras aspiraciones que no generaban ningún vínculo jurídico. La Constitución del Estado legal, consecuentemente, fue una realidad sin contenido de justicia material.” (Castillo Córdova, 2020, p. 27)

En el Estado legal de la Europa continental se llegó a grados de indignidad y de desprecio al ser humano, más intensos que los que hasta entonces habían ocurrido en el Estado despótico gobernado por la mera voluntad del monarca. Por su lado, el sistema jurídico de la Europa anglosajona había quedado indemne porque si bien se construyó desde la Ley, el concepto de Ley siempre estuvo fuertemente atado a exigencias de justicia material que sin ser puestas conformaban su Constitución no escrita. (Castillo Córdova, 2020, p. 29)

Sin embargo, el término de la Segunda Guerra Mundial, marcó un hito importante, también, para la historia del Derecho; pues, en aras de dejar atrás las graves vulneraciones a los derechos de la persona, que se habían materializado, como parte de ese conflicto militar global, y aquellas extralimitaciones que se materializaron al amparo de la misma Ley, fue “necesario un concepto de Derecho fuertemente vinculado a la Persona y a la exigencias de justicia material que desde

ella pudiesen ser concluidas, las cuales debían de impregnar a la Ley.”

(Castillo Córdova, 2020, p. 30) Ello permitió considerar a la Constitución como fuente principal del sistema jurídico y este fue el primer paso la construcción del Estado Constitucional de Derecho.³⁰

Cabe aclarar que, la consideración de la Constitución como fuente primaria del sistema jurídico debía estar aparejada con la construcción de su concepto tanto formal como material, por cuanto, según señala Castillo Córdova (2020, p. 31) el haber definido así a la Constitución, solo en su concepto formal, el error se habría mantenido o habría sido tan igual que con el Estado Legal de Derecho, pues es el concepto material de la misma, la que, finalmente, la dota de justicia material.

Landa Arroyo, citando a Ruiz Manero, señala:

el concepto de Constitución se convierte en un concepto interpretativo por excelencia, donde la creación del derecho no es algo que viene ya dado o acabado por la norma, sino que se convierte en el producto de una interpretación constructiva a partir de la relación que se establece entre un sujeto –el Tribunal Constitucional–, un objeto –la Constitución– y un método –los tipos de interpretación y los tipos de sentencias–. (Landa Arroyo, 2018, p. 29)

En suma, a este fenómeno de transformación del Derecho, se ha denominado Constitucionalización del Derecho o Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico y que, puede ser

³⁰ “Esta transición solo ha sido posible a partir de dos procesos sucesivos: El primero de ellos tiene lugar cuando los derechos públicos subjetivos del Estado liberal se transforman en derechos fundamentales e incorporan valores, principios constitucionales y derechos socioeconómicos en el Estado social de derecho, a partir de la segunda posguerra (...) el segundo proceso surge cuando la Constitución se legitima como norma democrática suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos, en la medida en que tienen el deber de cumplirla y defenderla.” (Landa Arroyo, 2018, p. 27)

evidenciado en todos los subsectores del mismo, entre ellos, en Derecho Penal, ámbito al que se circunscribe la presente tesis.

Con esta introducción, pasaremos a desarrollar algunos alcances sobre el Estado Constitucional de Derecho, la constitucionalización del Derecho y el papel que aquí juega la Constitución.

A. Constitucionalización del Derecho

Según Guastini (2018, p. 187 - 188) la constitucionalización del Derecho puede tener tres significados: el primero, referido a la introducción de la primera Constitución escrita; el segundo, alude al proceso histórico cultural que transformó a la relación política entre soberano y súbditos en relación jurídica; y, tercero, alude a un proceso de transformación del ordenamiento jurídico en el cual éste resulta impregnado de normas constitucionales, este ordenamiento jurídico se caracteriza porque en su seno, el Derecho Constitucional ocupa todo el espacio de la vida social y política; además, condiciona la legislación, pues es concebida como una actividad discrecional orientada a poner en acto la Constitución; condiciona la jurisprudencia, en tanto los jueces están obligados aplicar, además de las leyes, la Constitución; así, también, influye en la doctrina, pues ésta procura buscar en aquella el fundamento axiológico de las leyes de cada subsector del ordenamiento jurídico.

En este marco, Burgos Mariños parte por definir a la Constitución, desde dos perspectivas, a saber, la formal y material, así, desde

la primera “la Constitución se define a partir de los órganos y procedimientos que intervienen en su adopción” (2002, p. 15), en tanto, desde el segundo punto de vista, “la Constitución se define por ser el conjunto de reglas fundamentales que se aplican al ejercicio del poder estatal.” (2002, p. 15)

Ello, parte por entender que, “el ordenamiento además de reglas se compone de principios, los que son recogidos por la Constitución, que es la norma fundamental de un Estado, confiriéndole unidad y coherencia.” (Burgos Mariños, 2002, p. 14)

Así, dado que la Constitución, desde una perspectiva material, es comprendida como un conjunto de reglas fundamentales cuya aplicación limita el poder del Estado, se entiende que posee una fuerza vinculante capaz de condicionar cada subsistema jurídico y, someter sus planteamientos, regulaciones y decisiones, a aquellas reglas fundamentales que la Constitución contiene.

Landa Arroyo, citando a Guastini (2018, p. 28), sostiene que: “la Constitución ha ido desplazando a la ley y a su principio de legalidad como la fuente suprema del derecho de la cual emana todo el ordenamiento jurídico y vincula directamente a los poderes públicos o privados” lo cual, continúa el autor, “no es solo un cambio de posición jerárquica de las normas, sino que lleva a replantear la manera de entender el derecho, la jurisprudencia, la jurisdicción y el propio rol del juez” (Landa Arroyo, 2018, p. 28)

Por tanto, citando a Hesse, Landa Arroyo (2018, p. 29) asume que:

la Constitución es considerada la norma normarum –la norma de creación de las normas– y la *lex legis* –la ley suprema–, que se extiende a todas las ramas del derecho, siendo sus principios y disposiciones aplicables no solo al ámbito del ordenamiento jurídico público, sino también privado, porque son del alcance general.

En igual sentido, se ha pronunciado el TC, al señalar que “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico-estatal y, como tal, la validez de todos los actos y normas expedidos por los poderes públicos depende de su conformidad con ella.”³¹ Conforme señala, también, Luis Castillo Córdova, en tanto:

La Constitución debe ser considerada como norma fundamental, como norma primera, que funciona como base sobre la cual descansa todo el restante ordenamiento jurídico, de modo que inspire el concreto contenido de éste, a la vez que define su validez jurídica en tanto se ajuste o no a todas las disposiciones de la norma constitucional. (2006, p. 4)

El carácter de norma fundamental de la Constitución, provoca su vinculación a sus destinatarios, surtiendo un efecto irradiador de sus postulados, a cada subsistema del Ordenamiento Jurídico; así, aquella y los valores que contiene, serán de obligatoria aplicación en la emisión de una decisión jurisdiccional; “ella obliga por sí misma y que los preceptos constitucionales son verdaderas y auténticas normas jurídicas que vinculan inmediatamente y

³¹ Fundamento siete, de la Sentencia del TC, emitida en el Exp. N° 2209-2002-AA/TC

simultáneamente a todos los órganos del Estado y a todas las personas y grupos” (Bulnes Aldunate, 1998, p. 137)

Un importante aporte respecto a este proceso de transformación, nos lo brinda Guastini (2018, pp. 189 - 207), quien identifica las características o condiciones que debe presentar la constitucionalización del ordenamiento jurídico, para ser tal; así, –junto a las condiciones alusivas a, por un lado, una Constitución extensa, en tanto, no se limite a regular la organización de los poderes públicos, sino también contenga disposiciones que confieran derechos; y, de otro, la rigidez constitucional, en el sentido que, está supraordenada a la legislación ordinaria y no puede ser derogada por ésta–; se consideran las siguientes:

a. Fuerza vinculante de la Constitución

Aclara Guastini que esta característica no tiene que ver con la estructura del Ordenamiento Jurídico, sino con la ideología, esto es la difusión de la idea que “Toda norma constitucional (...) es una genuina norma jurídica, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos (como por ejemplo el nacimiento de derechos y obligaciones)” (Guastini, 2018, p. 191)

Por ello, no ahondaremos en el tema relacionado a la fuerza normativa de la Constitución, como concepto asociado a la estructura del ordenamiento jurídico, esto es, en cuanto a su poder de irradiación (de sus postulados y principios) hacia los demás subsectores del ordenamiento jurídico, aspecto que

será desarrollado en un acápite aparte, a efectos de resaltar su importancia para el desarrollo de la presente tesis y, también, para permitir la distinción de dicho concepto, con el que propone Guastini, en tanto éste último alude, claramente, al entendimiento que se tiene de la Constitución como una norma vinculante, aplicable y capaz de producir derechos y obligaciones.

La fuerza vinculante de la Constitución, como condición para viabilizar el proceso de transformación del Derecho hacia uno constitucional, debe ser entendida como el cambio de concepción de la propia Constitución dentro del Estado, pues la Constitución, dentro de un Estado Legal de Derecho, “no tenía reconocida su naturaleza normativa, sus contenidos eran meras aspiraciones que no generaban ningún vínculo jurídico.” (Castillo Córdova, 2020, p. 27)

Mientras que, ahora, en contexto de constitucionalización del Derecho, presupone su reconocimiento como una norma genuina vinculante, aquí, se cimienta la idea de su capacidad para producir efectos jurídicos.

b. Sobreinterpretación de la Constitución

Esta condición presupone la existencia de normas implícitas en la Constitución capaces de llenar los vacíos provocados por las normas explícitas.

La sobreinterpretación de la Constitución implica la ausencia de “espacios vacíos (...) toda decisión legislativa esta preregulada (incluso acaso minuciosamente regulada) por una u otra norma constitucional. No hay ley que pueda escapar al control de constitucionalidad (...) no hay espacio para discrecionalidad legislativa alguna.” (Guastini, 2018, p. 193)

Un mecanismo efectivo para la sobreinterpretación de la Constitución, es el identificar a sus disposiciones como principios dotados de un contenido indeterminado, lo que genera dos consecuencias relevantes, la primera, que sus principios poseen virtud nomopoiética, lo que significa que son capaces de generar diversas normas ulteriores inexpresadas –a través, de un adecuado proceso de interpretación y argumentación–, con aptitud para concretizarlos. Y, segundo, que la aplicación de los principios es fluida, no son derrotables, haciendo la aclaración de que cierto principio puede ser inaplicado, por la ponderación, cuando se encuentra en conflicto con otro principio. (Guastini, 2018, p. 195)

c. Aplicación directa de las normas constitucionales

Que distingue, claramente, la forma de concebir a la Constitución en el Estado Legal de Derecho. Esta condición implica que la Constitución puede ser y debe ser aplicada directamente por los jueces.

En el marco del fenómeno denominado constitucionalización del Derecho, se asume que

la función de la Constitución es la de modelar la sociedad civil, las relaciones sociales. En consecuencia, se suele pensar también que las disposiciones constitucionales –especialmente las disposiciones que confieren derechos y/o expresan principios generales– pueden producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia. (Guastini, 2018, p. 196)

Ello se asocia a la idea que el Derecho Constitucional en el marco del proceso de constitucionalización, es completo, frente a las lagunas del Derecho ordinario; por lo que, en caso se presente un conflicto entre particulares y éste no pueda ser resuelto con normas legales, es factible y, además, obligatorio, recurrir a las normas constitucionales o a los principios que subyacen a ellas, para su solución.

Aunque, Guastini, citando a Bin, sustenta que “Es lícito sostener que la aplicación jurisdiccional de la Constitución consiste –al menos en último término– en juzgar la constitucionalidad de las leyes (...) En este sentido, la Constitución no puede ser aplicada directamente por los jueces” (Guastini, 2018, p. 196)

d. Interpretación conforme de las leyes

Esta condición presupone la sujeción de las leyes a la Constitución, en tanto su interpretación debe ser conforme a esta última.

Implica que el juez elija, entre las posibles interpretaciones de una norma, aquella que considere “correcta, en el sentido que es tarea suya decidir qué interpretación es preferible.” (Guastini, 2018, p. 198)

Así, el juez puede elegir una primera opción consistente en interpretar la norma considerándola contraria a la Constitución, en cuyo caso, la declarará inconstitucional; o, elegir la interpretación conforme a la Constitución. (Guastini, 2018, p. 198)

Esta interpretación conforme a la Constitución, a decir del autor, también se le llama armonizadora, en tanto se adecua o armoniza con la Constitución y conserva así su validez.

e. Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas

Este último criterio, se considera de difícil precisión, y más bien depende de diferentes elementos, como el contenido mismo de la Constitución, la actitud de los jueces, de los órganos constitucionales y de los actores públicos. (Guastini, 2018, p. 202)

Respecto al primer aspecto, esto es, el referido al contenido mismo de la Constitución, implica que, frente a los conflictos de competencia generados entre los órganos constitucionales, en tanto constituyen desacuerdos políticos, pueden reducirse a cuestiones de Derecho (en algunos ordenamientos), y ser

resueltos por un órgano jurisdiccional, usando normas constitucionales.

En cuanto al segundo aspecto, referido a la actitud de los jueces, señala que, quien juzga la legitimidad constitucional de las leyes puede adoptar una actitud de conservación respecto de su constitucionalidad (presunción de constitucionalidad) frente a las *political questions*³², respetando la discrecionalidad política del legislador o cuestionando las decisiones legislativas; entre los instrumentos argumentativos que utilizan los jueces constitucionales para controlar la discrecionalidad política de los parlamentos, está el principio de igualdad. Y, respecto al tercer punto, referido a la actitud de los órganos constitucionales y actores políticos, la influencia de la Constitución se advierte, por cuanto en la argumentación de aquellos, para justificar sus decisiones, pueden ser usadas las normas constitucionales. (Guastini, 2018, p. 203)

B. Características del Estado Constitucional de Derecho

Víctor García Toma, desarrolla en tres acápites las características del Estado de Derecho (El Estado Constitucional de Derecho), siendo estas: a) imperio de la Constitución; b) distribución de

³² “la judicialización de las cuestiones políticas estuvo presente antes de manera embrionaria en algunos casos difíciles peruanos. Como, por ejemplo, la decisión judicial que asumió el Tribunal Constitucional, en materia de la ley de la reelección presidencial, que puso en evidencia los riesgos que tiene para la jurisdicción constitucional el intentar judicializar la política de manera absoluta; sobre todo, en un régimen presidencialista inclinado a ejercer el poder de manera total, sin otorgar un rol de participación real a la oposición política y a las minorías sociales, en las decisiones políticas fundamentales.” (Landa Arroyo, 1999, p. 174)

funciones entre los órganos de poder; c) existencia de un conjunto básico de derechos y garantías. (2014)

a. Supremacía de la Constitución

Una de las características más importantes del Estado de Derecho, es la sujeción de los ciudadanos a la Constitución y a la Ley, primacía que “involucra el respeto de los aspectos teleológicos y axiológicos del ordenamiento jurídico” (García Toma, 2014, p. 163)

Dicha sujeción conlleva a la primacía de la Constitución y a la existencia de un sistema jerárquico de normas sujeto al principio de publicidad; a la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de los derechos fundamentales; así como a la responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Todo ello con el afán de afirmar y garantizar los derechos fundamentales de la persona. (García Toma, 2014, p. 164)

Concretamente, el Estado Constitucional de Derecho, propugna la sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución, lo cual permite limitar el poder.

García Poma, citando a Enrique Álvarez Conde, precisa que, “la Constitución se configura como una norma jurídica suprema, en auténtica fuente de derecho y delimitadora de las restantes. Esta deviene en parámetro de validez del orden normativo legal del Estado.” (García Toma, 2014, p. 162)

b. Distribución de funciones entre los órganos de poder

Se procura evitar la concentración del poder en un solo órgano o agente, lo que permite un desenvolvimiento adecuado de la administración pública.

“implica la existencia plural, diferenciada, equilibrada, repartida y limitada de las funciones, órganos y operadores que conforman la actividad gubernamental.” (García Toma, 2014, p. 165)

c. Existencia de un conjunto básico de derechos y garantías

El reconocimiento de los derechos fundamentales y las garantías de la persona humana, parte por identificar a la dignidad como un fin fundamental del Estado, convirtiendo a éste en una herramienta importante en procura de su protección. Los derechos fundamentales constituyen proyecciones de la dignidad humana; por lo que, su reconocimiento presupone la consideración, de la dignidad, como fin supremo de la sociedad y del Estado.³³

García Toma, afirma que el “Estado de Derecho se legitima en un conjunto de valores que ha de impregnar al plexo del ordenamiento jurídico. Dicho orden valorativo se resume en la

³³ Como así, lo ha establecido la Constitución Política del Perú, en cuyo artículo 1, señala: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”

libertad, igualdad, seguridad y promoción de la realización existencial y coexistencial de los gobernados.” (2014, p. 169)

2.2.2. Garantías constitucionales del proceso penal

El proceso de constitucionalización del Derecho, antes descrito, ha alcanzado al ámbito penal y procesal penal, en el que la Constitución asume un rol esencial, no solo como norma política sino como una norma continente, hacia la se orientan todos los subsistemas jurídicos.

Y se podría decir que, incluso, en el ámbito penal es exigible aún más la remisión a los preceptos constitucionales, en tanto es uno de los subsectores del Ordenamiento Jurídico que más restringe los derechos fundamentales rama del Derecho que más restringe.

Así pues, en el proceso penal acusatorio moderno, la Constitución se erige como una norma suprema, adquiere relevancia de primer orden, por motivos formales y materiales, desde el punto de vista formal, porque asume una posición de supremacía en el Ordenamiento jurídico; y, material porque los derechos involucrados en un proceso penal asumen una naturaleza de fundamentales, pues, de un lado se tiene el derecho de imponer la sanción penal frente a la comisión de un ilícito, manifestado a través del derecho de tutela y, de otro lado, el derecho del imputado, manifestado a través del derecho fundamental a la libertad. (Gimeno Sendra, 2012)

Ferrajoli, propone una definición teórica, puramente formal o estructural, de derechos fundamentales: desde el primer plano, lo son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”³⁴ (2004, p. 37). Luego, asume una definición formal o estructural, de los derechos fundamentales, “en el sentido de que prescinde de la naturaleza de los intereses y de las necesidades tutelados mediante su reconocimiento como derechos fundamentales, y se basa únicamente en el carácter universal de su imputación” (2004, p. 37), y aclara

entiendo «universal» en el sentido puramente lógico y avalorativo de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son titulares de los mismos. De hecho, son tutelados como universales, y por consiguiente fundamentales, la libertad personal, la libertad de pensamiento, los derechos políticos, los derechos sociales y similares. (Ferrajoli, 2004, p. 37)

Ahora bien, estos derechos considerados fundamentales, requieren de un especial escudo protector, orientado a garantizar su vigencia y eficacia; para ello el Ordenamiento Jurídico ha previsto mecanismos a través de la estructuración de garantías; así, como señala San Martín, de un lado se ha construido los valores, de otro, los principios del ordenamiento jurídico y de otro, se ha estructurado un conjunto de

³⁴ “Entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista asimismo, por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas” (Ferrajoli, 2004, p. 37)

garantías o derechos constitucionales, comprendidos estos como mandatos mayores a los valores y los principios que repercuten la actuación del Estado y de los ciudadanos. (2015, pp. 49 - 50)

Las garantías procesales, “serían las leyes que garantizan la libertad o autonomía de cualquier persona frente a la arbitrariedad o abuso del poder público” (Ureña Carazo, 2014, p. 187)

En ese sentido, San Martín Castro, citando a Carroca y Torres Del Moral, al tratar sobre las garantías procesales penales señala

garantías constitucionales y derechos fundamentales procesales. Ambos términos son equivalentes en cuanto a sus efectos, pues los derechos fundamentales procesales deben concebirse como garantías a favor de las personas frente al poder en función al cual se construye todo el sistema jurídico; por lo que pueden denominarse: derechos – garantía. (2015, p. 88)

Luego, las garantías procesales se pueden dividir en garantías genéricas y garantías específicas.

Las primeras son reglas generales, polivalentes, que inciden en el ámbito general o integral del proceso, además se proyectan a todas las etapas del proceso. En algunas ocasiones refuerzan el contenido de las garantías específicas y, en otras, incluyen determinadas garantías que no fueron formalmente incorporadas en la Constitución. Las garantías específicas son reglas puntuales, circunscriptas a una institución procesal o a un ámbito preciso del proceso. (San Martín Castro, 2015, p. 89).

Siguiendo al autor, las garantías procesales genéricas del proceso penal son cuatro: 1) debido proceso (artículo 139.3 de la Constitución y artículo III del Código Procesal Penal de 2004), 2) tutela jurisdiccional (artículo 139.3 de la Constitución), 3) defensa procesal

(artículo 139.14 de la Constitución y artículo IX del Código Procesal Penal de 2004) y 4) presunción de inocencia (artículo 2.24 de la Constitución y artículo II del Código Procesal Penal de 2004). Por su parte, las garantías procesales penales específicas, señala el autor, son numerosas, y se identifican en esta categoría a: juez legal, pluralidad de instancias, interdicción de la condena en ausencia, *ne bis in ídem* procesal, entre otras. Muchas de estas garantías integran el contenido constitucional garantizado de determinadas garantías genéricas. (San Martín Castro, 2015).

Como hemos visto, una de las garantías genéricas antes mencionadas, es el debido proceso, siendo el único de aquellas que se desarrollará en el presente acápite, en tanto, solo a esta se circunscribe el tema de investigación.

A. Debido proceso

La garantía del debido proceso, se encuentra recogida en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 139 de la Const., que “integra todo aquel conjunto de normas que sean concordes con el fin de justicia a que está destinada la tramitación de un proceso o cuyo incumplimiento ocasiona graves defectos en la regularidad, equitativa y justa, del procedimiento” (San Martín Castro, 2015, p. 90); se trata de una institución que forma parte del Estado Constitucional de Derecho –el cual propugna la constitucionalización del ordenamiento

jurídico³⁵, abarcando todos sus subsectores, y caracterizado por garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales y por los ideales de justicia³⁶—, concretamente, alude a las condiciones mínimas en las que debe desenvolverse el proceso, esto es, en el marco establecido por la Constitución.³⁷ El Debido proceso exige,

i) Un acceso a la justicia no solo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables, ii) El desarrollo de un juicio justo, y iii) La resolución de las controversias de forma, tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección de derecho, es decir, que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa. (Castillo Alva, 2020)

Este principio - derecho, forma parte de los, denominados por Guastini, principios generales en sentido estricto, pues comprenden al Ordenamiento jurídico en su conjunto, es decir, principios constitucionales como tales y, que al ser genérico³⁸,

³⁵ A decir de Guastini, citado por Luis Prieto Sanchis (2007, p. 215) “(..) la constitucionalización del ordenamiento no es una cualidad algo que se tiene o no se tiene en absoluto, sino que se configura como un proceso que admite grados e intensidades (...)”

³⁶ Artículo 44 de la Constitución Política del Perú: “Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.”

³⁷ En ese sentido, San Martín Castro, precisa que el debido proceso indica “las condiciones mínimas del desenvolvimiento del proceso en los marcos fijados por la Constitución en cuya virtud el Poder Judicial debe actuar de acuerdo con las reglas preestablecidas y que aseguran, ampliamente la participación de las partes en la solución de las controversias puestas en su conocimiento”. (2015, p. 90)

³⁸ Tal como, en el punto 3.3.1) de la STC, emitida en el Exp. N° 03433-2013-PA/TC se precisa “(...) es un derecho –por así decirlo– *continente* puesto que comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal (...)”; y también, en la STC 7289-2005-AA/TC, FJ 5, que afirma: “(...) su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos.”

opera como un muro frente al abuso del poder público, interviniendo en sus dos vertientes: sustantivo y adjetivo

el primero ligado a la protección a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales, y el segundo, referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales. El primero, o sea el sustantivo, se refiere a que las sentencias sean valiosas en sí mismas, esto es, que sean razonables. (Landa Arroyo, 2018, p. 498).

Ahora bien, este aspecto de la razonabilidad de las decisiones jurisdiccionales está ligado al concepto de justicia³⁹ como parte del contenido material del derecho al debido proceso y como parte también de ese modelo de Estado cuya función primordial es la protección de los derechos fundamentales.

el debido proceso está conformado por el aseguramiento de la consecución del bien humano, que subyace al derecho fundamental al debido proceso (...) está justificado considerar que la dignidad de la persona exige que el procesamiento al que se le someta con la finalidad de resolver un determinado conflicto, deba dar por resultado una decisión justa que es la única decisión digna. (Castillo Córdova, 2010, p. 25)

Por su parte, el TC, en el expediente (en adelante Exp.) N.º 3421-2005-PHC/TC, ha establecido que, el derecho fundamental al debido proceso no puede ser entendido desde una perspectiva formal únicamente; es decir, su tutela no puede ser reducida al mero cumplimiento de las garantías procesales formales.

³⁹ En tal sentido, la Sentencia del TC N° 9727-2005-HC/TC, FJ 7, estableció que el derecho al debido proceso en su faz sustantiva "(...) se relaciona con todos los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer."

Pues, es su dimensión sustantiva o material, la que permite dar contenido a esta garantía constitucional; así, señala, el TC, en el EXP. N° 2424-2004-AA/TC que dicha dimensión está relacionada con los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer.

Aplicado al ámbito de la decisión jurisdiccional, para Atienza (1987, p. 193) una decisión jurídica es razonable cuando “se toma en situaciones en que no sería aceptable, o no se podría, adoptar una decisión estrictamente racional; logra un equilibrio entre exigencias contrapuestas, pero que necesariamente hay que considerar en la decisión; y es aceptable por la comunidad”

Debe tenerse en cuenta que, respecto al primer aspecto mencionado, que “la razonabilidad no se plantea en relación con casos claros o rutinarios, sino a propósito tan solo de los casos denominados ‘casos difíciles’” (Atienza, 1987, p. 194) siendo estos, continua el autor, aquellos en los que no se encuentra una solución, tiene una solución que resulta inaceptable, tiene soluciones incompatibles entre sí.

Por su parte, que consiga un equilibrio entre requerimientos opuestos implica determinar cuál de las soluciones con las que se cuenta “logra mejor un equilibrio entre exigencias contrapuestas, pero que no pueden jerarquizarse entre sí de manera que unas excluyan completamente a las otras” (Atienza, 1987, p. 196); para efectos de la presente tesis, supone encontrar un equilibrio entre

la imposición de la sanción penal frente a la afectación de un bien jurídico y el respeto por la dignidad de la persona humana.

Finalmente, señala Atienza, que sea aceptable, implicará que aquella que mejor logre un equilibrio es la que resultará más aceptable por la comunidad y si ambas lo son, se optará por aquella que suscite un mayor consenso, al que denomina ideal o ficticio. Para ello la estrategia a seguir es “la de buscar puntos de acuerdo entre las diversas argumentaciones que tratan de fundamentar decisiones aceptables” (Atienza, 1987, p. 199) frente a lo cual señala:

Las dificultades aumentarían en la medida que el acuerdo se produjera solo en relación con principios o valores de carácter muy abstracto, pero me parece que, afortunadamente, en las cuestiones jurídicas –incluso en aquellas que afectan las normas jurídicas situadas más arriba en la pirámide normativa– no suele ser este el caso; quien interpreta y aplica el derecho está siempre vinculado (se siente vinculado) por principios y normas que quizás no despierten su entusiasmo, pero que tampoco está dispuesto a poner en cuestión. (Atienza, 1987, pp. 199 - 200)

De otro lado, que la decisión sea proporcional, implica tener en cuenta el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, sobre el principio de proporcionalidad, que establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho; lo que implica, además, que no puede utilizarse la sanción penal de manera desproporcional, en tanto se trata de una medida que limita derechos fundamentales.

Así pues, la proporcionalidad de las sanciones penales, se puede valorar aún en el plano de imposición de la pena. Al respecto, se debe tener en cuenta que las sanciones penales abstractas han sido definidas para casos abstractos, sin tener en cuenta las particularidades que inevitablemente se presentan en los casos concretos y frente a las cuales no se puede hacer caso omiso. Por ello, planteamos la necesidad de que este principio de proporcionalidad opere aun en el ámbito abstracto, en el cual habrá que tener en consideración las circunstancias particulares del caso para determinar si corresponde o no la imposición de la sanción que prevé la ley penal específica aplicable al caso.

2.2.3. Dignidad humana y derechos fundamentales

El entendimiento que se tiene de los derechos fundamentales, se enmarca necesariamente en la constitucionalización del Derecho, por cuanto este proceso que atraviesan los ordenamientos jurídicos, influye en la concepción de las categorías jurídicas que contienen.

Una primera definición podemos extraerla de la propuesta por Víctor García Toma, quien define a los derechos fundamentales como aquella “parte de los derechos humanos que se encuentran garantizados y tutelados expresa o implícitamente por el ordenamiento constitucional de un Estado en particular.” (2014, p. 852)

A esta concepción solo subyace un enfoque positivista de los derechos fundamentales, en tanto su definición solo se conforma por

su reconocimiento a través de su positivización, lo cual les brinda garantía y tutela.

Aunque, dicho autor, luego reconoce la concepción binaria de los derechos fundamentales como componentes básicos, determinados por “una moralidad y juridicidad básica, las cuales sustentan la razón de ser del cuerpo social y político en un espacio y tiempo determinado.” (García Toma, 2014, p. 853)

Sin embargo, los derechos fundamentales tienen diversas dimensiones, a saber, a) un elemento moral o ético, referido a la pretensión moral justificada, que está arraigada a la dignidad humana; b) un elemento normativo, que supone la incorporación de esa pretensión moral al contenido de una norma jurídica, pero no cualquier norma jurídica, sino una que contenga el carácter de derecho fundamental, lo cual permitirá obligar a sus destinatarios para que el Derecho sea efectivo, susceptible de garantía o protección judicial; y c) un elemento social, en un plano menos importante que los anteriores, que hace referencia a la intervención del poder para la eficacia de los derechos. (Ureña Carazo, 2014, p. 36)

Peces Barba (2004, pág. 42) conceptualiza a los derechos fundamentales desde dos puntos de vista, el objetivo, entendiéndolos como el conjunto de normas de un ordenamiento jurídico y que forman un subsistema dentro de éste, fundadas en la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad, expresión de la dignidad humana. Y otro subjetivo, entendidos como derechos subjetivos, libertades o

potestades que el ordenamiento positivo establece, de protección a la persona.

Por ello señala que “la eficacia de la moralidad de los derechos fundamentales se realiza a través del Derecho” (Peces-Barba Martínez, 2004, pág. 38), pues es componente necesario en el estudio y comprensión de los Derechos Fundamentales su reconocimiento por el Ordenamiento Jurídico.

Peces Barba citado por Ureña Carazo (2014, pág. 45), define a los derechos fundamentales como “una pretensión moral justificada tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizadas en la idea de libertad e igualdad, con los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica...”; además, se requiere para estimarse auténticos derechos de su “...recepción por el Derecho positivo”

Estas definiciones, por el contrario, permiten la concepción de los derechos fundamentales, no solo en el marco del Derecho positivo, y cuya validez se circunscribe únicamente a su reconocimiento por el Derecho y su positivización, sino que, comprende un aspecto valorativo subyacente a los derechos fundamentales que le dotan de contenido y fundamentación.

Es este concepto el acogido en la presente investigación, en tanto se condice con el marco iusfilosófico planteado. Además, permite comprender que el Derecho no se reduce a un aspecto formal sino que, incluye un carácter moral objetivo, propio del reconocimiento de

que el Derecho se compone de actuaciones humanas, a las que necesariamente subyacen aspectos valorativos.

No obstante, es preciso reconocer que a los derechos fundamentales subyace una necesaria vertiente normativa o podríamos llamarla formal, en tanto su reconocimiento por un Ordenamiento Jurídico presupone su ejercicio y oponibilidad, y es que, en ello reside su categorización como tal. Frente a ello es posible identificar y diferenciar los derechos fundamentales de los derechos humanos, carentes estos últimos del elemento normativo, son pues, derechos inherentes al ser humano por su condición de tal.

en la distinción conceptual de derechos humanos y derechos fundamentales, está implícita la idea de que los derechos humanos sin la condición jurídico – normativa que supone su categorización como derechos fundamentales devienen en meros derechos morales que se presentan jurídicamente ineficaces desde el punto de vista del ordenamiento jurídico. (Ureña Carazo, 2014, pág. 39)

Señala Peces Barba (2004, p. 29) que cuando se habla de derechos fundamentales se hace referencia a “una pretensión moral justificada” y que “la justificación de la pretensión moral en que consisten los derechos se produce sobre rasgos importantes derivados de la idea de dignidad humana, necesarios para el desarrollo integral del ser humano.”; aunado a este concepto precisa que los derechos tienen una raíz moral, pero es su pertenencia al Ordenamiento Jurídico lo que los hace tales, y dota de eficacia existe una inseparable conexión entre moralidad y juridicidad. A partir de aquí surge el concepto de

moral legalizada, ese binomio entre moralidad y juridicidad que fundamentan los derechos fundamentales. (2004, p. 31)

Y claro está, que el abordaje de los derechos fundamentales no se agota en el binomio moralidad y juridicidad, sino que supone también “una dinámica de desarrollo, de interpretación y de aplicación”, labor en la cual intervienen los actores jurídicos. (Peces-Barba Martínez, 2004, p. 32)

Y es que, no podemos dejar de lado la propuesta de Peces Barba (2004, pág. 39) en torno a la función que cumplen los Derechos Fundamentales. Tal autor, antes de arribar a una propuesta analiza la de Bobbio, recordando que para dicho autor los derechos nacen cuando el aumento del poder del hombre sobre el hombre –esto es la capacidad de dominar la naturaleza y al resto de los hombres– crea nuevas amenazas a la libertad, mismas que deben contrarrestarse con demandas de límites al poder. Siendo que, estas demandas se resumen en dos, “impedir maleficios del poder u obtener sus beneficios”. A estas funciones, el ya referido autor añade una, cual es, la de compartir el poder, en el entendimiento que el poder no es algo exterior al individuo que solo solicita protección; ello quiere decir que los individuos participan en la formación de los criterios para constitución del poder. (Peces-Barba Martínez, 2004, pág. 40)

Por ello, Peces Barba (2004, pág. 47) señala que si no se quiere incurrir en un reduccionismo al momento de comprender los derechos fundamentales, debemos entender que los derechos fundamentales

son: a) una pretensión moral justificada, que facilita la autonomía y la independencia personal, es decir, la dignidad humana. Caracterizada también por su generalidad, esto es, capaz de comprender a todos los individuos; b) un subsistema dentro del sistema jurídico, que supone que la pretensión moral justificada sea incorporable a una norma, que obligue a sus destinatarios para que su cumplimiento sea efectivo; c) una realidad social, esto es, que actúan en la vida social, cuya existencia queda condicionada por factores extrajurídicos de carácter social, económico, cultural. Es este, señala Peces Barba, el tercer componente para la comprensión de los derechos fundamentales, que no solo son valor y norma.

Luego, es evidente que, cuando hablamos de derechos fundamentales, necesariamente nos remitimos al concepto de dignidad humana, en tanto los primeros son proyección de ésta última.

Este derecho de la persona, puede definirse como: a) valor de todos los seres humanos, por cuanto la dignidad es inherente al ser humano; y, b) como el fundamento de los derechos fundamentales, por cuanto estos últimos tienen su razón de ser en la protección de la dignidad de la persona. (Pele, 2021, p. 8)

Así, el artículo 1 de la Const., establece que “La persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, concibe así, a la dignidad humana, como el fin último de las políticas que adopta el Estado, a partir del cual emanan los derechos fundamentales.

Empero, la idea de dignidad se introduce con la Segunda Guerra Mundial, esto es, la idea de que los seres humanos, por el simple hecho de serlo, tienen un mismo valor intrínseco y, por ende, tienen derechos. Nos recuerda Manuel Atienza (2022) que, la consagración de la dignidad humana en términos jurídicos procede de la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la cual parte de la idea de que los derechos humanos tienen su fundamento último en la dignidad de la persona humana.

Como parte de la idea de la dignidad que proporciona Atienza (2022), está el que opera como un puente, en tanto, alude a las condiciones que deben darse para atribuir dignidad a una persona, pero también a las consecuencias normativas de la dignidad, esto es, a la atribución de derechos y deberes que implica el reconocimiento de dignidad en una persona. Con ello añade que, solo a los seres humanos se puede considerarse como personas⁴⁰, y solo a ellos se le puede predicar una dignidad plena; además, el concepto de persona no es, precisamente, el ser humano como miembro de una comunidad, sino el ser humano como fin en sí mismo, esto último constituye la noción kantiana de dignidad.

Por ello, concluye Atienza (2022), que el núcleo de este principio reside tanto en el derecho como en la obligación que tiene cada

⁴⁰ En ese sentido, también, Ricardo Chueca (2015, p. 50): “La dignidad como postulado se predica de la especie humana y se compone de tres elementos: individualismo, igualdad y autodeterminación”.

individuo de desarrollarse a sí mismo como persona y, al mismo tiempo, la obligación, en relación con los demás, de contribuir a su libre e igual desarrollo.

La dignidad humana tiene una función de fundamentación y que se relaciona con los derechos fundamentales, pues “opera como una suerte de generador de derechos fundamentales. Pero también como fuente de validez de los mismos” (Chueca, 2015, p. 49)

Para dicho autor la dignidad debe ser entendida desde tres aspectos. La dignidad mínima, entendida ésta como atributo de especie; la dignidad sustantiva, en el sentido de vida digna, con unos poderes públicos comprometidos en su logro; y, la dignidad como reconocimiento, se asocia a la estima u honor social que posee cada individuo, que se encuentra portegido por los ordenamientos. (Chueca, 2015, p. 49)

2.3. MARCO CONCEPTUAL

Zaffaroni, Alagia y Slokar (2002) han realizado una estructuración de los aspectos que aborda la dogmática penal, no solo por lo didáctico que resulta, sino principalmente porque el sistema penal –en su complejidad– necesita ser abordado en función a diversos conceptos, categorías, teorías, que organicen adecuadamente su estructura y se comprenda cómo opera un modelo dogmático penal.

Así cuando aborda la Teoría del Derecho Penal, indica, se debe enfocar en función a tres preguntas básicas ¿Qué es el Derecho Penal? ¿Qué es el

delito? y ¿Qué es la pena? Lo primero (¿Qué es el Derecho Penal?) ha sido abordado por la Teoría del Derecho Penal, lo segundo (¿Qué es el delito?) ha sido abordado por la Teoría del Delito y finalmente el tema de las consecuencias del delito (¿Qué es la pena?) ha sido abordado por la Teoría de las consecuencias jurídicas del delito.

En tal sentido teniendo en cuenta los aspectos que comprende la presente tesis, como parte del marco conceptual se partirá abordando el tema comprendido dentro de la Teoría de la Pena, para lo cual será preciso exponer un concepto de Derecho Penal, para llegar a la función o fines que este cumple, los cuales se asocian a la pena; así se desarrollará, luego, lo concerniente a las clases de pena y a la determinación judicial de la misma.

En un siguiente acápite se abordará lo concerniente al principio de legalidad, como uno de los pilares en la determinación judicial de la pena y, también, el principio de merecimiento y necesidad de pena, los cuales, para efectos de la presente tesis, asumen un papel importante y precisa su desarrollo en el marco conceptual.

2.3.1. Teoría de la pena

A. Fines y funciones del Derecho Penal y de la pena

Para el desarrollo de éste acápite, es decir, para proponer una idea clara del fin del Derecho penal y de la pena, es preciso partir del concepto del Derecho Penal, ya que, solo a partir de allí es posible concebir el fin del mismo. Veamos.

a. Concepto de Derecho Penal

Desde un punto de vista subjetivo, debe entenderse al Derecho Penal como “facultad de imponer penas y medidas de seguridad” (Mir Puig, 2003, p. 97) facultad que, según el autor, es un atributo del Estado.

Asimismo, el indicado autor, realiza una pormenorizada conceptualización de Derecho Penal, incorporando paulatinamente aquellos elementos que conforman el concepto formal del mismo; así, ha precisado que constituye un “conjunto de normas jurídicas que asocian al delito, cometido o de probable comisión, penas, medidas de seguridad y sanciones reparatorias de naturaleza civil” (Mir Puig, 2003, p. 19).

Al margen del cuestionamiento que existe en la doctrina acerca de que la reparación civil, se instituya dentro del proceso penal, parece ser una definición acertada, sobre todo si se tiene en cuenta la regulación de la reparación civil en nuestro sistema penal actual.

Si bien, el desarrollado es un concepto formal de Derecho Penal, corresponde analizar los aspectos materiales del concepto dado, para ello Mir Puig (2003, p. 41) señala que se agrupan en dos puntos: “1) esencia de la norma jurídico – Penal y 2) función del Derecho Penal.”

i) Esencia de la norma: Parafraseando a Mir Puig podemos precisar que la esencia de la norma es imperativa, aun cuando su formulación “El que ...”, manifieste una formulación hipotética, por ello señala el autor:

se sabe (...) que tras la forma hipotética del precepto penal se encierra una norma imperativa, que obliga a hacer o a omitir. Es obvio, en efecto, que no sólo se señala una pena para el caso de que se mate, sin que se prohíba matar: cuando la ley dice: ‘el que matare a otro será castigado (...)’, está prohibiendo matar. (Mir Puig, 2003, p. 44)

Este es pues, el primer aspecto que conforma el concepto de Derecho Penal, que parte de la esencia extraída de sus formulaciones, la norma es imperativa, prohibitiva; cuando sanciona las conductas humanas consideradas lesivas para la sociedad, al ver afectados sus intereses de manera severa (lesión de bienes jurídico penales) el Derecho Penal se manifiesta imperante dirigiéndose al ciudadano con una orden imperativa de no lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos.

Por otro lado, para desentrañar la esencia del Derecho Penal, su concepto y su orientación, se debe partir también del análisis de su función o los fines a los que éste se orienta. Se sigue en la línea de Mir Puig para explicar este aspecto.

ii) Función del Derecho Penal: Aclara Mir Puig (2003, p. 78) que:

El concepto de "función" no coincide con el de "fin", como subraya la sociología funcionalista. Pero cuando se habla de "fin" o "fines" de la pena, se hace en muchos casos en sentido sinónimo a "función" de la pena." Señalando que se prefiere el término de función pues sirve para expresar que lo que importa no son los eventuales fines que en concreto pretendan conseguirse con la pena o las medidas de seguridad, sino sólo la finalidad esencial de éstas.

De allí, que se observe que nuestro legislador equipare ambos términos cuando alude a los fines de la pena, pues el artículo IX del TP del Código Penal ha sido rotulado como "Fines de la pena y medidas de seguridad", en tanto que en la descripción normativa alude a función de la pena: "La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación; tutela y rehabilitación".

En cuanto al tema en cuestión, Mir Puig, citando a Calliess aclara que "en efecto (...) la concreta función que (se) acaba por asignar al derecho penal se halla constituida por la función que cumplen las sanciones penales" (Mir Puig, 2003, p. 77).

Esto es, "El tema de la función del derecho penal deberá abordarse (...) a partir de (...) la función de la pena" (Mir Puig, 2003, p. 77). En tal sentido, concluye que, la función de la pena es la protección de los bienes jurídicos a través de la prevención, "La cuestión de los límites de dicha protección será ubicada en el seno de la problemática del derecho penal subjetivo, como límites del ius puniendi del Estado." (Mir Puig, 2003, p. 84)

b. El fin preventivo del Derecho Penal y de la pena

Ahora bien, para hablar de los fines de la pena, se tuvo que pasar por un largo camino en la dogmática penal, desde aquellas teorías que postulaban un fin meramente retributivo de la pena, hasta la concepción actual, que parte por concebir primero, la vigencia de un Estado Social y Democrático de Derecho, cuya naturaleza es protectora, orientada al bienestar social, al respeto por el orden constitucional, buscando –en un primer momento– la prevención.

No es intención de este trabajo el de recapitular cada una de las teorías sobre los fines de la pena y describir su evolución, se es consciente de la abundante y muy bien desarrollada doctrina al respecto, pero sí cabe realizar una breve remisión a algunos postulados.

En principio, la institucionalización de la coacción es el rasgo típico del Derecho. Y el principal medio de coacción institucionalizado es la pena que cumple una función motivadora de los comportamientos de los individuos y que forma parte de la norma penal (es la consecuencia jurídica). Por tanto, la norma penal cumple esa función motivadora, amenazando con la imposición de una pena si se realizan ciertos comportamientos considerados por la autoridad de una sociedad, como no anhelados o indeseables. (Muñoz Conde, 1985, pp. 32 - 33)

Como señala el autor la pena cumple una función motivadora, la cual se dirige en un primer momento a la sociedad en general, y posteriormente influye o se orienta al individuo en particular. Se debe admitir, concluye el autor, que “es preferible una teoría preventiva intimidatoria que muestra la auténtica faz del Derecho penal como sistema de disciplinamiento de las personas y de protección de determinados intereses”. (Muñoz Conde, 1985, p. 122)⁴¹

Sin embargo, como señala Muñoz Conde (1985, p. 126) en una sociedad moderna no cabe otra legitimación del Derecho Penal que la preventiva, claro, incide también en que ésta no juega como una verdad interina o absoluta dentro del sistema, pues señala que no se puede aceptar la eficacia preventiva sin antes remitirse a los efectos que causan las penas tanto en la sociedad como en el individuo de modo particular. Influyen otros factores, insiste, en el control de la criminalidad, en su incremento o disminución como los económicos y sociales, que escapan a las previsiones punitivas.

Se trata de un conglomerado de causas, que asimismo deben concurrir para la disminución de la criminalidad. El efecto preventivo es alentador dentro del sistema, pero también se es consciente de la concurrencia de múltiples factores que bien

⁴¹ Ello, al margen del cuestionamiento que se pueda hacer en torno a la intervención del Derecho Penal en la solución de conflictos, resulta siempre más conveniente y saludable la intervención de otras políticas del Estado, antes que la criminal.

pueden contribuir a dicho fin, o bien, mermarlo, relegándolo a un plano secundario.

Esta última consecuencia, también es causada por la desconfianza generada en el justiciable, desconfianza que el propio Estado ha provocado al no adoptar políticas adecuadas frente a los diferentes conflictos sociales.

Se quiere ser preventivo con el Derecho Penal, y se espera que esa única acción solucione los problemas, no se busca apoyo entre las políticas estatales, no se comprende aún que la solución parte de asumir políticas previas al Derecho Penal, que serían las raíces, el nido, de las cada vez más civilizadas sociedades y, por lo tanto, se conseguirá una menor intervención del Derecho Penal.

Peor efecto se genera cuando se pretende prevenir con incremento de penas, con criminalización y sobrecriminalización, sin ser conscientes que esto, es el último vagón del tren del que el legislador debe colgarse.

Esto no deslegitima la intervención del Derecho Penal, hay que aclarar que este discurso no pretende dar esa salida, esta manifestación del Derecho es también necesaria en nuestra sociedad como lo son también otras formas de control menos

gravosas a las que debe recurrirse en primer lugar, tal como postulan los principios de mínima intervención y ultima ratio.⁴²

No obstante, la tendencia actual, por lo menos en la fase de determinación de la pena (...), es la de dar un gran margen de libertad al juzgador, no solo para determinar el quantum de la pena concreta a imponer (...), sino también para sustituir una pena de claros efectos negativos (...), por otra menos desocializadora (...), lo que solo puede ser compatible con el principio de legalidad si dicha libertad se utiliza en beneficio del reo, es decir, por razones de prevención especial. (Muñoz Conde, 1985, p. 129)

En virtud de los postulados constitucionales el Derecho Penal “está llamado a desempeñar, bajo ciertos límites de garantía para el ciudadano, una función de prevención general” (Mir Puig, 1982, p. 30), de ello se advierte que se prioriza la prevención general sobre la especial, quizás porque en el primer caso el destinatario es más complejo, esperándose con ello mejores efectos, pero debe entenderse que la prevención también se dirige al ciudadano de modo particular.

Aclara el citado autor que esta prevención general no debe efectivizarse a través de la intimidación, que implica la amenaza de la imposición de una pena para los posibles

⁴² Lo contrario, es decir, privilegiar la intervención del Derecho Penal es como señala Muñoz Conde (Muñoz Conde, 1985, p. 127) “la vuelta (o el mantenimiento) del viejo Derecho Penal talional, del Derecho Penal de sangre y de lágrimas que jamás ha supuesto una solución al problema de la criminalidad, pero que distrae la atención y oculta las causas reales de la situación. Un Derecho Penal de este tipo, conduce, en poco tiempo, a un desgaste y al desprestigio del poder punitivo del Estado, reduciendo su función a una pura expresión simbólica de las frustraciones y angustias colectivas y reflejando la impotencia del sistema social para resolver adecuadamente sus problemas”.

delincuentes, sino que “ha de tener lugar satisfaciendo la conciencia jurídica general mediante la afirmación de las valoraciones de la sociedad.” (Mir Puig, 1982, p. 30)

De este modo señala el citado autor que la prevención general no solo debe estar comprendida por el factor intimidación, sino también, debe ser estabilizadora o integradora (también denominada prevención general o positiva) (Mir Puig, 1982)

Ese es el fin de la pena, coincide con ello nuestra normatividad penal, las funciones retributivas quedaron relegadas para dar paso a un fin más social, más democrático, un fin preventivo, sea general o especial, por ello concluye el autor:

En el modelo de Estado social y democrático de Derecho que sirve de base de nuestro Ordenamiento Jurídico, la pena debe cumplir y solo está legitimada a cumplir, una función política de regular activamente la vida social y asegurar su funcionamiento óptimo y satisfactorio, mediante la protección de bienes más preciados de los ciudadanos. Ello implica que se atribuya a la pena una función de prevención de los hechos que atentan contra estos bienes. Ahora bien, para que este Estado Social no se convierta en un Estado autoritario, sino, más bien, Democrático y de Derecho, deberá respetar ciertos límites que aseguren que la prevención se ejercerá en beneficio de los ciudadanos y bajo el control de los mismos. (Mir Puig, 1982, p. 40)

B. Concepto y clases de penas

El término “pena” proviene del latín “*poena*”, cuyo significado está ligado a la idea de castigo y sufrimiento (Reyes Gastelú, 2019, p. 516) y es que, la Real Academia Española asocia el término “pena” a tal acepción, aunque también la define como “Castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta.” En suma, Reyes Gastelú, citando a Cuello Calón y a Reyes Echandía, precisa que la pena se puede definir como

la privación o restricción de bienes jurídicos, impuesta conforme a la ley por órganos jurisdiccionales, al culpable de una infracción penal (...) la supresión coartación de un derecho personal que el Estado impone por medio de su rama jurisdiccional al sujeto imputable que ha sido declarado responsable de un hecho punible. (2019, p. 517)

Siguiendo a Víctor Prado Saldarriaga (2016, pp. 90 - 91), se identifica a la pena como “una sanción legal y una consecuencia jurídica del delito”, deducible del contenido de los artículos II y IV del TP del Código Penal, a saber: “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente (...) ni sometido a pena (...) que no se encuentren establecidas en ella.” y “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.”; también señala el autor que del artículo V del TP del Código Penal, se desprende que la pena es “una sanción aplicable al autor o partícipe de un delito, es una competencia pública del Estado y que este la ejerce

a través de la judicatura penal.”, en tanto de su contenido se desprende “Solo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad y no puede hacerlo sino en la forma establecida por la ley.” Además, revisado el catálogo de penas numerado en el Código Penal, se evidencia que, “toda pena es un mal en tanto afecta bienes jurídicos importantes del autor o partícipe de un delito como son su libertad ambulatoria, sus ingresos económicos o también sus derechos civiles y políticos.”

La pena constituye una sanción tradicional del Derecho Penal, un mal con la que el Derecho amenaza, en caso se realice la conducta considerada como delito (Mir Puig, 2011, p. 43), concepto que, según hemos visto, se asocia, necesariamente, a los fines que la pena cumple.

Luego, señala Prado Saldarriaga (2016, p. 92) “es posible construir un concepto operativo sobre la pena”; siendo el siguiente:

La pena es la principal consecuencia jurídica del delito. Ella se manifiesta como una privación o restricción de bienes jurídicos que es aplicada por la Autoridad Judicial, según las formas y dimensiones que establece la ley, al autor o partícipe de un hecho punible o falta.

Así, una vez entendido el concepto de pena, corresponde desarrollar lo concerniente a las clases de la misma. Parfraseando a Prado Saldarriaga (2016, pp. 93 - 96), la clasificación de las penas se puede distinguir en función de cuatro aspectos, a saber:

Primero, por su naturaleza, es decir, por el tipo de restricciones que recaen sobre el sentenciado como las penas privativas de libertad, penas no privativas de libertad y penas pecuniarias⁴³.

Segundo, en relación a su condición operativa, reflejada en su carácter autónomo o dependiente al momento de su aplicación, pudiendo ser principales (impuestas de modo autónomo) y accesorias (impuestas subordinadamente a la imposición de una pena principal); también encontramos en esta clasificación a las penas sustitutivas o convertibles⁴⁴, como las penas privativas de libertad temporal, prestación de servicios a la comunidad o la pena de vigilancia electrónica personal.⁴⁵

Tercero, en virtud de su gravedad, que alude a la extensión cuantitativa o durabilidad de las penas, pudiendo ser graves, de mediana gravedad y leves⁴⁶.

⁴³ “Son prototipos de las primeras la pena privativa de libertad temporal, la cadena perpetua (...) Corresponden, en cambio, a la segunda categoría las penas de inhabilitación, de prestación de servicios a la comunidad, así como la expulsión de extranjeros. Y entre las terceras se encuentran principalmente la multa (...)” (Prado Saldarriaga, 2016, p. 94)

⁴⁴ Son “... aquellas penas a las que la ley no les concede una aplicación directa en la sanción de un delito sino una operatividad mediata y derivada del reemplazo de otra pena de aplicación legal inmediata y directa.” (Prado Saldarriaga, 2016, p. 94)

⁴⁵ “En nuestro sistema jurídico ha sido una tradición legislativa el otorgar a la pena de inhabilitación una doble opción operativa. En efecto, esta pena puede aplicarse directamente como pena principal o como pena accesoria que complementa y generalmente depende de la imposición de una pena privativa de libertad. Lamentablemente, esta doble operatividad punitiva ha sido también confundida en sus alcances y correcta técnica legislativa al incluirse equívocamente referencias a penas accesorias de inhabilitación en la sanción conminada de determinados delitos de la Parte Especial en donde solo pueden considerarse penas principales. Un efecto evidente de este defecto y distorsión legislativa lo encontramos en la actual redacción de artículo 426° del Código Penal (...)” (Prado Saldarriaga, 2016, p. 95)

⁴⁶ Aunque, parece difícil determinar la gravedad de la pena, en tanto el criterio propuesto puede ser subjetivo, Prado Saldarriaga (2016, p. 95), siguiendo la legislación extranjera, concretamente el sistema español, cita como ejemplo el siguiente: “tratándose de penas privativas de libertad, si la pena de prisión es superior a cinco años se le califica de grave y cuando su duración es entre tres meses y cinco años constituye una pena menos grave. En cambio un pena leve es la de localización

Y, cuarto, sigue el criterio de la conminación legal o penalidad abstracta, pudiendo clasificarse en penas conjuntas o alternativas, en las primeras, la penalidad que corresponde al delito incluye solo una pena principal, mientras que las segundas se integran dos o más penas principales.⁴⁷

Luego, según la clasificación del Código Penal peruano, contenida en el artículo 128, las penas se pueden ser privativa de libertad, restrictivas de libertad, limitativas de derechos y multa.

De ello, nos centraremos, principalmente, en la pena privativa de libertad, en tanto, es la que interesa más para efectos de la presente tesis. Para ello, conviene aclarar que, si bien, de la formulación del problema no se advierte que la investigación se ha limitado a la pena privativa de libertad –lo que implica que el tema de investigación abarca a todas las penas previstas en el Código Penal–; sin embargo, es en esta clase de pena en la que se evidenciará con mayor énfasis la propuesta de la presente investigación, al ser aquella la pena más severa que recoge nuestro Código. Por lo que, dejaremos su desarrollo y análisis al siguiente acápite.

permanente de un día a tres meses.”; precisando que, “En la legislación nacional vigente, no se han organizado las penas bajo este criterio clasificador”; no obstante, el numeral 2 del artículo 57 del Proyecto de Nuevo Código Penal (2014-2015) “... al incluir una circunstancia agravante cualificada vinculada a la comisión de delitos por integrantes de una organización criminal, alude a un *‘delito grave’*, precisando que tiene tal condición aquel que está sancionado *‘con una pena privativa de libertad no menor de seis años’*.”

⁴⁷ Un ejemplo del primer caso, lo constituye la pena prevista en el artículo 106 del Código Penal, y del segundo caso, el artículo 194 o 427 del Código Penal.

No obstante, haremos breve referencia a las demás previstas en dicho dispositivo legal. En las penas restrictivas de la libertad, se puede identificar a la expulsión del país, aplicables, claramente, a ciudadanos extranjeros y siempre que cumplan la pena privativa de libertad que le corresponde.

En las limitativas de derechos, se identifican: la prestación de servicios a la comunidad, por la cual el condenado es obligado a prestar algún servicio a la comunidad de manera gratuita, se procura su ubicación en alguna entidad pública en la que sea posible cumplir su condena⁴⁸; la limitación de días libres, por la cual, se restringe los días destinados, comúnmente, al descanso (sábados, domingos e incluye feriados), para la realización de actividades educativas, culturales, de formación laboral⁴⁹; y, la inhabilitación, la cual puede imponerse como pena principal o accesoria.

Cabe señalar, en consonancia con lo precisado por Prado Saldarriaga, que todas las penas limitan derechos; así, las penas privativas de libertad, restringen la libertad ambulatoria, la pena de multa, por su parte, reduce la capacidad de disposición de

⁴⁸ “... Cabe recordar que esta pena limitativa de derechos fue diseñada para afectar la discrecionalidad en la disposición del tiempo libre del condenado. Esto es, en vez de que aquel pueda dedicarlo al descanso o al recreo y la distracción, le será ocupado y destinado a la realización de trabajos o servicios gratuitos en beneficio de la comunidad.” (Prado Saldarriaga, 2016, p. 124)

⁴⁹ A diferencia de la prestación de servicios a la comunidad, lo que busca esta pena es “involucrar al penado con rutinas y programas de internalización o practica de valores sociales, así como de incentivo o refuerzo de motivaciones conductuales positivas. Esto es, vincularlo con roles idóneos para neutralizar sus actitudes violentas o, de ser el caso, reactivad su proceso de socialización si este fue frustrado por la deserción escolar o el abandono familiar.” (Prado Saldarriaga, 2016, p. 136)

ingresos. Por lo que, dicho autor aduce “que el legislador nacional haya optado por denominar a determinadas clases de penas limitativas de derechos, podría resultar en principio tautológico.”; aclarando que, con dicha denominación se pretende designar a un grupo de penas que, “afectan derechos diferentes de aquellos afectados por las penas privativas de libertad o multa y que están vinculados al ejercicio de funciones, atribuciones, capacidades especiales así como también a la disposición del tiempo libre del sentenciado.” (Prado Saldarriaga, 2016, p. 97)

Finalmente, la multa, que tiene un contenido muy diferente e independiente de la reparación civil (como consecuencia del delito), por cuanto, no se destina al agraviado, sino al Estado, consiste en la obligación del condenado de pagar al Estado una suma de dinero, la cual se determina teniendo en cuenta el ingreso promedio diario del condenado y en función a su patrimonio, rentas, remuneraciones, entre otros.

a. Pena privativa de libertad

La libertad personal es un derecho fundamental, reconocido en el literal f), inciso 24 del artículo 2 de nuestra Const., propio del Estado Constitucional de Derecho, y como tal, permite el ejercicio de muchos otros, en tanto aquel es un valor esencial. En virtud de ello, su restricción solo se prevé cuando existe un mandato motivado del juez o en caso de delito flagrante.

En contraste, surge la pena privativa de libertad, cuya imposición supone la restricción de la libertad ambulatoria del condenado, esto es, la limitación del derecho fundamental de libertad personal antes descrito, que se materializa con la reclusión del condenado en un establecimiento penitenciario, y que responde a la infracción de una ley penal.

El artículo 29 del Código Penal establece dos clases de pena privativa de libertad; la primera, la cadena perpetua o pena privativa de libertad de carácter indefinido, es aplicada a los delitos de mayor gravedad, aquellos que vulneran bienes jurídicos de mayor relevancia para el Derecho Penal; no obstante, puede ser revisada una vez transcurridos 35 años del cumplimiento de la condena.

Cabe aquí precisar el cuestionamiento, no acabado, en torno a la legitimidad de esta condena, por cuanto se aleja de los fines del Derecho Penal, claramente preventivo y resocializador, pues, por el contrario, dicha sanción se acoge a la función inocuidadora de la pena, apartada de nuestro modelo penal, en tanto se aleja al delincuente de la sociedad para recluirlo de manera indefinida, sin darle la oportunidad de reintegrarse a la sociedad.

La segunda clase de pena privativa de libertad que prevé el artículo 29 antes citado, es la pena privativa temporal o

determinada, que se extiende hasta los 35 años, dependiendo de la gravedad del delito.

Al margen de la consideración que se tiene, que penas tan extensas como de 30 o 35 años, también, se alejan del fin preventivo de la pena; cabe mencionar que, finalmente, una pena de carácter determinado se acoge a su fin preventivo y resocializador; pues, al término de su cumplimiento, el condenado puede reintegrarse a la sociedad.

2.3.2. Determinación judicial de la pena

Una vez analizados los juicios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, surge en el juez penal la autoridad de decidir entre una sentencia absolutoria o condenatoria, y con ello, la necesidad de fijar una pena concreta para quien ha infringido la ley penal.

La determinación judicial de la pena, se asocia a esta decisión judicial. Pues, “su función (...) es identificar y medir las dimensiones cualificativas y cuantitativas de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar al autor o partícipe culpable de un delito.” (Prado Saldarriaga, 2016, p. 197); y consiste en “un procedimiento técnico y valorativo de **individualización de sanciones penales.**” (Prado Saldarriaga, 2016, p. 197); que supone determinar “el tipo, la extensión y el modo de ejecución de la pena que resulte aplicable al caso” (Prado Saldarriaga, 2016, p. 198).

La determinación judicial de la pena se rige, principalmente, por el principio de legalidad –motivo por el cual este principio merece ser desarrollado en un acápite aparte que permita su análisis adecuado– en tanto su imposición se circunscribe a lo previsto en la ley penal, es decir, a la pena conminada o pena básica que establece cada tipo penal para la hipótesis fáctica que contiene.

Como manifestación del principio de legalidad y, por ende, de la previsibilidad y seguridad jurídicas propias del positivismo jurídico, la doctrina en torno a la determinación judicial de la pena, procuró sentar criterios objetivos que permitiesen que la misma se ajuste a los principios del Derecho Penal, propuestas que, luego se materializaron en una modificación legislativa que incluía un procedimiento relativamente rígido para determinar la pena concreta, lo cual constituyó un cambio importante para el Derecho Penal, y que se mostró como el reflejo de sus principios fundamentales, esto es, la seguridad jurídica y el principio de legalidad.

Con ello, además, se consiguió limitar las facultades discrecionales que tenían los jueces, y que muchas veces reflejaban, de un lado, la subjetividad y creencias personales en la determinación judicial de la pena y, de otro, falta de uniformidad, por cuanto se incurría en sentencias con penas disímiles para casos, cuyas características y circunstancias periféricas eran similares. Esto es, era posible que frente a dos casos de similares características se impongan penas

sustancialmente diversas, se trataba pues, de un criterio, que no dejaba de ser subjetivo.

Y es que, la determinación judicial de la pena, antes de las modificaciones formuladas en esta materia, quedaba a criterio del juzgador, quien al no contar con mecanismos adecuados para hacer que su imposición se torne objetiva, convertía este procedimiento en uno sujeto a la discrecionalidad del juez penal, quien imponía la pena que consideraba pertinente, de acuerdo a su sano juicio.

Se tenía en cuenta, eso sí, la pena conminada, es decir el marco punitivo que establece cada ilícito penal como sanción, también denominada pena legal. Y se regía, básicamente, por los lineamientos que, el artículo 45 del Código Penal, aún vigente, establecen; así, bajo la denominación de “presupuestos para fundamentar y determinar la pena”, este artículo prescribe lo siguiente: “El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta: a. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad. b. Su cultura y sus costumbres. c. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad.”

Es ya, con la Ley N.º 30076, publicada el 19 agosto 2013, que se incorpora un procedimiento objetivo de determinación judicial de la pena, a través del sistema de tercios, el cual consiste en una

secuencia de fases o etapas que deben ser la guía del órgano jurisdiccional para llegar a la pena concreta; es un procedimiento para llegar al producto final, esto es, al resultado punitivo.

Este procedimiento es de configuración legal, en tanto ha sido el mismo Código Penal el que ha determinado cada paso a seguir. Y para su descripción tendremos en cuenta la doctrina de Víctor Prado Saldarriaga (2016) quien, desarrollada cada fase del procedimiento de determinación judicial de la pena, veamos.

A. Identificación de la pena básica

La primera etapa es la identificación de la pena básica o pena abstracta, que no es más que la penal legal, aquella que prevé el Código Penal para cada delito en concreto, y se caracteriza por tener un extremo mínimo o inferior y un extremo máximo o superior.

Es este el punto de partida en el proceso de determinación judicial de la pena del que, podemos afirmar no demanda mayor labor jurisdiccional que la remisión a la descripción normativa del tipo penal aplicable y la extracción o identificación de la pena prevista para la hipótesis penal que contiene.

A través de esta etapa el Juez hace una declaración formal y expresa sobre su autoridad punitiva así como sobre la legitimidad de su ejercicio. Él debe precisar y comunicar desde su sentencia cuáles son los límites legales de la pena o penas aplicables. (Prado Saldarriaga, 2016, p. 201)

Nos remitimos aquí, al ejemplo que cita el referido autor: si consideramos como ejemplo el artículo 106 de Código Penal, habría que tomar la penalidad establecida en dicha norma y establecer el espacio de punibilidad, siendo su límite inicial seis años y su límite final de veinte años.

Asimismo, se debe tener en consideración aquellos tipos penales que solamente prevén un extremo de la pena conminada o básica, por ejemplo, el artículo 108 del Código Penal, cuya pena tiene determinado solo el límite inferior o inicial, cual es, de 15 años, en tal caso, el extremo máximo deberá ser complementado con las disposiciones generales del Código Penal; así, el artículo 29 del mismo establece que la pena tendrá una duración máxima de 35 años. Así el límite inferior de la pena aplicable a quien ha realizado la conducta sancionada por el artículo 108 del Código Penal, será de 15 años y el máximo de 35 años, siendo este el rango de la pena básica, plenamente identificado.

B. Individualización de la pena concreta

Aquí se evidencia el *ius puniendi* del Estado, esto es, la facultad del Estado de imponer penas o sancionar punitivamente, en esta segunda fase de la determinación judicial de la pena, se buscará identificar la pena específica que se impondrá al sentenciado.

“La característica fundamental de esta segunda estación radica en el desplazamiento que debe hacer el juez dentro del espacio punitivo prefijado como pena básica en la primera etapa”; a través

de esta etapa el operador jurisdiccional ira “indagando, identificando y calificando la presencia de circunstancias concurrentes en la realización del delito.” (Prado Saldarriaga, 2016, p. 202). Añade el citado autor:

Es importante señalar que no se debe omitir la presencia de ninguna circunstancia, ya que de ocurrir ello se afectará siempre la validez de la pena concreta por no responder, plenamente, a las exigencias del principio de pena justa. (Prado Saldarriaga, 2016, p. 202)

Este procedimiento exige la cuantificación de la pena en función de las circunstancias agravantes o atenuantes genéricas y las circunstancias agravantes cualificadas o atenuantes privilegiadas. A través del fraccionamiento de la pena básica en tres partes, cada uno con su extremo inferior y superior. Al cabo de este procedimiento se obtendrá el resultado final, traducido en la pena concreta.

De ello, se advierte, que la determinación judicial de la pena sigue un procedimiento estricto, el cual permite que la imposición de la pena se ajuste a los preceptos legales, en consonancia con el principio de legalidad penal propio de una concepción positivista del Derecho, a la cual, claramente, se ajusta el ordenamiento jurídico penal y que pretendemos flexibilizar.

C. Circunstancias genéricas

El catálogo de circunstancias atenuantes y agravantes genéricas, se encuentra reguladas en la parte general del Código Penal,

concretamente en el artículo 46; entre las que se pueden mencionar (solo a título enunciativo), a la carencia de antecedentes penales; el obrar por móviles nobles o altruistas; el obrar en estado de emoción o de temor excusables; el reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado; entre otras circunstancias atenuantes genéricas, descritas en el numeral uno del citado artículo.

Igualmente podemos enunciar algunas circunstancias agravantes genéricas, previstas en el numeral 2 del referido artículo 46 como: el ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos; el ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación; el realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función; la pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito; entre otras.

Las circunstancias genéricas “solo permiten al Juez individualizar la pena concreta dentro del espacio punitivo generado entre los límites inicial y final de la pena básica. No permiten (...) exceder ni en la línea ascendente ni en la línea descendente de tales límites.” (Prado Saldarriaga, 2016, p. 205); siendo que, cuando se identifiquen circunstancias atenuantes genéricas la imposición de la pena se proyectará a extremo o límite inferior, por el contrario, cuando se identifiquen circunstancias agravantes genéricas la

determinación de la pena se proyectará al límite o extremo máximo de la pena básica o abstracta.

Lo que debe quedar claro, en cuanto al empleo de estas circunstancias para la determinación de la pena concreta es que, sean circunstancias atenuantes o agravantes genéricas, se debe verificar que, no se encuentren previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del delito, caso contrario no podrán ser empleadas para la ubicación en un tercio inferior o superior según corresponda.

Es decir, si por ejemplo nos encontramos frente al delito de Robo agravado el cual está previsto en el artículo 189 del Código Penal, el cual prevé en su numeral 4 del primer párrafo, la agravante por el concurso de dos o más personas, no podremos remitirnos a las agravantes genéricas para la ubicación en los tercios punitivos, en las que también se prevé esta misma circunstancia, a fin de evitar duplicar su valoración.

D. Circunstancias específicas

Las circunstancias específicas las identificamos en la parte especial del Código Penal, concretamente en la misma descripción normativa de los tipos penales⁵⁰.

⁵⁰ Aclara Prado Saldarriaga que, "... no son circunstancias específicas las previstas en el artículo 22° de la Ley 30077 contra el crimen organizado, pese a que en la sumilla que acompaña a dicha disposición erróneamente las denomina '**Agravantes especiales**'. Como se puede inferir de su ubicación sistemática y de sus efectos de punibilidad, ellas no están adscritas a ningún delito específico y sólo sirven para extender los marcos de punibilidad en casos de organizaciones criminales. Su función, pues, en realidad, corresponde a la de las circunstancias agravantes calificadas ..." (2016, pp. 233 - 234)

“La operatividad y eficacia de las circunstancias específicas, sean estas agravante o atenuantes, es limitada y se circunscriben exclusivamente a la determinación de la pena para los concretos delitos con cuya comisión están conectadas.” (Prado Saldarriaga, 2016, p. 234)

Por ejemplo, el delito de Robo agravado tiene ya previstas circunstancias agravantes específicas; por lo que la pena concreta implicará la identificación de los tercios teniendo en cuenta a éstas únicamente; así, la pena conminada que para tal caso se prevé, es decir, 12 en su extremo mínimo y 20 en su extremo máximo, se fraccionará en tercios, luego de lo cual, según las agravantes específicas que concurren (la previstas en el mismo artículo 189 del Código Penal) ubicaremos el tercio correspondiente; siguiendo para ello el mismo procedimiento que prevé el numeral 1 del artículo 45-A del Código Penal.

Así, solo ante la ausencia de estas agravantes específicas nos remitiremos a las circunstancias genéricas de atenuación y agravación que se prevén en la parte general del Código Penal, para individualizar la pena concreta.

Siempre siguiendo el procedimiento previsto en el numeral 1 del artículo 45-A del Código Penal, que prescribe las siguientes reglas: a) cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior; b) cuando

concurran circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio; y, c) cuando concurran únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior.

E. Circunstancias agravantes calificadas y atenuantes privilegiadas

Parte del procedimiento de determinación judicial de la pena, implica tener en cuenta las circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes calificadas que concurran; siguiendo las reglas que prevé el numeral 3 del artículo 45-A del Código Penal: tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior; si se tratan de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y, finalmente, en los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito.

Las agravantes calificadas y atenuantes privilegiadas, también tienen configuración legal, en tanto ha sido el legislador que ha establecido cuáles son y en qué casos se presentan.

Estas circunstancias, se distinguen de las antes desarrolladas porque “su eficacia incide directamente sobre la estructura de la pena conminada. Esto es, sus efectos alteran o modifican los límites mínimos o máximos de la penalidad legal prevista para el

delito, configurando así un nuevo marco de conminación penal.”
(Prado Saldarriaga, 2016, p. 235)

Así, señala el autor, las circunstancias agravantes cualificadas, suponen una modificación ascendente, proyectándose por encima del marco legal primigenio, convirtiéndose éste último en el extremo mínimo. Un ejemplo de ello es la circunstancia cualificada de la reincidencia. Mientras que, en las circunstancias atenuantes privilegiadas lo que varía en modo descendente es el extremo inferior de la pena legal, el cual se convierte en extremo máximo y es sustituido por uno inferior. No obstante, nuestro Código Penal no prevé ninguna circunstancia atenuante privilegiada. (Prado Saldarriaga, 2016)

La norma adjetiva antes citada, parte por precisar que ante la concurrencia de atenuantes privilegiadas la pena se determinará por debajo del tercio inferior, es decir la pena se determinará por debajo del margen inferior que ya prevé la ley penal para el caso concreto. Al igual que, cuando solo concurren circunstancias agravantes cualificadas la pena se determinará por encima del tercio superior, es decir, el extremo máximo que prevé la ley penal, en concreto.

Luego, contrario al planteamiento de Prado Saldarriaga, en el sentido que, nuestro Código Penal no prevé ninguna circunstancia atenuante privilegiada, de acuerdo a la clasificación de Iván Guevara Vásquez (2021) las atenuantes privilegiadas pueden ser

de naturaleza sustantiva como: la responsabilidad restringida por la edad, prevista en el artículo 22 del Código Penal, el error de prohibición vencible, previsto en el artículo 14, la complicidad secundaria, prevista en el artículo 25, la información eficaz, prevista en el artículo 212 el Código Penal, la responsabilidad atenuada del artículo 21. Asimismo, de naturaleza procesal tenemos: la confesión sincera, prevista en el artículo 160 del Código Penal.

De otro lado, entre las agravantes cualificadas, se encuentran a la reincidencia y habitualidad, previstas en el artículo 46-B y 46-C del Código Penal.

No obstante, la determinación de la pena concreta se rige por el procedimiento antes descrito; así el procedimiento como tal y la determinación concreta de la pena, descansan en principios esenciales que constituyen límites y directrices en su determinación; en el presente caso desarrollaremos dos de ellos, en tanto se erigen como los más importante y, además, forman parte del marco conceptual para dar lugar al tema de investigación desarrollado y propiciar su claro entendimiento.

Estos son el principio de legalidad penal, estrechamente vinculado a la determinación de la pena antes desarrollada, y el de merecimiento y necesidad de pena, en tanto se asocia al fundamento de la imposición de la misma que, por su importancia

para el tema de investigación, serán desarrollados en los siguientes acápite.

2.3.3. Principio de legalidad

A. Concepto

El principio de legalidad se encuentra previsto en el inciso d, numeral 24, del artículo 2, de la Const., que establece que “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

Asimismo, es un principio que informa el Derecho Penal y se encuentra regulado, también, en el artículo II del TP del Código Penal, bajo la redacción “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.”

Este principio se forja como una de las garantías más importantes del Estado Constitucional de Derecho⁵¹, en tanto, viabiliza el

⁵¹ Y que, a su vez, enmarca otras garantías que forman parte de su contenido; así Fernández Carrasquilla, alude a la “**garantía criminal** (no hay delito sin ley), relativa a la definición de la conducta punible (hecho antecedente de la sanción penal); **garantía penal** (no hay pena sin ley), relativa a las penas o consecuencias jurídico-penales de la conducta prohibida (...); **garantía jurisdiccional** (no hay delito ni pena sin juez independiente, debido proceso y pruebas legales), con la que destaca la necesidad de que las penas criminales sean aplicadas únicamente por jueces independientes o imparciales establecidos por la ley antes del hecho (...); garantía ejecutiva o penitenciaria (las penas se cumplen en el lugar y al modo que prevean las leyes): el cumplimiento de las penas judicialmente aplicadas debe estar sometido también a un régimen legal y no al capricho de los funcionarios del sistema penitenciario ...” (2016, pp. 183 - 184)

entendimiento del ciudadano respecto a aquellas conductas consideradas ilícitas (sea como delito o como falta) y las sanciones que su comisión acarrea; pero, además, constituye un límite fundamental al *ius puniendi* del Estado, pues éste, no podrá imponer una sanción no prevista o considerar alguna conducta como ilícita si así no ha sido calificada previamente por la ley.

De allí Roxín afirma que “un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal” (1997, p. 137)

Parte, claramente, del aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, el cual se traduce como “no hay crimen o delito sin ley” (Roxín, 1997, p. 137).

El citado autor (1997), precisa que tradicionalmente se distingue cuatro prohibiciones del principio de legalidad, dos de ellas dirigidas al juez y las otras dos al legislador, siendo las siguientes:

La primera, la prohibición de analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*), partiendo del entendimiento que analogía implica aplicar una regla jurídica a otro caso de similares características, esta prohibición se manifiesta en el modo de descarta la punición para casos similares a los que han sido previstos en la ley, concretamente, no pueden estimarse como delitos faltas conductas que no se encuentren determinadas por el sentido literal de la norma penal. Concretamente alude, a que se “prevé una sanción penal para una concreta acción humana, y

no para ninguna otra no mencionada ni descrita en el tipo legal.”
(Polaino Navarrete, 2015, p. 196)

La segunda, la prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y para agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*), en tanto la punibilidad solo puede determinarse a través de una norma legal, no es posible asumir que el derecho consuetudinario pueda crear delitos y penas.⁵²

Por este principio, se debe entender que solo la ley escrita, es fuente de delitos y de penas, esto supone la existencia de una ley escrita y válida, entiéndase, por ello, positiva, integrada al ordenamiento jurídico penal, que forma parte del sistema penal y que tiene efectos jurídicos. (Polaino Navarrete, 2015, p. 198)

La tercera, la prohibición de retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*), que descarta la posibilidad de sancionar con una ley hechos pasados, en tanto al momento de su comisión no estaba previsto como delito y, por ende, su correspondiente sanción.

Ello alude, claramente a la prohibición de la retroactividad en materia penal; a decir de Polaino Navarrete, este principio tiene dos facetas, la primera, referida a la garantía criminal, por la cual ningún hecho será considerado delito si no está previsto así,

⁵² Castillo Alva, señala al respecto que, “... ninguna costumbre o uso social puede legitimar la creación de delitos y la elevación (o la mayor drasticidad) de las penas o las medidas de seguridad. Esta función únicamente está reservada a la ley...” (2004, p. 25)

expresamente, en la ley penal, y la segunda, la garantía penal, por la cual, no es posible imponer pena si ésta no ha sido previamente establecida por la ley, de modo expreso. (2015, p. 198)

Y, la cuarta prohibición alude a las leyes penales y penas indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*), por la cual se prohíbe indeterminaciones en la redacción de la norma, esto es, que, por ejemplo, no sea posible advertir de su redacción las características que ha de tener la conducta para ser considerada como delito o para encuadrar típicamente en la descripción normativa.⁵³

A esto último se le ha denominado también, principio de taxatividad o de prohibición de indeterminación, como lo señala Polaino Navarrete, quien además agrega, que por este principio la ley penal debe describir el delito con la mayor precisión posible, lo que incluye indicar la acción u omisión seleccionada por la norma, los elementos que caracterizan la conducta y, finalmente, la pena que corresponde a quien la comete. (2015, p. 195) lo que además se condice con el principio de seguridad jurídica.

⁵³ Implica, pues, que "... el comportamiento prohibido debe encontrarse descrito con claridad y precisión en la ley penal, evitando en lo posible, un lenguaje ambiguo u oscuro que dificulte la comprensión del injusto ..." (Castillo Alva, 2004, p. 25).

Cabe recordar que Polaino Navarrete (2015, pp. 198 - 199), añade a las ya conocidas y antes mencionadas garantías, dos más, la garantía judicial o jurisdiccional y la garantía de ejecución penal.

Así por la primera se alude al principio por el cual solo pueden imponer sanciones o aplicar la ley los jueces competentes para ello y, por la segunda, se alude a que, nadie puede ser sancionado, o verse perjudicado con el incremento de su pena, si no es por sentencia judicial emitida conforme a ley, las cuales, notoriamente, son también de importancia en tanto constituyen garantías del procesado que, como ahora vemos, se asocian al principio de legalidad penal.

B. Fundamentos del principio de legalidad

El principio de legalidad tiene un fundamento jurídico, pero también político; por ello, nos remitiremos a lo desarrollado por Castillo Alva para identificar cuáles son los pilares del principio de legalidad. Veamos.

a. Fundamento Jurídico - Político: democracia y división de poderes

Su fundamento principal es la división de poderes, pues el poder no puede concentrarse en un solo ente gubernamental, sino que es preciso distribuirlo en diferentes organismos que permitan privilegiar la democracia.

El Derecho Penal se caracteriza por ser el mecanismo de control social más drástico, pues las sanciones restringen uno de los derechos más importantes del ciudadano, su libertad, el cual incluso viabiliza el ejercicio de muchos otros derechos fundamentales; de allí que, haya la necesidad de que las sanciones penales se encuentren premunidas de legitimidad y validez, y emanen de un órgano representativo de la voluntad popular.

“El fundamento democrático del principio de legalidad busca tutelar la libertad de la persona, librándola de intervenciones arbitrarias, ya sea de terceros, que desencadenan en mecanismos de venganza, o del propio Estado, en especial del poder absoluto de los jueces.” (Castillo Alva, 2004, p. 35)

En virtud de ello, no es posible afirmar que, en un Estado Democrático de Derecho, la creación de los delitos y las sanciones penales, constituyan un acto unilateral, notoriamente arbitrario, es preciso que su creación responda al modelo de Estado vigente, lo que parte por exigir que provengan de la voluntad popular expresada en el poder al concedido al Estado y a sus órganos representativos legitimados.

Téngase en cuenta que, “Sin la base democrática, las leyes perderían legitimidad social y validez ética, pues al no emanar

de la representación popular aparecerían como obra de déspotas y tiranos.” (Castillo Alva, 2004, p. 36)

Este fundamento, también viabiliza la diferenciación de funciones que ejercen el legislador, como creador de los delitos y las sanciones penales, pro voluntad popular, y el juez, como el actor jurídico que, en aplicación del Derecho dictado, resuelve conflictos puestos a su conocimiento.

Asimismo, señala Castillo Alva (2004, p. 37), del principio de división de poderes, “se obtiene directamente la prohibición de aplicar la analogía in malam partem en Derecho penal”, y la actividad del juez “sólo se legitima en la medida que exista una vinculación o sujeción a la ley y se someta a las valoraciones jurídicas contenidas en la Constitución y la ley.”

b. Fundamento Axiológico: la seguridad jurídica y la prohibición de arbitrariedad

En primer lugar, el principio de legalidad se asocia al de seguridad jurídica, argumento propio del positivismo jurídico al cual se adscribe este subsector del Ordenamiento Jurídico. Seguridad jurídica en el ámbito penal, implica la necesidad de conocer previamente las conductas que son consideradas como delitos o faltas, así como las penas que a estas conductas correspondan.

La seguridad jurídica simboliza el eje central de la legalidad penal, pero se aparta del concepto de justicia. Nos dice Castillo Alva que el Derecho Penal no pretende combatir actos injustos, precisamente por ello realiza un proceso de selección de aquellas conductas que son consideradas lesivas de los bienes jurídicos más importantes. (2004)

“Si el principio de legalidad respondiera a criterios de justicia no habría razón alguna para que sólo se castigue a un grupo pequeño de ilícitos y que la potestad punitiva del Estado sólo se ocupe de unos cuantos hechos graves.” (Castillo Alva, 2004, p. 38)

Muchas otras reglas que determinan el principio de legalidad descansan en el concepto de seguridad jurídica; así, la prohibición de la analogía y de la retroactividad, son manifestaciones, a su vez de la seguridad jurídica, solo evitando ello es posible sentir certeza del Derecho y de su aplicación por los actores jurídicos.

Por ello, el ya citado autor afirma que, “Mediante el principio de legalidad se logra erradicar del Derecho penal –y el Derecho en general– la incertidumbre, el azar, la arbitrariedad y el desamparo”. (Castillo Alva, 2004, p. 39)

c. Fundamento Jurídico Penal: prevención general

La ley penal, en tanto ostenta un carácter general, permite que sus mandatos alcancen a todos los ciudadanos, y que estos conozcan sin lugar a dudas las conductas que son consideradas como delito, a fin de evitar su realización.

Dichas sanciones se dirigen a todos en general, sin discriminaciones de ningún tipo, por ello las penas se determinan no en función de las características del ciudadano o de su personalidad, sino en función a criterios preventivos que alcanzan a cada miembro de la sociedad.

Por ello Castillo Alva precisa que, “El principio de legalidad facilita una aplicación igualitaria del Derecho” (2004, p. 43), pues el juez deberá aplicar la consecuencia jurídica que prevé la norma a cada ciudadano que, independientemente de sus especiales características o condiciones, infrinja el mandato normativo contenido en la ley penal.

Además, téngase en cuenta que, “si falta una ley previa o ésta es poco clara, no se podrá producir el efecto intimidatorio, porque nadie sabrá si su conducta puede acarrear una pena” (Roxín, 1997, p. 146).

Luego, la prevención general que cumplen las sanciones penales no solo se manifiesta en un plano negativo a través de la intimidación, sino que, expresa una prevención positiva,

representada por la misión de la pena de “demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo” (Roxín, 1997, p. 91).

En suma, si lo que se pretende es propiciar la fidelidad al Derecho, lo que implica, el cabal cumplimiento de los preceptos que prevé, será necesario establecer “una clara fijación legal de la conducta punible; pues si no la hubiera, el Derecho Penal no podría conseguir el efecto de formación de las conciencias del que depende el respeto a sus preceptos.” (Roxín, 1997, p. 146).

C. Vertientes del principio de legalidad (formal y material)

Desde otra perspectiva, es necesario ver al principio de legalidad desde sus vertientes formal y sustancial, que permitirá conocer la estructura del principio de legalidad desde su formación.

a. Principio de legalidad formal

Rige aquí el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, por el cual no es posible punir un hecho que “no sea previsto expresamente como hecho ilícito por la ley y con penas que no sean expresamente establecidas por ella.” (Mantovani, 2015, p. 43)

Esta vertiente se asocia al concepto de libertad, como valor fundamental del ciudadano que precisa de garantía por parte

del Estado, pues en el Derecho Penal, se prevén sanciones drásticas que restringen este valor esencial, por lo que, es preciso la existencia de un límite al poder estatal.

En virtud de ello, es recogido este principio en el ordenamiento peruano, no solo como informador del Derecho Penal, previsto en el artículo II del TP del Código Penal, sino también y principalmente, en la Constitución, concretamente en el literal d, inciso 24, del artículo 2.

Luego, en tanto forma parte de los valores fundamentales constitucionales, se dota también, de la rigidez propia de la Constitución. Su inserción en dicha Norma Fundamental, importa, a decir de Mantovani (2015, p. 45), que: a) tiene como destinatarios, tanto al juez como al legislador; y, b) asume como inconstitucionales aquellas normas penales que emanen con violación de tal principio, en tanto, creador solo es el legislador.

b. Principio de legalidad material

Por su parte la vertiente sustancial o material, implica que “deben ser considerados hechos ilícitos los hechos socialmente peligrosos en cuanto tales, y que a ellos se aplican las penas adecuadas para tal fin” (Mantovani, 2015, p. 45)

Este concepto se asocia al principio de fragmentariedad del Derecho Penal, por el cual se castigan solo aquellas conductas

que generan vulneración de los bienes jurídicos más importantes para la sociedad.

En la línea del autor, a diferencia de la vertiente formal que, alude “una elección política individualista-garantista de salvaguardia de la libertad, al menos formal del individuo.” (Mantovani, 2015, p. 43) a lo que se denomina *favor libertatis*. Esta vertiente (material), expresa una “elección política colectiva-utilitarista, a favor de la ‘defensa social’.”, a lo que se denomina *favor societatis*.

En torno a las vertientes formal y material del principio de legalidad; señala Mantovani que, la Constitución italiana acoge una vertiente sustancial-formal del hecho ilícito⁵⁴, frente a ello, podemos concluir señalando que nuestra Const., acoge, solamente una vertiente formal del hecho, pues el hecho ilícito es solo aquel y únicamente aquel que ha sido previsto por la ley, como así también se ha expresado a lo largo del desarrollo del presente acápite. Es decir, no hay mayor cuestionamiento en torno a lo que, por delito y hecho ilícito, se entiende.

Claramente no hay una remisión como sí lo hace la Constitución italiana que impone que la ley positiva recoja también los valores y las finalidades que ella expresa, bajo cuyo argumento, “hecho ilícito debe ser considerado solo

⁵⁴ “Para la concepción formal, el hecho ilícito es todo y solo aquello que está previsto por la ley como tal.” (Mantovani, 2015, p. 48) y “Para la concepción sustancial (o material), el hecho ilícito en abstracto es todo lo que es, en medida relevante, socialmente peligroso.” (Mantovani, 2015, p. 50)

aquello que es previsto por la ley en conformidad con la Constitución, que concierne no solo a los rasgos formales-estructurales, sino también e incluso antes a los valores tutelables.” (Mantovani, 2015, p. 53)

2.3.4. Principio de merecimiento y necesidad de la pena

El principio de merecimiento y necesidad de pena, se identifica en la categoría de la punibilidad, como principio que informa la imposición de la pena. Claramente la punibilidad, no es aceptada por la doctrina mayoritaria como categoría en la teoría del delito; sin embargo, sí es posible identificar algunos autores importantes que optan por remitirse a estos conceptos. De allí que la doctrina tienda a incluir estos criterios de merecimiento y necesidad en las demás categorías del delito⁵⁵.

Así, en cuanto al merecimiento de pena, Schmidhauser, citado por Roxín, sugiere que todo el hecho punible está caracterizado en su contenido por momentos de merecimiento de pena y que debe considerarse como momentos que fundamentan el merecimiento de pena en el acontecer del hecho, sobre todo el injusto y la culpabilidad.

⁵⁵ En cuanto a la punibilidad como categoría del delito, Claus Roxín (1997, p. 193) señala lo siguiente: “En la moderna dogmática del Derecho penal existe en lo sustancial acuerdo en que toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple otros eventuales supuesto de punibilidad.”

Luego aclara: “Por tanto, toda conducta punible presenta cuatro elementos comunes (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), a los cuales puede añadirse aún en algunos casos un ulterior presupuesto de la punibilidad.” (Roxín, 1997, p. 194)

Bramont Arias Torres (2002, p. 131) señala que, “... las características de los delitos (siguiendo la línea del CP) son: a) Tiene que ser una acción u omisión. b) Dicha acción u omisión tiene que ser dolosa o culposa. c) Dicha conducta debe estar penada por la Ley ...”; empero, reconoce con acierto que la doctrina amplía esta definición brindando elementos del delito: “a) conducta. b) Tipicidad. c) Antijuridicidad. d) Culpabilidad. e) Pena (consecuencia de los presupuestos a+b+c+d)”

(1997, p. 982). Por otro lado, Bloy citado por el mismo autor, señala que, “La cuestión de si una conducta está necesitada de la pena depende de la necesidad de intervenir de modo corrector con los medios de la punición estatal”; y en ese contexto remite expresamente a ‘puntos de vista del fin de la pena’.” (1997, p. 983).

Se dará el ‘merecimiento de pena’ cuando una conducta sea típica, antijurídica y culpable (aunque de un modo más sobrio y más exacto debería hablarse de la concurrencia de una ‘posibilidad de punición’); una conducta ‘merecedora de pena’ solo estará ‘necesitada de pena’, si se añade una necesidad preventiva de punición. (Roxín, 1997, p. 983)

Siguiendo la línea del autor, resulta evidente que, la necesidad de pena no está asociada a las condiciones objetivas de punibilidad o a las causas de exclusión de la punibilidad, sino, más bien, importa una conducta que, si bien es culpable, no es punible en el sentido que no necesita la imposición de una sanción a efectos de prevención (ni especial ni general). Con ello Roxín hace una importante afirmación “Si pese a haber necesidad de pena no se castiga, es porque la necesidad de pena ha de retro(ceder) ante otras”. Resulta evidente que, la necesidad de pena no está determinada o asociada a las condiciones objetivas de punibilidad o a las causas de exclusión de la punibilidad, sino, más bien, importa una conducta, “si bien culpable, no es punible en el sentido que no necesita la imposición de una sanción a efectos de prevención (ni especial ni general). finalidades de Estado.” (1997, p. 984)

“La culpabilidad solo genera punibilidad si ello es preciso por razones sociales, pero castigar una conducta culpable puede ser innecesario

por razones políticocriminales (...) y también puede ser inadecuado por razones políticojurídicas de otro tipo” (Roxín, 1997, p. 987)

Para Hassemer (1999, p. 111), una respuesta clara y efectiva a la lesión de un bien jurídico no necesariamente, tiene que ser una pena privativa de libertad, es más, acoge la idea que, incluso, ni siquiera cualquier otra sanción penal. Pero, ¿qué sugiere?; pues bien, basta, según afirma, cualquier amonestación o desaprobación. Empero en lo que sí incide es en la necesidad de materializar una respuesta frente a la vulneración de un bien jurídico, por cuanto, es indispensable para que continúen siendo vinculantes los límites que el Derecho Penal impone a la libertad de condenado. Para reafirmar ello, añade:

la sanción penal se orienta tanto al pasado como al futuro. La sanción penal es la respuesta correctora al quebrantamiento de una norma indispensable para nuestra vida en sociedad; pero no es un mero ejercicio *l'art pour l'art*, sino un suceso que pretende asegurar la fuerza de la norma en el futuro. (Hassemer, 1999, p. 112)

En esta finalidad ulterior, esto es, el aseguramiento de la fuerza de la norma en el futuro, reside el sustento de la imposición de la sanción penal.

Así, entender la imposición de la pena desde su fin preventivo, supone, señala Hassemer, asumir, también, algunas consecuencias positivas, entre ellas se incluye el hecho que, “La justicia penal es la justicia del caso concreto. La culpabilidad se atribuye de forma individualizada y va indisolublemente unida a la persona del delincuente y a sus peculiaridades”; a lo que agrega, “tanto en la

medición como en la ejecución, la pena debe ajustarse a ellos.”
(Hassemer, 1999, p. 112)

Sin embargo, ello no implica el apartamiento de la propuesta legislativa en torno a la pena legal, por cuanto, la imposición de la sanción penal supone cierta previsión. Sin embargo, sí queremos sugerir que la propuesta de Hassemer guarda un mensaje político criminal importante, y es que, cuando de imponer una sanción penal se trata, importa más la finalidad de la pena y el cumplimiento de la misma, que la naturaleza que la circunda.

De allí que, Reynoso Dávila, apueste por afirmar que, para la individualización judicial de la pena, los juzgadores –operadores jurídicos a cargo de ello– “deberían poseer una especial preparación profesional no solo jurídica, sino también psicológica y sociológica que les permita conocer la personalidad de los delincuentes.” (1996, p. 41)

Sin ánimo de pretender sugerir una reforma respecto a la preparación profesional de nuestros jueces, podemos interpretar lo señalado por Reynoso Dávila, en el sentido que, la imposición de la sanción penal, no solo supone el conocimiento del marco legal de la rodea, sino que, precisa de otros aspectos subyacentes que, aun cuando no supongan taxatividad o previsibilidad, sí son importantes al momento de la determinación judicial de la pena. Y es que, también coincide en señalar que en la fase judicial el Estado procura el restablecimiento del imperio del Derecho.

De otro lado, es preciso recordar que la función político criminal del principio de culpabilidad es limitar la injerencia del Estado en el individuo, que sirve incluso para defenderle de los excesos que vengan aparejados a la procura de alcanzar la prevención general y especial (Feijoo Sánchez, 2007, p. 245). Empero, ello implica asumir que, en casos excepcionales, por una cuestión de prevención especial, la pena deba ser inferior a la que correspondería imponer atendiendo al principio de legalidad.

Esta es una postura, asumida por Frisch, citado por Feijoo Sánchez (2007, p. 246), quien asume dicha posibilidad, aunque de modo excepcional y precisa que “se debe hacer uso de ella en casos en los que es altamente probable el peligro de destrozarse la personalidad del condenado a pesar de imponerse el límite inferior de pena adecuada a la culpabilidad.” En igual sentido, Demetrio Crespo, citado por el mismo autor (2007, p. 246), quien considera que:

De lege lata, no existe más límite inferior que el establecido por el principio de legalidad, aunque entiende que solo como propuesta de lege ferenda, podría sostenerse el postulado político criminal de que, con carácter general, siempre que el juez considere que la pena a imponer va a producir efectos desocializadores en el reo debe no aplicarla o en todo caso sustituirla.

De otro lado Luzón Peña, también citado por Feijoo Sánchez (2007, p. 246), estima que una atenuante cualificada –o atenuante analógica muy cualificada como la denomina–podría propiciar o justificar el descender del límite mínimo establecido por el marco penal correspondiente.

Y es que, “Nadie puede ser penado por encima de su culpabilidad, ni más de lo que es preventivamente necesario” (Feijoo Sánchez, 2007, p. 246)

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1. FORMA DE CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1.1. Precisiones sobre la forma de contrastación de la hipótesis

Dada la naturaleza de la presente investigación (dogmática) resulta necesario efectuar algunas precisiones en torno la forma de contrastación de la hipótesis.

Como se advierte del desarrollo teórico planteado, para determinar los principales criterios jurídicos que sustentan la imposición de una pena por debajo del marco penal abstracto previsto en la ley penal, cuando no concurren circunstancias atenuantes privilegiadas, fue necesario ejecutar lo siguiente: a) desarrollar y explicar los criterios de determinación judicial de la pena; b) identificar y desarrollar las circunstancias atenuantes privilegiadas; c) desarrollar y analizar los principios de dignidad humana y debido proceso y cómo deben influir en la determinación judicial de la pena; d) analizar la incidencia e importancia del principio de necesidad de pena en la determinación judicial de la misma; lo cual ha sido satisfecho.

Ello, ha permitido determinar si la hipótesis planteada ha sido contrastada, positiva o negativamente, con base, claro está, en la parte doctrinaria desarrollada y cuyos parámetros o lineamientos han constituido, precisamente, los objetivos específicos antes descritos.

Existe un predominante planteamiento iusfilosófico, arraigado en el sistema jurídico peruano con base en un Estado Legal de Derecho, el cual es, el positivismo jurídico que, “rehúsa a responder a la cuestión de la justificación de la validez del derecho positivo por referencia a otro orden normativo, que sea diferente al derecho positivo y superior a él. No reconoce sino un derecho, el derecho positivo” (Kelsen, 1996, p. 441)⁵⁶; como tal, la determinación de la pena concreta debe responder a la aplicación de la ley positiva; así, supone determinar la pena concreta teniendo en cuenta el procedimiento establecido en el Código Penal y el marco punitivo que la ley penal establece.

Sin embargo, no se puede descartar que la determinación judicial de la pena se encuentre dotada de aspectos valorativos que permitan apartarse del marco punitivo establecido en la ley penal y, no por ello, signifique un completo apartamiento del positivismo jurídico como corriente filosófica dominante en el ámbito penal.

Este planteamiento, genera discusión en la dogmática penal, pero no ha sido ajeno en la intervención jurisdiccional. Por ello, resulta importante cuestionar las consecuencias de asumir una u otra posición iusfilosófica; así como uno u otro planteamiento doctrinario empleado para justificar la imposición de penas. Ello tiene que ver con la forma de contrastar la hipótesis formulada.

⁵⁶ “El derecho positivo es un orden coercitivo, en el cual las normas son creadas por actos de voluntad de seres humanos; es decir, creadas por vía legislativa, judicial, administrativa o por costumbres constituidas por actos de seres humanos. Como las normas del derecho positivo son creadas por actos de voluntad de seres humanos, ellas pueden ser modificadas arbitrariamente, y son diferentes según las épocas y según los pueblos.” (Kelsen, 1996, p. 439)

En tal contexto, respecto a la forma de contrastación de nuestra hipótesis, aclaramos lo siguiente:

a) La elección de la hipótesis se ha hecho teniendo en cuenta los efectos teóricos y prácticos o las consecuencias que acarrea asumir tal o cual criterio de interpretación⁵⁷, para el presente caso, en torno a la concepción filosófica que influye la determinación judicial de la pena, así como los planteamientos que la jurisprudencia ha desarrollado en torno a la misma; y b) luego en la discusión de los argumentos existentes en torno al tema, se han brindado razones, a favor o en contra, no solo con base en las consecuencias prácticas de asumir un postura, sino tomando como punto de partida argumentos doctrinales y jurisprudenciales, así como el texto de la ley.

3.1.2. Procedimiento de contrastación de la hipótesis

Para la contrastación de la hipótesis formulada se ha estimado conveniente someter a prueba los argumentos doctrinales y jurisprudenciales existentes en torno a la determinación judicial de la pena.

⁵⁷ Esta forma de proceder y razonar, que utilizamos para contrastar la hipótesis, se basa en el consejo 8 desarrollado por el profesor Manuel Atienza (2008), en su trabajo titulado: "Diez consejos para escribir un buen trabajo de dogmática", el cual expresa:

"8. No obstante, muchos pseudoproblemas –especialmente, si han sido con asiduidad objeto de reflexión dogmática– pueden esconder un problema genuino que se pone al descubierto cuando se lo objeta desde el ángulo adecuado. Por ejemplo, cuando lo que esté en cuestión sea la 'naturaleza jurídica' de la institución X, no enfoque el problema como si se tratara de descubrir la 'verdadera esencia' de X. Por el contrario, comience por indagar qué consecuencias tendría el que a X se le califique de Y o de Z, luego trate de justificar por qué es preferible un tipo de consecuencias a otro. Cuando haya hecho esto último, habrá resuelto ya el problema de la naturaleza jurídica de X".

De un lado, la concepción iuspositivista como corriente dominante; y, la postura propuesta, que se basa en la incorporación de criterios valorativos constitucionales en la determinación de la pena concreta, que implica asumir que el constitucionalismo positivista sería la corriente iusfilosófica que más se condice con el respeto por los derechos fundamentales y principios constitucionales. Para lo cual se ha tenido en cuenta los criterios plasmados y detallados en el planteamiento del problema y en el marco teórico; ello con la finalidad de optar por la posición menos refutable y más adecuada o coherente desde el punto de vista iusfilosófico y constitucional, y que explique y fundamente de manera integral la necesidad de la incorporación de aspectos valorativos o no en la determinación de la pena concreta.

De otro lado, se han puesto a prueba los argumentos que, en el ámbito jurisdiccional se han desarrollado en torno a la determinación judicial de la pena, pero limitado a un seleccionado grupo de casos que han sido de interés en la investigación. en tal sentido el procedimiento de contrastación de hipótesis es el siguiente:

- a) En primer lugar, se ha partido de casos tipo, respecto de los cuales se ha analizado la manera en cómo se presenta el problema y a qué criterios jurídicos se han remitido para resolver la pretensión penal que cada caso expone.

Déjese en claro, que al tratarse de una investigación cualitativa estos casos tipo no constituyen muestra en la investigación, sino que serán utilizados para describir la forma en que se trata el

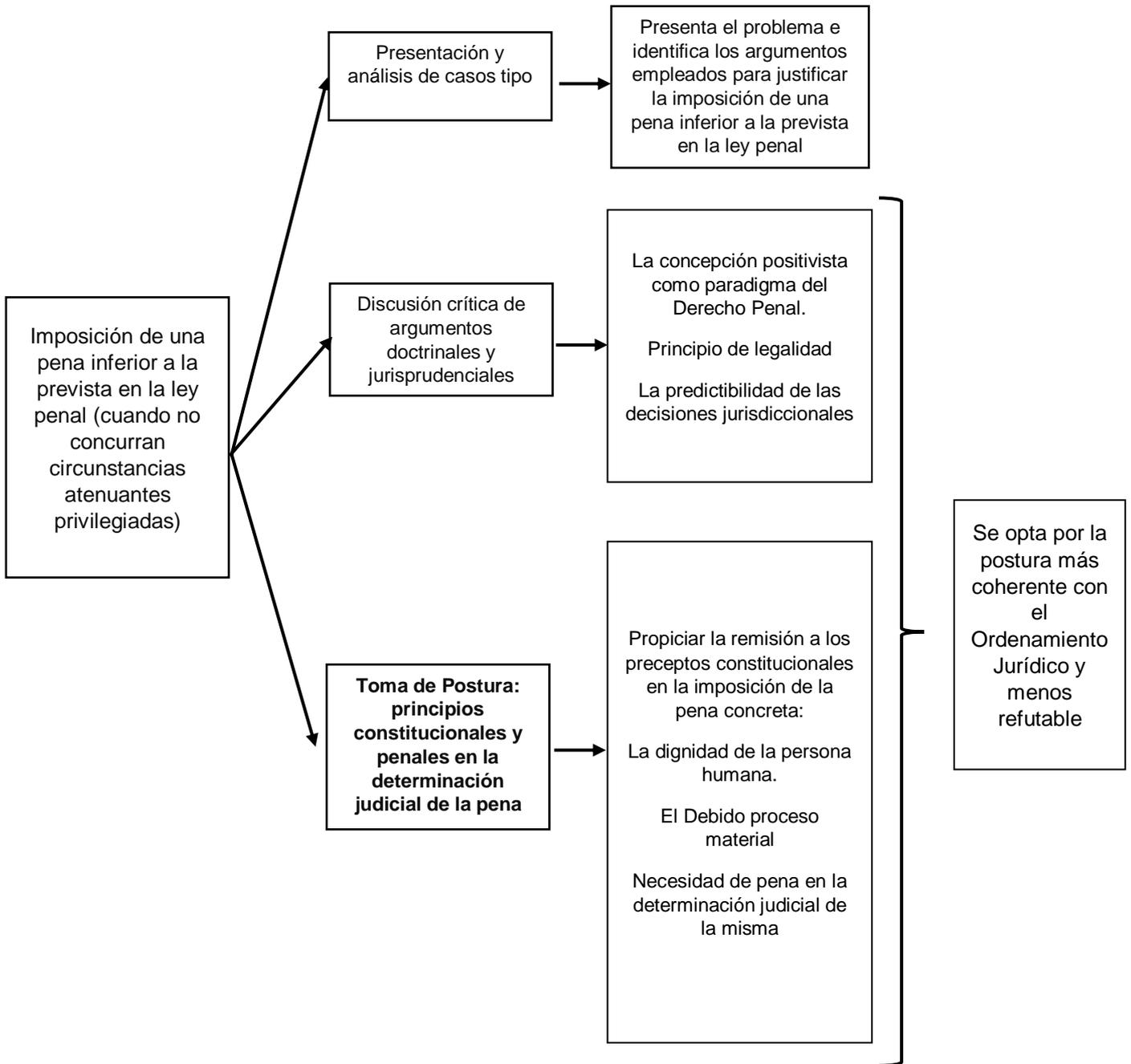
problema e identificar la razón de porqué es mejor la incorporación de principios constitucionales en la determinación de la pena y con ello la posibilidad de imponer una pena menor a la prevista en la ley penal.

- b)** En segundo lugar, se han discutido críticamente los argumentos doctrinales - filosóficos y jurisprudenciales, considerados relevantes para la presente investigación; así, se han cuestionado, de un lado, la prevalencia de la concepción positivista excluyente y cómo desde este punto de vista no se satisface la protección de los derechos del procesado y, de otro, el principio de interés superior del niño como argumento central, empleado en la jurisprudencia, para imponer una pena inferior a la prevista en la ley penal, cuando no concurren circunstancias atenuantes privilegiadas. Este último argumento es el extraído de los casos tipo planteados.

- c)** En tercer lugar, se ha asumido una posición en torno a los criterios jurídicos y filosóficos que deben prevalecer en la determinación de la pena concreta. En esta parte de la contratación propiciamos la remisión a los preceptos constitucionales en la determinación e imposición de la misma; así pues, se han destacado los argumentos por los cuales resulta ser la propuesta de la tesis la solución integral al problema planteado, incidiendo en cuestiones teóricas y prácticas que refuerzan la asunción de tal postura.

Con ello culmina el procedimiento de contratación de la hipótesis; sin embargo, la tesis propuesta no ha pretendido concluir su aporte en la identificación de los principales criterios jurídicos que sustentan la imposición de una pena por debajo del marco penal abstracto previsto en la ley penal, cuando no concurren circunstancias atenuantes privilegiadas; sino en buscar una alternativa de solución al problema detectado, y proporcionar una propuesta de interpretación y argumentación, que es la propuesta teórica a la cual se ha arribado en la presente investigación, esto es, la aplicación de criterios valorativos constitucionales en la determinación judicial de la pena.

Gráfico 1. Procedimiento de contrastación de hipótesis



Fuente: Elaboración propia.

3.2. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

En el marco teórico de la presente tesis se desarrolló lo concerniente a los criterios de determinación judicial de la pena, las circunstancias atenuantes privilegiadas, la dignidad humana, el debido proceso material y el principio de necesidad de pena en la determinación judicial de la misma. Todo ello útil para contrastar la hipótesis formulada.

Pero, primero, tal como se describió en el acápite que antecede, es preciso identificar el problema planteado para observar la manera en que se presenta en el ámbito jurídico y cómo influye en el desarrollo de la presente investigación; así como identificar los argumentos jurisprudenciales que justifican la imposición de una pena inferior a la prevista en la ley penal. Para ello es indispensable partir de casos tipo.

Luego –reiterando lo precisado en el acápite relacionado a las precisiones sobre la forma de contrastación de hipótesis– los casos tipo no constituyen muestra en la investigación, sino que sirven para presentar el problema planteado, y con ello identificar la manera en que ciertas situaciones jurídicas influyen en la determinación judicial de la pena, apartándose un poco del marco penal abstracto previsto en la ley penal.

También, han permitido identificar los argumentos que han servido, en el ámbito jurisdiccional, para acoger dicha práctica, los mismos que serán analizados y cuestionados en la contrastación de la hipótesis planteada.

Además, los casos tipo, han permitido identificar las razones por las cuales es viable imponer una pena por debajo del marco penal abstracto previsto

en la ley penal y complementar abandonar la concepción positivista que predomina en el ámbito jurídico penal, con un enfoque constitucional.

Tal importancia para la contrastación, precisa y justifica el desarrollo de los casos tipo en el presente acápite.

3.2.1. Presentación y análisis de casos tipo

A. Casos tipo

Su presentación en los subsiguientes párrafos se ha determinado de acuerdo a la fecha en que fueron emitidas cada una de las resoluciones seleccionadas como tal.

a. Casación N.° 2073-2019 – Lambayeque, delito de Tenencia ilegal de municiones (ver anexo 1)

En el presente caso, se tiene la Sentencia de Casación N.° 2073-2019, de fecha 07 de diciembre de 2021, emitida por la Sala Penal Transitoria de Lambayeque

Los hechos a que se contrae el presente caso, consisten en que, el día 10 de mayo de 2017 a las 17:50 horas aproximadamente personal policial del Departamento de Escuadrón Verde de Chiclayo, con participación de la Fiscalía Especializada de Tráfico Ilícito de Drogas de la Ciudad de Chiclayo, contando con el amparo legal de la Resolución Judicial N.° Uno (04147-2017-33-1706-JR-PE-04) expedida por el juez del Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria,

se procedió a ingresar al interior del inmueble ubicado en la av. El Ejército N.º 524 del Pueblo Joven 9 de octubre de esta ciudad, en el cual se encontró en el primer ambiente, utilizado como comedor, a la persona de Alex Velásquez Carrasco, a quien –al efectuarse el registro personal– se le encontró entre otros: una munición calibre 380, la misma que procedió a incautar; de ello se dejó constancia en el acta de registro personal e incautación.

Esta conducta fue calificada como delito de Tenencia ilegal de municiones, previsto en el artículo 279-G del Código Penal, cuya pena abstracta, para el caso concreto, es no menor de seis ni mayor de diez años.⁵⁸

Con motivo de dicha imputación, a Alex Velásquez Carrasco, se le condenó, en primera instancia, a seis años de pena privativa de libertad, inhabilitación consistente en la incapacidad para obtener licencia para arma de fuego y se fijó en mil quinientos soles el monto de la reparación civil a favor de la parte agraviada (el Estado). Sentencia contra la cual, el sentenciado, formuló recurso de apelación; y la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, mediante Sentencia de vista de fecha 24 de octubre de 2019 confirmó la sentencia de primera instancia en todos sus extremos.

⁵⁸ Teniendo en cuenta la ley penal vigente al momento de la comisión del hecho delictivo.

Posteriormente, el sentenciado Alex Velásquez Carrasco, mediante escrito de fecha 11 de noviembre de 2019, interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista antes señalada; habiéndose concedido el recurso de casación para desarrollo de doctrina jurisprudencial.

La Corte Suprema de Justicia de la República, como punto de partida para el análisis del caso, y haciendo especial referencia al principio de lesividad que está reconocido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, por el cual la imposición de la sanción penal requiere que la conducta haya lesionado o puesto en peligro el bien jurídico protegido, resaltó que en un plano conceptual ello no propicia ningún cuestionamiento; sin embargo, sí existe problemática ante la existencia de incompatibilidad con la forma en que se tipifican los delitos de peligro abstracto, concluyendo que la estructura típica del peligro abstracto no supone la vulneración al principio de lesividad.

Luego, mencionó que, en la actualidad, la mera producción causal del hecho no es suficiente para establecer la responsabilidad penal, sino que se precisará del análisis de las circunstancias del caso.

Por ello, en atención al principio de culpabilidad, las penas a imponer no deberán sobrepasar la medida de la culpabilidad. Asimismo, en virtud al principio de proporcionalidad deberá

rechazarse la imposición de penas que carezcan de valoración con el hecho cometido, debiendo estimarse en esta valoración la gravedad del injusto y la de la pena.

Siendo así, la Corte Suprema no condujo el análisis del caso propiamente hacia su configuración típica, antes bien, señaló que, la peligrosidad de la tenencia ilegal de municiones ya fue establecida por el legislador al momento de tipificar como delito esta conducta, independientemente de la valoración individual que pueda darle cada ciudadano. Por ende, no es posible cuestionar la tipicidad del comportamiento atribuido al imputado.

Sin embargo, sí consideró que el haber impuesto una pena de seis años al imputado, por haberse encontrado en posesión de una sola munición, es evidentemente desproporcional y destacó la incoherencia sistemática que se refleja en el hecho que la pena básica en el delito de tenencia ilegal de municiones tiene una pena privativa de libertad conminada no menor de seis ni mayor de diez años; mientras que, dicha pena es mucho mayor a la que podría imponerse cuando se cause lesiones leves con la utilización de un arma —literal g del numeral 3 del artículo 122 del Código Penal—, sancionado con privación de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Por ello, a consideración de la Corte Suprema, seguir formalista e irreflexivamente solo el criterio legalista para la imposición de

la pena, nos llevaría a una situación de carencia de tutela efectiva e inexistencia de justicia material por error obvio del legislador. Y resaltó que, al momento de determinarse la pena impuesta a Alex Velásquez Carrasco, no se tuvo en cuenta la existencia de tal desproporcionalidad normativa –tampoco factores específicos en torno a la gravedad del comportamiento (la posesión de una sola munición)– y el principio de culpabilidad en su dimensión referida a la medida de la pena, careciendo de razonabilidad y debiendo propiciarse su reducción.

Para tal efecto, el Supremo Tribunal, estimó que la pena concreta a imponerse a Alex Velásquez Carrasco debe ser tres años de pena privativa de libertad, que se ajusta al extremo mínimo de la pena que se impondría en supuesto de haberse causado lesiones leves con la utilización de un arma. Además de ello, tuvo en cuenta que, el sentenciado ya venía cumpliendo la pena impuesta habiendo ya transcurrido un año, cinco meses y veintiséis días de su condena, por lo que tuvo por compurgada la pena por ese periodo, restando por cumplir un año, seis meses y cuatro días; estando en ese punto, consideró viable la conversión de la pena privativa de libertad pendiente de cumplir por prestación de servicios a la comunidad.

Como consecuencia, la Corte Suprema de Justicia de la República, declaró fundado en parte el recurso de casación interpuesto por el sentenciado Alex Velásquez Carrasco, Casó la sentencia de vista que confirmó la sentencia de primera instancia en el extremo que impuso a Alex Velásquez Carrasco seis años de pena privativa de libertad, por el delito de tenencia ilegal de municiones; revocó la referida pena y reformándola le impuso tres años de pena privativa de libertad; además declaró compurgada la pena de un año, cinco meses y veintiséis días y convirtió un año, seis meses y cuatro días de pena privativa de libertad a la pena de 78 jornadas de prestación de servicios a la comunidad.

b. Sentencia condenatoria anticipada - Exp. N.º 00556-2015-1-0601-JR-PE-03, delito de Tenencia ilegal de arma de fuego (ver anexo 2)

Se trata de la Resolución número Dos, de fecha primero de agosto de dos mil dieciséis, que contiene la Sentencia condenatoria anticipada, emitida por el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en el Exp. N.º 00556-2015-1-0601-JR-PE-03.

Los hechos a que se contrae el presente caso, consisten en que, el veinticinco de diciembre de dos mil catorce, miembros de la Policía Nacional del Perú, intervinieron a José Santos Vásquez Vásquez, en la primera cuadra del Jr. República de la

ciudad de Cajamarca, encontrando en su posesión (en la manga izquierda de su casaca de cuero) un arma de fuego hechiza, con cache de madera rota, en regular estado de conservación y normal funcionamiento; ello luego de que se tomara conocimiento de una gresca suscitada entre el intervenido y sus amigos y otro grupo de personas cuando se encontraban libando licor; siendo que, la Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil, informó que, José Santos Vásquez Vásquez, no contaba con licencia para portar armas de fuego. Conducta calificada como delito contra la Seguridad pública, en la modalidad de Tenencia ilegal de arma de fuego, tipificado en el artículo doscientos setenta y nueve del Código Penal, cuya pena abstracta, para el caso concreto, es de no menor de seis ni mayor de quince años.⁵⁹

La Fiscal del caso, propuso que la pena a imponerse sea de cuatro años y nueve meses, con lo cual la defensa estuvo de acuerdo; siendo que, aplicando la reducción premial de una sexta parte por acogimiento al proceso de terminación anticipada, la pena concreta sería de tres años, once meses y quince días, extensión temporal que supone el carácter suspendido de la pena; además, la condición de cumplimiento de ciertas reglas de conducta, la inhabilitación que corresponda y el pago de una reparación civil ascendente a mil soles, a favor

⁵⁹ Teniendo en cuenta la ley penal vigente al momento de la comisión del hecho delictivo.

del Estado, representado por la Procuraduría Pública del Ministerio del Interior.

Para ello, la Fiscal argumentó que, debe tenerse en cuenta los principios de humanidad y proporcionalidad de las penas “porque las sanciones penales deben cumplir con exigencias mínimas de certeza y razonabilidad que aseguren una penalidad justa y equilibrada para cada tipo de delito” (considerando sétimo); también, indicó que para ello se debería analizar que no se trata de un delincuente peligroso que requiera tratamiento penitenciario en carcelería, que desconoce el uso de armas y que no ha realizado ningún disparo.

En el control judicial, el Juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca –incidiendo en que el examen de legalidad de este extremo del acuerdo no puede hacerse solo acudiendo a las disposiciones legales de tipo penal y procesal penal– argumentó: **i)** para el caso concreto una pena con carácter efectivo es desproporcionada y lesiva del principio de respeto a la dignidad de la persona humana; **ii)** el principio de proporcionalidad es un principio general del derechos expresamente positivizada, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho, no solo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de

justicia material, esto es, que obedezcan a una adecuada proporción entre el delito y la pena; por ello considera que la pena propuesta es un “acto de real defensa de la persona humana ante el riesgo de imposición de una pena que por desproporcionada, no corresponde al caso, pues excede la responsabilidad de la persona por el hecho e implicaría una inequidad material” (considerando décimo primero); **iii)** el análisis debe hacerse sobre la base del examen de la conducta del procesado contra aquellas que han determinado el incremento de la pena para esta clase de delitos, pues si los motivos que influyeron en las modificaciones en incremento de la pena, no comprenden la conducta del procesado, puede decirse que el juicio de reproche social (antijuridicidad) por el comportamiento de este último no es aquel que explica y exige la imposición de la pena incrementada actualmente vigente. (considerando décimo tercero)

En virtud de ello, el Juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, aprobó el acuerdo de terminación anticipada del proceso, alcanzado entre la Fiscal del caso y el imputado José Santos Vásquez Vásquez y su defensa técnica; y, condenó al mismo a tres años, once meses y quince días de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de dos años, además del cumplimiento de reglas de conducta y el pago de la reparación civil, según acuerdo.

c. Recurso de nulidad N.º 3495-2015 – Ancash, delito de Violación sexual de menor de edad (ver anexo 3)

En el presente caso, se tiene la ejecutoria emitida en Recurso de Nulidad N.º 3495-2015 - Ancash, de fecha dieciséis de marzo de dos mil diecisiete, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Los hechos a que se contrae el presente caso, consisten en que, Eduardo Sener Chauca Paucar, de veintidós años de edad, habría accedió carnalmente a la menor de iniciales K.R.M.L, de trece años de edad, habiendo procreado una hija; hechos acaecidos en un ambiente descampado ubicado en el centro poblado de Wilcahuain, distrito de Independencia, provincia de Huaraz, departamento de Áncash. Conducta que constituye delito contra la Indemnidad sexual, en la modalidad de Violación sexual de menor de edad, tipificado en el artículo ciento setenta y tres del Código Penal, cuya pena abstracta, para el caso concreto, es no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco años.⁶⁰

Con motivo de dicha imputación, a Eduardo Sener Chauca Paucar, se le impuso cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, sujeto al cumplimiento de determinadas reglas de conducta y al pago de una reparación civil ascendente a mil soles. Sentencia contra

⁶⁰ Teniendo en cuenta la ley penal vigente al momento de la comisión del hecho delictivo.

la cual, tanto la defensa técnica del sentenciado como el representante del Ministerio Público, formularon recursos de nulidad argumentando los siguiente:

El primero, alegó que concurre un error de tipo, en tanto el imputado creía que la menor agraviada tenía catorce años de edad, además que, ambos guardan una relación de convivencia; por lo que debería ser absuelto. El segundo, argumentó que, no se ha determinado la pena impuesta de acuerdo al sistema de tercios previsto en el ordenamiento jurídico penal y que no se ha acreditado que tanto la agraviada como el sentenciado conviven; además que, en caso de estimarse la concurrencia de un error de tipo este sería vencible, lo que implica la atenuación de la pena, la cual debería ser prudencial mas no desproporcionada, hasta límites inferiores que afecten el principio de legalidad.

Para dar respuesta a los recursos formulados, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República ha argumentado que: los hechos se desarrollaron bajo circunstancias especiales, a saber: **i)** a formular la denuncia acudió tanto la madre de la menor agraviada como el propio sentenciado, lo cual no es común; **ii)** tanto agraviada como sentenciado han sido enamorados y las relaciones sexuales han sido consentidas, esto es, no ha mediado amenaza o coacción; siendo que, el último mencionado tras tomar

conocimiento de que aquella se encontraba en estado de gestación manifestó su intención de asumir la responsabilidad que ello implicaba; **iii)** la relación sentimental se mantuvo, en tanto, a fecha de la emisión de la resolución, ambos convivían, pues tenían una hija. Además, como argumento central se indicó que:

las normas están concebidas en función de las necesidades de las personas y para propiciar condiciones de convivencia social idónea, por tanto determinar que la norma origine conflictos ahí donde la autocomposición de las partes determina un statu quo estable y en armonía, resulta siendo una interpretación normativa sin contenido que solo rescata la formalidad de la validez de la ley (...) el Derecho Penal tiene que aplicarse desde un perspectiva humana (...) siendo ello causa suficiente para disminuir la pena a límites inferiores al mínimo legal. (fundamento diez)

Además, sustenta su decisión en la edad próxima del sentenciado, pues tenía veintidós años de edad, y en el interés superior del niño, dado que habrían procreado una hija producto de las relaciones sexuales sostenidas; sumado a la carencia de antecedentes penales, el lugar de residencia de (centro poblado de Wilcahuain) y su ocupación (obrero).

En virtud de ello, la Sala Permanente de la Corte Suprema de la República, declaró no haber nulidad en la sentencia expedida por la Sala Penal Liquidadora Permanente de Huaraz, que condenó a Eduardo Sener Chauca Paucar a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución, como ya se mencionó anteriormente.

d. Recurso de nulidad N.º 761-2018 – Apurímac, delito de Violación sexual de menor de edad (ver anexo 4)

En el presente caso, se tiene la Resolución emitida en Recurso de Nulidad N.º 761-2018 - Apurímac, de fecha veintiocho de mayo de dos mil dieciocho, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Los hechos a que se contrae el presente caso, consisten en que, en abril de dos mil trece, Roel López Huamán, de veintiún años de edad, habría accedió carnalmente a la menor de iniciales A.C.P, de trece años de edad, habiendo procreado un hijo; hechos acaecidos en la habitación del sentenciado, ubicado en la Asociación Daniel Alcides Carrión sin número, del sector Condebamba, departamento de Apurímac. Conducta que constituye delito contra la Indemnidad sexual, en la modalidad de Violación sexual de menor de edad, tipificado en el artículo 173 del Código Penal, cuya pena abstracta, para el caso concreto, es de no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco años.⁶¹

Con motivo de dicha imputación, a Roel López Huamán, se le impuso siete años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como al pago de una reparación civil ascendente a mil soles. Sentencia contra la cual, el

⁶¹ Teniendo en cuenta la ley penal vigente al momento de la comisión del hecho delictivo.

sentenciado, formuló recurso de nulidad argumentando los siguiente:

Que no se tuvo en cuenta el interés superior del niño, pues con la agraviada tiene dos hijos y una relación de convivencia estable; que la pericia psicológica concluyó que no padece de indicador de psicopatología; que la agraviada refirió que las relaciones sexuales sostenidas fueron consentidas porque eran enamorados.

Para dar respuesta al recurso formulado, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República – haciendo hincapié en que es la medición de la pena la que es objeto del pronunciamiento– ha argumentado que: **i)** se deben tomar en cuenta los criterios de fundamentación y determinación de la pena que prevé el artículo cuarenta y cinco del Código Penal; así, en relación a los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependa, indicó que “es especialmente relevante que imputado ya forman una efectiva unidad familiar y que tienen dos hijos menores de edad, que están bajo la dependencia económica del primero” (fundamento dos); **ii)** prima el principio del derecho del niño que importa que, cuando sus derechos está comprometidos debe tomarse en cuenta sus intereses superiores.

El superior interés del niño, en tanto la pena privativa de libertad efectiva afecta la unidad familiar y reprime a quien lo mantiene y protege (...) se erige, por consiguiente, en una causal de disminución de la

punibilidad supra legal (...) esta exigencia convencional no puede obviarse desde el Derecho Penal, por lo que debe ser aplicada precisamente en este ámbito de medición de la pena.

A lo que sumó la consideración de que se trataba de una persona joven, trabajadora, que mantiene a su familia y que no tiene antecedentes, lo que hace pertinente suspender la ejecución de la pena.

En virtud de ello, la Sala Permanente de la Corte Suprema declaró no haber nulidad en la sentencia, de fecha veintiocho de diciembre de dos mil diecisiete, en cuanto a la condena de Roel López Huamán como autor del delito de violación sexual de menor de edad, que le impuso siete años de pena privativa de libertad y reformándola, le impusieron cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución.

e. Sentencia contenida en la Resolución número Seis, emitida en el Exp. N.º 01879-2017-1-0601-JR-PE-05, delito de Violación sexual de menor de edad (ver anexo 5)

En el presente caso, se tiene la Resolución número Seis, de fecha quince de agosto de dos mil diecinueve, emitida por el Juzgado Penal Colegiado Supra-Provincial de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en el Exp. N.º 01879-2017-1-0601-JR-PE-05.

Los hechos a que se contrae el presente caso, consisten en que, desde el mes de setiembre de dos mil dieciséis y en

diferentes ocasiones, Elmer Adán Saldaña Guarniz, de veintiséis años de edad, habría accedió carnalmente a la menor de iniciales P.L.S.C., de doce años y siete meses de edad, habiendo procreado, meses después, un hijo; hechos acaecidos en el caserío Lucma Palo Blanco del distrito de La Asunción, departamento de Cajamarca. Conducta que constituye delito contra la Indemnidad sexual, en la modalidad de Violación sexual de menor de edad, tipificado en el numeral dos del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, cuya pena abstracta, para el caso concreto, es de no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco años.⁶²

Tras el requerimiento del representante del Ministerio Público de imponer al acusado treinta años de pena privativa de libertad efectiva, la defensa del mismo argumentó la concurrencia de un error de comprensión culturalmente condicionado, en tanto, las relaciones sexuales sostenidas entre acusado y agraviada, fueron voluntarias y con el consentimiento de la familia de ambos, habiendo procreado un hijo; además que, en la zona donde habitan –caserío Lucma Palo Blanco del distrito de La Asunción, departamento de Cajamarca– las relaciones sexuales entre las parejas y constitución de sus familias inician a temprana edad, es decir, doce o trece años de edad (aspecto sostenido tanto por el acusado como por la agraviada durante sus declaraciones en

⁶² Teniendo en cuenta la ley penal vigente al momento de la comisión del hecho delictivo.

juicio oral⁶³). Además, invoca los derechos de la familia reconocidos en la Constitución y el interés superior del niño.

Como parte de la audiencia de juicio oral, se consideró el mérito probatorio de los exámenes periciales a los peritos psicólogos; siendo que, respecto del acusado, se afirmó entre otros aspectos que, es “una persona que sabe controlar sus impulsos sexuales, no tiene impulsos de agresividad”; y respecto de la agraviada, que “no se evidencian indicadores de afectación psicológica compatible a hechos materia de investigación” (fundamentos 8.2.1. y 8.2.2.); así como del perito antropólogo que indicó que “la edad de inicio sexual en la zona sería alrededor de los trece años (...) la comunidad donde vive el acusado acepta su unión con la agraviada y no ve ello como delito” (fundamento 8.2.3.)

El Juzgado Penal Colegiado Supra-Provincial de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, estimó que la conducta atribuida al acusado Elmer Adán Saldaña Guarniz supera los juicios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; por lo que procedió a determinar de individualizar la pena a imponer.

En virtud de ello, dicho Juzgado, valoró: **i)** que las relaciones sexuales se sostuvieron de modo consentido; **ii)** la ausencia de afectación psicológica en la agraviada; **iii)** el acusado es el

⁶³ Referencia dada, también, por el testigo Agustín Saldaña Mendoza (abuelo de la menor agraviada).

único que asume la responsabilidad económica del hogar; **iv)** tanto agraviada como imputado han constituido una efectiva unidad familiar e invocó el interés superior del niño como criterio fundamental en el análisis del presente caso, remitiéndose a elementos para su determinación y aplicación, siendo estos “la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, al cuidado, protección, desarrollo y seguridad de la niña, niño o adolescente, así como a la situación de vulnerabilidad de éstos.” (fundamento 10.5.)

Con ello concluyó que una pena privativa de libertad efectiva para el acusado “bien podría afectar el interés superior del niño (...) además afectaría la unidad familiar (...) y según la pericia antropológica es esta la edad en la cual las personas que viven en la comunidad (...) inician sus relaciones sexuales” (fundamento 10.5.); por lo que, al acusado le corresponde una pena privativa de libertad con el carácter de suspendida.

Así pues, el Juzgado Penal Colegiado Supra-Provincial de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca condenó a Elmer Adán Saldaña Guarniz, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución, por un periodo de prueba de tres años, además del cumplimiento de determinadas reglas de conducta, así como al pago de una reparación civil ascendente a quinientos soles, a favor de la agraviada.

B. Análisis de los casos tipo

Ahora bien, de los casos tipo presentados, es posible advertir factores comunes en la fundamentación; así, por ejemplo, se han remitido a argumentos como la dignidad de la persona humana, los principios de proporcionalidad, culpabilidad y de resocialización, y el interés superior del niño y, por supuesto, las circunstancias especiales que rodearon cada caso en concreto.

Así, la elección del caso, como exigente de una pena excepcional, inferior a la prevista en la ley penal, se ha hecho en función de estas características especiales que circundan el hecho imputado, así como al agente; se tiene:

a) En la casación descrita en el literal a. del acápite que antecede, se consideró la gravedad del comportamiento, esto es, que al agente se le encontró posesión de una sola munición, así como la desproporcionalidad de la pena que se había impuesto al imputado, en tanto esta no guardaba coherencia con la prevista para las lesiones leves provocadas con la utilización de un arma.

b) En la Resolución descrita en el literal c., se consideró el hecho que a formular la denuncia acudió tanto la madre de la menor agraviada como el propio imputado; tanto agraviada como sentenciado han sido enamorados y que, la relación sentimental se mantuvo, en tanto, a fecha de la emisión de la resolución, ambos convivían, pues tenían una hija.

c) en la resolución descrita en el literal d., se tuvo en cuenta que existe una relación estable entre autor y víctima; que la pericia psicológica concluyó que no padece de indicador de psicopatología; que la agraviada refirió que eran enamorados.

d) en la Sentencia descrita en el literal e., se consideró que las relaciones sexuales se sostuvieron de modo consentido; la ausencia de afectación psicológica en la agraviada; que el acusado es el único que asume la responsabilidad económica del hogar; tanto agraviada como imputado han constituido una efectiva unidad familiar.

Como se puede evidenciar, la selección de los casos como exigentes de un análisis especial, que desemboque en la imposición de una pena inferior a la prevista en la ley penal, se ha realizado a través de la valoración de las circunstancias que rodearon el hecho o al agente, pero estos mismos han sido utilizados para la solución del caso, aun siendo poco uniformes; además, tomar como fundamento para justificar la reducción de la pena legal, el que el imputado acompañó a formular la denuncia, resulta más bien, en un criterio poco objetivo.

También, advertimos que estos criterios tomados en cuenta para imponer una pena por debajo del marco penal abstracto previsto en la ley penal, tienen un solo origen que es la Constitución y los valores subyacentes a esta, que se encuentran en los derechos fundamentales como proyecciones de la dignidad humana.

Luego, estos valores, necesariamente, deben informar el ordenamiento jurídico penal, en tanto la Constitución es la norma fundamental del sistema jurídico; así pues, la Constitución tiene una fuerza vinculante capaz de condicionar cada subsistema jurídico y, someter sus planteamientos, regulaciones y decisiones, a aquellas reglas fundamentales que la Constitución contiene.

Pero ello nos coloca frente a un conflicto mayor, que para el Derecho Penal resulta casi insostenible, y es el hecho que: el juzgador deba apartarse del principio de legalidad, para imponer una pena no prevista dentro del marco punitivo de la ley penal o, que esto suponga una leve desvinculación de dicho principio penal.

Por ello la presente tesis tiene la finalidad no solamente de aclarar y resolver el conflicto antes citado, sino también, de dar las razones que sustentan la propuesta de priorizar los principios constitucionales al momento de determinar la pena concreta.

3.2.2. Discusión crítica de argumentos doctrinales y jurisprudenciales

Para el desarrollo del presente acápite, debemos precisar que, dado que en el ámbito penal rige el principio de legalidad, frente a la comisión de un evento delictivo, no existen más interpretación que la de imponer la sanción penal prevista para la conducta en referencia. Siendo así, la discusión crítica que en el presente párrafo se propicia se avocará al cuestionamiento de mantener la rigidez de la aplicación del principio de legalidad penal frente a la comisión de un

delito que, por sus características particulares exija un tratamiento diferenciado, con remisión a los preceptos constitucionales.

De otro lado, en los casos tipo planteados, se advierte que uno de los principales argumentos para imponer una pena inferior a la prevista en la ley penal, es el interés superior del niño; frente a lo cual se propiciará una nueva interpretación que permita mantener la ya arriesgada propuesta jurisdiccional que nos muestran los casos tipo (imponer una pena no legal) pero que, además, proporcione mayor sustento a dicho criterio jurisdiccional y/o refuerce los argumentos dados.

A. Sobre la corriente iusfilosófica positivista excluyente

El positivismo jurídico puede tener diversos puntos de análisis, como hemos visto ya en el marco iusfilosófico (ver acápite B. del ítem 2.1.1); según la propuesta de Bobbio, se divide en positivismo metodológico, teórico e ideológico. Pero, también, se identifican otras formas de entender el positivismo jurídico, entre los que se incluyen el positivismo excluyente, que sostiene que la moral está necesariamente excluida del concepto de Derecho, en tanto el positivismo incluyente, señala que la moral no está necesariamente excluida ni necesariamente incluida.

Para la concepción positivista excluyente, en tanto se deslinda de la moral para fundamentar la validez de las normas, el Derecho bien puede definirse sin hacer referencia a criterios morales, existe un rechazo a cualquier conexión con principios morales.

Para esta corriente, el principio de validez del Derecho, es el poder del Estado, la norma que emana de este poder es válida, es Derecho, y nada tiene que ver si estas son justas o no, o si son morales o inmorales.

Sin embargo, este planteamiento se aleja del reconocimiento de que el actuar jurídico es un actuar humano, el Derecho como tal es un producto humano, como tal, vinculado a aspectos valorativos. Esto es, implica desconocer que el Derecho es un ejercicio humano al cual se yuxtaponen aspectos morales y axiológicos, y cuyo apartamiento solo niega el reconocimiento de que la intervención legislativa y judicial, finalmente, responden a ello.

De allí que sea necesario admitir que un derecho válido no es solamente aquel que emana del poder político, sino también aquel que es justo y para ello, se debe asumir que la moral crítica, esto es, la moral objetiva, que cuestiona el producto del Derecho, dota de validez al mismo.

Por ello, es preferible asumir la concepción positivista incluyente, pues, incluso esta supone una inclusión de la moral en el Derecho, contingente, un asunto convencional y que depende de lo que en realidad establezca el propio derecho positivo. Así pues, los preceptos Constitucionales son Derecho positivo y fundamentan la validez de las normas, en tanto constituyen preceptos generales.

Sobre este punto, es necesario hacer alusión al positivismo constitucionalista de Ferrajoli, cuya importancia radica en su mayor completitud en el entendimiento del Derecho Penal; así pues, no se limita únicamente al predominio de la ley, como lo hacen las corrientes positivistas puras, sino que también (pues no se deslinda de ella) incluye a la Constitución como continente del Derecho positivo, es decir, todo ordenamiento jurídico deberá tener como base y como horizonte a la Constitución.

Ello, resulta más completo, porque así es viable dar respuesta a múltiples situaciones jurídicas en las que no basta una referencia a la ley, como los casos planteados, en los que el cumplimiento de la ley positiva excluye la consideración de los derechos constitucionales en la determinación de la pena. Ello puede sugerir el empleo de la discrecionalidad en las decisiones jurisdiccionales; no obstante, como ya se ha señalado en acápites anteriores, se debe aclarar que el planteamiento formulado no desconoce la importancia del paradigma positivista instituido, sino que es también esencial añadir a éste aspectos valorativos que, permitan orientar la visión del Derecho, concretamente del Derecho Penal, hacia un paradigma que tenga como continente la Constitución, a cuyos parámetros debe ceñirse, también, la ley.

Entonces bien, la propuesta de la presente tesis, no busca desactivar el paradigma positivista, sino, dentro de éste, identificar aquella corriente filosófica que responda mejor a las situaciones

jurídicas como las que nos muestran los casos tipo expuestos en el apartado 3.2.1.; por ello, se propugna la necesidad de remitirnos a la Constitución y, por ende, enmarcamos en una concepción constitucionalista positivista.

B. Sobre el principio de legalidad penal

Al respecto, una propuesta de Prado Saldarriaga acerca de la determinación judicial de la pena, impulsó un giro punitivo, orientado a definir un esquema de determinación judicial de la pena, que permitiese que el procedimiento orientado a la misma fuese más técnico. Ha sido esta reforma la que ha evidenciado predictibilidad en las decisiones jurisdiccionales en el ámbito penal, concretamente en cuanto a la imposición de penas, en tanto éstas se definen teniendo en cuenta los marcos punitivos establecidos para cada tipo penal.

De allí que, Prado Saldarriaga (2016, p. 316) haya definido dichas reformas como un camino a “recuperar la estima social de nuestra población por un sistema de justicia penal que realice profesionalmente *el ius puniendi* del Estado con plena observancia de los principios de legalidad y pena justa”, concluyendo que:

El modelo de determinación judicial de la pena (...) ofrece importantes ventajas para impulsar un quehacer operativo homogéneo, predecible y justificado de la producción de un resultado punitivo por los administradores de justicia penal (...) se promueve un control más estricto, técnico y social de la génesis, así como del recorrido o la revisión de las reglas y efectos

aplicados en la construcción de la pena concreta” (Prado Saldarriaga, 2016, p. 215)

A partir de dicho planteamiento, podemos inferir la importancia del principio de legalidad, en el ámbito penal, subsistema del Ordenamiento jurídico que, en tanto involucra la limitación de un derecho fundamental como es la libertad, deber estar revestido de límites a su intervención, los cuales –qué duda cabe– deben alcanzar a la imposición de las penas. Así pues, el principio de legalidad es una garantía del Derecho Penal, cuyo respeto brinda seguridad y previsibilidad jurídica, argumentos propios del positivismo jurídico.

Sin embargo, sin propugnar un apartamiento del principio de legalidad penal, antes bien, manteniendo y reconociendo la importancia de dicho principio, preferimos remitirnos al principio de legalidad constitucional. Al respecto,

Se comprende que el principio de mera legalidad, considerado suficiente garantía frente a los abusos de la jurisdicción y de la administración, se valore como insuficiente para garantizar frente a los abusos de la legislación y frente a las involuciones antiliberales y totalitarias de los supremos órganos decisionales. Es por lo que se redescubre el significado de Constitución como límite y vínculo a los poderes públicos. (Ferrajoli, 2004, p. 67)

Así pues, donde un ordenamiento positivo acoja un modelo de justicia, deberá hablarse de un modelo de legalidad constitucional refiriéndonos a las normas constitucionales que lo incorporan. (1995, p. 236)

Además, es solo una vertiente del principio de legalidad la que se pretende flexibilizar. En su vertiente formal, se exige que no es posible punir un hecho que no esté previamente previsto en la ley, ni imponer una pena que no esté establecida; así pues, lo que se postula es que la pena a imponer frente a casos excepcionales, no sea cualquiera que derive de la sola discrecionalidad, de allí que se haya realizado un esquema en el que se propone establecer un nuevo marco punitivo para así determinar la pena de modo más objetivo.

Para ello se debe tener en cuenta también, que el fundamento de esta vertiente del principio de legalidad es el respeto de la libertad como valor fundamental del ser humano que hace exigible contar con un límite al poder del Estado; y debe ser este mismo fundamento el que permita imponer una pena distinta a la que corresponde en base a la determinación de la pena reglada, pues dando prioridad a este derecho fundamental el límite también debe influenciar la imposición de penas que aun siendo legales, tienen un carácter injusto o poco razonable.

Y, si bien el principio de legalidad es de orden constitucional, no se trata de dar un cumplimiento formal a la aplicación de este principio, sino de interiorizar que son los derechos fundamentales los que deben orientar las decisiones jurisdiccionales, y estos deben ser prioritarios aun cuando el caso planteado suponga flexibilizar este principio en su aplicación formal.

C. Sobre la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales

Otro de los cuestionamiento principales a lo propuesto en la presente tesis, de imponer una pena inferior a la prevista en la ley penal aun cuando no concurren circunstancias atenuantes privilegiadas, es la discrecionalidad que implica el apartarse de la técnica reglada para la determinación judicial de la penas que prevé la parte general del Código Penal peruano.

Sin embargo, este argumento no está destinado a cuestionar el Derecho objetivo, sino la forma en la que éste es ejercido o aplicado, y ello es, más bien, un problema del actor u operador jurídico que interviene, no así del Derecho como tal. Por ello, y a fin de refutar el cuestionamiento basado en la discrecionalidad en la determinación de la pena, se propone elaborar un nuevo marco punitivo, teniendo como nuevo límite inferior los dos años que, el artículo 29 del Código Penal, prevé como duración mínima de la pena; lo que no sacrifica el fin preventivo de la pena, pues ésta, finalmente, se impone.

Cabe recordar, que el Derecho Penal regula la conducta humana, protege bienes jurídicos y garantiza los derechos fundamentales, incluso de quienes infringen los preceptos penales. Ello debe orientar el razonamiento que se haga al momento de imponer una pena, esto es, su imposición debe pretender alcanzar dichos fines.

Por ello, no basta una disminución de la pena simbólica, esto es disminuir uno o dos años a la que corresponda imponer, solo para satisfacer el cuestionamiento de una pena desproporcionada o injusta; sino que debe realizarse una disminución significativa que se condiga con los principios y derechos que hacen necesaria la disminución, que garantice los derechos fundamentales del agente causante de la vulneración de la norma, a quien se estaría reconociendo su condición de persona humana, digna y valiosa, por encima del fin instrumental de la pena.

En este punto, cabe hacer referencia al artículo 15 del Código Penal, relacionado al error de comprensión culturalmente condicionado, que permite eximir de responsabilidad o atenuar la pena, según si la comisión del hecho se ha dado en la ausencia de comprensión del carácter delictuoso de la conducta o no, la imposibilidad de determinarse de acuerdo a esa comprensión, o si, dicha posibilidad solo se halla disminuida; pues, es verdad que para muchos casos, la aplicación de este error será suficiente para justificar la imposición de la pena (en el supuesto de su atenuación) y, en tanto está previsto así en el Código Penal, permite hacer predecibles las decisiones jurisdiccionales; sin embargo, la incorporación de este artículo tiene más bien un origen cultural, pues lo que se busca es precisamente respetar las influencias culturales en el ser humano y las pautas de conducta que éste ha aprehendido desde la infancia. Por ende, solo será aplicable en casos en los cuales sea la cultura la que ha

determinado el comportamiento del agente; empero, los criterios propuestos en la presente tesis buscan resolver controversias al margen de los que ya pueden ser contemplados bajo el artículo antes citado, por ello los criterios propuestos se basan en principios de orden constitucional y penal, y que pueden abarcar comportamientos diversos, teniendo en cuenta no solo las circunstancias del caso (elementos fácticos), sino también las que rodearon y determinaron el accionar del agente.

D. Sobre el fundamento del interés superior del niño

Uno de los principales argumentos para fundamentar la imposición de una pena inferior a la prevista en la ley penal, utilizado en la jurisprudencia del Poder Judicial que ha sido descrito y analizado en los casos tipo planteados, es el relacionado al principio del interés superior del niño.

Este argumento no se cuestiona por su origen constitucional, pues lo tiene, o su fuerza informativa en los subsistemas del ordenamiento jurídico, en tanto principio constitucional; tampoco se pretende en este acápite descartar la validez del argumento, sino, más bien, cuestionar su fuerza argumentativa por su limitada utilización como sustento en la imposición de una pena inferior a la prevista en la ley penal.

Ello, debido a que, invocar dicho principio es válido solo para aquellos casos en los que hay un menor de edad de por medio, como los que se han planteado en los casos tipo, concretamente

referidos a delitos de violación sexual de menor de edad; de allí que se proponga utilizar argumentos más generales o referirse a principios más generales que permitan que la imposición de una pena inferior a la prevista en la ley penal, no se limite a los casos en los que exista un hijo procreado entre una pareja conformada por una persona menor de edad y que supone la configuración del delito de violación sexual de menor de edad.

Por ello, estimamos que el argumento, si bien satisface la remisión a los preceptos constitucionales, incluso convencionales, no lo hace respecto a dicha remisión en todos los casos.

Incluso, utilizar este argumento en los casos de violación sexual de menor de edad, puede resultar conflictivo, dado que el referido principio busca que las decisiones que se adopten en relación a un niño, niña o adolescente, deban estar orientadas siempre a su bienestar, situación que exigiría que el análisis del referido principio al momento de determinar la pena, también comprenda un análisis relacionado a las repercusiones positivas que pueda tener la imposición de una pena inferior a la legal, en la agraviada, quien también es menor de edad (adolescente).

Además, a la invocación de este principio, subyace un interés más allá de lo que su contenido propone; pues en los casos analizados, el juzgador no solamente ha tenido en cuenta este argumento, sino que se remite a las circunstancias particulares del caso como el hecho de que haya existido un vínculo

sentimental entre autor y víctima, el hecho de afectar la constitución de dicha familia, entre otros (en el delito de violación sexual de menor de edad) o al hecho de que el imputado sea una persona joven, que no ha tenido intención de afectar otros bienes jurídicos (en el delito de tenencia ilegal de arma de fuego). Estos argumentos ya no descansan en el principio de interés superior del niño.

Por ello es necesario tener en cuenta otros principios constitucionales que permitan dar sustento al criterio propuesto en los casos tipo: imponer una pena inferior a la prevista en la ley penal, cuando se presenten casos que, por la particularidad del supuesto fáctico, requiera un análisis superior a la norma legal.

Tales principios constitucionales, se analizarán en el siguiente acápite.

3.2.3. Toma de posición: propiciar la remisión a los preceptos constitucionales en la imposición de la pena concreta

El Principio de legalidad, previsto en el Artículo II del TP del Código Penal⁶⁴, tiene sustento constitucional, pues se encuentra previsto en el inciso d), numeral 24, del artículo 2, de la Const.⁶⁵; si ello es así,

⁶⁴ Artículo II del Título Preliminar del Código Penal: “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.”

⁶⁵ Inciso d), numeral 24, del artículo 2, de la Constitución Política del Perú: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.”

por qué mantener la aplicación del principio de legalidad penal no supondría también la remisión a los preceptos constitucionales en la determinación de la pena concreta.

Es necesario aclarar que, con el contenido de la presente tesis no se desconoce que el principio de legalidad penal es una garantía propia del Estado Constitucional de Derecho, como se precisó en la parte pertinente del marco teórico (ver acápite 2.3.3.), lo que más bien se procura con los postulados de la tesis es justificar la necesidad de que, frente a casos excepcionales o con circunstancias fácticas particulares, este principio de legalidad penal, reconocido en la Const. y que rige en la aplicación del Derecho Penal, debe subordinarse frente a otros principios de orden constitucional, cuya invocación en tales casos –y solo en tales casos– debe ser prioritaria.

Ahora bien, sobre el principio de legalidad penal hemos señalado que se erige como un límite fundamental al *ius puniendi* del Estado, en tanto éste, no podrá imponer una sanción no prevista o considerar alguna conducta como ilícita si así no ha sido calificada previamente por la ley; y que supone una protección al ciudadano mediante el Derecho Penal y del Derecho Penal. Sin embargo, aun cuando este principio resulta tan esencial en el ámbito penal, es necesario, en algunos casos y especialmente al determinar la pena concreta, propiciar su desvinculación.

Para anticipar el cuestionamiento, corresponde aclarar dos aspectos: primero, que dicha propuesta se enmarca en la necesidad de invocar,

más bien, el principio de legalidad constitucional, esto es, la aplicación de los principios que están también positivizados y previamente establecidos en la Const.; y, segundo, que la propuesta no abarca todos los supuestos de hechos que requieran la imposición de una sanción penal, sino solo a aquellos que se encuentran revestidos de características especiales que ameriten hacerlo, a modo de excepción. Y para ello nos remitimos a los casos tipo planteados.

Como se puede advertir, los casos calificados como violación sexual de menor de edad, suponen un comportamiento desplegado en un ámbito de una relación sentimental entre autor y víctima, cuya diferencia etárea es razonable, quienes, además, han constituido una familia y procreado hijos; empero la agraviada tiene menos de catorce años, inferior al límite para estimar válido el consentimiento de la víctima. Asimismo, el caso calificado como tenencia ilegal de arma de fuego, guarda un comportamiento que, si bien es típico, éste no se ha desenvuelto con la clara intención de afectar otros bienes jurídicos; implica una posesión del arma de fuego casual, no reiterada, ausencia de antecedentes en el autor, persona que, además es joven y que, atendiendo al caso en concreto evitó el uso del arma de fuego aun en circunstancias difíciles, pues según narran los hechos éste se encontraba libando licor e incluso se había suscitado una gresca con otro grupo personas, sin que siquiera haya considerado el uso del arma de fuego que portaba; situación similar al caso relacionado a la posesión de una sola munición (contenido en el anexo 1); y si bien, lo único que sanciona el tipo penal que subyace a la ley penal prevista

en el artículo 279 – G del Código Penal, es la sola posesión de arma o municiones, la imposición de una pena excesiva habría propiciado mayores conflictos que el que propicia dicha imposición.

Así pues, en ambos casos, tanto para el delito de Violación sexual de menor de edad como el de Tenencia ilegal de arma de fuego, se prevén sanciones elevadas, treinta años de pena privativa de libertad como límite inferior de la pena básica para el primero y seis para el segundo; suponiendo ambos una pena efectiva, aun con la presencia de atenuantes genéricas y/o privilegiadas. Si dichas penas hubiesen sido consideradas para tales supuestos de hecho habría propiciado mayores consecuencias negativas en relación a las positivas; se habría respetado el principio de legalidad penal, pero se habría afectado otros principios también constitucionales, pero que en tales casos debieron ser –y así lo fueron– prevalentes.

Como se vio en el acápite anterior, ninguna de las posiciones desarrolladas doctrinalmente e incluso jurisprudencialmente, satisfacen, del todo, la exigencia de justificar adecuadamente la necesidad e importancia de hacer prevalecer otros principios frente al de legalidad penal en la determinación e imposición de la pena concreta. Y es esta exigencia la que se pretende satisfacer, aunque seguramente de modo aun perfectible, en el presente acápite.

A. Resultados de la categoría “Dignidad humana”

De acuerdo a la Const., se concibe a la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado, conforme prevé el artículo

1⁶⁶. Al respecto, el TC ha señalado que la dignidad de la persona humana “es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales”, la exigencia impuesta a nivel constitucional de respetar a la dignidad de la persona humana, se erige por el solo hecho de ser tal, “es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho”. (fundamento 217, EXP. N.º 010-2002-AI/TC, Lima, Marcelino Tineo Silva)

Asimismo, en la Sentencia emitida en el EXP. N.º 10087-2005-PA/TC, Ica, Alipio Landa Herrera, el TC estableció que, constituye un principio que prohíbe que la persona “sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental”. Además, la definió como “un dínamo de los derechos fundamentales (...) parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad” (fundamento cinco). En virtud de ello, el sistema jurídico ha previsto múltiples garantías a fin de salvaguardar este principio constitucional.

Entonces, hacer prevalecer el principio de legalidad penal en los casos especiales planteados (casos tipo), supone la afectación al principio de respeto a la dignidad de la persona humana, respeto que descansa en un Estado social y democrático de Derecho; soslaya el entendimiento de que la persona humana es el pilar fundamental del sistema jurídico, y la instrumentaliza para

⁶⁶ Artículo 1 de la Constitución Política del Perú: “La defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”

imponer la pena que prevé la ley penal, sin valorar las circunstancias especiales que se presentan.

Cabe recordar que, el TC –en la Sentencia emitida en el EXP. N.º 2273-2005-PHC/TC, Lima, Karen Mañuca Quiroz Cabanillas– ha establecido que la realización de la dignidad humana “no se satisface en la mera técnica de positivización o declaración por el Derecho, sino que lo poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio”, ello no exime al Derecho Penal de tal obligación; además, se estableció que, la dignidad humana posee un doble carácter, es tanto principio como derecho fundamental, desde el primero

actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extensible a los particulares. (fundamento 10)

Entonces, si importa un límite a las pretensiones judiciales, es posible que, en este ámbito, valorando el respeto por la dignidad de la persona, se propicie un apartamiento del principio de legalidad penal, para –en perfecto respeto del principio de legalidad constitucional– imponer una pena inferior a la que prevé la ley penal en su marco punitivo abstracto; esto supone la

imposición de una pena más acorde con este criterio interpretativo. Después de todo, desde el carácter de derecho fundamental la dignidad de la persona humana “se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo”, haciéndose exigible en el ordenamiento jurídico, lo que, claramente incluye, el ordenamiento jurídico penal. Ahora bien, es importante señalar la forma en cómo esto se materializa en un plano concreto:

En primer lugar, la imposición de una pena, cualquiera fuese el tipo de ésta y más aún la privativa de libertad, genera en el ciudadano un estigma, una marca que subyace a su condición humana, de haber infringido la norma, pues es considerado un delincuente; el estigma implica que la persona se atribuye a sí misma una característica, en este caso negativa, y la sociedad interioriza esta característica negativa como tal, convirtiéndose en parte de la identidad del ser humano, y es la forma en que gran parte de la sociedad lo reconocerá e identificará, devaluando a la persona en cualquier ámbito de su vida cotidiana: social, laboral, amical, familiar, etcétera. Por ello, el imponer una pena inferior a la que prevé la ley penal, reconoce que el ciudadano, no ha desconocido el orden social que lo rodea, aun cuando haya infringido formalmente una norma legal; además, lo reconoce como un ciudadano responsable y ajustado a la norma sociales, provocando que ese estigma que se genera con la imposición de una pena, se atenúe para devolverle su valor humano. Este efecto no solo lo evidencia la persona sentenciada, que asumirá la

responsabilidad de sus actos (en tanto se impone una pena) y a su vez, no se identificará como un criminal; sino también la colectividad que reconocerá en él un ser humano con un rol importante en la sociedad sin estigmas que afecten su valía como persona.

En segundo lugar, se hace notoria la importancia de imponer una pena menor –considerando las circunstancias del caso concreto– a la que se obtendría a través de la aplicación del sistema de tercios del Código Penal, dado que el sentenciado recupera su libertad en menor tiempo o incluso no la pierde si se impone una pena privativa de libertad suspendida, permitiendo que se reduzcan o anulen los efectos nocivos de la privación de libertad como la desvinculación de su entorno familiar y social, la pérdida de empleo, la estigmatización antes ya mencionada, la postergación de proyectos personales y autorrealización; ello sin mencionar los efectos del régimen penitenciario. Es por eso, que imponer una pena inferior a la legal, permite que la reincorporación a la sociedad del ciudadano (en el caso de una pena privativa de libertad efectiva), sea un proceso más sencillo para el Estado y para el ciudadano y su entorno, lo cual incide en el restablecimiento de su dignidad; además la imposición de estas penas simboliza un reconocimiento de la importancia que tiene para el ciudadano y para el Estado, que aquel se incorpore nuevamente y fácilmente a la sociedad en la que vivía, y se contribuye en la consecución de dicho objetivo.

En tercer lugar, si verificamos los casos propuestos (casos tipo), la persona humana tan solo se ha conducido de acuerdo a sus circunstancias, esto es, de acuerdo a sus sentimientos, entorno social, espacio geográfico, conocimientos adquiridos, de acuerdo a las circunstancias que rodearon e influenciaron la toma de decisiones en el momento dado, por ello, el imponer una pena inferior a la prevista en la ley penal, reconoce que el Derecho Penal no regula las conductas de seres inanimados o autómatas que están diseñados para cumplirla, sino que está dirigida a seres racionales y morales, en tanto se conducen en base a sus principios y valores, lo cual se vincula con su humanidad misma; reconoce también que el ser humano es su entorno y sus circunstancias, en tanto ser social.

En cuarto lugar, la imposición de una pena sin tener en cuenta las circunstancias del delito o aquellas que atraviesa quien incumple con un mandato normativo, tratan a éste como un objeto desconociendo su carácter social y moral, que mencionamos en el párrafo que antecede, y al ser un objeto puede ser instrumentalizado con la finalidad de alcanzar un fin mayor; por ello el imponer una pena menor a la que prevé la ley penal, teniendo en cuenta las circunstancias antes precisadas, no solo debe simbolizar un nuevo giro en la concepción de la pena privativa de libertad, esto es, pensarla como la única forma de restituir el orden vulnerado, sino que debe significar un objetivo en el camino de reconocer que el Derecho, y más aún el Derecho

penal, regula la conducta de seres humanos y es esta condición la que debe primar al momento de imponer una sanción. No puede ser el fin mayor el cumplimiento de una sanción punitiva, pues cuando éste se impone sobre la dignidad del sentenciado, el Derecho –creado para regular la conducta humana en justicia, razonabilidad, proporcionalidad, y en defensa de los derechos fundamentales–, deja de serlo.

De allí que, no sea posible instrumentalizar a la persona para satisfacer un interés puramente legal y, claro, el de los fines de la pena; por ello, si se presentan circunstancias especiales la persona humana en su condición de tal, debe ser así tratada y por tanto valorar que, en ciertos casos serán válidas las excepciones.

B. Resultados de la categoría “Debido proceso”

Otro de los principios o garantías que regula el proceso penal, es el debido proceso, que se encuentra recogido en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 139 de la Const., e “integra todo aquel conjunto de normas que sean concordes con el fin de justicia a que está destinada la tramitación de un proceso o cuyo incumplimiento ocasiona graves defectos en la regularidad, equitativa y justa, del procedimiento” (San Martín Castro, 2015, p. 90).

Ahora bien, como se precisó respecto de este principio en el acápite pertinente del marco teórico, en su vertiente sustantiva alude a que las decisiones jurisdiccionales sean razonables como

garantía de los derechos fundamentales, además de satisfacer un estándar de proporcionalidad. Siendo así, veamos como la pena a imponer teniendo en cuenta las circunstancias del delito y las que rodearon a quien infringió el mandato normativo satisfacen la aplicación de este principio en los dos aspectos que conforman su vertiente sustantiva: razonabilidad y proporcionalidad.

En primer lugar, deberá imponerse una pena inferior a la prevista en el tipo penal aplicable, en casos con circunstancias particulares como los propuestos (casos tipo), porque de esta forma se garantizará la razonabilidad de las decisiones jurisdiccionales, esto es, que las mismas mantendrán un equilibrio entre intereses opuestos. Así pues, la imposición de la sanción penal legal se sustenta en el interés de proteger los bienes jurídicos, prevenir conductas antisociales y antijurídicas, satisfacer el interés social de que las conductas lesivas del orden jurídico reciban una sanción ejemplar; por su parte, la imposición de una pena inferior que tenga en cuenta, en su determinación, las circunstancias del delito y del agente, tiene el interés de proteger la dignidad de las personas, en los términos que ha sido descrito en el acápite que antecede.

Entonces, el punto de equilibrio se encuentra cuando se impone la sanción penal, cumpliendo los fines a los que está orientada (prevención, protección, resocialización), pero a su vez, es respetuosa de la dignidad del ser humano, cuando se disminuye

su *quantum* al considerar las circunstancias del caso y del agente que infringe el contenido de la norma, haciéndola, por ende, aceptable.

En segundo lugar, resulta importante contemplar la imposición de una pena inferior a la prevista para el tipo penal específico, porque es proporcional. Este principio que se encuentra regulado en el artículo VIII del TP del Código Penal y prevé que “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho”, así como en el artículo 200 de la Constitución y según el Tribunal Constitucional (en adelante TC) –en la Sentencia emitida en el EXP. N.º 010-2002-AI/TC, Lima, Marcelino Tineo Silva– “sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona.”; así pues, se trata de un principio general y, por tanto, su cumplimiento debe ser analizado en cualquier ámbito del Derecho, no quedando exento de ello, el Derecho Penal.

Y es así, pues este principio tiene una especial connotación en el ámbito de la determinación de las penas, “ya que opera de muy distintos modos, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial o, en su caso, la determinación administrativa-penitenciaria de la pena”, reconociendo que la aplicación del principio no solo debe observarse en el plano

legislativo, sino también jurisdiccional, lo cual obliga a los jueces a establecer una pena proporcional al hecho planteado.

Si bien es cierto, ello siempre se ha realizado bajo los límites de la pena prevista en el marco penal abstracto de la ley penal, no obsta que pueda interpretarse en un sentido favorable y apostar por su análisis en los contextos aquí propuestos; así pues, el principio supone que las penas “obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer.”

Siendo así, debemos tener en cuenta que, la pena conminada se ha determinado para casos abstractos, no ha sido prevista para situaciones particulares como las que se proponen en los casos tipo, estos muestran circunstancias especiales que requieren un especial análisis al momento de imponer la sanción penal. Las penas abstractas que prevé el Código, han sido diseñadas para supuestos de hecho comunes, que calcen en la norma sin ninguna particularidad que suponga un trato diferenciado.

Así pues, imponer una pena elevada en los casos propuestos vulnera el principio de proporcionalidad, en tanto, desconoce la exigencia de imponer una pena acorde al hecho cometido, dado que en los casos sugeridos no suponen una grave afectación al bien jurídico; no puede tratarse igual el comportamiento típico de una persona que ha sostenido relaciones sexuales con una menor de edad (de trece años, según los casos tipo), si estas fueron

consentidas, o si éstas se desarrollaron en el marco de una práctica común en su ámbito social, o si es aceptada por la sociedad e incluso constituyen una familia, que aquél comportamiento típico en el que, el agente ha sostenido relaciones sexuales con una menor, por medio de violencia o amenaza, o con engaños; su actuar, evidentemente, contempla un mayor injusto penal y, por ende, requerirá una mayor sanción punitiva.

Por ello el Tribunal Constitucional, en varias sentencias ha evidenciado la necesidad de que las penas a imponer sean proporcionales y se ponderen de acuerdo al contexto.

Así en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 00413-2021-PHC/TC, enfatizó que la pena prevista para el delito de robo agravado es exorbitante y no guarda proporción en relación a otras penas previstas para delitos que afectan bienes jurídicos más importantes como la vida. De allí que, teniendo en cuenta ello y la carencia de antecedentes penales del imputado estimó necesario inaplicar el primero párrafo del artículo 189 del Código Penal, y señaló que “si el juez penal considera que la sentencia a emitir es una de naturaleza condenatoria, no debe considerar este mínimo, pudiendo imponer una pena no menor a la mínima prevista para el tipo base de robo”, lo que evidencia que, si bien no se ha disminuido la pena hasta su aplicación como suspendida, sí se tuvo en cuenta para su determinación la

circunstancias personales del agente así como la proporcionalidad de la misma.

En otra Sentencia recaída en el Expediente N.º 8439-2013-PC/TC, de fecha 20 de noviembre de 2014, ha señalado, en su fundamento 31, que:

Proporcionalidad en tal sentido, no es pues la sustitución de una pena por otra en esencia similar, la proporcionalidad en el ámbito penal invita al uso sensato de la capacidad punitiva, distinguiendo contextos a la luz de los factores que la propia jurisdicción penal se encarga de merituar.

Esto lleva un mensaje positivo al agente favorecido con una pena inferior a la legal, de que el Derecho es justo (en tanto racional y proporcional) y reconoce que su conducta si bien ha afectado un bien jurídico, no lo ha hecho en la misma medida de quien infringió la norma con una clara y deliberada afectación del orden social y jurídico. E igualmente, la sociedad identificará un trato equitativo, restituyendo la creencia en el Derecho como regulador de la conducta humana.

C. Resultados de la categoría “Necesidad de pena”

Para imponer la consecuencia jurídica al hecho cometido, es necesaria la superación de los juicios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, como han ocurrido en los casos planteados; sin embargo, es importante reconocer que existen otros aspectos valorativos que son también importantes al momento de imponer la sanción penal y que no se pueden dejar de lado, en tanto el

principio aquí analizado y el de dignidad; así pues, frente a una conducta típica es posible identificar factores que atenúen la pena impuesta, en virtud a si esta es merecida por el autor o si es necesaria.

En el marco teórico (ver acápite 2.3.4) se estableció que el merecimiento de pena, está vinculado a la necesidad de corregir cierto comportamiento, con la sanción penal y se asocia este concepto al de fines de la pena, es decir si la imposición de la misma, cumple su fin preventivo y protector.

Dado que lo planteado en la presente tesis no consiste en eximir de pena al agente, sino solo de atenuarla en virtud a las circunstancias del delito y a las que rodearon e influenciaron el actuar delictivo, los fines de la pena no se ven afectados, antes bien, estos se cumplen⁶⁷.

En primer lugar, el fin preventivo de la pena o del Derecho Penal busca evitar que el sentenciado vuelva a cometer delitos en el futuro (prevención especial), así como que terceros delincan, a través del mensaje enviado con la imposición de la pena (prevención general); siendo que, el imponer una pena inferior a la prevista en la ley penal, permite el cumplimiento de su fin preventivo, incluso en mayor medida, que si se impusiese la pena legal, y ello ocurre porque, al imponerse la sanción el mensaje al

⁶⁷ El artículo IX del TP del Código Penal, señala que la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora.

condenado de que su conducta debe ser sancionada se cumple, asimismo, la sociedad evidenciará que el comportamiento desplegado por el imputado, pese a las circunstancias especiales que lo rodearon, ha merecido una sanción, manteniendo o restituyendo la confianza en el Derecho.

En segundo lugar, la imposición de una pena inferior a la prevista en la ley penal, en los casos propuestos, también permite la protección de los bienes jurídicos; al ser estos intereses jurídicamente protegidos por su especial importancia en el ámbito social, y verse vulnerados con el incumplimiento de un mandato normativo, la sanción penal desempeña un papel de protección, pues su inminente imposición importa un efecto disuasivo respecto de la afectación de los mismos. Este fin de la pena, también se cumple en tanto esta, aun cuando sea inferior a la legal, se impone.

En tercer lugar, debe tenerse en cuenta que la resocialización como fin de la pena, se compone de tres aspectos o subprincipios: la reeducación, que consiste en el proceso por el cual la persona adquiere determinadas actitudes que le permitirán desarrollar su vida en comunidad; la reincorporación, que hace referencia a la recuperación social de la persona condenada; y, la rehabilitación representa la renovación jurídica del status del ciudadano que ha cumplido una pena.

Ahora bien, qué sucede cuando el ciudadano condenado a una pena privativa de libertad, no siente un deseo de delinquir y, por ende, no resulta peligroso. En los casos tipo, observamos que el agente en realidad no ha procurado apartarse o desconocer el orden social, tampoco ha desconocido las normas vigentes desde un plano volitivo de transgresión de las mismas (aunque formalmente se ha producido una vulneración de las normas), tampoco es ajeno a los valores, por ello en el caso de tenencia ilegal de arma de fuego, pese a encontrarse en posesión del arma, no la utilizó aun en circunstancias complejas (encontrarse ingiriendo alcohol y participando de una pelea), siendo así, en qué medida se puede hablar de la necesidad de reeducación de dicho ciudadano; ésta si en caso es necesaria (pues podría incluso no serlo) no tiene que ser un proceso prolongado; de allí que su reinserción a la sociedad deba producirse en un corto periodo de tiempo. Ello permitirá también evitar los efectos nocivos propios de la ejecución de la pena, pues incluso “su confianza en la intención de los funcionarios penitenciarios, quienes lo ayudan en su resocialización, para alcanzar su libertad, sin cometer hechos delictivos, está puesta en crisis desde su origen, en el caso de que aquél se considere injustamente condenado” (Luderssen, 2004, p. 118)

En suma, los principales criterios jurídicos que sustenta la imposición de una pena por debajo del marco penal abstracto previsto en la ley penal, cuando no concurren circunstancias atenuantes privilegiadas,

son: El valor y principio de dignidad humana, el debido proceso material y el principio de necesidad de pena; habiéndose contrastado la presente tesis, positivamente.

Vemos, entonces, que dichos preceptos constitucionales deben regir todo ordenamiento jurídico, lo que no puede ni debe excluir al Derecho Penal, sobre todo si nos remitimos al argumento que el Derecho Penal es uno de los subsectores del ordenamiento jurídico que más restringe las libertades individuales, pues a través de la pena se limita el derecho a la libertad de tránsito del sentenciado, lo que justifica que dichas decisiones se sometan al control constitucional a través de la remisión a los principios antes mencionados. Siendo así, resta la pregunta ¿Cómo se hace vinculante la Constitución y los preceptos que contiene?

Primero, parte por reconocer que los derechos fundamentales (como el de dignidad de la persona humana, debido proceso, entre otros) tienen diversas dimensiones, ya descritas en el marco teórico (ver acápite 2.2.3), a saber, a) un elemento moral o ético; b) un elemento normativo, y; c) un elemento social.

El primero, supone una pretensión moral justificada, que está arraigada a la dignidad humana; pretensión moral tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizadas en la idea de libertad e igualdad.

Estas definiciones, por el contrario, permiten la concepción de los derechos fundamentales, no solo en el marco del Derecho positivo,

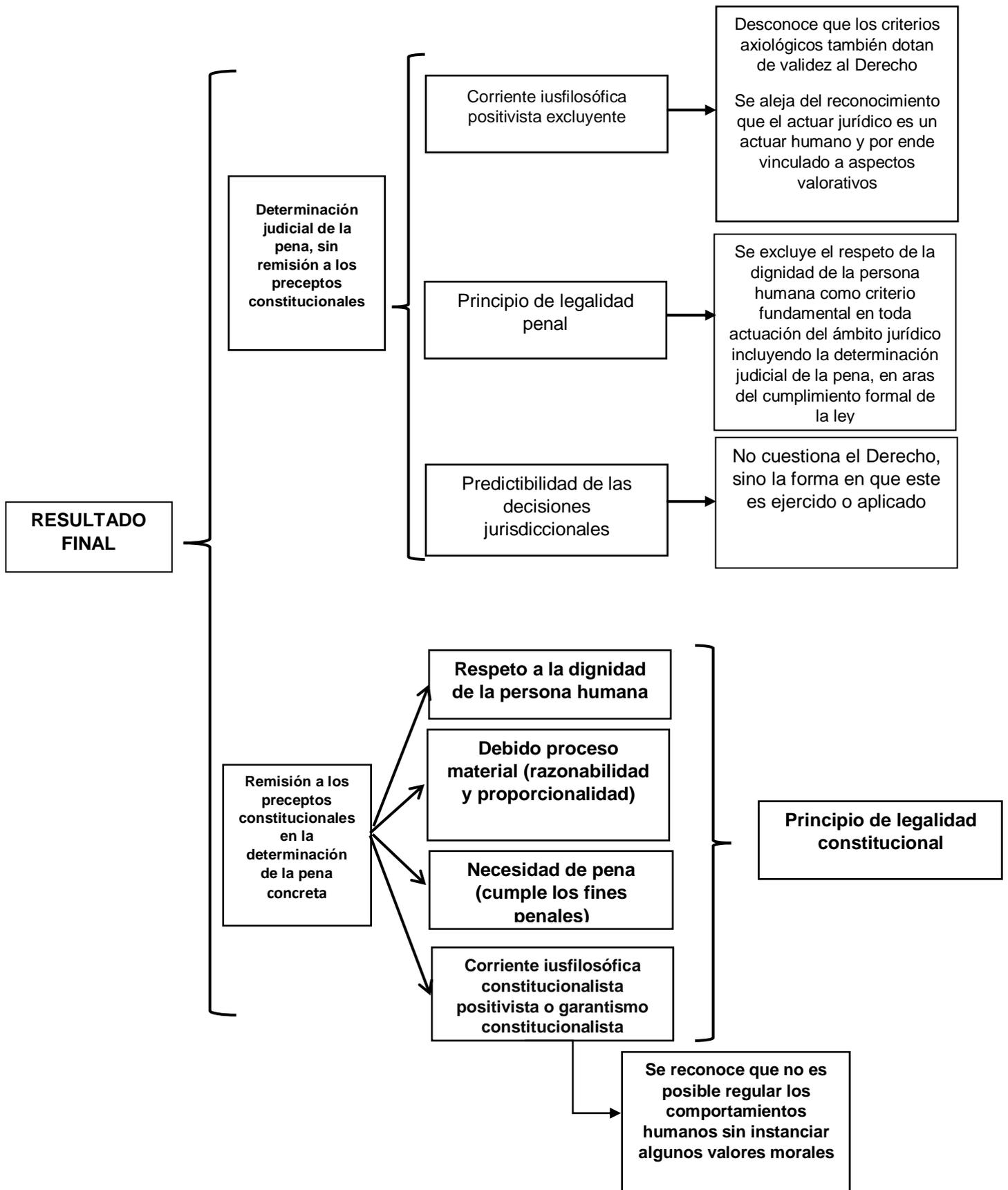
sino que, comprende un aspecto valorativo que dotan de contenido y fundamentación a los derechos fundamentales.

Así pues, el Derecho no se reduce a un aspecto formal sino que, incluye un carácter moral objetivo, propio del reconocimiento de que el Derecho se compone de actuaciones humanas, a las que necesariamente subyacen aspectos valorativos.

Entonces bien, si el respeto por dichos derechos fundamentales, condicionan la validez de la norma, es necesario que incidan en las demás ramas del Derecho y no solo sirvan de referencia cuando se encuentren en conflicto los derechos constitucionales.

Siendo así, la única forma de asumir que dichos derechos constitucionales condicionan las demás ramas del ordenamiento jurídico, es a través el valor normativo de la Constitución; en tanto ésta es comprendida como un conjunto de reglas fundamentales cuya aplicación limita el poder del Estado, se entiende que posee una fuerza vinculante capaz de condicionar cada subsistema jurídico y, someter sus planteamientos, regulaciones y decisiones, a aquellas reglas fundamentales que la Constitución contiene. Para concluir esto, nos remitimos a la cita de Bulnes Aldunate, a saber, “los preceptos constitucionales son verdaderas y auténticas normas jurídicas que vinculan inmediatamente y simultáneamente a todos los órganos del Estado y a todas las personas y grupos” (1998, p. 137)

Gráfico 2. Resultado Final



Fuente: Elaboración propia.

CAPÍTULO IV

FORMULACIÓN DE PROPUESTA

4.1. CÓMO VIABILIZAR LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS JURÍDICOS PROPUESTOS

Ahora bien, lo desarrollado dentro del presente capítulo, ha explicado el por qué es necesario, en casos excepcionales, imponer una pena inferior a la prevista en la ley penal aun cuando no concurren circunstancias atenuantes privilegiadas que justifican, legalmente, dicha imposición, siendo estas razones, la dignidad de la persona humana, el principio del debido proceso y de necesidad de pena; sin embargo, también es importante acompañar la exposición de la razones, con la indicación de cómo viabilizar la aplicación de los criterios que han sido previamente desarrollados, esto es, precisar cómo sería el proceso y el razonamiento que corresponderá emplear en supuestos de hecho como los planteados en los casos tipo que, para este apartado, nos servirán de ejemplos.

La importancia de este apartado, radica en que, la tesis doctoral no debe desarrollarse en un plano puramente descriptivo, que muestra el problema sin brindar una solución alternativa al mismo y sin exponer el cómo viabilizar su implementación; a esto último se aboca el presente acápite.

4.1.1. Consideración de la punibilidad como categoría de la teoría del delito

El análisis de una conducta no debe agotarse en los juicios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que de ella se haga, sino que, además, se debe tener en cuenta la categoría de la punibilidad.

Uno de los principios del Derecho Penal, es el de merecimiento y necesidad de pena, el mismo que, según se precisó en el marco teórico (ver acápite 2.3.4.), se identifica en la categoría de la punibilidad, como principio que informa la imposición de la pena.

Al respecto, se concluía que la imposición de la sanción penal, no solo supone el conocimiento del marco legal que la rodea, sino que, precisa de otros aspectos subyacentes que, aun cuando no supongan taxatividad o previsibilidad, sí son importantes al momento de la determinación judicial de la pena. Este concepto está asociado al de fines de la pena; pues la imposición de una pena será necesaria, en tanto, cumpla los fines de la misma.

Ahora bien, la contrastación de la hipótesis ha permitido concluir que es posible imponer una pena inferior a la del marco punitivo propuesto en la ley penal, ello en razón al principio de respeto a la dignidad humana, el del concepto de justicia como vertiente material del debido proceso, asociado a la razonabilidad y proporcionalidad; todos ellos constituyen principios constitucionales explícitos o subyacentes a aquellos que se encuentra prescritos en la norma Constitucional, y que responden a los valores morales que ésta contiene.

Dichos valores morales, dan cuenta de que el Derecho no puede agotarse en el ámbito normativo y en la aplicación de las leyes de manera automática, instrumentalizando a la persona humana, sino que, bajo el entendimiento de que el Derecho debe estar al servicio de ella, debe remitirse a valores más importantes como el de justicia y el de dignidad; siendo que, resulta válido prever ello, también, en el ámbito penal, en tanto todos los principios y derechos que la Constitución contiene, así como los valores intrínsecos a estos, deben condicionar la actuación del Estado.

Ello exige, identificar un mecanismo que permita aplicar lo antes indicado al momento de imponer una sanción penal, siempre que se presenten casos particulares que así lo requieran.

Este mecanismo, ha sido ya tratado en la dogmática penal, aunque pocas veces o casi nunca se lo ha tomado en cuenta y es la categoría jurídica de la punibilidad que, algunos autores consideran forma parte de la Teoría del Delito, como una categoría estratificada más, aunque, otro sector de la doctrina, el mayoritario, no lo estima así y únicamente limita el análisis de la teoría del delito a los juicios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Al respecto, la cita de Claus Roxin (1997, p. 193) expuesta en el marco teórico, en el sentido que, “En la moderna dogmática del Derecho penal existe en lo sustancial acuerdo en que toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple otros eventuales supuesto de punibilidad”, sugiere que las categorías

que conforman la teoría de delito son tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, incluyendo a la punibilidad (lo cual no se aleja de algunos otros planteamientos doctrinarios); pues luego aclara: “Por tanto, toda conducta punible presenta cuatro elementos comunes (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), a los cuales puede añadirse aún en algunos casos un ulterior presupuesto de la punibilidad” (Roxín, 1997, p. 194). Esta última categoría solo se evidenciaría en determinados casos, según refiere el autor.

Bramot Arias Torres (2002, p. 131) señala al respecto que: “(...) las características de los delitos (siguiendo la línea del Código Penal) son: a) Tiene que ser una acción u omisión. b) Dicha acción u omisión tiene que ser dolosa o culposa. c) Dicha conducta debe estar penada por la Ley (...)”; empero reconoce con acierto que la doctrina amplía esta definición brindando elementos del delito: “a) conducta. b) Tipicidad. c) Antijuridicidad. d) Culpabilidad. e) Pena (consecuencia de los presupuestos a+b+c+d)”

Entonces, el mecanismo para propiciar la remisión a los preceptos constitucionales en la imposición de la pena concreta, es considerar a la punibilidad como una categoría estratificada de la Teoría del Delito, basada en el principio de merecimiento y necesidad de pena, en cuyo marco se podrán analizar los criterios propuestos.

4.1.2. Identificación del supuesto de hecho en el que corresponde aplicar los criterios propuestos para la determinación de la pena y del razonamiento a emplear en dicho proceso

Ahora bien, dado que la imposición de una pena inferior a la prevista en la ley penal, se sustenta en principios de orden legal y constitucional, es preciso evaluar en cada caso concreto, si la imposición de la misma contraviene los preceptos valorativos de la Constitución Política del Perú; es decir, si con ella se afecta la dignidad de la persona humana, la proporcionalidad y la razonabilidad de la misma; es decir, si se trata o no de una pena justa.

Como primer paso, el juzgador deberá identificar, en el caso concreto, circunstancias que lo hagan particular; este proceso puede parecer netamente subjetivo y crítico, por cuanto, el juzgador deberá valorar el caso en función a las particularidades que presente y seleccionar aquellos que requieran un especial análisis; pero, a fin de que dicha decisión no quede en el ámbito puramente discrecional, es preciso definir algunos criterios que pueden servir de referencia al momento de identificar el caso frente al cual es viable la excepción a la pena que la ley prevé.

Así, por ejemplo, en los casos de violación sexual de menor de edad que, como hemos visto son los más comunes, existen circunstancias particulares que no se deben soslayar, como el hecho de que la conducta se ha producido en el marco de una relación sexual consensuada, basada en una relación sentimental previa, en la que,

incluso, puede existir la procreación de hijos, que forman parte de una unidad familiar válidamente constituida, en tanto así lo entiende la pareja y la sociedad de su entorno. Estos criterios, aunados al hecho de que el procesado no tenga antecedentes penales asociados a delitos sexuales o se evidencie un comportamiento tendente a ello, motivan la consideración de imponer una pena inferior a la que prevé la ley penal.

Como otro ejemplo, están los casos de tenencia ilegal de arma de fuego, en los que deberá considerarse situaciones como las implican una posesión en un corto espacio temporal, cuando se le encarga a una persona trasladar el arma de un familiar (que sí tiene una licencia), o cuando el arma es encontrada en un espacio geográfico y, de modo solo temporal y por corto tiempo, es tomada, o cuando se posee una cantidad ínfima de municiones; estas circunstancias que rodean la posesión de arma de fuego o municiones, acompañadas a una ausencia de antecedentes penales, asociados a la tenencia o uso de armas de fuego, debería llevar al juzgador a considerar la imposición de una pena inferior a la que prevé la ley penal aplicable.

De esta forma, el hecho puesto a conocimiento de la autoridad fiscal o jurisdiccional, se somete a una valoración de sus elementos circunstanciales, así como de los que rodearon a la persona cuyo comportamiento contraviene el orden jurídico; lo contrario conlleva a que toda conducta que, aun siendo inocua, calce formalmente en la

descripción normativa, deba merecer la sanción prevista para aquellas conductas altamente lesivas del bien jurídico.

Ahora bien, como segundo paso, se deberá realizar un razonamiento hipotético, es decir, basado suposiciones o hipótesis generales para llegar, luego, a una conclusión, que se plantea del modo: “si impongo la pena prevista para dicha conducta según la ley penal, seguramente, se afectará la dignidad del procesado”; esto permite introducir el análisis a aspectos más específicos que permitan determinar si, en efecto, la pena impuesta afectará la dignidad, esto es: “la pena afecta la dignidad del procesado porque lo instrumentaliza y restringe su óptimo desarrollo, impidiendo el ejercicio de otros derechos.”

Entonces se deberá tener en cuenta:

a) si la eventual pena a imponer (la prevista en el tipo penal respectivo), afecta la dignidad del procesado, para ello, deberá verificarse que la misma **a.i)** no suponga instrumentalización del procesado; es decir que no se destine únicamente a cumplir la finalidad de sanción frente a la conducta lesiva del bien jurídico; y, **a.ii)** que no restrinja su óptimo desarrollo en sociedad, limitando el ejercicio de sus demás derecho, en desmedro del cumplimiento de la sanción penal. Esto es, si se genera mayores consecuencias negativas (reclusión y todo lo que ello conlleva) a la de preferir una pena suspendida, por ejemplo (sancionar la afectación a bien jurídico y mantener el reconocimiento de la persona humana como fin superior del Estado y la sociedad).

b) Si la eventual pena a imponer (la prevista en el tipo penal respectivo), es justa, entendida como respetuosa del debido proceso material; para ello se deberá verificar que la misma: **b.i)** sea razonable, esto es, que consiga un equilibrio entre requerimientos opuestos, un equilibrio entre la imposición de la sanción penal frente a la afectación de un bien jurídico y el respeto por la dignidad de la persona humana; y, además, que sea aceptable; y, **b.ii)** sea proporcional, debiendo entender, bajo este concepto, que la proporcionalidad de las sanciones penales, se puede valorar aún en el plano de imposición de la pena; ello porque se debe tener en cuenta que las sanciones penales abstractas han sido definidas para casos abstractos, sin tener en cuenta las particularidades que, inevitablemente, se presentan y frente a las cuales no se puede ser indiferente.

c) Si la eventual pena a imponer (la prevista en el tipo penal respectivo), es necesaria; para ello se deberá verificar que la misma cumpla los fines penales, de prevención, protección y resocialización, debiendo tenerse en cuenta que, el proceso de resocialización supone que el individuo interiorice el respeto por las normas y los valores que rigen la sociedad en la que habita; siendo que, se deberá verificar si, en efecto, el individuo ha desconocido las normas vigentes (en el sentido de tener la intención de transgredirlas) y es ajeno a los valores de la sociedad, en cuyo caso requerirá resocializarse; pero en los casos sugeridos como ejemplo (casos tipo) no se evidencia ello, por lo que no será necesario someter al individuo a este proceso de

resocialización y de ser el caso, el proceso de su reeducación no deberá ser prolongado; por ende, no será necesaria una pena elevada.

4.1.3. Determinación de la pena concreta: Causal especial de disminución de la punibilidad

Finalmente, y una vez efectuado el análisis antes descrito, resulta necesario proponer un procedimiento para determinar la pena concreta a imponer en un supuesto de hecho como los que han sido materia de ejemplo.

Para ello, deberá asumirse que los casos con circunstancias fácticas particulares, como los planteados precedentemente, darán lugar a una “causal especial de disminución de la punibilidad”, que operará de modo similar a las existentes, tales como la tentativa, la responsabilidad restringida por la edad, entre otras.

Esta causal especial de disminución de la punibilidad, permitirá modificar el marco punitivo abstracto previsto en la ley penal, sobre el cual se determinará la pena concreta; en ese sentido, el límite inferior de la pena abstracta prevista para el tipo penal en concreto, se convertirá en el límite máximo del nuevo marco punitivo.

Luego, el límite inferior de este nuevo marco punitivo, se deberá determinar teniendo en cuenta lo establecido en la parte general del Código Penal, esto es, el artículo 29, que establece: “La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer

caso, tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años”; así, el límite inferior del nuevo marco punitivo será dos días.

Finalmente, teniendo en cuenta este nuevo marco punitivo – conformado por el límite inferior de la pena abstracta inicial como límite máximo y dos días de pena privativa de libertad como límite mínimo o inferior– como resultado de la “causal especial de disminución de la punibilidad”, se podrá determinar la pena concreta.

Este último paso de la determinación judicial de la pena, esto es, la determinación de la pena concreta, se realizará teniendo en cuenta el sistema de tercios que establece el mismo Código Penal en el artículo 45-A.

Con este procedimiento de determinación judicial de la pena, se conseguirá armonizar el ordenamiento jurídico, en el que, se respeten los principios constitucionales que se han desarrollado en la presente tesis (la dignidad humana y debido proceso), así como el principio penal de necesidad de la pena, sin que ello represente un desconocimiento del importante rol que ejerce el principio de legalidad penal como límite del poder punitivo del Estado.

Consecuentemente, desarrollar y ejecutar la propuesta formulada en esta investigación, debe representar un cambio del paradigma positivista, hacia uno que tenga como marco de regulación la Constitución; pues, sin dejar de lado las bases positivistas, es posible adoptar una decisión o resolver un conflicto jurídico, teniendo como

basamento a la Carta Fundamental, ello, en tanto el soporte constitucional se encuentra también positivizado, y no es necesario recurrir a fundamentos más allá de la norma constitucional positiva.

CONCLUSIONES

1. Los principales criterios jurídicos que sustentan la imposición de una pena por debajo del marco penal abstracto previsto en la ley penal, cuando no concurren circunstancias atenuantes privilegiadas son el valor y principio de dignidad humana, el debido proceso material y el principio de necesidad de pena.
2. La determinación judicial de la pena comprende dos fases, la identificación de la pena básica y la individualización de la pena concreta; la primera, implica recurrir al texto expreso de la norma penal aplicable al caso concreto, en tanto que, la segunda, exige tener en cuenta las circunstancias genéricas de agravación o atenuación de la pena, las circunstancias específicas, y las circunstancias agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas.
3. Es exigible que el valor constitucional y principio de dignidad humana, sea estrictamente invocado en la individualización de la pena concreta, incluso si ello implica un apartamiento del principio de legalidad penal, en tanto se trata de dar vigencia a un valor supremo.
4. Resulta reivindicatorio que el principio – derecho del Debido proceso, opere no solo en el ámbito legislativo sino también jurisdiccional, pues su vertiente sustantiva, está ligado a la protección a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales, y se vincula con los estándares de justicia, cuales son, la razonabilidad y la proporcionalidad que toda decisión emanada

por un órgano jurisdiccional debe implicar; lo que supone un enfoque de derechos fundamentales en la determinación judicial de la pena.

5. Frente a un comportamiento típico, antijurídico y culpable, en el que el individuo no requiera ser sometido al proceso de resocialización, en tanto, no ha tenido la intención de apartarse propiamente de los valores que existen en una sociedad ni desconocer las normas que la rigen –aspectos que son reivindicados con el proceso de resocialización– no será necesaria la imposición de la pena legal; cobra aquí relevancia el principio de necesidad de pena, que condiciona la imposición de la sanción punitiva a la necesidad de cumplir con los fines penales.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a los magistrados y abogados litigantes tener en cuenta que, la individualización de la pena concreta, debe adecuarse a los principios de dignidad humana y debido proceso, en tanto, constituyen valores fundamentales del Derecho constitucional, cuyo contenido irradia a los demás subsistemas del ordenamiento jurídico, incluido el Derecho Penal; asimismo, debe adecuarse al principio de necesidad de pena, el cual, al ser entendido como la posibilidad de alcanzar los fines penales a través de la imposición de una pena (necesidad de prevenir, de proteger y de resocializar), debe ser analizado en cada caso concreto para determinar si resulta necesaria la imposición de la penal legal; por lo que, deberán invocar dichos principios cuando las circunstancias lo merezcan.
2. A los jueces, en la individualización de la pena concreta, se recomienda analizar en cada caso si la eventual pena a imponer (la prevista en el tipo penal respectivo): **a)** afecta la dignidad del procesado, para ello, deberá verificar que la misma **a.i)** no suponga instrumentalización del procesado; y, **a.ii)** que no afecte su libre desarrollo en desmedro del cumplimiento de la sanción penal; **b)** es respetuosa del debido proceso material (ligado a la protección a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales; para ello se deberá verificar que la misma: **b.i)** sea razonable; y, **b.ii)** sea proporcional; **c)** es necesaria; para ello se deberá verificar que en el caso, sea necesario el cumplimiento de los fines penales de prevención, protección y resocialización.

3. Es necesario tener un enfoque principista en la argumentación jurídica; esta sugerencia no solo se dirige al actor jurídico en el ámbito de su ejercicio profesional, sino también, se dirige al ámbito académico en donde deberá desarrollarse una malla curricular que viabilice la inserción de dicho enfoque en la argumentación, como prioritaria; ello se justifica a partir de lo expuesto en la contrastación de hipótesis de la presente tesis, en el sentido que, el Derecho Penal como subsistema del Ordenamiento Jurídico debe, necesariamente, ceñirse a los principios constitucionales, en primer lugar.

4. Las políticas públicas deben orientarse a desarraigar la concepción del delincuente como un objeto del Derecho, la negación de su personalidad únicamente legitima la intervención estatal con un poder punitivo desligado de la protección de los derechos que como ser humano aún le son propios; el cambio de la percepción social que de él se tiene puede propiciar la aceptación de penas menores a las legales, siempre que su determinación esté acompañada de proporcionalidad y razonabilidad. Para lograr ello, se debe enfatizar en una educación con un enfoque de derechos fundamentales en todos los niveles institucionales, labor que se encomienda al Estado.

LISTA DE REFERENCIAS

- Abanto Quevedo , M. L. (2017). Fundamentación del carácter suspendido de la pena privativa de libertad para el delito de tenencia ilegal de arma de fuego. *Quaestio Iuris*(05), 293 - 321.
- Aguiló Regla, J. (2007). Positivismo y Postpositivismo. Dos Paradigmas Jurídicos en Pocas Palabras. *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*(30), 665 - 675.
- Alexy, R. (2008). *El Concepto y la Naturaleza del Derecho*. (C. B. Pulido, Trans.) Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Atienza, M. (1987). Para una razonable definición de "razonable". *Doxa*, 189 - 200.
- Atienza, M. (1999). El Derecho como argumentación. *Isegoría - Revista de Filosofía, Moral y Política*(21), 37 - 47.
- Atienza, M. (2017, Mayo 17). *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista*. Retrieved Diciembre 5, 2020, from Revista Digital: <https://tinyurl.com/2kljtjph>
- Atienza, M. (2022). *Sobre la Dignidad Humana*. Madrid: Trotta.
- Bobbio, N. (1991). *El Problema del Positivismo Jurídico* (Primera ed.). México: Distribuciones Fontamara.
- Bobbio, N. (1991). *Thomas Hobbes* (Primera ed.). (M. E. Romani, Trans.) Barcelona: Ediciones Paradigma.
- Bramont Arias Torres, L. M. (2002). *Manual de Derecho Pena Parte General*. Lima: Editorial y Distribuidora de Libros S.A.
- Bulnes Aldunate, L. (1998). La Fuerza Normativa de la Constitución. *Revista Chilena de Derecho*, 25(01), 137 - 142.
- Burgos Mariños, V. (2002). *El Proceso Penal Peruano: Una investigación sobre su constitucionalidad*. Lima: San Marcos.
- Castillo Alva, J. (2004). *Principios del Derecho Penal Parte General* (Primera ed.). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Castillo Córdova, L. (2006). *El Carácter Normativo Fundamental de la Constitución Peruana*. Retrieved Diciembre 9, 2020, from Repositorio Institucional Pirhua: <https://tinyurl.com/2pv74orx>

- Castillo Córdova, L. (2020). Lineamientos del Derecho Constitucional de los Derechos Humanos. In G. Zagrebelsky, P. Marcenó, & F. Pallante, *Manual de Derecho Constitucional* (Primera ed., pp. 25 - 106). Lima: Zela.
- Chueca, R. (2015). La marginalidad jurídica de la dignidad humana. In R. Chueca, *Dignidad Humana y Derecho Fundamental* (pp. 25 - 52). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Feijoo Sánchez, B. (2007). *Retribución y Prevención General*. Argentina: B de F Ltda.
- Fernández Carrasquilla, J. (2016). *Derecho Penal Parte General. Principios y categorías dogmáticas* (Primera ed.). Lima: Idemsa.
- Fernández Flecha, M., Urteaga Crovetto, P., & Verona Badajoz, A. (2015). *Guía de Investigación en Derecho*. Lima: PUCP.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y Garantías. La ley del más débil* (Cuarta ed.). Madrid: Trotta S.A.
- Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. (P. A. Ibáñez, Trans.) Madrid: Minima Trotta.
- Ferrajoli, L. (2013). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. (A. Greppi, Trans.) Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Editorial Trotta.
- García Toma, V. (2014). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional* (Cuarta ed.). Lima, Perú: Adrus.
- Gimeno Sendra, V. (2012). *Derecho procesal Penal* (Primera ed.). Navarra: Thomson Reuters.
- Guastini, R. (2016). *Lecciones de Derecho Constitucional* (Primera ed.). (C. E. More, Trans.) Lima: Ediciones Legales.
- Guastini, R. (2018). *Filosofía del Derecho Positivo*. (D. D. Vecchi, Trans.) Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Guevara Vásquez, I. (2021). *La Determinación Judicial de la Pena Concreta. La regla de tercios y operaciones de tipo objetivo y subjetivo* (Primera ed.). Lima: Gamarra Editores.

- Hassemer, W. (1999). *Persona, Mundo y Responsabilidad: Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. (F. Muñoz Conde, & M. Díaz Pita, Trans.) Bogotá: Temis S.A.
- Jiménez Cano, R. M. (2008). *Una Metateoría del Positivismo Jurídico*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Kelsen, H. (1996). Positivismo Jurídico y Doctrina del Derecho Natural. In S. C. Social, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (pp. 439 - 447). Valparaíso: Edeval.
- Landa Arroyo, C. (1999). *Justicia Constitucional y Political Questions*. Retrieved Diciembre 10, 2020, from Dialnet: <https://tinyurl.com/2gap63n3>
- Landa Arroyo, C. (2018). *La Constitucionalización del Derecho. El caso del Perú*. Lima: Palestra.
- Luderssen, K. (2004). La Función Preventivo General del Sistema del Delito. In W. Naucke, W. Hassemer, & K. Luderssen, *Principales Problemas de la Prevención General* (G. E. Aboso, & T. Low, Trans., pp. 83 - 122). Montevideo: B de F.
- Mantovani, F. (2015). *Los Principios del Derecho Penal* (Primera ed.). Perú: Ediciones Legales E.I.R.L.
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las Bases del Derecho Penal* (Segunda ed.). Buenos Aires: B de F.
- Mir Puig, S. (1982). *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho* (Segunda ed.). Barcelona: Bosch.
- Mir Puig, S. (2011). *Derecho Penal Parte General* (Novena ed.). Barcelona: Editorial Reppertor.
- Moreso, J. J., & Vilajosana, J. M. (2004). *Introducción a la Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Muñoz Conde, F. (1985). *Derecho Penal y Control Social* (Cuarta ed.). Jerez: Fundación Universitaria de Jerez.
- Niño Rojas, V. M. (2011). *Metodología de la Investigación* (Primera ed.). Bogotá: Ediciones de la U.
- Orrego Sánchez, C. (2015). Iusnaturalismo Contemporáneo. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, I, 37 - 59.
- Peces Barba, G. (s/f). *Derechos Fundamentales*. Retrieved Diciembre 9, 2020, from <https://tinyurl.com/2ekekjzd>
- Peces-Barba Martínez, G. (2004). *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson.

- Pele, A. (2021, 02 25). *La Dignidad Humana: Modelo Contemporáneo y Modelos Tradicionales*. Retrieved from Dialnet: <https://tinyurl.com/2mf7hw6j>
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2016). La graduación de la pena por debajo del mínimo legal: una defensa principista del Derecho Penal. *Gaceta Jurídica*(80), 34 - 47.
- Polaino Navarrete, M. (2015). *Derecho Penal Parte General* (Primera ed.). Lima: ARA Editores E.I.R.L.
- Prado Saldarriaga, V. R. (2016). *Consecuencias Jurídicas del Delito: Giro punitivo y nuevo marco legal* (Primera ed.). Lima: Idemsa.
- Prieto Sanchís, L. (2007). El Constitucionalismo de los Derechos. In M. Carbonell, *Colección Estructuras y Procesos - Serie Derecho*. Madrid: Editorial Trotta.
- Prieto Sanchís, L. (2018). *Constitucionalismo y Positivismo* (Primera ed.). Perú: Palestra Editores.
- Reyes Gastelú , M. (2019). Pena Privativa de Libertad. In N. Salazar Sánchez, *Comentarios al Código Penal Peruano. Parte General* (Primera ed., pp. 515 - 521). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Reynoso Dávila, R. (1996). *Teoría General de la Sanciones Penales* (Primera ed.). México: Editorial Porrúa S.A.
- Rodríguez Santander, R. R. (2015). Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica en el Estado Constitucional (Tesis doctoral). *Universidad Carlos Tercero de Madrid*. España.
- Roxín, C. (1997). *Derecho Penal Parte General: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito* (Segunda ed., Vol. I). Madrid: Civitas.
- Sáenz, J. (2017). *Metodología de la Investigación en el Derecho* (Primera ed.). Panamá: Jurídica Pujol S.A.
- San Martín Castro, C. (2015). *Derecho Procesal Penal. Lecciones* (Primera ed.). Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
- Sánchez Zorrilla, M. (2011). La Metodología en la Investigación Jurídica: Características Peculiares y Pautas Generales Para Investigar en el Derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*(14), 317 - 358.
- Sánchez Zorrilla, M. (2017). La Versión Básica y Aplicada de la Investigación Jurídica Pura. *Derecho y Cambio Social*, 1 - 24.
- Trujillo, I. (2015). Iusnaturalismo Tradicional, Clásico, Medieval e Ilustrado. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, I, 3 - 35.
- Ureña Carazo, B. (2014). *Derechos Fundamentales Procesales* (Primera ed.). España: Thomson Reuters Aranzadi.

- Villegas Paiva, E. A. (2016). La graduación de la pena por debajo del mínimo legal. *Gaceta Jurídica*(80), 48 - 62.
- Witker Velásquez, J. (2021). *Metodología de la investigación Jurídica* (Primera ed.). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2002). *Derecho Penal: Parte General* (Segunda ed.). Buenos Aires: Ediar.

ANEXOS

1. Casación N.º 2073-2019 – Lambayeque, delito de Tenencia ilegal de municiones.
2. Sentencia condenatoria anticipada - Exp. N.º 00556-2015-1-0601-JR-PE-03, delito de Tenencia ilegal de arma de fuego.
3. Recurso de nulidad N.º 3495-2015 – Ancash, delito de Violación sexual de menor de edad.
4. Recurso de nulidad N.º 761-2018 – Apurímac, delito de Violación sexual de menor de edad.
5. Sentencia contenida en la Resolución número Seis, emitida en el Exp. N.º 01879-2017-1-0601-JR-PE-05, delito de Violación sexual de menor de edad.

ANEXO 1

1. LA TENENCIA ILEGAL DE MUNICIONES COMO DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO; 2. PRINCIPIOS DE CULPABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN LA TENENCIA DE UNA SOLA MUNICIÓN

1. La materialidad de la tenencia ilegal de municiones —previsto en el artículo 279-G del Código Penal— como delito de peligro abstracto, se reprime sin que sea necesario haberse puesto en peligro efectivo o lesionado el bien jurídico, pues su valoración político criminal no se realiza en referencia a la afectación del objeto que representa el bien jurídico ni a su capacidad futura de vulnerarlo, sino sobre la afectación de las condiciones de disposición segura del mismo.

La peligrosidad del delito ya fue establecida por el legislador al momento de tipificar como delito esta conducta, independientemente de la valoración individual que pueda darle cada ciudadano.

2. Este delito prevé una pena privativa de libertad conminada no menor de seis ni mayor de diez años. Sin embargo, desde una interpretación sistemática —en proporcionalidad con los demás tipos penales—, dicha pena es mucho mayor a la que podría imponerse cuando se cause lesiones leves con la utilización de un arma —literal g del numeral 3 del artículo 122 del Código Penal—, sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Para el caso concreto no se tuvo en cuenta la existencia de tal desproporcionalidad normativa y el principio de culpabilidad —tampoco factores específicos en torno a la connotación del comportamiento (la posesión de una sola munición)—. La pena impuesta debe reducirse.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, siete de diciembre de dos mil veintiuno

VISTO: el recurso de casación excepcional formulado por el sentenciado Alex Velásquez Carrasco, contra la sentencia de vista del veinticuatro de octubre de dos mil diecinueve (folios 58 a 67). Dicha sentencia confirmó la de primera instancia, que lo condenó como autor del delito de tenencia ilegal de armas y municiones de guerra (previsto en el artículo 279-G del Código Penal), en agravio del Estado, impuso seis años de pena privativa de libertad, inhabilitación consistente en la incapacidad para

obtener licencia para arma de fuego y fijó en mil quinientos soles el monto de la reparación civil a favor de la parte agraviada.

Intervino como ponente el juez supremo **Guerrero López**.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. IMPUTACIÓN FÁCTICA

El hecho imputado a Alex Velásquez Carrasco se encuentra detallado en el requerimiento de acusación (folios 2 a 11) y consiste en lo siguiente:

[...] el día 10 de mayo de 2017 a las 17:50 horas aproximadamente personal policial del Departamento de Escuadrón Verde de Chiclayo, con participación de la Fiscalía Especializada de Tráfico Ilícito de Drogas de la Ciudad de Chiclayo, contando con el amparo legal de la Resolución Judicial N.º Uno (04147-2017-33-1706-JR-PE-04) expedida por el juez del Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria, se procedió a ingresar al interior del inmueble ubicado en la av. El Ejército N.º 524 del Pueblo Joven 9 de octubre de esta ciudad, en el cual se encontró en el primer ambiente, utilizado como comedor, a la persona de ALEX VELÁSQUEZ CARRASCO a quien al efectuarse el registro personal se le encontró entre otros: una munición calibre 380, la misma que procedió a incautar, según consta en el acta de registro personal e incautación.

II. ITINERARIO DEL PROCESO

2.1. Procedimiento en primera instancia

- El Ministerio Público mediante requerimiento del siete de mayo de dos mil diecinueve, formuló acusación contra Alex Velásquez Carrasco como autor de la comisión del delito contra la seguridad pública, en la modalidad de tenencia ilegal de municiones (previsto en el artículo 279-G del Código Penal), en agravio del Estado, representado por el Ministerio Público. Solicitó se le imponga seis años de pena privativa de libertad efectiva, inhabilitación consistente en incapacidad definitiva para obtener licencia para portar armas de fuego y el monto de mil quinientos soles por concepto de reparación civil a favor de la agraviada.
- El Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Chiclayo llevó a cabo la audiencia de control de acusación el seis de julio de dos mil dieciocho y

en la misma fecha se emitió el auto de enjuiciamiento, ordenando se remita los actuados al Juzgado Unipersonal.

- El Séptimo Juzgado Unipersonal de Chiclayo expidió el auto de citación de juicio del diecisiete de junio de dos mil diecinueve, y señaló para el tres de septiembre de dos mil diecinueve el inicio del juicio oral.
- El juicio oral se realizó en cuatro sesiones y se programó para el dieciséis de julio de dos mil diecinueve la lectura de sentencia.
- La sentencia del dieciséis de julio de dos mil diecinueve, condenó a Alex Velásquez Carrasco como autor del delito de tenencia ilegal de municiones, en agravio del Estado, impuso seis años de pena privativa de libertad, inhabilitación consistente en la incapacidad para obtener licencia para arma de fuego y fijó en mil quinientos soles el monto de la reparación civil a favor de la agraviada.
- El sentenciado Alex Velásquez Carrasco, mediante escrito del treinta y uno de julio de dos mil diecinueve, interpuso recurso de apelación contra la sentencia del dieciséis de julio de dos mil diecinueve, y mediante auto del dieciséis de agosto de dos mil dieciocho, se concedió el recurso y se ordenó elevarse los actuados a la Sala Penal de Apelaciones.

2.2. Procedimiento en segunda instancia

- La Primera Sala de Apelaciones de Lambayeque mediante auto del uno de octubre de dos mil diecinueve programó la audiencia de apelación para el diecisiete de octubre de dos mil diecinueve y se llevó a cabo en solo una sesión, programándose lectura de sentencia para el veinticuatro de octubre de dos mil diecinueve.
- La sentencia de vista del veinticuatro de octubre de dos mil diecinueve, confirmó la sentencia de primera instancia que condenó a Alex Velásquez Carrasco como autor del delito de tenencia ilegal de municiones, en agravio del Estado, impuso seis años de pena privativa de libertad, inhabilitación consistente en la incapacidad para obtener licencia para arma de fuego y fijó en mil quinientos soles el monto de la reparación civil a favor de la agraviada.

- El sentenciado Alex Velásquez Carrasco, mediante escrito del once de noviembre de dos mil diecinueve, interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista del veinticuatro de octubre de dos mil diecinueve, y mediante auto del trece de noviembre de dos mil diecinueve, se concedió el recurso y se ordenó elevarse el cuaderno respectivo a sede suprema.

2.3. Procedimiento en instancia suprema

- Este Tribunal Supremo, mediante decreto del diecinueve de marzo de dos mil dos mil diecinueve, señaló fecha para la calificación del recurso de casación. Y mediante auto del doce de abril de dos mil veintiuno, se declaró bien concedido el recurso propuesto por el sentenciado Alex Velásquez Carrasco.
- Instruidas las partes procesales de la admisión del recurso de casación, mediante decreto del quince de octubre de dos mil veintiuno, se señaló como fecha para la audiencia de casación el once de noviembre del presente año.
- La audiencia se realizó con la presencia de la defensa técnica de Alex Velásquez Carrasco, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta y tras su votación, corresponde dictar la presente sentencia casatoria, cuya lectura se programó en la fecha.

III. MOTIVO DE LA CONCESIÓN DEL RECURSO

3.1. Este Tribunal Supremo, mediante Ejecutoria Suprema del veintiséis de abril de dos mil veintiuno, declaró bien concedido el recurso de casación para desarrollo de doctrina jurisprudencial, en concordancia con las causales previstas en los numerales 3 y 5 del artículo 429 del Código Procesal Penal —más no por numeral 1—, para la correcta interpretación del delito de tenencia ilegal de municiones y determinar el supuesto apartamiento de la Sala Superior de criterios precedentes de esta Corte Suprema.

3.2. Los temas propuestos para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, son:

- ¿La tenencia de una sola munición contiene sustento de tipicidad?
- ¿Por los principios de lesividad, proporcionalidad y fines de la pena resulta posible la aplicación de una condena suspendida en su ejecución, ante la inexistencia del peligro inminente?

IV. FUNDAMENTOS DEL CASACIONISTA

- 4.1.** Las sentencias de mérito inobservaron el debido proceso, pues se basaron en el Dictamen Pericial de Balística N.º 681-2017 y en la declaración del perito que lo elaboró, cuando precisó que la munición se encuentra en regular estado de conservación y en un buen estado de funcionamiento; pero, no consideraron que la munición por sí sola sin elemento arma no causa ningún daño a la sociedad; de modo que, en los delitos de peligro abstracto, el peligro debe ser inminente.
- 4.2.** El acta de intervención no fue suscrita por el recurrente, puesto que no reconocía como suya la munición que se describió en el documento, y que los efectivos policiales lo "sembraron", como se demuestra con las declaraciones contradictorias prestadas por los policías en el juicio oral, que no cumplen con el Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116.
- 4.3.** La posesión de una sola munición no podría configurar el delito imputado, al no poder por sí sola lesionar el bien jurídico tutelado como es causar daño y peligro a la sociedad, conforme a lo descrito en el artículo IV, del Título Preliminar, del Código Penal.
- 4.4.** Se apartó de la doctrina establecida en los Recursos de Nulidad N.ºs 1357-2015/Lima —es nula la condena por el delito de tenencia ilegal de arma si es que no se logró determinar el principio de lesividad—, 2316-2015/Lima y 1392-2015/Lima —el simple hallazgo de dos proyectivos no genera un riesgo típico, además, una conducta será típica cuando produzca una perturbación social en sentido objetivo—. En el presente caso, no existe esa relevancia social como para imponer una pena de 6 años privativa de libertad, conforme precisó el perito balístico Delfor Muro Gamarra; tampoco se demostró la temporalidad de la posesión de la munición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

V. ASPECTOS DOCTRINALES

5.1. La tipicidad y el principio de lesividad en los delitos de peligro abstracto

El principio de lesividad está reconocido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, en virtud al cual la imposición de la sanción penal requiere que la conducta incriminada haya lesionado o puesto en peligro el bien jurídico protegido¹. Este planteamiento no tiene mayor cuestionamiento en el plano conceptual, siendo lo problemático la existencia, en la realidad, de ciertos contrastes o incompatibilidad² con la forma de tipificación de los delitos de peligro abstracto.

Los delitos de peligro abstracto reprimen conductas caracterizadas por su peligrosidad en general, sin que sea necesario haberse puesto en peligro efectivo o lesionado algún objeto que represente al bien jurídico. Surgen como consecuencia lógica de una sociedad con conciencia de los riesgos derivados de su complejidad organizativa, teniendo como fundamento material la necesidad de adaptar las finalidades político-criminales a las particularidades de la realidad social³.

Debe reconocerse que recurrir a los delitos de peligro abstracto implica cierta ruptura de la formulación clásica del principio de lesividad, sin embargo, es característica del derecho penal —con rigor a tener vigencia real— adaptar sus categorías dogmáticas a las nuevas características de la realidad social que así lo exigen. De hecho, el tránsito violento de la compleja sociedad de nuestros tiempos hace que los sistemas penales paulatinamente abandonen el paradigma de la lesión y asuman el concepto de necesidad común y paralela con los delitos de peligro. Es por eso que los delitos de peligro abstracto son necesarios e inevitables

¹ Villavicencio Terreros, Felipe. *Derecho penal. Parte general*. 1er ed. Lima: Grijle, 2006, p. 94

² Alcócer Povis, Eduardo. *Introducción al derecho penal*. Lima: Jurista editores, 2018, pp. 54-55.

³ García Cavero, Percy. *Derecho penal. Parte general*. 3era. ed. Lima: Ideas, 2019, pp. 124-125-126 (Cita a Feijó, Jakobs y Roxín)

como correlato de la modernización del derecho penal, aunque sin duda siempre existirán límites razonables.

Siendo así, la valoración político – criminal que se realiza del peligro, como sustento de su incriminación, no se realiza en referencia a la afectación del objeto que representa el bien jurídico protegido ni a su capacidad futura de vulnerarlo, sino, sobre la afectación de las condiciones de disposición segura del mismo.

En esa línea, el Estado al momento de determinar los delitos de peligro abstracto asume la administración de los riesgos y precisa cuando alguien está infringiendo la expectativa social de actuar sin perjuicio para otros, aunque individualmente el sujeto no lo crea así⁴. Se trata entonces, de un peligro ex ante establecido por el legislador.

En ese sentido, la estructura típica del peligro abstracto no supone en ningún extremo la vulneración al principio de lesividad.

5.2. El delito de fabricación, comercialización, uso o porte de armas

El delito de fabricación, comercialización, uso o porte de armas se encuentra tipificado en el artículo 279-G del Código Penal, que señala:

Artículo 279-G. Fabricación, comercialización, uso o porte de armas

El que, sin estar debidamente autorizado, fabrica, ensambla, modifica, almacena, suministra, comercializa, trafica, usa, porta o tiene en su poder, armas de fuego de cualquier tipo, municiones, accesorios o materiales destinados para su fabricación o modificación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años, e inhabilitación conforme al inciso 6 del artículo 36 del Código Penal.

[...]

Este tipo penal tiene como bien jurídico a la seguridad pública y específicamente la seguridad de la comunidad frente a los riesgos de la libre circulación y tenencia de armas⁵ —lo que incluye bienes similares calificados

⁴ *Idid.* p. 128.

⁵ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho penal. Parte especial*. Lima: Editorial IDEMSA, Tomo III, p. 567.

como bombas, municiones, materiales explosivos, entre otros—. Así se ha establecido a nivel legislativo el grave riesgo y peligro⁶ sobre instrumentos aptos para herir o matar se hallen en manos de particulares, sin la fiscalización y el control que implica la expedición estatal de la oportuna licencia.

Asimismo, conforme se estableció en la Casación N.º 1522-2017/Lambayeque, este tipo penal es un delito de mera actividad, de carácter formal, de peligro abstracto y permanente, que genera un riesgo para un número indeterminado de personas y no se exige un resultado concreto alguno ni producción de daño.

Debe tenerse en cuenta que los parámetros típicos consistentes en **“sin estar debidamente autorizado”** constituye un presupuesto básico para la sanción de este tipo penal, siendo la norma administrativa la que establece las condiciones para la legalidad de la tenencia o posesión del arma de fuego, municiones, accesorios y otros determinados en el tipo penal.

Ahora bien, con relación al comportamiento típico, se tiene que incluye una diversidad de modalidades y objetos de comisión, siendo **“portar” y “tiene en su poder”**, los verbos rectores que adquieren relevancia en el presente caso. La primera se debe entender como la conducta de trasladar el objeto de una parte a otra y en uno mismo, mientras la segunda importa una relación medial de posesión con los materiales o instrumentos peligrosos, no es necesario que esté en manos de quien la posee, sino dentro de su órbita potestativa⁷.

Con relación al objeto, sin ingresar a detallar el concepto de cada uno, en suma, su importancia radica en las condiciones sobre su funcionamiento, por cuanto, sobre ellos recae el peligro que materializa este tipo penal.

⁶ En la Nulidad N.º 1082-2019/Lima Norte, se precisó que detrás de la penalización de este delito, se tiene: i. El quiebre de trámites administrativos para la obtener una licencia para un fin lícito determinado; ii. Los mecanismos y el fomento del mercado negro de estos objetos; iii. La posesión en personas sin el control psicológico o con conocimientos mínimos para su manipulación; y vi. El empleo en fines no determinados.

⁷ Vargas Meléndez, Rikell. *El delito de tenencia ilegal de armas de fuego*. Lima: Iustitia, 2020, p. 115-117.

5.3. El principio de culpabilidad

En un caso como el que nos ocupa es insoslayable analizar el principio de culpabilidad. El derecho penal se ha basado durante una gran parte de su historia en la causación del hecho. La mera causación provocaba la responsabilidad penal, sin que se tuvieran en cuenta las circunstancias de la persona. Sin embargo, en la actualidad se considera que la mera producción causal del hecho no es suficiente para establecer la responsabilidad penal⁸.

El principio de culpabilidad tiene una doble faceta en la que despliega toda su capacidad funcional. Por una parte, como legitimadora de la pena —no hay pena sin culpa, está proscrita la responsabilidad objetiva: artículo VII del Título Preliminar del Código Penal— y, por otra parte, como medida de la pena⁹.

Así, como medida de la pena¹⁰, el principio de culpabilidad tiene las siguientes consecuencias:

- a) La culpabilidad permite establecer graduaciones.
- b) El principio de culpabilidad impide que con fundamento en las necesidades de prevención (general o especial) se imponga una pena más grave de la medida de la culpabilidad. En efecto, aunque por razones de prevención se considere la conveniencia de imponer una pena concreta, esta nunca podrá ser impuesta si supera la gravedad de la culpabilidad. [...] De esta manera el principio de culpabilidad sirve para limitar excesos en las penas cuando se presentan (o cuando meramente se afirman) razones de prevención.

El Tribunal Constitucional ha sido claro al reconocer dicha implicancia como un principio constitucional (STC Exp. N.º 014-2006-AI/TC) al sostener que “en el momento de la individualización de la pena, el principio de

⁸ Barja de Quiroga, Jacobo. Tratado de derecho penal Parte general. Tomo I-A. 2da ed. España: Civitas, 2018, pp. 168.

⁹ Ibid. pp. 168 a 169.

¹⁰ Ibid. pp. 170 a 171.

culpabilidad exige que la sanción sea proporcional al hecho cometido" (fundamento 26).

5.4. Proporcionalidad en la determinación judicial de la pena

El principio de proporcionalidad se erige como una garantía indispensable para evitar el uso abusivo del poder punitivo¹¹, tanto al momento de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y como el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del *ius puniendi*¹².

En esa línea, en términos de la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2018/CIJ-433, el principio de proporcionalidad rechaza el establecimiento de conminaciones legales (proporcionalidad en abstracto) y la imposición de penas (proporcionalidad en concreto) que carezca de valoración con el hecho cometido, contemplado este desde la gravedad del injusto y la de la pena.

Así, el principio de proporcionalidad se debe analizar a partir de sus sub principios:

- i. Desde su idoneidad, el tipo penal debe procurar la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes, y cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución.
- ii. Desde su necesidad, la pena debe permitir alcanzar fines de protección, siendo innecesaria cuando del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo.

¹¹ García Caverro, Percy. Ob. cit. p. 186.

¹² Etcheberry Orthusteguy, Luis Alfredo. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. 3er ed. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 1997, p. 35.

- iii. Desde su estricta proporcionalidad, la norma debe guardar equilibrio entre la entidad del delito y la entidad de la pena, proscribiendo los desequilibrios patentes o irrazonables entre la sanción y la finalidad de la norma.

Debe tenerse en cuenta que el legislador goza de la potestad exclusiva para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporcionalidad entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. En ese sentido, el ejercicio de esta potestad se ejerce dentro del valor de justicia propio de un Estado Constitucional y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona¹³.

Al respecto, si bien es cierto que en la referida Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2018/CIJ-433 del dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho, se estableció que no es posible, crear pretorianamente circunstancias, causales de disminución de punibilidad o reglas por bonificación procesal al margen de la legalidad (constitucional, convencional y ordinaria) —sin fundamento jurídico expreso—, tanto más si el principio de legalidad penal impide resultados interpretativos contrarios o no acordes con el ordenamiento, ello fue porque en la sentencia evaluada se había producido una inclusión de “factores” no contemplados en la ley y la mención a un “control de proporcionalidad de la atenuación” que no son de recibo¹⁴.

¹³ Fundamento 17 de la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2018/CIJ-433.

¹⁴ En efecto, por esa razón, en el fundamento 25 de la sentencia plenaria aludida se expresa: “La Sentencia Casatoria vinculante N.º 335-2015/Santa, de uno de junio de dos mil dieciséis, objeto de examen plenario, a los efectos de “Determinar el *quantum* de la pena aplicable al caso de autos —edad de la víctima cercana a los catorce años de edad, minoría relativa de edad del agente delictivo y relación sentimental entre ambos—”, aplicó lo que denominó “control de proporcionalidad de la atenuación” y ponderó cuatro componentes, que tituló “factores”: 1. Ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual, en que medió consentimiento de parte de la agraviada. 2. Proximidad de la edad del sujeto pasivo a los catorce años de edad —la víctima, en el caso concreto, contaba con trece años y veinticinco días de edad—. 3. Afectación psicológica mínima de la víctima —la pericia psicológica no ha de comprobar daño psicológico alguno—. 4. Diferencia etaria entre el sujeto activo y pasivo —en ese caso existía una diferencia de seis años de edad entre ambos: ella trece años y él diecinueve años—”.

Tal aseveración de meridiana trascendencia y de reconocido consenso, es por cierto diferente a la posibilidad de evaluación de incoherencias insoslayables existentes en el sistema punitivo, lo que es acorde con la afirmación consistente en que el principio de proporcionalidad tiene un doble destinatario¹⁵: el **poder legislativo** —que ha de establecer penas proporcionadas, en abstracto, a la gravedad del delito— y el **poder judicial** —las penas que los jueces impongan al autor del delito han de ser proporcionadas a la concreta gravedad de este—.

VI. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Sobre la configuración de la tenencia de municiones

- 6.1. La sentencia del dieciséis de julio de dos mil diecinueve y la sentencia de vista confirmatoria del veinticuatro de octubre de dos mil diecinueve, determinaron que el día diez de mayo de dos mil diecisiete a las 17:50 horas, personal policial y la Fiscalía Especializada de Tráfico Ilícito de drogas ingresó por orden judicial al inmueble ubicado en la av. El Ejercito N.º 524 Pueblo Joven 9 de octubre – Chiclayo, e intervino a Alex Velásquez Carrasco, quien al realizarle el registro persona se halló en su canguro una munición calibre 380 —conforme el acta de registro personal e incautación—, y que la misma se encontraba en buen estado de conservación y funcionamiento —conforme al Dictamen Pericial Balístico Forense N.º 681/2017.
- 6.2. Ambas sentencias consideraron que el delito de tenencia ilegal de municiones es un delito de peligro abstracto, en consecuencia, que para su consumación era suficiente con acreditarse que el sentenciado tenía en su poder la munición, en estado operativo, y sin tener la autorización correspondiente, condenando a Alex Velásquez Carrasco a seis años de pena privativa de libertad.
- 6.3. Por su parte, el recurrente interpuso recurso de casación pues considera que la posesión de una sola munición no podría configurar el delito

¹⁵ Fundamento 15 de la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2018/CIJ-433.

imputado, al no poder por sí sola lesionar el bien jurídico tutelado como es causar daño y peligro a la sociedad —referido al primer tema propuesto—.

- 6.4.** Sobre el particular, conforme a los fundamentos 5.1 y 5.2 de la presente, la materialidad de la tenencia ilegal de municiones —delito de fabricación, comercialización, uso o porte de armas previsto en el artículo 279-G del Código Penal— como delito de peligro abstracto, se reprime sin que sea necesario haberse puesto en peligro efectivo o lesionado el bien jurídico, pues su valoración político criminal no se realiza en referencia a la afectación del objeto que representa el bien jurídico ni a su capacidad futura de vulnerarlo, sino sobre la afectación de las condiciones de disposición segura del mismo.
- 6.5.** En ese sentido, la peligrosidad de la tenencia ilegal de municiones ya fue establecida en este caso por el legislador al momento de tipificar como delito esta conducta, independientemente de la valoración individual que pueda darle cada ciudadano. Por lo tanto, el cuestionamiento a la tipicidad del delito imputado al recurrente, no es de recibo.
- 6.6.** En esa línea y en relación al supuesto apartamiento de doctrina jurisprudencial establecida en los Recursos de Nulidad N.º 1357-2015/Lima, 2316-2015/Lima y 1392-2015/Lima, se aprecia que ninguna de la Ejecutorias Supremas citadas tiene la calidad precedente vinculante. De modo que, el presente recurso por la causal del numeral 5 del artículo 429 del Código Procesal Penal no se configura.

Sobre la determinación judicial de la pena

- 6.7.** Por otro lado, en relación a la pena impuesta a Alex Velásquez Carrasco, atendiendo al principio de proporcionalidad aplicado a la pena abstracta y la individualización de la pena concreta, se advierte un desequilibrio irracional —criterio de la proporcional en sentido escrito conforme al fundamento 5.4. de la presente— al haberse impuesto, seis años de pena privativa de libertad efectiva ante la comisión del delito imputado con la posesión de una sola munición.

Esta evidente desproporcionalidad se advierte por una notoria incoherencia sistemática que se refleja en el hecho que la pena básica en el delito de tenencia ilegal de municiones —delito de fabricación, comercialización, uso o porte de armas previsto en el artículo 279-G del Código Penal— tiene una pena privativa de libertad conminada no menor de seis ni mayor de diez años. Sin embargo, —resintiendo el propio principio de culpabilidad por el hecho—, se puede constatar que dicha pena es mucho mayor a la que podría imponerse cuando se cause lesiones leves con la utilización de un arma —literal g del numeral 3 del artículo 122 del Código Penal—, sancionado con privación de libertad no menor de tres ni mayor de seis años, lo que constituye un inexplicable contrasentido. Así, seguir formalista e irreflexivamente solo el criterio legalista en este caso para la imposición de la pena, nos llevaría insoslayablemente a una situación de carencia de tutela efectiva e inexistencia de justicia material por error obvio del legislador.

En efecto, ello conllevaría a otorgar mayor significado al desvalor del peligro ante la posesión de una sola munición, que cuando ese peligro se convierta en resultado afectando la salud —lesiones leves— y además se posea un arma.

De hecho, la Corte Suprema ya solucionó una dificultad de incoherencia similar en el caso de los delitos sexuales en el Acuerdo Plenario N.º 7-2007/CJ-116¹⁶, del dieciséis de noviembre de dos mil siete.

6.8. Siendo así, al momento de determinarse la pena impuesta a Alex Velásquez Carrasco, no se tuvo en cuenta la existencia de tal desproporcionalidad normativa —tampoco factores específicos en torno a la gravedad del comportamiento (la posesión de una sola munición)— y el principio de culpabilidad en su dimensión referida a la medida de la pena. En

¹⁶ En el fundamento 10 señaló lo siguiente: “En ese contexto es pertinente sostener que si el legislador reprime con penas privativas de libertad no mayores de seis años las relaciones sexuales que mantiene el agente con el sujeto pasivo cuando media para ello engaño, contraprestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, el órgano jurisdiccional no debe tratar con mayor severidad —por lo contradictorio e implicante que ello significaría desde las propias normas penales vigentes— a quien realiza prácticas sexuales con una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad que preste su pleno consentimiento para dicha relación sin que medie ninguna presión o vicio de conciencia”.

consecuencia, el *quantum* de la pena impuesta carece de razonabilidad para el hecho imputado y debe reducirse legítimamente.

- 6.9.** En ese sentido, este Supremo Tribunal, en el presente caso, considera que la pena concreta a imponerse a Alex Velásquez Carrasco debe ser tres años de pena privativa de libertad, que se ajusta al extremo mínimo de la pena que se impondría en supuesto de haberse causado lesiones leves con la utilización de un arma.

No obstante, al considerar que el sentenciado viene cumpliendo la pena impuesta en las instancias de mérito desde el doce de junio de dos mil veinte —conforme a la parte resolutive de la sentencia de primera instancia— a la fecha ha transcurrido un año, cinco meses y veintiséis días de su condena, debiendo tenerse por compurgada la pena por ese periodo, encontrándose por cumplir un año, seis meses y cuatro días de esta pena.

- 6.10.** Ahora bien, cuando se imponen penas de corta de duración —como la que tenemos en el presente caso—, nuestro ordenamiento jurídico vigente establece sanciones alternativas a la pena privativa de libertad —artículo 31 y siguientes del Código Penal—, como la aplicación de penas limitativas de derechos que contribuyen en mayor medida a la resocialización del imputado y, sobre todo, permiten la retribución del daño causado en favor del Estado.

- 6.11.** En ese sentido, se considera viable la conversión de la pena privativa de libertad —pendiente de cumplir— por prestación de servicios a la comunidad, cuya posibilidad se encuentra regulada en el artículo 52-A del Código Penal, siendo la conversión a razón de siete días de pena privativa de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad.

- 6.12.** Con lo expuesto, se tiene que, un año, seis meses y cuatro días de pena privativa de libertad equivalen a setenta y ocho jornadas de prestación de servicios a la comunidad. Por lo que, deberá cumplirlas en la Unidad Beneficiaria que determine el juez competente en el marco de la

ejecución de la sentencia, considerando el artículo 6 y, en lo que fuera pertinente, del Decreto Legislativo N.º 1191 y su reglamento.

6.13. Por tanto, se demuestra que la Sala Penal de Apelaciones realizó, en el presente caso, una indebida aplicación del marco penal previsto para el delito de tenencia ilegal de municiones; en consecuencia, se configura la causal regulada en el inciso 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

- I. **DECLARARON FUNDADO EN PARTE** el recurso de casación excepcional interpuesto por el sentenciado Alex Velásquez Carrasco, por la causal prevista en el numeral 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, por una indebida aplicación del marco penal previsto en el primer párrafo del artículo 279-G.
- II. **CASARON** la sentencia de vista del veinticuatro de octubre de dos mil diecinueve (folios 58 a 67), que confirmó la sentencia de primera instancia en el extremo que impuso a Alex Velásquez Carrasco seis años de pena privativa de libertad, por el delito de tenencia ilegal de municiones (previsto en el primer párrafo del artículo 279-G del Código Penal), en agravio del Estado; y actuando como **SEDE DE INSTANCIA, REVOCARON** la referida pena impuesta y **REFORMÁNDOLA** imponen tres años de pena privativa de libertad, siendo así, declaran **COMPURGADA** la pena de un año, cinco meses y veintiséis días y **CONVIRTIERON** un año, seis meses y cuatro días de pena privativa de libertad a la **pena de 78 jornadas** de prestación de servicios a la comunidad, la que será ejecutada, en la forma establecida por la ley, bajo los apremios legales por el juez competente.
- III. **ORDENARON** la inmediata libertad de Alex Velásquez Carrasco, siempre y cuando no existan órdenes dictadas en su contra emanadas de autoridad competente, para cuyos efectos debe oficiarse en el día al órgano jurisdiccional de origen.

IV. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a los no recurrentes; y se publique en el diario oficial *El Peruano*.

V. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

ISGL/jcht

ANEXO 2



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Expediente penal n.º 00556-2015-1-0601-JR-PE-03

Imputado : José Santos Vásquez Vásquez
Agravado : El Estado (Ministerio del Interior)
Delito : Contra la seguridad pública (tenencia ilegal de arma de fuego)
Materia : Requerimiento de terminación anticipada
Juez : Mario Lohonel Abanto Quevedo
Especialista : Karin Danixa Vigo Portal

RESOLUCIÓN NÚMERO DOS SENTENCIA CONDENATORIA ANTICIPADA

Cajamarca, uno de agosto de 2016

I. ANTECEDENTES

La Fiscal Provincial María Fernanda Chicoma Bazán, del Tercer Despacho de Investigación de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Cajamarca, solicitó por escrito (presentado el 14 de julio de 2016: pág. 51) la terminación anticipada del proceso penal seguido contra José Santos Vásquez Vásquez por la presunta comisión del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, tipificado en el artículo 279 del Código Penal, en agravio del Estado representado por el Ministerio del Interior.

Este pedido generó la emisión de la primera resolución judicial, el 15 de julio de 2016 (pág. 58) con la que se trasladó el pedido al Ministerio del Interior, notificado por correo electrónico el 20 de julio de 2016 (pág. 59). Sin haberse formulado oposición por escrito, se realizó la audiencia del caso, exponiendo la Fiscalía los términos del acuerdo, interviniendo la defensa del imputado y este, aceptando los cargos y responsabilidades anejas. La decisión del caso se difirió para esperar la expresión institucional del Ministerio del Interior, otorgándosele el plazo correspondiente. Al culminar este, sin oposición del agraviado, se emite esta sentencia anticipada por escrito, de acuerdo a los requisitos para las sentencias condenatorias que establece el artículo 399 del Código Procesal Penal.

II. CONSIDERACIONES

§1. El pedido de terminación anticipada

Primera.- De la revisión de este expediente y del requerimiento formulado así como de su sustentación por la representante del Ministerio Público, sobre la base de los documentos adjuntos que presentó esta última, se solicita declarar la procedencia de la aplicación de la



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

terminación anticipada y se apruebe el acuerdo preliminar total alcanzado con José Santos Vásquez Vásquez, a quien se le atribuye la presunta comisión del delito de tenencia ilegal de arma de fuego en agravio del Estado, representado por el Ministerio del Interior.

Segunda.- El proceso de terminación anticipada está regulado en el Código Procesal Penal y en sus aspectos esenciales, está suficientemente desarrollado en el Libro V, sección V, artículos 468 al 471 del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo n.º 957). El Acuerdo Plenario n.º 5-2009/CJ-116 establece en su fundamento jurídico 19, que la terminación anticipada tiene «la función de acortar los tiempos procesales y evitar las etapas procesales comunes intermedia y de enjuiciamiento».

La terminación anticipada es un proceso penal especial y autónomo, pero también una forma de simplificación procesal, que se encuentra basada en el principio de consenso y procura evitar juzgamientos innecesarios. Es, además, uno de los exponentes de la justicia penal negociada y no una mera incidencia o un proceso auxiliar dependiente del principal. En este contexto, el proceso de terminación anticipada importa la aceptación del hecho punible objeto de proceso penal por el imputado y la posibilidad de negociación acerca de sus circunstancias, la pena, la reparación civil y las consecuencias accesorias, pues así fluye de lo dispuesto en el artículo 468 incisos cuatro y cinco del Código Procesal Penal. Este instituto es aplicable para todo tipo de delitos -ámbito de aplicación general- y sus reglas están sometidas a una pauta unitaria.

Siguiendo ese orden de ideas, el proceso de terminación anticipada atraviesa varias etapas o fases, que van desde la calificación de la solicitud de terminación anticipada (fase inicial), hasta la realización de la audiencia respectiva (fase principal) y la consecuente emisión de la decisión resolutoria correspondiente, que puede ser un auto desaprobatorio del acuerdo o una sentencia anticipada (fase decisoria). Es claro, por lo demás, que la audiencia preparatoria es privada, lo cual es consecuencia del carácter de publicidad relativa de la investigación preparatoria y constituye, desde la perspectiva del imputado, uno de los efectos benéficos de este proceso especial, para que no se ventile públicamente; pero también, porque si no se llega a un acuerdo o este no se aprueba, el imputado tiene la garantía de que su declaración se tendrá como inexistente y no podrá ser utilizada en su contra (artículo 470 del Código Procesal Penal).

Dentro de la función del Juez durante el desarrollo del proceso, se encuentra el examen de admisibilidad y procedencia, de control y revisión de si el imputado tiene el debido conocimiento de los alcances y consecuencias del acuerdo y que su consentimiento se produzca de manera libre, voluntaria, sin presiones o amenazas, informado, con ejercicio



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

de asesoría legal y conociendo a lo que se somete. Además, el Juez controla la legalidad del acuerdo, la razonabilidad de la pena y expide la decisión que corresponda.

Tercera.- El control de legalidad del acuerdo que debe realizar el Juez se expresa en tres planos diferentes:

- a) El ámbito de la tipicidad o calificación jurídico penal, en relación a los hechos objeto de la causa y a las circunstancias que rodean al hecho punible;
- b) El ámbito de la legalidad de la pena y, en su caso, a su correspondencia con los parámetros, mínimo y máximo, que fluyen del tipo legal aplicado y de las circunstancias modificativas de la responsabilidad -esto es lo que se denomina «pena básica»-. También el juicio de legalidad alcanza al respeto de los ámbitos legalmente definidos de la reparación civil -en este extremo prima por completo la disposición sobre el objeto civil- y de las consecuencias accesorias; y,
- c) La exigencia de una suficiente actividad indiciaria.

Ello implica la necesidad de que las actuaciones o diligencias de la investigación permitan concluir que existe base suficiente -probabilidad delictiva- (i) de la comisión de los hechos imputados y de su vinculación con el imputado y (ii) que están presentes todos los presupuestos de punibilidad y perseguibilidad.

Siendo así, el Juez debe desaprobar el acuerdo si advierte la inexistencia de los hechos, la atipicidad de la conducta atribuida u otra situación similar. Lo correcto en estos casos es que, rechazado el acuerdo, los cargos se diluciden en el proceso común. No es correcto, en atención al ámbito restringido del control jurisdiccional del acuerdo, que se busque una absolución o una decisión que resuelva un objeto distinto al juicio sobre la validez y eficacia jurídica del acuerdo objeto de control jurisdiccional.

Así mismo, el Juez deberá desaprobar el acuerdo si advierte que el *quántum* de la pena acordada no supera el control de legalidad o que la razonabilidad de la pena o su condición (suspendida o efectiva) no es lícita.

§2. El caso por el que se solicita terminación anticipada

Cuarta.- Según se desprende de la investigación y de lo expuesto en audiencia, el Ministerio Público ha señalado que el día 25 de diciembre de 2014, José Santos Vásquez Vásquez se encontraba tomando licor con sus amigos por la intersección de los jirones



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Emancipación y Beato Masías de esta ciudad y cerca de las 18:00 horas otro grupo que también bebía licor por el lugar, les agredió con botellas, por lo que procedieron a retirarse en una mototaxi de color azul con placa de rodaje B2-6307.

Luego, al tomar conocimiento de la gresca, la Policía Nacional hizo patrullaje por las inmediaciones, interviniendo en la primera cuadra del Jr. República, al acusado José Santos Vásquez Vásquez, quien portaba en la manga izquierda de su casaca de cuero, un arma de fuego hechiza, con cache de madera rota e inscripción «Fábrica de armas Chamber CAL.16 USA» en regular estado de conservación y normal funcionamiento.

Finalmente, se realizó el examen de absorción atómica al imputado, con resultado negativo a disparos de arma de fuego y la SUCAMEC informó que este no tenía licencia para portar arma de fuego.

Durante el desarrollo de la audiencia de terminación anticipada, el imputado luego de haber escuchado los cargos en su contra y de haber sido informado por el Juez sobre los alcances y consecuencias del proceso y del entendimiento de ello; ha admitido su participación, aceptó el cargo imputado y su responsabilidad penal y civil.

Quinta.- Por otro lado, según se aprecia del Acta de Acuerdo Provisional de Terminación Anticipada (pág. 44) la representante del Ministerio Público, el imputado José Santos Vásquez Vásquez y su abogada defensora, han arribado a un acuerdo respecto de la pena y reparación civil a imponer, acuerdo que también se le ha puesto en conocimiento al agraviado y sobre el que el imputado ha reiterado su conformidad en audiencia.

Atendiendo a ello, se concluye que se ha dado el trámite adecuado al proceso de terminación anticipada que ha sido solicitado, correspondiendo por tanto emitir la decisión judicial respectiva, realizando los controles y análisis judiciales necesarios para la aprobación o no del acuerdo planteado.

Sexta.- Pese al acuerdo arribado y al reconocimiento de la responsabilidad del imputado, el Juez debe analizar la existencia de elementos de convicción suficientes que permitan establecer su responsabilidad y la necesidad de imponer la sanción penal que corresponda. Al respecto tenemos que no se hace necesario un análisis exhaustivo de los elementos de convicción, pero sí de su suficiencia para justificar la razonabilidad del acuerdo arribado entre las personas litigantes, ya que la valoración judicial para homologar el acuerdo resulta distinta a la valoración y apreciación de los actos de prueba que se realizan en un proceso común.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Así tenemos que se cuenta con los siguientes elementos de convicción acopiados en la carpeta fiscal (se citan las páginas), que establecen la responsabilidad del imputado:

- 1.- Acta de intervención policial n.º 3322-14 FRENPOL/DEPUNEME que da cuenta de la intervención realizada al acusado ante el llamado por una gresca en la que se produjeron disparos, incautándole el arma descrita.
- 2.- Acta de registro personal e incautación hecha el 25 de diciembre de 2014, respecto al acusado y el arma que le fue encontrada.
- 3.- Acta de declaración del imputado José Santos Vásquez Vásquez quien describe qué hacía el día en que fue intervenido por la Policía Nacional y admite no contar con autorización para porta armas de fuego.
- 4.- Acta de lectura de derechos al imputado
- 5.- Dictamen Pericial de Balística Forense n.º 198/14, en el que se concluye que el arma de fuego incautada se halla en regular estado de conservación y normal funcionamiento, habiendo sido empleada para efectuar disparos.
- 6.- Dictamen Pericial n.º 226-2014 que dio como resultado negativo para plomo, antimonio y bario, es decir, José Santos Vásquez Vásquez no habría utilizado el arma de fuego
- 7.- Oficio 1054-2015-SUCAMEC-GAMAC del 22 de enero de 2015 que informa que el investigado José Santos Vásquez Vásquez no cuenta con licencia para portar armas
- 8.- Oficio n.º 1073-2015-RDJ-USJ-GAD-CSJCA-PJ mediante el cual se informa que el acusado no registra antecedentes penales

Además, el Ministerio Público precisó en la audiencia que el monto de reparación civil será de un mil soles, siendo que el imputado José Santos Vásquez Vásquez lo canceló íntegramente el mismo día de la audiencia, presentando la constancia de depósito judicial n.º 2016076104686.

Todos estos elementos hacen concluir que los hechos se subsumen en el delito que ha sido materia de investigación, que es el delito de tenencia ilegal de arma de fuego, tipificado en el artículo 279 del Código Penal, pues el imputado fue intervenido estando en posesión de un arma de fuego, sin estar debidamente autorizado para portarla.

§3. Alcances del acuerdo de terminación anticipada

Sétima.- En relación al acuerdo respectivo, la representante del Ministerio Público ha señalado que el delito de tenencia ilegal de arma de fuego es sancionando con no menos de seis ni más de quince años de pena privativa de la libertad y que para determinar la pena tuvo en cuenta la división por tercios impuesta por la Ley n.º 30076. Por eso, al concurrir únicamente una circunstancia atenuante, esto es, la inexistencia de



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

antecedentes penales, de conformidad al artículo 45-A.2.a) del Código Penal¹ la pena deberá acordarse en el tercio inferior, es decir, entre seis y nueve años, pero que en atención a que concurre una circunstancia atenuante genérica y ninguna agravante, la pena a imponerse sería la del extremo mínimo de ese tercio inferior, es decir, seis años de pena privativa de libertad.

Si bien la pena que corresponde al imputado debería fijarse en el tercio inferior de la pena básica, aplicando únicamente (por aparente suficiencia) lo previsto en los artículos 45 y 45-A del Código Penal vigente, la Fiscal invocó los principios de humanidad y proporcionalidad de las penas, porque la conminación y concreción de las sanciones penales deben cumplir con exigencias mínimas de certeza y razonabilidad que aseguren una penalidad justa y equilibrada para cada tipo de delito. Sobre el principio de humanidad dijo que presupone «que todas las relaciones humanas, personales y sociales que surgen de la justicia en general y de la justicia penal en particular, deben configurarse sobre la base del respeto a la dignidad de la persona, a lo que ha de añadirse su consiguiente derecho al pleno desarrollo de la personalidad²».

Luego, propuso la Fiscal considerar que «en el caso del delito cometido por Vásquez Vásquez José Santos, a fin de acordar la pena concreta y hacer que esta sea justa y proporcional, debemos analizar, primero que no se trata de un delincuente peligroso que requiera tratamiento penitenciario en carcelería, ya que es una persona que se dedica a ser chofer, que no cuenta con un historial relacionado a la infracción de las normas de pacífica convivencia, además de ello debemos tener en cuenta las circunstancias particulares de su intervención en posesión del arma de fuego, pues ha quedado claro en la investigación fiscal que el investigado desconoce el uso de armas de fuego y que no ha realizado ningún disparo, conforme se aprecia del Dictamen Pericial n.º 226-2014 que dio como resultado negativo para plomo, antimonio y bario, es decir, no habría utilizado el arma de fuego. Que en este sentido, el arma incautada no habría sido utilizada para amenazar o intimidar a alguna persona, sino que el investigado tenía el arma en el interior de su casaca de cuero, conforme lo señala en el Acta de Registro Personal que le fuera realizado, y que el único fin por el cual portaba un arma de fuego era por seguridad personal, pues éste en su labor de taxista ha sido víctima de asalto en la noche, no siendo entonces la finalidad de realizar actos delictivos, según su versión».

Octava.- La propuesta fiscal por la pena que permita cumplir con la finalidad de tal sanción, es decir la resocialización efectiva del imputado, a fin de no vulnerar su dignidad

¹ «Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior».

² José Luis de la Cuesta Arzamendi. «El Principio de Humanidad en el Derecho Penal» en Eguzkilore (Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología) número 23. San Sebastián, diciembre 2009, pág. 210



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

como fin en sí mismo y garantizar su derecho al pleno desarrollo de su personalidad, fue que la pena a imponerse sea de cuatro años y nueve meses, con la cual la defensa estuvo de acuerdo.

Esta pena específica haría posible que, aplicando la reducción premial de una sexta parte por acogimiento al proceso de terminación anticipada -de conformidad al artículo 471 del Código Procesal Penal- el imputado reciba un beneficio que tornaría la pena en una final de tres años, once meses y quince días.

Esta extensión temporal de la pena tendría, por regla general, el carácter de suspendida en su ejecución, por un periodo de prueba de dos años según el acuerdo, condicionada al cumplimiento de reglas de conducta bajo apercibimiento en caso de incumplimiento (de conformidad a lo previsto en los artículos 57, 58 y 59 del Código Penal). La Fiscal expuso que el acuerdo consignaba las siguientes reglas de conducta:

- a.- Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del Juez;
- b.- Comparecer personal, obligatoriamente al Juzgado, para informar y justificar sus actividades;
- c.- No cometer nuevo delito doloso; y
- d.- Cancelar el íntegro de la reparación civil en una cuota, dentro de las veinticuatro horas posteriores a la aprobación -en audiencia judicial- del acuerdo de terminación anticipada.

El acuerdo presentado incluyó también, como corresponde a la legalidad de las sanciones previstas por el artículo 279 del Código Penal, la pena de inhabilitación conforme a lo previsto en el artículo 36.6 de la misma norma penal³.

Novena.- Finalmente, el acuerdo para solicitar la terminación anticipada incluyó también el extremo reparatorio, ya que «el delito de tenencia indebida de armas de fuego es un delito de peligro abstracto no convencional que se caracteriza por ser multicausal y pluriofensivo, cuyo funcionamiento se encuentra rodeado de los más complejos mecanismos a efectos de burlar el control de la ley. Pone en peligro la responsabilidad del Estado de asegurar a los ciudadanos llevar una vida segura y sin mayores riesgos. Razón por la que en el caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias particulares, se ha arribado a un acuerdo de que el imputado cancele la suma de mil soles (S/ 1 000.00) a favor del Estado, representado por el Ministerio del Interior, por concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados».

³ «Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego. Incapacidad definitiva para renovar u obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia por delito doloso o cometido bajo el influjo del alcohol o las drogas».



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

§4. El control judicial del pedido de terminación anticipada

Décima.- De la secuencia procesal descrita y de los detalles del acuerdo propuesto, el suscrito como Juez de Garantías no aprecio, a excepción de la determinación de la pena previa a la aplicación del descuento por acogimiento al proceso de terminación anticipada, ninguna circunstancia que comporte una objeción atendible para valorar positivamente el acuerdo incluido en el requerimiento presentado.

Como ya se ha dicho, el análisis judicial está relacionado en determinar -entre otros aspectos- la razonabilidad de la pena, no existiendo en este proceso una actividad de determinación judicial de la pena en estricto. Sin embargo, para establecer esa aludida razonabilidad se pueden utilizar los criterios para la determinación de la pena y, a partir de ello, examinar si para los hechos y caso en particular la pena acordada es razonable. Dado que la normatividad penal sobre la determinación de la pena ha sido modificada por la Ley n.º 30076; el control judicial debe basarse también en establecer si el acuerdo presentado se adecua a dichas modificaciones, esto es lo establecido en los modificados artículos 45, 46 y (el incorporado) artículo 45-A del Código Penal.

Sin embargo, este examen tiene un límite dado por la naturaleza y carácter sistemático de las disposiciones legales a emplearse, que son penales y procesales penales. Por eso, ya que el cuestionamiento sobre la operación aritmética que llevó al Ministerio Público a determinar la pena concreta por debajo del extremo mínimo del tercio punitivo inferior (de seis años de pena privativa de la libertad, hasta cuatro años y nueve meses de esa misma clase de pena) la Fiscal respondió con honestidad que propuso esa pena porque era la conveniente para que al efectuar el descuento de su sexta parte, resultara en una pena final por debajo de los cuatro años de prisión, para lograr su carácter suspendido. En consecuencia, es evidente que el examen de legalidad de este extremo del acuerdo no puede hacerse solo acudiendo a disposiciones legales de tipo penal y procesal penal.

Como Juez de Control y Garantía, debo expresar mi beneplácito por la continuación de la línea interpretativa fiscal expresada en el expediente penal n.º 01809-2015-1-0601-JR-PE-03, ahora por la Fiscal Provincial María Fernanda Chicoma Bazán, pues al hacerlo, presentando y justificando este acuerdo de terminación anticipada, ha ejercido con valentía la autonomía funcional y libertad de criterio que le reconoce el artículo cinco de la Ley Orgánica del Ministerio Público⁴.

⁴ «Artículo 5.- Los Fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución».



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Décima primera.- El primer artículo de la Constitución Política dispone que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha establecido que (STC Exp. n.º 0010-2002-AI/TC, caso Marcelino Tineo Silva, fj 160):

«La dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales. El principio genérico de respeto a la dignidad de la persona por el sólo hecho de ser tal, contenido en la Carta Fundamental, es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En efecto, este es el imperativo que transita en el primer artículo de nuestra Constitución (...)».

La propuesta respecto a la pena para el señor José Santos Vásquez Vásquez y la reducción de un sexto de ella, que resulta en una pena final menor a los cuatro años de privación de la libertad tiene por fundamento que -en su caso concreto- una pena con carácter efectivo es desproporcionada y lesiva del principio de respeto a la dignidad de la persona humana.

Sobre la proporcionalidad de la pena, al momento de su determinación legal y luego judicial (faceta esta última, que es la que nos ocupa en este caso), así como su incidencia sobre la justicia material, el Tribunal Constitucional ha señalado (STC Exp. n.º 0010-2002-AI/TC FFJJ 195 a 199):

195. El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona.

196. Sin embargo, el principio de proporcionalidad tiene una especial connotación en el ámbito de la determinación de las penas, ya que opera de muy distintos modos, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial o, en su caso, la determinación administrativa-penitenciaria de la pena.

En el presente caso, se ha cuestionado la desproporcionalidad de las penas establecidas en el Decreto Ley N.º 25475; esto es, la impugnación de inconstitucionalidad gira sobre uno de los ámbitos de la determinación de la pena. En concreto, sobre la denominada "determinación legal".

197. En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador el que,



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. Este principio, en el plano legislativo, se encuentra en el artículo VII del título preliminar del Código Penal, que señala que "la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...)".

198. El Tribunal Constitucional considera que, en materia de determinación legal de la pena, la evaluación sobre su adecuación o no debe partir necesariamente de advertir que es potestad exclusiva del legislador junto 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 139º de la Constitución.

199. Corresponde al ámbito del legislador, al momento de determinar las penas, evaluar factores tales como la gravedad del comportamiento o la percepción social relativa a la adecuación entre delito y pena. Mientras que a dicho órgano le corresponde evaluar los elementos y circunstancias antes señaladas y de conformidad con ellas, establecer, entre otros supuestos, las penas aplicables para determinados delitos; al Tribunal Constitucional, en cambio, le corresponde indagar si los bienes o intereses que se tratan de proteger son de naturaleza constitucional y por tanto, son socialmente relevantes; asimismo, evaluar si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que se persiguen, por no existir otras penas menos afflictivas de la libertad y, finalmente, juzgar si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma.

Por estas razones, considero que la propuesta fiscal de pena concreta -ya resumida- es un acto de real defensa de la persona humana ante el riesgo de imposición de una pena que por desproporcionada, no corresponde al caso, pues excede la responsabilidad de la persona por el hecho⁵ e implicaría una inequidad material que no avalamos judicialmente.

Décima segunda.- De acuerdo al artículo uno de la Ley Orgánica del Ministerio Público⁶, Decreto Legislativo n.º 052, el Fiscal Penal es titular de la acción penal pública y la ejerce ante el Poder Judicial con la finalidad de lograr la sanción del delito, en clara concreción de su rol de representante de la sociedad en juicio, interesada en la prevención, persecución

⁵ Código Penal, Artículo VIII del Título Preliminar (modificado por el artículo uno de la Ley n.º 28730, publicada el 13 mayo 2006): «La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes».

⁶ «Artículo 1.- El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación».



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

y sanción de esta clase de conductas que atentan de forma grave, contra las reglas fundacionales de la sociedad organizada.

En un Estado Constitucional de Derecho el fin último del Ministerio Público (Penal) es que se condene solo a quienes realmente son responsables penalmente y demostrarlo requiere objetividad. Ilustra al respecto el Tribunal Constitucional (STC Exp. n.º 6167-2005-HC fj 31):

§ Principio de legalidad en la función constitucional

31. El fiscal actúa como defensor de la legalidad y representante de la causa pública en el proceso penal. En efecto, el respeto de este principio implica que el Ministerio Público ejercite la acción penal por todo hecho que revista los caracteres de un delito, sin perder de vista que su labor se ejecuta en función de la justicia y teniendo como parámetros a la Constitución y a la ley.

No obstante, en aplicación del criterio de objetividad⁷, el Ministerio Público no está obligado a acusar en todo caso, pues puede hacer uso discrecional del criterio de oportunidad para determinados ilícitos penales, e incluso, obligatoriamente, instar un acuerdo reparatorio para ciertos delitos⁸, sobre la base del artículo 2.6 del Código Procesal Penal. Es más, luego de realizar su investigación, el Fiscal puede solicitar el sobreseimiento de la causa si es que aprecia que el hecho no puede ser atribuido a la persona investigada o por alguna causal de inculpabilidad (artículo 344 del Código Procesal Penal). Estas disposiciones llevan a concluir en que el Fiscal tiene poder dispositivo regulado, sobre la acción penal pública, cuyo ejercicio le corresponde en exclusividad (artículo 1.1 del Código Procesal Penal).

Para el caso que nos ocupa, una consideración subsidiaria es que el Estado, a través de leyes de amnistía⁹, ha expresado que periódicamente es útil que renuncie a la pretensión punitiva por el delito de tenencia ilegal de armas de fuego, condicionando el efecto de

⁷ Código Procesal Penal, Artículo IV.2: «El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional».

⁸ Estos delitos, descritos en el Código Penal en el artículo que se cita entre paréntesis, son los siguientes: lesiones leves (art. 122), hurto simple (art. 185), hurto de uso (art. 187), hurto de ganado no agravado (art. 189-A primer párrafo), apropiación ilícita común (art. 190), sustracción de bien propio (art. 191), apropiación irregular (art. 192), apropiación de prenda (art. 193), estafa (art. 196), casos especiales de defraudación (art. 197), administración fraudulenta de persona jurídica (art. 198), daño simple (art. 205), modalidades de libramientos indebidos (art. 215) y en los delitos culposos.

⁹ Entre otras, la Ley n.º 26978 de amnistía y regularización de la tenencia de armas de fuego de uso particular (22 de setiembre de 1998); la Ley n.º 27521 de amnistía y regularización de la tenencia de armas de fuego, municiones, granadas de guerra o explosivos (28 de setiembre de 2001); la Ley n.º 28397 de amnistía y regularización de la tenencia de armas de uso civil, armas de uso de guerra, municiones, granadas o explosivos (26 de noviembre de 2004); la Ley n.º 29858 que otorga amnistía por la posesión irregular o ilegal de armas de uso civil, armas de uso de guerra, municiones, granadas de guerra o explosivos y regulariza su tenencia (tres de mayo de 2012); y el Decreto Legislativo n.º 1227 (por delegación de facultades legislativas mediante Ley n.º 30336) que dicta medidas para regular la entrega voluntaria de armas de fuego, municiones, granadas de guerra y explosivos, por 90 días a fin combatir la inseguridad ciudadana (25 de setiembre de 2015).



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

nula consecuencia penal y reparatoria, a la entrega, dentro de un plazo, del arma en posesión ilegal. Si esto es posible sin generar alarma social, juzgo que también puede serlo que el Ministerio Público, sin renunciar a la persecución del delito, esto es, insistiendo en la declaración de responsabilidades penal y civil (medida más gravosa que la generada con leyes de amnistía) solicite la aplicación de una pena suspendida y el pago de una reparación civil, como lo hace ahora respecto al señor Vásquez Vásquez.

Décima tercera.- Otra consideración principal en este análisis por la legitimidad de la aplicación de la pena suspendida acordada para el señor Vásquez Vásquez debe hacerse también sobre la base del examen de su conducta contra aquellas que han determinado el incremento de la pena para el delito de tenencia ilegal de arma de fuego durante su evolución legislativa. Si los motivos de estas modificaciones, que incidieron en el incremento de la pena (inicialmente establecida entre tres y diez años de privación de la libertad) no comprenden a la conducta del señor Vásquez Vásquez, puede concluirse en que el juicio de reproche social (antijuridicidad) por el comportamiento de este último no es aquel que explica y exige la imposición de la pena incrementada actualmente vigente, de carácter efectivo por regla general.

En 1991, el tipo penal original del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, tenía la siguiente estructura típica:

Artículo 279.- El que, ilegítimamente, fabrica, almacena, suministra o tiene en su poder bombas, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de diez años.

La primera modificación¹⁰ a la redacción original del artículo 279 del Código Penal se produjo merced al Decreto Legislativo n.º 898, que a su vez fue fruto de la delegación de facultades legislativas efectuada con Ley n.º 26950. Es con esta ley que el Congreso de la República, órgano legislativo por antonomasia, expresó -en nombre de la Nación- que su intención fue «erradicar (...) la delincuencia común organizadas en bandas utilizando armas de guerra y explosivos y provocando un estado de zozobra e inseguridad permanente en la sociedad». No obstante, la opción que tomó el legislador delegado para alcanzar tal objetivo, fue solo el incremento de la pena del delito. El texto resultante fue el siguiente (resalto la modificación):

¹⁰ Artículo modificado por la Primera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo n.º 898, publicado el 27 de mayo de 1998, expedido con arreglo a la Ley n.º 26950, que solo por 15 días otorgó al Poder Ejecutivo facultades para legislar en materia de seguridad nacional.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Artículo 279.- El que, ilegítimamente, fabrica, almacena, suministra o tiene en su poder bombas, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

La segunda modificación a este delito se produjo por la Ley n.º 30076, que comprendiendo en un solo dictamen a más de sesenta iniciativas legislativas sobre seguridad ciudadana, modificó no solo el supuesto de hecho de este delito, sino una serie de disposiciones penales, procesales penales y de ejecución penal, con la finalidad de combatir delincuencia patrimonial (robo agravado, receptación), criminalidad organizada, violación sexual mediando el uso de armas, entre otros delitos graves. El texto modificado del delito que comentamos fue el siguiente:

Artículo 279.- El que, sin estar debidamente autorizado, fabrica, almacena, suministra, comercializa, ofrece o tiene en su poder bombas, armas, armas de fuego artesanales, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

Nuevamente apreciamos que ninguna de las motivaciones que precedieron a la promulgación de las disposiciones legales modificatorias del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, corresponden a la que ha admitido el señor José Santos Vásquez Vásquez, ya que en su acta de declaración (séptima consideración de esta resolución y acta de la pág. 9) se consigna su respuesta afirmando que el arma que se le incautó la tenía por su seguridad ya que había sido víctima de asalto mientras trabajaba.

Décima cuarta.- Ya que la evolución punitiva de este delito se ha ocupado de la tenencia de armas de fuego relacionada a la probable o acreditada comisión de otros delitos de resultado (de suyo más graves que los delitos de peligro), la alarma social que ha hecho suya el legislador penal¹¹, no abarca la conducta del procesado José Santos Vásquez Vásquez. Por eso considero pertinente aplicar a este caso, *mutatis mutandis*, el criterio de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la República respecto a la situación generada por la aplicación de la Ley n.º 28704 (Acuerdo Plenario n.º 7-2007/CJ-116)¹², en la que la conducta de mantener relaciones sexuales consentidas y muchas veces mediando una relación sentimental, con una persona mayor de 14 años pero menor de 18 años de edad, se sancionaba con una pena de hasta 30 años de prisión, en tanto que el mismo acceso

¹¹ Para incrementar la pena, primero, y para modificar -e incluir- modalidades de su supuesto de hecho, después.

¹² Inclusive, después de la valoración hecha en ese acuerdo plenario, se produjo otra, aún más audaz pero siempre en la línea de respeto por la proporcionalidad de las consecuencias penales, pues con el acuerdo plenario n.º 4-2008/CJ-116 se propuso considerar que dicha conducta sexual no genera responsabilidad penal si media consentimiento.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

carnal, pero logrado mediante engaño o pago, merecía una sanción mucho menor. Los jueces del Tribunal Supremo consideraron que esta contradicción atentaba contra el principio de proporcionalidad de la pena, conclusión que también puede predicarse válidamente en el caso de la conducta del señor José Santos Vásquez Vásquez. Como expresa el Fiscal Adjunto Supremo Penal, Alcides Chinchay, ese acuerdo plenario tuvo el mérito de haber expuesto que sí es posible que el juez se aparte del *quántum* de la pena dada por la letra de la ley¹³.

Con más actualidad, la Corte Suprema anotó que «en cualquier resolución judicial, y sin contravenir el principio de legalidad, el Juez debe determinar el derecho, debe moldearlo para adaptarlo al caso concreto» (véase el fundamento 2.3.8 de la sentencia en Casación n.º 147-2016-Lima, que cita a propósito del ejercicio del principio *iura novit curia* por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema en la apelación 03-2015 "22" caso Torrejón Guevara y en la Casación n.º 430-2015-Lima de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema). Sobre la base de este deber, estimo que la pena conminada no es la que corresponde al caso concreto y que debe ser «moldeada» con pleno respeto al principio de legalidad penal, para hacerla corresponder al sentido de equidad y proporcionalidad, que está en la base de legitimidad del derecho penal.

Concluyendo, creo firmemente que el acuerdo propuesto -y en concreto, la extensión de la pena y su carácter suspendido- persigue y consigue realizar un fin constitucionalmente legítimo, que es la defensa de la persona humana a través de la imposición de una pena que corresponde al real grado de responsabilidad del imputado por el hecho ilícito, en el contexto de la dimensión objetiva de la antijuridicidad de la conducta y concreción de equidad entre el rol del Ministerio Público, representante de la sociedad, y el derecho a la dignidad del ciudadano procesado.

Décimo quinta.- Por otro lado, se tiene que el acuerdo informa que la calidad de la pena será la de suspendida, siendo que la Fiscal ha señalado en la audiencia que para esto se ha tenido en cuenta las condiciones personales del imputado que es un agente primario, con lo que se prevé que no cometerá nuevo delito. Al respecto tenemos que el artículo 57 del Código Penal (modificado por Ley n.º 30076), establece como requisitos:

- a) que la condena se refiere a pena privativa de libertad no mayor a cuatro años; lo que se cumple cabalmente al haberse establecido una pena final de tres años, once meses y quince días de pena privativa de la libertad;
- b) que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer nuevo delito.

¹³ Chinchay Castillo, Alcides. «Proporcionalidad, legalidad, política criminal, boca de la ley y otros intentos de objetivar la justicia». En: Gaceta Penal & Procesal Penal tomo 80, febrero 2016. Lima: Gaceta Jurídica Editores. pág. 32



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Sobre esto, se tiene que los hechos versan sobre un delito de tenencia ilegal de arma de fuego consumado, sin embargo el investigado ha aceptado los cargos, es una persona sin antecedentes penales, de 24 años de edad, con estudios secundarios, procedente de una provincia de Cajamarca, padre de una hija menor de edad (de dos años de edad), conviviente con la madre de esta última (presente en la audiencia), trabajador informal mototaxista al momento de los hechos, esto es, un ciudadano honesto y trabajador, al que la pena privativa de la libertad con carácter efectivo no le haría bien alguno ni mucho menos le resocializaría, sino, por el contrario, le perjudicaría seriamente en su desarrollo integral. Además, ya ha cancelado la suma de S/. 1 000.00 soles a la entidad agraviada por reparación civil (teniendo en cuenta que se le ha incautado ya el arma de fuego¹⁴).

Ya se ha precisado que el imputado no cuenta con antecedentes penales. Además, su comportamiento procesal ha sido adecuado al reconocer los hechos y darle solución sometándose a la terminación anticipada; siendo que canceló un monto dinerario por reparación, circunstancias que hacen prever en el Juzgador que el imputado tendrá una conducta futura favorable y que no volverá a delinquir. Sobre el particular, durante la audiencia el Juez que suscribe ha sido enfático al explicarle al procesado la naturaleza excepcional de los beneficios de la terminación anticipada y la imposibilidad de volverla a aplicar en caso de reincidencia delictiva, lo cual el imputado José Santos Vásquez Vásquez declaró comprender.

c) que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual; presupuesto que también se cumple cabalmente en el presente caso.

Sobre la base de lo expuesto y considerado hasta este punto, la calidad de la pena suspendida también resulta adecuada y debe aprobarse.

Adicionalmente a lo ya considerado, se debe reiterar que el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal establece el principio de proporcionalidad de la sanción prescribiendo que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho, en tanto que el artículo IX del mismo cuerpo normativo señala que la pena tiene una función preventiva, protectora y resocializadora, fines que se pueden alcanzar en el presente caso, teniendo en cuenta la juventud del procesado y que el proceso y las explicaciones dadas por la Fiscal y el Juez, podrían motivarle a cambiar su actitud y comportamiento futuros, siendo estos elementos razones adicionales que se han considerado para aprobar la pena acordada y su carácter suspendido.

¹⁴ Véase la tercera resolución del cuaderno de confirmatoria de incautación, de fecha 16 de marzo de 2015, pág. 56.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Décima sexta.- En relación a la reparación civil, la representante del Ministerio Público ha referido como monto la suma de un mil soles, monto que se canceló totalmente a favor de la entidad agraviada, independientemente de la aprobación del acuerdo de terminación anticipada. Teniendo en cuenta que el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio del Interior ha sido notificado tanto con el requerimiento de terminación anticipada como con la citación a la audiencia respectiva, sin que haya participado objetando el pedido ni la reparación civil, considero que la suma propuesta cubre satisfactoriamente el concepto indemnizatorio por el peligro abstracto causado durante el tiempo en el que el señor José Santos Vásquez Vásquez portó el arma de fuego que no disparó el día de su incautación. Por esto, también corresponde aprobar este extremo, dado que la parte legitimada para su reclamo, esto es la Fiscalía, ha establecido su conformidad, no habiéndose constituido la entidad agraviada en actor civil ni se ha opuesto a la cantidad acordada.

Décima séptima.- Atendiendo a todo lo dicho, el Juez que suscribe, luego de efectuar un control de constitucionalidad y legalidad del acuerdo establecido, esto es, en cuanto al ámbito de la proporcionalidad de la pena conminada respecto a la conducta en el caso concreto, la tipicidad o calificación jurídico-penal de los hechos investigados y sus circunstancias; así como el ámbito de la legalidad de la pena y la reparación civil acordada por las partes procesales y al considerar -además- que existen elementos suficientes para considerar la responsabilidad penal del imputado con respecto al delito que se le atribuye, concluye que deberá imponerse al imputado la pena que se ha plasmado en el acta de audiencia de terminación anticipada, así como también el monto por reparación civil.

III. DECISIÓN

Por estas consideraciones y conforme a lo prescrito en los artículos II y VIII del Título Preliminar del Código Penal, además de los artículos 23, 28, 29, 45, 46, 92, 93 y 279 del mismo Código, además de los artículos 468 al 471 del Código Procesal Penal, apreciando hechos y pruebas con la objetividad y el criterio de conciencia que la Constitución Política y la ley exigen e impartiendo justicia a nombre de la comunidad cajamarquina con imparcialidad e independencia, el Juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca:

1.- Apruebo el acuerdo de terminación anticipada del proceso, alcanzado entre la Fiscal Provincial de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Cajamarca, el imputado José Santos Vásquez Vásquez y su abogada defensora pública.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

2.- En consecuencia, condeno a José Santos Vásquez Vásquez, identificado con DNI n.º 47161541, nacido el tres de noviembre de 1991, de 24 años de edad, hijo de Antonio y María, natural de Hualgayoc, región Cajamarca, como autor del delito contra la seguridad pública en la modalidad de tenencia ilegal de arma de fuego, tipificado en el artículo 279 del Código Penal, en agravio del Estado representado por el Ministerio del Interior y como tal le impongo tres años, once meses y quince días de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de dos años, imponiéndole las siguientes reglas de conducta, conforme el artículo 58 del Código Penal:

- a.- Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del Juez de Investigación Preparatoria;
- b.- Comparecer personal, obligatoria y mensualmente al Juzgado, para informar y justificar sus actividades;
- c.- No cometer nuevo delito doloso; y
- d.- Pagar el íntegro de la reparación civil de un mil soles (S/ 1 000.00).

Estas reglas de conducta se dictan bajo el expreso apercibimiento de que si la persona sentenciada no las cumple por razones atribuibles a su responsabilidad, alternativamente el Juez podrá amonestarle, prorrogar el período de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado sin exceder la prórroga acumulada los tres años o revocar la suspensión de la pena, ordenando se cumpla esta efectivamente (art. 59 del Código Penal).

3.- Establezco la reparación civil en la suma de un mil soles (S/ 1 000.00) a favor del Estado representado por el Ministerio del Interior.

4.- Dispongo que consentida o ejecutoriada que sea esta sentencia, se inscriba en el Registro Central de Condenas de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, remitiéndose los testimonios y boletines de condena a las entidades pertinentes. Luego, archívese el expediente enviándolo a la Oficina de Archivo Central de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, según el instructivo proporcionado con el oficio circular n.º 006-2013-USJ-GAD-CSJCA-PJ.

5.- Téngase por notificados los sujetos procesales asistentes a la presente audiencia, a quienes se les hace entrega inmediata de copia de la sentencia leída y ordeno se notifique por cédula en sus respectivos domicilios (reales o procesales, según corresponda) a los demás sujetos procesales, para los fines de ley.

ANEXO 3



Sumilla.- En casos como el presente (acusación por delito de violación sexual de menor de edad, ilícito penal tipificado específicamente en el numeral 2 del artículo 173 del Código Penal), debe asimilarse que las normas están concebidas en función de las necesidades de las personas y para propiciar condiciones de convivencia social idónea; por lo tanto, si la norma va a originar conflictos ahí donde la autocomposición de las partes determina un statu quo estable y en armonía, solicitar una pena privativa de libertad de treinta años –como hace la Fiscalía en su acusación– resulta siendo una interpretación normativa sin contenido que solo rescata la formalidad de la validez de la ley.

Lima, dieciséis de marzo de dos mil diecisiete.-

VISTOS; Los recursos de nulidad formulados por el abogado defensor de Eduardo Sener Chauca Paucar y por el representante del Ministerio Público; con los recaudos que se adjuntan al cuaderno correspondiente. Interviene como ponente el señor Sequeiros Vargas, Juez de la Corte Suprema.

PRIMERO.- RESOLUCIÓN IMPUGNADA¹

Es la sentencia de doce de noviembre de dos mil quince, expedida por la Sala Penal Liquidadora Permanente de Huáraz, que condenó a Eduardo Sener Chauca Paucar como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales K. R. M. L.; imponiéndole cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, sujeto a determinadas reglas de conducta; y fijando en la suma de mil soles el monto a pagar por concepto de reparación civil a favor de la menor agraviada.

SEGUNDO.- POSTULACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN y PROCEDIBILIDAD DEL RECURSO

2.1. FECHA DE LECTURA DE LA SENTENCIA

La sentencia de doce de noviembre de dos mil quince fue leída en la sesión de audiencia de juzgamiento llevada a cabo en la misma fecha; interviniendo en ella tanto el

¹ Folios ciento noventa y ocho a doscientos once.



representante del Ministerio Público, así como el acusado Eduardo Sener Chauca Paucar con su abogado defensor².

2.2. INTERPOSICIÓN DE RECURSOS

Emitida la decisión de condena y pena impuesta en la audiencia de lectura de sentencia, preguntado el sentenciado Eduardo Sener Chauca Paucar con respecto a si se encuentra conforme o no con la referida decisión, el mismo, previa consulta con su abogado defensor, manifestó que se reserva el derecho. Formulado el mismo interrogante al representante del Ministerio Público, dicho sujeto procesal manifestó lo mismo. El trece de noviembre de dos mil quince el abogado defensor del sentenciado y el representante del Ministerio Público presentaron sendos escritos interponiendo recursos de nulidad³, fundamentándolos, respectivamente, mediante escritos presentados el veinte⁴ y el veintiséis de noviembre del mismo año⁵; siendo concedidos mediante resolución de dieciséis de diciembre de dos mil quince⁶.

2.3. PROCEDIBILIDAD DEL RECURSO

La decisión cuestionada es una sentencia expedida en un proceso ordinario, por lo tanto, conforme a lo estipulado en el literal a) del artículo 292 del Código de Procedimientos Penales, el recurso de nulidad es legalmente procedente.

TERCERO.- FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

3.1. La defensa del sentenciado, considera que su patrocinado debe ser absuelto de la acusación fiscal en razón de haber mantenido las relaciones sexuales con la menor con pleno consentimiento de ella, sin ningún tipo de presión ni forzamiento.

3.2. Alega también que no tenía conocimiento cabal de la edad de la menor y que por versión de ella, asumió que tenía 14 años y estaba por cumplir los 15, por lo que ha incurrido en error debido a que las condiciones físicas de la menor aparentaba esa edad.

² Folios doscientos doce a doscientos trece.

³ Folio doscientos catorce a doscientos quince.

⁴ Folios doscientos dieciséis a doscientos dieciocho.

⁵ Folios doscientos veintidós a doscientos veintitrés.

⁶ Folios doscientos veinticuatro a doscientos veinticinco.



Agrega que actualmente convive con la agraviada con quien han procreado una hija y han formado un hogar.

3.3. Por su parte, el Ministerio Público fundamenta su recurso de nulidad en la deficiente determinación de la pena, en tanto que no se habría seguido las reglas de tercios establecidas en el artículo 45-A del Código Penal, así como no se habría aplicado debidamente lo regulado en los artículos 45 y 46 del Código Penal.

3.4. Plantea también la Fiscalía que no se ha probado que procesado y víctima efectivamente convivan pues solo se trata del dicho de ambos y si bien admite que ha podido existir un error de prohibición vencible, que permite atenuar la pena, esta disminución debe ser prudencial mas no desproporcionada hasta límites inferiores que afectan el principio de legalidad, concluye señalando que se le debe imponer la pena de 25 años de prisión, conforme se ha solicitado en la requisitoria formal.

CUARTO.- IMPUTACIÓN

4.1. FÁCTICA

SE IMPUTA A Chauca Paucarque haber tenido relaciones sexuales con la agraviada K.R.M.L. cuando esta tenía 13 años de edad, en un lugar descampado en la parte alta del lugar denominado Wilcahuain.

4.2. JURÍDICA

El Ministerio Público, por los hechos referidos precedentemente, atribuyó al acusado la comisión del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad; encontrándose el ilícito penal tipificado específicamente en el numeral 2 del artículo 173 del Código Penal, de conformidad con la Ley N° 28704.

Art. 173.- Violación sexual de menor de edad:

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad;



(...)

2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco años.

Por el referido delito, el representante del Ministerio Público en su acusación⁷ solicitó que se imponga a José Luis Taboada Juárez la pena privativa de libertad de treinta años.

QUINTO.- EVALUACIÓN DE LOS HECHOS POR EL SUPREMO TRIBUNAL

- 5.1. La presunción de inocencia se mantiene 'viva' en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigatorio llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla⁸. De ahí que la imposición de una sentencia condenatoria requiera que el órgano jurisdiccional alcance certeza respecto a la ocurrencia de los hechos materia de acusación y a la responsabilidad penal del encausado que se trate; debiendo superarse el estándar o baremo probatorio de la duda razonable; para lo cual, ha de observarse una actividad probatoria verdaderamente incriminadora y producida en el marco de un debido proceso.
- 5.2. Ante todo, corresponde apreciar la forma y circunstancias en que se hace la denuncia de este hecho y luego seguir la secuencia, para establecer de manera fidedigna, en lo posible, como ocurrieron los hechos, para no incurrir en el fácil argumento del principio de legalidad en la determinación de pena, sino más bien acudiendo al principio de proporcionalidad en atención a los comportamientos humanos y sus consecuencias.
- 5.3. Bajo dicho criterio, de la descripción a nivel policial se tiene que quienes acuden a presentar la denuncia policial son la madre de la menor con esta y el denunciado Chauca Paucar; lo cual ya significa una singularidad para el inicio de la

⁷ Folios ciento treinta y tres a ciento treinta y ocho.

⁸ Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el expediente N° 2915-2004-PHC/TC, fundamento jurídico 12.



investigación, pues no suele suceder que concurran a denunciar víctima y agresor, como ha ocurrido en este caso⁹

5.4. Refiere la madre que cuando llevó a su hija a una evaluación médica, el doctor le indicó que su hija estaba embarazada de dieciséis semanas y es ahí cuando recién le cuenta su hija lo sucedido, acudiendo inmediatamente al domicilio del imputado quien refiere que en efecto tuvieron relaciones sexuales y afirma que eran enamorados y que asumiría toda la responsabilidad por el estado de gestación de la menor, luego se dirigen a la estación policial para poner en conocimiento estos hechos.

5.5. La actuación formal del sistema de justicia determinar que Chauca Paucar sea considerado responsable de delito y la víctima resulta siendo su enamorada, quien en su primera declaración corrobora lo que declaró su madre al momento de la denuncia; en efecto admite que eran enamorados y que en esa condición tuvieron relaciones sexuales, dice que no fue amenazada, coaccionada y que lo hizo por su propia voluntad¹⁰; versión que, por lo demás, ha sido reiterada en posteriores declaraciones.

5.6. Por su parte, el imputado igualmente dice que eran enamorados y es en esas circunstancias que se produjo la relación sexual y que continúan siendo enamorados, indicando que asume responsabilidad respecto del embarazo. Indica que cuando le preguntó sobre su edad, ella le dijo que tenía catorce años y nunca le refirió que como consecuencia de las relaciones sexuales que tuvieron se encontraba embarazada.

5.7. En consecuencia, no hay discusión sobre la forma y circunstancias en que se produce el hecho que ha sido declarado de manera coincidente y uniforme por los involucrados. Es preciso anotar además que han declarado ambos que

⁹ Ver información preliminar en folio uno.

¹⁰ Ver su primera declaración en folios diez y siguientes.



actualmente conviven y están criando a la hija producto de esas relaciones sexuales.

5.8. Corresponde, por lo tanto, evaluar si en las condiciones descritas se puede derivar una sentencia penal condenatoria de veinticinco años de prisión como solicita el titular de la acción penal y defensor de la legalidad.

5.9. Cabe anotar que a nivel de instrucción no se advierte que se haya recabado algún elemento probatorio, a pesar de la ampliación de los plazos de instrucción; consta únicamente el auto que abre instrucción. La única explicación razonable para esta indiferencia procesal por parte de la víctima y el procesado, es que su relación sentimental se mantiene y no existe razón para seguir con el proceso penal, debido a que los comportamientos han sido transparentes y no ha existido conflicto generado por las relaciones sexuales entre una menor de trece años y un joven de veintidós años de edad.

5.10. En su acusación escrita, la Fiscalía solicita se le imponga treinta años de pena privativa de libertad; para lo cual, dicho sujeto procesal se basa en la invalidez del consentimiento de la menor debido a su edad, referencia que es asumida literalmente, de la norma, sin asimilar que las normas están concebidas en función de las necesidades de las personas y para propiciar condiciones de convivencia social idónea, por tanto determinar que la norma origine conflictos ahí donde la autocomposición de las partes determina un statu quo estable y en armonía, resulta siendo una interpretación normativa sin contenido que solo rescata la formalidad de la validez de la ley.

5.11. En la audiencia pública el sentenciado se considera inocente en razón de haber tenido las relaciones sexuales con la menor con el consentimiento de ella, y además porque ella le dijo que tenía catorce años de edad y que estaba por cumplir quince años.



5.12. Conforme refieren los fundamentos de la sentencia apelada, existe abundante referencia jurisprudencial respecto de la invalidez del consentimiento de una menor de trece años de edad, condición que debido a la naturaleza humana, debe ser adecuadamente evaluado en cada caso, puesto que la referencia numérica establecida en la norma, no implica una condición o regla invariable y certera, sino más bien una referencia para establecer la situación jurídica de las personas en atención a la edad que tienen.

5.13. El artículo 173.2 del Código Penal, que describe el tipo penal de violación sexual de menor de edad, determina que la pena será no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años, debido a la gravedad del hecho y el daño irreparable tanto físico como mental que produce, sin embargo conforme hemos referido inicialmente, este caso, resulta "sui generis", debido a la forma en que se produjo e inclusive las circunstancias en que se conoce la comisión del delito, son especialmente singulares.

5.14. Estas especiales condiciones de los hechos derivan en que el tratamiento punitivo y la situación jurídica resulte diferente, debido a que está probado que fueron enamorados, por cierto a muy tierna edad la agraviada, sin embargo, no es un hecho inusual; asimismo, no puede soslayarse que esa relación sentimental se ha mantenido y a la fecha conviven como pareja criando a su hija. La prueba de la convivencia no solo es el dicho de ambas personas, sino también está la constancia del Teniente Gobernador del Centro Poblado donde radican y la alcaldesa del mismo lugar certifican dicha convivencia¹¹. En consecuencia, es menester mantener la vigencia de esa unidad familiar, conforme reclama la Constitución, cuando se refiere a los derechos sociales y económicos (artículo 4 y siguientes).

5.15. Cabe acotar que el Derecho Penal tiene que aplicarse desde una perspectiva humana; razón por la cual, en el presente caso, resulta desproporcionado y contra

¹¹ Folios doscientos diecinueve a doscientos veinte.



fáctico, cumplir estrictamente con las fórmulas penales para imponer una sanción que en lugar de estabilizar un conflicto y otorgar paz a las partes, originaría otro conflicto y desazón en los involucrados; siendo ello causa suficiente para disminuir la pena a límites inferiores al mínimo legal y que esta tenga el carácter de condicional debido a que no existe una sola referencia ni mención de probable comportamiento posterior delictivo del imputado, el mismo que, por lo demás, ha demostrado responsabilidad por sus acciones.

5.16. Aunado a lo referido precedentemente, debe señalarse que en la sentencia casatoria N° 335-2015-Del Santa, se ha establecido doctrina jurisprudencial de aplicación para casos semejantes al que es materia de análisis. En efecto, de conformidad con dicha doctrina jurisprudencial, resulta proporcional la disminución de pena por debajo del mínimo legal de pena conminada fijada para el delito de violación sexual de menor regulado en el numeral 2 del artículo 173 del Código Penal, cuando no haya mediado violencia o amenaza para acceder al acto sexual, la edad del sujeto pasivo sea próxima a catorce años, haya afectación psicológica mínima en la víctima y atendiendo a la diferencia etárea entre el sujeto activo y pasivo¹². Debe precisarse que si bien en el caso sub examine el acusado no es pasible de responsabilidad restringida¹³ al haber contado con veintidós años al momento del hecho materia de imputación¹⁴ y, asimismo, aun cuando no se observe la configuración de error de prohibición vencible en tanto que el agente no pone en ningún momento en cuestionamiento el conocimiento del mandato jurídico contenido en la prohibición de la conducta delictiva consistente en mantener relaciones sexuales con una menor de trece años de edad; su edad próxima –al momento de los hechos (veintidós años)– a sí ser pasible de responsabilidad restringida, ligado al hecho de que la relación sentimental se haya mantenido hasta la actualidad conviviendo como pareja y criando a la hija (formando una familia), el

¹² Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Sentencia Casatoria N° 335-2015-Del Santa, uno de junio de dos mil dieciséis, veinte, fundamento jurídico cuadragésimo tercero.

¹³ Cfr. artículo 22 del Código Penal.

¹⁴ Folio dieciocho, y ciento treinta y tres a ciento treinta y ocho.



interés superior del niño, entre otras razones, factores o circunstancias personales del agente, expresados en la sección sexta de la sentencia impugnada, tales como, su carencia de antecedentes penales, lugar de residencia (Centro Poblado de Wilcahuain), su ocupación (obrero), determinan la necesidad de disminuir la pena por debajo del mínimo legal e imponerla como suspendida, en los términos en que ha sido dispuesto por el *ad quo*.

DECISIÓN

Por las razones antes expuestas, los Jueces de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

I.- DECLARARON: NO HABER NULIDAD en la sentencia de doce de noviembre de dos mil quince, expedida por la Sala Penal Liquidadora Permanente de Huáraz, que condenó a Eduardo Sener Chauca Paucar como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales K. R. M. L.; imponiéndole cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, sujeto a determinadas reglas de conducta; con lo demás que contiene.

II.- MANDAR se transcriba la presente Ejecutoria al Tribunal de origen. Hágase saber y archívese. Interviene el señor Juez Supremo Calderón Castillo por dispensa del señor Juez Supremo Villa Stein.

S.S.

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

IASV/JIQA

06 SEP 2017

- 9 -

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

ANEXO 4



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO NULIDAD N.º 761-2018/APURÍMAC
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Intereses superior del niño: Causal de disminución de la punibilidad supra legal

Sumilla. El superior interés del niño, en tanto la pena privativa de libertad efectiva afecta la unidad familiar y reprime a quien lo mantiene, se erige en una causal de disminución de la punibilidad supra-legal. En la medida en que el Código Penal no la incorporó como tal, el ordenamiento contempló la necesidad de tomar en cuenta el interés superior del niño, de suerte que esta exigencia convencional no puede obviarse desde el Derecho penal, por lo que debe ser aplicada precisamente en este ámbito de medición de la pena. La culpabilidad por el hecho se disminuye sensiblemente en este supuesto, lo que debe tener su proyección en la pena concreta, que debe operar por debajo del mínimo de la punibilidad legalmente establecida para el hecho punible o su autor.

Lima, veintiocho de mayo de dos mil dieciocho

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el encausado ROEL LÓPEZ HUAMÁN contra la sentencia de fojas quinientos cincuenta y uno, de veintiocho de diciembre de dos mil diecisiete, en cuanto lo condenó como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio de la menor de iniciales A.C.P. y le impuso siete años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como al pago de dos mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS

§ 1. De la pretensión impugnativa del imputado

PRIMERO. Que el encausado López Huamán en su recurso formalizado de fojas quinientos ochenta y tres, de doce de enero de dos mil dieciocho, instó la rebaja de la pena impuesta y la suspensión de su ejecución. Alegó que el Tribunal Superior no tomó en cuenta el interés superior del niño, pues con la

agraviada tiene dos hijos y una relación convivencial estable; que la pericia psicológica evidenció que no padece de indicador de psicopatología; que siempre reconoció los hechos; que la agraviada señaló que las relaciones sexuales fueron consentidas y eran enamorados, así como que tienen dos menores hijos.

§ 2. De los hechos objeto del proceso penal

SEGUNDO. Que la sentencia de instancia declaró probado que el encausado López Huamán, de veintiún años de edad [Ficha RENIEC de fojas ciento veintidós] y cobrador de combi, en marzo de dos mil trece conoció a la agraviada A.C.P., de trece años de edad, y luego de enamorarla en abril de ese año la citó en el parque de un pueblo joven de la ciudad de Abancay y la condujo a su cuarto, ubicado en la Asociación Daniel Alcides Carrión sin número, del Sector de Condebamba, en dicha ciudad – departamento de Apurímac, donde tuvieron relaciones sexuales, las cuales se repitieron en ese mismo lugar en mayo y junio de ese mismo año, a consecuencia de lo cual resultó embarazada. La agraviada A.C.P. dio a luz un niño el veinticuatro de febrero de dos mil catorce e inició una relación de convivencia con el encausado López Huamán, con quien tuvo otra hija el veintitrés de mayo de dos mil dieciséis [véase actas de nacimiento de fojas cuatrocientos treinta y cinco y cuatrocientos treinta y seis].

§ 3. Del examen de la pretensión defensiva

TERCERO. Que el encausado López Huamán desde que declaró en sede preliminar [fojas doce] y en todo el curso del proceso jurisdiccional [instructiva de fojas ciento veinticinco y declaración plenaral de fojas cuatrocientos cuarenta] reconoció que de mutuo acuerdo tuvo relaciones sexuales con la agraviada porque era su enamorada.

La agraviada A.C.P. en su declaración plenaral de fojas cuatrocientos sesenta y siete insistió en que se trató de sexo voluntario, que desde que estuvo embarazada en dos mil trece inició una relación de convivencia con el imputado, y que con él ya tiene dos hijos.

La relación de convivencia se confirma con el mérito del Informe Social de fojas cuatrocientos noventa y cuatro. Allí se indicó que el encausado y agraviada mantienen una convivencia estable con dinámica funcional y redes de soporte familiar –tienen dos menores hijos–, y es el imputado quien asume la responsabilidad económica, a cuyo efecto trabaja como taxista.

CUARTO. Que, ahora bien, no está en discusión el juicio de culpabilidad –comisión del injusto penal culpable– sino el de medición de la pena; luego,

en virtud del principio devolutivo parcial en materia impugnativa, solo es pertinente un análisis sobre este último objeto.

1. Los criterios de determinación de la pena, desde el espacio punitivo fijado por el tipo penal, están desarrollados, básicamente, por los artículos 45, 45-A y 46 del Código Penal, a partir de los cuales se hace uso del principio de proporcionalidad, en tanto garantía constitucional, de carácter transversal, anclada en cada derecho fundamental –la libertad personal en este caso– que guía el ámbito de restricción del mismo. A esta pauta legal, de los preceptos del Código Penal, sin embargo, corresponde igualmente determinar si se presentan circunstancias atenuantes privilegiadas –que no han sido recogidas positivamente en nuestra legislación–, causales de disminución de la punibilidad y/o reglas de reducción de la pena por bonificación procesal, en cuyo caso será posible la imposición de una pena por debajo del mínimo legal.

2. El literal c) del artículo 45 del Código Penal impone como criterio de fundamentación y determinación de la pena tomar en cuenta: “*Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan...*”. En el presente caso es especialmente relevante que imputado y agraviada ya forman una efectiva unidad familiar y que tienen dos hijos menores de edad, que están bajo la dependencia económica del primero, el cual cumple sus obligaciones de padre. En esta misma línea, se tiene un principio básico del derecho del niño (artículo 3, apartado 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño, de veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve), consagrado internacionalmente, que importa que cuando sus derechos están comprometidos debe tomarse en cuenta sus intereses superiores: “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen [...] los tribunales [...], una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

3. El imputado está incurso en la regla de reducción de la pena por bonificación procesal de confesión sincera –la complejidad de la causa se enervó por su propia admisión y la colaboración que mantuvo con la justicia–, concretada en una disminución de la pena “*...a límites inferiores al mínimo legal [...]*”. En consecuencia, corresponde invocar el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales –no es de aplicación el artículo 161 del Código Procesal Penal porque entró en vigor en los casos del Código de Procedimientos Penales a partir de la Ley número 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece–. De otro lado, es de atender a lo resuelto por el Acuerdo Plenario número 4-2016/CIJ-116, de cuatro de junio de dos mil diecisiete –que no acepta limitaciones o exclusiones a la aplicación de la institución de la confesión sincera–.

4. El superior interés del niño, en tanto la pena privativa de libertad efectiva afecta la unidad familiar y reprime a quien lo mantiene y protege –este hecho se ha probado más allá de toda duda razonable, que es lo que debe cumplirse

en estos casos en aras de su viabilidad legal– se erige, por consiguiente, en una causal de disminución de la punibilidad supra-legal. En efecto, en la medida en que el Código Penal no la incorporó como tal, el ordenamiento contempló la necesidad de tomar en cuenta el interés superior del niño, de suerte que esta exigencia convencional no puede obviarse desde el Derecho penal, por lo que debe ser aplicada precisamente en este ámbito de medición de la pena. La culpabilidad por el hecho, por consiguiente, se disminuye sensiblemente en este supuesto, lo que debe tener su proyección en la pena concreta, a tono con pautas del Código Penal en este tipo de instituciones de una disminución siempre discrecional y razonable de la penalidad conminada para el delito, que debe operar por debajo del mínimo de la punibilidad legalmente establecida para el hecho punible o su autor. Se trata, desde la perspectiva de la dogmática penal, de una “causal de disminución de la punibilidad”, necesariamente post delictiva, porque es intrínseca al delito desde la exclusión parcial de la categoría culpabilidad, en atención a su relación familiar positiva y, especialmente, al efecto lesivo sobre sus hijos menores de edad –quienes dependen del imputado y han venido sido acogidos y cuidados por él–.

5. En atención a lo expuesto, si se toma en cuenta la presencia de esta causal de disminución de la punibilidad supra-legal y la regla de reducción de la pena por bonificación procesal de confesión sincera –en lógica de concurrencia y acumulación de beneficios punitivos–, es razonable fijar como sanción cuatro años de privación de libertad. Si se considera que se trata de una persona joven, trabajador, que mantiene a su familia –conviviente y dos hijos menores– y sin antecedentes, así como las propias circunstancias de comisión del hecho delictivo, es pertinente suspender la ejecución de la pena privativa de libertad –esta modalidad es suficiente para inferir que no volverá a cometer otro delito–.

El recurso defensivo debe ampararse y así se declara.

DECISIÓN

Por estos motivos: **I. Declararon HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas quinientos cincuenta y uno, de veintiocho de diciembre de dos mil diecisiete, en cuanto condenando a ROEL LÓPEZ HUAMÁN como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio de la menor de iniciales A.C.P. le impuso siete años de pena privativa de libertad; reformándola: le **IMPUSIERON** cuatro años de pena privativa de libertad, cuya ejecución se suspende condicionalmente por el plazo de tres años, bajo las siguientes reglas de conducta: **a)** comparecer mensualmente al juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades; **b)** cumplir con el pago de la reparación civil; y, **c)** someterse al tratamiento psicológico que fije



el Juez de la causa y según las posibilidades del Estado. En consecuencia, **ORDENARON** se oficie y curse las comunicaciones correspondientes y se **LEVANTEN** todas las medidas coercitivas dictadas en su contra, siempre y cuando no exista mandato de detención o prisión preventiva emanada de autoridad competente. **II.** Declararon **NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene y es materia del recurso. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

S.s.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

SEQUEIROS VARGAS

CSM/abp

ANEXO 5



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Juzgado Penal Colegiado Supra-Provincial

Expediente : 01879-2017-1-0601-JR-PE-05.
Especialista : Mariela Díaz Mori.
Acusado : Elmer Adán Saldaña Guarníz.
Delito : Violación Sexual.
Agraviada : P.L.S.C.

SENTENCIA

RESOLUCIÓN NÚMERO SEIS

Cajamarca, quince de agosto del
Dos mil diecinueve.-

VISTA y OÍDA, la audiencia de Juicio Oral llevada a cabo ante el Juzgado Especializado Penal Colegiado de Cajamarca, a cargo de los Magistrados José Daniel Santos Holguín Moran, Ebelit Maralyn Vásquez Sánchez (D.D) y Francisco León Izquierdo, en el proceso penal seguido contra el acusado Elmer Adán Saldaña Gurníz, por la presunta comisión del delito Contra La Libertad en la modalidad de Violación de la Libertad Sexual en la forma de Violación Sexual de Menor de Edad, en agravio de la persona de iniciales P.L.S.C. juzgamiento que se desarrolla de la siguiente manera:

I. SUJETOS PROCESALES.

Primero.- Identificación de los sujetos procesales:

1.1.- Ministerio Público: Abog. Linder Roseli Abanto Reyes, Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de La Asunción, con domicilio procesal en el Jr. Cusco N° 161- La Asunción - Cajamarca.

1.2.- Defensa del Acusado: Abog. Nilcer Rubén Chávez Saldaña, con domicilio procesal en el Jr. Cusco N° 135 – La Asunción - Cajamarca.

1.3.- Acusado: Elmer Adán Saldaña Guarníz, identificado con DNI N° 47214361, de veintiocho años de edad, nacido el ocho de agosto de mil novecientos noventa y uno, en el caserío de Lucma Palo Blanco, distrito de La Asunción, provincia y departamento de



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Juzgado Penal Colegiado Supra-Provincial

Cajamarca, con grado de instrucción primaria completa, de estado civil soltero, cuyos nombres de nombres son: Benancio y Lucila, de ocupación agricultor.

II. PLANTEAMIENTO DEL CASO: PRETENSIONES DE LAS PARTES.

Segundo.- Teoría del caso del Ministerio Público.

2.1.- Fundamentos Fácticos.

El Ministerio Público manifestó que: “la menor de iniciales P.L.S.C., vivía a doscientos metros del acusado Elmer Adán Saldaña Guarniz, acusado que era mucho mayor que la agraviada y entre quienes por ser amigos había amistad; es así que en el mes de agosto del dos mil dieciséis, el ahora acusado, le pidió a la agraviada ser su enamorada, lo cual fue aceptado por la menor, para posteriormente en el mes de septiembre del dos mil dieciséis, empezar a mantener relaciones sexuales vía vaginal, esto es, cuando la menor contaba con doce años y siete meses de edad, relaciones sexuales que mantuvieron en el campo con el consentimiento de la agraviada, producto de lo cual la menor quedó embarazada en el mes de enero del dos mil diecisiete, habiendo procreado a la fecha al menor de iniciales L.A..S.S., quien nació el quince de septiembre del dos mil diecisiete.

Asimismo manifestó Fiscalía que, si bien es cierto tanto el acusado como la agraviada han manifestado que las relaciones sexuales que mantuvieron fueron con el consentimiento de la agraviada y sin ninguna violencia, sin embargo la menor por la edad con la que contaba a la fecha de los hechos, no tenía la capacidad de discernimiento mental, para poder decidir relacionarse sexualmente, por lo que el accionar del acusado constituye delito de violación sexual de menor”.

2.2.- Premisa Normativa: Fiscalía tipificó los hechos en: El delito Contra La Libertad Sexual en la forma de Violación Sexual de Menor de Edad, previsto en el inciso 2 del artículo 173° del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales P.L.S.C.



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Juzgado Penal Colegiado Supra-Provincial

2.3.- Pretensión Penal: Fiscalía solicitó se imponga al acusado Elmer Adán Saldaña Guarníz, treinta años de pena privativa de libertad efectiva.

Tercero.- Pretensión Civil: Al no haber constitución en actor civil, Fiscalía solicitó la suma de tres mil soles por concepto de reparación civil a favor de la parte agraviada.

Cuarto.- Teoría del caso de la Defensa del Acusado:

Precisó que su patrocinado ha incurrido en error de prohibición culturalmente condicionado, ya que las relaciones sexuales entre el acusado y la agraviada han sido con el consentimiento de la menor, producto de lo cual a la fecha tienen un hijo, relaciones que además han sido con el consentimiento de la familia de ambos, ya que en la zona donde viven las relaciones entre las parejas se inician a temprana edad, para el caso de las mujeres entre doce o trece años de edad; por lo que en su oportunidad solicitará la absolución de su patrocinado o en su defecto la dosificación de la pena, para lo cual se debe tener en cuenta las atenuantes establecidas por ley, la ponderación de los derechos fundamentales reconocidos por la constitución como es la familia y el interés superior del niño.

Quinto.- Información de sus Derechos al Acusado y Posibilidad de Conclusión Anticipada del Juicio Oral.

Una vez informado de sus derechos, de explicado los alcances y consecuencias de la conclusión anticipada de Juicio Oral, luego de preguntar al acusado Elmer Adán Saldaña Guarníz, si admite ser autor o responsable del delito materia de acusación por el Ministerio Público y si además acepta la pena y reparación civil solicitada por éste, dijo que no acepta los cargos; por lo que se dispuso tener por frustrada la Conclusión Anticipada de Juicio Oral, y continuar con el Juicio Oral, el que se ha llevado a cabo conforme a los términos que obran tanto en los registros de audio, como en las Actas de Audiencia respectivas, en virtud a lo prescrito en el artículo 373° inciso 1 y 2 del NCPP.

En el presente juzgamiento se actuó la totalidad de la actividad probatoria admitida en la etapa intermedia; luego de lo cual se procede conforme al artículo 392° del Código Procesal Penal, expidiendo la sentencia respectiva.



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Juzgado Penal Colegiado Supra-Provincial

III. SUPUESTOS NORMATIVOS: PREMISA MAYOR.

Sexto.-Supuestos jurídicos aplicables al caso.

Los presupuestos normativos que el Juzgado considera deben tenerse en cuenta para la resolución de la controversia propuesta son los siguientes:

6.1. Presunción de inocencia y objeto del Proceso Penal.

El Derecho a la Presunción de Inocencia ha sido recogido en los principales instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 1.11) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8.2). Nuestra Constitución lo ha plasmado en su artículo 2°, inciso 24, numeral “e”, y en su virtud todo acusado es considerado inocente mientras no se pruebe su responsabilidad luego de un proceso provisto de todas las garantías requeridas por el Debido Proceso¹; este principio también lo recoge el artículo II del Título Preliminar del CPP, incidiendo en que la única manera de desvirtuar esta presunción constitucional es mediante una prueba de cargo² tan sólida que la suprima más allá de toda duda³ y permita imponer una condena, ya que ante la improbanza del delito o de la vinculación del acusado con él, será obligación del Juez absolverlo. De tal modo, si la función principal del Proceso Penal es redefinir el conflicto subyacente a él, su objeto -desde la perspectiva del Principio Acusatorio- es destruir la Presunción de Inocencia, lo que de no ocurrir, mantendrá vigente la citada garantía.

6.2. Carga de la Prueba.

(1) “...En el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, el derecho a la presunción de inocencia aparece considerado en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el sentido de que “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. (...)”. De igual modo, el citado derecho es enfocado en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En relación con esta última, “(...) la Corte ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad es demostrada” (Exp. 10107-2005-HC). Disponible en www.tc.gob.pe.

(2) T.P. CPP. Artículo II.- Presunción de Inocencia. Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado.

³ “...el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal que corresponde actuar a los Jueces y Tribunales; que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba, y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no sólo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar la presunción de inocencia...”. (Exp. 0618-2005-PHC/TC, F.J. N° 22).

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Juzgado Penal Colegiado Supra-Provincial

El artículo 159°, incisos 4) y 5) de nuestra Constitución, señalan como rol del Ministerio Público conducir la investigación del delito y ejercitar la acción penal de oficio o a pedido de parte. Además -según el artículo 11° de su Ley Orgánica- es el titular de la acción penal pública y el encargado de probar la comisión de los delitos que denuncie, así como la responsabilidad penal de sus autores, pues el artículo 14° de la citada Ley Orgánica le atribuye en exclusivo la carga de la prueba, lo que también recoge el artículo IV del Título Preliminar del CPP, al establecer que la persecución del delito y la carga de la prueba en materia penal corresponden exclusivamente al Ministerio Público.

6.3. La Prueba en el Juicio Oral.

El artículo 393°, inciso 1 del CPP⁴ impide considerar como prueba aquellas actuaciones que no ocurran en Juicio Oral, pues sólo en dicho momento el Juez entra en contacto con el acervo probatorio propuesto por las partes⁵ mediante la percepción directa de las fuentes de prueba, adquiriendo conocimiento de calidad sobre la información que las partes pueden extraer de estas actuaciones, y así obtiene la “*calidad de prueba*” necesaria para expedir una sentencia debidamente motivada⁶.

6.4. Delito objeto de Acusación y Hechos a Probar.

Fiscalía tipificó los hechos en: El delito Contra La Libertad Sexual en la forma de Violación Sexual de Menor de Edad, previsto en el inciso 2 del artículo 173° del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales P.L.S.C.

Artículo 173°:

⁴ Artículo 393°.- El Juez no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el Juicio.

⁵ Las únicas excepciones a esta regla, es decir a la producción de la prueba ante el Juez de Juzgamiento, la constituyen la Prueba Anticipada y la Prueba Pre-constituida, cuya actuación tiene requisitos propios que no son objeto de tratamiento en este caso.

⁶ Esta norma se complementa con la contenida en el artículo I, inciso 2) del Título Preliminar del CPP por el que toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio y además, en el artículo VII del mismo título el que exige como requisito de valoración de la prueba, que ésta haya sido obtenida e incorporada al proceso mediante un procedimiento legítimo y en lo regulado por el artículo 159° del CPP, que impide utilizar fuentes o medios de prueba obtenidos contraviniendo derechos constitucionales. Estas normas interpretadas de modo sistemático y en concordancia con los principios de oralidad, inmediación y contradicción que inspiran el modelo procesal penal acusatorio, obligan al Juzgador a valorar solamente aquella prueba que haya sido incorporada legítimamente al Juicio Oral, que se actúe en su presencia y que se someta al debate contradictorio del caso. Todos estos requisitos constituyen el núcleo de la garantía constitucional conocida como Juicio Público Republicano, última garantía del debido proceso penal, en un Estado Constitucional de Derecho.



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Juzgado Penal Colegiado Supra-Provincial

“El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penal privativas de la libertad:

(...)

2) Si la víctima tiene entre diez años de edad y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años. (...)”

Éste hecho punible se configura cuando el agente tiene acceso carnal sexual por la cavidad vaginal, anal o bucal, o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por la vía vaginal o anal, con una persona menor de catorce años de edad cronológica.

De la redacción del tipo penal, en concordancia con el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116, se desprende con claridad que para la verificación del delito de acceso sexual sobre un menor de catorce años, no se necesita que el agente actúe haciendo uso de la violencia o intimidación; en tal sentido, así la víctima menor de catorce años preste su consentimiento para realizar el acceso carnal sexual o análogo, el delito se verifica o configura inexorablemente, pues de acuerdo a nuestra normatividad, la voluntad de los menores cuya edad se encuentra entre el acto del nacimiento hasta los catorce años, no tiene eficacia positiva para hacer desaparecer la ilicitud del acto sexual del sujeto activo.

IV. OBJETO DE LA PRUEBA ACTUADA

Séptimo.- Partiendo de las posiciones de las partes y de las consideraciones normativas detalladas, podemos establecer los hechos que se deben considerar probados, del modo siguiente:

a. En el transcurso del Juicio Oral las partes propusieron **convenciones probatorias**⁷, aprobadas por el Juzgado, en el sentido siguiente: **i.** Respecto del examen del perito médico legista Carlos Enrique Horna Chaffo, sobre el Certificado Médico Legal N° 3599-G; por lo que se tiene como

⁷ Conforme a lo establecido en el artículo 350°, inciso 2) del CPP, la etapa prevista para proponer Convenciones Probatorias es la etapa intermedia, esto es durante el Control de Acusación. Sin embargo, el Juzgado ha considerado (como se señaló en Audiencia) que no existe impedimento para arribar a las mismas durante el Juzgamiento, dado que esta posibilidad ya se encuentra prevista para el trámite del proceso inmediato (ocurre al inicio de la Audiencia Única de Juzgamiento); además de esta razón, consideramos que si el artículo 374° del CPP, permite arribar a una Conclusión Anticipada del Juzgamiento (total o parcial), no existe impedimento alguno para que las partes arriben a acuerdos probatorios parciales en Juzgamiento.



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Juzgado Penal Colegiado Supra-Provincial

cierto el contenido de dicha documental. De modo tal que dicho hecho no serán objeto de prueba.

b. Consideramos que los extremos probatorios, a debatirse en este caso, se contraen a determinar:

- Si el acusado Elmer Adán Saldaña Guarníz mantuvo una relación de enamoramiento con la menor de iniciales P.L.S.C., para posteriormente mantener relaciones sexuales cuando ésta contaba con doce años y siete meses de edad.
- Si el acusado Elmer Adán Saldaña Guarníz y la menor de iniciales P.L.S.C., producto de las relaciones sexuales que mantuvieron, procrearon al menor Liam Aldair Saldaña Saldaña, el que nació con fecha quince de septiembre del dos mil diecisiete.
- Si a la fecha el acusado Elmer Adán Saldaña Guarníz vive con la menor de iniciales P.L.S.C. y su menor hijo Liam Aldair Saldaña Saldaña, siendo el acusado el único sustento de ésta familia.
- Si el acusado a partir de su cultura entiende que es permitido mantener relaciones sexuales con un apersona menor de catorce años de edad.

V. SUPUESTOS DE HECHO (PREMISA MENOR).

Durante el Juicio Oral de su propósito se actuaron, vía intermediación y contradicción, las pruebas que los sujetos procesales ofrecieron para sustentar sus respectivas pretensiones, por lo que a continuación se hará una breve reseña de esta actividad probatoria.

Octavo.- De la incorporación de los medios probatorios y de su valoración individual en Juicio Oral.

Consideramos innecesario transcribir el contenido íntegro de las declaraciones y actuaciones del Juicio Oral, ya que éstas obran en las actas respectivas y los audios de su propósito, a los que siempre es posible recurrir, a fin de contrastar las verdidas en este documento. Resulta



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Juzgado Penal Colegiado Supra-Provincial

importante, en cambio, destacar el aporte probatorio de estas actuaciones a la Teoría del Caso de las partes, a fin de que la valoración conjunta de la prueba no omita ningún tema relevante respecto a los puntos a probar en el presente proceso.

8.1.- Examen de los Órganos de Prueba.

8.1.1.- Examen del acusado Elmer Adán Saldaña Guarnís.

Manifestó conocer a la agraviada por ser su vecina, ya que su casa estaba ubicada a doscientos metros de la casa de la agraviada; y que cuando inició a tener relaciones sexuales con la menor, su persona tenía veintiséis años de edad y no sabía cuántos años tenía la menor, pero conocía a la menor desde que ésta tenía cuatro años de edad, menor con quien convive a la fecha, para lo cual conversó con los abuelos y tíos de ésta.

Aclaró que en el mes de febrero del dos mil diecisiete, se enteró que la menor agraviada estaba embarazada, fecha para la cual aún no convivía con la menor, por lo que se fue hablar con los abuelitos de ésta y desde mayo del dos mil diecisiete, inició a convivir con la agraviada, reconoció a su hijo, quien a la fecha tiene un año y once meses de edad.

Finalmente, el acusado señaló que a la fecha vive con la agraviada y su menor hijo en su propia choza, y que para arreglar la convivencia con la menor participaron sus padres, los abuelos y tíos de la menor, lo cual se dio ante el presidente de la ronda y teniente de su comunidad, ya que en el lugar donde viven la gente acostumbra casarse y constituir sus hogares a temprana edad; que su persona es el único sustento de su hogar; y que sólo ha tenido un hijo con la agraviada, ya que antes de su convivencia con la menor vivía sólo.

Valoración Individual:

En dicha declaración el acusado manifestó: a) Que, su persona y la menor de iniciales P.L.S.C. se conocen desde siempre por haber sido vecinos. b) Que, su persona y la menor de iniciales P.L.S.C. han mantenido relaciones sexuales consentidas y producto de ellas procrearon a un menor, quien a la fecha tiene un año y once meses de edad, quien ha sido



reconocido por el acusado de forma voluntaria. c) Que, su persona, la agraviada y su menor hijo a la fecha viven juntos, en una misma casa, siendo su persona el único sustento de su hogar. e) Que, en la comunidad donde viven, la gente acostumbra casarse a temprana edad. f) En su favor ha señalado que desconocía la edad de la agraviada. g) Que, no tiene otros hijos y es la primera vez que convive con una pareja, habiendo formado su hogar con la agraviada.

8.1.2.- Examen de la menor de iniciales P.L.S.C.

Refirió conocer al acusado por ser su esposo, que nació el cuatro de febrero del dos mil cuatro, y que a la fecha vive en compañía del acusado Elmer Adán Saldaña Guarníz y su menor hijo.

Precisó que con Elmer **han iniciado a mantener relaciones sexuales desde que estaba por cumplir catorce años de edad**, producto de lo cual quedó embarazada, por lo que fueron hacer un arreglo ante la ronda, el cual consistía en juntarse con el acusado y criar a su hijo.

Indicó que en su caserío existen varias parejas que se han “juntado” siendo la mujer menor de edad y han formado sus familias, es por ello que su persona estuvo de acuerdo en formar una familia con el acusado, para lo cual además **contaron con el consentimiento de sus familiares**; acusado que en su hogar se porta bien, cría a su hijo, no la maltrata ni golpea, el mismo que además mantiene su hogar, por lo que no desea que le pase nada malo al acusado; y que en el lugar donde vive es normal que las mujeres de su edad ya tengan familia.

Valoración Individual:

En dicha testimonial se tiene: a) Que, las relaciones sexuales fueron consentidas. b) Que, desde que quedó embarazada el acusado se hizo cargo de ella y acudieron a las rondas campesinas de su lugar para hacer el arreglo. c) Que, a la fecha vive junto al acusado y su menor hijo, para lo cual contaron con la aprobación de sus familiares y de la ronda de su comunidad. d) Que, es el acusado quien mantiene su hogar.

8.1.3.- Examen de la testigo Andrea Guarníz Saldaña.

Manifestó conocer a la agraviada por ser su nieta e indicó conocer al acusado por ser su vecino; y que se enteró que el acusado Elmer Adán Saldaña Guarníz mantenía una relación sentimental



con su nieta cuando ésta salió embarazada, **por lo que su persona estuvo de acuerdo en que su nieta y el acusado inicien a vivir juntos como familia**, ya que en su lugar las mujeres se comprometen desde los doce años de edad y tienen sus hijos a esa edad, tal es el caso de Vidala, Teodocia Terrones y Santos Saldaña.

Finalmente indicó **que su nieta de iniciales P.L.S.C. y el acusado Elmer Adán Saldaña Guarníz, han formado una familia, se llevan muy bien y mantiene a su hijo, los que viven solos en su casa**; y que el arreglo que efectuaron para que vivan juntos se realizó ante la ronda de su lugar.

Valoración Individual:

Dicha testimonial acredita que el acusado Elmer Adán Saldaña Guarníz y la menor de iniciales P.L.S.C. viven juntos en compañía de su menor hijo, convivencia para la cual la testigo, por ser abuela de la menor dio su consentimiento.

8.1.4.- Examen del testigo Agustín Saldaña Mendoza.

Manifestó conocer a la menor de iniciales P.L.S.C. por ser su nieta y al imputado por ser su vecino, quien vivía a doscientos metros de su casa; y que se enteró de la relación entre su nieta y el acusado por cuanto ello le comentó su esposa, por lo que acordaron hacer un arreglo con los padres del acusado ante la ronda campesina de su comunidad, luego de lo cual entregaron a su nieta a Elmer Adán Saldaña Guarníz.

Indicó además que en su caserío existen casos de parejas que se han “juntado” a los doce años de edad, tal es el caso de Teodocia Terrones Leyva y Santos Saldaña Mendoza; y que a la fecha el acusado es el único que asume los gastos en su hogar que ha formado con su nieta y su bis nieto.

Valoración Individual:

Acredita que a la fecha la menor de iniciales P.L.S.C. vive junto al acusado y el hijo de ambos, unión para la cual el testigo en su condición de abuelo de la menor dio su consentimiento, efectuando un arreglo ante la ronda campesina de su comunidad para tal fin.



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Juzgado Penal Colegiado Supra-Provincial

8.2.- Examen de los órganos de auxilio judicial.

8.2.1.- Examen de la Perito Psicóloga Gisselle Horna Ato.

Se le examina respecto de la Pericia Psicológica Contra la Libertad Sexual N° 003245-2018-PS-DCLS, practicada al acusado Elmer Adán Saldaña Guarníz, de fecha diecisiete de mayo del dos mil dieciocho. Se ratifica en su contenido y firma.

Señaló el **método** e indicó que las **conclusiones son**: “1) Personalidad con rasgos compulsivo y dependiente. 2) El examinado no presenta ninguna limitación para percibir y evaluar la realidad adecuadamente, no evidenciado en el curso de la pericia misma actitudes de perversidad en su conducta sexual que llamen la atención de la examinadora respecto de los hechos que ha manifestado. 3) A nivel psicosexual el examinado se identifica con su rol de género y asignación teniendo una inclinación de tipo heterosexual, no presenta indicadores de agresividad en sus impulsos sexuales o psicosexuales”.

Acotó que el peritado presenta rasgos “**compulsivos y dependientes**”, por cuanto se ciñe a las normas y reglas, es una persona sumisa y de baja autoestima, un tanto inseguro, seguidor de las normas, reglas de cultura, idiosincrasia y dinámica de vida, lo cual si bien no lo limita a conocer las normas legales, sin embargo no las conoce mucho por su nivel de estudios – cuarto grado de primaria-.

Agregó que el acusado es una persona que “**sabe controlar sus impulsos sexuales**”, no tiene impulsos de agresividad y menos dañaría a otra persona, esto es no se relaciona con otra persona con una intención negativa o querer dañar al sexo opuesto.

Finalmente, manifestó que el acusado ha asumido su responsabilidad de formar una familia funcional con la agraviada y teme que el hecho investigado la perjudique.

Valoración Individual:

Con el examen de dicha perito se acredita: a) Que, el acusado es una persona que cumple con las normas, reglas culturales, idiosincrasia, dinámica de vida y es sumiso. b) Que, el acusado tiene control de sus impulsos sexuales, no tiene impulsos de agresividad y no



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Juzgado Penal Colegiado Supra-Provincial

lastimaría o dañaría a una tercera persona. c) Que, el acusado ha formado una familia funcional con la menor agraviada.

8.2.2.- Examen del Perito Psicólogo Gustavo Eloy Caipo Agüero.

Se le examina respecto de la **Pericia Psicológica Contra la Libertad Sexual N° 004379-2017-PS-DCLS, practicada a la menor agraviada de iniciales P.L.S.C.**, de fecha cuatro de julio del dos mil diecisiete. Se ratifica en su contenido y firma.

Señaló el **método** e indicó que las **conclusiones son**: “1) **No se evidencia indicadores de afectación psicológica compatible a hechos materia de investigación.** 2) Clínicamente estado mental conservado, sin indicadores de alteración que la incapacite para percibir y valorar su realidad. 3) **Dinámica familiar donde percibe seguridad y comprensión**”.

Indicó que la peritada es menor de edad, por lo que tiene inmadurez sexual y los hechos pueden generarle problemas psicológicos que le impedirán relacionarse afectivamente con una pareja, lo cual dependerá mucho de las circunstancias y condiciones en las que pueda estar viviendo.

Valoración Individual:

Con el examen de dicho perito se acredita que la menor agraviada “No evidencia indicadores de afectación psicológica compatible a hechos materia de investigación y que tiene una dinámica familiar donde percibe seguridad y comprensión”.

8.2.3.- Examen del Perito Antropólogo Gustavo Adolfo Mosquera Zavaleta.

Se le examina respecto del **Informe Antropológico Social N° 01-2018**, efectuado en el caserío Lucma Palo Blanco – distrito de La Asunción. Se ratifica en su contenido y firma.

Señaló el **método** e indicó que las **conclusiones son**: “1) El procesado Elmer Saldaña Guarníz es un campesino joven que ha vivido la mayor parte de su vida en el caserío Lucma Palo Blanco del distrito de La Asunción, cuya mayoría de la población es eminentemente rural, como es el caso del caserío Lucma Palo Blanco donde sus pobladores se dedican a labores vinculadas a la agricultura de subsistencia, **con limitaciones de acceso a los servicios básicos, con presencia de autoridades y organizaciones propias de este contexto, como la Ronda Campesina de la**



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Juzgado Penal Colegiado Supra-Provincial

que es miembro activo, con presencia de programas sociales estatales como JUNTOS, que como se sabe trabajan en las zonas más pobres. Estas poblaciones rurales pese a no estar aisladas de las poblaciones urbanas se difieren de éstas, dicha diferencia se manifiesta en sus expresiones culturales, como son: su forma de vestir, la forma en que celebran sus festividades, la forma de organización, la forma de relacionarse, la forma de trabajo; entre otras, es decir **piensan y viven diferente que los de poblaciones urbanas, identificándose como campesinos, no solo por el modo de producción sino como un grupo cultural distinto**. El procesado es reconocido como integrante de éste caserío por sus autoridades y demás pobladores, siendo calificado positivamente por ellos. **2)** En lo que respecta al actuar del procesado, hay que tener en cuenta en primer lugar que la menor no tiene ninguna relación de parentesco con él y que ambos son integrantes del mismo caserío, pese a que la menor no ha nacido en éste ha vivido la mayor parte de su vida **en el caserío Lucma Palo Blanco, lugar donde se mantiene el modo tradicional de relacionarse para iniciar una convivencia, propio de las zonas rurales**, que empieza cuando los jóvenes se enamoran a escondidas de los padres por temor a las represalias, para posteriormente y evaluado las circunstancias, decidir entre presentarse a pedir la mano o robarse, para luego de esto llegar a un arreglo; en este caso la motivación del proceso estaría ligada a la formación de una familia, utilizando el procedimiento cultural que se estila en dicha zona, inicio una relación amorosa de común acuerdo con la menor a escondidas de sus padres y la comunidad, siendo enamorados sostuvo relaciones sexuales con ella, una vez que se enteró que su pareja estaba embarazada acudió junto con su padres para presentarse ante los abuelos responsables de la menor a pedir la mano y llegar a un arreglo, que además dejó constancia ante la Base Rondera local, desde ese momento empieza la convivencia de la pareja, empezando a reconocerse como esposos ante ellos y la comunidad, como lo dan a saber tanto en las entrevistas realizadas como en los diversos documentos que obran en la Carpeta Fiscal, es en este contexto creyendo que el problema está solucionado acuden al Puesto de Salud y se inicia el proceso legal. **3)** En relación a la petición Fiscal referida a la edad en que las mujeres pueden formar una familia dentro de este contexto, mediante la investigación **se llegó a determinar que la edad de inicio sexual en la zona sería alrededor de los trece años, edad en que los jóvenes empezarían a tener relaciones sexuales y que como se nos mencionó en las entrevistas también empezaron a comprometerse”**.

Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial

Av. La Cantuta N° 1224 (cuarto piso), tel. 076 584400 anexo 24164



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Juzgado Penal Colegiado Supra-Provincial

Al respecto, el perito indicó que el acusado ha pasado las etapas del enamoramiento cultural, esto es, se enamoran a escondidas con la agraviada, luego buscó el arreglo hasta llegar a establecerse como familia; el acusado asumió su responsabilidad y posteriormente ha sido reconocido por la población, pero es debido a los controles pre natales de menor, efectuados en el Puesto de Salud que es denunciado.

Precisó que en el caserío donde vive el acusado existen algunos casos donde se han comprometido jóvenes, los que indicaron que una vez que los padres los aceptan, la comunidad también lo hace y son reconocidos como una familia más, siendo el varón reconocido como jefe de familia, quien además integra la ronda y se integra a la comunidad; y si bien le manifestaron sobre un caso donde la mujer se comprometió a los doce años, sin embargo manifestó que no pudo conseguir evidencias de ello.

Asimismo, **indicó que la comunidad donde vive el acusado acepta su unión con la agraviada y no ve ello como delito; más por el contrario una vez que arreglaron su unión fueron integrados a la comunidad y no se ha dado ningún rechazo.**

Valoración Individual:

Con el examen de dicho perito se tiene: a) Que, el acusado pertenece a una comunidad rural, la cual se desarrolla de acuerdo a sus costumbres, dentro de ellas la del enamoramiento a escondidas de sus padres, para luego formalizar mediante un arreglo con el acuerdo de sus familiares y luego pasar a ser integrado como miembro activo de la ronda campesina de su comunidad y posteriormente ser integrado a la comunidad; pautas que siguió el acusado Elmer Adán Saldaña Guarníz a fin de formar una familia con la menor P.L.S.C. b) Que, en la comunidad del acusado, esto es Lucma Palo Blanco, la edad promedio en que empiezan las mujeres a determinarse sexualmente es a los trece años, y si bien le manifestaron sobre un caso donde la mujer se comprometió a los doce años, no pudo conseguir evidencias de ello. c) Que, la comunidad donde vive el acusado acepta su unión con la agraviada y no ve ello como delito, por el contrario, una vez que arreglaron su unión fueron integrados a la comunidad y no se ha dado ningún rechazo.



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Juzgado Penal Colegiado Supra-Provincial

8.3.- Oralización de prueba documental.

Por cumplir con lo prescrito en el artículo 383° del CPP se incorporó a juicio oral, vía oralización la siguiente prueba documental:

8.3.1.- Acta de Constatación Fiscal, de fecha treinta de mayo del dos mil diecisiete, obrantes de folios 44/48 del Expediente Judicial, en la que consta:

“Que, al constituirse personal Fiscal y policial en el Centro de Salud de La Asunción, se entrevistaron con la obstetra Silvia León Ayala, quien les indicó que la menor P.L.S.C. nacida el cuatro de febrero del dos mil cuatro, tiene veintitrés semanas de gestación (...), la misma que se encuentra bien de salud. Al entrevistarse con la menor, indicó que está embarazada desde enero del dos mil diecisiete y que el padre de su hijo es Elmer Adán Saldaña Guarníz, de veintiséis años de edad, quien es su conviviente, con quien no ha tenido problemas y actualmente están viviendo juntos en el caserío de Lucma Palo Blanco del distrito de La Asunción (...).”

Valoración Individual:

Con dicha documental se acredita: a) Que fue la obstetra Silvia León Ayala, quien llamó a la Fiscalía, a fin de indicar que la menor P.L.S.C. nacida el cuatro de febrero del dos mil cuatro, tiene veintitrés semanas de embarazo. b) Que, antes de que se denunciara el hecho, el acusado ya se encontraba conviviendo con la agraviada.

8.3.2.- Oficio N° 044-2017-REGPOL-CAJ/DIVPOS-CS.BI-CRPNP-ASUNCIÓN“D”, obrante de folios 51/56 del Expediente Judicial, mediante el cual se remite el Informe N° 09-2017-REGPOL-CAJ/CS.BI.CRPNP-ASUNCIÓN “D”, de fecha dieciocho de junio del dos mil diecisiete, que informa: “Al llegar personal de la PNP al caserío de Lucma Palo Blanco, lograron constatar el domicilio del acusado (...) quien indicó vivir con sus padres, sus tres hermanos y dedicarse a la agricultura (...).”

Valoración Individual:

Lo cual acreditaría que el acusado Elmer Adán Saldaña Guarníz no estaría conviviendo con la agraviada, por lo que esta conclusión deberá ser sujeta a corroboración a partir de la valoración conjunta de la prueba.



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Juzgado Penal Colegiado Supra-Provincial

8.3.3.- Ficha de RENIEC de la menor P.L.S.C., obrante a folios 57 del expediente judicial; dónde se aprecia que la menor agraviada nació el cuatro de febrero del dos mil cuatro.

Acredita que la menor P.L.S.C. a la fecha de los hechos contaba con doce años, once meses y quince días de edad.

8.3.4.- Acta de Nacimiento del menor Liam Aldair Saldaña Saldaña, obrante a folios 58 del Expediente Judicial, en el cual consta que el menor Liam Aldair Saldaña Saldaña es hijo de Elmer Adán Saldaña Guarníz y de la menor P.L.L.S.C., menor que nació con fecha quince de septiembre del dos mil diecisiete.

Valoración Individual:

Documental que acredita que: a) Que, el menor Liam Aldair Saldaña Saldaña nació el quince de septiembre del dos mil diecisiete. b) Que, el acusado reconoció voluntariamente a su hijo, el mismo día de su nacimiento, pues éste fue el declarante. c) Que, la fecha probable del embrazo es el mes de enero del dos mil diecisiete, cuando la agraviada contaba con doce años, once meses y quince días de edad.

8.3.5.- Certificado Judicial de Antecedentes Penales, obrante a folios 59 del Expediente Judicial, en el que consta que Elmer Adán Saldaña Guarníz, no registra antecedentes.

Acredita que el acusado Elmer Adán Saldaña Guarníz no registra antecedentes, lo cual servirá para la determinación judicial de la pena.

8.4.- Valoración conjunta de las actuaciones del Juicio Oral. El Juzgado Penal Colegiado considera lo siguiente:

SE HA PROBADO:

8.4.1.- Que, el acusado Elmer Adán Saldaña Guarníz, mantuvo una relación de enamorados con la agraviada de iniciales P.L.S.C., ello cuando dicha menor contaba con doce años y siete meses de edad.

PROBADO: con la declaración coincidente del acusado y agraviada, quienes afirman ésta premisa.



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Juzgado Penal Colegiado Supra-Provincial

8.4.2.- Que, el acusado Elmer Adán Saldaña Guarníz y la menor de iniciales P.L.S.C., producto de las relaciones sexuales que mantuvieron, procrearon al menor Liam Aldair Saldaña Saldaña, quien nació con fecha quince de septiembre del dos mil diecisiete.

PROBADO: Se arriba a dicha conclusión con: La **Declaración coincidente de agraviada y acusado**, y con el **Acta de Nacimiento del menor Liam Aldair Saldaña Saldaña**, donde se señala como padres del menor a la agraviada y al acusado, habiendo sido éste último quien fue a declarar voluntariamente el nacimiento de su hijo.

8.4.3.- Que, el acusado Elmer Adán Saldaña Guarníz, desde que se enteró que la agraviada se encontraba embarazada, empezó a convivir con ésta, previo consentimiento de los familiares de ésta y de las rondas campesinas de su comunidad.

PROBADO: Se arriba a dicha conclusión a partir de lo dicho por la menor de iniciales P.L.S.C., quien en Juicio Oral manifestó que luego que de su embarazo, el acusado realizó un arreglo ante la ronda de su comunidad, el que consistía en “juntarse y criar a su hijo”, fecha desde la cual vive con el acusado Elmer Adán Saldaña Guarníz; con el dicho de los **testigos Andrea Guarníz Saldaña y Agustín Saldaña Mendoza**, quienes manifestaron ser abuelos de la agraviada y que a la fecha ésta vive junto al acusado y su menor hijo, habiendo arreglado previamente esta circunstancia ante la rondas campesinas de su comunidad.

Asimismo se tiene que el *Juicio de credibilidad* se supera en la medida en que se verifique las garantías de certeza establecidas en el Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116, a saber: **a)** Ausencia de incredibilidad subjetiva. **b)** Verosimilitud; y **c)** Persistencia en la incriminación. En el caso en concreto, con la motivación efectuada existe suficiente justificación para arribar a los hechos probados antes descritos, los que se tiene cuentan con los presupuestos antes indicados, conforme puede verificarse del análisis antes realizado.

NO SE HA PROBADO:

8.4.4. La tesis de defensa del acusado, esto es, que el acusado Elmer Adán Saldaña Guarníz haya incurrido en error de comprensión culturalmente condicionado.



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Juzgado Penal Colegiado Supra-Provincial

Se arriba a dicha tesis a partir de lo actuado en audiencia de Juicio Oral, donde se examinó al perito antropólogo Gustavo Mosqueira Zavaleta, quien concluye que en el lugar donde creció y vive el acusado las personas forman un hogar a partir de los trece años de edad, no a los doce años once meses y quince días de edad, como el caso de autos.

VI.- JUICIO DE SUBSUNCIÓN

Noveno.- Tenemos:

9.1.- Tipicidad objetiva.

Se ha demostrado que el acusado mantuvo relaciones sexuales con la menor de iniciales P.L.S.C. cuando estaba contaba con doce años, once meses y quince días de edad.

9.2.- Tipicidad subjetiva.

Asimismo, se ha demostrado la presencia del elemento subjetivo del tipo penal reseñado que es el dolo, puesto que de la forma como se produjeron los hechos, no permite establecer una conclusión diferente: el acusado, consciente y voluntariamente mantuvo relaciones sexuales con la agraviada de iniciales P.L.S.C., de quien conocía su edad a partir de que existió una relación de enamorados que antecedió a la relaciones sexuales.

9.3.- Antijuridicidad

El comportamiento del acusado, resulta evidentemente antijurídico en el plano formal (prohibición legal)⁸ ya que contraviene lo dispuesto que el inciso 2) del artículo 173° del Código Penal; asimismo, es antijurídico en el plano material (prohibición genérica)⁹, pues el bien jurídico «indemnidad sexual» se encuentra protegido por el ordenamiento normativo que regula la vida en sociedad. No existiendo causa de justificación alguna como las previstas en el artículo 20° del Código Penal; por lo que se deberá imponer la pena prevista en la ley.

⁸ Villavicencio Terreros Felipe, “La antijuridicidad formal es la relación de contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico” *“Derecho Penal – Parte General”*. Grijley, 2009, p. 529

⁹ La antijuridicidad material se concibe como la ofensa socialmente nociva a un bien jurídico que la norma busca proteger. Villavicencio Terreros, Felipe. Op. cit., pág. 529



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Juzgado Penal Colegiado Supra-Provincial

9.4.- Culpabilidad

Debemos señalar, asimismo, que durante el desarrollo el Juzgamiento se ha comprobado que el acusado es una persona mayor de edad, responsable de sus actos, encontrándose en pleno uso de sus facultades mentales. Esta persona, al momento de los hechos, ha estado consciente del comportamiento realizado y de sus alcances, por lo que tales actos le son imputables penalmente.

VII.- PENA, REPARACIÓN CIVIL Y COSTAS

Décimo.- Determinación e individualización de la pena.

10.1.- Conforme lo prescribe el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, la realización del derecho a sancionar del Estado sólo está justificada cuando se ha lesionado o se pone en peligro bienes jurídicos tutelados por ley. Es de 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: Legalidad, Proporcionalidad, Lesividad y Culpabilidad.¹⁰

10.2.- El inciso 2 del artículo 173° del Código Penal, sanciona al agente que comete el delito de violación sexual, como en este caso, a una menor entre diez años de edad y menos de catorce con pena no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

10.3.- Sin embargo, para el presente caso en concreto, las relaciones sexuales que mantuvo la menor P.L.S.C. con el acusado Elmer Adán Saldaña Guarníz fueron con el consentimiento de ésta, cuando contaba con doce años, once meses y quince días de edad (dato objetivo obtenido a partir del acta de nacimiento del hijo de la agraviada), menor que a la fecha ha constituido una familia con el acusado, habiendo procreado al menor Liam Aldair Saldaña Saldaña; y si bien por la edad a la fecha de los hechos, no se podría tener como válido su consentimiento, también es cierto que la menor según el perito psicólogo Gustavo Eloy Caipo Agüero, quien al ser examinado respecto de la Pericia Psicológica Contra La Libertad Sexual N° 004379-2017-PS-

¹⁰Resolución Administrativa N° 311-2011-P-P-, publicada en el Diario *El Peruano*, el día 02.09.2011.



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Juzgado Penal Colegiado Supra-Provincial

DCLS manifestó que ésta **“no evidencia indicadores de afectación psicológica compatible a hechos materia de investigación”**, esto es pese a la minoría de edad en que inició su vida sexual con el acusado, no se generó en ella ningún tipo de afectación, lo cual es un indicio para éste Colegiado de que la menor agraviada efectivamente mantuvo relaciones sexuales voluntarias con el acusado; asimismo, otra de las conclusiones de la pericia antes referida es **“dinámica familiar donde percibe seguridad y comprensión”**; coligiéndose que la pericia antes indicada fue efectuada con fecha cuatro de julio del dos mil diecisiete, esto es, cuando la menor ya estaba embarazada y mantenía una relación de convivencia con el acusado, por tanto, bien se puede inferir que en la familia que había constituido con el Elmer Adán Saldaña Guarníaz la menor se siente segura y recibe comprensión por parte de éste, lo cual se corrobora con el dicho de la agraviada, quien en Juicio Oral manifestó que lleva una buena relación de pareja con el acusado, hecho por demás corroborado con el dicho de Andrea Guarníz Saldaña y Agustín Saldaña Mendoza, abuelos de la menor.

10.4.- Por otro lado, se tiene el dicho del **perito antropólogo Gustavo Adolfo Mosqueira Zavaleta**, quien al ser examinado respecto del Informe Antropológico Social N° 01-2018, efectuado en el caserío Lucma Palo Blanco - distrito de la Asunción, manifestó en su tercera conclusión que en toda esa población las mujeres inician a mantener relaciones sexuales alrededor de los trece años de edad, fecha a partir de la cual se comprometen; es así que estando a que la menor habría iniciado su actividad sexual a los doce años, once meses y quince días de edad, no le alcanza al acusado el artículo 15° del Código Penal, el cual se hubiese erigido como causa de exención de responsabilidad penal, sin embargo es un medio probatorio importante para éste Colegiado para disminuir muy prudencialmente la pena por debajo del mínimo legal.

10.5.- Asimismo, es necesario tener presente el I Pleno Jurisprudencial Casatorio de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial –Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018/CIJ-433, de fecha dieciocho de diciembre del dos mil dieciocho; que en su fundamento 29° establece: ***“(...) La excepcionalidad se podría presentar, primero, cuando concurre al hecho una causa de disminución de punibilidad o es aplicable una regla de reducción de la pena por bonificación procesal; y, segundo, cuando se presentan circunstancias especialmente relevantes desde criterios preventivos que reduzcan sensiblemente la necesidad de pena – aunque en este caso, obviamente, la respuesta punitiva será mayor que en el primer supuesto y su aplicación tendrá lugar en casos especialmente singulares o extraordinarios-. Pueden***

Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial

Av. La Cantuta N° 1224 (cuarto piso), tel. 076 584400 anexo 24164



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Juzgado Penal Colegiado Supra-Provincial

servir para ubicar estas situaciones extraordinarias el desarrollo psicológico concreto del agente –su historia personal desde el prisma de exámenes psicológicos especialmente rigurosos-, y, entre otros, los condicionantes sociales extremos que padeció –acreditados con pericias o informes sociales fundamentados que razonablemente expresen un nivel de sociabilidad diferenciado y complejo-, de suerte que permita reducir sensiblemente la necesidad y, en su caso, el merecimiento de pena”, además de establecerse en su fundamento treinta y dos, como doctrina legal lo siguiente “(...) D. La pena de cadena perpetua debe ser aplicada en sus justos términos. Siempre es posible una opción individualizadora y de menor rigor en situaciones excepcionales. Al respecto, es de tener presente el párrafo 29 de esta sentencia plenaria”.

Es en dicho sentido, se tiene que **la perito psicóloga Gisselle Horna Ato**, al ser examinada respecto de la Pericia Psicológica Contra la Libertad Sexual N° 003245-2018-PS-DCLS, practicada al acusado Elmer Adán Saldaña Guarníz, indicó que éste es una persona que sabe controlar sus impulsos sexuales, no tiene impulsos de agresividad y menos dañaría a otra persona, precisando que *“no se relaciona con otra persona con una intención negativa o de querer dañar al sexo opuesto”*, perito que además manifestó el temor del acusado por su familia frente al presente proceso penal; asimismo, indicó que el acusado es una persona que sigue las normas, **reglas de cultura, idiosincrasia y dinámica de vida**; a su vez, **el perito antropólogo Gustavo Adolfo Mosquera Zavaleta**, al ser examinado sobre el Informe Antropológico Social N° 01-2018, indicó que el acusado Elmer Adán Saldaña Guarníz es un campesino joven, que ha vivido la mayor parte de su vida en el caserío Lucma Palo Blanco del distrito de La Asunción, donde la mayoría de su población es rural, donde hay presencia de autoridades y organizaciones propias de ese contexto, como la Ronda Campesina; lugar donde se indicó se mantiene el modo tradicional de relacionarse para iniciar una convivencia, así se tiene: los jóvenes se enamoran a escondidas de su padres, para luego decidir entre robarse o presentarse a pedir la mano y llegar así a un arreglo; pasos que siguió el acusado a fin de constituir su familia con la menor P.L.S.C., para lo cual además llegó a un arreglo ante el presidente de la ronda de su comunidad, unión que además manifestó el perito es aceptada por su comunidad, quien no ve en ello un delito, más por el contrario una vez que arreglaron su unión fueron integrados a su comunidad, sin ningún rechazo; sumado a ello está el hecho de que a la fecha el acusado Elmer Adán Saldaña Guarníz y la menor de iniciales P.L.S.C. han

Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial

Av. La Cantuta N° 1224 (cuarto piso), tel. 076 584400 anexo 24164



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Juzgado Penal Colegiado Supra-Provincial

constituido una familia junto a su menor hijo Liam Aldair Saldaña Saldña, quien según Acta de Nacimiento, cuenta con un año y once meses de edad, lo cual quiere decir que acusado y agraviada viven juntos desde hace más de dos años; en ese sentido, toma gran importancia los siguientes puntos: **(i)** Acusado y agraviada mantuvieron relaciones sexuales voluntarias; **(ii)** La menor P.L.S.C. no tiene afectación psicológica, según lo dicho por el perito psicólogo Gustavo Eloy Caipo Agüero, quien además se siente segura en su ámbito familiar – esto es en el formado con el acusado y su menor hijo; **(iii)** El acusado es el único que asume la responsabilidad económica de su hogar, lo cual fue así precisado por la menor agraviada y los testigos; **(iv)** El acusado Elmer Adán Saldaña Guarníz y la menor P.L.S.C. a la fecha han constituido una efectiva unidad familiar junto a su menor hijo, el que está bajo la dependencia económica del primero, ya que cumple sus obligaciones de padre; es así que en dicho contexto, corresponde invocar el principio básico del Interés Superior del Niño, conforme lo establece el artículo 38° de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo IX del Título preliminar de la ley 27337 –Código de los Niños y Adolescentes–, donde se precisa que en todo asunto relacionado a los niños y adolescentes se debe privilegiar el Interés Superior de aquellos; asimismo, en ese sentido el artículo 2° de la ley N° 30466 –ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño– señala que: ***“El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos”***, aunado a ello, el artículo 9° del reglamento de la mencionada ley -D.S. 002-2018-MIMP-, establece los elementos para la determinación y aplicación del interés superior del niño; destacando entre ellos -en los numerales 9.3, 9.4 y 9.5-, los referidos a la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, al cuidado, protección, desarrollo y seguridad de la niña, niño o adolescente, así como a la situación de vulnerabilidad de éstos; en los términos siguientes: ***“9.3. La familia es la institución fundamental de la sociedad y el medio idóneo para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de las niñas, niños y adolescentes. Las familias tienen la responsabilidad de generar un entorno que garantice su desarrollo integral y el ejercicio efectivo de sus derechos; y es deber del Estado brindar asistencia necesaria en el desempeño de sus funciones. (...) 9.4. Las autoridades y responsables de las entidades públicas y privadas garantizan el bienestar de la niña, niño o adolescente. El bienestar abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y***

Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial

Av. La Cantuta N° 1224 (cuarto piso), tel. 076 584400 anexo 24164



emocionales, así como su necesidad de afecto y seguridad, que garantice su desarrollo integral... (...) 9.5. Ello exige que la determinación del interés superior del niño no sólo se limite al pleno disfrute de todos los derechos consagrados en la Convención, sino también de otras normas de derechos humanos...”; en tal sentido, este Juzgado Especializado Penal Colegiado, en mérito a lo antes referido y seguros de que una pena privativa de libertad efectiva para el acusado Elmer Adán Saldaña Guarnís, bien podría afectar el interés superior del niño, en éste caso de Liam Aldair Saldaña Saldaña, hijo del acusado y la menor agraviada y además afectaría la unidad familiar que a la fecha tiene el acusado con la agraviada, sin soslayarse que el acusado estuvo muy próximo a ser absuelto por éste Colegiado, si se tiene en consideración que probado está que las relaciones sexuales que sostuvo con la agraviada ocurrieron cuando a ésta le faltaban quince días para cumplir trece años de edad y según la pericia antropológica es ésta la edad en la cual las personas que viven en la comunidad donde creció y se desarrolló el acusado, inician sus relaciones sexuales y su convivencia; es así que se considera que al acusado le corresponde una pena privativa de libertad con el carácter de suspendida.

Décimo Primero.- Reparación civil.

La reparación civil, si bien es consecuencia jurídica del delito, no se otorga de manera automática a quien la solicite, debiendo ser probados los extremos de tal solicitud, dado que es necesario individualizarla y determinarla en forma prudencial y proporcional a la entidad del daño, a la afectación del bien y a las necesidades de la víctima.

En dicho sentido, el Juzgado Penal Colegiado considera fijar en la suma de quinientos soles el pago por concepto de reparación civil, ello a partir de que el acusado desde que la agraviada se encontraba embarazada ha asumido plenamente su obligación, tornando en mínimo el perjuicio ocasionado.

Décimo Segundo.- Imposición de costas.

Finalmente, conforme lo prevé el artículo 497° del Código Procesal Penal, toda decisión que pone fin al proceso debe pronunciarse sobre las costas, las que según el artículo 500.1 del mismo texto procesal, serán impuestas al acusado declarado culpable. Siendo así, corresponde imponer al sentenciado el pago de costas procesales.



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Juzgado Penal Colegiado Supra-Provincial

VIII.- DECISIÓN

Por estas consideraciones, en aplicación de lo previsto en el artículo 2.24.e, 139, incisos 1, 3, 4, 5, 10, 12 y 14 de la Constitución Política del Perú; de los artículos II, VII y VIII del Título Preliminar, 45, 45-A, 46, 92, 93 y el artículo 173° inciso 2) del Código Penal; además de los artículos 392, 393, 394, 397, 399 y 402.2 del Código Procesal Penal, apreciando hechos y pruebas con la objetividad y el criterio de conciencia que la Constitución Política y la ley exigen e impartiendo justicia a nombre de la Nación con imparcialidad e independencia, el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Conformado de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, por unanimidad, **RESUELVE**:

Primero.- CONDENAR al acusado **ELMER ADÁN SALDAÑA GUARNÍZ**, identificado con DNI 47214361, como autor del delito Contra La Libertad en la modalidad de Violación de la Libertad Sexual en la forma de Violación Sexual de Menor de Edad, ilícito previsto y sancionado en el inciso 2) del artículo 173° del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales **P.L.S.C.**; **IMPONIÉNDOLE CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SUSPENDIDA EN SU EJECUCIÓN, POR UN PERIODO DE PRUEBA DE TRES AÑOS.** Se señalan como reglas de conducta las siguientes: a) No ausentarse del lugar de su residencia sin autorización del juez, b) Concurrir al juzgado de investigación preparatoria los fines de cada mes, a firmar el libro de control respectivo y dar cuenta de sus actividades, c) Abstenerse de cometer nuevo delito doloso y d) Reparar el daño ocasionado, para lo cual deberá cumplir con pagar el monto por concepto de reparación civil, en el plazo de cinco meses, de dictada la presente sentencia, bajo apercibimiento de aplicarse lo dispuesto en el artículo 59° del Código Penal.

Segundo: FIJANDO al condenado **ELMER ADÁN SALDAÑA GUARNÍZ** por concepto de **REPARACIÓN CIVIL** la suma de **QUINIENTOS SOLES (S/. 500)**, suma que deberá pagar a favor de la parte agraviada en el plazo de cinco meses de dictada la presente sentencia.

Tercero: CON COSTAS.



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Juzgado Penal Colegiado Supra-Provincial

Cuarto.- SE ORDENA que consentida o ejecutoriada que sea esta decisión se **REMITA** el presente proceso al Juzgado de Investigación Preparatoria competente, para los efectos del artículo 489° del Código Procesal Penal.

Quinto: SE ORDENA SE DE LECTURA a la presente sentencia en acto público; luego de la cual se debe entregar copia a los sujetos procesales presentes en dicho acto, debiendo tenerse por notificados con la misma a todos los sujetos procesales; esto es, a los concurrentes y respecto de los no concurrentes, se deberá notificar a sus domicilios reales. **NOTIFICÁNDOSE.** Intervino como Director de Debates la jueza Vásquez Sánchez.

S.s.

HOLGUIN MORAN

VASQUEZ SANCHEZ (DD).

LEON IZQUIERDO