



ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO

**INCIDENCIA DE LAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS Y AGRAVANTES
CUALIFICADAS EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA**

Línea de investigación:

Procesos jurídicos y resolución de conflictos

Tesis para optar el grado académico de maestra en Derecho Penal

Autora:

Silva Mora, Rosario Aida

Asesor:

Guardia Huamani, Efrain Jaime
(ORCID: 0000-0002-7715-2366)

Jurado:

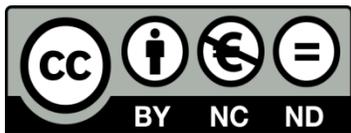
Gonzales Loli, Martha Rocío
Quevedo Pereyra, Gasto Jorge
Vigil Farias, José

Lima - Perú

2021

Referencia:

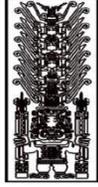
Silva Mora, R. (2021). *Incidencia de las atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas en la determinación judicial de la pena* [Tesis de maestría, Universidad Nacional Federico Villarreal]. Repositorio Institucional UNFV. <http://repositorio.unfv.edu.pe/handle/UNFV/5235>



Reconocimiento - No comercial - Sin obra derivada (CC BY-NC-ND)

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede generar obras derivadas ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO

INCIDENCIA DE LAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS Y
AGRAVANTES CUALIFICADAS EN LA DETERMINACIÓN
JUDICIAL DE LA PENA

Línea de investigación:

Procesos jurídicos y resolución de conflictos

Tesis para optar el grado académico de maestra en Derecho Penal

Autora:

Silva Mora, Rosario Aida

Asesor:

Guardia Huamani, Efrain Jaime

Jurado:

Gonzales Loli, Martha Rocío

Quevedo Pereyra, Gasto Jorge

Vigil Farias, José

Lima - Perú

2021

DEDICATORIA:

Dios padre amado recibe este

Trabajo como una ofrenda

A tu infinita bondad

Y como agradecimiento

Por estar presente en mi vida

A cada instante y no dejarme

flaquear ante las dificultades.

A mi familia por su tolerancia

Y apoyo incondicional.

SILVA MORA ROSARIO AIDA

AGRADECIMIENTO:

Mi gratitud a los jurados Encargados de evaluar Mi investigación:

GONZALES LOLI MARTHA ROCIO
QUEVEDO PEREYRA GASTON JORGE
DR. VIGIL FARIAS JOSE

A mi asesor

EFRAIN JAIME GUARDIA HUAMANI
Por sus orientaciones y colaboración.

SILVA MORA ROSARIO AIDA

**“INCIDENCIA DE LAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS Y AGRAVANTES
CUALIFICADAS EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA”,**

Índice

| | |
|--|-----------|
| Dedicatoria | I |
| Agradecimiento | II |
| Índice | III |
| Resumen | VIII |
| Abstract | IX |
| I. Introducción | 01 |
| 1.1. Planteamiento del problema | 02 |
| 1.2. Descripción del problema | 03 |
| 1.3. Formulación del Problema | 04 |
| 1.3.1. Problema general | 04 |
| 1.3.2. Problema específico | 04 |
| 1.4. Antecedentes | 05 |
| 1.5. Justificación de la investigación | 08 |
| 1.6. Limitaciones de la investigación | 08 |
| 1.7. Objetivos | 09 |
| 1.7.1. Objetivo general | 09 |
| 1.7.2. Objetivo específico | 09 |
| 1.8. Hipótesis | 09 |
| 1.8.1. Hipótesis General | 09 |
| 1.8.2. Hipótesis Específica | 09 |

| | |
|---|-----------|
| II. Marco teórico | 10 |
| 2.1. Marco conceptual | 10 |
| 2.2. La Pena Evolución | 11 |
| 2.2.1. Pena: mecanismo resocializador | 16 |
| 2.2.2. Teorías | 17 |
| 2.2.2.1. Teorías Absolutas o retributivas | 17 |
| 2.2.2.2. Teorías relativas | 20 |
| 2.2.2.3. Ecléctica de la Unión o Teoría Mixta | 23 |
| 2.2.3. Finalidad de la pena en el Perú | 24 |
| 2.2.4. Determinación judicial de la pena | 27 |
| 2.2.4.1. Modelos | 29 |
| 2.2.4.2. Etapas | 31 |
| A. Identificación de la pena básica | 31 |
| B. Individualización de la pena concreta | 33 |
| 2.2.4.3. En el Perú | 34 |
| C. Desarrollo legal | 34 |
| D. Las circunstancias | 40 |
| E. Circunstancias Genéricas | 41 |
| F. Circunstancias Específicas | 43 |
| G. Agravantes Cualificadas y Atenuantes Privilegiadas | 45 |
| 2.2.4.4. El sistema de tercios | 47 |
| III. Método | 50 |
| 3.1. Tipo de investigación | 50 |

| | | |
|--------------|---|-----------|
| 3.2. | Población y muestra | 50 |
| 3.3. | Operacionalización de variables | 52 |
| 3.4. | Instrumentos | 52 |
| 3.5. | Procedimientos | 53 |
| 3.6. | Análisis de datos | 53 |
| IV. | Resultados | 55 |
| 4.1. | Estudio de la encuesta | 55 |
| 4.2. | Contrastación de la hipótesis | 70 |
| V. | Discusión de resultados | 76 |
| 5.1. | De los resultados de la encuesta | 76 |
| 5.2. | De la contrastación estadística | 80 |
| VI. | Conclusiones | 81 |
| VII. | Recomendaciones | 82 |
| VIII. | Referencias | 83 |
| IX. | Anexos | 87 |
| | Anexo A: Matriz de consistencia | 87 |
| | Anexo B: Instrumento: Encuesta | 88 |
| | Anexo C: Validación del instrumento por experto. | 92 |
| | Anexo D: Confiabilidad del instrumento establecida por experto. | 93 |

ÍNDICE TABLAS

| | |
|---|----|
| Tabla 1. La pena abstracta | 32 |
| Tabla 2. Escalas para la pena de penintecieria | 35 |
| Tabla 3. Escalas para las penas de expatriación e inhabilitación absoluta y especial. | 35 |
| Tabla 4. Escalas para las penas de cárcel, reclusión, confinamiento y suspensión de derechos políticos. | 36 |
| Tabla 5. Escalas para la pena de arresto mayor | 36 |
| Tabla 6. Escalas para la pena de arresto menor | 37 |
| Tabla 7. Conformacion de la muestra | 52 |
| Tabla 8. Cuadros estadísticos | 71 |
| Tabla 9. Correlación de variables | 73 |
| Tabla 10. Estudio Varianza-Anova (b) | 75 |

ÍNDICE FIGURAS

| | |
|--|----|
| Figura 1. Delito de seducción art.175 CP | 49 |
| Figura 2. Resultado a la pregunta No. 1 encuesta | 55 |
| Figura 3. Resultado a la pregunta No. 2 encuesta | 56 |
| Figura 4. Resultado a la pregunta No. 3 encuesta | 57 |
| Figura 5. Resultado a la pregunta No. 4 encuesta | 58 |
| Figura 6. Resultado a la pregunta No. 5 encuesta | 59 |
| Figura 7. Resultado a la pregunta No. 6 encuesta | 60 |
| Figura 8. Resultado a la pregunta No.7 encuesta | 61 |
| Figura 9. Resultado a la pregunta No. 8 encuesta | 62 |
| Figura 10. Resultado a la pregunta No. 9 encuesta | 63 |
| Figura 11. Resultado a la pregunta No. 10 encuesta | 64 |
| Figura 12. Resultado a la pregunta No. 11 encuesta | 65 |
| Figura 13. Resultado a la pregunta No. 12 encuesta | 66 |
| Figura 14. Resultado a la pregunta No. 13 encuesta | 67 |
| Figura 15. Resultado a la pregunta No. 14 encuesta | 68 |
| Figura 16. Resultado a la pregunta No. 15 encuesta | 69 |

Resumen

Atendiendo a la trascendencia que posee para cualquiera de los operadores que intervenga en la administración de justicia penal la pena que el Juez impone al autor o participe en un delito, esta investigación realizó con el objetivo de: indicar la manera como las circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes calificadas inciden en la determinación judicial de la pena, bajo un enfoque cualitativo, con un modelo exploratorio, descriptivo, explicativo y aplicativo, con un nivel descriptivo, correlacional; la muestra fue de 78 colaboradores entre: Fiscales Penales Provinciales y Adjuntos, Jueces de la investigación preparatoria y Penales y Abogados litigantes en el área penal ante la Corte de Lima Norte a quienes se les aplicó la encuesta la cual arrojó como resultados trascendentes: que el 83% de los colaboradores aceptaron saber que las circunstancias atenuantes privilegiadas modifican la pena señalada para el delito siendo el máximo aplicable la pena mínima del tercio inferior, y el 82% aceptó saber que las circunstancias agravantes calificadas modifican la pena señalada para el delito, siendo el mínimo la que resulte de aumentar un tercio al máximo del tercio superior.

Palabras clave: circunstancias, atenuantes, agravantes, calificadas.

Abstract

In view of the importance that the penalty imposed by the Judge imposes on the author or participates in a crime for any of the operators involved in the administration of criminal justice, this investigation was carried out with the objective of: indicating the manner as the extenuating circumstances privileged or Qualified aggravators affect the judicial determination of the sentence, under a qualitative approach, with an exploratory, descriptive, explanatory and applicative model, with a descriptive, correlational level; The sample consisted of 78 collaborators among: Provincial and Deputy Criminal Prosecutors, Judges of the preparatory investigation and Criminal Litigation Lawyers in the criminal area before the Court of North Lima to whom the survey was applied which showed as transcendent results: that the 83% of the collaborators agreed to know that the privileged mitigating circumstances modify the penalty indicated for the crime, the maximum applicable being the minimum penalty of the lower third, and 82% agreed to know that the qualified aggravating circumstances modify the penalty indicated for the crime, being the minimum that results from increasing a third to the maximum of the upper third.

Keywords: circumstances, extenuating, qualified, aggravating.

I. Introducción

Quien es hallado responsable de la comisión o participa en la ejecución de un delito, es sancionado por el Juez siguiendo el procedimiento o sistema expresamente indicado en el artículo 45 A del Código Penal, dentro del cual influyen directamente, no solo las circunstancias generales de atenuación o agravación punitivas previstas en el artículo 46 de la misma norma, sino también las atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas, de manera que para conocer de qué forma estas últimas influyen en la fijación de la sanción se procedió a desarrollar a través de nueve apartados esta tesis.

En el primero se hace la introducción a la investigación proponiendo y describiendo la dificultad a estudiar, su justificación, los objetivos que se esperan alcanzar con ella y la posible solución propuesta por la investigadora.

En el segundo se desarrolla tanto el marco conceptual como el marco teórico de la investigación.

En el tercero se pormenoriza el método aplicado en el desarrollo de la investigación.

En el cuarto se estudian los resultados alcanzados a partir de la contrastación de la hipótesis y de la encuesta.

En el quinto se detalla la discusión de resultados, se examinan a la luz de las investigaciones precedente y del contenido teórico del estudio.

En el sexto se plantean las conclusiones obtenidas en la investigación.

En el séptimo se plantean las recomendaciones de la investigadora para superar la dificultad examinada.

En el octavo se detallan la fuente de información consultadas.

Y en el noveno consignan los anexos de la investigación.

1.1. Planteamiento del problema

Durante el desarrollo de la sociedad, los hombres siempre han buscado la manera de sancionar a los individuos que cometen conductas que de una u otra forma los afectan, así como a sus congéneres o a la propia comunidad en general.

En un comienzo, como una reacción propia del y de la condición humana, la reacción fue violenta traducida en el castigo físico al delincuente el cual era inferido como una forma de reciprocidad respecto del perjuicio realizado, tal como se contempla en la “ley de talión”, con el pasar del tiempo esta forma de castigo se fue modificando y del castigo físico se pasó a la explotación de la fuerza de trabajo de los reclusos ya fuera en las galeras o los presidios o la deportación a territorios donde su mano de obra era requerida, lo cual fue poco a poco abolida para dar paso a las casas correccionales, en las que se pretendía rectificar el comportamiento de los delincuentes y finalmente la prisión propuesta para lograr que luego del periodo en el que el infractor está privado de la libertad se encuentre en condiciones de reinsertarse a la comunidad como un hombre nuevo.

Estas formas de castigo o sanción para el miembro de la sociedad que comete una conducta desviada, desde el momento que la comunidad decide organizarse en Estado, deben ser impuestas por éste a través del poder judicial y observando, el listado de delitos o conductas típicas y penas que han sido instauradas por los legisladores, quienes excepto en situaciones consideradas extremadamente graves, en las que resulta viable la cadena perpetua o la pena de muerte, estas deben respetar el derecho a la vida y la integridad personal del condenado, han considerado que deben ser temporales enmarcándolas dentro de un límite mínimo y máximo para cada delito, la cual puede ser modificada incrementándola o disminuyéndola de verificarse la presencia de determinadas y precisas circunstancias previstas en la norma penal.

Dentro de este contexto, quien ha sido hallado responsable de la realización de un delito, va ser objeto de sanción, por parte del Juez quien debe imponer una pena, dentro de las clases autorizadas para la conducta: multa, inhabilitación, prisión preventiva, trabajo comunitario, etc., evaluando las mencionadas circunstancias y consultado los fines que conforme a la política criminal del Estado se persigue la pena.

1.2. Descripción del problema

A la persona que es considerada responsable de la comisión de un delito, el Estado en ejercicio de su poder punitivo le impone una sanción dado que ella atenta contra la tranquilidad de la sociedad. Para lo cual, a través de la legislación Penal interna cada Estado establece las pautas que el Juez debe seguir para tal efecto.

En el caso del Perú, hasta el diecinueve de agosto de dos mil trece, los Jueces condenaban a las personas sin estar sometido a la observancia de algún tipo de método o sistema para determinar la pena dentro del mínimo y el máximo de la pena señalada en la Ley para la conducta punible observando principios o reglas tales como de lesividad, proporcionalidad, las necesidades que hubiese afrontado el autor así como su instrucción y cultura, entre otros, los cuales debían ser interpretados por el de manera autónoma.

Este proceder, desencadenó graves situaciones pues en ocasiones los Magistrados aplican penas exageradamente altas o extremadamente bajas para una misma situación, sin que se expusieran de manera coherente y sustentada los fundamentos de su determinación, sino que únicamente hacían mención del principio o regla que a su juicio observo. Esta realidad se convirtió en una preocupación para los operadores de la justicia penal quienes aunaron sus esfuerzos primero en acuerdos plenarios y posteriormente, en torno a una reforma legal en la que se tomara en consideración la necesidad de adoptar un método que permita dentro de criterios

estandarizados determinar la pena que debe imponerse al condenado, lo cual se concretó en la Ley Contra la inseguridad ciudadana.

En efecto, esta Ley previó que para determinar la pena a imponer en un caso concreto el Juez debe acudir a un sistema de tercios, es decir debe dividir el espacio punitivo comprendido entre el mínimo y máximo legal señalado para el delito, en tres partes tercios de los cuales; midiendo los supuestos para determinar la sanción y valorando en las circunstancias de agravación o atenuación genéricas y las atenuantes privilegiadas o agravantes calificadas previstas en la Ley que concurran, debe optar por un tercio en el que finalmente fijara la pena concreta al delincuente.

Dentro de este marco normativo, se efectuó esta investigación con el propósito de establecer de qué manera inciden en la determinación judicial de la pena las circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes calificadas dado que en los operadores de la justicia penal no existe claridad al respecto pudiéndose evidenciar penas absolutamente exageradas o excesivamente ínfimas tal como ocurría con la regulación original del Código Penal.

1.3. Formulación del problema

1.3.1. Problema principal

¿De qué manera inciden las circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes calificadas en la determinación judicial de la pena?

1.3.2. Problemas secundarios

¿En qué forma inciden las circunstancias atenuantes privilegiadas en la determinación judicial de la pena?

¿De qué manera inciden las circunstancias agravantes calificadas en la determinación judicial de la pena?

1.4. Antecedentes

Partiendo del hecho de que esta investigación se encaminó a establecer las incidencias que en la determinación o fijación de la pena, que el Juez debe imponer al individuo, que luego de ritualizado el juicio correspondiente, sea considerado responsable de la comisión de un hecho punible tienen circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas establecidas en el Código Penal Sustantivo y en la Ley contra el crimen organizado, procedí a examinar las investigaciones en las que se ha abordado la determinación judicial de la pena con el propósito de ubicar estudios en los que se hubiese planteado el mismo tema pero el resultado fue negativo.

Sin embargo, logre ubicar estudios en los que se examinaron en concreto alguna de estas circunstancias por ello, relaciono como precedentes de mi investigación:

1.4.1. En el contexto nacional

La Tesis: Problemática de la determinación de la pena en el artículo 45-A del Código Penal y la afectación al principio de proporcionalidad al tercer trimestre, Arequipa – 2015. En la que la investigadora arribó a la conclusión que: los inconvenientes que manifiesta la determinación de la pena en el artículo cuarenta y cinco A del C.P. y que desconoce el principio de proporcionalidad se enfoca en la norma contenida en lit c) inciso tres de la norma indicada, al precisar que en los eventos en los que concurren circunstancias atenuantes privilegiadas (Código Penal, art. 45 A, lit c), inc. 3) la sanción que a aplicar se establece por debajo de la sanción asignada al hecho típico. De manera que hasta que no se señale expresamente, los límites hasta los que se puede disminuir la sanción en este caso, la sanción será fijada de acuerdo al parecer del magistrado. (De la Fuente, 2017)

La investigación titulada “Determinación judicial de la pena en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas” luego de desarrollarse en el ámbito teórico, doctrinal,

legislativo, jurisprudencial y luego de haberse realizado el trabajo de campo correspondiente el autor concluyo: que la determinación judicial de la pena en los eventos en que convergen las mencionadas circunstancias, se encuentra sujeta a la apreciación discrecional del magistrado, debido a que la ley penal no define el extremos o cuantificaciones sobre el particular, menos aún se ha proferido jurisprudencia vinculante al respecto. Situación que en numerosos eventos menoscaba los preceptos de la prevención general y especial de la sanción, así como los de razonabilidad y proporcionalidad por extralimitación o por defecto. (Ávila, 2019)

La investigación denominada: Problemática de la determinación judicial de la pena en el supuesto de tentativa en las ciudades de Cajamarca, Chota y Leimebamba, contribuye a este estudio al referirse a la tentativa es una circunstancia de índole cualificada privilegiada, que genera el establecimiento de una nueva pena abstracta, requiriéndose señalar una proporción hasta la cual se pueda reducir la pena a partir de la pena mínima prevista para la conducta. Todos los jueces de las localidades de Cajamarca, Chota y Leimebamba consideran que la naturaleza jurídica de la tentativa es la de ser una circunstancia cualificada privilegiada, mientras que los Fiscales la aceptan mayoritariamente y la mayoría de las providencias estudiadas el máximo que se ha reducido la sanción fue de “(...) una tercera parte (1/3) por debajo del mínimo legal” (Vargas, 2017, p. 255)

1.4.2. En el contexto internacional

El análisis llamado: Individualización judicial de la pena y doctrinas de la pena, el cual se desarrolló analizando las legislaciones chilena y española sobre la materia, lo cual condujo a concluir que: los regímenes de sanciones de los Estados mencionados corresponden a el sistema de determinación relativa, dado que ambos casos la sanción se fija, con fundamento en un ámbito legal previamente fijado, en armonía con una serie de principios, tales como: la forma de

participación, las circunstancias modificativas, etc. lo que origina que la sanción corresponda a una actuación legalmente sustentada. (Ríos, 2013)

El estudio titulado: La reincidencia como agravante de la pena. Consideraciones dogmáticas y de política criminal. En el cual se concluyó que: La reincidencia es una situación que agrava la sanción. Este aumento tiene respaldo, inicialmente en la necesidad Estatal de dar repuesta ante un delito más trascendente. El delito ejecutado por quien reincide se considera más importante que el realizado por el infractor primario, dados que éste al repetir su conducta delincencial, no solo viola el bien jurídico protegido en el delito que realiza, sino del mismo modo controvierte el sistema legal,” (...) dimensión empírica del daño” (p. 237).

El análisis signado como: Individualización judicial de las penas y medidas de seguridad. De la autoría de Loranca (2008) luego de probarse la conducta típica y la integra culpabilidad del procesado en su realización, el Magistrado debe señalar la sanción o medida de seguridad de conformidad con marco penal específico atribuible al crimen que se haya probado. Para esto, se deben observar las circunstancias previstas en la norma que autorizan conformar al ámbito penal específico atribuible el cual difiere del señalado para el injusto básico. Estas situaciones, pueden ser la convergencia de calificaciones o de subtipos privilegiados, la tentativa, el nivel de participación del agente, “(...) la actualización de una excluyente incompleta del delito, las reglas de los concursos de delitos, y la reincidencia o habitualidad (p. 93) (...) Luego de establecerse el ámbito legal atribuible, El magistrado debe establecer razonada y motivadamente el nivel de culpabilidad del procesado, para lo cual el régimen legal penal federal ha previsto un sistema mixto conformado por ingredientes del régimen del culpabilidadde la acción, como centro del modelo y del de la culpabilidad del agente los que posibilitan efectuar una buena Politice Criminal. Motivo por el cual, de acuerdo a lo preceptuado por los artículos

cincuenta uno, cincuenta y dos y sesenta y cinco del Código Penal Federal, para establecer la sanción se deben valorar no solo, las situaciones externas a la realización de la conducta, sino asimismo las particularidades del agente y sus antecedentes penales.

1.5. Justificación de la investigación

1.5.1. Justificación metodológica

El diseño de metodológico empleado en esta investigación permitió obtener resultados confiables que pueden ser consultados por otros investigadores que deseen ahondar respecto a la incidencia que en la determinación judicial de la pena tienen las circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes calificadas contenidas en la legislación penal nacional vigente

1.5.2. Justificación teórica

A partir del análisis de la doctrina, la jurisprudencia y la legislación, esta investigación propondrá a la academia nuevos aspectos que deben ser profundizados a fin de encontrar soluciones con un sustento dogmático adecuado respecto a la incidencia que en la determinación judicial de la pena tienen las circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes calificadas reguladas en el régimen penal nacional.

1.5.3. Justificación práctica

Esta investigación contribuye a la comprensión por parte de los diversos operadores de la justicia penal, de la aplicación del sistema de determinación de la pena a imponer en los eventos en los que se presenten circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes calificadas.

1.6. Limitaciones de la investigación

Se constituyó en limitante para el desarrollo de este estudio la poca información que a nivel de la doctrina existe sobre la temática en estudio.

1.7. Objetivos

1.7.1. Objetivo principal

Indicar la manera como las circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas inciden en la determinación judicial de la pena.

1.7.2. Objetivos secundarios

Dilucidar la forma como las circunstancias atenuantes privilegiadas inciden en la determinación judicial de la pena.

Explicar la manera como las circunstancias agravantes cualificadas inciden en la determinación judicial de la pena.

1.8. Hipótesis

1.8.1. Hipótesis principal

Las circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas inciden en la determinación judicial de la pena al establecer una nueva pena abstracta.

1.8.2. Hipótesis secundarias

Las circunstancias atenuantes privilegiadas inciden en la determinación judicial de la pena al generar un nuevo mínimo legal, menor al tercio inferior de la pena abstracta.

Las circunstancias agravantes cualificadas inciden en la determinación judicial de la pena al establecer una nueva pena abstracta, cuyo corresponde a la pena máxima del tercio superior y un máximo de treinta y cinco años.

I. Marco teórico

2.1. Marco Conceptual

Determinación judicial de la pena: Proceso efectuado por el Juez (personal o colegiado) que adelanta el juicio en un proceso penal, para imponer la sanción al autor o participe de un delito.

Determinación cualitativa y cuantitativa: El Juez al señalar la pena concreta debe precisar la clase de pena y el monto de la misma.

Pena abstracta o conminada: Es la sanción que cada tipo penal señala para la conducta delictual que regula, está conformada por un extremo mínimo y uno máximo.

Pena concreta: Corresponde a la sanción que el Juez impone en el caso concreto al autor o participe de un delito.

Sistema de tercios: Método establecido por la Ley penal para que el Juez divida la pena en tres partes y atendiendo a la finalidad de la pena, a sus presupuestos y a presencia de circunstancias atenuantes o agravantes generales, privilegiadas o cualificadas, concrete la pena en alguna de ellos.

Circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas: Son situaciones establecidas por la norma penal y que de verificarse su existencia en la ejecución de un hecho punible originan la disminución o agravación de la pena que se debe imponer al autor o participe.

Aplicación restringida: Las circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas operan únicamente para los delitos que la ley señala.

No se comunican entre coprocesados: Las circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas son de índole personal, es decir, solo benefician o perjudican al imputado respecto del cual se configuran.

No se pueden declarar oficiosamente: Para que el Juez reconozca la existencia de circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, estas deben haber sido consideradas en la pena que requiere el Ministerio Público en la acusación.

Sustento probatorio. Para que el Juez pueda aplicar las circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas en la determinación de la pena, éstas deben sustentarse en pruebas.

Taxativas: Las circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas deben estar señaladas expresamente en la norma penal, no se pueden aplicar analógicamente.

2.2. La Pena Evolución

La pena o sanción históricamente no se ha aplicado de la misma forma, por ello se ha indicado que ha transcurrido por las siguientes fases:

❖ ***De la venganza***

En esta etapa al producirse un ataque o agravio la reacción del afectado era la de cobrar venganza, esta forma de respuesta es característica de los poblados primitivos los cuales carecían de reglamentación respecto de las acciones agraviantes, lo que se perseguía era asegurar la supervivencia de los individuos y provocar daño a aquel había ocasionado el perjuicio.

❖ ***La vindicta***

En esta fase precisa Sandoval (1982) estaba reservada para la víctima o su grupo, a quienes se les asignaba la titularidad y se complacían con la vindicta cuya magnitud estaba sujeta al perjuicio ocasionado. La vindicta se materializaba a través de un tormento físico tal como: amputaciones, tormentos, suplicios, etc., sin embargo, como este castigo se aplicaba de manera habitual e indiscriminada se llegó al punto de poner en riesgo la permanencia de los pueblos prehistóricos, pues debido a la manera como se realizaba la vindicta las personas se marchaban,

la fuerza laboral se redujo, debido a lo cual las acciones de conservación de la comunidad se afectaban y para superar esta realidad surgieron “(...) dos instituciones: el tali3n y la compositio”

La denominada ley del tali3n interpretando a Sandoval (1982) sintetizado en la expresi3n “ojo por ojo, diente por diente”, se evalúa como la primigenia exteriorizaci3n del principio de la proporcionalidad de la sanci3n, pues la vindicta no puede ser superior al perjuicio que se caus3, procurando impedir los abusos en el empleo de la vindicta.

En cuanto a la *compositio* en su vertiente voluntaria, estriba en transacci3n econ3mica respecto de la facultad que poseía el agraviado para ejecutar la vindicta, de esta forma el agraviado o su agrupaci3n percibían del criminal u resarcimiento constituida por bienes, a consecuencia de los cual se renunciaba a ejercer la vindicta

Con posterioridad a la constituci3n del Estado, debido a la comisi3n de hechos que atentaban contra la paz, se señaala como pena para algunas conductas criminales la compositio legal u obligatoria, es decir, se instituye que sean sancionadas con el pago de cierta cantidad de dinero por el agente sin admitir “(...) ley del tali3n ni el acuerdo de voluntades”

Como fuente de explotaci3n del trabajo de los reclusos

Esta es la denominaci3n empleada por Sandoval (1982) así mismo denominada como etapa de la expiaci3n, debido a una argumentaci3n religiosa implantada por la religi3n cristiana en el medio evo, conforme al cual el individuo que realiza un injusto se redime o salva por el castigo que se le impone, el dolor salva pero, posteriormente la noci3n se transform3 y la salvaci3n o redenci3n se lograba mediante el trabajo, en el entendido que el beneficio o provecho creado por el trabajo del infractor constituía su retribuci3n a la comunidad.

Debido a la situaci3n econ3mica que se presentaba, se comenz3 a pensar que resultaba más útil que los delincuentes trabajaran que matarlos, de esta forma la vida del hombre tiene una

mayor valía, a la par los Estados comenzaron a explotar el trabajo de los sentenciados, a través de las siguientes entidades.

a. *Las galeras*

Los condenados trabajaban como remeros en las galeras, barcos que se desplazaban por la acción de la fuerza que el hombre aplica a los remos. Estos barcos se ponen en funcionamiento a fines del siglo quince, como manifiestan Rushe, y Kirchheimer (2004) debido a los combates marítimos entre “(...) las potencias cristianas y mahometanas del mediterráneo (...)” (p. 65) lo cual trajo como consecuencia la necesidad de remeros, los cuales eran enlistados de entre los presidiarios, normativamente hablando, los Carlos quinto y Felipe segundo de España establecieron esta sanción para los crímenes mayores tales como: la mendicidad y la vagabundez, en Francia por su parte esta sanción correspondía a los falsificadores, asaltantes condenados en dos oportunidades y indigentes condenados en tres oportunidades.

Un sector de la academia ha asimilado esta forma de pena con la esclavitud, debido a las situaciones inhumanas que padecían los hombres en los barcos, empleada como un mecanismo de aprovechamiento del trabajo del prisionero e implementado como expresión del poder llegando al extremo de no precisarse, con el único fin de no desaprovechar su instrucción y no tener la obligación de liberarlos cuando era útiles, el plazo por el que debían realizar esta labor.

b. *Presidios*

El vocablo presidio procede de la locución latina “*praesidium*” que significa fuerte o destacamento militar, a los que eran conducidos los sentenciados para que trabajaran esencialmente en la fortificación de las instituciones militares, llegando a límite de encadenarlos o atarlo para impedir sus agresiones, conforme se extrae de lo manifestado por Sandoval (1982), también se implementaron los “(...) presidios-arsenales” (p. 67) en los que se

manipulaban manualmente las bombas de agua existentes en los muelles en donde se edificaban las galeras.

Con posterioridad indica Sandoval (1982) finales del siglo doce, se instituyeron los presidios de obras públicas en los cuales los presidiarios atados entre sí y fiscalizados por individuos provistos de armas, eran obligado a edificar calles, tuberías, alcantarillados, etc.

Esta forma de sanción la empleo España y Portugal a partir del siglo quince, pero paulatinamente desapareció por que la fuerza laboral de los presos se requería en las galeras.

c. Deportación

Como informa Sandoval (1982) Inglaterra ha sido señalada como el primer Estado en emplear este tipo de sanción, con la cual se proponía poblar sus colonias dado que en ellas existían grandes superficies de tierra adecuadas para ser cultivadas, aunque con escasa fuerza laboral para cultivarlas puesto que los nativos habían sido aniquilados o forzados a desplazarse a otras áreas de modo que la alternativa que quedaba consistía en importar obreros.

Debido a la necesidad e insuficiencia de la fuerza laboral en el siglo dieciocho, informan Rushe y Kirchheimer (2004) debido a la presencia de organizaciones criminales dedicadas al secuestro de los hijos de las familias acaudaladas para comercializarlos como esclavos en las colonias, se instituyó una nueva conducta delictual: el rapto.

En este periodo se han documentado situaciones en las que se comentó la pena de muerte a aquellos sentenciados cuyo estado físico posibilitaran que trabajaran en la colonia, posteriormente esta pena aplicada más usualmente en los delitos de hurto.

d. Instituciones correccionales

Su denominación nace de la denominación que se asignó a la primera institución fundada en Inglaterra –Londres en mil quinientos cincuenta y dos- House of Correction, y a partir de la

cual también se les conoce como casas de corrección y acorde con su finalidad original, se infirió una modificación en la finalidad retribución de la sanción por una orientada a la corrección, sin embargo, esto no se concertó toda vez que en la realidad en estas instituciones se prosiguió con la explotación de la fuerza laboral de los prisioneros.

Pese a que estas casas fueron creadas por el Estado, su dirección se traspasó a particulares y no se logró el propósito reeducativo que se pretendía, pues el término de estadía o encarcelamiento que debían cumplir los presos instruidos era fijado de acuerdo a las necesidades del establecimiento de manera que el plazo por el que los reclusos eran detenidos era ilegal, sin embargo, esto no se aplica a los individuos que han sido recluidos libremente por sus familiares.

e. Origen de la prisión

En esta etapa la sanción se conoce como correccionalista, tal como informa Sandoval (1982) comienza con la subida de la burguesía al poder acaecida a fines del siglo dieciocho y que se concreta con la Revolución de EEUU en mil setecientos setenta y seis y la francesa de mil setecientos ochenta y nueve.

Producto de este cambio en la detentación del poder, los estatutos penales se promulgaron con fundamento en el pensamiento liberal y en ellos se contempló la pena privativa de la libertad no como un mecanismo para explotar laboralmente a los prisioneros, sino como una pena orientada a lograr la corrección del sentenciado., dentro de este contexto, los regímenes legales penales se modificaron, así ocurrió en el Código Criminal Francés de mil setecientos noventa y uno en el cual las conductas típicas sancionados con pena de muerte se redijeron de ciento quince a treinta y dos y se eliminaron disposiciones características de la vindicta. Al aplicar la sanción no debía valorarse el perjuicio ocasionado con el comportamiento del autor sino la conducta que el sentenciado asumirá en el futuro, con lo cual se evidencia el propósito

correccionalista de la prisión, y accesoriamente la conducta del remanente de la sociedad, lo cual corresponde a un propósito de prevención general. Es decir, la prisión posee un sentido terapéutico, orientada a la supresión del castigo físico.

La finalidad correccional de la prisión se cristalizó “El Panóptico” descrito por Castillero (s.f.) la conformación arquitectónica creada para los penales, las celdas estaban ubicadas de forma circular e incomunicadas entre sí, respecto de una torre situada en el centro desde el cual un solo individuo podía vigilar a los presos, estrategia empleada conforme advierte Foucault (1983) provocar en el prisionero una percepción constante de ser observado lo cual asegura el manejo del poder.

2.2.1. Pena: mecanismo resocializador

Debido a los inconvenientes surgidos en las cárceles: hacinamiento, corrupción, violencia, etc. a fines del siglo veinte la pena se orienta hacia el fin resocializador, pues se debía lograr restituir al delincuente a su comunidad y en ella alcanzara su readaptación.

La crisis que el régimen capitalista de producción afrontó desde fines del siglo diecinueve hasta comienzos del siglo veinte, constituyeron la génesis de la teoría resocializadora de la pena ya que esta corriente defendía la no intervención estatal en la fabricación y comercialización de los productos pues consideraba que el mercado se regularía asimismo a través de procesos usuales, sin embargo, esa autonomía descomunal produjo resultados negativos para obreros y productores. Presentada la dificultad el Estado abandonó su posición de observador y asumió, la de interventor en los vínculos económicos en condición de amigable componedor o árbitro de las diferencias que se suscitaron en el capitalismo, pero sosegando las pretensiones de los obreros. Dentro de este contexto, se planteó que el individuo que manifestara en contra del orden social, esa postura podía ser modificada por sus semejantes y de requerirse aislarlo, de esta forma el

tratamiento del delincuente debía estar orientado a la defensa de la comunidad y la finalidad esencial es la restauración de la integridad del delincuente y no causarle sufrimiento. De esta forma, la resocialización del criminal se ha instaurado como la justificación de la sanción la cual prevalece hoy en día, tal como se extrae al analizar a (Sandoval, 1982).

2.2.2. Teorías

La pena o sanción en el derecho penal, en términos generales es concebida como la reacción del Estado, en ejercicio del ius puniendi del que es titular absoluto, en contra de quien ha ejecutado un hecho definido en la ley como punible. Sin embargo, históricamente se ha conceptualizado de forma diferente pues, su noción depende de la finalidad que ésta se proponga, las cuales han sido metodológicamente presentadas a través de las teorías de las penas.

2.2.2.1. Teorías Absolutas o retributivas

Analizando la manifestación de Jakobs (1997) se puede extraer que considera que, esta corriente señala como absolutos los fundamentos cuyo contenido se origina sin tener en cuenta la forma como las normas coadyuvan a la conservación del orden social, sino solamente del hecho de que se ha violado un precepto legal, los cuales pueden constituir su medida o límite supremo.

Esta corriente, interpretando a Ernst, (2007) concibe la pena como un mal, que se impone por haber realizado a su vez un mal (hecho punible), es decir se castiga al individuo por haber empleado mal su libertad y se aplica por motivos de justicia o de supremacía legal, como explica Kant. Su doctrina se resume en el aforismo quia peccatum est –hay pecado-.

La pena es la retribución por realización de una conducta típica es la recompensa por su accionar, esta es su labor y propósito.

Lo más trascendente es el castigo, rechazando todo beneficio social de la pena en sí misma, no obstante como manifiesta Mir (1998) esto no denota que la pena no tenga una

finalidad pues esta se concreta en la “realización de la justicia” (p. 47) Es decir, en una sanción justa, intrínsecamente vinculada al concepto de culpabilidad, dado que la sanción debe aplicarse en correspondencia a la gravedad del delito ejecutado, de ahí que lo más trascendente resulte ser el quantum de la pena en oposición a la ideología de la prevención especial.

Su sustento ideológico en opinión de Jeschek y Weigend (2014) está dado por reconocer que el Estado es el protector de la justicia en la tierra y fundamento de las virtudes éticas, en el reconocimiento de la posibilidad de autodeterminación del individuo y en que la función del Estado se circunscribe a la tutela de la libertad del individuo.

Dentro de sus exponentes más destacados se encuentran: i) Hegel quien consideraba a la pena como una recompensa natural para quien ha contravenido la ley, pues dialécticamente actúa como la negación de la negación del derecho, en consecuencia, la sanción viene a restablecer el sistema legal; ii) Kant quien considera a la pena como una pretensión legítima o categórica de compensar la culpa del agente, sin que la pena posea alguna otra finalidad; iii) Meseger quien considera que la sanción debe corresponder a la gravedad de la acción desplegada por el individuo en contra de los preceptos legales; iv) Binding para quien la pena es mal por mal, entre muchos otros.

Esta corriente sancionatoria, de acuerdo a lo aseverado por García (2008) desde la antigüedad se ha materializado, en las sanciones corporales que reclamaban correspondencia entre la trasgresión y la sanción, tal como la ley del talión, fueron abandonadas por su carácter implacable, actualmente ante el revés que ha sufrido la prevención especial, cristalizada en la resocialización, y, el incremento de la delincuencia, han sido consideradas nuevamente a través por ejemplo de los crímenes de lesa humanidad ejecutados por los ex presidentes, debido a que se respaldan exclusivamente en la necesidad de imponerles un justo castigo por las conductas

que ejecutaron en ataño.

Dentro de este contexto resulta comprensible que el vocablo pena se conciba en general, tal como sostiene Antolisei (1988) como análogo al de “castigo” al referirse al sufrimiento y tristeza que se impone a quien ha trasgredido la ley, de manera que se adscriben a esta corriente quienes como Zuluaga conceptualizan a la pena como un castigo cimentado en la culpabilidad del agente, de índole retributiva, dirigida en cuanto sea viable en torno a propósitos preventivos (generales y especiales) Calderón y Choclan (2001) al igual que quienes aseveran que la pena surge como un perjuicio respecto a los individuos, puesto que esta sanción comporta, necesariamente el menoscabo de algunos derechos de los que es titular quien quebranta o coloca en riesgo un bien jurídicamente protegido por las normas penales, tal como se colige de lo aseverado por (Peña, 1999).

En contraposición de esta postura, se ha sostenido que: si bien el delito constituye un perjuicio y la obligación de asumir las consecuencias también lo es, sin embargo, no es dable concebir la pena como el perjuicio inferido a consecuencia del perjuicio ejecutado. Resultaría irracional aplicar un perjuicio porque se ha realizado un perjuicio; esta forma de concebir la pena -como un perjuicio que le sigue a un perjuicio cometido- explica la sanción conforme a su naturaleza elemental. La sanción se debe conceptualizar ciertamente, como una evidencia de la vigencia de la ley a expensas de un agente que ejecuta el delito, a partir de ello nace el perjuicio, no obstante, la sanción no ha logrado concretar su misión con esta consecuencia, esta se alcanza al restablecer el precepto infringido (Jakobs, 1997).

En este punto, cabe la pena reflexionar sobre la eficacia de este tipo de pena dado en la actualidad existen países –China, Irak, Irán, Arabia Saudita, EEUU, Pakistán, Singapur, etc.- que conservan este tipo de sanción exclusivamente representada esencialmente en la pena de muerte

para delitos relacionados con la corrupción de funcionarios públicos, el tráfico ilícito de drogas, el homicidio, etc.

2.2.2.2. *Teorías relativas*

Esta corriente e oposición de la retribucionista no circunscribe la finalidad de la sanción en su valor vindicativo, sino en su labor de beneficio a la comunidad, como indica Mir (1998) atribuye a la sanción la finalidad de prevenir crímenes como mecanismo de salvaguarda de ciertos intereses de la comunidad.

De esta forma Roxin (1967) considera que el fundamento para que se hayan designado como relativas se debe a que relativo en latín proviene del vocablo *referre* que corresponde referirse dado que éstas se refieren a la finalidad preventiva de la pena. Sobre el particular cotan Cobo y Vives (1999) que su denominación obedece a que perciben a la pena como un mecanismo lícito, con un propósito no irrestricto sino relativo, variable y accidental, como es la finalidad provechosa de prevenir o evitar el injusto, el cual corresponde a su propósito.

Atendiendo, a la perspectiva desde que la se evalúe el ámbito en el que se verifique la prevención la doctrina penal se ha pronunciado en dos sentidos: i) el que sostiene que la pena repercute en la sociedad de forma positiva: fortaleciendo o alentando; o negativa: desanimando o amenazando, ii) que repercute negativa o positivamente, de forma individual en el delincuente o trasgresor, y iii) las que consideran que confluyen las dos conocidas como teorías eclécticas.

En este sentido de lo manifestado por Villa Stein (2014) se colige que la pena para esta teoría se orienta hacia una finalidad favorable simultáneamente para el delincuente y la sociedad. En este sentido, la sanción tendrá como propósito la prevención general y la individual.

Teoría de la Prevención General Negativa

Tal como se advirtió, es general por cuanto la pena obra respecto de la comunidad no ha cometido delitos, y negativa por cuanto busca atemorizarlos con el propósito de que renuncien voluntariamente a cometer delitos. El propósito de aplicar la sanción radica en eficacia de la intimidación penal pues sin ésta, la pena no sería eficiente.

Sobre la prevención general Villa Stein (2014) sostuvo que esta se cumple momento en que la sanción atemoriza a la mayoría de la comunidad con el objeto de que se abstengan de delinquir, de manera que su capacidad delincencial no se materialice.

Teoría de la Prevención General Positiva

Conocida también como estabilizadora e integradora, esta corriente considera que la sanción no solamente procura atemorizar negativamente, sino además posee un cometido dirigido a afirmar la norma penal. Dentro de este contexto, la pena se orienta a crear o robustecer en la sociedad la confianza en el sistema jurídico penal de manera que, las personas pueden interrelacionarse con libertad dentro de la sociedad con la seguridad de que sus bienes jurídicos no serán trasgredidos por cuanto hay un régimen penal que los tutela. Es decir, el propósito de la sanción es generar en las personas una actuar acorde con las normas penales.

Académicamente se ha aceptado que su concepción de la pena se originó en la concepción de la pena elaborada por Feuerbach, según la cual la sanción es advertencia penal que persuade psicológicamente a quien tiene inclinación a actuar ilícitamente.

En la actualidad Jakobs (1997) acogiendo los planteamientos de esta corriente sostiene que la finalidad de la sanción es el sostenimiento de la Ley como patrón de los comportamientos en las relaciones sociales. El contenido de la sanción es una respuesta que se verifica por medio del delincuente.

Teoría de la Prevención Especial Positiva

El postulado básico de esta corriente consiste en que la sanción desempeña cometido positivo en favor de quien ejecuta la conducta típica, que se manifiesta al aplicarse la sanción y durante su cumplimiento, por ello estipula que la sanción posee la función de reeducación, y reinserción., del infractor a la comunidad, esta variante en la labor de la sanción se originó en la verificación de los altos índices de reincidencia de los condenados, junto a la idea de que el crimen manifiesta la personalidad del criminal (Silva, 2010).

Con el propósito de impedir la reincidencia, informa Bramont (2000) esta teoría considera la sanción en tres niveles: i) intimidación: la cual opera para quien delinque esporádicamente y por ende no requiere de educación, pero si de disciplina, ii) resocialización orientada a quien delinque y que requiere educación mientras cumple la sanción, e iii) inocuización orientada a eliminar a quien delinque habitualmente y es susceptible de ser reformado a través de la “servidumbre penal” por tiempo indeterminado (p. 77), respecto al último nivel se refiere como indica Demetrio (1999) se dirige a salvaguardar a la comunidad respecto al delincuente que no puede ser resocializado.

Teoría de la Prevención Especial Negativa

En el ámbito de la criminología esta tesis es propuesta por Garófalo, uno de sus máximos exponentes, como precisa Zaffaroni et al. (2002), considera que la sanción tiene como cometido la “(...) eliminación o neutralización física (...)” (p. 57) del individuo para preservar la comunidad que se asimila a un cuerpo o a un individuo, a la que ha perjudicado dificultando su funcionamiento que es señal de la subordinación biopsicosocial de un individuo, y que es preciso garantizar para contrarrestar el riesgo que implica su subordinación .

Para esta corriente la sanción en el instante en que se determina y particularmente cuando

se cumple, tiene como propósito la neutralización y expulsión del trasgresor del sistema legal, en especial del derecho penal. Es una advertencia enfocada al agente que comete la conducta típica al que se le informa que si reincide otra vez se le aplica de nuevo la sanción tal como se colige de lo manifestado (Righi, 2010).

Dentro de este contexto, la Teoría de la Prevención Especial Negativa se emplea cuando la Teoría de la Prevención Especial Positiva se frustra se apela a ésta en la que se busca anular o contrarrestar al criminal separándolo de la comunidad para ampararla del riesgo que éste representa con su reclusión en las prisiones, de manera que no pueda volver a delinquir posteriormente.

2.2.2.3. Ecléctica de la Unión o Teoría Mixta

Esta tesis procura unir o fusionar los postulados de las corrientes absolutas o relativas, ya expuestas, y aparecen como resultado de la denominada por García-Pablos (2009) “lucha de escuelas” (253) producto del cual se produjo un acuerdo o concertación para aplicar de manera fusionada las contribuciones de las tesis que le preceden aplicándolas dentro de un ámbito más restringido.

Para quienes formulan esta teoría, la sanción debido a su complejidad se trata de un acontecimiento complicado que posee diversas finalidades simultáneas, tales como: retributivos de la culpabilidad, preventivos del crimen, símbolo de utilidad de manera que, la sanción es lícita si es justa y útil, es decir, se pretende que la sanción sea represiva preventiva.

De esta forma, esta tesis toma dos orientaciones: i) Tesis retributiva o de la unión: concede primacía a los postulados de la justicia respecto de la prevención, vale decir, se encauza hacia la justicia, asignan al Derecho Penal la función de defensa de la comunidad, la tutela de bienes jurídicos, lo cual debe llevar a cabo con sustento en una retribución justa, mientras que la

finalidad preventiva de la sanción se debe adicionar a ésta; y, ii) Tesis preventiva de la unión, en sentido opuesto a la anterior, ésta se enfoca hacia la prevención o utilidad de la sanción, consiguiéndose de esta forma, imposibilitar que la sanción supere a la fijada para el crimen realizado, es decir a la sanción justa, esta consideración posibilita que en determinadas situaciones pueda abstenerse de aplicar la sanción, se indaga por respuestas adecuadas y justas.

Uno de los impulsores de esta idea es Roxin en su teoría dialéctica en la que se asigna a la sanción diferentes finalidades, gradualidad de los propósitos de la sanción en función del instante en que se emplee: amenaza o intimidación legal en el instante en que se señala la sanción o durante su cumplimiento, de forma que para el investigador la sanción no posee un propósito concreto pues también puede ser preventiva, atendiendo a lo cual García-Pablos (2009) coligió que para Roxin la sanción posee diversas finalidades sin que ellas sean independientes entre sí.

Una manera sencilla de exponer el postulado esencial de esta teoría es la empleada por Bramont (2000) quien explico que en ella se asigna varias finalidades a la sanción: i) retribución de la culpabilidad contenida en la idea de una sanción justa, ii) preventiva del crimen lo que implica que la sanción deviene en útil de manera que, la sanción legitima esla legitima y útil.

2.2.3. Finalidad de la pena en el Perú

Tal como deduce de lo expuesto, la finalidad de pena o sanción penal no es única ni universal en la actualidad vemos como en los diferentes Estados sus sistemas jurídicos le asignan una función diferente.

En este sentido la Norma Fundamental Nacional precisa que el Perú es un Estado social y democrático (C.P.E., art 43) motivo por el cual es irreconciliable con los postulados de las tesis absolutistas de la sanción, orientación que se explicita en el artículo ciento treintay nueve,

inciso veintidós al precisar que: la finalidad del sistema penitenciario es la “(...) reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad” (C.P.E., Art 139, Inc. 22) la cual también ha sido contemplada en título preliminar, artículo uno del Código de Ejecución Penal pero, en la práctica esta finalidad no se puede materializar esencialmente por la carencia de recursos del Estado, como se extrae de lo manifestado por Villavicencio (2007). En consecuencia, al mencionarse expresamente el propósito resocializador de la sanción, se puede evidenciar que constitucionalmente el Perú se ha adscrito a la tesis de la función de prevención especial de la sanción.

En este mismo sentido el Tribunal Constitucional ha precisado, que tal como lo establecido en varios de sus pronunciamientos, que en el sistema jurídico peruano se la “(...) constitucionalizado la denominada teoría de la *función de prevención especial positiva (...)*” contenido en la máxima que prescribe que la finalidad del sistema penitenciario es la de lograr la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. (Sentencia Exp. N.º 803-2003-HC/TC, Fd. 9)

Al interpretar el décimo fundamento de la Sentencia Exp. N.º 803-2003-HC/TC, se infiere que, la función preventiva de la sanción corresponde a un precepto previsto en la Norma Fundamental, de contenido penitenciario el cual constituye una orden orientada a las instituciones públicas vinculadas con el cumplimiento de la sanción y específicamente al parlamento, bien al establecer las circunstancias en las que cumplirá la sanción o señalar el quantum que los magistrados pueden imponer como sanción por la realización de determinada conducta típica.

Continuando con el análisis en el fundamento trece de la providencia en cuestión, el T.C. precisa que simultáneamente a la función preventiva especial positiva, se encuentra la función

preventiva de la sanción y medidas de seguridad que el artículo noveno de Título Preliminar del C.P. asegura mandato que debe ser analizado de manera sistemática con el artículo primero, conforme al cual la finalidad del estatuto penal consiste en la prevención de hechos punible como mecanismo de tutela del individuo y de la comunidad en general. Análisis que atribuye a la sanción finalidades preventivas, protectoras y resocializadoras que surgen del cometido y objetivo de la normatividad penal lo que equivale a prevenir el crimen como mecanismo de salvaguarda de bienes jurídicos.

De esta manera indica el TC en el fundamento catorce, la finalidad preventiva asignada a la sanción en nuestro sistema penal proyecta un Derecho Penal asociado con impedir los hechos punibles –injustos y/o faltas- como función primigenia, mientras que la finalidad de protección establecida se asocia a la defensa de bienes jurídicos: personales so colectivos.

A partir de los pronunciamientos del supremo interpreta de la Norma Fundamental, considera García (2008) que esta corporación, con el fundamento de no estar apoyada científicamente y desconocer el derecho a la dignidad del individuo, ha negado íntegramente la tesis absoluta de la sanción (STS N° 0019-2005-PI/TC). Pero, ello no implica, negar que la pena lleve aparejado un componente retributivo, rechazando que la finalidad de la pena se cumpla al producir un daño al condenado.

En concepto del jurista, el TC se ha inclinado por asumir los postulados de la tesis dialéctica de la unión en la STC N° 0019-2005-AI, en la cual a mencionar preceptos de la Norma Fundamental presenta una tesis en la que se agrupan varias finalidades. En este sentido el Tribunal precisa que las normas promulgadas para realizar la política criminal del Estado resultan ajustadas a los mandatos constitucionales si salvaguardan las finalidades que a la sanción se la han asignada dentro de un Estado social y democrático de derecho. (García, 2008,

p. 54).

En el mismo sentido Bramont (2000) evidencia la manera como el Código Penal vigente, en lo relacionado con la finalidad de la sanción abraza la tesis dialéctica de la unión, al establecer: a. la Conminación o advertencia legal, contenida en el artículo primero del Título Preliminar del CP, en el que se indica que la finalidad de la sanción es la prevenir los crímenes, la cual dentro de la teoría de la pena corresponde a la tesis de la prevención general, b. al referirse a la determinación judicial, contenida en el artículo octavo del Título Preliminar del CP, que indica que la sanción no puede ser superior a la responsabilidad deriva de la acción delincuencia, lo que corresponde a la tesis retribucionista de la pena, y, c. la finalidad perseguida en la ejecución de la sanción, artículo noveno del Título Preliminar del CP conforme al cual la sanción es resocializadora evidencia de la tesis de prevención especial de la sanción. En suma, la sanción primero tiene el propósito de prevenir la ejecución de crímenes, posteriormente debe fijarse proporcionalmente, sin alcanzar el límite, lo cual corresponde a la retribución e intentar que mientras se ejecute la sanción resocialización del delincuente para reintegrarlo a la comunidad.

Acorde con lo analizado, comparto la opinión de que en nuestro sistema legal penal se ha adoptado la tesis dialéctica de la unión en cuanto a los fines de la pena pues esta está orientada a precaver la ejecución de conductas criminales; la sanción debe imponerse dentro de los límites señalados en el tipo legal correspondiente y con fundamento en la responsabilidad del agente y debe estar orientada a resocializar al delincuente para que pueda reinsertarse en la comunidad.

2.2.4. Determinación judicial de la pena

La ejecución de la conducta considerada delictual por la norma sustantiva Penal, genera para su autor o participe la imposición de una pena (imputables) o medida de seguridad

(inimputables), cuyo quantum lo establece el Juez, personal o colegiado; dentro del Proceso Penal en atención a que la finalidad de la pena es la resocialización del delincuente y siguiendo directrices establecidas por la academia y la ley para el caso peruano por los preceptos del Estatuto Penal Sustantivo y las modificaciones introducidas por la Ley treinta mil setenta y seis de dos mil trece.

Es decir, la concreción de la sanción que debe imponerse a la persona o personas halladas responsables de la realización de un hecho punible no responde al capricho del Juez, en efecto como acotó Jeschek (1.993) el cálculo de la pena a aplicar en un caso específico es una determinación legalmente supeditada, esto es, no íntegramente autónoma del Juez, sino que este se encuentra sujeto a las pautas legales.

De esta manera, informa Jeschek (1998) la individualización de la sanción o pena corresponde a establecer los efectos legales de la ejecución de un crimen, e incluye la selección de la pena *verbi gratia*: prisión, multa, prohibición de ejercer cargos públicos, etc. y de ser necesario la determinación respecto a la procedencia de la suspensión condicional (pena o medida de seguridad). Criterio que considero es parcialmente cierto dado que, lo primero que debe hacer el Juez al momento de señalar la sanción que ve imponer al responsable de la conducta típica, es elegir dentro de las alternativas previstas en el tipo penal correspondiente la clase de sanción que aplicará, pero, su labor no se agota ahí, además debe dosificarla dentro de los límites establecidos como pena abstracta por el legislador.

En este sentido, la actuación judicial de determinación de la pena interpretando a Mir (1998) es concebida como la fijación de la sanción que concierne a la conducta típica ejecutada y atañe a la determinación de la clase de sanción que se debe aplicar, como a su importe y ampliando su alcance comprende, además, el dictamen respecto de la suspensión o sustitución de

la sanción o medida de seguridad.

Es decir, la determinación judicial de la pena, signada en otras legislaciones como aplicación de la pena, individualización judicial de la pena o dosificación de la pena, conforme indica Prado, V. et al. (2015) cumple la labor de establecer y calcular las dimensiones cualitativas y cuantitativas de las secuelas legales que corresponde imponer al autor o partícipe responsable de un crimen. Corresponde, a un método técnico evaluación y de discriminación de la sanción penal. (p. 50) Por ende, la determinación judicial de la pena hace referencia un método especializado, estimativo que emplea el juez para establecer la forma, el quantum y la forma como se cumplirá la pena a aplicar a un caso concreto.

Al imponerse la pena, el Estado a través del Juez de una parte hace efectivo el ius puniendi que posee y demás materializa: i) la finalidad preventiva específica, pues al delincuente que se aplica la pena debe ser resocializado durante su ejecución para que al cumplirla pueda reintegrarse a la comunidad, y, ii) la prevención general al desalentar a la comunidad para que cometa, delitos por temor a la pena que se les puede imponer.

2.2.4.1. Modelos

Para fijar la sanción que corresponde aplicar a quien es considerado responsable de la comisión de un hecho punible, no sigue un método universal, por el contrario, estos han sido regulados en las legislaciones de cada uno de los Estados bien a través del Código Penal o normas específicas en las cuales se adopta uno de los patrones o modelos que la doctrina ha identificado y que parafraseando a García (2017) procedo a comentar:

a. El Modelo de Tabulación de Agravantes y Atenuantes con Penas Fijas. Se caracteriza porque en él se establecen rigurosamente las circunstancias que agravan la pena y las que la atenúan, especificando un máximo de pena a imponer en los eventos en que se presenten

circunstancias agravantes y un mínimo en el caso de atenuantes, y el mínimo de pena a aplicarse cuando converjan los dos tipos de circunstancias o no existe certeza sobre su concurrencia.

b. Este modelo surge del racionalismo filosófico y el escepticismo hacia los magistrados, fue implementado por los derogados Códigos Penales francés de mil setecientos noventa y uno y brasileño de mil ochocientos treinta.

c. El Modelo o Sistema de Tabulación con Señalamiento de Criterios Generales de Tasación, seguido de Atenuantes y Agravantes con Penas Flexibles. Este modelo radica en señalar ciertas directrices generales para aplicar la sanción dentro de un mínimo y un máximo señalado para el tipo penal, es decir dentro de los límites de la pena abstracta establecida por el legislador para el delito en cuestión; acompañada de “(...) circunstancias de mayor y/o menor punibilidad”. (García, 2017, p. 45) patrón implementado por el derogado Estatuto Penal de Baviera de mil ochocientos trece.

d. El Modelo de Penas Flexibles sin Enunciación de Criterios Generales, Radica en especificar el mínimo y máximo de la sanción, dentro del cual se debe fijar la pena a imponer, sin precisar los principios generales para fijar la sanción. Este patrón fue implementado por el derogado Estatuto Penal de Francia de mil ochocientos diez.

e. El Modelo de Tabulación de Circunstancias con Penas Relativamente Rígida, estriba en enumerar las circunstancias agravantes y atenuantes, para fijar la pena a partir de la señalada por el legislador para la conducta típica, graduando los delitos en tres; i) de primer grado, se fija el máximo de sanción, ii) de segundo grado se fija el término medio con respecto al máximo, y, iii) tercer grado se aplica el mínimo de la sanción. Patrón implementado por los derogados Códigos penales: español de mil ochocientos veinte dos y el colombiano de mil ochocientos treinta y siete.

f. El Modelo con Penas Flexibles sin Enunciación de Criterios Generales, con Atenuantes Genéricas no Especificadas. Se expresa en la posibilidad que posee el Magistrado para disminuir la pena en el porcentaje preestablecido para la situación particular por ejemplo en nuestro sistema legal: se disminuye la pena en una sexta parte por acogerse a la terminación anticipada. Patrón implementado por el derogado Estatuto Penal italiano de mil ochocientos ochenta y nueve, conocido también como Código de Zanardelli, ministro de justicia que los impulsó.

g. El Modelo o Sistema de Criterios Generales o Fórmulas Sintéticas con Penas Flexibles. En este patrón la norma penal establece genéricamente las pautas para establecer la sanción dentro de un mínimo y máxima, pero, sin precisar cuales corresponden a agravantes y atenuantes genéricas.

2.2.4.2. Etapas

Analizando a Posada y Hernández (2001) se colige que para que el Juez pueda establecer cuanta pena (225) se la asigna conducta típica se debe transitar por varios grados de valoración o, cadena de etapas y acciones unidas entre sí, desarrolladas por el magistrado, hasta arribar a la sanción concreta y que han sido precisadas por la doctrina como:

A. *Identificación de la pena básica*

También denominada como “averiguación del marco penal concreto” Posada y Hernández (2001) esta fase corresponde en formalmente a la determinación judicial de la pena.

La acción que cumple el Magistrado en ella es, concretar el mínimo y el máximo de pena conminada Prado et al. (2015) es decir aquella atribuible a la conducta típica o al caso concreto, es decir, el Juez en esta fase debe indicar con fundamento en la pena abstracta, es decir la señalada por el legislador para la conducta típica; la clase de pena y el ámbito punitivo, en el cual debe existir un mínimo y un máximo, en el que va a concertar la sanción, lo cual significa como sostiene el mismo doctrinante que en esta fase se materializa el principio de legalidad dado que

el Juez únicamente puede imponer la sanción de la manera y en la proporción que está prevista en la norma penal.

Vale decir, en esta fase el Magistrado hace una concreción cuantitativa, al indicar la clase de pena que se va aplicar, en los casos de penas alternativas por ejemplo: prisión preventiva, prestación de servicios, multa, etc. y, cuantitativa pues parte de la pena básica contemplando los agravantes y atenuantes específicas, para obtener la que va a aplicar en la situación específica, esto es señalando en cifras, el ámbito en el que se va fijar la pena, en el caso del Perú a partir de la vigencia de la Ley treinta mil sesenta y seis, en que tercio se cuantificara la futura sanción, en el cual obviamente se verifica la existencia de un mínimo y un máximo; para comprender mejor lo manifestado propongo como ejemplo en la conducta típica de tráfico ilícito de drogas agravado del artículo doscientos noventa y siete del CP, en el cual la pena abstracta va de 15 a 25 años de privación de la libertad, la cual conforme a lo normado por el artículo cuarenta y cinco A, tres tercios punitivos así:

Tabla 1

La pena abstracta

| Tercio | Mínimo y máximo | |
|---------------|----------------------------------|------------|
| Primero | De 15 años 04 meses | a 18 años, |
| Segundo | De 18 años, 04 meses 08 meses | a 21 años, |
| Tercero | De 21 años, 08 meses | a 25 años |

Nota. Elaboración propia

De los cuales el Juez, atendiendo a las circunstancias agravantes y de atenuación enunciara cual tercio considerar para fijar la sanción.

Esta es la forma normal de desarrollo de esta fase pero, en nuestro país el Juez cuenta con una dificultad extra dado que: i) existen tipos penales en los cuales el legislador no señalo el mínimo de la sanción, tal como ocurre por ejemplo con la Omisión de Asistencia familiar y ii) en los que no se ha especifica el máximo de la sanción como ocurre con el Homicidio Calificado, artículo ciento ocho del CP., situaciones en las que el Juez debe suplir este defecto aplicando el artículo veintinueve en observancia del principio de integración legal.

Y aunque, en mi concepto no resulta muy técnico analizarlo en este acápite, atendiendo a que en este estadio procesal, el Juez también elige la sanción que aplicara en los tipos conminados con penas alternativas, resulta conveniente tener presente que la norma sustancial penal no contiene una disposición que imponga u oriente al Magistrado para optar, dentro de las penas alternativas previstas expresamente por el tipo penal, cuál de ellas impondrá pero, esta anomia jurídica puede ser resuelta aplicando el principio de proporcionalidad, mediante el sub principio de necesidad; de manera que se opte por aquella que menor afectación acarree para los derechos del condenado, como se extrae delo opinado por (Avalos, 2015).

B. Individualización de la pena concreta

Como se deduce de lo expuesto por Hurtado (2011) luego de establecida la clase de sanción, su mínimo y máximo, corresponde al Juez establecer la sanción específica, teniendo presente, las circunstancias agravantes y atenuantes que convergen en el asunto, de manera que a través de ella el Estado materializa el derecho a castigar de que es titular. Es decir, en esta etapa se dosifica el quantum de la sanción a aplicar teniendo en cuenta pautas como: los niveles de injusto y culpabilidad, la necesidad y finalidad de la sanción en un evento específico (Velásquez, 2009).

Vale decir, en esta etapa el Juez realmente individualiza la sanción para el caso concreto, fijando su dimensión específica, dentro de ámbito sancionatorio establecido por la norma penal,

de acuerdo a las características del agente y del suceso como se extracta de lo sostenido por (Calderón y Choclan, 2001).

En conclusión, en esta fase, el Juez dentro del ámbito enunciando en la fase precedente, precisa la sanción que impondrá, la cual es producto de las circunstancias gravantes y atenuantes que la ley ha previsto y que inciden en ella. Contexto dentro del cual, cobra especial relevancia la precisión de Muñoz y García (2010) de acuerdo con la cual, para realizar esta operación las normas contienen principios, los cuales no pueden ser aplicados por el Juez desligándolos de la finalidad atribuida a la sanción, de manera que debe considerarse no solo el principio de proporcionalidad de la sanción en el caso concreto sino, también las necesidades preventivo especiales (534) del condenado, lo cual permitiría por ejemplo suspender la ejecución de la sanción o por el contrario, ordenar su cumplimiento efectivo entre otras.

2.2.4.3. En el Perú

C. Desarrollo legal

El método empleado para determinar la pena a imponer en un caso concreto, no ha sido el mismo a través de historia republicana de nuestro país, cada uno de los tres Estatutos Penales Sustanciales que durante ella han regido ha adoptado su propio sistema.

Código Penal de 1863

La dosificación o individualización de la sanción, fue reglamentada en este Código apartir del artículo treinta y dos, estableciendo como penas: i) la penitenciaria, ii) la expatriación e inhabilitación absoluta y especial, iii) De cárcel reclusión, confinamiento y suspensión de derechos políticos, iv) arresto mayor; y, v) arresto menor, fraccionándolas en grados consignados por la misma norma en las siguientes tablas:

Tabla 2*Escalas para la pena de penitenciaria*

| GRADOS. | TERMINO | TERMINO | TERMINO |
|----------------|----------------|----------------|----------------|
| | MINIMO. | MEDIO. | MAXIMO. |
| I. | 4 años. | 5 años. | 6 años. |
| II. | 7 años. | 8 años. | 9 años. |
| III. | 10 años. | 11 años. | 12 años. |
| IV. | 13 años. | 14 años. | 15 años. |

Nota. Elaboración propia**Tabla 3***Escalas para las penas de expatriación e inhabilitación absoluta y especial.*

| GRADOS. | TERMINO | TERMINO | TERMINO |
|----------------|----------------|----------------|----------------|
| | MINIMO. | MEDIO. | MAXIMO. |
| I. | 1 años. | 2 años. | 3 años. |
| II. | 4 años. | 5 años. | 6 años. |
| III. | 7 años. | 8 años. | 9 años. |
| IV. | 10 años. | 11 años. | 12 años. |
| V. | 13 años. | 14 años. | 15 años. |

Nota. Elaboración propia

Tabla 4

Escalas para las penas de cárcel, reclusión, confinamiento y suspensión de derechos políticos.

| GRADOS. | TERMINO | TERMINO | TERMINO |
|----------------|----------------|----------------|----------------|
| | MINIMO. | MEDIO. | MAXIMO. |
| I. | 4 meses. | 8 meses. | 1 año. |
| II. | 16 meses. | 20 meses. | 2 años. |
| III. | 28 meses. | 32 meses. | 3 años. |
| IV. | 40 meses. | 44 meses. | 4 años. |
| V. | 52 meses. | 56 meses | 5 años. |

Nota. Elaboración propia

Tabla 5

Escalas para la pena de arresto mayor.

| GRADOS. | TERMINO | TERMINO | TERMINO |
|----------------|----------------|----------------|----------------|
| | MINIMO. | MEDIO. | MAXIMO. |
| I. | 40 días. | 50 días. | 2 meses. |
| II. | 70 días. | 80 días. | 3 meses. |
| III. | 100 días. | 110 días. | 4 meses. |
| IV. | 130 días. | 140 días. | 5 meses. |
| V. | 160 días. | 170 días. | 6 meses |

Nota. Elaboración propia

Tabla 6

Escalas para la pena de arresto menor.

| | TERMINO | TERMINO | TERMINO |
|----------------|----------------|----------------|----------------|
| GRADOS. | MINIMO. | MEDIO. | MAXIMO. |
| I. | 2 días. | 4 días. | 6 días. |
| II. | 8 días. | 10 días. | 12 días. |
| III. | 14 días. | 16 días. | 18 días. |
| IV. | 20 días. | 22 días. | 24 días. |
| V. | 26 días. | 28 días. | 30 días. |

Nota. Elaboración propia

En cuanto a la sanción, precisaba que esta podía incrementarse o reducirse, en un término por cada circunstancia de agravación o atenuación que se presentara, aunque, en ningún caso este incremento o reducción podía superar los tres términos aun cuando se presentaran estos tipos de circunstancias a la vez.

Con fundamento en las penas señaladas para los diversos injustos, se puede evidenciar que este estatuto adopto un régimen de sanciones exactas, señalando el grado y termino de ella y estableciendo la posibilidad de que esta se modificara producto de la presenciade situaciones que agravan o atenúan la sanción, de manera que el Magistrado no podía tasar la pena autónomamente pues, cada una de ellas equivale a un término.

Código Penal de 1924

En cuanto a las clases de penas que se establecieron en este estatuto fueron las de: i) muerte, ii) internamiento, que se podía prolongar por un mínimo de veinticinco años, iii)

penitenciaria con un mínimo de un año y un máximo de veinte, iv) relegación: por plazo indeterminado, v) prisión: de dos días a veinte años, vi) expatriación, vii) multa: fijada con base en los ingresos del condenado e viii) inhabilitación: podía transitoria o definitiva y se podía imponer como sanción principal o accesoria.

La individualización o determinación de la sanción, la norma autorizaba al Magistrado a hacerlo dentro de los límites mínimos o máximos establecidos o aplicar entre ellos el quantum que considerara adecuado, debiendo motivarlo en la sentencia.

En el momento de tasar la pena se valoraría la culpabilidad y el riesgo del autor, relacionando expresamente situaciones que no se consideraban agravantes y/o atenuantes pero que debían ser valoradas por el Magistrado entre los que se cuentan: la índole de la conducta, los mecanismos utilizados, el número de autores, la edad, etc. se contemplaba la tentativa y las eximentes imperfectas como atenuantes privilegiadas y como agravantes cualificada la reincidencia cuya presencia originaba que la sanción se fijara por encima del máximo legal.

Código Penal de 1991

Este es el Código Penal que nos rige en la actualidad y en el que antes de la modificatoria introducida por la Ley Treinta mil setenta y seis, al reglamentar la individualización o definición de la sanción establecía: i) principios tales como: el de la función preventiva de la sanción, artículo primero y noveno; el de legalidad, artículo segundo; de lesividad artículo cuarto y, el de proporcionalidad artículo octavo todos los del título preliminar, ii) reglas que precisan criterios en los que se debe sustentar y fijar la sanción, artículo cuarenta y cinco los cuales imponen al Juez valorar: la necesidades que el autor hubiera padecido en la comunidad, su instrucción y hábitos, los intereses del agraviado, de su clan o de quienes dependen de él iii) situaciones modificatorias de la responsabilidad en los artículos cuarenta y seis, cuarenta y seis A, cuarenta

y seis B y cuarenta y seis E que se emplean para valorar la gravedad de la conducta y la culpabilidad del sujeto agente en el delito, y iv) estableció un mínimo y máximo de sanción para cada tipo penal, “(...) dentro de cuyos límites el Juez deberá decidir la calidad y extensión concreta de la sanción aplicable.” (Prado, s.f.).

De esta manera, el Magistrado no se encuentra sujeto a un sistema para determinar la pena, sino que lo hace de manera autónoma de acuerdo a sus destrezas y valores éticos con la única exigencia de motivar su decisión, (inc.5, art. 139, CPE) pues, se reitera la norma no considero un método para tal fin, de manera que el quantum de la pena respondía a su particular interpretación.

Esta situación, fue modificada sustancialmente, al incorporarse través de la Ley 30076 (Congreso de la Republica, 2013) un procedimiento para que los magistrados fijen o determinen la sanción impondrán en un caso específico, dado que el propósito de la norma era la de “combatir la inseguridad ciudadana” renovando el método y la labor determinación de la pena por el Juez. Atendiendo a los planteamientos de Prado et al. (2015) los aportes de la nueva norma a la determinación de la pena por parte del Juez son:

Se incorporó al artículo cuarenta y cinco literal a del CP, un nuevo supuesto para sustentar y fijar la sanción, el cual radica en que el sujeto agente, al realizar el injusto haya abusado de: su cargo, condición económica, instrucción, poder, oficio, profesión o función que desempeñe en la comunidad.

Se incorporó el artículo cuarenta y cinco A en el que se implementó un método para fijar la sanción a imponer a quien resulte culpable de injusto, como autor o participe, el cual respondió al *nomen iuris* de “individualización de la pena”.

Se incorporó el artículo cuarenta y seis en el que se relacionaron las “circunstancias de

atenuación y agravación” presentadas en dos segmentos: i) inciso uno, ocho atenuantes genéricas y, ii) inciso dos: trece agravantes genéricas.

Se modificaron los artículos: cuarenta y seis B y cuarenta y seis C, referidos a las agravantes cualificadas de reincidencia y habitualidad.

Estas modificaciones, simultáneamente incidieron en el artículo veintidós, que reglamenta la reducción de la sanción por responsabilidad restringida originada en la edad del autor, en los artículos treinta y seis y treinta y ocho, respecto de la extensión de la sanción de inhabilitación, los artículos cincuenta y siete y cincuenta y ocho, concernientes a las exigencias y normas de comportamiento fijados en las medidas alternativas a la sanción privativa de la libertad, en los artículos sesenta y dos y sesenta y cuatro relacionado a la reserva del fallo condenatorio.

D. Las circunstancias

Debido a la trascendencia que tiene para la concreción o determinación de la sanción o pena resulta trascendente ahondar respecto de ellas. Parafraseando a Antolisei, se puede entender por circunstancia a todo eso que se halla en torno al injusto. Por su naturaleza poseen una representación accesoria, pues requieren forzosamente de lo esencial, es decir, del delito. (Prado et al., 2015).

Dentro de la fijación de la pena asumen el carácter de coeficientes o indicadores de tipo subjetivo u objetivo para ponderar la trascendencia del injusto. De esta manera, viabilizan la medición de: i) el mayor o menor desvalor de la conducta típica (antijuridicidad), y ii) el mayor o menor nivel de censura que se debe hacer al agente (culpabilidad). A partir de estas situaciones se puede:

Dentro de este contexto, las circunstancias son situaciones que se presentan en torno a la

conducta ilegal, que pueden ser antecedentes o concomitantes a ella y permiten, estimar el nivel de gravedad de la conducta punible y con sustento en ello establecer la clase y el quantum de la sanción que se debe asignar a quien haya participado en su ejecución.

Jurídicamente, no pueden ser asimiladas con preceptos que influyen en la determinación de la pena básica tales como: i) las causales de disminución o incremento de punibilidad: eximentes imperfectas, la tentativa o la complicidad secundaria, y, ii) las que reducen la sanción por bonificación procesal: confesión sincera, colaboración eficaz o terminación anticipada (Prado et al., 2015).

Tanto la academia como las diversas legislaciones penales internas de los diversos Estados, han catalogado estas situaciones de diversas maneras, a continuación, siguiendo los planteamientos de Prado et al. (2015), respecto de las contempla el Estatuto Penal Sustancial: genéricas, específicas, privilegiadas o cualificadas.

E. Circunstancias Genéricas

Estas circunstancias o situaciones genéricas de acuerdo a lo expuesto por (Prado et al. 2015) corresponde a aquellas que están reglamentadas en la parte general del Estatuto Penal Sustantivo y se aplican al momento de fijar la sanción concreta para toda conducta típica y facultan al Magistrado para establecer la sanción dentro del “espacio punitivo” obtenido entre los extremos mínimos y máximos de la pena básica.

En cuanto a las atenuantes genéricas que implican menor antijuridicidad de la conducta o de la culpabilidad del partícipe, acarrear una menor probabilidad de sanción del hecho punible y conllevan a aplicar una sanción concreta menor, la cual invariablemente se orientará hacia el extremo inicial o mínimo de la pena básica, es decir tienen una relación directamente proporcional con la sanción.

De acuerdo con el primer inciso del artículo cuarenta y seis del CP, son circunstancias genéricas atenuantes:

1. La falta de antecedentes penales;
2. Realizar la conducta por motivos de nobles o filantrópicos;
3. Realizar la conducta en una situación de estado de aliteración o de miedo

justificables;

4. El influjo de imperiosas situaciones íntimas o familiares en la realización del hecho

5. Intentar libremente, luego de ejecutado el crimen, la reducción de sus resultados;

6. Compensar libremente el perjuicio inferido o las consecuencias originados en el riesgo creado;

7. Comparecer libremente a las autoridades luego de haber realizado el crimen, para aceptar la responsabilidad;

8. La edad de condenado siempre que esta haya incidido en el delito.

En cuanto a las agravantes genéricas, las cuales comparten las mismas particularidades de las atenuantes genéricas es decir, proceden en todo tipo de delito, son demostrativas de mayor antijuridicidad o culpabilidad del partcipe, lo cual se refleja en una mayor “(...) punibilidad o posibilidad de sanción del delito” (Prado et al., 2015, p. 37) y se cristaliza en una sanción concreta mayor orientada invariablemente hacia el extremo máximo de la pena básica de terminada por el Magistrado para la situación concreta. La legislación Penal peruana ha contemplado como:

Agravantes genéricas (inc.2, art. 46 CP)

- a. Cometer el hecho criminal en bienes o recursos asignados a labores de bienestar

general o para cumplimiento de las penurias esenciales de una comunidad;

- b. Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos;
- c. Realizar el delito por móviles despreciables, baladí o por medio de un importe, pago u ofrecimiento de pago;
- d. Realizar la conducta por falta de tolerancia o segregación de cualquier clase;
- e. Servirse en la realización del delito recursos de cuyo empleo surja riesgo para la sociedad;
- f. Cometer el delito a través de encubrimiento, aprovechando la posición de superioridad sobre el perjudicado o sacando provecho de las condiciones temporo-espaciales que obstaculicen la defensa de la víctima o el reconocimiento de autor o participe del hecho;
- g. Provocar que las secuelas del delito sean más perjudiciales que las requeridas para realizar el crimen,
- h. Cometer el delito aprovechando el autor de su cargo, situación económica, instrucción, poder, labor que desempeñe, profesión u ocupación;
- i. El numero plural de intervinientes en la realización de la conducta;
- j. Cometer el delito empleando a un inimputable;
- k. En el caso de que el delito es comandado o se ejecuta integra o parcialmente desde la prisión por un recluso o por quien está en el extranjero;
- l. En el caso en que se causa perjuicio grave al equilibrio de los hábitats naturales;
- m. En el caso en que para la comisión del injusto se empleen armas, explosivos, toxinas u otros utensilios de análoga eficiencia aniquiladora.

F. Circunstancias Específicas

Estas situaciones, como se puede extraer de su denominación únicamente operan en los

casos en que el propio tipo penal las contemple, es decir se aplican únicamente para ciertos delitos, tal es el caso de las agravantes del artículo ciento ochenta y nueve y que proceden para el punible del robo, artículo ciento ochenta y ocho, al igual que las contempladas en los artículos doscientos noventa y siete y doscientos noventa y ocho, que constituyen agravantes del tráfico ilícito de drogas, del artículo doscientos noventa y seis, entre otras.

Hacen parte de este tipo de circunstancias, las previstas en normas especiales de carácter penal que no se encuentran contenidas en el Código Penal, las cuales en concepto del maestro Prado et al. (2015) conforman el “Derecho Penal complementario o accesorio” (p. 39) en este sentido se puede citar, las agravantes del artículo diez de la Ley dos mil ocho sobre delitos aduaneros, las del artículo cuarto del D.L. oncenio seis referida a delitos de lavado de activos.

Pese a lo mencionado, no corresponden a esta clase de circunstancias las contenidas en el artículo veintidós de la Ley contra el crimen organizado, Ley treinta mil setenta siete aun cuando, por error se denominaron de esta manera debido a que ellas no se encuentran vinculadas a un hecho punible concreto, sino que a través de ella se amplían las penas para los punibles realizados por organizaciones criminales, en realidad corresponde a agravantes cualificadas.

Dentro de este contexto, explica Prado et al. (2015), la eficiencia de estas circunstancias en la modalidad de agravantes o atenuantes, es restringida dado su aplicación se limita a la fijación de la sanción en los hechos punibles en los que se encuentran previstas, de manera que en estos eventos la determinación de la sanción se desarrolla dentro de la pena señalada explícitamente para esta circunstancia en el tipo penal, las cuales pueden presentarse en grados o niveles como ocurre en el artículo ciento ochenta y seis, en cual el delito de hurto posee tres niveles de circunstancias agravantes, cada una de las cuales genera una sanción específica la

cual constituye el espacio punitivo o pena básica.

En el caso de que, las circunstancias específicas del tipo sean solo agravantes de un mismo nivel o grado, cada una de las circunstancias constituye un porcentaje de la pena básica o espacio punitivo. Debido a lo cual, la sanción concreta debe surgir del total “(...) porcentual acumulado correspondiente a las agravantes detectadas en el caso” (p. 40) las cuales se contabilizan partiendo del mínimo hacia el extremo máximo, en el convergen todas agravantes de este tipo que se presenten.

De forma antagónica se procede cuando se presenten únicamente circunstancias atenuantes específicas, caso en el cual se parte del máximo, cuando se presente una sola circunstancia se dirige la integración porcentual cuantitativa de las atenuantes identificadas hacia el extremo mínimo (que corresponde a la confluencia del total de atenuantes reguladas) (Prado et al, 2015, p. 40)

G. Agravantes Cualificadas y Atenuantes Privilegiadas

La particularidad de esta clase de circunstancias, consiste en que repercute directamente sobre el monto de la pena conminada o abstracta, es decir, éstas varían o cambian los límites mínimos y máximos de la sanción prevista en el tipo penal para la conducta.

En lo que respecta a las agravantes cualificadas, se genera un cambio ascendente que se aplica por encima del máximo previsto para el delito, el cual ahora se transforma en el nuevo mínimo legal tal como ocurre en:

Por la condición del agente 46 A. El magistrado puede incrementar la sanción hasta la mitad ($\frac{1}{2}$) por encima del máximo, primer grado, y hasta un tercio ($\frac{1}{3}$), segundo grado. Reincidencia 46 B. El magistrado puede incrementar la sanción hasta en una mitad ($\frac{1}{2}$) por encima del máximo, primer grado, y dos tercios ($\frac{2}{3}$), segundo grado, la mitad ($\frac{1}{2}$) tercer

grado.

Habitualidad 46 C. El magistrado puede incrementar la sanción hasta un tercio (1/3) por encima del máximo previsto para el delito.

Empleo de menores en la ejecución de la conducta típica 46 E. El magistrado puede incrementar la sanción hasta un tercio (1/3) por encima del máximo previsto para el delito.

Las contempladas en la Ley contra el Crimen Organizado, art. 22.

La verificación de las situaciones que la norma reguló expresamente, faculta al Magistrado para aumentar la pena hasta en una tercera (1/3) parte por encima del máximo legal establecido para el correspondiente hecho punible, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco (35) años, con la salvedad de que no se pueden aplicar en el evento en que hayan sido previstas en la norma penal.

a) Si el agente es líder, jefe o cabecilla o ejerce funciones de administración, dirección y supervisión de la organización criminal.

b) Si el agente financia la organización criminal.

c) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, es funcionario o servidor público y ha abusado de su cargo o se ha valido del mismo para cometer, facilitar o encubrir delito.

d) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, utiliza a menores de edad u otros inimputables para la comisión de delito.

e) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, atenta contra la integridad física o psicológica de menores de edad u otros inimputables.

f) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, utiliza a terceras personas valiéndose de su conocimiento, profesión u oficio, o abusando de su posición de dominio, cargo, vínculo familiar u otra relación que le otorgue la confianza, poder o autoridad sobre ellas.

g) Si el agente hace uso de sus armas de guerra para cometer los delitos a que se refiere la presente Ley.

h) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, posee armas de guerra, material explosivo o cualquier otro medio análogo.

De forma similar cuando se presenta una circunstancia atenuante privilegiada, el mínimo previsto para el tipo se cambia por otro que es inferior.

Pese a la mención que hace la norma de este tipo de circunstancias, en la actualidad no existen en nuestra legislación penal y no corresponden a ellas las causales de disminución de la punibilidad, ni las que conceden rebajas de pena por bonificación procesal: terminación anticipada, conformidad, confesión sincera, etc. dado que su naturaleza es diferente y el estadio procesal en que aplican es distinto.

2.2.4.4. El sistema de tercios

Tal como se ha enunciado, es el cambio más trascendente introducido por la Ley treinta mil setenta y seis, consistió en incorporar al CP el artículo cuarenta y cinco A para regular la determinación o fijación de la sanción que el Juez debe aplicar a quienes halle responsables, cualquiera sea su participación, de la realización de una conducta típica, denominándolo como: Individualización de la pena, prescribiendo que el Magistrado para determinar la sanción debe proceder de la siguiente forma:

1. Establece el ámbito punitivo para fijarla, a partir de la sanción abstracta señalada por el legislador para la conducta típica y al dice en tres

2. Establece la sanción específica a imponer al sentenciado valorando la confluencia de situaciones que la agravan o atenúan acatando los siguientes preceptos:

a. En el caso que no hallan ni atenuantes ni agravantes o se presenten solamente situaciones atenuantes, la sanción concreta se fija dentro del primer tercio.

b. En el caso que se presenten circunstancias agravantes y atenuantes, la sanción concretase fija dentro del tercio medio

c. En el caso de que se presenten solo situaciones agravantes la sanción concreta se fija dentro del tercio superior

Cuando se presenten situaciones atenuantes privilegiadas o agravantes calificadas la sanción concreta se fija así:

a. Si se presentan situaciones atenuantes, la sanción concreta se fija por debajo del tercio inferior;

b. Si se presentan situaciones agravantes, la sanción concreta se fija por encima del tercio superior; y

c. En el evento que se presenten situaciones atenuantes y agravantes, la sanción concretase fija dentro de los límites de la sanción básica asignada a la conducta típica.

Figura 1*Delito de seducción art. 175 CP*

Progresión del espacio punitivo o ámbito de movilidad de la pena (Colombia) = **08 meses**

$5 \text{ años} - 3 \text{ años} = 2 \text{ años} \times 12 \text{ meses} = 24 \text{ meses} / 3 \text{ tercios} = 8 \text{ meses}$

Primer Tercio

36 meses a 44 meses (01) un día

Segundo tercio o medio

De 44 meses un (01) día a 52 meses

Tercer tercio o superior

52 meses un (01) día a 60 meses

De poderse aplicar Agravantes cualificadas o especiales

Pena básica (abstracta) o espacio de punición = **80 meses = 6.66 años**

$5 \text{ años} / 3 = 1 \text{ año y } 08 \text{ meses} = 20 \text{ meses}$

Nota. Elaboración propia

III. Método

Tipo de investigación

Esta investigación se efectuó bajo un enfoque cuantitativo, bajo las directrices de un modelo exploratorio, descriptivo y explicativo.

Exploratorio: A partir del análisis de las manifestaciones doctrinarias, jurisprudenciales y legales respecto de las variables: la determinación judicial de la pena y circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas, se halló el problema a investigar.

Descriptivo: Detallando y pormenorizando las variables: determinación judicial de la pena y circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas, en el ámbito de la academia especializada y de la legislación.

Explicativo. La investigadora analizando las variables: determinación judicial de la pena circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas, procuro hallar los motivos por los cuales se presenta el problema de investigación planteado.

El nivel de la investigación fue:

Descriptivo: las variables determinación judicial de la pena y circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas fueron cuantificadas.

Correlacional: Se identificó la relación que existió entre las variables determinación judicial de la pena y las circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas en el periodo que comprendió la investigación.

3.1. Población y muestra

En esta investigación se contó con una población de 98 colaboradores entre: Fiscales Penales Provinciales y Adjuntos de la Corte de Lima Norte, Jueces de la investigación

Para obtener la muestra se empleó el método no probabilístico y a través de la fórmula matemática indicada a continuación, se alcanzó una muestra de 78 colaboradores:

$$n = \frac{n_0}{1 + \frac{n_0}{N}}$$

En la cual:

$$n_0 = p^* \left(1 - p^* \right) \left[\frac{z \left(1 - \frac{\alpha}{2} \right)}{d} \right]^2$$

N = Total de la población

$1 - \frac{\alpha}{2} = 0.05$

$z(1 - \alpha/2) = 1.64$

P = proporción esperada 0.5

• d = precisión (en su investigación use un 5%).

Z = nivel de confianza 90%

Tabla 7*Conformación de la muestra de la Corte de Lima Norte*

| COLABORADORES | No. | % |
|---|------------|---------------|
| Fiscales penales Provinciales | 13 | 16.66% |
| Fiscales penales Adjuntos | 18 | 23.07% |
| Jueces de la investigación preparatoria | 10 | 12.82% |
| Jueces penales | 12 | 15.39% |
| Abogados litigantes en el área penal | 25 | 32.05% |
| Total | 78 | 99.99% |

Nota. Elaboración propia

3.2. Operacionalización de variables

VARIABLE INDEPENDIENTE

X. Determinación judicial de la pena

Indicadores:

X.1. Sistema de tercios

X.2. Pena concreta

VARIABLE DEPENDIENTE

Y. Circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas

Indicadores:

Y.1. Taxativas

Y. Modifican la pena abstracta

3.4. Instrumentos

Guía de análisis documental. Contiene la relación de las múltiples fuentes de información que respecto a la determinación judicial de la pena y las circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas se examinaron, de acuerdo a la relevancia

otorgada por la investigadora.

Fichas bibliográficas. Papeletas en las que se asentaron los datos referenciales de las fuentes de información de las cuales se extrajeron citas con respecto a la determinación judicial de la pena y las circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes calificadas.

Cuestionario. Listado de preguntas de índole cerrada elaborado por la investigadora para medir las variables: determinación judicial de la pena y las circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes calificadas.

3.5. Procedimientos

Sistemático: Permitió examinar las variables la determinación judicial de la pena y las circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes calificadas, dentro del sistema jurídico penal peruano.

El exegético. Permitió entender el sentido asignado por el legislador al reglamentar la determinación judicial de la pena y las circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes calificadas, dentro del sistema jurídico penal peruano.

El histórico: permitió conocer la forma como se han modificado y perfeccionado en las diversas normas que han regido a través del tiempo: la determinación judicial de la pena y las circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes calificadas.

3.6. Análisis de Datos

Indagación: Por medio de él se examinó la información que las fuentes de información contenían con relación a: la determinación judicial de la pena y las circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes calificadas.

Análisis documental: Autorizó el estudio la información escrita que se halló con relación: la determinación judicial de la pena las circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes calificadas.

Tabulación: Autorizó la creación de tablas en las que se consignaron los datos

obtenidos en la contratación de la hipótesis con relación a: la determinación judicial de la pena y las circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas.

Análisis de gráficos: Usado para interpretar la información matemática y estadística que las fuentes de información presentaron con relación a: la determinación judicial de la pena, y las circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas.

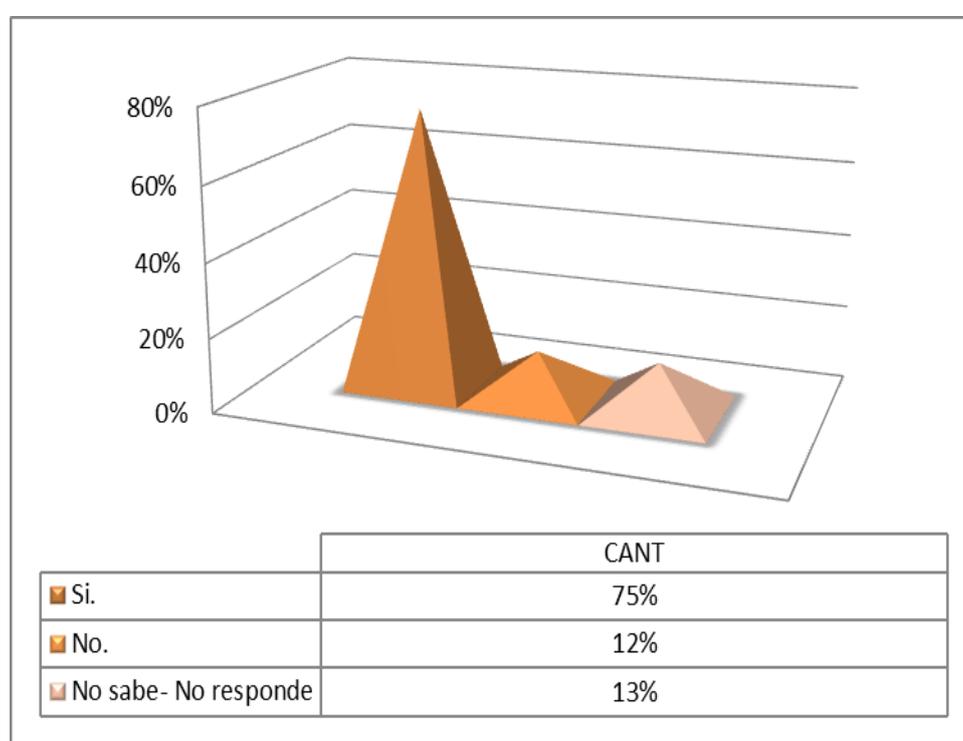
IV. Resultados

4.1. Estudio de la encuesta

¿Sabía Ud. que, en nuestra legislación, el Juez para determinar la pena a imponer debe aplicar el sistema de tercios?

Figura 2

Resultado a la pregunta N° 1 encuesta



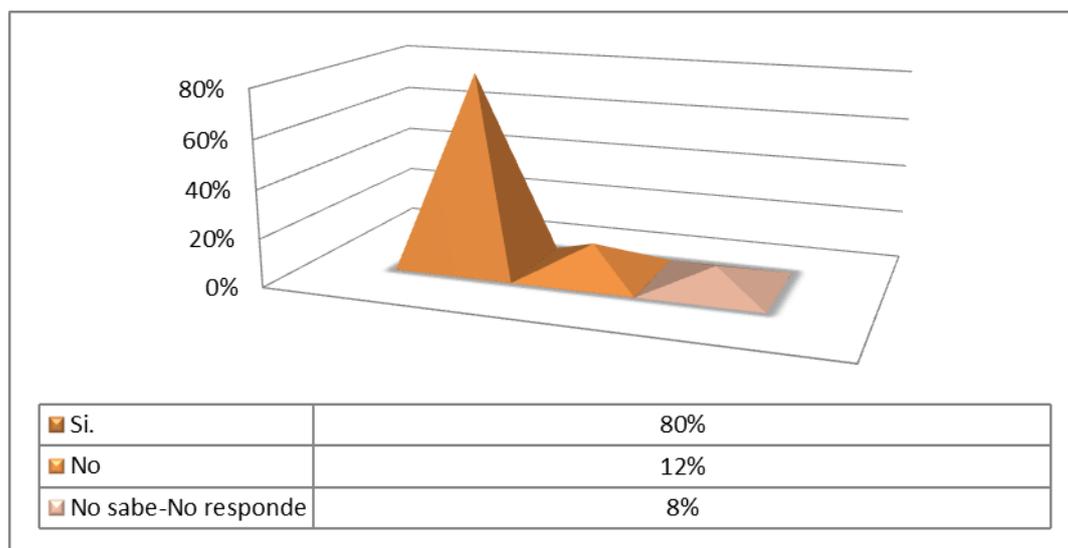
Nota. Elaboración propia, fuente encuesta.

Explicación: La figura No. 2 demuestra que el 75% de los colaboradores que respondieron la encuesta aceptaron saber que, en nuestra legislación, el Juez para determinar la pena a imponer debe aplicar el sistema de tercios, el 12% manifestó que no y el 13% sostuvo no saber o se negó a responder. Resultado que confirma el modelo de investigación cumplido.

¿Concuerda Ud. con que los operadores de la justicia penal no tienen claridad sobre cómo se obtienen los tercios para aplicar la pena?

Figura 3

Resultado a la pregunta No. 2 encuesta



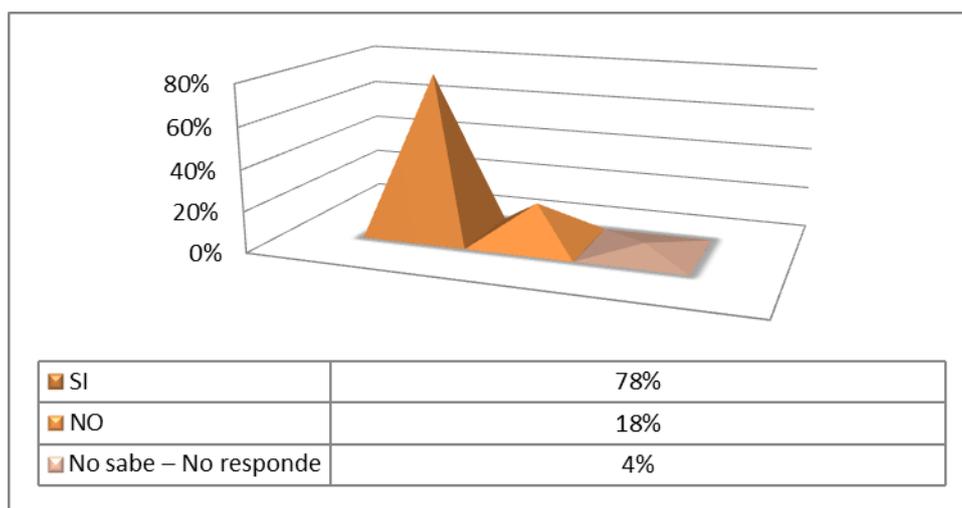
Nota. Elaboración propia, fuente encuesta.

Explicación: La figura No. 3 demuestra que el 80% de los colaboradores que respondieron la encuesta concordaron con que los operadores de la justicia penal no tienen claridad sobre cómo se obtienen los tercios para aplicar la pena, el 12% no concordó con ello y el 8% sostuvo no saber o se negó a responder. Resultado que confirma el modelo de investigación cumplido.

¿Sabía Ud. que el Juez obtiene los tercios dividiendo la pena fijada en la Ley para el delito en tres partes?

Figura 4

Resultado a la pregunta No. 3 encuesta



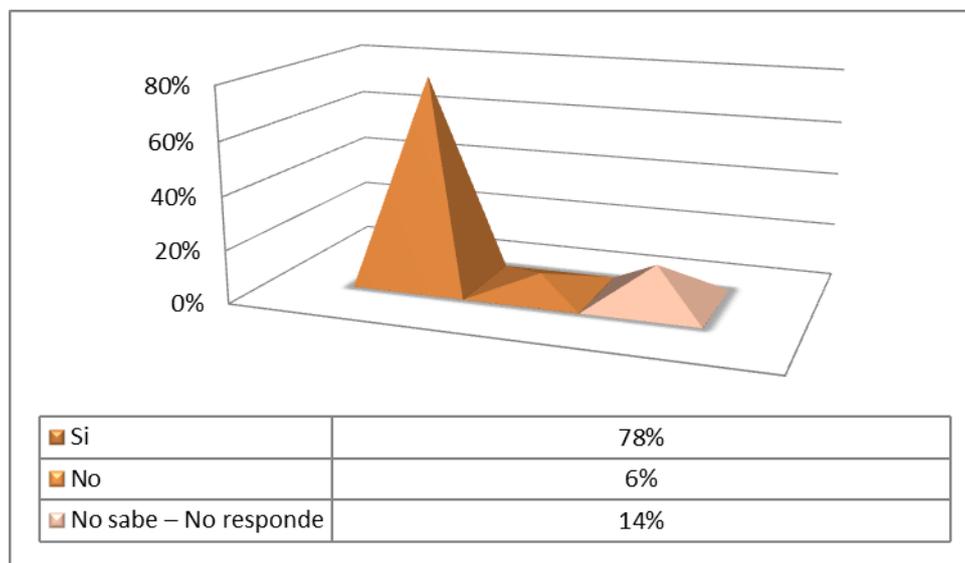
Nota. Elaboración propia, fuente encuesta

Explicación: La figura No. 4 demuestra que el 78% de los colaboradores que respondieron la encuesta aceptaron saber que el Juez obtiene los tercios dividiendo la pena fijada en la Ley para el delito en tres partes, el 18% no estuvo de acuerdo con ello y el 4% sostuvo no saber o se negó a responder. Resultado que confirma el modelo de investigación cumplido.

¿Conocía Ud. que el Juez debe fijar la pena concreta en uno de los tercios que ha obtenido?

Figura 5

Resultado a la pregunta No. 4 encuesta



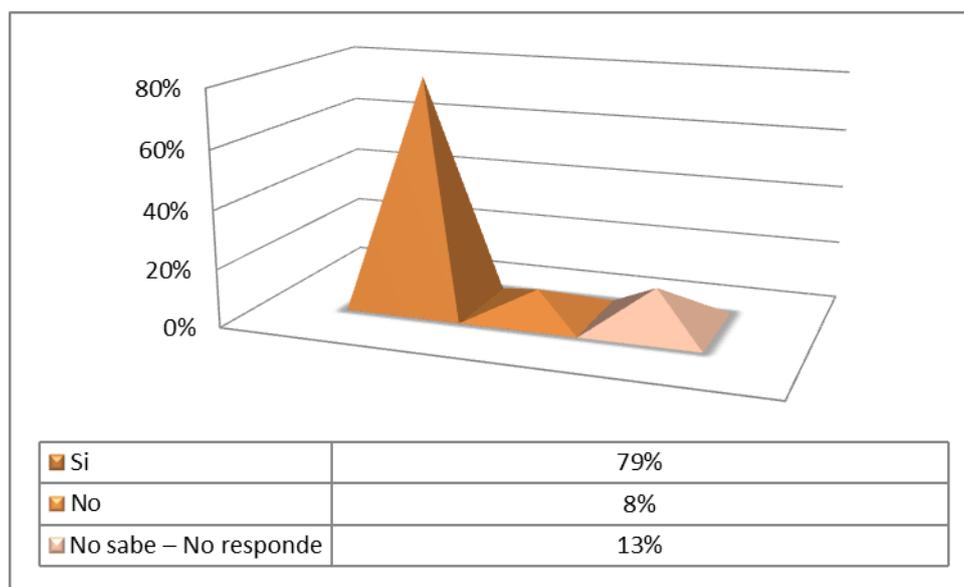
Nota. Elaboración propia, fuente encuesta

Explicación: La figura No. 5 demuestra que el 78% de los colaboradores que respondieron la encuesta aceptaron conocer que el Juez debe fijar la pena concreta en uno de los tercios que ha obtenido, el 6% no estuvo de acuerdo con ello y el 14% sostuvo no saber o se negó a responder. Resultado que confirma el modelo de investigación cumplido.

¿Concuerda Ud. con que la pena concreta se obtiene evaluando la circunstancia general de atenuación y agravación de la pena, así como las atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas?

Figura 6

Resultado a la pregunta No. 5 encuesta



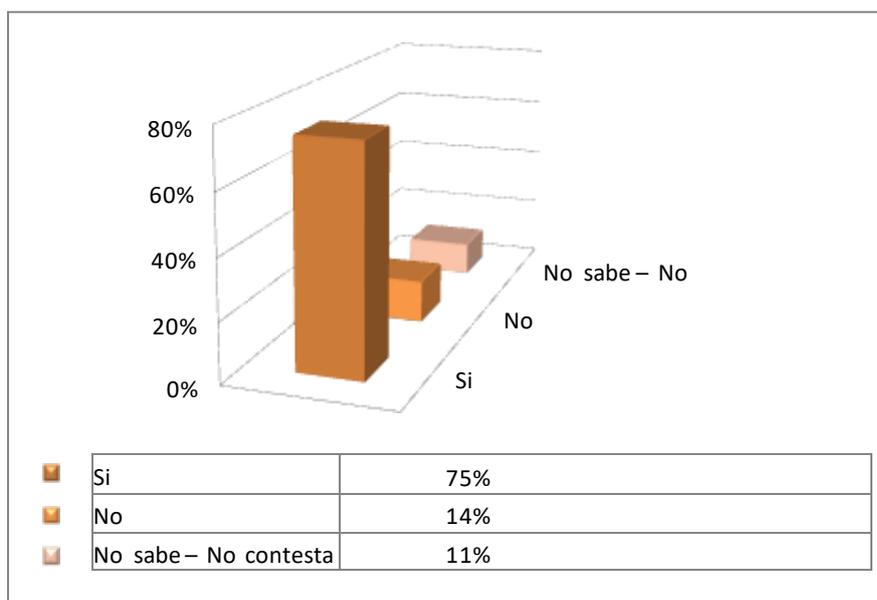
Nota. Elaboración propia, fuente encuesta

Explicación: La figura No. 6 demuestra que el 79% de los colaboradores que respondieron la encuesta concordó con que la pena concreta se obtiene evaluando las circunstancias generales de atenuación y agravación de la pena, así como las atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas, el 6% no concordó con ello y el 13% sostuvo no saber o se negó a responder. Resultado que confirma el modelo de investigación cumplido.

¿Sabía Ud. que la pena concreta comprende la clase de pena, su quantum o monto, las consecuencias civiles del delito y las consecuencias accesorias que la Ley señale en el caso particular?

Figura 7

Resultado a la pregunta No. 6 encuesta



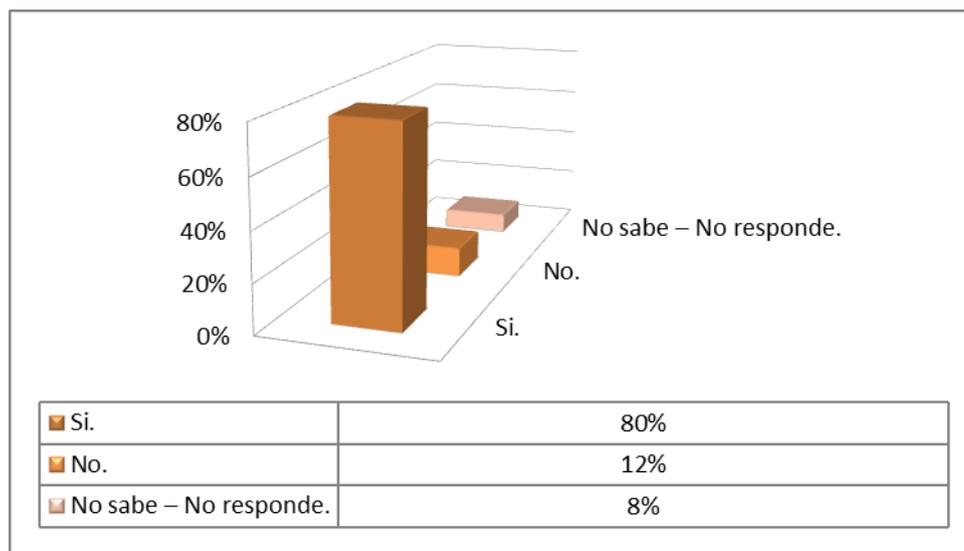
Nota. Elaboración propia, fuente encuesta

Explicación: La figura No. 7 demuestra que el 75% de los colaboradores que respondieron la encuesta acepta saber que la pena concreta comprende: la clase de pena, su quantum o monto, las consecuencias civiles del delito y las consecuencias accesorias que la Ley señale en el caso particular, el 14% no estuvo de acuerdo con ello y el 11% sostuvo no saber o se negó a responder. Resultado que confirma el modelo de investigación cumplido.

¿Concuerda Ud. con que las circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas son establecidas por la Ley expresamente?

Figura 8

Resultado a la pregunta No.7 encuesta



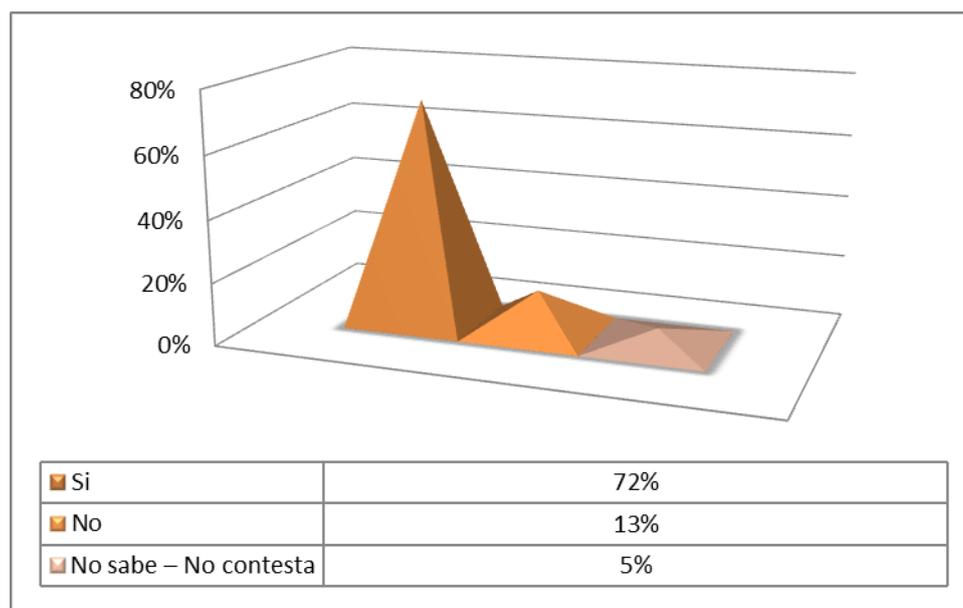
Nota. Elaboración propia, fuente encuesta

Explicación: La figura No. 8 demuestra que el 80% de los colaboradores que respondieron la encuesta concordó con que las circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas son establecidas por la Ley expresamente, el 12% no estuvo de acuerdo con ello y el 8% sostuvo no saber o se negó a responder. Resultado que confirma el modelo de investigación cumplido.

¿Sabía Ud. que en la legislación penal nacional no se han instituido circunstancias atenuantes privilegiadas?

Figura 9

Resultado a la pregunta No. 8 encuesta



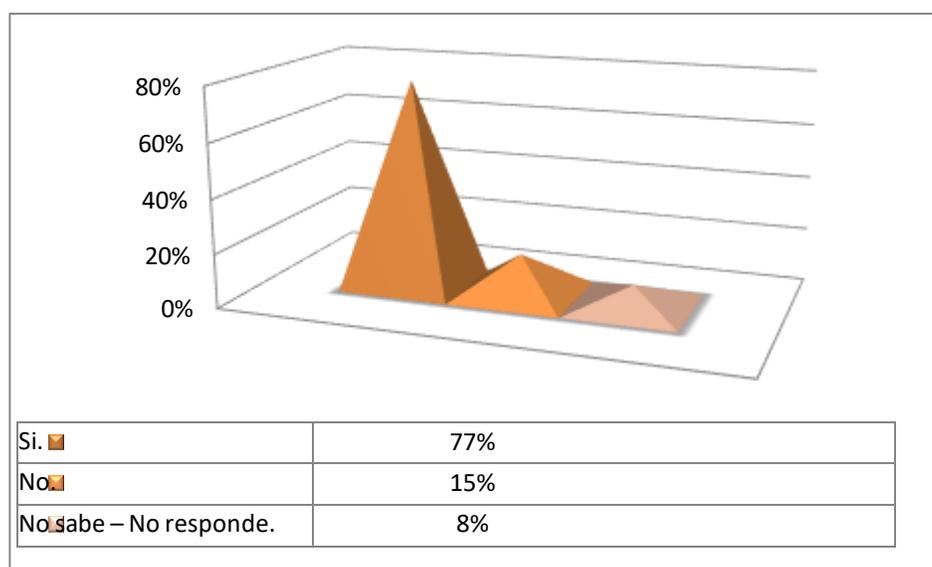
Nota. Elaboración propia, fuente encuesta

Explicación: La figura No. 9 demuestra que el 72% de los colaboradores que respondieron la encuesta acepta saber que en la legislación penal nacional no se han instituido circunstancias atenuantes privilegiadas, el 13% no estuvo de acuerdo con ello y el 5% sostuvo no saber o se negó a responder. Resultado que confirma el modelo de investigación cumplido.

¿Sabía Ud. que en la práctica legal las circunstancias atenuantes privilegiadas se asimilan a las causales de disminución punitiva?

Figura 10

Resultado a la pregunta No. 9 encuesta



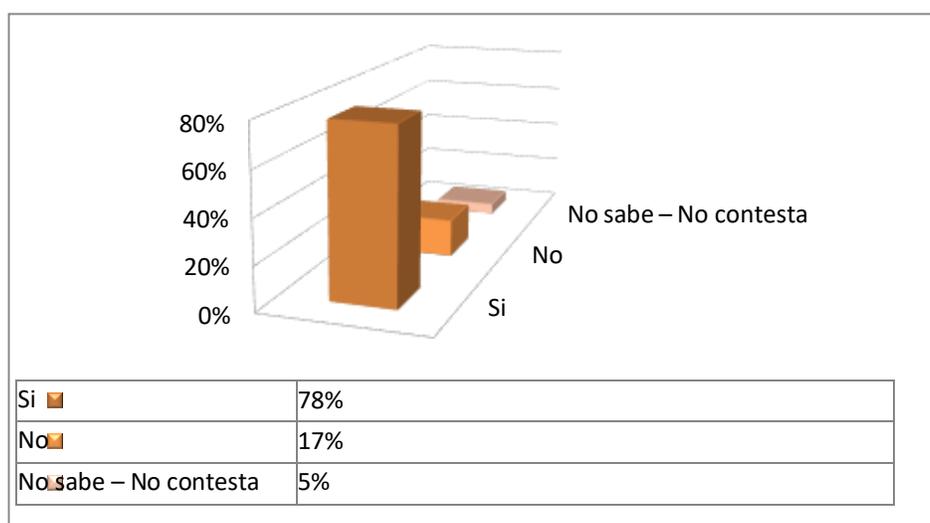
Nota. Elaboración propia, fuente encuesta

Explicación: La figura No. 10 demuestra que el 77% de los colaboradores que respondieron la encuesta acepta saber que en la práctica legal las circunstancias atenuantes privilegiadas se asimilan a las causales de disminución punitiva, el 15% no estuvo de acuerdo con ello y el 8% sostuvo no saber o se negó a responder. Resultado que confirma el modelo de investigación cumplido.

¿Esta Ud. de acuerdo con que al no estar señaladas por Ley las circunstancias atenuantes privilegiadas no pueden ser reconocidas por el Juez?

Figura 11

Resultado a la pregunta No. 10 encuesta



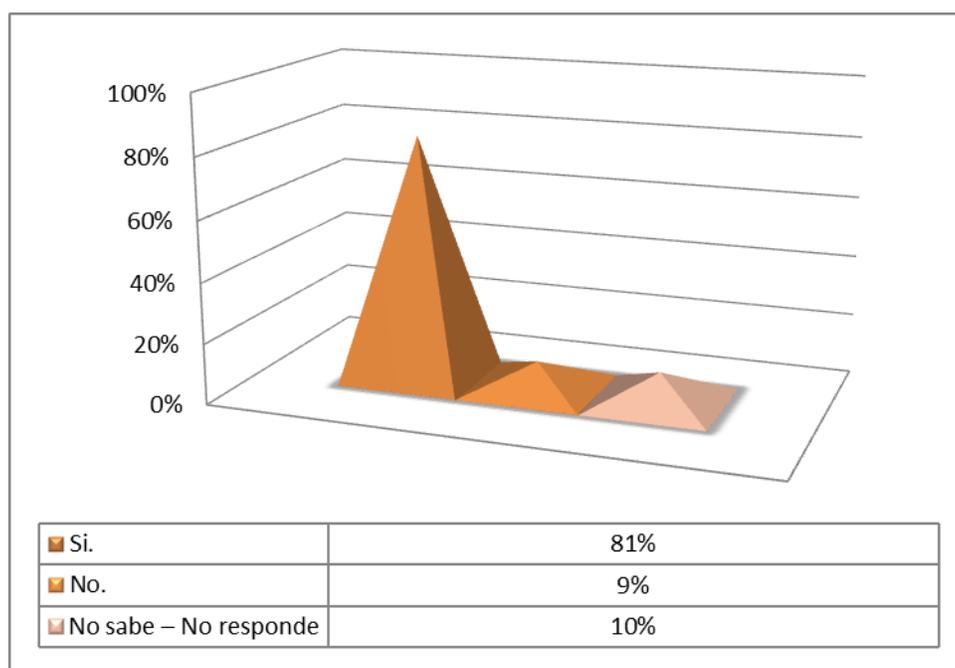
Nota. Elaboración propia, fuente encuesta

Explicación: La figura No. 11 demuestra que el 78% de los colaboradores que respondieron la encuesta estuvieron de acuerdo con que al no estar señaladas por Ley las circunstancias atenuantes privilegiadas no pueden ser reconocidas por el Juez, el 17% no estuvo de acuerdo con ello y el 5% sostuvo no saber o se negó a responder. Resultado que confirma el modelo de investigación cumplido.

¿Concuerda Ud. con que las circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas modifican la pena prevista legalmente para el delito?

Figura 12

Resultado a la pregunta No. 11 encuesta



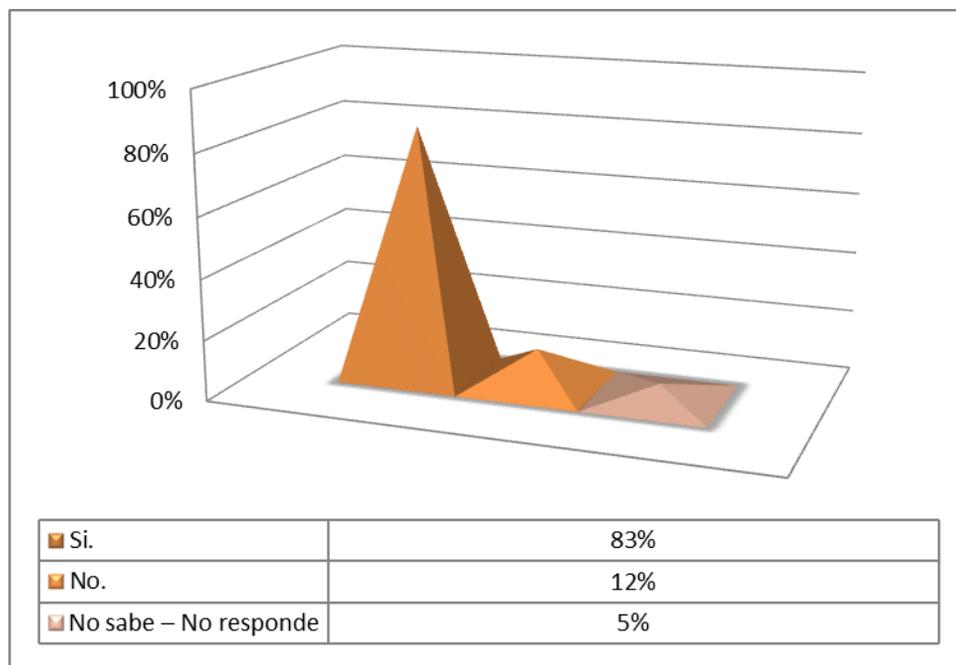
Nota. Elaboración propia, fuente encuesta

Explicación: La figura No. 12 demuestra que el 81% de los colaboradores que respondieron la encuesta concordaron con que con que las circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas modifican la pena prevista legalmente para el delito, el 9% no estuvo de acuerdo con ello y el 10% sostuvo no saber o se negó a responder. Resultado que confirma el modelo de investigación cumplido.

¿Sabía Ud. que las circunstancias atenuantes privilegiadas modifican la pena señalada para el delito siendo el máximo aplicable en este caso pena mínima del tercio inferior?

Figura 13

Resultado a la pregunta No. 12 encuesta



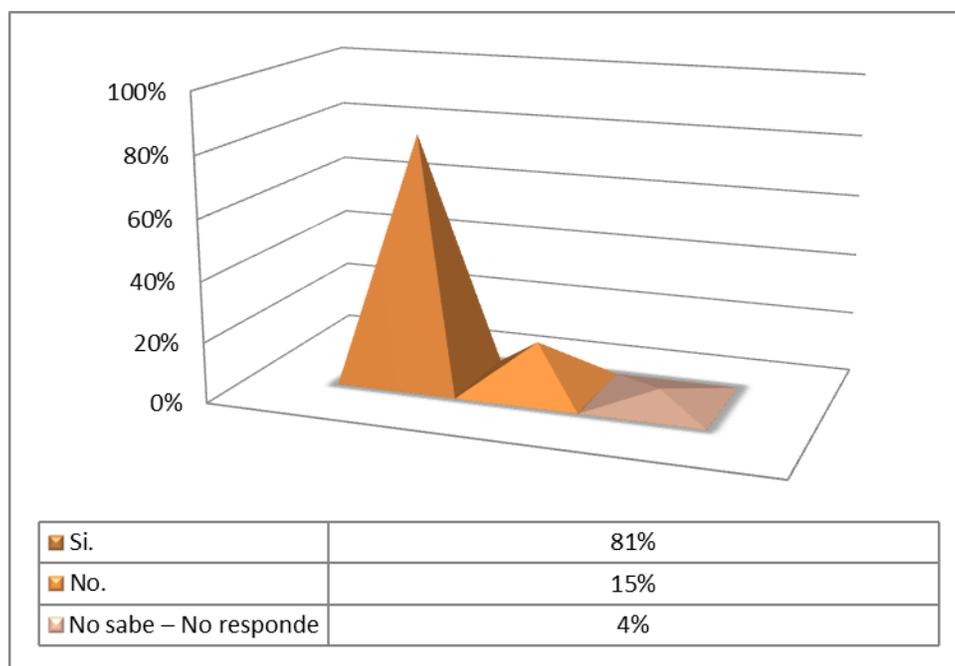
Nota. Elaboración propia, fuente encuesta

Explicación: La figura No. 13 demuestra que el 83% de los colaboradores que respondieron la encuesta aceptaron saber que las circunstancias atenuantes privilegiadas modifican la pena señalada para el delito siendo el máximo aplicable en este caso pena mínima del tercio inferior, el 12% no estuvo de acuerdo con ello y el 5% sostuvo no saber o se negó a responder. Resultado que confirma el modelo de investigación cumplido.

¿Sabía Ud. que la Ley no ha indicado cual sería el mínimo de la pena en el caso de atenuantes privilegiadas?

Figura 14

Resultado a la pregunta No. 13 encuesta



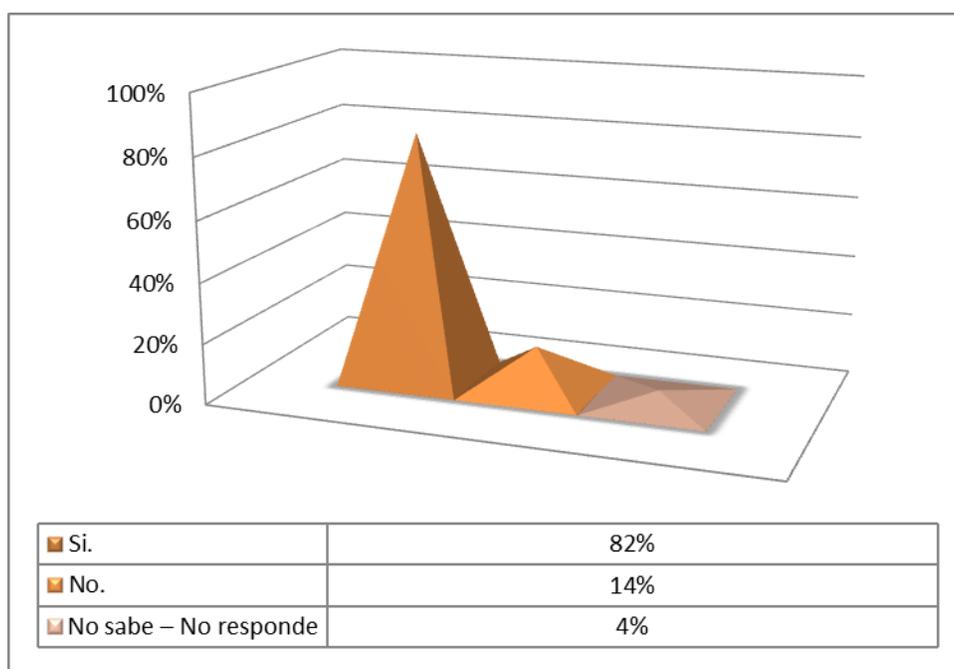
Nota. Elaboración propia, fuente encuesta

Explicación: La figura No. 14 demuestra que el 81% de los colaboradores que respondieron la encuesta aceptaron saber que la Ley no ha indicado cual sería el mínimo de la pena en el caso de atenuantes privilegiadas, el 15% no estuvo de acuerdo con ello y el 4% sostuvo no saber o se negó a responder. Resultado que confirma el modelo de investigación cumplido.

¿Sabía Ud. que las circunstancias agravantes calificadas modifican la pena señalada para el delito, siendo el mínimo la que resulte de aumentar un tercio al máximo del tercio superior?

Figura 15

Resultado a la pregunta No. 14 encuesta



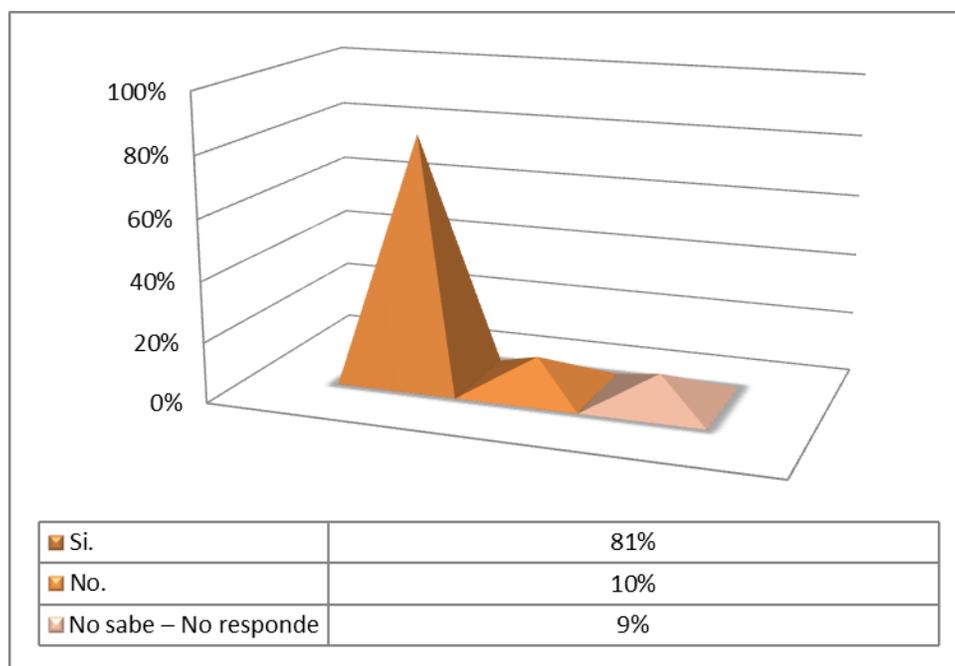
Nota. Elaboración propia, fuente encuesta

Explicación: La figura No. 15 demuestra que el 82% de los colaboradores que respondieron la encuesta aceptaron saber que las circunstancias agravantes calificadas modifican la pena señalada para el delito, siendo el mínimo la que resulte de aumentar un tercio al máximo del tercio superior, el 14% no estuvo de acuerdo con ello y el 4% sostuvo no saber o se negó a responder. Resultado que confirma el modelo de investigación cumplido.

¿Sabía Ud. que el máximo de pena al presentarse circunstancias agravantes cualificadas es de treinta y cinco años?

Figura 16

Resultado a la pregunta No. 15 encuesta



Nota. Elaboración propia, fuente encuesta

Explicación: La figura No. 16 demuestra que el 81% de los colaboradores que respondieron la encuesta aceptaron saber que el máximo de pena al presentarse circunstancias agravantes cualificadas es de treinta y cinco, el 10% no estuvo de acuerdo con ello y el 9% sostuvo no saber o se negó a responder. Resultado que confirma el modelo de investigación cumplido.

4.2. Contrastación de la hipótesis

La contrastación de la hipótesis es un método estadístico a través del cual, partiendo de los datos alcanzados con la encuesta, se procura ratificar la hipótesis presentada por la investigadora y se inicia concretando:

La hipótesis General:

H₁. Las circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes calificadas inciden en la determinación judicial de la pena al establecer una nueva pena abstracta.

La hipótesis Nula:

H₀: Las circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes calificadas inciden en la determinación judicial de la pena al establecer una nueva pena abstracta.

También es necesario establecer las variables de la investigación:

Independiente: circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes calificadas (V.I.)

Dependiente: determinación judicial de la pena. (V.D.)

Finalmente, para ratificar H₁ se emplean los siguientes procedimientos:

Contrastación estadística

Este procedimiento está orientado a comprobar las predicciones de la investigadora con el entorno examinado, de tal forma que si el resultado es equivalente al error tolerado por la investigadora (5%), se ratifica la hipótesis general H₁ y se desaprueba la hipótesis nula H₀

La desviación típica calcula la desviación que presentan los valores respecto a un valor estándar.

Tabla 8*Cuadros estadísticos*

| | | Circunstancias atenuantes | |
|---------------------|-------------------|-----------------------------------|--|
| Estadísticos | | Privilegiadas y agravantes | Determinación judicial de la pena. (V.D.) |
| | | Cualificadas (V.I.) | |
| N | Validos | 78 | 78 |
| | Perdidos | 0 | 0 |
| | Media | 89.7650 | 90.0000 |
| | Mediana | 90.0000 | 91.0000 |
| | Moda | 92.00 | 92.00 |
| | Desviación típica | 3.2235 | 42.7242 |
| | Varianza | 16.134 | 37.432 |
| | Mínimo | 81.00 | 84.00 |
| | Máximo | 92.00 | 97.00 |

Nota. Fuente encuesta realizada

Análisis:

La tabla muestra:

Valor de la media para V.I. = 89.7650

Valor de la media para V.D. = 91.00%.

Lo que demuestra un buen promedio bueno para las variables, pero, más alto para V.D. que es la que debe solucionar.

Estos valores secundan el modelo de investigación aplicado.

Valor desviación V.I. = 3.22%

Valor desviación V.D. = 4.72 %

Estos valores muestran una concentración elevada de los hallazgos conseguidos, pero, más altos para V.D. a partir de lo cual se secunda el modelo de investigación aplicado.

Correlación de variables

Se aplica este procedimiento con el propósito de comprobar el grado de relación que existe entre V.I. y V.D. por medio del coeficiente de correlación y el grado de significancia.

El coeficiente de correlación se representa por R y evalúa la relación que hay entre V.I. y V.D. su valor varía de -1 a 1, de manera que si su valor es más cercano a 1 la relación entre las variables es superior. Grado significancia estadística, por su parte se representa por p y tiene por objeto corroborar que entre V.D. y V.I. existe una diferencia real, no producida por el azar, el menor valor de p es indicativo de que la diferencia es real, es decir, mayor es la tendencia a colegir que esa diferencia es real.

Tabla 9

Correlación de variables

| VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN | INDICADORES ESTADÍSTICOS | CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS Y AGRAVANTES CUALIFICADAS (V.I.) | DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA. (V.D.) |
|---|---------------------------------|---|--|
| | Correlación | 1 | 76.10% |
| Circunstancias atenuantes Privilegiadas y agravantes Cualificadas (V.I.) | De Pearson | | |
| | Sig. (bilateral) | | 2.85% |
| | Muestra | 78 | 78 |
| | Correlación | 76.10% | 1 |
| Determinación judicial de la pena. (V.D.) | De Pearson | | |
| | Sig. (bilateral) | 2.85% | |
| | Muestra | 78 | 78 |

Nota. Fuente encuesta

Análisis:

La tabla muestra:

Valor de $(p) = 2.85\%$ proporción que es menor al error admitido por la investigadora (5%), por lo cual se ratifica H_1 y se desaprueba H_0

Valor de $R = 76.10\%$ o 0.7610% lo cual demuestra una correlación directa, regular.

Contrastación por Anova

El rotulo ANOVA corresponde a Análisis de la Varianza, la cual se refiere a una

particularidad de la muestra de la investigación que calcula su dispersión o variabilidad en correspondencia con un valor estándar y comprende unidades al cuadrado de la variable y su raíz cuadrada positiva es la desviación típica.

En la tabla ANOVA se consignan los valores de:

La suma de cuadrados, los Grados de libertad, la Media cuadrática, el estadístico “F” y el Valor de significancia.

El estadístico “F” es el cociente entre dos estimadores diferentes de la varianza. Uno de estos estimadores se obtiene a partir de la variación existente entre las medias de regresión. El otro estimador se obtiene a partir de la variación residual.

El cuadro de ANOVA, agrupa un cálculo de ambas fuentes de variación lo cual corresponde a la suma de cuadrados, los grados de libertad, representados como (gl) vinculado a cada suma de cuadrados y el valor concreto adoptado por cada estimador de la varianza muestral (media cuadrática: se obtiene dividiendo las sumas de cuadrados entre sus correspondientes grados de libertad).

El cociente obtenido entre las dos medias cuadráticas arroja el valor del Estadístico “F”, el cual aparece acompañado de su correspondiente nivel crítico o nivel de significación observado.

Tabla 10*Estudio Varianza-Anova (b)*

| Modelo | | Suma de | Media | | F | Sig. |
|--------|-----------|-----------|-------|------------|--------|--------------|
| | | cuadrados | Gl | cuadrática | | |
| 1 | Regresión | 72.534% | 1 | 70.365% | 5.135% | 2.85% (a) |
| | Residual | 41.345% | 5 | | | |
| | Total | 118.000% | 6 | | | |

Nota. Fuente encuesta realizada

Análisis:

La tabla muestra:

Valor estadístico es 5.135 % proporción que no es muy alto, pero, si es representativo para la predicción del modelo lineal

Valor Sig = 2.85% proporción que es más bajo que el 5% de error aceptado por la investigadora, con fundamento en el cual se ratifica H_1 se desapueba H_0 , simultáneamente respalda el modelo de la investigación.

V. Discusión de resultados

5.1. De los resultados encuesta

a. La figura No. 1 demostró que el 75% de los colaboradores en la encuesta aceptaron saber que, en nuestra legislación, el Juez para determinar la pena a imponer debe aplicar el sistema de tercios, el 12% manifestó que no y el 13% sostuvo no saber o se negó a responder. Conclusión que no se contrastó por cuanto no se hallaron investigaciones en las que se hubiese examinado este aspecto, sin embargo, no obstante, se consideran adecuada y no ha suscitado controversia alguna.

b. La figura No. 2 demostró que el 80% de los colaboradores en la encuesta concordaron con que los operadores de la justicia penal no tienen claridad sobre cómo se obtienen los tercios para aplicar la pena, el 12% no concordó con ello y el 8% sostuvo no saber o se negó a responder. Conclusión que no se contrastó por cuanto no se hallaron investigaciones en las que se hubiese examinado este aspecto, sin embargo, no obstante, se consideran adecuada y no ha suscitado controversia alguna.

c. La figura No. 3 demostró que el 78% de los colaboradores en la encuesta aceptaron saber que el Juez obtiene los tercios dividiendo la pena fijada en la Ley para el delito en tres partes, el 18% no estuvo de acuerdo con ello y el 4% sostuvo no saber o se negó a responder. Conclusión que no se contrastó por cuanto no se hallaron investigaciones en las que se hubiese examinado este aspecto, sin embargo, no obstante, se consideran adecuada y no ha suscitado controversia alguna.

d. La figura No. 4 demostró que el 78% de los colaboradores en la encuesta aceptaron conocer que el Juez debe fijar la pena concreta en uno de los tercios que ha obtenido, el 6% no estuvo de acuerdo con ello y el 14% sostuvo no saber o se negó a responder. Conclusión que no

se contrasto por cuanto no se hallaron investigaciones en las que se hubiese examinado este aspecto, sin embargo, no obstante, se consideran adecuada y no ha suscitado controversia alguna.

e. La figura No. 5 demostró que el 79% de los colaboradores en la encuesta concordó con que la pena concreta se obtiene evaluando las circunstancias generales de atenuación y agravación de la pena, así como las atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas, el 6% no concordó con ello y el 13% sostuvo no saber o se negó a responder. Resultado que confirma el modelo de investigación cumplido. Conclusión que no se contrasto por cuanto no se hallaron investigaciones en las que se hubiese examinado este aspecto, sin embargo, no obstante, se consideran adecuada y no ha suscitado controversia alguna.

f. La figura No. 6 demostró que el 75% de los colaboradores de la encuesta acepto saber que la pena concreta comprende: la clase de pena, su quantum o monto, las consecuencias civiles del delito y las consecuencias accesorias que la Ley señale en el caso particular, el 14% no estuvo de acuerdo con ello y el 11% sostuvo no saber o se negó a responder. Conclusión que no se contrasto por cuanto no se hallaron investigaciones en las que se hubiese examinado este aspecto, sin embargo, no obstante, se consideran adecuada y no ha suscitado controversia alguna.

g. La figura No. 7 demostró que el 80% de los colaboradores de la encuesta concordó con que las circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas son establecidas por la Ley expresamente, el 12% no estuvo de acuerdo con ello y el 8% sostuvo no saber o se negó a responder. Conclusión que no se contrasto por cuanto no se hallaron investigaciones en las que se hubiese examinado este aspecto, sin embargo, no obstante, se consideran adecuada y no ha suscitado controversia alguna.

h. La figura No. 8 demostró que el 72% de los colaboradores de la encuesta acepto saber que en la legislación penal nacional no se han instituido circunstancias atenuantes privilegiadas,

el 13% no estuvo de acuerdo con ello y el 5% sostuvo no saber o se negó a responder. Conclusión que no se contrasto por cuanto no se hallaron investigaciones en las que se hubiese examinado este aspecto, sin embargo, no obstante, se consideran adecuada y no ha suscitado controversia alguna.

i. La figura No. 9 demostró que el 77% de los colaboradores de la encuesta acepto saber que en la práctica legal las circunstancias atenuantes privilegiadas se asimilan a las causales de disminución punitiva, el 15% no estuvo de acuerdo con ello y el 8% sostuvo no saber o se negó a responder. Conclusión que no se contrasto por cuanto no se hallaron investigaciones en las que se hubiese examinado este aspecto, sin embargo, no obstante, se consideran adecuada y no ha suscitado controversia alguna.

j. La figura No. 10 demostró que el 78% de los colaboradores de la encuesta estuvieron de acuerdo con que al no estar señalas por Ley las circunstancias atenuantes privilegiadas no pueden ser reconocidas por el Juez, el 17% no estuvo de acuerdo con ello y el 5% sostuvo no saber o se negó a responder. Conclusión que no se contrasto por cuanto no se hallaron investigaciones en las que se hubiese examinado este aspecto, sin embargo, no obstante, se consideran adecuada y no ha suscitado controversia alguna.

k. La figura No. 11 demostró que el 81% de los colaboradores de la encuesta concordaron con que con que las circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas modifican la pena prevista legalmente para el delito, el 9% no estuvo de acuerdo con ello y el 10% sostuvo no saber o se negó a responder. Conclusión que no se contrasto por cuanto no se hallaron investigaciones en las que se hubiese examinado este aspecto, sin embargo, no obstante, se consideran adecuada y no ha suscitado controversia alguna.

l. La figura No. 12 demostró que el 83% de los colaboradores de la encuesta aceptaron saber que las circunstancias atenuantes privilegiadas modifican la pena señalada para el delito siendo el máximo aplicable en este caso pena mínima del tercio inferior, el 12% no estuvo de acuerdo con ello y el 5% sostuvo no saber o se negó a responder. Conclusión que no se contrasto por cuanto no se hallaron investigaciones en las que se hubiese examinado este aspecto, sin embargo, no obstante, se consideran adecuada y no ha suscitado controversia alguna.

m. La figura No. 13 demostró que el 81% de los colaboradores de la encuesta aceptaron saber que la Ley no ha indicado cual sería el mínimo de la pena en el caso de atenuantes privilegiadas, el 15% no estuvo de acuerdo con ello y el 4% sostuvo no saber o se negó a responder. Conclusión que no se contrasto por cuanto no se hallaron investigaciones en las que se hubiese examinado este aspecto, sin embargo, no obstante, se consideran adecuada y no ha suscitado controversia alguna.

n. La figura No. 14 demostró que el 82% de los colaboradores de la encuesta aceptaron saber que las circunstancias agravantes calificadas modifican la pena señalada para el delito, siendo el mínimo la que resulte de aumentar un tercio al máximo del tercio superior, el 14% no estuvo de acuerdo con ello y el 4% sostuvo no saber o se negó a responder. Conclusión que no se contrasto por cuanto no se hallaron investigaciones en las que se hubiese examinado este aspecto, sin embargo, no obstante, se consideran adecuada y no ha suscitado controversia alguna.

o. La figura No. 15 demostró que el 81% de los colaboradores de la encuesta aceptaron saber que el máximo de pena al presentarse circunstancias agravantes calificadas es de treinta y cinco, el 10% no estuvo de acuerdo con ello y el 9% sostuvo no saber o se negó a responder. Conclusión que no se contrasto por cuanto no se hallaron investigaciones en las que se hubiese examinado este aspecto, sin embargo, no obstante, se consideran adecuada y no ha suscitado

controversia alguna.

5.2. De la contrastación estadística

La contrastación estadística:

Demuestra: i) un buen promedio bueno para las variables, pero, más alto para V.D. que es la que debe solucionar atendiendo a valor de la media para V.I. = 89.7650; Valor de la media para V.D. = 91.00%, ii) una concentración elevada de los hallazgos conseguidos a partir del Valor desviación V.I. = 3.22% y de Valordesviación V.D. = 4.72 % siendo más altos para V.D. a partir de los cuales se secunda el modelo de investigación aplicado.

La contrastación por Correlación

Demostró la existencia de una correlación directa, regular entre las variables del estudio con sustento en los siguientes resultados: Valor de $(p) = 2.85\%$ proporción que es menor al error admitido por la investigadora (5%), por lo cual se ratifica H_1 y se desaprueba H_0 Valor de $R = 76.10\%$ o 0.7610% .

La contrastación por VARIANZA

Permitió ratificar H_1 y desaprobar H_0 , simultáneamente respalda el modelo de la investigación, con fundamento en que el Valor estadístico es 5.135% proporción que no es muy alto, pero, si es representativo para la predicción del modelo lineal y el Valor Sig = 2.85% .

VI. Conclusiones

- El sistema de tercios previsto por el artículo 45 A del Código Penal debe ser aplicado por el Juez Penal para determinar cualquier clase de pena que deba aplicar al autor o participe de un hecho punible y no exclusivamente para la prisión.
- El Código Penal alude como circunstancias que deben ser evaluadas por el Juez al momento de determinar la pena que corresponde al autor o participe del delito, a las atenuantes privilegiadas, aunque sin precisar cuáles son, o a partir de que criterio las debe establecer el magistrado y sin precisar cuál es el límite hasta el cual se permiten la reducción de la sanción.
- Frente a esta anomia jurídica, los Jueces han optado por otorgar indebidamente esta calidad a las causales de disminución punitiva y a las rebajas de pena reconocidas por terminación temprana del proceso tales como: la terminación anticipada, la conformidad, etc., de manera que aplican penas por debajo del mínimo del tercio inferior de la pena prevista para el delito lo cual si bien resulta favorable para el condenado no es lícito por cuanto desconoce el principio de legalidad de la pena.
- El Juez también debe estimar el momento de determinar la pena a imponer, las agravantes cualificadas previstas expresamente en la norma penal tales como la habitualidad, la reincidencia o las que operan para ciertos delitos tales como las previstas en la Ley 30077 para los casos de crimen organizado.
- La aplicación de las agravantes cualificadas en la determinación de la pena por el Juez, genera una nueva pena conminada para el delito, en la que el mínimo corresponde a la que se obtenga de sumar un tercio de la pena inicial, al máximo del tercio superior; y el máximo es de 35 años a partir del cual el magistrado debe aplicar nuevamente el sistema de tercios para determinar la pena concreta.

VII. Recomendaciones

- Resulta necesario modificar el artículo 45 A del Código Penal, incluyendo la noción de las circunstancias atenuantes privilegiadas o especificando en qué casos proceden de manera rigurosa pues, su aplicación origina una considerable disminución en la pena concreta que se aplica al autor o participe de la conducta típica.
- Se modifique la Ley contra el crimen organizado en el art. 22 reduciendo el máximo de 35 años de la pena a imponer en el caso de verificarse la presencia de agravantes cualificadas, dado que ese límite no corresponde a la finalidad resocializadora de la pena prevista en el artículo 139 inciso 22 de la Constitución Política del Perú.
- Se requiere además que el presidente del Poder Judicial programe capacitaciones a los Jueces, respecto a la determinación de la pena, de manera que esta se fije acorde al sistema de tercios previsto en el art. 45 A del Código Penal, así como de las normas penales especiales.

VIII. Referencias

- Alcocer, E. (2016). *La reincidencia como agravante de la pena. Consideraciones dogmáticas y de política criminal*. [Tesis Doctoral, Universitat Pompeu Fabra]. <https://www.tdx.cat/handle/10803/400654#page=1>
- Antolisei, F. (1988). *Manual de Derecho Penal*. (8ª. ed.) Editorial Temis.
- Avalos, C. (2015). *Determinación Judicial de la Pena- Nuevos Criterios*. 1ª. ed. Gaceta Jurídica.
- Ávila, J. (2019). *Determinación judicial de la pena en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas*. [Tesis Maestría. Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco]. http://repositorio.unsaac.edu.pe/bitstream/handle/UNSAAC/4264/253T20191051_TC.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Beccaria, C. (1987). *De los Delitos y de las Penas*. Editorial Temis.
- Bramont, T. (2000). *Manual de Derecho Penal Parte General*. (1ª. ed.) Editorial. Santa Rosa.
- Calderón, A., y Choclan, J. (2001). *Derecho Penal Parte General*. Editorial. BOSCH.
- Castillero, O. (s.f.). *La teoría del panóptico de Michel Foucault. Sobre cómo el poder político y económico nos controla sin que seamos capaces de advertirlo*. Psicología y Mente [Mensaje en un blog]. <https://psicologiymente.com/social/teoria-panoptico-michel-foucault>
- Cobo, M. y Vives, T. (1999). *Derecho penal*. (5ª. ed.) Tirant Lo Blanch.
- Congreso de la República, (2013). Ley N° 30076. Ley que modifica el Código Penal, El Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana. Lima: 19 de agosto de 2013.
- Custodio, C. (s.f.). *Factores que influyen en la determinación de la pena bajo el sistema de*

tercios. Definiciones conceptuales, la pasión por el derecho [Mensaje en un blog]

<https://legis.pe/factores-determinacion-pena-sistema-tercios-definiciones-conceptuales/>

De la Fuente, S. (2017). *Problemática de la determinación de la pena en el artículo 45-A del Código Penal y la afectación al principio de proporcionalidad al tercer trimestre*, Arequipa – 2015. [Tesis Maestría, Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez].
[http://repositorio.uancv.edu.pe/bitstream/handle/UANCV/1537/T036_412425](http://repositorio.uancv.edu.pe/bitstream/handle/UANCV/1537/T036_41242531.pdf?sequence=3&isAllowed=y)

[31.pdf?sequence=3&isAllowed=y](http://repositorio.uancv.edu.pe/bitstream/handle/UANCV/1537/T036_41242531.pdf?sequence=3&isAllowed=y)

Demetrio, E. (1999). *Prevención general e individualización judicial de la pena*.

[Tesis de pregrado]. Universidad Salamanca en España.

Ernst, M. (2007). *Derecho Penal. Parte general*.

Foucault, M. (1983). *Vigilar y Castigar*. (8ª. ed.) Editorial Siglo Veintiuno.

García, J. (2017). *La determinación judicial de la pena en el proceso penal peruano; a propósito de la inoperatividad funcional del esquema de determinación de la pena establecida en el Código Penal de 1991*. [Tesis Maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos del Perú].

García, P. (2008). *Lecciones de Derecho Penal*. (1ª. ed.) GRIJLEY

García-Pablos, A. (2009). *Derecho penal. Parte general (Fundamentos)*.

Hurtado, J. (2011). *Manual De Derecho Penal Parte General*. (Tomo II, 4ta ed.) Editorial. IDEMSA.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación* (2ª. ed.) Ediciones Jurídicas.

Jeschek, H. (1993). *Tratado de Derecho Penal. Parte general*.

Jeschek, H. y Weigend, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal Parte General*. (5ª ed., vol. I.)

- Editorial. Instituto Pacífico.
- Loranca, C. (2008). Individualización judicial de las penas y medidas de seguridad. *Colección Estudios de la Magistratura, Instituto de la Judicatura Federal* (5) https://www.ijf.cjf.gob.mx/acervo_historico/scaneo/individualizacionjuicial.pdf
- Mir, S. (1998). *Derecho Penal Parte General*. (5ª ed.) Editorial. REPERTOR.
- Muñoz, F. y García., M. (2010) *Derecho penal Parte General*, (8ª ed.) Editorial. Tirant lo blanch.
- Peña, R. (1999). *Tratado de Derecho Penal Estudio Programático de la Parte General*. (3ª ed.) Editorial. GRIJLEY.
- Polaino, M. (2004). *Derecho Penal Modernas Bases Dogmáticas*. (1ª. ed.) GRIJLEY.
- Posada, R. y Hernández, M. (2001) *El sistema de individualización de la pena en el Derecho Penal Colombiano. Referido a la Ley 599 de 2000*. Editorial. DIKE
- Prado, V. (s.f.) La Reforma Penal en el Perú y la Determinación Judicial de la Pena. *Derecho & Sociedad. Asociación Civil* (32) (pp.228- 242).
- Prado, V. et al (2015) *Determinación judicial de la pena*. Editorial Instituto Pacifico
- Righi, E. (2010). *Derecho penal. Parte General*.
- Ríos, J. (2013). *Individualización judicial de la pena y doctrinas de la pena*. [Tesis Doctoral, Universidad de Lleida. De España]. <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/131999/Tjrral de2.pdf?sequence>
- Rodríguez, C. (2012). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Jurídica americana.
- Rodríguez, J. y Serrano, A. (1994). *Derecho Penal Español-Parte General*. (17ª ed.) Editorial DYKINSON.
- Rushe, G. y Kirchheimer, O. (2004). *Pena y Estructura Social*. Editorial Temis.
- Sandoval, E. (1982). *Penología Parte General*. (1ª ed.) Ediciones. Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Sandoval, E. (1984). *Penología Parte Especial*, (1ª ed.) Ediciones. Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Silva, J. (2010). *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*.

Tribunal Constitucional (30 de noviembre de 2004) Sala Primera, Sentencia Exp. N.º 803-2003-HC/TC,

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00803-2003-HC.htm>

Vargas, J. (2017). *Problemática de la determinación judicial de la pena en el supuesto de*

tentativa en las ciudades de Cajamarca, Chota y Leimebamba. [Tesis Maestría,

Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo del Perú].

<http://repositorio.upagu.edu.pe/bitstream/handle/UPAGU/705/TESIS%20DETERMINACION%20DE%20PENA%20TENTATIVA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal Parte General*. (4ª. ed.) Editorial. Comlibros

Villa Stein, J. (2014). *Derecho Penal Parte General*. Ara Editores.

Villavicencio, A. (2007). *Derecho Penal Parte General*, (1ª ed.) Editorial. GRIJLEY.

IX.Anexos:

Anexo A: Matriz de consistencia

“INCIDENCIA DE LAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS Y AGRAVANTES CUALIFICADAS EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA”

| PROBLEMAS | OBJETIVOS | HIPOTESIS | VARIABLES E INDICADORES |
|---|--|---|--|
| <p>PROBLEMA GENERAL:</p> <p>¿De qué manera inciden las circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas en la determinación judicial de la pena?</p> <p>PROBLEMAS ESPECÍFICOS:</p> <p>1) ¿En qué forma inciden las circunstancias atenuantes privilegiadas en la determinación judicial de la pena?</p> <p>2) ¿De qué manera inciden las circunstancias agravantes cualificadas en la determinación judicial de la pena?</p> | <p>OBJETIVO GENERAL:</p> <p>Indicar la manera como las circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas inciden en la determinación judicial de la pena.</p> <p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS:</p> <p>1. Dilucidar la forma como las circunstancias atenuantes privilegiadas inciden en la determinación judicial de la pena.</p> <p>2. Explicar la manera como las circunstancias agravantes cualificadas inciden en la determinación judicial de la pena.</p> | <p>HIPOTESIS GENERAL:</p> <p>Las circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas inciden en la determinación judicial de la pena al establecer una nueva pena abstracta.</p> <p>HIPOTESIS ESPECÍFICAS:</p> <p>1) Las circunstancias atenuantes privilegiadas inciden en la determinación judicial de la pena al generar un nuevo mínimo legal, menor al tercio inferior de la pena abstracta.</p> <p>2) Las circunstancias agravantes cualificadas inciden en la determinación judicial de la pena al establecer una nueva pena abstracta, cuyo corresponde a la pena máxima del tercio superior y un máximo de treinta y cinco años.</p> | <p>VARIABLE INDEPENDIENTE</p> <p><u>X. Determinación judicial de la pena</u></p> <p>Indicadores:</p> <p>X.1. Sistema de tercios</p> <p>X.2. Pena concreta</p> <p>VARIABLE DEPENDIENTE</p> <p><u>Y. Circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas</u></p> <p>Indicadores:</p> <p>Y.1. Taxativas</p> <p>Y.2. Modifican la pena abstracta</p> |

Anexo B: Instrumento: Encuesta**Ficha técnica del instrumento a utilizar**

- INVESTIGACIÓN TITULADA: “INCIDENCIA DE LAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS Y AGRAVANTES CUALIFICADAS EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA”
- INVESTIGADOR: SILVA MORA ROSARIO AIDA
- ENTIDAD ACADÉMICA: UNIVERSIDAD NACIONAL FEDERICO VILLARREAL
- NIVEL ACADÉMICO: MAESTRIA
- ESPECIALIDAD: DERECHO PENAL
- MARGEN DE ERROR ASUMIDO: 5%
- No. DE ENCUESTADOS: 78
- LUGAR DE APLICACIÓN: CORTE SUPERIOR DE LIMA CENTRO
- TEMAS A EVALUAR: DERECHO AL MEDIO AMBIENTE Y NORMA SOBRE INSTALACIÓN DE AVISOS PUBLICITARIOS
- TIPO DE PREGUNTAS: CERRADAS
- NÚMERO DE PREGUNTAS: 14

Cuestionario empleado

| ÍTEM | INTERROGANTE | SI | NO | N/R |
|--|---|----|----|-----|
| DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA | | | | |
| 01 | ¿Sabía Ud. que, en nuestra legislación, el Juez para determinar la pena a imponer debe aplicar el sistema de tercios? | | | |
| 02 | ¿Concuerda Ud. con que los operadores de la justicia penal no tienen claridad sobre cómo se obtienen los tercios para aplicar la pena? | | | |
| 03 | ¿Sabía Ud. que el Juez obtiene los tercios dividiendo la pena fijada en la Ley para el delito en tres partes? | | | |
| 04 | ¿Conocía Ud. que el Juez debe fijar la pena concreta en uno de los tercios que ha obtenido? | | | |
| 05 | ¿Concuerda Ud. con que la pena concreta se obtiene evaluando las circunstancias generales de atenuación y agravación de la pena, así como las atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas? | | | |
| 06 | ¿Sabía Ud. que la pena concreta comprende: la clase de pena, su quantum o monto, ¿las consecuencias civiles del delito y las consecuencias accesorias que la Ley señale en el caso particular? | | | |

| CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS Y AGRAVANTES CUALIFICADAS | | | | |
|--|---|--|--|--|
| 07 | ¿Concuerda Ud. con que las circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas son establecidas por la Ley expresamente? | | | |
| 08 | ¿Sabia Ud. que en la legislación penal nacional no se han instituido circunstancias atenuantes privilegiadas? | | | |
| 09 | ¿Sabia Ud. que en la práctica legal las circunstancias atenuantes privilegiadas se asimilan a las causales de disminución punitiva? | | | |
| 10 | ¿Esta Ud. de acuerdo con que al no estar señaladas por Ley las circunstancias atenuantes privilegiadas no pueden ser reconocidas por el Juez? | | | |
| 11 | ¿Concuerda Ud. con que las circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas modifican la pena prevista legalmente para el delito? | | | |
| 12 | ¿Sabia Ud. que las circunstancias atenuantes privilegiadas modifican la pena señalada para el delito siendo el máximo aplicable en este caso pena mínima del tercio inferior? | | | |
| 13 | ¿Sabía Ud. que la Ley no ha indicado cual sería el mínimo de la pena en el caso de atenuantes privilegiadas? | | | |
| 14 | ¿Sabia Ud. que las circunstancias agravantes cualificadas | | | |

| | | | | |
|----|---|--|--|--|
| | modifican la pena señalada para el delito, siendo el mínimo la que resulte de aumentar un tercio al máximo del tercio superior? | | | |
| 15 | ¿Sabía Ud. que el máximo de pena al presentarse circunstancias agravantes cualificadas es de treinta y cinco años? | | | |

Anexo C: Validación del instrumento por experto

Luego de examinado el instrumento empleado en la investigación titulada “**INCIDENCIA DELAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS Y AGRAVANTES CUALIFICADAS EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA**”, presento la siguiente evaluación:

| Ítem | Interrogante | 50 | 60 | 70 | 80 | 90 | 100 |
|------|--|----|----|----|----|----|-----|
| 1 | ¿En qué porcentaje se logrará contrastar la hipótesis? | | | | X | | |
| 2 | ¿En qué porcentaje las preguntas se refirieren a las variables, e indicadores de la investigación? | | | | | X | |
| 3 | ¿En qué porcentaje los interrogantes permitirán lograr el objetivo general de la investigación? | | | | X | | |
| 4 | ¿En qué porcentaje, las preguntas son de fácil comprensión? | | | | | X | |
| 5 | ¿Qué porcentaje de preguntas siguen una secuencia lógica? | | | | | X | |
| 6 | ¿En qué porcentaje se obtendrán datos similares con esta prueba aplicándolo en otras muestras? | | | | | X | |

DR. EFRAIN JAIME GUARDIA HUAMANI

Docente de la Universidad Nacional Federico Villarreal- Lima – Perú.

Anexo D: Confiabilidad del instrumento determinada por experto

Se ha determinado la confiabilidad del instrumento que se utilizará en este trabajo titulado **“INCIDENCIA DE LAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS Y AGRAVANTES CUALIFICADAS EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA”** por cuanto es

factible de reproducción por otros investigadores o la aplicación a otras entidades similares.

Es decir, los resultados obtenidos con el instrumento en una determinada ocasión, bajo ciertas condiciones, serán similares si se volviera a medir el mismo rasgo en condiciones idénticas. Este aspecto de la razonable exactitud con que el instrumento mide lo que se ha pretendido medir es lo que se denomina la confiabilidad del instrumento.

En este sentido, el término confiabilidad del instrumento es equivalente a los de estabilidad y predictibilidad de los resultados que se lograrán. Esta es la acepción generalmente aceptada por los investigadores, lo cual es posible de lograr en este trabajo de investigación.

Otra manera de aproximarse a la confiabilidad del instrumento es preguntarse: ¿Hasta dónde los resultados obtenidos con el instrumento constituyen la medida verdadera de las variables que se pretenden medir? Esta acepción del término confiabilidad del instrumento es sinónimo de seguridad; la misma que es factible de lograr con el instrumento a utilizar en este trabajo de investigación.

Existe una tercera posibilidad de enfocar la confiabilidad de un instrumento; ella responde a la siguiente cuestión: ¿cuánto error está implícito en la medición de un instrumento? Se entiende que un instrumento es menos confiable en la medida que hay un mayor margen de error implícito en la medición. De acuerdo con esto, la confiabilidad puede ser definida como la ausencia relativa de error de medición en el instrumento; es decir, en este contexto, el término confiabilidad es sinónimo de precisión. En este trabajo se ha establecido un margen de error del 5% que es un porcentaje generalmente aceptado por los investigadores; lo que le da un nivel razonable de precisión al instrumento.

La confiabilidad del instrumento también puede ser enfocada como el grado de homogeneidad de los ítems del instrumento en relación con las variables. Es lo que se denomina la confiabilidad de consistencia interna u homogeneidad. En este trabajo de tiene un alto grado de homogeneidad.

Determinada la confiabilidad del instrumento por:

DR. EFRAIN JAIME GUARDIA HUAMANI

Docente de la Universidad Nacional Federico Villarreal – Lima – Perú.