

Universidad Católica de Santa María
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Escuela Profesional de Derecho



**“ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PENA EN LAS FISCALÍAS CORPORATIVAS
PENALES DE AREQUIPA Y SUS EFECTOS EN EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA: AL ANALISIS DE LOS REQUERIMIENTOS ACUSATORIOS
EXPEDIDOS DURANTE EL 2018”**

Tesis Presentada por el Bachiller:

Tito Apaza, William Antony

Para optar el Título Profesional de:

Abogado

Asesor:

Dr. Cano Suarez, Berly Gustavo

Arequipa – Perú

2020

"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

Arequipa, 19 de diciembre del 2019

Señor Doctor
Gabriel Torreblanca Lazo
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Presente.-



Referencia: Oficio N° 013-FCJYP/CD/T-2019
Informe sobre Borrador de Tesis

Nos dirigimos a usted con el objeto de remitir el Informe conjunto referido al borrador de Tesis presentado por el alumno William Antony Tito Apaza cuyo título es "Argumentación jurídica de la pena en las Fiscalías Corporativas Penales de Arequipa y sus efectos en el sistema de administración de justicia: Al análisis de los requerimientos acusatorios expedidos durante el 2018"; en los siguientes términos:

De acuerdo a lo revisado por los suscritos, las correcciones realizadas al mismo y dado que el proyecto de tesis fue aprobado con anterioridad por dos señores docentes, nos permitimos señalar que el Borrador de Tesis tiene el mérito suficiente para ser sustentado, estando a la innovación en el tema, la relevancia jurídica y que se enmarca dentro de una de las Líneas de Investigación adoptadas por la Escuela Profesional de Derecho.

Por lo expuesto aprobamos el mismo sugiriendo el pase a Sustentación,
Atentamente,



Dr. Neil Hermin Tejeda Pacheco



Dr. Eduardo Meza Flores

Comisión Evaluadora de Tesis

EPÍGRAFE

“Porque me pareced duro hacer esclavos a los que dios y naturaleza hizo libres. Cuanto más, señores guardas, -añadió Don Quijote- Dios hay en el cielo, que no se descuida de castigar al malo, ni de premiar al bueno, y no es bien que los hombres sean verdugos de los otros hombres” Miguel de Cervantes Saavedra

“No existe procedimientos simples para resolver problemas complejos”

“Quien la justicia reparte, no puede ser juez y parte”

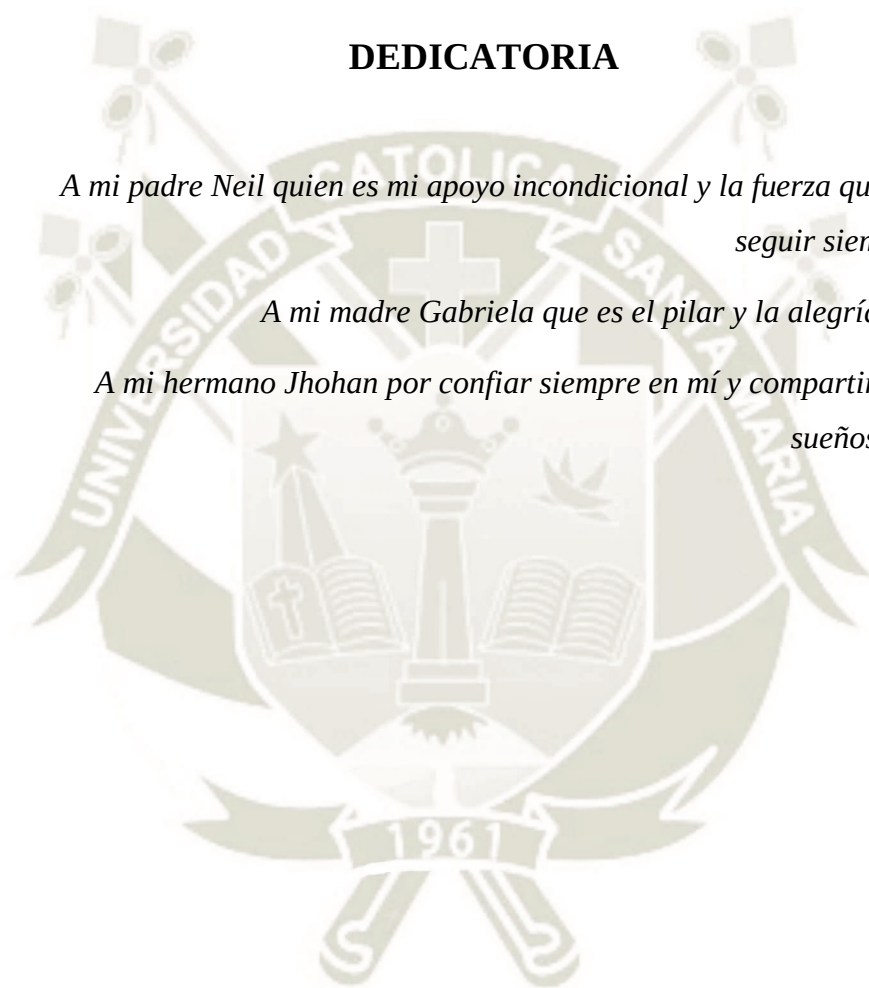
“El orden es el placer de la razón, pero el desorden es la delicia de la imaginación” Paul Claude

DEDICATORIA

A mi padre Neil quien es mi apoyo incondicional y la fuerza que me motiva a seguir siempre adelante.

A mi madre Gabriela que es el pilar y la alegría de mi hogar.

A mi hermano Jhohan por confiar siempre en mí y compartir mis alegrías, sueños y travesuras.



RESUMEN

Diversas investigaciones han desarrollado el tema de la determinación de la pena, enfocándose en las decisiones optadas por los Jueces, resumiendo una serie de preocupaciones sobre falta de motivación y proporcionalidad en las sanciones. Pero ninguna de estas optó por evaluar el trabajo realizado por el Ministerio Público en sus requerimientos de acusación, aun siendo aquellos que proponen una cuantía de la pena, y quienes debieran sustentarla. Por eso esta investigación se planteó como objetivos generales “1) *Determinar si hay ausencia de argumentación jurídica sobre la determinación de la pena en los requerimientos de acusación emitidos por las Fiscalías Penales de Arequipa* y 2) *Establecer si esto genera efectos negativos en el sistema de justicia*”.

En esta investigación con enfoque cualitativo, se empleó un diseño no experimental transversal de tipo descriptivo. Se evaluó cuarenta requerimientos de acusación expedidos por las Fiscalías Penales de Arequipa. A través de la técnica de observación documental apoyado por fichas documentales y fichas de Recolección de Datos, se consiguió la información necesaria sobre las variables investigadas.

Al desarrollar el presente trabajo de investigación y revisadas las acusaciones, ha sido confirmada la hipótesis de investigación, “*Existe ausencia de argumentación jurídica de la determinación de la pena en las Fiscalías Penales de Arequipa, lo cual genera efectos negativos en el sistema de justicia*”. Un 75% de las acusaciones presentan como único sustento la carencia de antecedentes penales, un 15% de estas no emplean un procedimiento de determinación de la pena, y un 17.5% presentan errores graves en su formulación, como no individualizar la pena para cada imputado. Lo cual genera una vulneración al principio acusatorio y de contradicción.

Palabras Clave: Determinación de la pena, Argumentación Jurídica, Fiscalías Penales, Principio Acusatorio, Principio de Contradicción.

ABSTRACT

Several researchs have developed the issue of the determination of the penalty, focusing on the decisions chosen by the Judges, summarizing a series of concerns about lack of motivation and proportionality in the sanctions. But none of these opts to evaluate the work done by the Public Ministry in its accusation requirements, even those that propose an amount of the penalty, and who should support it. That is why this investigation was proposed as general objectives "1) To determine that there is no legal argument about the determination of the penalty in the accusation requirements issued by the Criminal Prosecutors of Arequipa and 2) To establish if this generates negative effects on the system of Justice administration".

In this research with a qualitative approach, a non-experimental cross-sectional descriptive design was used. Forty accusation requirements issued by the Corporate Criminal Prosecutors of Arequipa were evaluated. Through the document observation technique supported by documentary files and Data Collection cards, the necessary information on the variables investigated was obtained.

In carrying out this investigation and the accusations reviewed, the investigation hypothesis has been confirmed, "There is an absence of legal argumentation of the determination of the penalty in the Corporate Criminal Prosecutors of Arequipa, which generates negative effects on the administration system of Justice". 75% of the accusations have the lack of a criminal record as the only basis, 15% of them do not use a procedure to determine the penalty, and 17.5% have serious errors in their formulation, such as not individualizing the penalty for each accused. Which generates a violation of the accusatory and contradiction principle.

Keywords: Determination of the penalty, Legal Argument, Criminal Prosecutors, Accusatory Principle, principle of contradiction

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo **titulado** *“Argumentación Jurídica de la Pena en las Fiscalías Corporativas Penales de Arequipa y sus efectos en el Sistema de Administración de Justicia: Al Análisis de Los Requerimientos Acusatorios Expedidos Durante el 2018”*. Busca analizar la labor del Ministerio Público al solicitar una pena, donde se han encontrado serias deficiencias que, llegan a ser un factor de riesgo de generar penas desproporcionadas y vulneración de principios del Código Procesal Penal Peruano.

A lo largo de los años ha existido una evolución de la teoría del delito, con muestras de crecimiento que van desde la forma de concebir al delito de manera general y lo particular de cada conducta. Pero la determinación de las consecuencias jurídicas del delito (la pena) no ha sido parte de tal desarrollo, muestra de aquello es la escasa y dispersa normatividad (Prado Saldarriaga, 2009).

Incluso con estas limitaciones se espera de los operadores judiciales, una respuesta idónea, necesaria y proporcional, en decir, existe esperanza en su capacidad técnica e intelectual. Aunque la realidad ha mostrado lo contrario, cuando persisten decisiones arbitrarias, ausentes de motivación o razonamiento (Poma Valdivieso, 2013; Prado Saldarriaga, 2009; Silva Sánchez, 2007).

Diversas Investigaciones han centrado el problema en el Juez, ignorando al titular de la acción penal, aun cuando es el Fiscal quien mantiene el primer y más prolongado contacto con el hecho delictivo. Las exigencias que se mantienen sobre el fiscal, no deben limitarse a los hechos o calificaciones de las conductas, la argumentación de la pena también es parte de su labor, a fin de disminuir la discrecionalidad del Juez en la decisión final.

Durante el 2018 como parte de las prácticas pre profesionales, se me asignó al Ministerio Público – Primera Corporativa por alrededor de 10 meses, donde se pudo tener contacto con diferentes casos y escritos que reflejaban el trabajo de cada fiscal. Al observar sus requerimientos acusatorios fue fácil notar la marcada diferencia entre la justificación existente para el tipo penal o hechos, con respecto al planteamiento de la pena.

Situación que motivo investigar la situación actual en las Fiscalías Penales Corporativas de Arequipa y analizar cada requerimiento fiscal, a fin de mostrar su ausente argumentación y conocer los efectos sobre el sistema de justicia penal. Partiendo de la idea que al proponer una pena conforme la argumentación jurídica se lograría una solución ante una deficiente normatividad.

Para realizar esto se revisó la Argumentación Jurídica planteada por Robert Alexy, porque al tratar este tema de tan amplia variedad de posturas, se necesita una guía para la congruencia de la investigación. Entonces se eligió a este autor, porque es de reconocida trayectoria europea y quien pudo desarrollar una teoría sobre la materia, obteniendo influencia en diversos tribunales europeos (Pinto Fontanillo, 2004).

Por lo mismo que su Argumentación Jurídica se desarrolló como teoría, tiene diversos componentes filosóficos, morales y jurídicos, pero para esta investigación solo se tomaron algunas ideas o principios. Sintetizadas en cuatro reglas que, puedan coincidir con lo que necesita una determinación de la pena, porque las acusaciones fiscales necesitan de la argumentación jurídica independientemente de a que autor acudan.

Frente a esta problemática se planteó como **objetivos generales**, 1) *Determinar que existe ausencia de argumentación jurídica sobre la determinación de la pena en los requerimientos de acusación emitidos por las Fiscalías Penales de Arequipa* y 2) *Establecer si la ausencia de argumentación genera efectos negativos en el sistema de administración de justicia.*

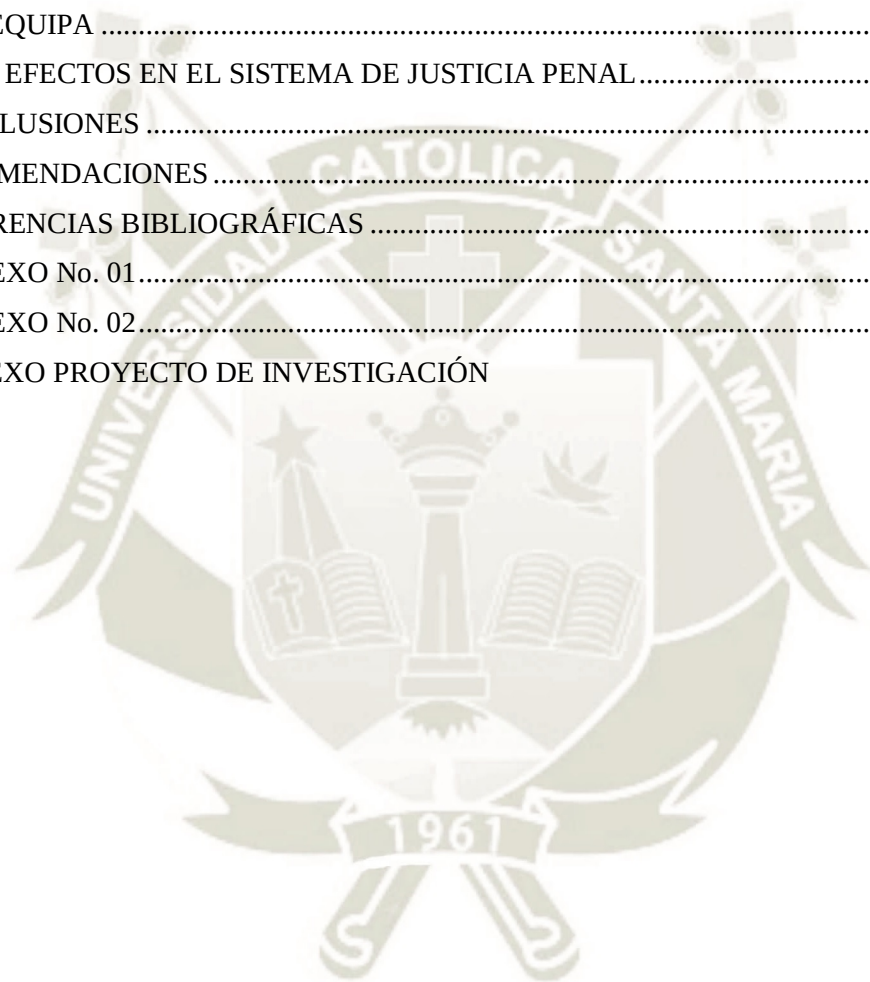
Para ello, se ha dividido el trabajo en cuatro capítulos. El primero capítulo es sobre el fin y función de la pena según diversas teorías. El segundo capítulo desarrolla la función de la pena dentro del Ordenamiento Jurídico Peruano, y como está concebida su determinación tanto dogmática como procedimentalmente. El tercer capítulo se centra en la labor del Ministerio Público y el problema en su Argumentación Jurídica de la Pena.

Finalmente, en el cuarto y quinto capítulo, se tratará el aspecto sustancial del trabajo, se resumirá la información obtenida de los requerimientos, y se expone que consecuencias genera al sistema de justicia. Para finalizar la tesis se brindarán las conclusiones que respondan a los objetivos e hipótesis de la investigación, con lo cual se expondrán algunas propuestas para solventar esta problemática.

ÍNDICE

EPÍGRAFE	iii
DEDICATORIA	iv
RESUMEN	v
ABSTRACT.....	vi
INTRODUCCIÓN	vii
CAPÍTULO I: FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL Y FINES DE LA PENA.....	1
1. FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL:	1
2. JUSTIFICACIÓN DE LA PENA Y SUS FINES LEGITIMADORES	1
2.1. Justificación y Fundamento de la pena	2
2.2. Prevención y Justicia como Fines Legitimadores	3
3. TEORÍAS DE LOS FINES DE LA PENA.....	3
3.1. Teorías absolutas de la pena	4
3.2. Teorías relativas de la pena.....	7
3.3. Teorías mixtas de la pena	11
CAPITULO II: DETERMINACIÓN DE LA PENA Y SU APLICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.....	12
1. FUNCIÓN CONSTITUCIONAL ASIGNADA A LA PENA	12
2. FASES ESENCIALES EN LA VIDA DE LA PENA	14
2.1. La conminación penal.....	14
2.2. La imposición de la pena	15
2.3. La ejecución de la pena	15
3. DETERMINACIÓN DE LA PENA: ASPECTO DOGMÁTICO	16
3.1. Definición.....	17
3.2. Modelos para Individualizar la Pena.....	18
4. DETERMINACIÓN DE LA PENA: ASPECTO PROCEDIMENTAL	20
4.1. Procedimiento en la determinación de la pena	21
4.2. Circunstancias especiales de la Responsabilidad Penal	25
4.3. Circunstancias Modificadorias de la Responsabilidad Penal	30
4.4. Procedimiento en supuestos de circunstancias especificas.....	36
5. CULPABILIDAD Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	41
5.2. Principio de Proporcionalidad	43
CAPÍTULO III: EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL PROBLEMA EN SU ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.....	46
1. PRINCIPIO ACUSATORIO COMO PRESUPUESTO DE LA DETERMINACIÓN ...	46
1.1. El principio acusatorio y el principio de contradicción	47
1.2. Imputación de la responsabilidad penal	49

1.3. Inmutabilidad de la Acusación	51
2. EFECTOS EN EL SISTEMA DE JUSTICIA	53
3. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.....	54
3.1. El problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas.....	55
3.2. Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy	57
CAPÍTULO IV: RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN	60
CAPÍTULO V: DISCUSIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS	64
1. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PENA EN LAS FISCALÍAS PENALES DE AREQUIPA	65
2. EFECTOS EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL	69
CONCLUSIONES	71
RECOMENDACIONES	73
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	76
ANEXO No. 01.....	79
ANEXO No. 02.....	80
ANEXO PROYECTO DE INVESTIGACIÓN	



CAPÍTULO I: FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL Y FINES DE LA PENA

1. FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL:

Como punto de partida, se analiza la función del derecho penal y como es su vinculación con los fines propios de la pena. El derecho penal como toda institución maneja un rol social, siendo el suyo la protección de bienes jurídicos, a través de normas que prescriben o proscriben ciertas conductas bajo la pena como una amenaza inmediata.

Esta rama del derecho es funcional al estar orientado a la protección de la persona y la sociedad, a la vez es normativo cuando regula las conductas a través de leyes, como instrumento para la consecución de fines sociales (Alcócer Povis, 2014). Siendo su función primordial la tutela de bienes jurídicos, que son vulnerados por conductas antinormativas (delitos o injustos penales), las cuales, al quebrantar la vigencia de las normas, reciben en respuesta la pena.

Un Estado social y democrático de derecho le asigna a la pena una función preventiva, vigilando a los ciudadanos mediante mandatos imperativos que buscan desmotivar la realización de conductas delictivas (Sánchez citado en Alcócer Povis, 2014). La función tuitiva que tiene el Estado se realiza de modo indirecto a través de estos mensajes dirigidos a los ciudadanos, buscando desvalorizar la conducta antinormativa de puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos.

Mir Puig (citado en Martínez Castro, 2015, p. 38) plantea que “la función del derecho penal depende de la función que se le asigne a la pena y a la medida de seguridad, como medios más característicos de intervención del Derecho Penal”. Entonces a lo largo de diferentes postulados a través de la historia, se ha buscado legitimar la aplicación de pena, y explicar la función de esta.

2. JUSTIFICACIÓN DE LA PENA Y SUS FINES LEGITIMADORES

Los estudios sobre la pena se muestran en diferentes documentos a lo largo de la evolución histórica del derecho, desde los orígenes de su concepción, según Jescheck (citado en Peña Cabrera, 1995) “se pierde en la noche de los tiempos, en una época oscura dominada por el pensamiento mágico, en la venganza del

ofendido y de su tribu se mezclaba con actos simbólicos para aplacar la ira de los dioses ofendidos (...)”(p.106).

El núcleo de diversos problemas propios del derecho penal se vinculan a la pena, preguntas como ¿Por qué se castiga? ¿Para que sirve?, fueron constantes en toda la historia. Ya que es asumida por las personas como una restricción clara de sus derechos, mientras que la sociedad observa como un miembro que pudo haber sido útil es separado de los demás.

La existencia misma de diversas instituciones esta ligada a la presencia de la pena, la policía, el poder judicial, el ministerio publico o el INPE, ¿estos entes serian útiles si por ejemplo, abolimos toda pena?, ya no lo serian porque solo mandaría la ley del más fuerte, por eso mismo se sostiene que una sociedad que quiere renunciar al poder punitivo renunciaría a su propia existencia (Peña Cabrera, 1995).

2.1. Justificación y Fundamento de la pena

La función que asume el derecho penal y por ende la pena deben ser legítimas, por lo cual, si como Estado se orienta a perseguir la justicia, el derecho penal actuar como instrumento a servicio de este fin. En la búsqueda de justificar a la pena como instrumento al servicio de ciertos fines, se le considero dos aspectos fundamentales: el estatal y el personal.

El primer aspecto busca justificar el derecho del Estado a imponer sanciones, en aras de mantener un orden jurídico en la comunidad, mientras el segundo aspecto buscar observar la pena desde la percepción de lo ciudadanos, quienes enfrentan el deber de soportar su imposición (Martínez Castro, 2015). De estos dos conceptos se extrajo la noción de una triple fundamentación de la pena, política-estatal, socio psicológica y etico-individual.

La primera entiende que en un ordenamiento jurídico, si se pierde la fuerza coactiva no se afrontaría eficazmente las infracciones normativas, la segunda noción precisa que la pena llega a restaurar las ansias de justicia en la comunidad y mostrar que las conductas criminales no son aceptadas, el tercer fundamento considera al delincuente como una persona capaz de librarse del sentimiento de culpa al acatar las consecuencias de sus actos (García citado en Martínez Castro, 2015).

La pena es justificada cuando se presencie un comportamiento prohibido generador de perjuicios que impidan una coexistencia libre. Una pena cruel no es la más efectiva por su gravedad, sino la más inútil y que encierra un sufrimiento ineficaz. Por eso “hablar de pena es evocar un derecho penal eficaz con menos daño social y menor violencia” (Peña Cabrera, 1995, p.110).

2.2. Prevención y Justicia como Fines Legitimadores

Conforme los fines que pretende alcanzar la pena, el derecho penal logra ser legitimado, pero no solo necesita de importantes debates teóricos, sino que requiere alcanzar efectos prácticos. A nivel legislativo se debe elaborar juicios críticos sobre la idoneidad de un determinado tipo penal, a nivel judicial se debe discutir sobre la magnitud de la sanción y a nivel de una reclusión se buscará el camino para llegar a la resocialización (Alcócer Povis, 2014).

Los conceptos de prevención y justicia son usados por Roxin (2016) para explicar que “una pena solamente resulta legítima cuando es preventivamente necesaria y, al mismo tiempo, es justa en el sentido de que evita al autor cualquier carga que va más allá de la culpabilidad del hecho” (p.81).

Una pena absoluta, basada únicamente en la retribución del daño y que no guarde ningún propósito, no apoyaría la tarea social del Derecho Penal, ningún Estado debe imponer penas que no sean preventivamente necesarias. Pero no es suficiente ser preventivamente necesario, ya que la pena contiene un reproche penal del cual uno es merecedor, por lo cual se debe considerar el grado de culpabilidad que está relacionada con el concepto de justicia (Roxin, 1997).

Entonces la pena basada en la prevención es limitada por la culpabilidad y una pena adecuada según el grado de culpabilidad solo puede ser impuesta dentro de lo preventivamente necesario. Si una pena leve logra cumplir con su finalidad preventiva de mejor forma que una pena mayor, que le era merecida, el grado de culpabilidad se agotará frente a la presencia de la necesidad social que, tomara mayor importancia (Roxin, 2016).

3. TEORÍAS DE LOS FINES DE LA PENA

Desde los orígenes del Estado se generaron diversos mecanismos para asegurar un orden y buscar su perduración, entre estos instrumentos la pena obtuvo una

mayor trascendencia. Si observamos las diferentes culturas podemos notar que ninguna nación ni Estado ha podido renunciar a la pena que, de alguna forma resguardaba la vigencia de su ordenamiento jurídico (Peña Cabrera, 1995).

Conforme el paso de los años, y con los cambios en la población, el uso de la pena se modificó según los intereses de cada nación, pero siempre llegaban a plantearse ¿Cuál es la función que debe cumplir? Una pregunta que generó diversas posturas entre los filósofos y conocedores del derecho penal (Martínez Castro, 2015).

3.1. Teorías absolutas de la pena

Basa su concepción de la pena en su efecto *retributivo*, donde el fin de la pena se agota en sí mismo en cuanto el mal que impone, apelando a la justicia como exigencia única (Alcócer Pavis, 2014; Martínez Castro, 2015). Esta teoría concibe a la pena como acto de retribución o castigo al culpable de un delito, al obviar un fin buscaba desvincularse de cualquier efecto social, a fin de ser solo una reacción proporcional frente al delito (Alcócer Pavis, 2014; Peña Cabrera, 1995).

A. Retribución sustentada en la divinidad o religión

La noción de retribución, en un inicio se nutrió de los aportes del cristianismo con el concepto de *expiación*, en donde la pena viene a ser la expiación del pecado lo cual, otorgando sentido a la pena permitiendo que se redimiera el hombre (Alcócer Pavis, 2014).

Entre los exponentes más representativos de esta teoría tenemos a Althaus y Trillhass, para el primero el sentido de la pena reside en sí mismo como manifestación de validez del orden eterno, mientras para el segundo reside en la idea de expiación (Martínez Castro, 2015).

La imposición de la pena era concebida como un medio purificador del pecado, por eso se utilizaba el concepto de expiación en lugar de retribución. Esto se daba porque era el propio autor del delito quien aceptaba interiormente la necesidad de la pena a fin de recuperar su libertad moral.

B. Retribución como sustento moral o ético

Su máximo representante fue Kant, su posición fue sustentada en la ley del talión “ojo por ojo, diente por diente, sangre por sangre”, donde la pena no es un medio sino un fin, rechazando cualquier intento de justificar la pena en

razones de utilidad social. Porque se concebía al hombre como un fin en sí mismo, en consecuencia no era adecuado instrumentalizarlo en favor de la sociedad (Alcócer Povis, 2014).

Para Kant la pena era un imperativo moral y de justicia, que funcionaba como retribución por haber cometido un delito, empleando el termino de igualdad para representar la balanza entre el crimen y la pena a padecer (Martínez Castro, 2015). Basado en la idea que cualquier daño inmerecido que se ocasiona al pueblo, te lo haces a ti mismo, entonces la pena debe ser justa lo cual, presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad de delito que lo compense (Roxin , 1997).

Las ideas de retribución y justicia eran leyes inviolablemente válidas y el deber del Estado era hacerlas prevalecerlas con toda nitidez, lo cual se debiera dar aun cuando el Estado se disolviera. En este supuesto Kant (citado en Roxin , 1997) refirió que “debiera ser previamente ejecutado el ultimo asesino que se encontrara en prisión, para que cada cual sufra lo que sus hechos merecen y la culpa de la sangre no pese sobre el pueblo que no ha exigido ese castigo” (p.83).

En conclusión, para Kant la ley penal era un imperativo categórico, que era justificada si era usada como retribución de la acción culpable, porque la pena no debe ser empleada como medio para la sociedad, sino que tiene imponerse por el mero hecho de haber delinquido (Peña Cabrera, 1995).

Pero la ley del Tali3n aun cuando responde te3ricamente, en la pr3ctica casi no existi3 salvo en casos de lesiones u homicidio porque buscaba una proporci3n aritm3tica entre delito y pena que no es accesible, ya que la relaci3n de igualdad entre delito y pena es irracional al compararse dos entes con magnitudes y cualidades diferentes.

C. Retribuci3n como sustento jur3dico

Este postulado aspiraba a la justicia, pero no en producir en el delincuente el mismo mal que gener3, sino en construir una respuesta adecuada y suficiente, una sanci3n proporcional con base en la lesi3n al ordenamiento jur3dico y no conforme al perjuicio individual que el crimen ocasiona a la v3ctima (Martínez Castro, 2015).

Representado por Hegel desarrollo una fundamentación dialéctica conocida, si el delito cometido es una negación del derecho, entonces la pena asumirá la función de negar el delito, buscando la afirmación de derecho (Alcócer Povis, 2014).

Este fundamento dialéctico surgía sobre dos premisas, primero que el ordenamiento jurídico representa la voluntad general y el delincuente manifiesta una voluntad especial; entonces el delincuente con su delito niega el ordenamiento jurídico, en reacción el Estado aplica una pena como retribución a la acción delictiva, lo cual genera una compensación y por ende se reestablece el derecho quebrantado (Peña Cabrera, 1995). La pena cumplía su papel retributivo al ser una negación de la negación del derecho.

Esta teoría critico la postura de Kant, considerándola como carente de racionalidad con la siguiente frase “solo consigue que al final haya dos tuertos o dos desdentados, en lugar de uno” (Hegel citado en Martínez Castro, 2015, p.57). Pero esta concuerda con Kant al reconocer que la pena no posee metas preventivas como intimidación y corrección (Roxin , 1997).

Si bien se le considera las teorías absolutas como carentes de beneficios para la sociedad, carentes de fundamento empírico (irracionales), generadora de otro mal además del delito (Bacigalupo citado en Martínez Castro, 2015); también brinda aspectos de apoyo sobre la legitimidad de la pena.

A las teorías absolutas se le reconoce la virtud de enmarcar la pena dentro de un justa retribución, de acuerdo a la gravedad de su culpabilidad, y con un límite al poder punitivo del Estado, salvaguardando la libertad de las personas al proporcionar baremos sobre la magnitud de la pena e impedir que se pretenda instrumentalizar al ser humano (Peña Cabrera, 1995; Roxin , 1997).

En la jurisprudencia Peruana, el Tribunal Constitucional en la STC n°0019-2005-PJ/TC (fj.30) y la STC n° 0014-2006-PI/TC (fj.06) expuso que “Esta teoría no solo carece de todo sustento científico, sino que es la negación absoluta del principio-derecho a la dignidad humana (...)” (TC citado en Alcócer Povis, 2014, p.22).

3.2. Teorías relativas de la pena

Estas teorías contrarias a las posturas absolutas, conciben a la pena como un medio de prevención ya que la pena no es un fin en sí mismo, en cambio tiene la finalidad de proteger a la sociedad (Jescheck citado en Peña Cabrera, 1995). Una postura que formó parte de la filosofía antigua cuando Platón (citado en Peña Cabrera, 1995) refería:

“Quien quiera castigar de manera racional, no debe hacerlo por el delito ya cometido (...), sino pensando en el futuro para que en adelante ni el delincuente mismo vuelva a delinquir, ni tampoco lo hagan los otros que ven como el delincuente es castigado” (p.118).

Las teorías relativas o de prevención se preocupan no del fundamento de la pena, sino ¿para qué sirve la pena?, considerando que sirve para la protección de la sociedad, ya que debe contener algún beneficio utilitario para el delincuente o para la sociedad (Martínez Castro, 2015).

A. Teoría de la prevención general

Denominada así porque la prevención está dirigida a la colectividad y no al sujeto del delincuente, al transmitirle un mensaje que consiste en motivar a los ciudadanos a un comportamiento conforme a derecho, mediante dos vías, la intimidación o el fortalecimiento (Martínez Castro, 2015).

Se maneja la pena como una amenaza y en una salvaguarda universal porque un delito impune deja vía libre para otros, conforme lo decía Beccaria (citado Peña Cabrera, 1995) “Haced que los hombres las teman solo a ellas. El temor es fatal y engendra abundantes delitos” (p.120).

En consecuencia al Estado no solo debe reprimir los diferentes delitos sino que, debe buscar desde un principio, influir en la totalidad de los ciudadanos, a fin de evitar que se cometan nuevos (Roxin, 2016). Formándose dos variantes para este propósito, la prevención general negativa y la prevención general positiva.

En su vertiente negativa tuvo como representante principal a Feuerbach y Bentham y como núcleo central “la intimidación”. Para Fuerbach (citado en Martínez Castro, 2015) “en efecto, la pena sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan. Esto es, opera como coacción psicológica en el momento de abstracto de la tipificación penal” (p. 70).

Este planteamiento surge porque antes de este postulado la amenaza era confiada a la ejecución de la pena, mientras que para Feuerbach la ejecución solo servía para confirmar la seriedad de la amenaza. Entendía que las personas vulneraban las normas por lo atractivo de alguna situación, entonces para contrarrestar esto era necesario un estímulo disuasorio que le haga notar al delincuente los inevitables de la pena, basado en la coacción psicológica (Alcócer Povis, 2014; Martínez Castro, 2015).

A diferencia de las teorías absolutas, la sanción no era un acto de venganza o de cólera sino un sacrificio indispensable para la salud pública, pero como toda teoría mantiene sus críticas. La idea de intimidación tiende a penas desproporcionadamente duras que van más allá de la culpabilidad; en segundo lugar esta teoría al estar dirigida a las personas en peligro de caer en la criminalidad, no promete mucho éxito ya que el delincuente suele confiar en que no va a ser descubierto y llega a no temer al derecho penal (Roxin, 2016).

En su vertiente positiva que se le atribuye a Welzel, se planteó no enfocarse en la mera intimidación, considerando que también se puede lograr el objetivo preventivo mediante la afirmación positiva del Derecho, generando conciencia social de la norma o una actitud de respeto por el Derecho (Peña Cabrera, 1995).

Bacigalupo (citado en Alcócer Povis, 2014) describe esta teoría como la reacción estatal a hechos punibles, que necesitan importar un apoyo a la conciencia normativa social, donde se debe buscar la afirmación de las normas fundamentales a través de la pena que funciona como el rechazo a la desautorización de la norma.

De la misma forma Jakobs (citado en Alcócer Povis, 2014) mantiene un postulado similar aseverando que “los destinatarios de la pena no son solo –ni siquiera en primera línea– el autor en cuestión y otros delincuentes que ya tienen tendencia a cometer el hecho, sino las personas fieles al ordenamiento (...)” (p.27).

Mantén como función producir en los ciudadanos, la afirmación del derecho a través de la eficacia de la pena impuesta, y convencerlos de no cometer delitos al respetar las normas y valores de la sociedad. Armin Kaufmann (citado en

Martínez Castro, 2015) entendió que hay tres cometidos por parte de esta vertiente, primero una misión informativa de lo que está prohibido, segundo una misión de fortalecer la confianza en el orden jurídico y tercero la misión de generar una actitud de respeto por el derecho.

Esta teoría que buscaba aproximarse, sobre todo, al ciudadano fiel al derecho podía generar tres efectos según lo establece Roxin (2016): Efecto del aprendizaje donde se expone de forma ilustrativa las reglas sociales básicas, el efecto de confianza que nace cuando las personas observan que el derecho se ha impuesto y el efecto de pacificación que se da mediante la reacción frente a la criminalidad a través de una intervención estatal buscando reestablecer la paz jurídica.

La idea de prevención general en sus dos vertientes buscaba impedir la comisión del delito en lo posible desde un inicio, pero al analizarlo en la práctica, entendemos que solo una pequeña porción de esta prevención puede ser resuelta por la legislación, ya que su efectividad radica en la densidad del control (una vigilancia más intensa de la posible ya sea efectuado por la policía o a raíz de investigaciones procesales) y no por el Código Penal (Roxin, 2016).

B. Teoría de prevención especial

Esta postura representada en sus inicios por Von Liszt, consideraba como finalidad de la pena el influir de manera directa sobre la persona, por ende su foco de atención se daba en el momento de la imposición y ejecución de la pena (Alcócer Povis, 2014). Su fundamento consistía “la pena que se impone a una persona por la comisión de su delito debe de garantizar que no vuelva a delinquir” (Martínez Castro, 2015, p. 83).

Esta teoría mantiene como idea clave “la resocialización” porque consideraba que ayudar al delincuente a una integración social y elevar sus oportunidades en la vida, de forma indirecta ayuda a la generalidad al suprimir un factor de riesgo (Roxin, 2016). La misión de la pena pasa a ser generar un cambio en el delincuente a fin de volverlo un miembro útil para la sociedad, lo que supondrá una mayor variedad de alternativas de socialización a efectos de alejar al delincuente de la tendencia hacia el delito (Alcócer Povis, 2014; Peña Cabrera, 1995).

Para Von Liszt (citado en Martínez Castro, 2015) la pena se da según la persona que produjo el delito, en consecuencia, la pena buscaba tres finalidades diversas, primero a los delincuentes que recién ingresaban en su carrera delictiva, la imposición de la pena buscaba corregir al delincuente (resocialización) ; segundo a los delincuentes ocasionales la pena se usaba en función de intimidación (como recordatorio que los inhiba de futuros delitos), mientras en tercer lugar a los delincuentes habituales que carecían de corrección, la pena actuaba en función de inocuización (asilamiento que puede ser perpetuo) (Alcócer Povis, 2014).

Esta teoría puesta en práctica buscaba sanciones apropiadas para los delincuentes, en búsqueda de su reinserción a la sociedad, lo cual implicaba a su vez introducir alternativas a la privación de libertad y demás medidas sociales promotoras de resocialización. En Europa, en especial en Alemania donde surgió esta corriente tuvo gran impacto en la parte general del Código Penal Alemán de 1975, formulándose regulaciones preventivas como remisión retroactiva de la pena, trabajo carcelario, compensación entre autor y víctima o trabajo comunitario (Roxin, 2016).

Pero como toda teoría generó diversas críticas, en principio su desacreditación se debe al poco éxito de su ejecución resocializadora. Por todos lados se ha buscado esta medida resocializadora, pero obstáculos como falta de dinero, ausencia de programas, o las mismas condiciones inherentes a la prisión (asilamiento, fracaso profesional, descalificación social, pérdida de vínculos humanos en especial de los familiares) han denotado la falta de éxito de medidas resocializadoras (Roxin, 2016).

Entre los demás argumentos en contra surgidos se expuso, lo ineficaz de someter el ejercicio de la pena a la voluntad del condenado sobre si tiene deseos o no de reformarse, lo inexacto al cuantificar la sanción considerando que hay delitos que no se volverán a presentar (surgiendo un dilema sobre libertad con poco o nada de condena al haberse cumplirse la finalidad rehabilitadora) u otros donde no se muestra ninguna respuesta positiva del delincuente, donde se podría caer en prolongar el tiempo de sanción que solo atentaría contra los derechos de la persona (Alcócer Povis, 2014; Martínez Castro, 2015; Peña Cabrera, 1995).

3.3. Teorías mixtas de la pena

Denominada teoría ecléctica o de la unión surge como reacción a los vacíos que dejaban los anteriores postulados, siendo asumido por el Derecho vigente y teniendo a Claus Roxin y Callies como sus representantes. Esta teoría busca mediar los fundamentos de las teorías absolutas y relativas a través de una reflexión práctica, entendiendo que la pena siempre desarrolla múltiples funciones en una relación equilibrada frente al afectado por ella y frente a su mundo circundante (Peña Cabrera, 1995).

Desde su posición identifica a la pena como justa y útil, tomando en cuenta la proporcionalidad y culpabilidad en respuesta del hecho delictivo a fin de alcanzar la reducción de delitos futuros (Alcócer Povis, 2014). Entendía que sobre las anteriores teorías se deben conservar aquellos aspectos acertados mientras que, sus deficiencias deben ser amortiguadas. (Martínez Castro, 2015).

Habiendo descrito las diversas teorías, se llega a conocer que la pena mira tanto al pasado (injusto culpable) como al futuro (evitar comportamientos delictivos), entendiendo que el reproche dirigido hacia las personas busca apelar a reconocer lo impropio de ciertos comportamientos, que deben ser omitidos. Por eso la pena surge como el mecanismo de reacción, que para lograr su legitimidad debe ajustarse al nivel de gravedad del daño causado, y a la vez enviar un mensaje a la comunidad a efectos de exponer la firmeza del ordenamiento jurídica buscando generar confianza.

Esta postura se presentó como la alternativa idónea al momento de entablar un sistema de penas, ya que este busca una integración de los diversos fines inherentes a la pena, y entre estas teorías, la teoría dialéctica de la unión de Roxin muestra como adecuar los fines de la pena a cada momento o periodo de la pena.

CAPITULO II: DETERMINACIÓN DE LA PENA Y SU APLICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

En el anterior capítulo se desarrollaron algunos de los fundamentos teóricos propios de la pena, y los diversos postulados sobre su teoría, buscando entender el propósito de tal sanción y como puede estar justificada siendo una de las más fuertes intervenciones coercitivas. Entonces a razón de fundamentar esto, emergieron los fines retributivos y preventivos de la pena, lo cual también se expone en su legislación.

En el Código Penal Peruano (C.P., 1991), su artículo I¹ comprende la teoría de la prevención general, en el artículo VIII² abarca la retribución como fundamento de la teoría absoluta, en el artículo IX³ se encuentra la resocialización/prevenición especial como función de la pena (Instituto Pacífico, 2019; Martínez Castro, 2015). Entonces al estar comprendidos todos estos postulados, entendemos que se busca una integración de estos fines al momento de legitimar la pena con su legislación.

De igual forma el Tribunal Constitucional en la STC n°0019-2005-PI/TC (fj.37-38), ha aceptado que las teorías en su conjunto legitiman la pena estatal, señalando que “(...) no significa que se desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo (...) las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa (...)” (TC citado en Alcócer Povis, 2014, p. 31).

1. FUNCIÓN CONSTITUCIONAL ASIGNADA A LA PENA

En principio ya reconocimos que los postulados dogmáticos sobre la pena se insertaron en el sistema jurídico Peruano, tanto en su Código Penal, como en lo resuelto por su Tribunal Constitucional. Lo cual marca el camino para ampliar esta noción y reconocer como es concebida la pena en su ordenamiento constitucional.

El artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), dispone: “la pena no puede trascender de la persona del delincuente y las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados”. Este principio que forma parte del bloque de convencionalidad, aporta

¹ El Artículo I del Título Preliminar del Código Penal (Instituto Pacífico, 2019) establece que a fin de proteger a la persona humana y sociedad, se debe usar la prevención de delitos como factor protector.

² El artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal (Instituto Pacífico, 2019) entiende que una sanción penal no debe rebasar la responsabilidad por una conducta.

³ El artículo IX del Título Preliminar del Código Penal (Instituto Pacífico, 2019) fija tres funciones para la pena: resocializadora, preventiva y protectora.

como fuente internacional, aquellos aspectos reconocidos en materia de derechos humanos para la determinación política de la pena.

Sobre esta idea el Dr. Alfredo Araya Vega refiere que se derivan dos consecuencias, a) La pena no puede ir más allá de la persona del condenado, no podría afectar a otros como su cónyuge o hijos, pero tampoco puede trascender a otros miembros de la sociedad como un mensaje de prevención general negativa y b) esta sanción debe darse en la medida necesaria para la reincidencia del sentenciado (citado en Mendoza Ayma, 2015).

La defensa de la persona y el respeto a su dignidad, sirven de pilares para todo estado de corte democrático y constitucional, como el Peruano, donde la supremacía de su Constitución permite limitaciones al poder y tutela de derecho fundamentales. Como parte de este diseño constitucional, su derecho penal se destaca como un sistema de protección efectiva de los ciudadanos (misión de prevención) respecto a situaciones que se consideren reprochables (Chang Kcomt, 2013).

A esta posibilidad de control de conductas antijurídicas, se le denomino como ius puniendi, permitiendo al estado delimitar que conductas son reprochables y cuales son las sanciones pertinentes. Una facultad que tiene su origen en la Revolución Francesa, al ser el Estado su único titular, pueden diferenciarse matices en el ejercicio del poder penal: función penal legislativa, judicial y ejecutiva (Villavicencio Terreros, 2013).

La Constitución Peruana de 1993 conforme su artículo 139 numeral 22 establece como principio y derecho de la función jurisdiccional que “el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad” (Instituto Pacífico, 2019). Lo que busca este ordenamiento es influenciar el comportamiento del agente de un delito o la comunidad en general, a fin de lograr se evite transgresiones a ley, es decir, la pena tanto con una función preventiva como general, prevaleciendo sus efectos sociales (Chang Kcomt, 2013).

Esta idea reafirma que la facultad de ius puniendi del estado no es un poder absoluto, porque toda sanción esta limitada por principios con base constitucional, Villavicencio Terreros (2013), desarrollo cuales puede ser tales límites, dividiéndose en dos grupos, uno actúan durante la creación de las normas penales (límites

materiales⁴) y otros intervienen durante la aplicación de las normas penales (límites formales⁵).

En general la Constitución mantiene especial importancia para el derecho penal, brindando herramientas que permitan contener la violencia punitiva, buscando que se limite la irracionalidad del poder punitivo. Ya que, se suele reducir los problemas sociales al mero castigo de los delincuentes, y de forma inconsciente se está asumiendo que generando dolor aportan equilibrio a la sociedad, cuando lo que deben buscar es darle operatividad a los principios, valores, y derechos constitucionales.

2. FASES ESENCIALES EN LA VIDA DE LA PENA

A partir del anterior capítulo pudimos entender la importancia de integrar los diversos fines de la pena, pero de una forma reflexiva y asumiendo que a cada fin le corresponde un momento distinto de la pena, lo cual se aproxima a la noción de determinación de la pena.

2.1. La conminación penal

La conminación penal tiene en tanto no se hubiera producido un delito, una función exclusivamente preventivo general, el legislador cuando expide una ley manifiesta una amenaza penal (efecto intimidador) pero no solo pretende intimidar a los ciudadanos sino además exponer de manera ilustrativa las reglas sociales básicas (efecto de aprendizaje), cuya violación no puede aceptarse (Martínez Castro, 2015; Roxin, 2016).

La finalidad preventiva general mediante los efectos de intimidación y aprendizaje, entienden la necesidad de establecer tipos jurídicos definidos y fáciles de entender, partiendo de la estrecha relación con el principio “nullum crimen sine lege”. Entendiendo que la educación sobre las normas básicas sobrepasaba la simple lectura del Código Penal, en consecuencia, el abordaje de este fin tendría que ser concebido de manera interdisciplinaria (Roxin, 2016).

⁴ Principio de legalidad, Principio de prohibición de la analogía, Principio de irretroactividad, Principio de la necesidad o de mínima intervención, Principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos, Principio de racionalidad y humanidad de las penas, Principio de responsabilidad penal, Principio de proporcionalidad, Principio de primado de las normas del derecho de los derechos humanos y los principios constitucionales y la subordinación de la ley penal substantiva, Principios de idoneidad, y Principio de protección de la víctima.

⁵ El debido proceso (Derecho a ser juzgado por tribunales competentes, independientes e imparciales; Derecho al Hábeas Corpus; Derecho a la defensa y a la asistencia letrada; Derecho a ser informado de sus derechos y los motivos de la detención y a ser informado sin demora de la acusación; Principio de presunción de inocencia;) Garantía jurisdiccional, principio de juicio legal o principio de jurisdiccionalidad y Garantía de ejecución o principio de ejecución legal de la pena.

Este primer periodo que alude a una determinación en abstracto de la pena por parte del legislador, estableciendo un marco legal a imponerse frente a la lesión o puesta en peligro de un bien tutelado por el derecho penal, recibe el nombre de *determinación legal de la pena* (Chang Kcomt, 2013).

2.2. La imposición de la pena

Todo proceso penal está encaminado a culminar en una sentencia, siendo posible arribar a una condena, en la cual la imposición de la sanción conlleva unidos los puntos de vista de la teoría absoluta, prevención general y prevención especial en la medida de los aportes de cada teoría.

En primer lugar, cuando se menciona que la imposición de la pena debe ser proporcional al delito cometido, enmarca la noción de retribución propio de la teoría absoluta, en segundo lugar, lograr una sanción justa frente a un delito cometido, genera confianza por parte de los ciudadanos y una afirmación del derecho, fines de la teoría de la prevención general positiva, además de cierta intimidación al concretarse cierta sanción, sustento de la teoría de la prevención general negativa (Martínez Castro, 2015).

Manteniendo como premisa el analizar tanto el nivel de gravedad del delito como la medida de culpabilidad del autor, la paz jurídica solo puede reestablecerse mediante una represión adecuada de la culpabilidad al tratarse de delito graves, mientras en delitos leves se puede practicar cierta tolerancia cuando sea necesario por razones de prevención especial, entendiendo que la reintegración social del delincuente sirve más a la seguridad pública que rigor en la pena (Roxin, 2016).

Este segundo periodo donde el juez establece la pena a imponerse en el caso en concreto, dentro del marco legal establecido por el legislador, recibe el nombre de *determinación judicial de la pena* (Chang Kcomt, 2013). Porque el juez ya no valora las circunstancias concurrentes en un plano abstracto, sino que las valora en un plano real, tomando en cuenta las circunstancias específicas de cada caso.

2.3. La ejecución de la pena

La ejecución de la pena, según su concepción actual, busca solamente la resocialización, dejando de lado aquellas épocas donde el rigor de la pena era la meta de todo proceso llegando a la crueldad en su ejecución. Una ejecución penal

basado en la imposición de un mal y que renuncie a la resocialización solamente puede llevar a una desocialización definitiva del condenado (Roxin, 2016).

“La resocialización del penado a la sociedad es la función que debe cumplir la pena en su ejecución, para que quien ya cometió un delito en el futuro no vuelva a cometerlo, fundamento de la prevención especial” (Martínez Castro, 2015, p.95). Este ultimo periodo se le denomina como la *determinación administrativa de la pena*, donde se espera un control del juez sobre la persona sentenciada en búsqueda de ese fin de resocialización.

Dentro del sistema jurídico cada una de estas fases sufre graves deficiencias, nunca se ha considerado que una adecuada determinación de la pena tenga valor alguno. Pero tal cual se expone en los objetivos de esta tesis, el presente trabajo de investigación se avocará a cuestionar la labor del ministerio público en la fase de imposición de la pena, por lo cual dentro de los conceptos a desarrollar se analizara centralmente la determinación judicial de la pena.

3. DETERMINACIÓN DE LA PENA: ASPECTO DOGMÁTICO

Conforme lo anterior, se entiende la distinción entre la fase de conminación y la de imposición, por un lado el legislador busca en sentido teórico, generar temor en las personas a fin de evitar se concreten ciertas conductas. Desde otro punto de vista, el juez responde ante tales exigencias, pero frente al hecho ya producido, dando cumplimiento a la amenaza (García Arán, 1981). La realidad demuestra que la formulación de la comisión penal busca ser más intensiva conforme pasan los años, y reprimir cualquier forma de atenuación de pena.

Entonces el marco jurídico Peruano se ve envuelto en normas con elevadas sanciones que son contradictorias al principio de resocialización que pregonan su Constitución y expone su código penal. Su regulación normativa se torna deficiente, una muestra es que las reglas sobre la determinación de la pena se encuentran dispersas por todo el código, son escasas y sufren de vacíos que se han tratado de cubrir mediante jurisprudencia (Prado Saldarriaga, 2009).

Todas ellas manifestaciones de la poca importancia que le da el legislador a buscar penas proporcionales, en consecuencia más que por obra de la Ley, se depende de la aleatoria capacidad técnica y ética de los operadores del derecho para obtener una pena justa (Prado Saldarriaga, 2009).

Por lo tanto se genera que en este segundo periodo de la pena, se busque en el juez penal, quien al recepcionar los argumentos de las partes procesales, imponga una determinada cantidad y calidad de pena conforme parámetros constitucionales a través de una adecuada labor de determinación.

Aunque muchas veces "La falta de coherencia en la determinación legislativa de las penas, como viene ocurriendo en el Perú, solo propiciará una falta de coherencia en la determinación de la pena en el caso concreto" (Chang Kcomt, 2013, p. 527).

Situación igual de preocupante es que, el ordenamiento jurídico Peruano experimenta un sobre razonamiento de la teoría del delito, y en contraste un pobre desarrollo de la determinación de la pena. Aunque tal situación forma parte de toda la región en latinoamérica, conforme lo expone Zaffaroni (citado en Mendoza Ayma, 2015):

"En pocas materias penales el magistrado latinoamericano está más abandonado a su suerte por la doctrina que, cuando una vez probado el delito y calificado penalmente el mismo, debe cuantificar la pena a imponer. Pareciera que allí termina la doctrina y se cae de pleno en terreno de las meras consideraciones personales, subjetivas e intuitivas, es decir, en la arbitrariedad que es incapaz de controlar y corregir cualquier instancia judicial, porque está de sustento racional" (p. 84).

3.1. Definición

Frente a la situación legislativa deficiente sobre la pena, surgen dos opciones para el aparato judicial, o someterse al mero orden legal aplicando de manera automática cualquier disposición normativa, o entender que el orden jurídico trasciende el ámbito legal al incorporar valores o principio superiores (Reyna Alfaro, 2016).

Entonces frente a esta irracionalidad del ejercicio punitivo, se necesita un medio como la determinación judicial de la pena para garantizar su racionalidad, porque la tarea del derecho penal no finaliza cuando se determina la inocencia o culpabilidad, continua su labor al determinar la clase e intensidad de las consecuencias jurídicas a imponerse.

Al culminar un proceso penal se concluye con una sentencia, donde se brinda tres juicios importantes:

“En un primer momento el se pronuncia sobre la tipicidad de la conducta atribuida al procesado (juicio de subsunción); luego, a la luz de la evidencia existente, decide sobre la inocencia o culpabilidad de este (declaración de certeza). Y, finalmente, si declaró la responsabilidad penal. Deberá definir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar al autor o partícipe de la infracción penal cometida (individualización de la sanción)” (Prado Saldarriaga, 2009, pág. 229).

La determinación o individualización de la pena, se explica como un ámbito en el que no inciden solo argumentos relativos al hecho delictivo realizado, sino también una argumentación asentada directamente en los fines de la pena, y principios como el de necesidad de la pena y el de indemnidad personal (Bustos Ramírez, 2004; Silva Sanchez, 2007).

Porque el Juez no puede partir de cualquier valoración personal que considere merezca el autor o el hecho, sino que debe aplicar parámetros congruentes con el ordenamiento jurídico (Chávez Hurtado, 2016). “El proceso de individualización es un mecanismo secuencial que pasa, en primer lugar, por establecer cuál es la pena establecida por el legislador para, en segundo lugar (...), establecer la aplicable al caso concreto y la forma en que la misma será impuesta” (Reyna Alfaro, 2016).

Su finalidad, por ende, es identificar y evaluar las dimensiones cualitativas y cuantitativas de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar al autor o partícipe de un delito, buscando ser un procedimiento técnico y valorativo de individualización sobre la sanción (Prado Saldarriaga, 2009).

3.2. Modelos para Individualizar la Pena

Tal cual han sido desarrollados dogmáticamente los fines de la pena, se han ideado diversas teorías sobre sistemas de la pena o modelos para individualizar la pena, que pretenden un mejor manejo de las discordancias que se presentan en la individualización de la pena.

A. Teoría del espacio de juego

Este planteamiento fue dado por Roxin denominado *spielraumtbeorie*, centrándose en la noción de culpabilidad puesta al servicio de fines preventivo-especiales, explicando que el grado de culpabilidad no puede ser

medido de forma exacta, sino que se mueve dentro de un determinado espacio de juego (Reyna Alfaro, 2016).

Este espacio de juego mantiene límites hacia abajo y hacia arriba adecuados conforme la culpabilidad, en consecuencia si por determinados motivos se superan tales límites, la pena será sentida como injusta (Mendoza Ayma, 2015; Reyna Alfaro, 2016). Esta teoría se pensó como un apoyo a los jueces al facilitarles el acertar con la sanción, al manejar un espacio de juego para graduar la pena, y no buscar un punto preciso.

Las críticas mantenidas refieren que “la culpabilidad como medida para la determinación del marco máximo resulta vaga, imprecisa y abstracta para el objetivo de ir precisando hacia abajo la pena a imponer; es decir, no establece fronteras definidas sino solo límites flexibles” (Chang Kcomt, 2013, p. 526).

B. Teoría de la pena puntual

Esta teoría entiende que la culpabilidad puede establecerse de manera precisa, solo existiendo una pena posible de ser adecuada, negando la existencia de un marco de culpabilidad, por ende, sin guiarse por los fines preventivos (García Aquino, 2017).

Conforme la teoría retributiva, comprende que la culpabilidad puede ubicarse en un punto exacto, en forma de compensación, por otro lado, se descarta cualquier fin preventivo de la sanción lo cual es ir en contra de postulados constitucionales (Chang Kcomt, 2013).

C. Teoría del valor relativo

Sostiene que cada valor de los fines de la pena se debe adecuar a cada etapa del proceso de determinación de la pena, teniendo en cuenta criterios retributivos y luego los preventivos.

Se presentan dos niveles, en el primero, el juez busca precisar el peso del injusto al entablar el quantum de la pena, de manera que las consideraciones preventivo-generales y preventivo-especiales se aplican en segundo lugar, a través del modo de imposición de la pena (Chang Kcomt, 2013).

En este primer paso se debe graduar la culpabilidad en proporción a la gravedad del hecho, buscando un punto fijo del marco legal, mientras en el

segundo paso se debe tomar la decisión relativa a la clase de pena y modo de ejecución (Mendoza Ayma, 2015). Aunque mantiene como críticas el no señalar cuales serían los fundamentos al momento de elegir qué pena aplicar.

D. Teoría de la combinación

En esta es aplicable una triada de elementos, culpabilidad, prevención general y prevención especial, donde se plantea retribuir el ilícito según la culpabilidad y de esta manera buscar el reeducarlos, proteger a la sociedad y servir de ejemplo.

Esta teoría busca conciliar la contradicción entre los fines de la pena, al manejar una armonización práctica, pero sobrevalorando esta práctica al considerarse orientadoras de la pena cuando se torna imposible constatar empíricamente sus resultados.

E. Teoría de la proporcionalidad

Postura que maneja cierto corte retributivo, al tender a objetivos de igualdad y justicia, planteando una proporcionalidad absoluta y una relativa.

“Esta última postula la equivalencia entre las penas de cara a diferentes delitos (si diversas personas realizan delitos equiparables, recibirán penas equiparables). Por el contrario, la proporcionalidad absoluta se refiere a la determinación proporcional de la pena de otros delitos que permitan fijar la del resto” (Chang Kcomt, 2013, p. 525).

Aunque esta teoría mantiene sus vacíos al no precisan cual es la pena base o guía a tomarse en consideración para fijar la pena final y tampoco señala cuáles son los criterios que determinan la cantidad de necesidad de pena.

4. DETERMINACIÓN DE LA PENA: ASPECTO PROCEDIMENTAL

Durante el desarrollo de la parte dogmática de la pena pudimos analizar los principales conceptos asociados a esta herramienta del derecho penal y como en teoría se ubican los fines de la pena dentro de su marco constitucional y legal.

Aun cuando muchos de estos conceptos son tomados en cuenta por su legislación a través de la doctrina y jurisprudencia, es en la aplicación practica donde se denota su ausencia, en principio con leyes desproporcionadas en el extremo de la pena y segundo

con jueces que prefiere ejecutar las normas sin valorarlas o adecuarlas al caso concreto.

Aun cuando en este trabajo se han mencionado las diferentes modalidades de determinación de la pena generados por la doctrina, el ordenamiento jurídico Peruano no recoge ninguna de las teorías mencionadas en los párrafos previos y ni siquiera ha superado el diseño de normas coherentes y acordes con el fin preventivo de la pena regulado por la Constitución (Chang Kcomt, 2013).

Su legislación aun cuando no ha profundizado en el valor de la determinación de la pena, en las últimas reformas (ley N° 30076) ha desarrollado un sistema destinado a ejercer la individualización, denominado sistema de tercios. El cual es un procedimiento practico y sin complicaciones, pero con poca profundización sobre temas como proporcionalidad o culpabilidad.

Lo que genero en consecuencia, que el juzgador Peruano “salvo honrosas excepciones, se ha limitado a señalar y hacer referencia a un conjunto de artículos del Código Penal y Procesal Penal que no dan cuenta de cómo se ha racionalizado la fijación del quantum de la pena final” (Chang Kcomt, 2013, p. 527).

Por ende en los siguiente puntos desarrollaremos como funciona este sistema de tercios y como esta distribuida en su Código Penal, aunando en los demás artí

culos que complementan su función y toda aquella normativa que llega a estar vinculada con la determinación de la pena.

4.1. Procedimiento en la determinación de la pena

Son los artículos 45 y 45-A del C.P. Peruano quienes se encargan de desarrollar un procedimiento sobre la determinación de la pena, centrándose en las situaciones específicas de cada caso del tipo penal y el grado de responsabilidad del autor, porque una decisión no puede estar sometida al arbitrio judicial (Oré Sosa, 2013).

Fue este articulo 45-A quien brindó por primera vez un procedimiento que mostraba los pasos a seguir al individualizar una sanción, surgiendo el sistema de tercios. De origen colombiano, aunque ellos manejaban un sistema de cuartos con base en niveles sucesivos. El primer nivel se daba una ubicación del marco punitivo, en segundo lugar, se lo separaba en cuatro partes a fin de escoger alguno de los espacios conforme agravantes o atenuantes, en tercer lugar, se medía la

gravedad de la conducta e intensidad del año para culminar en cuarto paso, de ser necesario, con rebajas de la pena final (Oré Sosa, 2013).

Este modelo en el ordenamiento Peruano, operativamente se da en tres pasos, el primer paso busca una determinación abstracta sobre la base de un límite superior e inferior de la pena, el segundo paso está orientado a fijar las circunstancias modificatorias de responsabilidad y un tercer paso cuando se da una valorización de estas circunstancias (Mendoza Ayma, 2015).

Las dos primeras etapas se centraron en calificar el hecho punible y sus circunstancias que lo rodean, identificando un marco concreto sobre el cual decidir, reduciendo los márgenes de discrecionalidad (Díaz Roca, 2015). Este sistema trasciende la división en tercios, pues esta actividad se ubica solo en el segundo paso, al momento de valorar se deja de lado las reglas aritméticas para hacer uso de criterios de racionalidad.

A. Determinación del marco abstracto de la pena

Etapa vinculada a la calificación jurídica del hecho, identificando la pena conminada con base en el supuesto legislativo, fijando un límite superior e inferior definido que en muchos casos puede ser igual a la pena básica como en el Delito homicidio⁶, o en caso contrario, cuando no aparece definido los límites, se necesitara construir un marco legal al integrar el límite faltante con las normas genéricas del art. 29 C.P. como en el Delito de lesiones leves⁷ (Mendoza Ayma, 2015; Prado Saldarriaga, 2009).

Esta identificación de la pena básica busca precisar los límites de la pena a través de los límites establecido por el tipo penal, aunque la consecuencia jurídica puede ser complementada por otras disposiciones del código penal relacionadas al grado de participación y ejecución (Prado Saldarriaga, 2009 ; Reyna Alfaro, 2016).

El Acuerdo Plenario N°1-2008/CJ-116, desarrolló dos consecuencias a partir de este procedimiento, primero se identificará el espacio punitivo destinado a ser separado en tercios, determinando el marco legal en abstracto, y segundo

⁶ Art. 106 del Código Penal fija para el caso de homicidio una pena de seis a veinte años, la cual se replica, al momento de precisar el marco abstracto punitivo.

⁷ Art. 122 del Código Penal fija para el delito de lesiones una sanción no superior a dos años, al no fijarse un mínimo legal o abstracto, se recurre a los límites genéricos del art. 29 del C.P., entablandose un mínimo de dos días y un máximo de dos años.

generará la prohibición de considerar nuevamente el hecho punible para lograr la concreción de la pena. En conclusión, esta primera etapa fija la pena básica, verificando el máximo y mínimo de pena conminada aplicable al delito (Esquivel Oviedo & López Arenas, 2019).

B. Determinación marco concreto de la pena

Esta segunda fase busca la fijación del marco concreto a partir de una propuesta y debate de las circunstancias comunes o genéricas previstas en el artículo 46 de su Código Penal, no es solo ejecutar operaciones aritméticas conforme la regla de tercios, sino se debe considerar las circunstancias como un presupuesto material e interpretarlas en función de sus efectos de atenuación o agravación (Chávez Hurtado, 2016).

La interpretación es extensiva sobre los atenuantes y restrictiva sobre los agravantes, al ser un trabajo exploratorio y valorativo se realiza en función de la presencia de circunstancias legalmente relevantes y que están presentes en el caso, para lograr precisar el marco concreto a través del sistema de tercios (Mendoza Ayma, 2015; Prado Saldarriaga, 2009).

En consecuencia, una vez valorada las circunstancias, se procederá al sistema planteado por el art. 45-A del C.P. (Instituto Pacífico, 2019), con los siguientes pasos: a) Identificar el espacio punitivo según la pena prevista por la ley, y dividir el espacio punitivo en tres según los meses, para identificar los tres marcos posibles; b) Operaran las circunstancias genéricas del art. 46 para precisar el marco concreto en el que se individualizara la pena⁸.

Las consecuencias en esta segunda etapa son: primero, determinar el marco legal concreto (tercio superior, intermedio o inferior), y segundo que no se puede considerar nuevamente las circunstancias para efectos de la fijación de la pena puntual.

Por último, conforme la Casación N°626-2013-Moquegua del 2015 (Esquivel Oviedo & López Arenas, 2019) se expresa que:

⁸ Se decidirá por uno u otro de los tres marcos según las siguientes reglas del art 45-A del C.P: con solo agravantes (tercio superior), con solo atenuantes (tercio inferior), y con la presencia de ambos (tercio intermedio)

“El art. 45-A (...) establece que la pena se aplica por tercios; inferiores, intermedios y superiores; será sobre la base de tres factores: a) circunstancias generales y atenuantes establecidas en el art. 46 incisos uno y dos incorporados por la ley citada; b) causales de disminución o agravación de la punición⁹ (...); c) Asimismo se debe tener en cuenta la regla establecida en el artículo 45 del Código Penal y las fórmulas del derecho premial¹⁰ (...)”.

En conclusión, con apoyo de la graduación del quantum aplicable al delito, se determinará la pena concreta según factores subjetivos u objetivos que influyan en la medición de su intensidad.

C. Individualización de la pena

En esta fase se procederá a individualizar la pena, dejando de lado las reglas aritméticas, centrándose en una actividad exclusivamente jurídica que ha de ser llevado conforme criterios de racionalidad (Mendoza Ayma, 2015). Esta individualización se da en atención al alcance o grado del hecho delictivo cometido (Oré Sosa, 2013).

Por lo que entran al proceso de valoración lo dispuesto en el artículo 45 del Código Penal (Instituto Pacífico, 2019): *“Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo o posición; Su cultura y sus costumbres; y los intereses de la víctima, considerando especialmente su situación de vulnerabilidad.”*

Lo cual se refleja en algunas decisiones de la Corte Suprema, La Ejecutoria Suprema R.N. N° 476-2001-Madre de Dios del 2001 (Esquivel Oviedo & López Arenas, 2019) en un caso de violación sexual precisó que “se debe tener en cuenta sus condiciones, el medio social en el que se ha desarrollado el evento, su *escasa cultura*, por lo que resulta de aplicación el artículo 45 del Código Penal (...) debiendo modificarse la pena impuesta (...)”.

⁹ Error de prohibición vencible (art.14), error de prohibición culturalmente condicionado vencible (art.15), tentativa (art.16), responsabilidad restringida de eximentes imperfectas de responsabilidad penal (art.21), responsabilidad restringida por la edad (art.22), complicidad secundaria (art.25), segundos agravantes por condición del sujeto activo (art.46-A), reincidencia (art.46-B), habitualidad (art.46-C), uso de inimputables para cometer el delito (art. 46-D), concurso ideal de delitos (art.48), delito masa (art.49), concurso real de delitos (art.50) y concurso real retrospectivo (art.51).

¹⁰ Confesión, terminación anticipada del proceso, conformidad del acusado con la acusación y colaboración eficaz.

Estas carencias y condiciones personales del autor se deben evaluar con relación al injusto cualificado y su reprochabilidad por el hecho a fin de decidir si tienen aptitud para reducir la pena según la R.N. N°1891-2008-Madre de Dios, del 2008 (Esquivel Oviedo & López Arenas, 2019). Por eso no basta con invocar la concurrencia de carencias sociales o culturales, ya que se debe precisar de qué modo estas influyeron en la comisión del hecho punible en el caso en concreto conforme la R.N N°3326-2007-Madre de Dios, del 2007 (Esquivel Oviedo & López Arenas, 2019).

Esta última etapa que debiera ser la de mayor profundidad, al ser la fase donde se exponen únicamente argumentos jurídicos dejando de lado lo aritmético, generalmente no es argumentada, porque se prefiere la subsunción al imponer una pena a través de la lógica formal, cuando lo apropiado es realizar una actividad esencialmente ponderativa (Mendoza Ayma, 2015).

4.2. Circunstancias especiales de la Responsabilidad Penal

A. Supuestos de atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas

Uno de los problemas técnicos legislativos se manifiesta en el inciso tres del art. 45-A del C.P (Instituto Pacífico, 2019), cuando plantea la existencia de circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, de una forma confusa:

La pena concreta se determina de la siguiente manera: a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior; b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito.

Lo cual permite entender que en dicha legislación siempre se ha planteado dividir el marco abstracto de la pena en tres, independientemente de la presencia de atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas (Oré Sosa, 2013). En consecuencia, surgen las incógnitas sobre como operar la determinación del marco abstracto, ¿sería lo correcto colocar al extremo máximo del tipo penal como el nuevo mínimo abstracto?, ¿las categorías

reguladas desde el artículo 13 al 22 del C.P son circunstancias privilegiadas o disminución de la punibilidad?, porque al final estos planteamientos influyen en la primera etapa de la determinación de la pena.

Frente a estas cuestiones, hay quienes afirman que dicho ordenamiento si contempla tales circunstancias, asignándoles un nuevo marco punitivo, y que las disposiciones entre el art. 13 al 22 deben ser consideradas como atenuantes privilegiadas. Mientras otros consideran que dichas atenuantes o agravantes no merecen recibir un nuevo marco, por ende, no procede individualizar la pena por debajo del tercio inferior, mientras que los artículos del 13 al 22 son causas que disminuyen la punibilidad (Bustos Ramirez, 2004).

Esta segunda postura ha mantenido como fundamento una coherencia interna con la teoría del delito, defendido que las categorías de los artículos de omisión impropia, error de prohibición, pertenecen a la teoría del delito y por ende no son circunstancias privilegiadas (Mendoza Ayma, 2015). Mientras para la primera postura, estas categorías de omisión impropia o error asignan consecuencias punitivas como “se le disminuirá prudencialmente la pena”, por ende hacen menos grave el injusto o disminuyen su culpabilidad¹¹.

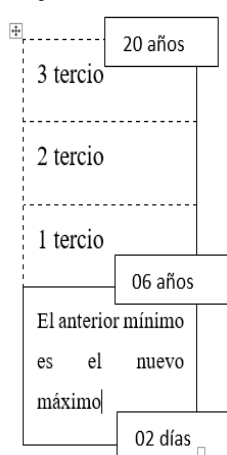
Conforme el artículo 45-A y los sucesivos 46-A o 46-B del Código Penal, se plantea marcos de circunstancias atenuantes privilegias y agravantes cualificadas, para determinar el nuevo mínimo o máximo legal (Oré Sosa, 2013).

Sobre las atenuantes privilegias se entiende por los dispuesto en su Código Penal (Instituto Pacífico, 2019) “*la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior*”, el nuevo máximo legal del marco resultante, es el anterior mínimo¹². Lo cual brinda dos consecuencias irrefutables: a) exigencia de marco legal y b) el límite inferior y límite superior se encuentran regulados normativamente, por lo cual se debe fijar un nuevo marco punitivo, en clara legalidad (Mendoza Ayma, 2015).

¹¹ Es diferente consumir el delito de homicidio, frente a la acción de intentar matar, al primero se le asigna una pena entre 6 y 20 años, mientras el segundo al ser en grado de tentativa necesariamente debe ser modulada al confirmar un nuevo marco atenuado. Por lo cual quienes sostienen que si son circunstancias atenuantes privilegias realizan una interpretación de la realidad (Mendoza Ayma, 2015).

¹² Algunas propuestas jurisdiccionales han interpretado que: a) las circunstancias privilegiadas operan directamente en la disminución judicial de la pena o b) Otros plantean una disminución en un tercio por cada circunstancia privilegiada. Ambas propuestas si bien nacen de fuentes jurisdiccionales se expresan como contra legem (Mendoza Ayma, 2015).

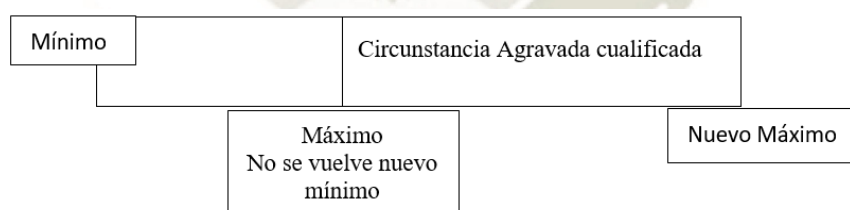
Eje. Delito de Homicidio



Conforme lo expresa el profesor Oré Sosa (2013), lo coherente sería señalar al mínimo legal previsto en el artículo 29 del C.P teóricamente de dos días, pero tomando en consideración el efecto negativo de una sanción de tal magnitud. Por lo cual tal debiera ser regulada por el legislador, como lo hizo nuestra referencia colombiana que establece una proporción en la cual se produce la disminución (Mendoza Ayma, 2015).

Sobre las agravantes cualificadas como una de las manifestaciones de la sobre criminalización, se concreta al fijarse por encima del tercio superior, donde el límite máximo no amerita mayor duda entendiendo que se puede incrementar en la proporción señalada por el legislador siempre que no exceda los 35 años (Mendoza Ayma, 2015).

Pero donde se presentan las dudas es sobre el extremo mínimo, sobre esto último han surgido dos posturas. Unos consideran que la respuesta punitiva se da al generar un nuevo mínimo legal que será el anterior máximo legal, mientras otros entienden que el límite mínimo no se mueve, solo recorre en el nuevo máximo (Oré Sosa, 2013).



Conforme lo expresa el doctor Mendoza Ayma (2015) se debe seguir lo que dispone la ley cuando precisa “encima del tercio”, por lo cual hace referencia al tercio superior dentro del cual se concretará el límite, porque si se hubiera buscado que el anterior máximo se vuelve el nuevo mínimo, la ley tendría que decir “la pena se fijará por encima del máximo legal”.

B. El principio de compensación racional

Este enfoque está destinado para la segunda etapa de la determinación judicial de la pena, cuando experimentamos un caso donde el hecho punible está

acompañado de una sola circunstancia agravante y diversas atenuantes, planteándose la interrogante sobre cómo resolver tal situación concreta. Si puramente aplicáramos la subsunción del art 45-A, ubicaríamos la pena dentro del tercio intermedio, pero en esta ausencia de ponderación se debe preguntar si ¿Es correcta tal elección?

Frente a esta situación surge como alternativa doctrinaria la compensación racional, aunque amparada constitucionalmente por el principio de proporcionalidad dispuesto en el art. 200 Constitución y el de resocialización fijado en el art. 139, inc.22 (Instituto Pacífico, 2019). Esta postura fue diseñada en la legislación española, en evidente protección de la proporcionalidad, y a diferencias del sistema de tercios no se trata de una compensación matemática (García Aquino, 2017).

Esto es porque no es una cuestión matemática, el atribuir efectos nulificantes de una circunstancia atenuante frente a una agravante, este principio comprende que “los efectos atenuantes por su carácter constitucional extensivo tienen mayor entidad y preponderancia que los efectos agravantes” (Mendoza Ayma, 2015, p.115).

El procedimiento para activar este principio, operaba primero con las circunstancias agravantes, que pueden ubicarse en tercio superior, pero luego de una comprobación de las circunstancias atenuantes se podría generar un efecto nulificante de la agravante y según eso se buscaría individualizar la pena en un tercio intermedio o inferior (Poma Valdivieso, 2013).

C. Circunstancias específicas y genéricas

Esta situación plantea la problemática de valorar las circunstancias específicas del tipo penal para elaborar el marco abstracto y luego se utilice las circunstancias genéricas para ubicar el marco punitivo dentro del tercio superior. Se torna una práctica con tendencias desproporcionales, ya que se inclinaría por individualizarse siempre en el tercio superior.

Por lo cual, en delitos como robo y hurto, al poseer circunstancias agravantes específicas, la individualización se realizará el tercio superior al no existir circunstancias específicas de atenuación. Frente a esto surge la pregunta si ¿Es

factible compensar circunstancias específicas de agravación con circunstancias genéricas de atenuación?

Según lo expresa Mendoza Ayma (2015) la respuesta sería un no en principio, pero pareciera que no existiese otra de manera para configurar una mejor respuesta, por lo cual se convertiría en una medida provisional, pero sin llegar a una compensación plenamente proporcional, entendiendo que son dos entidades de naturaleza diferente.

Aunado a esto es necesario precisar que la circunstancia específica excluye a la genérica, puesto que existen algunas circunstancias que al presentarse de manera concurrente resultan incompatibles entre sí, mientras que, ante circunstancias compatibles pero de distinto grado se debe mantener la regla, por la cual circunstancias de mayor grado absorberán a las de grado menor¹³ (Hurtado Pozo, 2011).

D. Prohibición de doble valoración

Las etapas en la determinación judicial de la pena, marcan pautas para cada periodo, entre esto, se indica que la segunda etapa es aquella donde se valoran las circunstancias genéricas del art. 46 del C.P., por ende, no podrían valorarse nuevamente en la última etapa para individualizar la pena, considerando que existe proscripción de la doble valoración.

Debemos ser claros en entender que no podemos extender la operatividad de ciertas normas a alcances no regulados, ya que no solo afecta el non bis in ídem sino se degenera el procedimiento a un mero sistema aritmético, ajeno a un proceso de ponderación que merece la individualización (Hurtado Pozo, 2011).

La prohibición de doble valoración es un principio que también supone

“La imposibilidad de que el operador de justicia penal, al momento de determinar judicialmente la pena, introduzca (contra reo) como criterios de individualización judicial de la pena aspectos que han sido

¹³ Regla acogida por el AP N°2-2010/CJ-116 del 2010 (Esquivel Oviedo & López Arenas, 2019), que señala “En estos casos la circunstancia de mayor grado absorberá el potencial y eficacia agravante de las de grado inferior (...). Por tanto, ante tal concurrencia de circunstancias agravantes el juez deberá decidir la pena concreta con base en la escala punitiva del agravante específica de mayor grado o nivel”

ya tomados en consideración al momento de la determinación de la pena abstracta por parte del legislador” (Reyna Alfaro, 2016, p. 203).

Por lo cual no sería posible, realizar la medida de la culpabilidad en el proceso de individualización de la pena sobre un delito especial valorando la condición especial de autoría, ya que dicha valoración ya fue realizada por el legislador al momento de fijar el tipo penal.

Esta doble valoración es reconocida por el artículo 45-A del Código Penal (Instituto Pacífico, 2019) al indicar “el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad”. Y el art.46 del Código Penal (Instituto Pacífico, 2019) cuando precisa que “Constituyen circunstancias (...) siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible”.

Aquellas circunstancias que forman parte del injusto penal, son elementos diferentes a toda aquella circunstancia accidental que es evaluada para su determinación, siendo elementos excluyentes entre sí, porque aquellas usadas para fijar el marco penal, no podrían nuevamente ser consideradas para la sanción según se señala en el Acuerdo Plenario N°1-2008/CJ-116 (Esquivel Oviedo & López Arenas, 2019).

4.3. Circunstancias Modificatorias de la Responsabilidad Penal

Estas circunstancias que son de carácter objetivo apoyan a la medición de la intensidad de un delito, “analizar la mayor o menor desvaloración de la conducta ilícita (antijuridicidad del hecho); o el mayor o menor grado de reproche que cabe formular al autor de dicha conducta (culpabilidad del agente)” (Prado Saldarriaga, 2009, p.231).

Las circunstancias pueden ubicarse en tres tipos, genéricas, específicas y accidentales, estas últimas son añadidas a un tipo penal básico, donde se integran y forman una figura jurídica (parricidio), las específicas se encuentran en la parte especial mediante una conexión única a ciertos delitos, mientras que las genéricas son reguladas por el artículo 46 del Código Penal (Prado Saldarriaga, 2009).

Las circunstancias son hechos que rodean el contexto de la realización del hecho punible, y esta diferencia es más teórica, ya que en la realidad se presentan de

manera indisoluble, convirtiéndose en supuestos de hecho cuyo fin es modular la pena (Mendoza Ayma, 2015).

Una de las nociones básicas al momento de su aplicación es analizar la compatibilidad que manejen entre sí, mediante el test de compatibilidad se busca evitar que una misma situación genere un doble efecto. En consecuencia, cuando se presente tal situación, el juez las valorará conjuntamente cuando no estén referidas al mismo factor, en caso contrario, la circunstancia específica excluye a la general y la circunstancia de mayor grado absorberá a las de menor grado (Poma Valdivieso, 2013).

En este punto se desarrollará de forma resumida los conceptos claves correspondientes a las circunstancias genéricas de atenuación y agravación, dispuestas en el artículo 46 del C.P, que son importantes para la segunda etapa de la determinación judicial de la pena, ya que deben ser imputadas con argumentos fácticos y justificadas a raíz de una valoración del caso en concreto.

Dentro de las circunstancias que influyen la responsabilidad, algunas pueden ser atenuantes si precisan un menor desvalor de la conducta ilícita, generando una pena menor; otras son agravantes si logran imponer una pena mayor conforme un mayor reproche de la culpabilidad; mientras que son mixtas cuando producen un efecto atenuante o agravante según lo decide el legislador¹⁴.

El Código con las diversas modificaciones ha variado los supuestos que modifican la responsabilidad penal, o agravantes o atenuantes genéricas. En el texto original se manejaban once supuestos como naturaleza de la acción o los medios empleados, conceptos más abstractos que normas específicas, pero luego con la ley N°30076 se modificó todo esto.

A raíz de esta, se establecieron causales de atenuación o agravación muy concretas y fáciles de subsumir a sucesos fácticos, lo cual solo vario levemente con las demás reformas, siendo la ultima el Decreto legislativo N°1323 del 2017. Y es, sobre esta última reforma que vamos a enumerar los supuestos genéricos que influyen en la segunda etapa de la determinación judicial de la pena.

¹⁴ Como en el caso de parentesco con el autor con la víctima, en lesiones graves funciona como agravante mientras que en algunos delitos patrimoniales funcionan como excluyentes de responsabilidad.

A. Constituyen circunstancias de atenuación:

a) *No tener antecedentes penales;*

Esta atenuante al evaluar la vida pasada del autor, reduce una sanción producto de su buena conducta previa, es decir, se dirige al delincuente primario, o aquellos que han quedado rehabilitados (Oré Sosa, 2013).

b) *Actuar por móviles nobles o altruistas;*

En esta causal se valora los motivos de la acción delictiva, considerando de menor ilicitud aquella donde surgieron sentimientos básicos de piedad o solidaridad (Prado Saldarriaga, 2009).

c) *Actuar en estado de emoción o temor excusables;*

Un supuesto que llega a cuestionarse pues en apariencia es igual al miedo insuperable (art. 20 inc. 7 C.P., que excluye la culpabilidad), según Oré Sosa (2013) refieren que se aplica el art. 20 cuando el temor es excusable, mientras que al no ser totalmente excusable se usa el art. 46. Lo cual también se plantea para el estado de emoción, que será atenuante en tanto no lo sea de tal intensidad que se genere una grave alteración de la conciencia.

En la Ejecutoria Suprema R.N N°2154-2000 (Esquivel Oviedo & López Arenas, 2019) se planteó que “las condiciones personales del agente, las cuales están referidas no solo a factores sociológicos sino también a circunstancias que hayan afectado su percepción de los hechos sin que estos constituyan causas de imputabilidad”.

d) *Influencia de Factores personales o familiares;*

Son aquellas conductas donde la capacidad de una persona de internalizar los mandatos o normas, queda reducida o suprimida frente a situaciones personales o familiares (Prado Saldarriaga, 2009).

e) *Intentar la disminución de las consecuencias del delito;*

Un supuesto que se puede ejemplificar cuando posterior a la comisión del delito de lesiones, el autor preste auxilio a la víctima. Conforme Velásquez (citado en Oré Sosa, 2013) esta acción es “(...) desplegada con miras a restablecer las cosas al estado en que se encontraban con anterioridad al suceso

o, por lo menos, a hacer menos gravosa y penosa la situación del sujeto pasivo” (p.9).

f) *Resarcir los daños ocasionados de forma voluntaria;*

Esta atenuante considera que existe una actitud positiva merecedora de apremiar, cuando la persona repara en lo posible el daño ocasionado por sus conductas, siempre que sea previo a la sentencia y espontánea, es decir, debe partir del autor (Prado Saldarriaga, 2009).

g) *Acudir ante las autoridades, de forma voluntaria, admitiendo responsabilidad*

Esta conducta se muestra como un claro arrepentimiento, una voluntad de asumir su responsabilidad y aceptar plenamente las consecuencias de sus actos, una actitud que es destacada por ser contraria a la frecuente búsqueda de impunidad (Prado Saldarriaga, 2009).

A su vez tenemos que diferenciarla de la confesión sincera dispuesta por el Código Procesal Penal, considerando que esta exige un aporte probatorio y ofrecer utilidad en su testimonio, mientras lo dispuesto en el art.46 es equivalente a una autodenuncia (Hurtado Pozo, 2011).

h) *La conducta punible es influenciada por la edad.*

Esta circunstancia semejante al artículo 22 del C.P., podría ser un supuesto aplicable a hechos donde por razones normativas no sea de aplicación el artículo 22 del C.P. como delitos contra la libertad sexual (Oré Sosa, 2013).

En la jurisprudencia se tiene la Ejecutoria Suprema R.N. N°527-2004 (Esquivel Oviedo & López Arenas, 2019), se planteó “es de sostener que estos son jóvenes con una gran inmadurez emocional, lo cual los llevó a cometer el delito sin medir las graves y reales consecuencias del mismo, las que deben afrontar”.

B. Constituyen circunstancias agravantes:

a) *Afectar bienes o recursos destinados a necesidades básicas;*

Esta casual genera una evaluación negativa, cuando se produce una afectación a objetos materiales destinados al beneficio de la comunidad, por ser de utilidad común (Oré Sosa, 2013).

b) *Afectar bienes o recursos públicos;*

De igual forma que la anterior causal, se agrava una sanción cuando se afecta recursos públicos, destinados a fines del estado (Oré Sosa, 2013).

c) *Obrar por motivos fútiles o por precio;*

Esta agravante es un supuesto opuesto a la atenuante de móvil altruista, por lo cual le otorga una valoración negativa a los fines que guían la acción delictiva, debiendo ser considerado una conducta más ilícita la oponerse a los sentimientos básicos de la piedad o solidaridad de la sociedad (Prado Saldarriaga, 2009).

d) *Actuar bajo motivaciones de intolerancia o discriminación*

Otra agravante que evalúa la motivación del delincuente, quien, para esta circunstancia, obra bajo la idea de exclusión o restricción por motivos religiosos o políticos.

e) *Hacer uso de instrumentos que generen peligro común;*

Es una agravante en la que se aprecia el *modus operandi* del autor, donde se cuestiona los medios empleados al representar un peligro general, siendo un riesgo de daño a un número indeterminado de bienes o persona, cuando no era necesario (Oré Sosa, 2013).

f) *Aprovecharse de circunstancias o de una condición de superioridad;*

Este es un supuesto que entendemos no contradice el principio de no autoincriminación, ya que debe interpretarse que se evalúa cuando sean conductas en contra de la víctima por su condición de superioridad, disminuyendo las posibilidades de defensa de la menor (Oré Sosa, 2013).

g) *Generar mayores consecuencias negativas al hecho delictivo;*

Este inciso entiende que hay casos donde el agente no se satisface con la consumación del delito, sino que busca un resultado más grave, como cuando se prende fuego a un carro y luego se impide el apoyo de los bomberos (Oré Sosa, 2013).

h) *Hacer un uso abusivo del cargo o posición económica;*

Situación agravante pues, el hecho va más allá de la magnitud del delito, ya que se ha comprometido obligaciones de índole funcional mediante infracciones de deberes especiales que debió vigilar y cuidar, lo cual aumenta el desvalor a tal conducta (Prado Saldarriaga, 2009).

i) *La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito;*

Esto se da porque se ha entendido que existe mayor grado de peligrosidad y de inseguridad para la víctima cuando hay pluralidad de agentes que mantienen acuerdos de voluntades dirigidos para lo ilícito (Prado Saldarriaga, 2009).

j) *Ejercer una conducta delictiva mediante la instrumentalización de un inimputable;*

Está agravante guarda relación con la autoría inmediata por la cual se observa una instrumentalización de otra persona, para cometer un hecho punible, siendo un factor corruptor y de serio peligro para alguien que se encuentra con manifiestas deficiencias psicológicas u orgánicas, o es una persona en pleno desarrollo (menor de edad) (Oré Sosa, 2013).

k) *Conducta delictiva desde una institución de reclusión;*

Una agravante dirigía a quienes cumplen condenas a pena privativa de libertad o prisión preventiva, quienes muestran una manifiesta acción de rechazo a la autoridad y ningún arrepentimiento.

l) *Generar un daño a los ecosistemas naturales;*

Una agravante que no es exclusiva de delitos contra el medio ambiente, pudiendo ser considerada en delitos como peligro común por incendio o explosión (art. 273) o delitos contra la seguridad común (Oré Sosa, 2013).

m) *Se emplearon armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos.*

Expresa un supuesto donde se reconoce la peligrosidad del autor, ya que sus hechos mediante estos medios pueden comprometer en mayor o menor medida la seguridad de la víctima y provocar graves estragos (Prado Saldarriaga, 2009).

n) *Si la víctima es un niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad, o adulto mayor*

Este supuesto plantea que existen cierto grupo de personas con mayor vulnerabilidad, por lo cual se desaprueba toda conducta en contra de estos grupos, merecedores de una protección mayor, por eso se establecen incrementos de pena en contra de aquellos que se aprovechan de tales situaciones.

4.4. Procedimiento en supuestos de circunstancias específicas

En este último punto sobre el procedimiento para la determinación judicial de la pena, analizaremos algunos casos especiales dispuesto por el Código Penal Peruano, que influyen en los márgenes de la pena abstracta y como separar un marco de pena concreta.

A. Grado de participación en el delito

Hasta ahora hemos analizado la determinación de la pena en cuanto al propio autor, pero este puede no ser el único en formar parte del delito, siendo necesaria también una sanción para otros intervinientes.

Sobre los instigadores y cómplices primarios según los artículos 25 y 26 del C.P. (Instituto Pacífico, 2019) son sujeto a la misma pena del autor, sometidos a la misma base abstracta de sanción, pero lo cual no es equiparable a recibir idéntica pena, ya que cada persona es sujeta a su propia individualización.

Diferente es la situación al hablar de cómplices secundarios según el art. 25 del C.P. (Instituto Pacífico, 2019), se le disminuirá prudencialmente la pena, es decir, su marco abstracto será sujeta a una reducción prudencial, diferente al autor.

Norma que genera interrogantes sobre los límites precisos, quedando a merced de la interpretación, aunque la doctrina jurisprudencial suele considerar tal situación por debajo del mínimo legal, como atenuante privilegiada (Reyna Alfaro, 2016).

En el Ex. N°027-2002 de la Sala penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, durante un proceso de enriquecimiento ilícito hubo sanción al autor con diez años, mientras que a los cómplices se les asignó una sanción de cuatro años (Reyna Alfaro, 2016).

B. El grado de ejecución del delito

Las consecuencias jurídicas de la parte especial del Código Penal Peruano, están en totalidad referidas a hechos consumados, pero en la parte general se desarrolla la posibilidad de tentativa (art. 16 C.P.) sujeta a una reducción prudencial. Que según ciertas interpretaciones, ingresa al grupo de atenuantes privilegiadas que establece un marco abstracto por debajo del mínimo legal (Chang Kcomt, 2013).

C. Reincidencia y Habitualidad

El Código Penal (Instituto Pacífico, 2019), en su artículo 46-B y 46-C, plantean dos circunstancias consideradas agravantes cualificadas, dando permiso al juez de fijar una sanción por encima del máximo legal. La primera situación es denominada reincidencia, donde se permite una pena hasta un tercio por encima del máximo legal, la segunda causal es denominada habitualidad donde se establece una pena hasta en una mitad por encima.

El legislador cuando introdujo estas reformas no solo deja de lado políticas de reforma criminal, sino ha creado graves problemas de interpretación que han comenzado a ser solucionados por la Jurisprudencia, partiendo del Acuerdo Plenario N°1-2008/CJ-116 (Esquivel Oviedo & López Arenas, 2019) que estableció distintos criterios:

Sobre la operatividad de las circunstancias se ha establecido, a) Ambas circunstancias obedecen a un rol de agravantes cualificadas, con la posibilidad de superar el máximo legal, b) Por ende el juez al tener contacto con estos casos, entablará un nuevo marco conminatorio acorde a ley.

Reincidencia, es una circunstancia específica en que “se halla una persona a la que se le imputa la comisión de un delito, y que abre espacio para la valoración de sus conductas anteriores, con miras a determinar la graduación de las penas” según la STC Ex. N°003-2005-PI/TC, fj.44-45 (Esquivel Oviedo & López Arenas, 2019)¹⁵.

¹⁵ Se ha considerado que la norma de reincidencia comprende una calificación delictiva adicional a la calificación ya prevista para el tipo penal, Ante la presunta realización de un delito, se evalúa primero la subsunción al tipo penal, y en un segundo momento la calificación como reincidencia, para después proceder a la atribución de sanciones según la STC N°003-2005-PI/TC (Instituto Pacífico, 2019)

Necesita dos requisitos, primero que se tenga el registro de condenas a la vista, y segundo por el principio acusatorio ha de ser solicitado por el fiscal en la acusación, impidiendo establecerse de oficio a fin de no vulnerar el principio de contradicción conforme se señala en el A. P. N°1-2008/CJ-116 (Esquivel Oviedo & López Arenas, 2019).

La reincidencia tiene tres componentes, a) Funciona solo hasta los cinco años posteriores al cumplimiento parcial o total de la pena privativa de libertad¹⁶, y b) el nuevo delito tiene la posibilidad de ser de igual o distinta naturaleza que la sanción de origen y c) como consecuencia la cancelación de los antecedentes penales queda sin efecto, hasta el cumplimiento de la nueva condena según se indica en el A. P. N°1-2008/CJ-116 (Instituto Pacífico, 2019).

La pena conminada se incrementará hasta en una mitad por encima del máximo legal, o en no menos de dos tercios por encima del máximo legal para algunos casos. En algunos casos que a su vez no necesitan el plazo de cinco años.

La habitualidad implica la persistencia de más de tres delitos, muchos afirman que tal agravante califica la naturaleza psicológica del individuo, pero la habitualidad no supone ingresar en el ámbito de la personalidad o el modo de vivir porque la reincidencia no es el único fin de la pena, ya que también lo es la obligación de proteger bienes constitucionales por parte del Estado, entre ellos la seguridad de los ciudadanos según la STC. Ex. N°0014-2006-PI/TC (Instituto Pacífico, 2019).

Se produce solo si a) Durante el plazo de 5 años, se han cometido tres delitos y no medie condena sobre ninguno, b) Los delitos cometidos tienen que ser dolosos y de igual naturaleza

La pena conminada se incrementa hasta un tercio por encima del máximo legal, o hasta una mitad por encima del máximo legal en algunos casos que a su vez no necesitan el plazo de cinco años.

¹⁶ “dicho imputado registra anotación de condena con pena privativa de libertad con carácter de suspendida (...), no le alcanza la circunstancia cualificada antes aludida” señalado por la R.N. N°3503-2013, Sala Penal Transitoria de Lima (Esquivel Oviedo & López Arenas, 2019)

En caso de habitualidad, frente a una situación de concurso real o retrospectivo, se aplicarán los efectos punitivos solo en el tercer delito cometido en el lapso de cinco años y luego se sumará la pena resultante a las penas concretas correspondientes¹⁷.

“La condición cualificada de una agravante siempre demanda que el juez determine la pena concreta dentro del nuevo marco conminatorio que ha fijado la Ley como consecuencia punitiva para la reincidencia y la habitualidad” (Prado Saldarriaga, 2009).

D. Atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas

El error de tipo y de prohibición, estas categorías manejan aquellas situaciones donde se llegue a eliminar la tipicidad subjetiva o descartar el conocimiento de antijuridicidad respectivamente, causando en muchos casos la exclusión de una pena (error invencible, pero en algunos casos la trascendencia es menor (error vencible).

Conforme el artículo 14y 15 del Código Penal Peruano, el error de tipo vencible es tratado a título de culpa mientras que la pena de error de comprensión vencibles será atenuada, a lo cual podemos precisar que se trata de una atenuación obligatoria por debajo del mínimo legal (Reyna Alfaro, 2016).

Justificación y exculpación imperfecta, la presencia de causas de justificación provocan eliminación de la antijuridicidad o culpabilidad del comportamiento típico, evadiendo la imposición de una pena. Pero hay casos donde sucede una justificación y exculpación imperfecta, conforme lo expresa el art. 21 del C.P. , por lo cual se hace merecedor de una atenuante facultativa que puede extenderse a límites inferiores del mínimo legal (Reyna Alfaro, 2016).

Imputabilidad restringida por razón de edad, por razones de culpabilidad, vinculada a contornos temporales delimitados, a) Hasta los 17 años de edad, se reconoce una ausencia de culpabilidad, rechazando la punibilidad, b)

¹⁷ “al haberse realizado tres robos con agravantes se configura la habitualidad, alterando el marco punitivo establecido originalmente para el tercer delito y se construye un nuevo marco punible” según la R.N. N°2479-2016-Ancash (Instituto Pacífico, 2019)

Desde los 18 a los 21 años y desde los 65 años, se reconoce una menor capacidad de culpabilidad, con otra respuesta en la sanción.

Este segundo punto está fijado en el artículo 22 del C.P., donde se faculta al juez de brindar una reducción prudencial de la pena, a partir de un cálculo de la fecha de comisión del ilícito a fin de relacionarlo con la edad requerida, lo cual está justificado por menor asequibilidad normativa de estas personas.

Concurso real e ideal de delitos, se trata de reglas sobre la pena abstracta correspondiente a casos de concurrencia de ilícitos, cuando sucede concurrencia ideal conforme el artículo 48 del C.P. la pena aplicable será la correspondiente al máximo delito conminado con mayor pena, pudiendo agregársele hasta una cuarta parte siempre que no supere los treinta y cinco años (Reyna Alfaro, 2016).

Mientras que, en casos de concurso real¹⁸, conforme el artículo 50 del C.P. establece como calculo la suma del máximo de la pena a imponerse, siempre que no supere el doble de la pena conminada para el delito más grave y no exceda los treinta y cinco años.

Por condición del sujeto activo, según el art. 46-A una circunstancia agravante que mantiene diferentes supuestos de agravante cualificadas, primero cuando se trate de un miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, en consecuencia, se aumenta la pena hasta la mitad por encima del máximo legal.

A su vez se aumenta hasta en un tercio cuando se cometan hechos punibles desde un establecimiento penitenciario en delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro.

Es un incremento punitivo que mira las especiales características del sujeto activo de la conducta típica y antijurídica, a quien se le ha investido de especiales deberes de lealtad para con la organización social, lo cual implica

¹⁸ Conforme el Acuerdo Plenario N°4-2009/CJ-116 (Instituto Pacífico, 2019), en caso de este concurso, la determinación de la pena se divide en dos partes:

“a) Identificación de una pena básica y una pena concreta parcial para cada delito integrante del concurso, lo cual supone establecer primero la penalidad conminada, y luego entablar la pena concreta. Lo cual debe cumplirse tantas veces como delitos estén, como si cada hecho debiera enjuiciarse solo.

b) Se procederá a sumar las penas concretas parciales, y así obtener un resultado, que será la pena concreta total del concurso real. Sin embargo, esta pena tendrá que ser sometida a un doble examen de validación, primero no exceder los treinta y cinco años, segundo no exceder el equivalente a la pena del delito más grave. En caso de que el resultado supera cualquiera de estos límites, su extensión debe reducirse hasta el límite correspondiente.

un mayor desvalor de acción, conforme el Acuerdo Plenario N° 8-2009/CJ-116 (Esquivel Oviedo & López Arenas, 2019)¹⁹.

Uso de menores en la comisión de delitos, de igual forma el artículo 46-D prevé que se incrementa la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal en casos se utilice un menor de edad u otra persona inimputable para cometer un hecho delictivo, una agravante cualificada por la instrumentalización de personas que no se encuentran en capacidad de comprender la ilicitud de sus actos.

Abuso de parentesco, según el artículo 46-E cuando el autor se aproveche su calidad de ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, sobre la víctima, será merecedor de una pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado.

5. CULPABILIDAD Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Hasta ahora hemos analizado las circunstancias que influyen para establecer el marco concreto de la pena, y muchas de ellas ayudan a superar adecuadamente las dos etapas de la determinación judicial de la pena. Pero en la tercer etapa ya no manejamos estos supuestos específicos u operaciones aritmética, en cambio, usamos la ponderación para fijar la individualización a través del uso de los principios de proporcionalidad y culpabilidad.

5.1. Culpabilidad

La culpabilidad maneja una doble connotación, es fundamento y límite de la pena, que se ven unidas por la idea de asequibilidad normativa, por la cual los operadores debieran estar encaminados a medir la culpabilidad y entenderla como una categoría graduable (Reyna Alfaro, 2016).

A partir del sistema de tercio y las demás modificatorias, se formó un procedimiento sencillo de determinación, pero genero operadores penales creadores de tablas aritméticas como formato para dividir el espacio punitivo, careciendo de fundamentos dogmáticos o teóricos.

¹⁹ En este mismo acuerdo plenario que el incremento punitivo solo se expresa al momento de la determinación de la pena por el juez, al valorar las circunstancias del caso en concreto, de modo que el incremento de pena no puede ser adicionado para efectos de determinar el plazo de la prescripción de la acción penal.

Si bien se reconoce lo práctico y objetivo de estas medidas, debe ser indiscutible que una cuantía de pena, por ser un caso difícil, no puede ser producto de una elemental subsunción, sino de una actividad esencialmente ponderativa (Mendoza Ayma, 2015). Siendo claro que este proceso no puede ser intuitivo, ni de libre discrecionalidad, por lo contrario, se exige un mínimo de racionalidad sobre la base de un filtro analítico de la culpabilidad.

Siendo esta la última fase de la determinación de la pena, se deben tener algunas reglas claras, como la prohibición del doble efecto de las circunstancias genéricas²⁰, sobre todo en circunstancias agravantes, pero que puede variar sobre circunstancias atenuantes que pueden llegar a valorarse tanto para el marco concreto como para individualizar la pena.

El Código Penal Peruano (Instituto Pacífico, 2019) en su artículo 46 del C.P. plantea una serie de características que indiquen en la determinación, donde algunas implican una compensación de la culpabilidad mientras otros la intensifican, e incluso hay algunas que la compensan. Cuando interpretamos que la medida de la pena no puede sobrepasar la medida de culpabilidad, se piensa en ¿Cómo compensarla?, para lo cual existen dos modelos uno constructivo y otro destructivo.

Una compensación constructiva se da cuando un comportamiento propio o ajeno genera un menor reproche, como en la reparación espontánea y la confesión sincera, al ser conductas que buscan aplacar los efectos generado por su delito y expresan un arrepentimiento posterior, tal situación en reacción debe generar reducción de los márgenes de la pena (Reyna Alfaro, 2016).

La compensación destructiva plantea que la culpabilidad puede ser compensada de esta forma cuando el autor recibe como consecuencia de su comportamiento un daño mayor o cuando se produce un retraso indebido del proceso, ambas son situaciones que entiende como innecesario el castigo penal cuando se ha sufrido un daño mayor (Reyna Alfaro, 2016).

²⁰ Algunos operadores penales llegan a usar la doble valoración por considerar que las circunstancias genéricas tienen un lado cuantitativo para fijar el marco concreto y cualitativo para valorar la magnitud del injusto dentro de un marco concreto, pero tal postura es problemática pues conlleva una doble valoración.

La respuesta a la interrogante de individualización de la pena, se da con el filtro de la culpabilidad, que se ve materializada en la teoría agnóstica²¹ de la pena, entiendo esta noción como la vinculación del delito con la pena, y no solo una conexión del injusto abstracto como determinante de la sanción, por ende se deben considerar datos de la realidad (Mendoza Ayma, 2015).

Surgen algunas tesis sobre cómo llega a ser ponderada la culpabilidad, primero existe la noción de culpabilidad del acto²² como un límite de irracionalidad, pues resulta inadmisibles habilitar un poder punitivo mayor al límite de la culpabilidad del acto. Pero ante esto se presenta otra noción que incorpora el dato real de la selectividad, aun cuando parta de estereotipos, plantea que los criminalizados no lo son tanto por el delito cometido sino por la forma de su comisión, y un estado de vulnerabilidad²³ que materializó el injusto penal (Mendoza Ayma, 2015).

Este segundo punto (culpabilidad por el esfuerzo) se interesa en analizar el esfuerzo concreto que realiza una persona desde su estado de vulnerabilidad hasta alcanzar la situación de vulnerabilidad (injusto delictivo), donde el reproche se da no al sujeto sino al esfuerzo personal²⁴. Entonces la culpabilidad²⁵ por el acto es la tesis, la culpabilidad por la vulnerabilidad es la antítesis y la culpabilidad penal es la síntesis.

Con esto señalado la culpabilidad se muestra como el elemento principal para individualizar la pena, el último filtro, al evaluar los actos y los esfuerzos del sentenciado, buscando entablar el vínculo personalizado entre el injusto y su autor, operando como el indicador del máximo de la magnitud del poder punitivo (Chávez Hurtado, 2016).

5.2. Principio de Proporcionalidad

El proceso de individualización de la pena tiene dos pasos: “i) obtención de la cuantía exacta de pena, expresada en un número determinado de años de pena

²¹ Término de agnóstica para confrontarlos con las teorías que idolatran el castigo, conforme los señala Zaffaroni.

²² Reproche fundado en la exigibilidad de otra conducta, la culpabilidad por el acto trata de reprocharle lo que unas personas hacen en función de su catálogo de conductas condicionadas por su personalidad.

²³ El sistema punitivo presenta diferentes grados de peligrosidad para los ciudadanos conforme su status social y características personales, donde la peligrosidad se reparte según el grado de vulnerabilidad.

²⁴ Si un sujeto se encuentra en un estado de menor vulnerabilidad, entonces el esfuerzo que realizará para alcanzar la situación de vulnerabilidad será mayor, y por consiguiente el reproche del derecho penal será mayor.

Si el sujeto se encuentra en un estado de mayor vulnerabilidad, entonces el esfuerzo que realizará para alcanzar la situación de vulnerabilidad será menor y por consiguiente el reproche del derecho penal será menor.

²⁵ En forma dialéctica a) afirmada la culpabilidad como pura por el hecho, conforme al ámbito de autodeterminación del sujeto, b) se le opone la culpabilidad por el esfuerzo para la alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad, c) se sintetiza en una culpabilidad normativa penal que puede reducir el reproche por el acto, pero nunca ampliarlo (Mendoza Ayma, 2015).

privativa de libertad (...); y ii) aplicación del test de proporcionalidad constitucional a la cuantía exacta de pena privativa de libertad propuesta” (Mendoza Ayma, 2015, p. 147). Este segundo paso implica evaluar la razonabilidad constitucional conforme el caso concreto.

La noción de proporcionalidad maneja dos acepciones, uno como prohibición de excesos mientras la otras es como herramienta argumentativa a utilizarse en el proceso de individualización y otro como prohibición de exceso.

La primera acepción, está expuesto en el artículo VIII del C.P. para entablar que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho, a su vez es respaldado por el art. 43 de la Constitución. Para evitar caer en la desproporcionalidad se evalúa si la pena esta adecuada a un fin, discriminar las medidas más gravosas, evitar sobrepasar las exigencias de necesidad, y tender a su efectivo cumplimiento (Peña Cabrera, 1995).

La proporcionalidad de las penas se puede dar en relación, a la gravedad del hecho, o de la culpabilidad, a la conminación intimidatoria orientada a la sociedad, o a la imperativa resocialización de la persona y medirse con la cantidad de daño social ocasionado (Peña Cabrera, 1995).

De cara al proceso de individualización se usa la segunda acepción, una proporcionalidad como instrumento para un control constitucional de la cuantía de la pena, buscando imponer una lógica ponderativa entre la medida y la libertad. Lo que se busca es evaluar el factor más importante en la proporcionalidad, que es el impacto negativo que siempre genera el encierro del sentenciado, por eso surge una pugna entre razones que justifican una cuantía mayor frente a aquellas que defienden la resocialización (Mendoza Ayma, 2015).

A fin de absolver esta controversia, el principio de proporcionalidad ayuda a aclarar el panorama, al plantearse tres conceptos esenciales: a) la adecuación de los medios escogido para la consecución del fin²⁶, b) la necesidad de utilización de estos medios²⁷ y c) la proporcionalidad entre medios y fin, por el cual se consiga el objetivo sin sacrificar principios importantes²⁸.

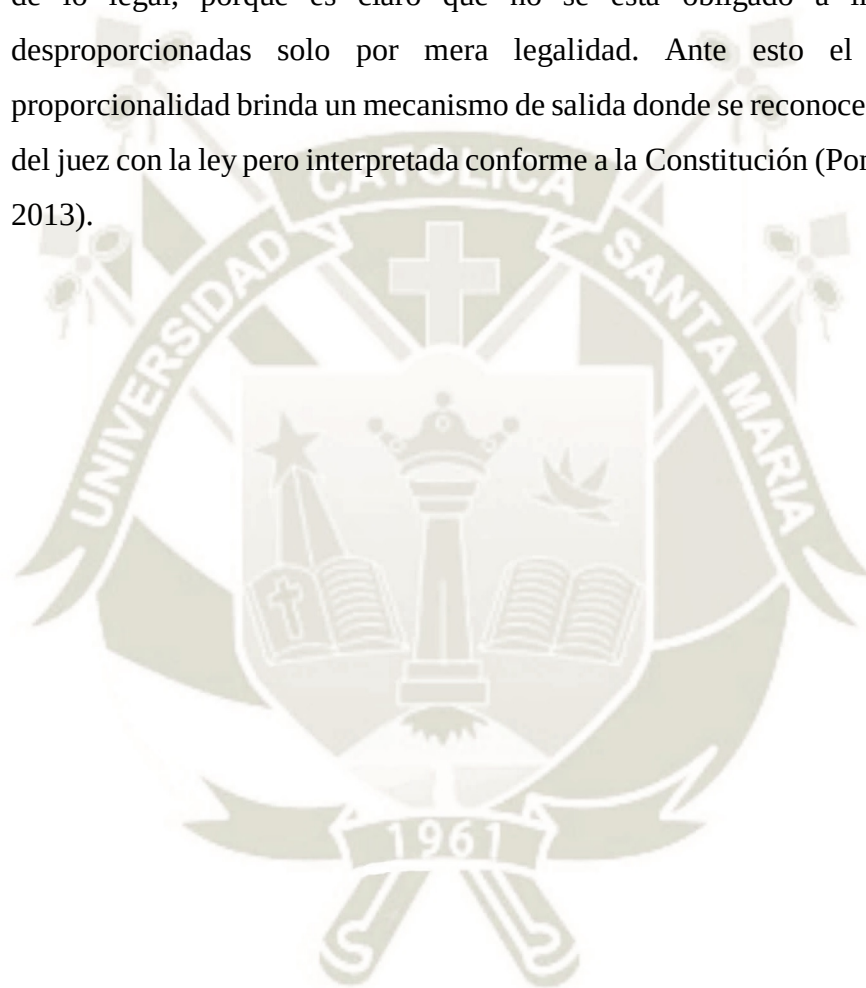
²⁶ Se debe considerar el efecto desocializador que supone el sufrimiento de una condena, a fin de seleccionar una medida que satisfaga el umbral mínimo del marco punitivo, para considerarla idónea.

²⁷ Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, en búsqueda de aquella menos gravosa.

²⁸ Se somete a evaluación la razonabilidad constitucional de la cuantía de pena, en muchos casos se debe vencer la mera legalidad, haciendo uso del test de proporcional que justifica dicha medida.

En muchas ocasiones se suele presentar casos donde el marco punitivo abstracto puede ser proporcional, pero resulta desproporcionado al enfocarlo en concreto, ocasionado por una estricta legalidad que solo puede ser compensada con un razonamiento analógico que obligue a los operadores penales a realizar interpretaciones ponderativas (García Aquino, 2017).

Dichas interpretaciones en caso de ser necesario debieran optar por marcos fuera de lo legal, porque es claro que no sé está obligado a imponer penas desproporcionadas solo por mera legalidad. Ante esto el principio de proporcionalidad brinda un mecanismo de salida donde se reconoce la vinculación del juez con la ley pero interpretada conforme a la Constitución (Poma Valdivieso, 2013).



CAPÍTULO III: EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL PROBLEMA EN SU ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La determinación judicial de la pena debe mostrarse como una practica orientadora del juez en tan delicado y trascendente quehacer. Porque de igual forma que la teoría del delito permite argumentaciones destinadas a defender la adecuación de un hechos a un tipo penal, delimitando la discrecionalidad. La determinación de la pena busca delimitar el ámbito de lo que debe ser o no ser competencia judicial, ayudando en la consideración de las penas como un mecanismo dentro del aparato coercitivo estatal en el que la Administración de Justicia (Juez) es una pieza importante, pero no la única (García Arán, 1981).

Esta ultima idea refleja el sentido de esta tesis, durante muchas investigaciones y cuestionamientos se ha focalizado la labor del juez sobre la pena, que aun cuando son muy acertados, dejaron de lado al otro operador penal que si bien no decide la pena final, aporta los elementos fácticos y probatorios que servirán de base al juez, y este es el Ministerio Publico. Quien aparentemente para la mayoría de personas no acarrea ninguna responsabilidad sobre la pena final, cuando debiera ser lo contrario, a la fiscalía quien conocer por más tiempo la conducta delictiva y a la persona, le corresponde la labor de generar una imputación adecuada de las consecuencias jurídicas y no solo del delito.

Fundado en el principio de correlación entre acusación y sentencia ¿es posible utilizar mecanismos incrementadores de la sanción penal sin que hayan sido descritos en la formulación de la acusación? o ¿El tribunal puede tener por acreditados hechos y circunstancias objetivas que no fueran acusados?, una cuestión que según Araya Vega es un “tema abierto a la discusión. (...) el Ministerio Público debe incluir hechos para la acreditación de la pena” (Mendoza Ayma, 2015, p. 26).

El Ministerio Publico quien realiza la imputación jurídica, en virtud del principio acusatorio, es quien tiene el deber de la carga de imputar los hechos que configuran las circunstancias modificatorias de responsabilidad (segunda etapa de la determinación), para que luego prospere su debate y sean consideradas por los jueces para efectos de delimitar el marco concreto.

1. PRINCIPIO ACUSATORIO COMO PRESUPUESTO DE LA DETERMINACIÓN

A raíz del sistema de tercios, se ha generado la falsa creencia de que el problema de la determinación de la pena se absuelve con un procedimiento aritmético, generando

un distanciamiento de la imputación de circunstancias modificatorias. Este suceso ha provocado la prevalencia de una actividad procedimental sin importar la configuración del principio acusatorio, sin interesarse por quién brinde las proposiciones fácticas, donde el juez termina siendo quien construya los fundamentos, enmarcado en un autoritarismo inquisitorial (Mendoza Ayma, 2015).

La labor de definir las consecuencias jurídicas, no se debe dejar en manos del voluntarismo emocional y libre albedrío del juez, se debe optar por un proceso cognoscitivo con base en proposiciones fácticas sujetas a propuesta, debate y pruebas, para de esa forma construir una garantía mínima de control. Lo cual se hace en principio, exigiendo el quantum de pena al Fiscal mediante el uso de proposiciones fácticas que, configuren las circunstancias modificatorias de responsabilidad.

En la actualidad, se muestra una ausencia de dichas proposiciones, ya que se suele tener preferencia por una justicia basada en conjeturas, indignación judicial, o sumamente estimatoria. Donde las proposiciones que debieran ser realizadas por los Fiscales terminan en manos de los Jueces quienes los elaboran y dictaminan en la sentencia, ignorando la contradicción (Chang Kcomt, 2013).

Estas conductas no debieran darse, ya que el objeto mismo del proceso es la pretensión punitiva, que incluye la imputación del hecho punible e imputación de las circunstancias modificatorias, por eso, no se entiende como se ha dejado de lado, una labor tan importante del Ministerio Público. Cuando en cambio deben ser proposiciones fácticas sujetas a imputación, contradicción y control por parte de los distintos operadores penales.

1.1. El principio acusatorio y el principio de contradicción

En principio tenemos que reconocer que existe una precaria imputación por parte de los fiscales al entablar la pena, por ausencia o defecto de las proposiciones fácticas, que genera un juicio oral inmerso en un debate de prejuicios, sospechas o conjeturas, asemejándose a una justicia intuitiva.

El Ministerio Público con arreglo a sus funciones (art. 61 del C.P.P), tiene a su cargo la investigación preparatoria en la que ordenara los actos de investigación que correspondan, no solo a la imputación, sino también a las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad (Rosas Yataco, 2013). Tenemos un modelo procesal donde se obliga al fiscal a actuar con objetividad, e indagar los hechos

constitutivos del delito y aquellos que acrediten la responsabilidad (art. IV, inc. 2 del C.P.P)

El proceso para configurarse como uno constitucional, mantiene dos características (Mendoza Ayma, 2015): a) Ser congnotivo y b) la estricta jurisdiccionalidad. El primero exige que la determinación concreta de las circunstancias modificatorias de responsabilidad este descrita de un modo que permita ser susceptible de pruebas y control empírico. Lo cual va de la mano con el principio acusatorio y de no contradicción.

El principio acusatorio se encuentra en el artículo IV²⁹ del título preliminar del Código Procesal Penal Peruano (C.P.P., 2004), parte de que un órgano estatal (juzgado) no puede intervenir en el caso a menos que exista el pedido concreto de un particular, pero no puede ser cualquier particular, se necesita un órgano que cumpla las funciones de acusador, solicite un pronunciamiento, y defina el objeto de discusión, en dicha legislación tal facultad la goza el Ministerio Público (Instituto Pacífico, 2019).

Gimeno Sendra (citado en Rosas Yataco, 2013) refiere que este principio se da cuando las fases de instrucción y juicio oral son encomendadas a dos distintos órganos, donde se prohíbe al órgano decisor realizar las funciones de la parte acusadora³⁰.

Este principio diferencia entre quien acusa, y aquellos que controlan la acusación y juzgan, por el cual le corresponde al Fiscal no solo imputar el fáctico del hecho punible, sino también los hechos de las circunstancias.

Entonces hay una adecuada distribución de roles, si el Ministerio Público cumple con esto, y el Juez de Investigación preparatoria controla tanto la imputación concreta como las proposiciones facticas de la pena (Mendoza Ayma, 2015). Si no hay imputación de las circunstancias, no se materializa el principio acusatorio.

²⁹ **Artículo IV del Código Procesal Penal** (Instituto Pacífico, 2019): Señala que el ejercicio de la acción penal en los delitos está en manos del Ministerio Público, al tener el deber de carga de la prueba adopta el manejo de la investigación desde sus inicios. Además, este organismo mantiene la obligación de indagar los hechos propios del delito y aquellos relacionados a su responsabilidad del imputado.

³⁰ En la sentencia del tribunal constitucional del expediente 2005-2006-PHC/TC (Esquivel Oviedo & López Arenas, 2019), resolvió que la “falta de acusación impide cualquier emisión de sentencia condenatoria, (...) En caso el fiscal decida no acusar y dicha resolución sea ratificada por sus superiores, el proceso penal debe llegar a su fin.

El principio de contradicción se ubica en el artículo I³¹, numeral 2 del título preliminar del C.P.P.(Instituto Pacífico, 2019), según Mixán Mass (citado en Rosas Yataco, 2013) defines “el contradictorio como el recíproco control de la actividad procesal y la oposición de argumentos y razones entre los contendientes sobre las diversas cuestiones introducidas que constituyan su objeto” (p.150).

Este proceso se ve enmarcado por el principio de contradicción, si se permite acceder al proceso para hacer valer sus pretensiones y defensas³², siendo el debate orientado en dos sentidos: a) Hacia el derecho que tienen los sujetos procesales a presentar hechos y pruebas, y poder controvertirlos las de otros; b) Obligación que tiene el funcionario judicial de motivar las decisiones según lo expuesto en el debate (Rosas Yataco, 2013).

Durante la dinámica del proceso, se genera un espacio para que el fiscal postule y defina el quantum de la pena, que permitirá el ejercicio de la defensa, a través de la resistencia a ciertas proposiciones. Lo cual garantiza el contradictorio, ya que en caso no exista una imputación de las circunstancias, el derecho de defensa se enerva al no ser susceptible de control (García Aquino, 2017).

Por lo cual si en lugar de una adecuada calificación y argumentación jurídica expresada a través de hechos, surgen juicios éticos, prejuicios y sospechas, se imposibilita el control objetivo y empírico, generando que no se optimiza el derecho de defensa ni permita la verificación de legalidad por parte del Juez.

1.2. Imputación de la responsabilidad penal

La labor de acusación concedida al Ministerio Público le permite concretar sus pretensiones y adecuar los hechos que maneja conforme la normativa vigente, para eso surge la imputación como la denominación de tal actividad.

Para la pena, las circunstancias previstas por los artículos 45 y 46 del Código Penal son el referente normativo para la elaboración de **proposiciones fácticas**, convirtiéndose en una imputación legal de las circunstancias³³. En caso de no

³¹ En el Código Procesal Penal Peruano (Instituto Pacífico, 2019) su Artículo I, refiere que conforme las normas de este código, un juicio previo, oral y público, es el derecho de toda persona.

³² El proceso penal supone la existencia de dos pretensiones, la del acusador y del acusado, cuyas tesis contrapuestas sobre el fondo de lo debatido, deben ser valorados en la sentencia por el juzgador.

³³ La imputación se manifiesta con proposiciones fácticas que, por un lado, afirman la realización del hecho punible, y por otro lado la realización de circunstancias modificatorias.

exponer construcciones fácticas sobre la pena, no se tiene fundamentos para debatir su cuantía.

Es frecuente observar en los requerimientos de acusación, un colmado de hechos respecto del injusto penal, mientras los hechos referentes a la pena son defectuosos o ausentes, lo cual enerva el debate cognitivo sobre la sanción.

Pero no es suficiente con exponer proposiciones fácticas, ya que estas deben estar vinculadas a los elementos normativos y justificadas por **medios de convicción** que van a pautar o guiar la defensa del imputado, quien no puede defenderse de meras afirmaciones de circunstancias (Mendoza Ayma, 2015).

Al configurar las circunstancias para un debate, se requiere de una base indicativa que sostenga los hechos, buscando la concreción de cada proposición fáctica que lo aproxime a la razonable verdad y contenga la violencia punitiva. La imputación para su configuración requiere de tres elementos: proposiciones fácticas, calificación jurídica, y elementos de convicción.

En el catálogo de circunstancias del art. 46 del C.P, haya varios postulados vinculados a **circunstancias subjetivas** (ej. Motivo noble, motivo abyecto, temor excusable), referidos a la subjetividad del agente, y vivencia psicológica al momento de realización del hecho.

Son supuestos que plantean dificultades para entablar proposiciones objetivas indicativas del hecho subjetivo, referidas a deducir la intencionalidad del sujeto activo. La fiscalía tiene la obligación de afirmar proposiciones fácticas de una realidad psíquica, junto al deber de probarlas, pero hacerlo de manera directa carece de sentido, por ende se usa la lógica indiciaria para probar realidades subjetivas (Prado Saldarriaga, 2009).

Hasta ahora hemos referido como sucede el ideal de la imputación sobre la pena, pero en la práctica no se manifiesta de tal forma, en el sistema jurídico no solo se ha convertido la pena en una operación aritmética, sino que han surgido otras **cuestiones que pervierten la imputación.**

La primera se da cuando existiendo información pertinente para construir las proposiciones fácticas, estas no son elaboradas con base en esta información, por lo cual solo se queda en el expediente y no llega a materializarse para el debate (Mendoza Ayma, 2015). Se termina asumiendo que es suficiente con la

información dispersa en la carpeta fiscal, y no es necesario sintetizarla en proposiciones.

En consecuencia, se genera en los jueces el apremio de recurrir al expediente y por su cuenta construir estos hechos para fundamentar sus decisiones, acción que tácitamente anula el contradictorio, ya que solo con un postulado fáctico por parte del órgano acusador se optimiza el ejercicio de la defensa (Mendoza Ayma, 2015). El trabajo del fiscal es construir sus proposiciones de la pena, integrando la información hasta entonces reunida.

La segunda cuestión, manifiesta que se están elaborando proposiciones genéricas no concretadas en indicios reveladores, es decir, sobre una base difusa donde lo que único que se presenta es un escenario de debate moral. Frente a esto se debe responder con una técnica operativa para construir los hechos, primero proposiciones fácticas del injusto y luego los postulados que configuran las circunstancias.

La tercera cuestión, plantea que existe un formulismo que desnaturaliza los postulados fácticos de la pena, porque en la acusación se vuelve exuberante en hechos jurídicamente irrelevantes, pero con débil sustento de imputación del delito o pena. Un fenómeno que se le atribuye al formato de la acusación y su seguimiento casi neurótico, a raíz de una verificación exhaustiva del cumplimiento de rubros formales, generando una práctica robótica (Meini Mendez, 2013).

“Si la imputación del hecho punible y sus circunstancias son defectuosas, entonces incide directamente en la configuración defectuosa del proceso y degenera su carácter cognitivo en uno de sospecha y prejuicios” (Mendoza Ayma, 2015, p. 208).

1.3. Inmutabilidad de la Acusación

Existe una serie de etapas por las cuales atraviesa el proceso penal, y por las mismas fases la pena va adoptando diversos roles. La tarea de imputación por parte del Ministerio Público se da desde el periodo de investigación, donde se ordenará actos para esclarecer las circunstancias en las cuales se originó el delito.

Una vez concluida la investigación, el juez entabla un exhaustivo control de las circunstancias modificatorias de responsabilidad, su base fáctica y su calificación

jurídica. Mientras que, en el enjuiciamiento al delimitar el objeto del proceso, y desarrollar el contradictorio se encamina a la etapa decisoria, donde deberá haber congruencia entre la acusación y la sentencia (Nakazaki Servigón, 2017). Esta congruencia simboliza el tema de inmutabilidad de la acusación.

La inmutabilidad plantea que al momento de sentenciar, exista una vinculación con la acusación porque esta establece los límites del debate a realizar en el juicio oral y fija el objetivo del proceso (Nakazaki Servigón, 2017). Este efecto tiene como fundamento el principio acusatorio y al derecho a la defensa procesal o contradicción.

El principio acusatorio como ya se definió es mantener la identidad de los hechos a lo largo del juicio, mientras la contradicción exige que se le informe al acusado sobre los hechos que se le atribuyen y la cuantía que se propone. El efecto de la inmutabilidad relaciona el objeto de la acusación y de la defensa en juicio, con la sentencia.

El órgano judicial mantiene como obligación de sentenciar con base en la acusación y la defensa producida durante el debate propio del juicio oral, dentro de la acusación se manejan distintas cuestiones como el acusado, el hecho, calificación jurídica y consecuencias penales (Nakazaki Servigón, 2017). El efecto de la inmutabilidad alcanza plenamente a los dos primero, mientras que sobre los otros dos, hay posibilidad de variar.

Se establece la posibilidad de variación de estos porque la actuación del principio de legalidad, tutela jurisdiccional efectiva y la protección penal de la víctima que no pueden tener como obstáculo una medida de inmutabilidad (Nakazaki Servigón, 2017). Una facultad claramente justificada para quien debe hacer uso de la proporcionalidad al fijar una medida.

Pero tal facultad del juez para varias las consecuencias jurídicas, no significa que sea el juez quien en su totalidad fija la pena según su criterio individual y con sus postulados fácticos propios, ya que es labor del Ministerio Público analizar el caso en concreto y sintetizar los hechos necesarios para justificar la medida solicitada y generar un debate que proteja los principios de acusación y contradicción.

2. EFECTOS EN EL SISTEMA DE JUSTICIA

La imputación exigida a los miembros del Ministerio Público, es la necesidad de que estos planteen proposiciones fácticas que enmarquen los elementos de las circunstancias modificatorias de responsabilidad, aunque lamentablemente tal obligación, no es constatable en la práctica

Lo cual generó qué en la etapa de juzgamiento, ante la ausencia de estas proposiciones fácticas, se incorporen de manera sorpresiva, como fundamento de la imposición de la pena, un quantum con fácticos nunca propuestos por el Ministerio Público, siendo unos fácticos contruidos por los propios jueces (Mendoza Ayma, 2015). Generando que recién con la lectura de la sentencia, los sentenciados tomen conocimiento de lo que se les atribuye, afectando directamente el principio de contradicción y el derecho de defensa.

Lo cual sucede porque el fiscal se exime del deber de construir sus postulados, y en consecuencia el juez se atribuye la facultad de revisar el expediente para construir sus propias proposiciones fácticas. Esto es un retorno al modelo inquisitivo, donde los jueces hacen de litisconsorte de los fiscales.

El tema central viene a ser como se configura la petición de pena, que debe plantearse como un elemento objetivo, conforme los establecer el art. 397.3 del C.P.P.³⁴ (Instituto Pacífico, 2019) refiriendo que el Juez Penal no podrá aplicar pena más grave que la requerida por el fiscal. Esta pretensión punitiva vincula al tribunal, con una especie de correlación cuantitativa.

A su vez conforme el artículo 349 del C.P.P.³⁵, la acusación fiscal debidamente motivada contendrá "... la cuantía de la pena que se solicite", que debe ser cualitativa (correspondiente a un marco punitivo legal) y cuantitativo (un pedido concreto de cantidad de pena).

La situación actual muestra imputaciones fácticas débiles para efecto de determinar la pena, porque no asumen el deber de doble carga: a) probar la realización de los elementos del tipo, y b) probar la realización de los criterios normativos modificatorios. A su vez tiene dos deficiencias en sus propuestas de pena, al no

³⁴ Artículo 397°- Correlación entre acusación y sentencia, señala que salvo se solicite una pena por debajo del mínimo legal sin justificación, un Juez Penal no podrá accionar una pena más grave que la requerida por el Fiscal.

³⁵ Artículo 349°. Contenido 1. La acusación fiscal será debidamente motivada, y contendrá:

f) El artículo de la Ley penal que tipifique el hecho, así como la cuantía de la pena que se solicite;

distinguir el hecho imputado de la imputación de las circunstancias, y la falta de destreza en la construcción de proposiciones fácticas (Meini Mendez, 2013).

Cuando referimos a los temas de inmutabilidad, principio de contradicción y acusatorio, surge la vinculación con el Juez, porque en principio las calificaciones propuestas son provisionales, pero con base en la inmutabilidad no existe una vinculación sobre la pena. A pesar de esto, el juez actúa sobre la base del fáctico propuesto por el Ministerio Público, porque existe cierto correlato ya que la sentencia no podrá tener por acreditados hechos más que los descritos en la acusación.

Por último, es necesario analizar como la pena puede influir en el curso del proceso penal, en especial del juicio oral, ya que al materializar el contradictorio exige la delimitación de dos objetos de debate: a) la imputación del hecho punible y b) la imputación de las circunstancias. En el Perú se maneja un juicio oral monofásico, donde el debate que debiera estar dirigido a dos cuestiones, se inclina solo por la primera o se presentan ambos pero de forma desorganizado (Alcócer Povis, 2014).

Lo cual se puede deber a la falta de cultura de debate sobre la pena y a la ausencia de interés de los operadores penales para debatir la individualización, terminando por centrarse el debate sobre la responsabilidad del injusto que se prolonga hasta el final del juicio, entonces solo al dictar la sentencia, el juez extrae de manera tangencial los fácticos para justificar la pena, y son mostrados sorpresivamente en la lectura.

Esto se suscita porque se desea someter a un juicio oral, dos contradictorios que manejan particularidades distintas, ya que derivan en discusión antagónica, no estructurada y desordenada que en doctrina se denomina debate monofásico.

Por eso conforme lo plantea Mendoza Ayma (2015) parece que la única solución es una cesura del juicio oral porque el proceso monofásico no logra focalizar un debate en los dos objetos (tipo jurídico y pena). Plantando que en una primera fase se realice los alegatos para debatir la responsabilidad, y una vez concluida esta fase, se iniciaran con los debates sobre la clase y cuantía de pena a imponerse.

3. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Aunque puede resultar paradójico que este tema sea el último en tratar, cuando da inicio al título de la tesis, lo que se buscaba es tener primero una noción de lo que involucra la determinación de la pena, y como participa el Ministerio Público en su imputación.

Hemos denotado con lo expuesto, que la labor de la Fiscalía tiene más trascendencia que la mera fundamentación aritmética, ya que se encarga de una imputación sobre las circunstancias modificatorias de la responsabilidad. Una imputación destinada a ser expuesto en proposiciones fácticas que ayuden a un debate y contradicción, a su vez le brindan una base sobre la cual pueda actuar el juez y limita su arbitrariedad.

La imputación de proposiciones fácticas sobre la pena, implica en el Ministerio Público, diversas cualidades, como la fundamentación, racionalidad, proporcionalidad que en conjunto forman parte del concepto de Argumentación Jurídica. A su vez, como se estableció en esta tesis, se usará los postulados de la teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy.

3.1. El problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas

Las decisiones jurídicas que forman parte de la metodología contemporánea, expresan enunciados que no han sido formados lógicamente, debido a cuatro razones, la vaguedad del lenguaje jurídico, conflictos de normas, casos que necesitan regulación jurídica y la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literario de una norma en casos especiales (Alexy, 2017). Ante lo cual se plantean como fundamentar sus decisiones, ante tales problemas.

Se entiende que una metodología jurídica adecuada puede resolver el problema de la fundamentación, si es capaz de proporcionar reglas y procedimientos, una de los primeros candidatos para esta tarea fue el de la interpretación. Pero aun siendo un buen método, mantiene sus cuestionamientos, se le considera que existen muchos cánones de interpretación pero ausentes de organización jerárquica, aunado a esto es su indeterminación³⁶, lo que no quiere decir que este método no tenga valor, solo impide considerarla como regla suficiente para la fundamentación (Pinto Fontanillo, 2004).

Otra opción fue buscar un sistema de principios generales, pero se consideró que no todos ellos rigen sin excepción, y pueden entrar en oposición o contradicción, no contienen una pretensión de exclusividad, a su vez que necesitan principios y valoraciones particulares con contenido material para su realización. Aun cuando estos principios juegan un papel importante en la praxis jurídica, no estos

³⁶ Una regla como “interpreta cada norma de manera que cumpla su objetivo”, puede conducir a resultados contrapuestos si dos intérpretes tienen diferentes concepciones sobre el objetivo de la norma en cuestión.

cuestionamientos ponen en manifiesto que esta argumentación no tiene un carácter de concluyente (Canaris citado en Alexy, 2017).

El tomar una decisión jurídica, implica que el decisor observa un campo de acción en el que tiene que elegir entre varias soluciones a partir de normas jurídicas, reglas metodológicas y enunciados de sistemas jurídicos no determinados ulteriormente. Es importante esta decisión porque implica lo que debe o puede ser hecho, y sobre cuales comportamientos de una o varias personas es preferido a otras acciones.

Por eso Larenz (citado en Alexy, 2017) refiere el “reconocimiento de que la aplicación de la ley no se agota en la subsunción, sino que exigen en gran medida, valoraciones del aplicador” (p.34). De la misma forma Engisch (citado en Alexy, 2017) sostiene que:

“las leyes mismas (...) están actualmente construidas de tal manera que los jueces y funcionarios de la administración, no puedan fundamentar sus decisiones a través de la subsunción, porque no se encuentran bajo firmes conceptos jurídicos cuyo contenido se revela con certeza a través de la interpretación; sino que tienen que valorar autónomamente y decidir cómo colegisladores” (p.35).

Las decisiones jurídicas participan de la regulación de los conflictos sociales, por esos a dichas decisiones le subyacen valoraciones, o convicciones normativas tácticamente existentes como base. Tenemos que entender que con cada decisión resultan afectados por lo menos los intereses de una persona, por eso se suele optar por seguir vías diferentes en búsqueda de una respuesta.

En primer lugar, se optó por los valores de la colectividad o de un círculo determinado (juristas) a partir de la idea que si una convicción normativa estaba extendida, puede servir de fundamento a decisiones jurídicas. Contra esto estaría el hecho de que es posible que las convicciones normativas sólo estén extendidas porque aquellos que las sostienen, no las han sometido a una comprobación crítica (Pinto Fontanillo, 2004)

En segundo lugar, está el recurso del sistema interno de valoración del ordenamiento jurídico (principios), el cual es correcto pero insuficiente, porque

no es ninguna medida fija, pueden darse distintos puntos de vista valorativos completamente diferentes, además que ningún principio es ilimitado.

En tercer lugar, se apela a un orden valorativo objetivo (tribunal constitucional, tribunales supremos), aunque estas tienden a emitir premisas filosóficas muy discutibles, ya que difícilmente puedan deducirse los enunciados normativos, relativamente específicos, necesarios para fundamentar una decisión. Por último, se ha buscado apelar a conocimiento jurídicos, aun cuando estos son de gran importancia en la fundamentación, solo de ellos no se pueden depender.

Robert Alexy (2017) plantea que existe razones por las cuales ninguna de estas vías, ni tampoco la simple suma de estas, puede resolver el problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas, por eso la búsqueda del método adecuado de fundamentación de las decisiones jurídicas lo ha llevado a formular una teoría de la argumentación jurídica como alternativa de solución.

3.2. Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy

La argumentación jurídica ha cobrado relevancia para todos los juristas, porque se considera brinda soporte y fundamento a las actividades de los que ejercen el derecho, y legitimidad a los jueces o fiscales. Termino que cobra gran importancia por encontrarse en un Estado Constitucional de Derecho, ya que junto al elemento tradicional de normas jurídicas que identificamos como reglas, actualmente en este modelo constitucional existen principios.

Las reglas son normas jurídicas, donde existe un supuesto de hecho perfectamente determinado y una consecuencia jurídica igualmente determinada, en forma de mandatos definitivos que se pueden cumplir o violar. Entonces para argumentar con reglas, surge la subsunción en forma de silogismos deductivos³⁷.

Sin embargo, cuando trabajamos con principios no se da o la determinación del supuesto de hecho o la determinación de la consecuencia jurídica, por lo que la subsunción no es la mejor forma de aplicar estas normas jurídicas. Ya que cuando trabajamos con principios, estamos ante normas jurídicas con mandato de optimización, que busca ser aplicada de manera tan amplia como sea posible, tomando en cuenta, las circunstancias fácticas y las circunstancias normativas.

³⁷ El mismo que supone la lógica, donde existe una premisa mayor, una premisa menor y una consecuencia lógico necesaria.

Frente a esto se debe usar la ponderación, entre normas que pudieran entrar en conflicto, de tal forma que asignemos un peso específico a cada uno a fin de extraer una regla para resolver el caso en concreto.

Robert Alexy (2017) plantea la Argumentación Jurídica como discurso racional, con la tesis central de una argumentación práctica que aplica luego a los saberes jurídicos, considerando al derecho como un caso especial del discurso práctico general, buscando generar una teoría analítica y descriptiva.

Los aspectos centrales de su teoría: a) Un enunciado normativo es correcto si y solo si, puede ser resultado de un procedimiento, b) el discurso jurídico se decide por reglas y formas del discurso práctico³⁸, c) su tesis de la pretensión de corrección (justificación) y d) la ponderación (Pinto Fontanillo, 2004),

La tesis de corrección fue entendida como un ideal regulativo al que debe aspirar toda resolución, con dos tipos de justificación: interna y externa. Para la fundamentación externa, se tiene tres tipos de premisas, reglas de derecho positivo, enunciados empíricos, reformulación de normas por argumentación jurídica.

Para la justificación interna se planteó como reglas, la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal, son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea discutible y hay que analizar el mayor número de pasos de desarrollo.

Mientras que la ponderación consiste en determinar en un caso de colisión de principios, cuál de los intereses abstractos del mismo rango posee mayor peso en el caso en concreto, con diferentes pasos³⁹, con una regla de oro cuanto mayor sea

³⁸ Entre las reglas del discurso práctico (Alexy, 2017), están:

1. Las reglas fundamentales: que enuncian los principios de no contradicción, de sinceridad, universalidad y de uso común del lenguaje,
2. Las reglas de la razón: que definen las condiciones más importantes para la racionalidad del discurso,
3. Las reglas sobre la carga de la administración: que son de carácter técnico cuyo sentido es el de facilitar la argumentación,
4. Las formas de los argumentos al existir dos maneras de fundamentar un enunciado normativo: por referencia a una regla, o señalando sus consecuencias,
5. Las reglas de fundamentación: las que designan una característica de la argumentación práctica, estando orientadas a regular la forma de llevar a cabo la fundamentación mediante las formas anteriores,
6. Las reglas de transición en la cual surgen del hecho de que en el acto del habla se presentan diversos obstáculos que conducen a la elaboración de otro tipo de estructuración discursiva.

³⁹ La ponderación sigue los siguientes pasos (Alexy, 2017),

1. Definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios.
2. Definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en contrario.
3. Debe definir si la importancia de la satisfacción del principio justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

el grado de la no satisfacción de un principio constitucional tanto mayor es la necesidad de satisfacer el principio en contrario (Alexy, 2017).

“La argumentación jurídica de Robert Alexy se sitúa en tomo a la idea de un Derecho justo, razonable y motivado hasta tanto sea posible, pretendiendo combinar la complejidad de las interacciones humanas y los derechos con el máximo rigor procedimental” (Pinto Fontanillo, 2004, p. 389).

Entonces según lo planteado por Robert Alexy, el operador judicial tiene un camino donde atravesara las siguientes vías:

“Primero, intentar abordar el caso dentro del silogismo jurídico. Segundo, y si no es posible lo anterior, fundamentar las normas de aplicación que hay que ir incorporando. Tercero, refundamentar las normas hasta dar cuenta de su adecuación al caso. Cuarto, usar las reglas de la argumentación pragmática para evitar caer en el círculo lógico derivado de la situación anterior. Quinto, continuar con las reglas procedimentales de la argumentación jurídica. Sexto, formular la decisión” (Pinto Fontanillo, 2004, p. 432).

CAPÍTULO IV: RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

Para esta investigación se trabajó con Requerimientos de Acusación emitidas durante el año 2018, por las Tres Fiscalías Penales Corporativas de Arequipa, que se encuentran ubicadas en la Av. La Paz N°320. Siendo necesario aclarar que se analizaron únicamente los requerimientos Acusatorios del proceso común, entendiendo que es este el proceso de mayor investigación, donde se cursan cada una de las etapas del proceso y que originara un Juicio Oral como la etapa más importante del Código Procesal Penal Peruano del 2004.

En este estado de cosas, comenzaremos por identificar los casos materia de estudio, se obtuvo 40 Requerimientos de Acusación, recabando la información de acuerdo a los siguientes factores: N° Carpeta Fiscal, N° Fiscalía y Despacho, Fecha de Acusación, Cantidad de Procesados, Delito, Criterios utilizados al determinar la pena, medios probatorios ofrecidos para la pena y observaciones.

En la Tabla 1, se puede observar que la cantidad de Requerimientos fue proporcional entre las tres fiscalías corporativas, se recabaron 13 requerimientos de la Primera Corporativa, 13 requerimiento de la Segunda Corporativa y 14 Requerimiento de la Tercera Corporativa, obteniendo los siguientes datos:

Tabla 1

Requerimientos Acusatorios emitidos por Fiscalías Penales del Cercado de Arequipa (2018)

Fiscalía	Despacho	Carpeta Fiscal	Delito (s)	N° Pers.**
Primera	1	2014-7585	Apropiación ilícita	2
Primera	3	2016-8228	Hurto agravado	2
Primera	3	2016-2811	Falsedad genérica	1
Primera	5	2018-1492	Estafa en grado de tentativa	1
Primera	9	2017-11058	Lesiones	1
Primera	9	2017-8491	Agresiones Grupo Familiar	1
Primera	2	2016-1486	Tráfico Ilícito de Datos Personales	1
Primera	9	2017-6575	Agresiones Grupo Familiar	2
Primera	6	2016-3713	Lesiones Agravadas	1
Primera	4	2017-6723	Usurpación Agravada	3
Primera	1	2018-7585	Apropiación Ilícita	2
Primera	9	2017-12418	Agresiones Grupo Familiar	1
Primera	3	2018-4893	Desobediencia a la Autoridad	1
Segunda	8	2016-1329	Violación sexual y robo agravado	4
Segunda	4	2011-2863	Usurpación agravada	3
Segunda	3	2017-2037	Hurto agravado	1
Segunda	6	2016-21	Estafa (alt*) - Fraude Informático	2
Segunda	8	2017-1103	Libramiento y cobro indebido	1

Segunda	5	2014-1579	Estafa Agravada	2
Segunda	2	2016-210	Lesiones Leves	1
Segunda	8	2017-350	Homicidio Calificado (Ferocidad)	2
Segunda	4	2015-513	Actos Contra el Pudor	1
Segunda	3	2016-8152	Sustracción Bien Propio	2
Segunda	2	2017-89	Uso de Documento Público Falso	1
Segunda	6	2016-290	Fraude Informático - Estafa (alt)	2
Segunda	4	2019-695	Robo Agravado	4
Tercera	8	2018-2857	Hurto Agravado - Tentativa	2
Tercera	2	2014-255	Usurpación de funciones	1
Tercera	3	2018-7782	Robo agravado - Tentativa	2
Tercera	5	2017-5299	Hurto agravado	1
Tercera	7	2017-4807	Desobediencia a la autoridad	1
Tercera	9	2017-3837	Estafa agravada	3
Tercera	11	2017-6343	Lesiones	1
Tercera	10	2017-1100	Parricidio Lesiones Subsecuente muerte (alt.)	1
Tercera	7	2017-2685	Falsedad Ideológica	3
Tercera	5	2017-2776	Hurto Agravado	1
Tercera	3	2016-4377	Hurto y Coacción	1
Tercera	11	2017-7360	Agresiones Grupo Familiar	1
Tercera	11	2017-6693	Agresiones Grupo Familiar	2
Tercera	8	2018-2657	Hurto Agravado - Tentativa	1

Notas: *Alt: Es el delito interpuesto alternativamente
**Nºper: Son la cantidad de acusados por proceso

La información obtenida a raíz del instrumento de Anexo N°2, no fue solamente lo expuesto en la tabla 1, previamente al inicio de esta tesis se pensaba que los fiscales utilizaban la carencia de antecedentes penales como el único sustento de su propuesta de pena, y este factor fue analizado mediante la Tabla 2, encontrando que el 75% de acusaciones presentan como única circunstancia genérica, la carencia de antecedentes personales.

Tabla 2
Promedio de uso de Circunstancias Genéricas Atenuantes o Agravantes

Fiscalías	Antecedentes Penales*		Circunstancias Genéricas**		Ninguna	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Primera	12	30%	0	0%	1	2.5%
Segunda	6	15%	2	5%	5	12.5%
Tercera	12	30%	2	5%	0	0%
Total	30	75%	4	10%	6	15%

Notas: *Solo usan atenuante carencia de antecedentes penales
*Utilizan Antecedentes Personales, y otras Circunstancias Genéricas

En la Tabla 3 se exponen en qué porcentaje se usó circunstancias privilegiadas de atenuación o agravantes cualificadas, entre otras circunstancias que modifican la responsabilidad (concurso real, coautores, tentativa, responsabilidad restringida, eximentes imperfectas, o confesión sincera) para analizar si la determinación se realizó por debajo del mínimo legal o por encima del máximo. Hallándose que de las 15 acusaciones donde se alegó circunstancias privilegiadas o cualificadas, solo 10 de ellas realizaban el procedimiento por encima o debajo de los límites legales.

Tabla 3
Uso adecuado de Circunstancias Privilegiadas o Cualificadas

Fiscalías	Circuns. Privi./Cuali.		Buen Uso*		Ninguno	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Primera	5	12,5	3	60	8	20
Segunda	4	10	3	75	9	22,5
Tercera	6	15	4	66.7	8	20
Total	15	37,5	10	66.7	25	62.5

Notas: *Se determinó la pena por debajo o encima de los límites legales

*Su porcentaje es referente al rubro de Circuns. Privi. /Cuali.

En la Tabla 4 se exponen los datos referentes a tres variables importantes para comprender los criterios y procedimientos de los fiscales al solicitar una pena: 1) Como realizan el proceso de determinación de la pena (sistema de tercios, ningún sistema, etc.); 2) Si realizan una determinación para cada imputado; 3) Que medios probatorios ofrecen para la audiencia juicio oral.

El primer rubro de determinación de la pena, resume como se esquematiza el proceso de fijación de la pena (sistema de tercios) en las Fiscalías Penales de Arequipa, un 15% solo realiza la determinación del marco abstracto, un 65% realiza la determinación del marco concreto y solo un 2.5% realiza la individualización de la pena.

A continuación, se analizó el factor denominado errores graves, presente en un 17.5% de Requerimientos de Acusación, al no proponer una pena por debajo del mínimo legal cuando hay tentativa o complicidad secundaria; también por no realizar la determinación penal adecuada en caso de concurso real; o ante la presencia de doble valoración.

Sobre la individualización de cada acusado, se encontró que de 18 casos donde hay pluralidad de agentes, solo el 50% de acusaciones desarrollo individualización de pena para cada persona.

En cuanto a los medios probatorios se encontró que, de las 40 acusaciones evaluadas, 19 solo presentaban como medio probatorio la carencia de antecedentes penales, mientras las otras 20 acusaciones, no presentaban ninguno medio probatorio.

Tabla 4
Proceso de Determinación de la Pena usado por las Fiscalías Penales de Arequipa

Fiscalías	Determinación de la Pena*				Individ/Acusado***		Medios Probatorios		
	P + S	P+DT+S	P+DT+I+S	EG	P/A	N/I	A/P*	Otros	Ningún
Primera	2.5%	25%	0%	5%	5	2	9	0	4
Segunda	7.5%	20%	2.5%	2.5%	8	4	3	0	10
Tercera	5%	20%	0%	10%	5	3	7	1	6
Total	15%	65%	2.5%	17.5%	18	9	19	1	20

Notas: * A/P: Antecedentes Penales
 **P+S: Pena abstracta + solicitud de pena
 P+DT+S: Pena abstracta + División en Tercios (pena concreta) + solicitud de pena
 P+DT+I+S: Pena abstracta + División en Tercios (pena concreta) + Individualización + Solicitud de pena
 EG: Errores Graves en la Determinación
 *** Este rubro es para ver si hubo individualización para cada imputado/porcentaje según casos
 P/A: Pluralidad de Agente
 N/I: No individualizo cada imputado

Estos fueron los resultados obtenidos de la revisión de 40 requerimientos acusatorios, pero antes de pasar al siguiente capítulo y discutir los resultados, se precisan algunos de estos casos que resultan de interés y son una muestra de la actualidad.

En la C.F. 503-2017-3837, se produjo una doble valoración, al calificarse el delito de robo agravado (por participación de dos o más), se quiso determinar la pena concreta usando como circunstancia genérica agravante, la pluralidad de agentes.

En la C.F. 502-2017-350, un caso donde se produjo la eximente imperfecta por estado de ebriedad, generando una determinación por debajo del mínimo legal, con un marco abstracto de dos días a 15 años (delito de Homicidio Calificado por Ferocidad), ante esto el fiscal decide proponer una pena de 10 años (tercio medio) pero sin especificar el porqué de tal decisión, no menciona si tiene agravantes o atenuantes.

En la C.F. 1103-2017, se cometió el error de argumentar la pena con un art. 46 ya modificado (texto original), alegando la naturaleza de acción, y medios empleados.

CAPÍTULO V: DISCUSIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS

Durante el transcurso de esta tesis se ha ido precisando los diferentes aspectos que comprenden la pena y su determinación, tanto dogmática como procedimental, por lo tanto, se espera que la importancia de este elemento del derecho penal haya quedado marcada. El derecho penal no debe ser reducido ni solo a las técnicas de litigación oral, ni solo a la teoría del delito, son el complemento de estos factores, junto a una teoría de la pena las que permitirán obtener sanciones justas, proporcionales y que aspiren a cumplir su finalidad constitucional.

La teoría de la pena o el procedimiento de su determinación, en Perú parece que no ha tomado el interés debido por los magistrados, cuando existen tantas investigaciones jurídicas y opiniones de juristas que, cuestionan la forma de motivación y fundamentación de la pena, por parte de los jueces (García Aquino, 2017; García Castilla, 2016; Poma Valdivieso, 2013).

Poma Valdivieso en su Tesis de Maestría (2013) planteo que, en las salas penales con reos en cárcel de la ciudad de lima, no se estaría llevando a cabo una adecuada individualización judicial de la pena. Quedando expuesto este problema en la ausencia de motivación y fundamentación de sus resoluciones judiciales, generando estado de indefensión y vulneración del derecho al debido proceso en los sentenciados.

García Aquino en su tesis de Maestría (2017) investigo sobre la inoperatividad del sistema penal respecto a la graduación de la pena, realizando un análisis de diversas sentencias de juzgados y salas penales de lima sobre los delitos de robo agravado, violación sexual a menor de edad y homicidio, encontrándose con penas desproporcionadas y ausentes de motivación.

Todas ellas acertadas en marcar tales deficiencias del Sistema de Justicia Peruano, pero dejaron un factor pendiente para su análisis, que es responder a la cuestión ¿si el juez es el único responsable de estos problemas?, se comprende que los jueces por las facultades que tienen, son los encargados de definir el proceso de determinación de la pena e incluir el test de proporcionalidad, pero no son los únicos que influyen en la decisión de la pena final, ya que es el Ministerio Publico quien en un principio propone la pena y tiene la obligación de sustentarla.

1. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PENA EN LAS FISCALÍAS PENALES DE AREQUIPA

Conforme se detalla en la investigación, los Fiscales al proponer una pena también les corresponde realizar el proceso de determinación, a través de proposiciones fácticas que concreten su petición, a fin de hacer valer el principio de acusación y permitir la contradicción que asegure el derecho de defensa del imputado.

Pero las imputaciones punitivas que debieran estar en la acusación, no puede ser hechas de cualquier forma, deben respetar la mínima racionalidad y ser congruentes entre lo fáctico, jurídico y probatorio, para lo cual un camino a seguir es la Argumentación Jurídica. Por eso se optó por los postulados de Robert Alexy, quien entiende que argumentación no es un mero concepto teórico, sino que tiene un valor en su ejercicio práctico, al plantear principios y reglas a seguir.

Y esta necesidad de argumentación, la podemos identificar en una de las referencias que plantea Robert Alexy en su libro:

El Juez debe actuar sin arbitrariedad; su decisión debe descansar en una argumentación racional. (...) la ley no cumple su función de resolver justamente un problema jurídico. La decisión judicial llena entonces esta laguna, según los criterios de la razón jurídica y las concepciones generales de justicia consolidadas en la colectividad (Tribunal Constitucional Federal Alemán citado en Alexy, 2017, p.58).

La argumentación permite reducir la arbitrariedad y llenar las lagunas creadas por la ley en función de resolver un problema jurídico. En caso se realice una acusación fiscal sobre la pena, donde se observe una imputación fáctica con una base de argumentación jurídica sólida, como consecuencia lógica, se logrará controlar la discrecionalidad del juez, y se permitirá hacer valer el principio de acusación y contribuir al derecho de defensa.

La argumentación jurídica, según los postulados de Robert Alexy, mantiene principios filosóficos, jurídicos y morales, que buscan propagarse a las decisiones de los magistrados en las distintas instancias, pero para esta Tesis se seleccionaron solo algunas reglas de la teoría de este autor.

Planteándose cuatro criterios básicos y adecuados para una determinación de la pena en una acusación fiscal, los cuales son:

En primer lugar, Superar la fundamentación mediante subsunción del art. 45-A y 46 del Código Penal Peruano; **En segundo lugar**, entender que una fundamentación valida es aquella sustentada en un procedimiento como el sistema de tercios, siempre que se siga adecuadamente y no solo mediante operaciones aritméticas.

En tercer lugar, se debe cumplir con la tesis de corrección, tanto en su vía de justificación interna como externa, la justificación externa al hacer uso de precedentes, y emplear íntegramente las reglas y principios del Código Penal. En cuanto a la justificación interna se han de elaborar enunciados empíricos a través de proposiciones fácticas y enunciar los medios para acreditarlos. **En cuarto lugar**, fundamentar aquellas normas y precedentes hasta lograr su adecuación al caso concreto, realizando una valoración de los hechos mediante la ponderación.

Según los resultados obtenidos se podrá discutir y debatir si existe o no ausencia de argumentación jurídica en los requerimientos de acusación emitidos por las Fiscalías Penales de Arequipa, según los criterios básicos antes señalados.

Conforme la tabla 4, se encontró que un 15% de las acusaciones solo fijaban la pena abstracta, e inmediatamente cuantificaban la pena solicitada, sin procedimientos de por medio, ni narración de algún hecho, solo mencionaban los artículos 45, 45-A y 46 del Código Penal. Esta sola fundamentación no supera ni el primer o segundo criterio de la argumentación jurídica planteada por esta tesis, al solo subsumir los artículos y carecer de un procedimiento, no se realiza una determinación concreta de la pena.

Otro aspecto que resulta sorprendente es, los problemas al determinar la pena para cada uno de los imputados o acusados, como ya se explicó en el marco teórico, el hecho que dos personas sean consideradas coautores y compartieron los mismos roles en el delito, no les hace merecedores a la misma pena, pueden ser acusados por el mismo delito, pero se necesita una determinación de la pena individual para cada uno.

Según la tabla 4, de 18 acusaciones donde hay 2 o más imputados, en 9 de ellas no se diferencian las determinaciones conforme cada persona, lo cual demuestran cuan mecanizado está la fijación de la pena. Las acusaciones solo están rellenas de artículos del código y alguna frase doctrinaria, para luego proceder a un análisis de la pena que no prospera más allá de unos cuantos párrafos, e incurriendo en solicitudes de pena en masa o grupal (la misma pena para todos) sin importar si tuvieron diferentes circunstancias.

Situación contraria al primer criterio de una argumentación jurídica, al estancarse en la subsunción.

De igual forma, de un total de 40 acusaciones, el 75% de ellas, solo tienen como fundamento la carencia de antecedentes penales para ubicar un tercio inferior, e incluso el otro 15% de acusaciones no mencionan ninguna circunstancia. Lo cual resulta difícil de creer, porque de un total de 24 circunstancias genéricas y otras tantas privilegiadas, alguna ha debido de encajar en los diferentes casos, entonces o estas circunstancias están mal elaboradas o en la investigación de la fiscalía, no tuvo su espacio de descubrimiento. Hecho que demuestra la carencia de proposiciones fácticas por parte de la Fiscalía, lo cual va en sentido contrario al tercer criterio de argumentación que pregona la importancia de una justificación interna mediante enunciado empíricos.

En esta investigación redundo en la importancia de elaborar proposiciones fácticas (hechos) sobre las circunstancias que rodean el delito, para que sirva de base de un contradictorio, y le sirvan al juez para su decisión. Conforme, los datos estadísticos muestran, no se llega a precisar alguna circunstancia, entonces todavía se está muy lejos de elaborar imputaciones fácticas, por ende, lejos de una argumentación jurídica.

Otro aspecto que influye en el proceso de determinación, es entablar un nuevo marco abstracto, cuando se presentan circunstancias privilegiadas o cualificadas, o frente a otras circunstancias de similar naturaleza (eximente incompleta, complicidad secundaria, etc.). Lo cual forma parte del segundo y tercer criterio de la argumentación planteada en esta tesis, que se resuelve al seguir un procedimiento y fundamentar con base en normas, principios o precedentes.

Pero conforme los resultados de la tabla 3, esto tampoco sucede en las acusaciones examinadas, cuando solo un 66% de las acusaciones aplica adecuadamente estas circunstancias especiales, aun cuando estas están desarrolladas en amplia jurisprudencia y el código claramente precisa que debe darse por debajo y encima de límite legal.

Son estos mismos, quienes se encuentran en el 17.5% de acusaciones de la tabla 4, que cometieron graves errores en su propuesta de pena, cuando fallaron al delimitar casos de tentativa, complicidad secundaria y concurso real, como si fueran iguales a cualquier otro caso genérico. Si en este aspecto se falla, entonces no se cumple con lo exigido por la argumentación jurídica en su tercer criterio, fundamentar en normas y precedentes.

Esta investigación entendió qué en la segunda fase de la determinación judicial de la pena, se encuentra la determinación concreta, y el sistema de tercios que permiten dividir la pena abstracta, a fin de elegir un espacio específico.

Conforme la tabla 4, hasta esta fase llegan un 65% de acusaciones que efectivamente plantean circunstancias, siguen un procedimiento, es decir, cumplen con los dos primeros criterios de argumentación de esta tesis. Pero no logran realizar un proceso de individualización del caso en concreto, es decir no cumplen el cuarto criterio de argumentación.

El problema con estas acusaciones fiscales que, sí realizan un procedimiento de determinación, utilizan circunstancias modificatorias de responsabilidad, y precisan los tres marcos concretos. Es que su fundamentación solo llega hasta ese nivel, una vez que encuentran el tercio adecuado, acaba su labor de juristas, y se dedican al juego de azar.

Este 65% solo cumplen con fijar una pena concreta en un intervalo, para luego inmediatamente soltar una pena de manera aleatoria, que nunca se sabe la razón, no explican si fue o no por más atenuantes/agravantes o si analizaron el art. 45, o la culpabilidad o proporcionalidad, es algo que parece nace de la intuición del fiscal pero que no lo plasma en la acusación.

Un ejemplo de eso, tenemos con la C.F. 502-2019-695, sobre falsedad ideológica, en contra de tres imputados, primero se fijó la pena abstracta entre 3 a 6 años, luego para elaborar el marco concreto de tercios, se consideró que carecían de antecedentes penales, entonces los ubicaron en el tercio inferior que iba de 3 a 4 años. Después de eso, casi por reflejo solicito sus tres penas, para uno 4 años, para los otros dos 3 años, el fundamento de tal decisión nunca se sabrá, ya que no lo expuso el fiscal.

Conforme el tercer y cuarto factor en la argumentación jurídica según lo planteado en esta tesis, el solo precisar los tercios, no basta para ser considerada argumentada. Se necesita aplicar la tesis de corrección, al convalidar con normas, precedente; elaborar proposiciones fácticas, y fundamentar las normas hasta que se adecúen al caso en concreto. A fin de llegar a un nivel donde se pueda realizar la ponderación y comprender si la medida es necesaria, y si cumple su fin. Con estos argumentos podemos concluir que hay ausencia de argumentación jurídica en los requerimientos de acusación de las fiscalías corporativas penales de Arequipa.

2. EFECTOS EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

Con el anterior tema, respondimos a la primera parte de la hipótesis planteada, concluyendo que existe ausencia de argumentación jurídica, a continuación, queda desarrollar la segunda parte de la hipótesis, “sobre si tal ausencia de argumentación genera efectos negativos en el sistema jurídico penal”. Podemos confirmar esta segunda parte de la hipótesis, conforme los resultados obtenidos de la investigación y según los planteamientos teóricos.

Se entiende que en muchos casos durante la etapa de juzgamiento, frente a la ausencia de proposiciones fácticas por parte de la fiscalía, se incorporan de manera sorpresiva, como fundamento de la imposición de la pena, un quantum con fácticos nunca propuestos por el Ministerio Público, siendo unos fácticos contruidos por los propios jueces (Mendoza Ayma, 2015). Generando que recién con la lectura de la sentencia, los sentenciados tomen conocimiento de lo que se les atribuye, afectando directamente el principio de contradicción y el derecho de defensa.

Lo cual sucede porque el fiscal se exime del deber de construir sus postulados, y en consecuencia el juez se atribuye la facultad de revisar el expediente para construir sus propias proposiciones fácticas. Esto es un retorno al modelo inquisitivo, donde los jueces hacen de litisconsorte de los fiscales (Mendoza Ayma, 2015).

Este aspecto negativo podemos deducir se puede dar cuando en los requerimientos de acusación no hay explicación, proposiciones o procedimientos, y según los resultados de la tabla 4, un 15% de las acusaciones tienen estas características, entonces resulta lógico que los jueces, frente a esto, reemplacen al fiscal en cumplir con esta tarea.

Otro aspecto negativo presente en el sistema de justicia, es la vulneración del principio acusatorio y contradictorio en el proceso penal, qué frente a la determinación de la pena, se da por omisión del trabajo fiscal y por acción del juez.

Gimeno Sendra (citado en Rosas Yataco, 2013) refiere que el principio acusatorio se da cuando las fases de instrucción y juicio oral son encomendadas a dos distintos órganos, donde se prohíbe al órgano decisor realizar las funciones de la parte acusadora⁴⁰. Este principio diferencia entre quien acusa, y aquellos que controlan la acusación y juzgan, por el cual le corresponde al Fiscal no solo el deber de imputar los hechos punibles, sino

⁴⁰ En la sentencia del tribunal constitucional del expediente 2005-2006-PHC/TC, resolvió que la “falta de acusación impide cualquier emisión de sentencia condenatoria, (...). En caso el fiscal decida no acusar y dicha resolución sea ratificada por sus superiores, el proceso penal debe llegar a su fin.

también los hechos de las circunstancias que modifican su responsabilidad. Por ende, en estos casos donde hay carencia de argumentación jurídica, no se producirá una distribución de roles, ya que, el Juez suplirá al fiscal al cuantificar la pena, debido a la omisión de este.

Mientras que, el principio de contradicción, es uno por el cual durante la dinámica del proceso, se genera un espacio para que el fiscal postule y defina el quantum de la pena, que permitirá el ejercicio de la defensa, a través de la resistencia a ciertas proposiciones. Entonces, en caso no exista una imputación de las circunstancias, el derecho de defensa se enerva al no ser susceptible de control (Mendoza Ayma, 2015)

Frente a esto, respondemos que se puede dar por la falta de interés de la Fiscalía por investigar circunstancias modificatorias de responsabilidad, y esto es respaldado por los resultados de la tabla 2 y 4. Cuando el 75% de requerimiento presentan como único sustento la carencia de antecedentes penales, y 19 de esos requerimientos tienen como prueba solo oficios donde se acredita tal carencia, mientras que las otras 20 acusaciones no tenían ni un solo elemento probatorio a favor de la pena.

Entonces cuando no hay elementos que discutir (ya que el fiscal no plantea ninguno), no se cumple el principio de acusación al no tener espacio en la acusación; en consecuencia, el juez interviene y toma independientemente su decisión. Estas omisiones de la fiscalía terminan afectando, la proporcionalidad de la pena, porque al actuar de una manera mecánica, pueden pedir 20 años para una persona y 32 años para otra por el mismo delito de Robo Agravado sin justificación de por medio, como en la C.F. 502-2019-695.

Por eso ante la ausencia de argumentación jurídica, que implica la ponderación, se pierde un instrumento de control constitucional de la cuantía de la pena, que maneja una lógica ponderativa entre la medida y la libertad. Lo cual genera efectos negativos en el sistema de justicia penal, como quedo ejemplificado en el caso anterior.

Todas estas circunstancias demuestran que la ausencia de argumentación sobre la pena por parte de los Fiscales Penales, genera algunos efectos negativos al sistema de justicia penal.

CONCLUSIONES

PRIMERA. – En la Constitución Peruana de 1993, el artículo 200 (proporcionalidad) y el art 139 (resocialización), representan como se concibe constitucionalmente la pena, a su vez en su legislación hay muestras de cual finalidad se persigue. El Código Penal Peruano comprende la teoría de la prevención general (art. I), abarca la retribución (art. VIII) y prevención especial (art. IX) como funciones de la pena. En consecuencia, la pena demuestra tener relevancia en el ordenamiento jurídico peruano, por lo cual no debe ser tratada de forma secundaria a la calificación de un delito, como llega a suceder en las Fiscalías Penales de Arequipa.

SEGUNDA. - Conforme los artículos 45, 45-A y 46 del Código Penal Peruano de 1991 se ha generado un procedimiento de tres estadios para la determinación de la pena: determinar el marco abstracto, determinar el marco concreto y la individualización, pudiendo aplicar el test de proporcionalidad. Los requerimientos de los fiscales penales de Arequipa únicamente están cumpliendo plenamente con el marco abstracto, y parcialmente con el marco concreto ya que, carecen de proposiciones fácticas, medios probatorios y desconocen como emplear otros artículos para cuantificar las sanciones solicitadas.

TERCERA. – El Ministerio Público Peruano con arreglo a sus funciones (art. 61 del C.P.P), durante la investigación preparatoria deberá ordenar los actos de investigación que correspondan, no solo a la imputación, sino también a las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad. Lo cual se deberá plasmar en sus requerimientos de Acusación mediante una argumentación jurídica con hechos, normas, jurisprudencia y medios probatorios. Pero en Arequipa, tal labor está incompleta, 75% de las acusaciones evaluadas solo se justifican en carencia de antecedentes penales, lo cual nos lleva a dos posibles conclusiones, o realmente no existían otras causales, o no se realizaron investigaciones para descubrir otras circunstancias.

CUARTA. – La argumentación jurídica que se usó para evaluar a las Fiscalías Penales de Arequipa, sigue los postulados de Robert Alexy, al sintetizarlo en cuatro aspectos:
1) Superar la fundamentación mediante subsunción, 2) Una fundamentación es válida si es sustentada en un procedimiento, 3) Se debe cumplir con la tesis de corrección y 4)

fundamentar aquellas normas y precedentes hasta lograr su adecuación al caso concreto y ejecutar una valoración mediante ponderación. Estas cuatro nociones son criterios básicos de cualquier exigencia de argumentación jurídica, que pueden ser complementadas por los postulados de otros autores.

QUINTA. – De los 40 requerimientos de acusación emitidos por las Tres Fiscalías Penales Corporativas de Arequipa durante el año 2018, un 97,5% no llega a satisfacer todos los criterios de argumentación jurídica. Sus criterios empleados, solo comprendían: a) Mención de los artículos 45 y 45-A del Código Penal, e inmediatamente solicitar cierta pena, b) No practicaban procedimientos de por medio, ni narración de algún hecho, c) como único fundamento mencionaban la carencia de antecedentes penales y d) Un 17,5% de los requerimientos mostraban errores jurídicos como no individualizar la pena para cada imputado o cometer doble valoración al momento de su determinación.

SEXTA. – El Ministerio Público al no argumentar jurídicamente la pena, evadiendo su deber, actúa en contra del principio acusatorio y de contradicción porque no permite una distribución de roles entre quien acusa y quien juzga. Entonces el Juez se atribuye la facultad de revisar el expediente para construir sus propias proposiciones fácticas, lo cual impide un espacio para que el Fiscal postule y defina el quantum de la pena. En consecuencia, no se permitirá el ejercicio de la defensa, al no haber resistencia a ciertas proposiciones en audiencia, ya que son dictadas por el propio Juez. Siendo estas consecuencias, los efectos negativos en el Sistema de Justicia Peruano.

RECOMENDACIONES

1. La sexta conclusión detalla como la ausencia de argumentación jurídica genera vulneración del principio acusatorio y de contradicción, y como estos provocan efectos negativos en el sistema de justicia peruano. Pero estos posiblemente no sean los únicos efectos negativos, por ende, a fin de descubrir otras consecuencias es necesario mayor investigación.

En consecuencia, se propone a aquellas personas que desean realizar trabajos de investigación en materia penal, continuar esta línea de investigación, pero aumentando instrumentos y muestras para un análisis de la relación existente entre las acusaciones de los fiscales y las sentencias emitidas por los jueces. Pudiendo examinarse diferentes procesos penales desde la acusación hasta la sentencia condenatoria y ver cuanta correlación mantienen en su extremo de la pena.

2. La quinta conclusión detalla cómo un 97.5% de los requerimientos de acusación evaluados, carece de argumentación jurídica, porque tales requerimientos demuestran solo poseer como criterios: mención de la normativa penal o mención de la carencia de antecedentes penales.

Aun cuando en la Jurisprudencia Peruana ya se ha desarrollado que toda acusación debe estar debidamente motivada, donde los fiscales al igual que los jueces están obligados a fundamentar de forma lógica e integral su pretensión persecutoria. “Con el nuevo sistema procesal ya no es más posible que los fiscales presenten acusaciones incompletas, enrevesadas, ilógicas y contradictorias, deben de satisfacer un mínimo de estándar de suficiencia que permita a la defensa preparar su teoría del caso” (Cas. N° 760-2016, la libertad, f. j. n°16)

Por ello con esta investigación, se buscó fortalecer esta motivación a través de la argumentación jurídica, con una de los criterios denominado “tesis de la corrección”, donde se realiza una argumentación a través de la elaboración de proposiciones fácticas.

Por ello esta observación va dirigida para los Fiscales Penales peruanos, al momento de plantear las circunstancias modificatorias de responsabilidad del imputado en sus requerimientos de Acusación. Esta propuesta se podría implementar mediante una reforma del artículo 349 del Código Procesal Penal peruano, a fin de asemejar los requisitos procesales para los hechos y la pena.

Lo que está subrayado y en cursiva es la modificación del Código Procesal Penal, del 2004 (Instituto Pacífico, 2019):

Artículo 349°. Contenido

La acusación fiscal será debidamente motivada, y contendrá:

- a) Los datos que sirvan para identificar al imputado;
- b) La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos;
- c) Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio;
- d) La participación que se atribuya al imputado;
- e) La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurran
- f) El artículo de la Ley penal que tipifique el hecho,
- g) Así como la cuantía de la pena que se solicite; expresada mediante, una relación clara y precisa de los hechos que se atribuyan al imputado, que modifiquen su responsabilidad penal. En caso de contener varios imputados, se realizar una individuación de la pena para cada uno de ellos. (...)

3. Conforme la quinta y sexta conclusión, se determinó que la ausencia de argumentación jurídica de la pena, está generando efectos negativos en el sistema de justicia peruano, al vulnerar el principio de contradicción y acusatorio. Ya que no se está generando un espacio de debate sobre la pena, en consecuencia, se deja toda la labor de decisión al juez, negando la posibilidad de contradicción a la defensa.

Aun cuando la jurisprudencia peruana desarrolla que el principio acusatorio, “obliga al juez o tribunal a pronunciarse en el ámbito de los términos del debate, tal y como han quedado formulados por la acusación y defensa” (R.N.N. ° 540-2015, Lima, f.j.14).

Entonces a fin de mejorar tal problema, se propone dos recomendaciones orientadas a la labor del Juez, que de manera indirecta influirán en la labor de los Fiscales Penales peruanos, ya que se verán en la necesidad de argumentar su pena a fin de tener alegatos a debatir durante el juicio:

- 3.1. La primera recomendación está orientada al Juez de Investigación Preparatorio quien está a cargo de la audiencia preliminar (art. 351 C.P.P). Propuesta que se podrá aplicar durante el desarrollo de las decisiones propias de esta audiencia (art. 352 C.P.P), como analizar los defectos de la acusación o admisión de medios probatorios.

Propuesta que es la siguiente: El juez durante el control de acusación, deberá sanear la acusación de manera independiente: a) la imputación del hecho punible y la admisión de medios probatorios que correspondan, b) la imputación de las circunstancias modificatorias de responsabilidad, y sus medios probatorios.

3.2. La segunda recomendación está orientada al Juez Unipersonal o Colegiado, quienes dirigen el debate en el juicio oral, donde se acentúa la ausencia de un espacio de debate sobre la pena. Porque es difícil definir los espacios para dos objetos (delito y pena), al ser desordenado y solo priorizar debate del injusto penal.

Por eso se propone una reforma del artículo 363° del Código Procesal Penal peruano, a fin regular una cesura del juicio oral. Cesura, entendida como la división del debate en dos partes. Donde el Juez deberá realizar una separación del debate en dos periodos, en una primera parte se discutirá el delito y en la segunda parte se discutirá la pena.

Se busca esta modificación sobre la audiencia de juicio oral, cuando exista debate tanto sobre la comisión del hecho como de la consecuencia punitiva. Excluyendo el caso donde el imputado acepta haber cometido el delito.

Lo que está subrayado y en cursiva es la modificación del Código Procesal Penal del 2004 (Instituto Pacífico, 2019):

Artículo 363° . - Dirección del juicio

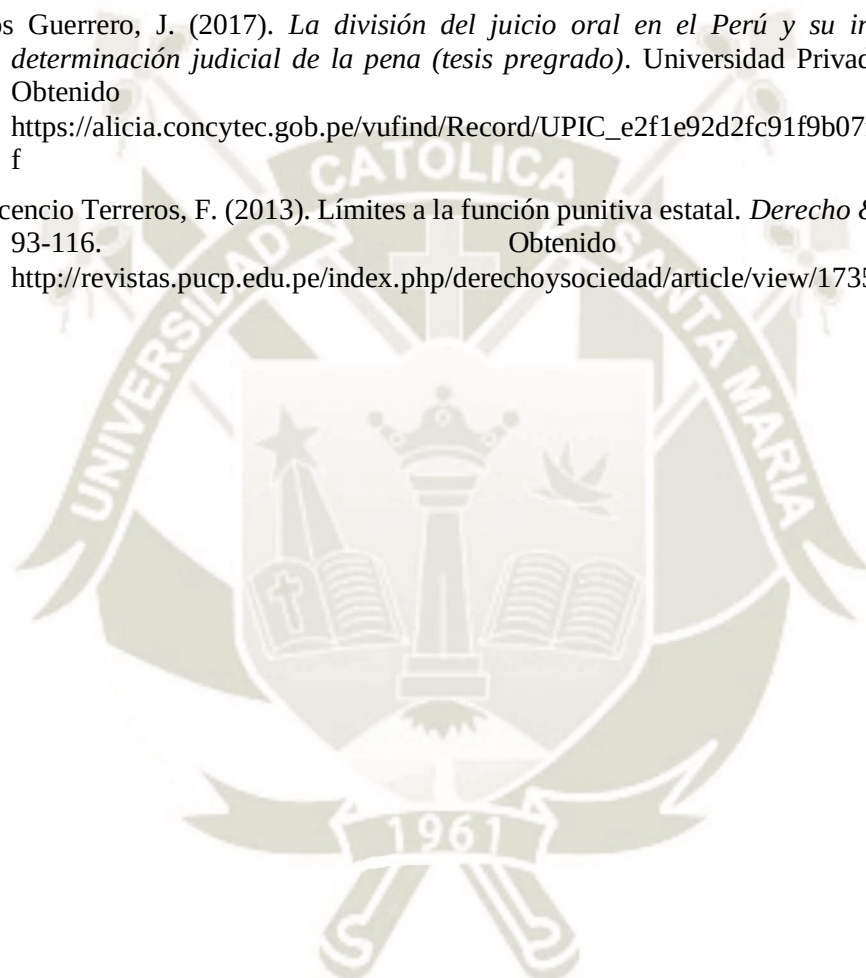
1. El Juez Penal o el Juez Presidente del Juzgado Colegiado dirigirán el juicio y ordenará los actos necesarios para su desarrollo. Le corresponde garantizar el ejercicio pleno de la acusación y de la defensa de las partes. Está facultado para impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos impertinentes o inadmisibles, sin coartar el razonable ejercicio de la acusación y de la defensa. También lo está para limitar el uso de la palabra a las partes y a sus abogados, fijando límites igualitarios para todos ellos, de acuerdo a la naturaleza y complejidad del caso, o para interrumpir a quien hace uso manifiestamente abusivo de su facultad.
2. *El Juez Penal o el Juez Presidente del Juzgado Colegiado permitirá que el juicio se desarrolle en dos espacios temporales distintos, sobre dos objetos de debate distintos. En un primer espacio garantizará los alegatos para debatir la responsabilidad del injusto atribuida al imputado; concluido esta fase, se dará inicio al segundo espacio donde permitirá los alegatos para debatir la clase de pena y cuantía a imponerse. Salvo se presente lo dispuesto en el art. 372 inc. 3 del CPP.*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alcócer Povis, E. (2014). *Introducción al derecho penal*. Lima: Instituto de Ciencia Procesal Penal.
- Alexy, R. (2017). *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría de discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (Tercera ed.). (M. Atienza, & I. Espejo, Trans.) Lima: PALESTRA.
- American Psychological Association. (2010). *Manual de Publicaciones* (Tercera ed.). (M. Tovar Sosa, Ed.) Mexico: Manual Moderno.
- Andrea Padován, L. (2014). La pena constitucional constitucional y su determinación. *Revista Pensamiento Penal*, 1-10. Obtenido de <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39850-pena-constitucional-y-su-determinacion>
- Aranzamendi, L. (2015). *Instructivo teórico-práctico del diseño y redacción de la tesis en derecho*. Lima: GRILEY.
- Bustos Ramirez, J. (2004). *Derecho Penal. Parte general* (Vol. I). Lima: ARA.
- Canahuire Montufar, A., Endara Mamani, F., & Morante Rios, E. (2015). *¿Cómo hacer la tesis universitaria?* (Primera ed.). Cusco: COLORGRAF.
- Castañeda Deza, M. (2016). *El principio de seguridad jurídica en la determinación de la pena en las circunstancias atenuantes privilegiadas del Código Penal Peruano (tesis pregrado)*. Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo, Perú. Obtenido de <http://repositorio.upao.edu.pe/handle/upao/1979>
- Chang Kcomt, R. (2013). Función constitucional asignada a la pena: bases para un plan de política criminal. *Revista Facultad de Derecho PUCP*(71), 505-541. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656138019>
- Chávez Hurtado, R. (2016). *Determinación de la pena a nivel fiscal y judicial en conclusión anticipada del proceso (tesis maestría)*. Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, Perú. Obtenido de <http://repositorio.unsaac.edu.pe/bitstream/handle/UNSAAC/3032/253T20161071.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Cote-Barco, G. (2008). Constitucionalización del derecho penal y proporcionalidad de la pena. *Vniversitas*(116), 119-151. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82515355005>
- Díaz Roca, A. (2015). Causas de vulneración del derecho al plazo razonable durante la investigación preparatoria con prisión preventiva en las fiscalías penales corporativas de arequipa y sus principales efectos en el sistema de administración de justicia (tesis de doctorado). Universidad Católica de Santa María, Arequipa, Perú. Obtenido de <https://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/handle/UCSM/3636>
- Esquivel Oviedo, J.C., López Arenas, M. (2019). *1000 Criterios Jurisprudenciales Penales que todo abogado debe conocer* (Primera Ed.). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- García Aquino, 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 de Maestría)*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú. Obtenido de <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/6454>

- García Arán, M. (1981). La prevención general en la determinación de la pena. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 34(2-3), 511-522. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46199.pdf>
- García Castilla, S. (2016). *Efectos de la vulneración de la presunción de la pena dentro del proceso penal (tesis pregrado)*. Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Chinchá, Perú. Obtenido de <http://repositorio.uigv.edu.pe/handle/20.500.11818/1930>
- Hurtado Pozo, J. (2011). *Manual de derecho penal: Parte general* (Vol. I). Lima: Moreno.
- Instituto Nacional Penitenciario (Febrero - 2018). *Informe Estadístico Penitenciario*. Lima: INPE-Oficina de Planeamiento y Presupuesto. Obtenido de <https://www.inpe.gob.pe/normatividad/estad%C3%ADstica/2018/657-febrero2018/file.html>
- Instituto Pacífico (2019). *Código Penal & Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Pacífico Editores.
- Martínez Castro, E. L. (2015). *Introducción a la ciencia del derecho penal*. Lima: Lex & Iuris.
- Meini Mendez, I. (2013). La pena: función y presupuestos. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*(71), 141-167. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8900/9305>
- Mendoza Ayma, F. C. (2015). *Presupuesto Acusatorio: Determinación e Individualización del penal procesal penal*. Lima: Jurista Editores.
- Nakazaki Servigón, C. (2017). *El derecho penal y procesal penal: Desde la perspectiva del abogado penalista litigante*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Oré Sosa, E. (2013). Determinación Judicial de la Pena.Reincidencia y Habitualidad. A proposito de las modificaciones operadas por la ley 30076. *Boletín Estudio Oré Guardia* (41), 2-29. Obtenido de <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/BOLET%C3%8DN-ACAD%C3%89MICO-41---%C3%BAltima-versi%C3%B3n.pdf>
- Peña Cabrera, R. (1995). *Tratado de derecho penal I: Estudio programático de la parte general*. Lima: Grijley.
- Pinto Fontanillo, J. A. (2004). *La teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy (tesis doctorado)*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España. Obtenido de <https://eprints.ucm.es/2231/1/T24475.pdf>
- Poma Valdivieso, F. (2013). *Individualización judicial de la pena y su relación con la libertad y el debido proceso a la luz de la jurisprudencia en materia penal en las salas penales para reos en cárcel del distrito judicial de Lima (Tesis de Maestría)*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú. Obtenido de <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/3360>
- Prado Saldarriaga, V. (2009). La Reforma Penal en el Perú y la determinación judicial de la pena . *Derecho y Sociedad* (32), 228-242. Obtenido de <http://www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/17428/17708>
- Reyna Alfaro, L. (2016). *Derecho penal parte general: Temas claves*. Lima: Gaceta Jurídica .
- Rosas Yataco, J. (2013). *Tratado de Derecho Procesal Penal* (Vol. I). Lima: Instituto Pacifico.
- Roxin , C. (1997). *Derecho penal: Parte general* (Vol. I). (D. M. Luzón Peña, M. García Conlledo, & J. Vicente Rmesal, Trad.) Madrid: Civitas S.A.
- Roxin, C. (2016). *La teoría del delito en la discusión actual* (Vol. I). (M. Abanto Vásquez, Trad.) Lima: Grijley.

- Silva Sánchez, J. (2007). La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático). *INDRET:Revista para el Analisis del Derecho*(2), 1-15. Obtenido de http://www.indret.com/pdf/426_es.pdf
- Silva Sanchez, J. (2007). *La teoria de la determinación de la pena como sistema (dogmático): Un primer esbozo* (Vol. XIV). Lima: IDEMSA.
- Valderrama Mayta, B. (2016). *La Determinación Judicial de la Pena de acuerdo al artículo 45-A del Código Penal y el Principio de Proporcionalidad (Tesis de Pregrado)*. Universidad Andina del Cusco, Cusco, Perú. Obtenido de http://repositorio.uandina.edu.pe/bitstream/UAC/1123/3/Ver%C3%B3nica_Tesis_bachiller_2016.pdf
- Vallejos Guerrero, J. (2017). *La división del juicio oral en el Perú y su incidencia en la determinación judicial de la pena (tesis pregrado)*. Universidad Privada de Ica, Perú. Obtenido de https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/UPIC_e2f1e92d2fc91f9b07ffa420893d3c8f
- Villavicencio Terreros, F. (2013). Límites a la función punitiva estatal. *Derecho & Sociedad*(21), 93-116. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17355/17641>



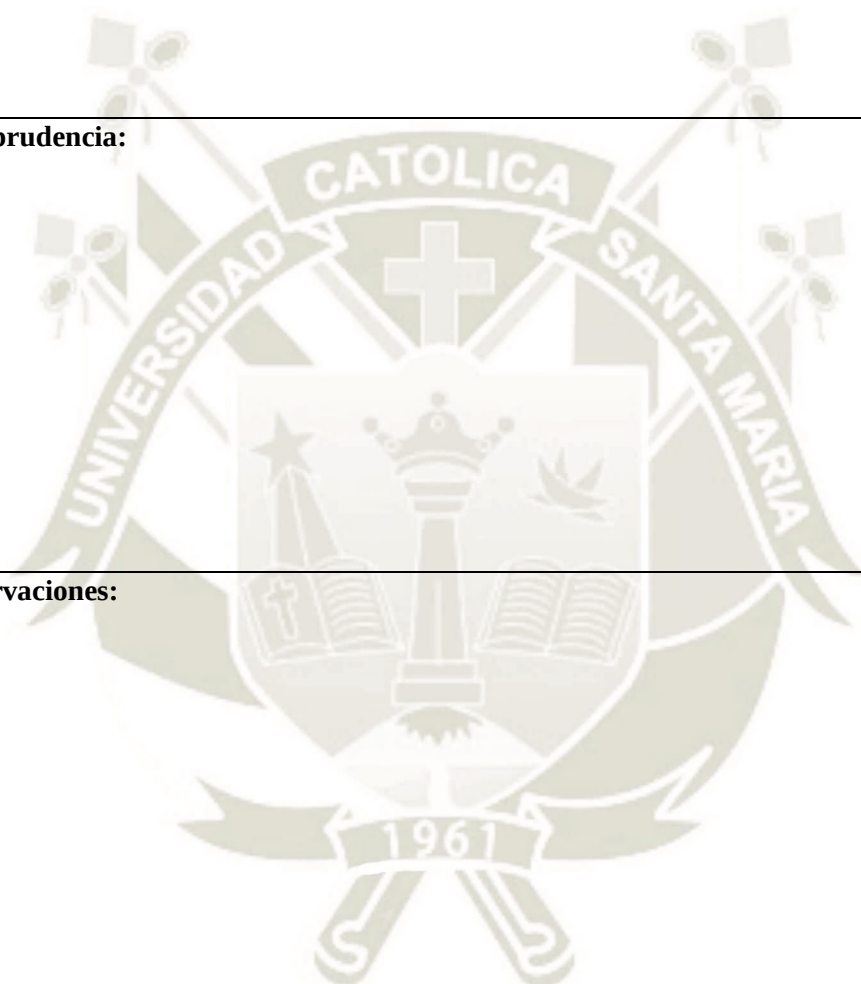
ANEXO NO. 01

FICHA DOCUMENTAL

Base Legal:

Jurisprudencia:

Observaciones:



ANEXO No. 02

FICHA DE RECOLECCION DE DATOS

FISCALIAS PENALES CORPORATIVAS DE AREQUIPA

CARPETA Nro.:

FPPCA Nro.

Despacho Nro.

Distrito Fiscal: Arequipa

1. Investigación Preliminar: Fecha de Inicio

2. Investigación Preparatoria: Fecha de Formalización

3. Etapa Intermedia: Fecha de Acusación:

a) Cantidad de Procesados:

4. Juzgado de Inv. Preparatoria a cargo:

5. Delito

6. Criterios utilizados al determinar la Pena

7. Medios probatorios ofrecidos para sustentar la Pena

8. Observaciones

ANEXO

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN



Universidad Católica de Santa María
Facultad De Ciencias Jurídicas y Políticas
Escuela Profesional de Derecho



“ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LAS FISCALÍAS PENALES CORPORATIVAS DE AREQUIPA Y SUS EFECTOS EN EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL”:

AL ANÁLISIS DE LOS REQUERIMIENTOS ACUSATORIOS EXPEDIDOS ENERO-DICIEMBRE 2018

PROYECTO DE TESIS
PRESENTADO POR EL BACHILLER
EN DERECHO:

William Antony Tito Apaza

PARA OPTAR EL TÍTULO
PROFESIONAL DE:

Abogado

AREQUIPA – PERÚ

2019

CONTENIDO

PREAMBULO	84
CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	85
1.1. Descripción del Problema	85
1.2. Formulación del Problema	86
1.2.1. Enunciado del Problema	86
1.2.2. Campo, área y línea de Investigación	86
1.2.3. Interrogantes de la Investigación	87
1.3. Objetivos de la Investigación	87
1.3.1. Objetivo General	87
1.3.2. Objetivos Específicos	viii
1.4. Justificación de la Investigación	88
1.5. Delimitación de la Investigación	89
CAPITULO II: MARCO TEÓRICO	90
2.1. Antecedentes de la Investigación	90
2.2. Marco Conceptual	91
2.3. Hipótesis de la Investigación	94
a. Variables	95
b. Operacionalización de las Variables	95
CAPITULO III: MÉTODO DE INVESTIGACIÓN	96
3.1. Enfoque de la Investigación:	96
3.2. Diseño de la Investigación	96
3.3. Alcance de la Investigación	97
3.4. Determinación del Universo y Selección de Muestra	97
3.5. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos	97
CAPITULO IV: ASPECTOS ADMINISTRATIVOS	99
4.1. Asignación de Recursos y Presupuesto	99
4.2. Cronograma de Actividades	100
REFERENCIAS	101
ANEXO No. 01	103
ANEXO No. 02	104
ANEXO No. 03	105

PREAMBULO

Durante el 2018 como parte de las prácticas pre profesionales, se me asignó al Ministerio Público – Primera Corporativa a fin de apoyar a dicha institución y a la vez adquirir conocimientos prácticos para mi carrera formativa. Fueron alrededor de 10 meses donde se pudo tener contacto con diferentes casos y escritos que reflejaban el trabajo de cada fiscal y como analizaban cada delito conforme los hechos.

Durante este periodo se apoyó alrededor de 10 fiscales, realizando distintos proyectos de escritos entre los cuales el requerimiento de acusación cobraba la importancia de ser decisivo para el futuro del caso, para lo cual era necesario usar de referencia otros tantos escritos que ayuden a una mejor argumentación y fundamentación. Al revisar otros requerimientos acusatorios que reflejaban los hechos y elementos a probar, fue fácil denotar que existe una marcada diferencia entre la justificación existente del tipo penal o hechos, con respecto al planteamiento de la denominada pena o consecuencias jurídicas.

Uno puede revisar cada Acusación Fiscal y vislumbra tal diferencia, mientras en la primera existe presencia de jurisprudencia, doctrina, hechos relevantes y medios probatorios; en el segundo caso solo se llega a ver mención de los artículos 45° A o 46° del Código Penal y adecuar algunos medios probatorios para justificarse normativamente. Algunos se toman la molestia de elaborar cuadro o gráficos, pero con la misma intención, llegando a ser una argumentación inexistente, porque poner el artículo y luego acomodar los hechos no amerita mayor razonamiento jurídico.

Lo que pude percibir con mi inexperiencia en las prácticas jurídicas del derecho penal, es que la labor de argumentar la pena o consecuencias jurídicas, que es tarea del Fiscal a fin de que un Juez tomara una decisión, no llega a plasmarse en sus acusaciones. Lo cual llamó mi atención que existiera tal desinterés por un elemento clave de los fines del derecho penal, volviéndose mi tema de investigación a fin de examinar si tal circunstancia es un común en las demás dependencias del Ministerio Público de Arequipa, sobre si están acostumbrados a formular una propuesta de pena sin la menor argumentación racional de esta.

CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del Problema

Somos conscientes que a lo largo de los años ha existido una evolución de la teoría del delito, con muestras de desarrollo y refinamiento que van desde la forma de concebir al delito de manera general y lo particular de cada conducta expuesta en el Código Penal. Pero la determinación de las consecuencias jurídicas del delito (la pena) no ha sido parte de tal desarrollo, muestra de aquello es la escasa y dispersa normatividad que son utilizadas para fundamentarse cada caso en concreto (Prado Saldarriaga, 2009).

Aun con esta limitación exigimos que para cada caso exista una reacción idónea, necesaria y proporcional frente al delito cometido, esperanzados en la capacidad técnica del Operador Judicial para realizar una adecuada determinación de la pena⁴¹. Entendiendo que, ante una regulación deficiente, la motivación de la pena está dada por la capacidad intelectual de cada Juez, lo que según algunos autores ha devenido en fallos arbitrarios con deficiencias de motivación o razonamientos judiciales pobres y variables donde muchas veces no mencionan los criterios para su imposición (Poma Valdivieso, 2013; Prado Saldarriaga, 2009; Silva Sánchez, 2007).

Pero pareciese que tal proceso de valoración de la pena, se le exige únicamente al Juez, cuando existe otro operador del derecho, como el Fiscal, que al tener el primer contacto con el hecho delictivo y con mayor tiempo de investigación debiera plasmar en sus acusaciones la cuantía de la pena que solicita, debidamente argumentada. Porque de igual forma que se le exige detalle y precisión de los hechos, o los elementos de convicción sobre cada caso, la exigencia debiera ampliarse a la argumentación de la pena, a fin de disminuir la discrecionalidad del Juez en la decisión final, al ofrecerle suficientes elementos para un adecuado fallo.

Y nos centramos en el tema de argumentación porque la práctica de la Fiscalía, que se logró observar en los requerimientos de Acusación con los que se tuvo contacto, mostraron una mera subsunción de los hechos al artículo 45°-A, buscando presencia de agravantes o atenuantes a fin de ubicarlo en alguno de los tercios, con lo cual finalizaba

⁴¹ "Entendida como todo procedimiento que permite evaluar, decidir y justificar el tipo, extensión y, en determinadas circunstancias, la modalidad de ejecución de la pena que resulta aplicable" (Prado, 2009, pág. 230).

su argumentación de la pena solicitada, llegando a ser procesos aritméticos los usados para motivar sus decisiones (Ejm. Dividendo la pena entre 3, y sumar cuantas agravantes o atenuantes existen para solicitar una pena) o meramente buscar si tiene antecedentes penales para decidir en qué tercio ubicarlos, sin mayor explicación.

Un Problema de trascendencia porque ante una deficiente normatividad sobre la determinación de la pena, se espera que el Fiscal como impulsor de la acción penal pueda ofrecer su capacidad técnico-valorativa y ofrecer una argumentación adecuada para cada caso. Pero sí la situación que se ha visto en los escritos fiscales revisados, es una constante en las demás Fiscalías de Arequipa, estamos ante una realidad donde se formulan penas sin ningún propósito ya sea a favor o en contra de las personas sujetas al proceso penal.

Lo que nos motiva a investigar la situación en las Fiscalías Penales Corporativas de Arequipa y analizar cada requerimiento fiscal, mostrando su ausente argumentación y conocer los efectos a el sistema de justicia penal, partiendo de la idea que al fundamentarse la pena según lo que demanda la argumentación jurídica se lograría una solución cuando existe una deficiente normatividad. Y para realizar esto nos basaremos en la Teoría de la Argumentación Jurídica planteada por Robert Alexy que en principio plantea:

“Las leyes están actualmente construidas de tal manera que los Jueces y funcionarios de la Administración, no pueden fundamentar sus decisiones a través de la subsunción porque no se encuentran bajo firmes conceptos jurídicos cuyo contenido se revela con certeza a través de la interpretación; sino que tienen que valorar autónomamente y decidir cómo colegisladores.” (K. Engisch citado en Alexy, 2017, pág. 35).

1.2. Formulación del Problema

1.2.1. Enunciado del Problema

“Argumentación jurídica de la determinación de la pena en las fiscalías penales corporativas de Arequipa y sus efectos en el sistema de administración de justicia penal”: Al análisis de los requerimientos acusatorios expedidos enero-diciembre 2018”

1.2.2. Campo, área y línea de Investigación

- Campo: Ciencias Jurídicas
- Área: Derecho Penal
- Línea de Investigación: Determinación de la Pena

1.2.3. Interrogantes de la Investigación

- ¿Existe ausencia de argumentación jurídica sobre la determinación de la pena en los requerimientos de acusación emitidos por las Fiscalías Penales de Arequipa y qué efectos produce en el sistema de administración justicia?
- ¿Cuáles son las normas sustantivas y procesales que abarcan la finalidad de la pena y las fases esenciales de la determinación de la pena?
- ¿Contienen sus requerimientos de acusación, criterios para la determinación de la pena, más allá de lo dispuesto por el artículo 45-A del Código Penal y conforme los principios de proporcionalidad e idoneidad de la pena?
- ¿Las Fiscalías Penales de Arequipa respetan el principio acusatorio y promueven el principio de contradicción al formular su pedido de pena?
- ¿En qué consiste la argumentación jurídica y como beneficiaria a la determinación de la pena propuesta por las Fiscalías Penales de Arequipa?

1.3. Objetivos de la Investigación

1.3.1. Objetivos Generales

- Determinar que existe ausencia de argumentación jurídica sobre la determinación de la pena en los requerimientos de acusación emitidos por las Fiscalías Penales de Arequipa.
- Establecer si la ausencia de argumentación genera efectos negativos en el sistema de administración de justicia penal.

1.3.2. Objetivos Específicos

- Identificar la finalidad de la pena que persigue el ordenamiento jurídico en el Perú, en su plano constitucional y penal.
- Identificar las normas que abarcan las fases esenciales de la determinación de la pena y su influencia en las funciones encomendadas a los magistrados del Ministerio Público.
- Examinar la importancia de una argumentación jurídica de la pena para lograr el cumplimiento del principio acusatorio y permitir el principio de contradicción.

- Exponer la Teoría de la Argumentación Jurídica planteadas por Robert Alexy que debieran utilizarse en la determinación de la pena.
- Conocer los criterios acogidos por los Fiscales Penales en sus requerimientos de acusación al momento de establecer el quantum de la pena.

1.4. Justificación de la Investigación

En el Perú a la pena se le da la finalidad de resocialización o reinserción, como justificación de su imposición. Pero como responder a estos principios cuando el Instituto Nacional Penitenciario en un estudio estadístico entre febrero del 2017 a febrero del 2018 determino una clara evolución de su población, de 82, 507 a 86,229 internos, de los cuales solo el 60.01% tienen una sentencia firme. Siendo lo más alarmante que de todos estos, 13.746 internos registran su segundo ingreso e incluso se hace mención que hay entre 91 internos con 11 o 12 ingresos a los diferentes penales (2018, Informe Estadístico Penitenciario). La reincidencia reflejada en los repetidos reingresos muestra que la idea de resocialización (*“pilar de la pena en el Perú”*) ha perdido su batalla, porque nos estamos enfrentando a una muestra de imposibilidad de readaptación y reinserción en la sociedad.

La pena en su conjunto pasa por tres etapas *“pena abstracta (la impuesta por el legislador en cada tipo penal), la pena concreta (la impuesta por el juez luego de una individualización en cada caso concreto), y su ejecución en el ámbito penitenciario”* (Chang Kcomt, 2013, pág. 505). Que ameritan a raíz de lo señalado en el párrafo anterior una evaluación de en qué medida se está fallando, y como subsanar tales errores a fin de evitar dichas consecuencias.

Este trabajo se enfoca en el segundo estadio (la pena concreta), pero sin buscar una responsabilidad única el Juez como lo hicieron otras tantas investigaciones (Poma Valdivieso, 2013.,Prado Saldarriaga, 2009.,García Aquino, 2017), considerando que el Ministerio Público tiene gran importancia al momento de definir la cuantía de la pena, quien la solicita y debiera fundamentarla en sus Requerimientos de Acusación, por eso este trabajo se justifica en cuestionar el tratamiento de la determinación que se viene dando por los Fiscales.

Se busca generar un análisis del comportamiento de los Fiscales sobre la determinación de la pena, porque ante una insuficiente y dispersa normativa dada por los legisladores (Prado Saldarriaga, 2009), se debe esperar del fiscal una

muestra de su capacidad de valorar cada caso y argumentarlo, en búsqueda de una pena razonable y no solo buscar una condena sin importarle la cuantía de sanción penal. Por eso se hace esta investigación a fin de observar los problemas o falencias a la hora de argumentar jurídicamente una decisión y sus efectos en el sistema de justicia penal, a fin de ofrecer sugerencias que ayuden a subsanar tales errores ya sean normativos o de falencias interpretativas y argumentarias.

1.5. Delimitación de la Investigación

- **Delimitación Espacial:** Abarcara las Tres Fiscalías Penales Corporativas de Arequipa que se encuentran ubicadas en la Av. La Paz N°320-Cercado-Arequipa.
- **Delimitación Temporal:** Se tomará en cuenta el periodo comprendido entre los meses de enero-diciembre 2018.
- **Delimitación Teórica:** Se analizar en principio los conocimientos más importantes de la determinación de la pena, implicando conceptos, teorías de la pena, formulación dogmática para su elaboración, reglas establecidas en el código penal, comparaciones con normatividad extranjera. Para luego realizar planteamientos diseñados por Robert Alexy sobre la argumentación Jurídica.
- **Unidades de Observación:** Se analizarán únicamente los requerimientos Acusatorios, a partir de la idea que estos son considerados como las pretensiones del fiscal a discutirse en juicio y son lo que limitan que se va a discutir o no en la audiencia de juicio oral.
- **Delimitación de la Investigación:** Se evaluarán exclusivamente requerimientos de acusación del Proceso Común, entendiendo que es este el proceso de mayor investigación, donde se cursan cada una de las etapas del proceso y que originara un Juicio Oral como la etapa más importante del Nuevo Código Procesal Penal.

Esta delimitación está hecha con la finalidad de distinguirse de los demás procesos especiales que al momento de decidirse la determinación de la pena tienen características particulares, como la implantación de medidas de seguridad, o consensos en la implementación de la pena entre el Ministerio público y el Imputado como el proceso de terminación anticipada y colaboración eficaz.

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la Investigación

De la revisión realizada en la base de datos del Registro Nacional de Trabajos de Investigación (SUNEDU), se encontró distintas investigaciones que versan sobre la determinación o individualización de la pena. Pero ninguno de ellos desde la óptica de una evaluación del trabajo realizado por el Ministerio Público, ni con la variable de la Argumentación Jurídica como factor para esta evaluación.

En las tesis encontradas, se plasma la importancia de esta temática para un mejor funcionamiento, dentro de las siguientes ópticas de investigación:

Poma Valdivieso en su Tesis de Maestría (2013) planteo que en las salas penales con reos en carcel de la ciudad de lima, no se estaria llevando a cabo una adecuada individualización judicial de la pena. Quedando expuesto este problema en la ausencia de motivacion y fundamentación de sus resoluciones judiciales, generando estado de indefensión y vulneracion del derecho al debido proceso en los sentenciados.

García Aquino en su tesis de Maestría (2017) investigo sobre la inoperatividad del sistema penal respecto a la graduación de la pena, realizando un analisis de diversas sentencias de juzgados y salas penales de lima sobre los delitos de robo agravado, violación sexual a menor de edad y homicidio, encontrandose con penas desproporcionadas y ausentes de motivación.

Asimismo, se revisaron tres tesis de pregrado sobre la determinación de la pena, que en conclusión resumían una serie de preocupaciones sobre las decisiones optadas por los magistrados al graduar una pena. Investigando sobre el incumplimiento de algunos principios y garantías fundamentales, como el principio de proporcionalidad, principio de seguridad jurídica y el principio de presunción de inocencia, concluyendo que existe un alto grado de discrecionalidad por parte de los magistrados generando decisiones desproporcionales y vulneradoras de las personas sujetas a sus resoluciones (Valderrama Mayta, 2016; Castañeda Deza, 2016; García Castilla, 2016).

2.2. Marco Conceptual

Para el presente trabajo de investigación se busca conceptualizar como variables de investigación la argumentación jurídica y determinación de la pena, en el ámbito fiscal para lo cual se desarrollarán los siguientes aspectos teóricos:

2.2.1. LA PENA

El Ordenamiento Jurídico peruano establece como finalidad manifiesta del derecho penal a la protección de bienes jurídicos, por lo que al presentarse conductas agresoras de estos; se hace necesaria la presencia de mecanismos que busquen su protección o respondan en su contra, siendo el mecanismo adoptado la pena (Poma Valdivieso, 2013). Esta sanción jurídica denominada pena que ahora por excelencia se ha enfocada en la privación de la libertad, conforme el paso del tiempo se ha modificado la forma de su ejecución; lo que en un inicio eran sanciones físicas (de orden primitivo), fue humanizándose y está siendo entendida en planos de prevención o resocialización (García Aquino, 2017).

2.2.2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA PENA:

El estado peruano se precia de tener a la persona humana y su dignidad como fin supremo, en búsqueda de generar bienestar social abarcando distintos sectores; entre ellos el derecho penal surgido para la protección de sus ciudadanos entiende al condenado como parte de ellos, en consecuencia se pregona la idea de resocialización y reinserción como fundamentos de la pena cumpliendo una función preventivo especial (Chang Kcomt, 2013).

Meini Mendez (2013) plantea sobre la legitimidad de la pena que:

“La función de la pena estatal habrá de sintonizar con la función de la norma de conducta, y sobre todo, con el fin último del derecho penal, a saber, proteger la libertad de actuación de las personas como presupuesto para el libre desarrollo de la personalidad de todos por igual”(p.142).

Esta idea parte de entender que la pena serviría de enlace a los ciudadanos, porque busca concretar una convivencia social, en la cual las personas puedan desarrollar su proyecto de vida, donde la pena funcione como un reproche y sea aplicada cuando se demuestre su necesidad (Meini Mendez, 2013).

2.2.3. TEORÍAS DE LA PENA:

Conforme se analizaba la pena, han surgido diversas teorías donde se le asignaba una función a esta, en principio se formó la idea de la pena como una reacción al mal causado, en una suerte de expiación o retribución (T. Absoluta). Pero luego se le asignó finalidades posteriores a la pena (T. Relativas) conforme si la pena influye en el penado (Prevención especial) o abarca a la sociedad (Prevención general) como coacción psicológica o afirmación del derecho, surgiendo una concepción que entendía a la pena en funciones preventivo especiales y generales como es la Teoría de la Unión (Chang Kcomt, 2013; Meini Mendez, 2013).

2.2.4. PRINCIPIOS QUE INTERVIENEN EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA:

El estado peruano en el ejercicio de su soberanía se encarga de establecer que hechos punibles llegan a ser considerados delitos y que consecuencias jurídicas merecen (ejercicio derecho penal); pero el estado no ejerce un poder absoluto por la existencia de principios que limitan esta facultad (ius punendi), interviniendo en la creación de normas penales (límites materiales o mostrándose cuando son aplicadas (límites formales), como el principio de legalidad o el debido proceso (Villavicencio Terreros, 2013).

2.2.5. DETERMINACIÓN DE LA PENA

Roxin en su postulado sobre la pena manifiesta que “El punto de partida de toda teoría hoy defendible debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena solo puede ser de tipo preventivo”, (citado en Chang Kcomt, 2013, p.516) pero ya sea preventivo o especial la forma de concebir la pena variara según la etapa en la que se encuentre:

En la etapa legislativa las leyes buscaran desanimar la comisión de conductas generadoras de daño social (prevención general), en la etapa judicial cada juez evaluara al individuo y al caso en búsqueda de aplicar una medida concreta (prevención especial), mientras que en la etapa de ejecución a raíz de una prevención especial se analizara la posibilidad de resocialización de cada persona (Chang Kcomt, 2013).

2.2.6. DETERMINACIÓN LEGAL DE LA PENA (PENA ABSTRACTA)

Que implica una labor del legislador para analizar cuáles son las manifestaciones más graves o leves y como se ha vulnerado el bien jurídico a fin de determinar los mínimos y máximos de un tipo penal (Oré Sosa, 2013), porque las leyes ven un marco general de aplicación plasmando las conductas prohibidas y sus consecuencias jurídicas según dicho

análisis. Una determinación expresada en el artículo 28 del Código Penal regulando cuatro clases de penas: la privativa de libertad, la restrictiva de libertad, la limitativa de derechos y la multa.

Prado Saldarriaga en el 2009 planteaba en su artículo sobre reforma penal en el Perú que en ese momento existía una dispersa y escasa normatividad sobre la determinación de la pena, donde los diversos artículos se encontraban en los títulos preliminares, algunos en el código penal y otros en el procesal penal, generando que la pena quede a manos de la capacidad técnica de cada juez. Siendo “el problema central no sólo la existencia de una regulación normativa deficiente y general, sino la falta de un procedimiento práctico (...) que oriente al juez en tan delicado y trascendente quehacer” (Prado Saldarriaga, 2009, pág. 229).

Y si bien con la ley 30076 se establece un procedimiento práctico y esquematizado a fin de facilitar la tarea de los jueces al implantar el sistema de tercios, los diferentes trabajos de investigación sobre su labor jurisdiccional muestran que a pesar de este proceso práctico la fundamentación de la pena no ha demostrado estar en un adecuado nivel jurídico. (Valderrama Mayta, 2016; Castañeda Deza, 2016; García Castilla, 2016).

2.2.7. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA (PENA CONCRETA)

Conforme lo señala Chang Kcomt (2013) “*el juez se encuentra en la obligación de tomar en cuenta las condiciones personales del autor, su participación en el hecho en concreto, la gravedad del hecho delictivo (...)*” (p. 524), y de cierta forma buscando sanciones que permitan la resocialización de la persona, donde se llegue a utilizar las diversas instituciones para su determinación como son, reserva del fallo condenatorio, sustitución de la pena privativa de libertad o suspensión de la ejecución de la pena, cuando se considere no amerita la privación de la libertad.

Para esta actividad de determinación concreta o individualización de la pena, donde se analiza las especificidades del caso concreto surgió en 2013 el sistema de tercios en el 2013 para apoyar a los artículos 45 y 46 del Código Penal falto de reglas o pasos a seguir. Un sistema proveniente de la legislación colombiana, Oré Sosa (2013) quien realizó un análisis de esta reforma considero un acierto el destino que se le dio para establecer reglas básicas vinculadas al deber de motivación de los fallos y concreción de la pena.

2.2.8. MINISTERIO PÚBLICO

La constitución y el propio código procesal penal otorgan la importancia al ministerio público como impulsor de la acción penal y quien dirige el proceso desde la primera etapa de investigación preparatoria hasta el juicio oral. Es manifestado por Angulo Arana que:

“El Ministerio Público constituye una magistratura estatal autónoma instituida para cumplir la misión de la defensa de la legalidad y la promoción del interés público y social, ejerciendo para ello diversas funciones procesales y supra procesales, bajo la orientación del interés en la consecución de una justicia efectiva y por medio de las potestades que para ello les otorgan las leyes a sus órganos” (citado en Díaz Roca, 2015, p.128).

2.2.9. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Para dar inicio a esta concepción mostraremos uno de los párrafos expuesto en el libro de Robert Alexy para mostrar la relevancia de este tema:

“El Juez debe actuar sin arbitrariedad; su decisión debe descansar en una argumentación racional. (...) la ley no cumple su función de resolver justamente un problema jurídico. La decisión judicial llena entonces esta laguna, según los criterios de la razón jurídica y las concepciones generales de justicia consolidadas en la colectividad (Tribunal Constitucional Federal Alemán citado en Alexy, 2017, p.58).

2.3. Hipótesis de la Investigación

Hipótesis de Investigación: Existe ausencia de argumentación jurídica de la determinación de la pena en los requerimientos de acusación expedidos por las Fiscalías Penales Corporativas de Arequipa, lo cual genera efectos negativos en el sistema de administración de justicia.

Planteamiento de la Hipótesis:

Dado que, el Ministerio Público dirige la investigación con plena autonomía e iniciativa a fin de demostrar la responsabilidad penal y obtener una sanción penal; debe presentar en su Requerimiento de Acusación una argumentación jurídica que justifique la determinación de su propuesta de pena al Juez, por eso;

Es probable que, la ausencia de argumentación jurídica para fundamentar su propuesta de pena por parte del Ministerio Público, genere consecuencias negativas en el sistema

de administración de justicia penal, como vulneración del principio acusatorio y de contradicción.

2.3.2. Variables de Estudio

a. Variables

Variable independiente: Ausencia de Argumentación Jurídica de la determinación de la pena por parte de las Fiscalías Penales Corporativas de Arequipa.

Variable dependiente: Efectos negativos en el sistema de administración de justicia penal.

b. Operacionalización de las Variables

MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

Variables	Indicadores	Sub-Indicadores
Variables Independiente: Ausencia de Argumentación Jurídica de la determinación de la pena por parte de las Fiscalías Penales de Arequipa.	Indicador 1: Concepción de la Pena	Fundamento constitucional de la pena
	Indicador 2: Determinación de la Pena	- Determinación legal, judicial de la pena - Normativa, Código Penal y Procesal
	Indicador 3: Ausencia Argumentación Jurídica	Grado de Justificación y Motivación de Requerimientos de Acusación
Variables Dependiente: Efectos negativos en el sistema de administración de justicial.	Indicador 4: Practicas procesales inadecuadas del Fiscal en la Determinación de la Pena	- Uso único de sistema de tercios para determinación de la pena. - No existe debate sobre la determinación de la pena.
	Indicador 5: Efectos negativos en el Sistema Administración de Justicia Penal	- Inseguridad Jurídica - Afectación de principios materiales y formales del Derecho Penal.

CAPITULO III: MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

3.1. Enfoque de la Investigación:

Entre los diversos enfoques de investigación utilizados, en la presente investigación se aplicará un **enfoque cualitativo** que es el adecuado para lo planteado como objetivos.

Partiendo de la idea que un enfoque cualitativo permite evaluar primero el mundo social para luego poder desarrollar un concepto o idea coherente, sin la necesidad de manipular de la realidad, buscando por el contrario evaluar los sucesos en su desarrollo natural. Agregando que este enfoque permite utilizar métodos de recolección de datos no estandarizados como revisión de documentos, evaluación de experiencias personales o registros de historias de vida, sin mediciones numéricas para descubrir o afinar preguntas de investigación (Canahuire Montufar, Endara Mamani, & Morante Rios, 2015, pág. 7).

Porque lo que se busca con esta investigación es evaluar la actuación de funcionarios del ministerio público en un tema de trascendencia como la determinación de la pena, mediante revisión de sus distintos escritos que exponen su forma de argumentar cada caso, buscando un debate reflexivo sobre tal situación, sin hacer uso de mediciones estadísticas buscando probar la hipótesis.

3.2. Diseño de la Investigación

Se utilizará un **diseño no experimental transversal de tipo descriptivo**, considerando que no se busca manipular ni alterar variables, centrándose en meramente observar fenómenos tal cual se desarrollen en la sociedad, donde se busque evaluar una situación o evento como es la situación de la argumentación en los Magistrados al momento de determinar la pena. Y es transversal por el hecho que se recolectaran datos en un solo momento, en un tiempo único como es el 2018 del cual se extraerán los Requerimientos de Acusación que servirán de análisis (Canahuire Montufar, et al., 2015, pág. 78).

Utilizando el método deductivo, “consistente en extraer implicaciones particulares contenidas explícitamente en la situación general (...)” (Aranzamendi, 2015, pág. 118), buscando que, del análisis de los requerimientos expedidos por la fiscalía, se pueda deducir que criterios son utilizados en su mayoría y como estos afectan sus decisiones al fundamentar las consecuencias jurídicas de cada caso.

3.3. Alcance de la Investigación

Al evaluar el alcance de esta investigación y para definir las estrategias y procedimientos para este trabajo, se ha decidió optar por un **estilo de investigación jurídica evaluativa**, que en palabras de Aranzamendi nos permite “dar un juicio de valor empírico sobre el comportamiento de un determinado hecho, caso o fenómeno; sea de índole jurisdiccional, social, económica o política de relevancia jurídica, por ejemplo, la aplicación de una norma o el comportamiento de los funcionarios públicos” (2015, pág. 84).

Porque se buscará en principio demostrar la ausencia de Argumentación Jurídica en los criterios utilizados por las Fiscales de Arequipa para determinar la pena, y a partir de ahí ofrecer una evaluación y emitir juicios de valor sobre cómo argumentan la aplicación de la norma.

3.4. Determinación del Universo y Selección de Muestra

El universo del presente trabajo de investigación abarcara los requerimientos de acusación expedidos por las Fiscalías Corporativas de Arequipa, que comprenden Tres Fiscalías Corporativas, con un aproximado de ocho despachos cada una, con la presencia de entre dos a tres fiscales por despacho (un provincial y uno o dos adjuntos). De los cuales se recopilarán los requerimientos de acusación en vía de proceso común expedidos durante enero a diciembre del 2018.

Para determinar la muestra a utilizarse se practicar un muestreo no probabilístico, intencionado, atendiendo que se recolectaran aquellos escritos a los cuales se puedan tener acceso y nos sea autorizado por el Ministerio Público o Defensoría Pública (entidad que también tiene en sus registros gran cantidad de acusaciones), buscando que la cantidad de escritos sea de 50 – 100 escritos, de las diferentes corporativas.

3.5. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos

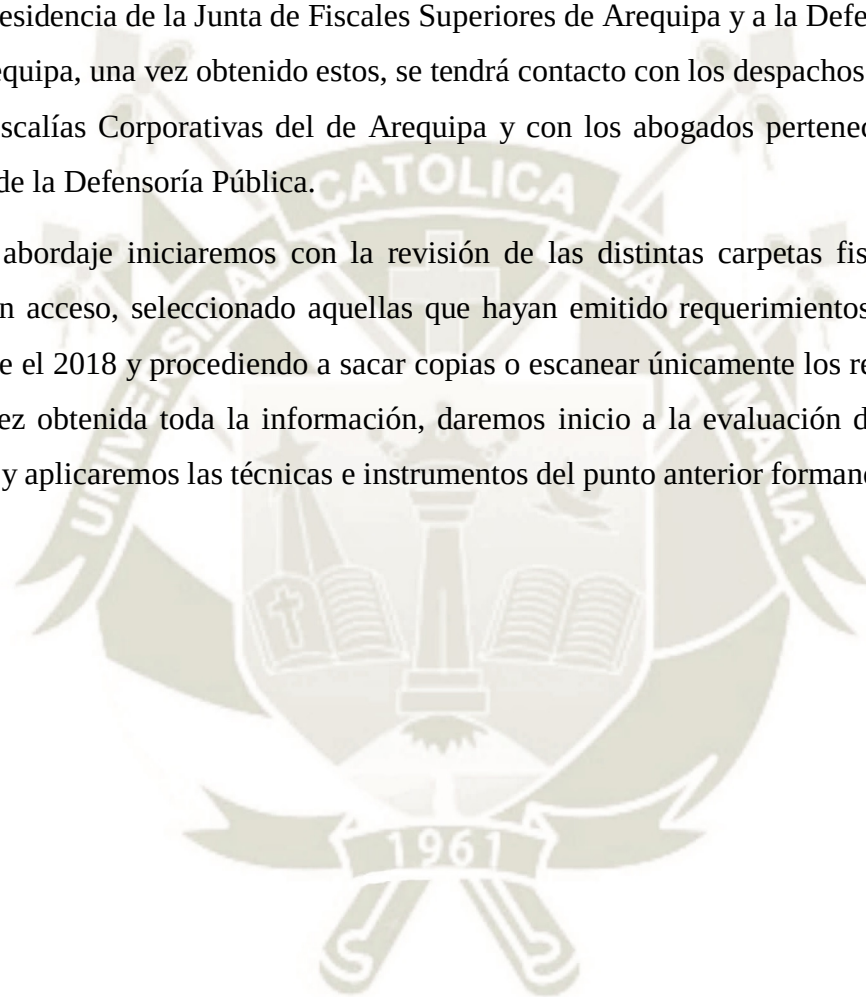
Se empleará la técnica de la observación documental de los diversos requerimientos de acusación expedidos por las Tres Fiscalías Corporativas de Arequipa. Como instrumentos o herramientas para el análisis se utilizará fichas documentales (Anexo No 02) donde se detallará la normativa y jurisprudencia sobre la determinación de la pena, también se hará uso de Fichas de Recolección de Datos (Anexo No 03), en las que se registrarán los datos obtenidos de los Requerimientos de Acusación.

Una vez obtenida toda la información se elaborarán cuadros exponiendo en síntesis la información relevante de los escritos, fundamentación empleada, consignando la normatividad del código penal, buscando verificar el nivel de argumentación y criterios utilizados.

3.6. Procedimiento de recolección de datos

Para poder llevar a cabo esta investigación se solicitará primero los permisos necesarios, a la Presidencia de la Junta de Fiscales Superiores de Arequipa y a la Defensoría Pública de Arequipa, una vez obtenido estos, se tendrá contacto con los despachos fiscales de las tres Fiscalías Corporativas del de Arequipa y con los abogados pertenecientes al área penal de la Defensoría Pública.

En el abordaje iniciaremos con la revisión de las distintas carpetas fiscales que nos brinden acceso, seleccionado aquellas que hayan emitido requerimientos de acusación durante el 2018 y procediendo a sacar copias o escanear únicamente los requerimientos. Una vez obtenida toda la información, daremos inicio a la evaluación de cada escrito fiscal, y aplicaremos las técnicas e instrumentos del punto anterior formando una base de datos.



CAPITULO IV: ASPECTOS ADMINISTRATIVOS

4.1. Asignación de Recursos y Presupuesto

Recursos Humanos / Recursos Materiales/ Recursos de Servicios

RUBRO	CANTIDAD	TOTAL
Recursos Humanos		0.00
Investigador	1	--
Asesor	1	--
Colaborador	0	
Procesador de Datos	0	
Bienes		150.00
Material de Escritorio	1	50
Laptop o equipo de computo	1	--
Material de Impresión	1	100
Servicios		150.00
Tiños e impresión		100
Copias		50
Total		300.00

4.2. Cronograma de Actividades

	2019																															
Actividades	Marzo				Abril				Mayo				Junio				Julio				Agosto				Setiembre				Octubre			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Identificación del Problema																																
Elaboración del Proyecto																																
Presentación del Proyecto de Inv.																																
Aprobación del Proyecto de Inv.																																
Revisión Bibliográfica																																
Recepción de Escritos de Fiscalía (Acusación Fiscal)																																
Selección de Escritos Fiscales y Análisis de la Información																																
Contrastar los Escritos con el Marco Teórico																																
Elaboración del Informe Final																																
Presentación de la Tesis																																
Dictamen de Tesis																																
Levantamiento de Observaciones																																
Redacción del Informe Final																																
Sustentación de la Tesis																																

Referencias

- Alexy, R. (2017). *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría de discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (Tercera ed.). (M. Atienza, & I. Espejo, Trads.) Lima: PALESTRA.
- American Psychological Association. (2010). *Manual de Publicaciones* (Tercera ed.). (M. Tovar Sosa, Ed.) Mexico: Manual Moderno.
- Andrea Padován, L. (2014). La pena constitucional constitucional y su determinación. *Revista Pensamiento Penal*, 1-10. Obtenido de <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39850-pena-constitucional-y-su-determinacion>
- Aranzamendi, L. (2015). *Instructivo teórico-practico del diseño y redacción de la tesis en derecho*. Lima: GRIJLEY.
- Canahuire Montufar, A., Endara Mamani, F., & Morante Rios, E. (2015). *¿Cómo hacer la tesis universitaria?* (Primera ed.). Cusco: COLORGRAF.
- Castañeda Deza, M. (2016). *El principio de seguridad jurídica en la determinación de la pena en las circunstancias atenuantes privilegiadas del Código Penal Peruano (tesis pregrado)*. Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo, Perú. Obtenido de <http://repositorio.upao.edu.pe/handle/upaorep/1979>
- Chang Kcomt, R. (2013). Función constitucional asignada a la pena: bases para un plan de política criminal. *Revista Facultad de Derecho PUCP*(71), 505-541. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656138019>
- Chávez Hurtado, R. (2016). *Determinación de la pena a nivel fiscal y judicial en conclusión anticipada del proceso (tesis maestría)*. Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, Perú. Obtenido de <http://repositorio.unsaac.edu.pe/bitstream/handle/UNSAAC/3032/253T20161071.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Cote-Barco, G. (2008). Constitucionalización del derecho penal y proporcionalidad de la pena. *Vniversitas*(116), 119-151. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82515355005>
- Díaz Roca, A. (2015). *Causas de vulneración del derecho al plazo razonable durante la investigación preparatoria con prisión preventiva en las fiscalías penales corporativas de arequipa y sus principios efectos en el sistema de administración de justicia (tesis de doctorado)*. Universidad Católica de Santa María, Arequipa, Perú. Obtenido de <https://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/handle/UCSM/3636>
- García Aquino, 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 de Maestría)*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú. Obtenido de <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/6454>
- García Arán, M. (1981). La prevención general en la determinación de la pena. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 34(2-3), 511-522. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46199.pdf>

- García Castilla, S. (2016). *Efectos de la vulneración de la presunción de la pena dentro del proceso penal (tesis pregrado)*. Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Chinchá, Perú. Obtenido de <http://repositorio.uigv.edu.pe/handle/20.500.11818/1930>
- Instituto Nacional Penitenciario. (Febrero - 2018). *Informe Estadístico Penitenciario*. Lima: INPE-Oficina de Planeamiento y Presupuesto. Obtenido de <https://www.inpe.gob.pe/normatividad/estad%C3%ADstica/2018/657-febrero2018/file.html>
- Meini Mendez, I. (2013). La pena: función y presupuestos. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*(71), 141-167. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8900/9305>
- Oré Sosa, E. (2013). Determinación Judicial de la Pena.Reincidencia y Habitualidad. A proposito de las modificaciones operadas por la ley 30076. *Boletín Estudio Oré Guardia* (41), 2-29. Obtenido de <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/BOLET%C3%8DN-ACAD%C3%89MICO-41---%C3%BAltima-versi%C3%B3n.pdf>
- Poma Valdivieso, F. (2013). *Individualización judicial de la pena y su relación con la libertad y el debido proceso a la luz de la jurisprudencia en materia penal en las salas penales para reos en cárcel del distrito judicial de Lima (Tesis de Maestría)*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú. Obtenido de <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/3360>
- Prado Saldarriaga, V. (2009). La Reforma Penal en el Perú y la determinación judicial de la pena . *Derecho y Sociedad* (32), 228-242. Obtenido de <http://www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/17428/17708>
- Silva Sánchez, J. (2007). La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático). *INDRET:Revista para el Analisis del Derecho*(2), 1-15. Obtenido de http://www.indret.com/pdf/426_es.pdf
- Valderrama Mayta, B. (2016). *La Determinación Judicial de la Pena de acuerdo al artículo 45-A del Código Penal y el Principio de Proporcionalidad (Tesis de Pregrado)*. Universidad Andina del Cusco, Cusco, Perú. Obtenido de http://repositorio.uandina.edu.pe/bitstream/UAC/1123/3/Ver%C3%B3nica_Tesis_bachiller_2016.pdf
- Vallejos Guerrero, J. (2017). *La división del juicio oral en el Perú y su incidencia en la determinación judicial de la pena (tesis pregrado)*. Universidad Privada de Ica, Perú. Obtenido de https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/UPIC_e2f1e92d2fc91f9b07ffa420893d3c8f
- Villavicencio Terreros, F. (2013). Límites a la función punitiva estatal. *Derecho & Sociedad*(21), 93-116. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17355/17641>

ANEXO No. 01: MATRIZ DE CONSISTENCIA DE LA INVESTIGACIÓN⁴²

Título de la Investigación: “Argumentación jurídica de la determinación de la pena en las fiscalías penales corporativas de Arequipa y sus efectos en el sistema de administración de justicia penal”

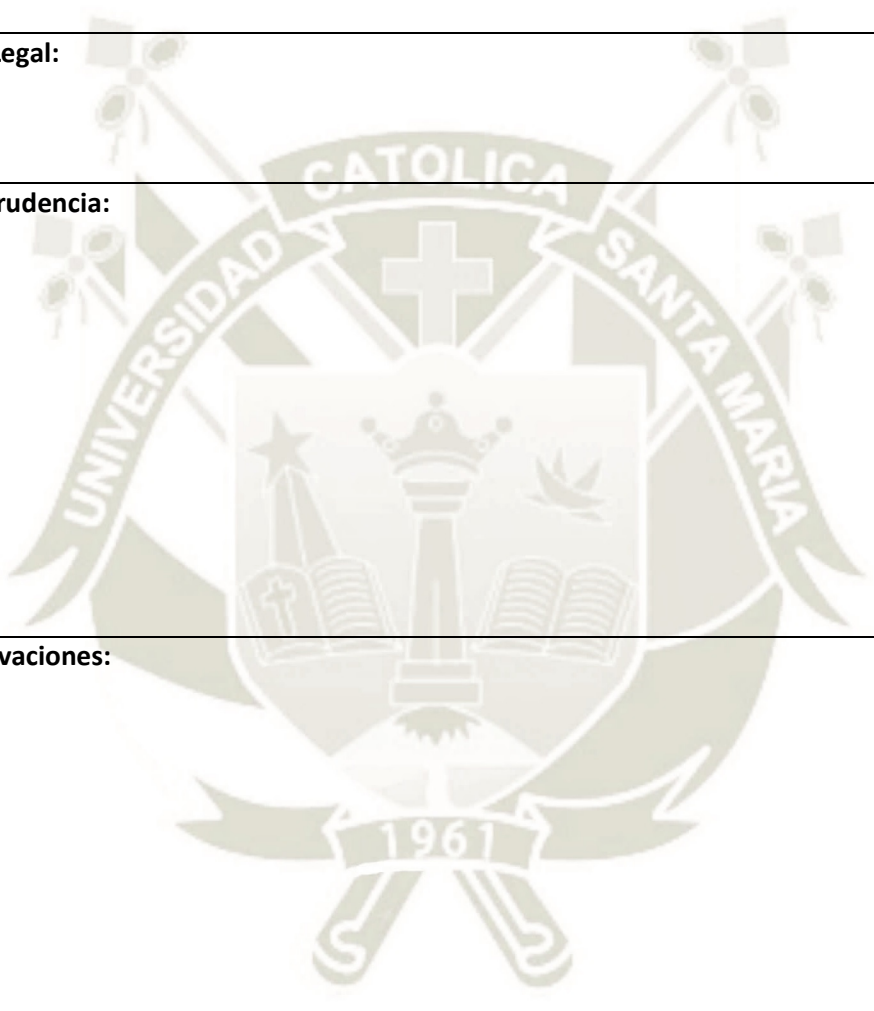
Problemas	Objetivos	Hipótesis	Variables	Método de Investigación
Problema General ¿Existe ausencia de argumentación jurídica sobre la determinación de la pena en los requerimientos de acusación emitidos por las Fiscalías Penales de Arequipa y qué efectos produce en el sistema de administración de justicia penal?	Objetivos Generales -Determinar que existe ausencia de argumentación jurídica sobre la determinación de la pena en los requerimientos de acusación emitidos por las Fiscalías Penales de Arequipa -Establecer si la ausencia de argumentación genera efectos negativos en el sistema de administración de justicia.	Existe ausencia de argumentación jurídica de la determinación de la pena en los requerimientos de acusación expedidos por las Fiscalías Penales Corporativas de Arequipa, lo cual genera efectos negativos en el sistema de administración de justicia.	Variable I. Ausencia de Argumentación Jurídica de la determinación de la pena por parte de las Fiscalías Penales Corporativas de Arequipa.	Enfoque Cualitativo Diseño No Experimental Alcance Transversal-Descriptivo Investigación Jurídica Evaluativa Tres Fiscalías Penales Corporativas de Arequipa Técnicas e Instrumentos Observación Documental ▪ Fichas Documentales ▪ Fichas Recolección de Datos
	Objetivo Específico -Identificar la finalidad de la pena que persigue el ordenamiento jurídico en el Perú. -Identificar las normas que abarcan las fases esenciales de la determinación de la pena. -Examinar la importancia de una argumentación jurídica de la pena para lograr el cumplimiento del principio acusatorio y principio de contradicción. -Exponer la Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy que debieran utilizarse en la determinación de la pena. -Conocer los criterios acogidos por los Fiscales Penales en sus requerimientos de acusación al momento de establecer el quantum de la pena.		Variable D. Efectos negativos en el sistema de administración de justicia penal	

⁴² (Canahuire Montufar, Endara Mamani, & Morante Rios, 2015)

ANEXO No. 02

FICHA DOCUMENTAL

Base Legal:
Jurisprudencia:
Observaciones:



ANEXO No. 03

FICHA DE RECOLECCION DE DATOS

FISCALIAS PENALES CORPORATIVAS DE AREQUIPA

CARPETA Nro.:

FPPCA Nro.

Despacho Nro.

Distrito Fiscal: Arequipa

1. Investigación Preliminar: Fecha de Inicio
2. Investigación Preparatoria: Fecha de Formalización
3. Etapa Intermedia: Fecha de Acusación:

a) Cantidad de Procesados:

4. Juzgado de Inv. Preparatoria a cargo:

5. Delito

6. Criterios utilizados al determinar la Pena

7. Medios probatorios ofrecidos para sustentar la Pena

8. Observaciones
