

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN CRISTÓBAL DE
HUAMANGA**

ESCUELA DE POSGRADO

**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS**



**DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN LAS SENTENCIAS
PENALES EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES DE
EDAD EN EL AÑO 2018**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA EN
DERECHO, MENCIÓN CIENCIAS PENALES**

**AUTORA:
Bach. Maribel Julissa Osorio Reynaga**

**ASESOR:
Mg. Aldo Rivera Muñoz**

AYACUCHO - PERÚ

2022

ÍNDICE

INTRODUCCION.....	5
CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	6
1.1 DESCRIPCION DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	6
1.2 DELIMITACION DE LA INVESTIGACION.....	7
1.2.1 DELIMITACIÓN ESPACIAL.....	7
1.2.2 DELIMITACIÓN SOCIAL.....	7
1.2.3 DELIMITACIÓN TEMPORAL.....	8
1.2.4 DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.....	8
1.3 PROBLEMAS DE INVESTIGACION.....	8
1.3.1 PROBLEMA PRINCIPAL.....	8
1.3.2 PROBLEMA SECUNDARIOS.....	8
1.4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION.....	8
1.4.1 OBJETIVO GENERAL.....	8
1.4.2 OBJETIVO ESPECIFICOS.....	9
1.5 JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACION.....	9
1.5.1 JUSTIFICACIÓN.....	9
1.5.2 IMPORTANCIA.....	10
CAPITULO II: FUNDAMENTO TEORICO	11
1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA.....	11
2. BASES TEORICAS O CIENTIFICAS.....	15
2.1. Teorías de la pena y sus fines.....	15
2.1.1. Teorías absolutas o retributivas.....	16
2.1.2. Teorías relativas o prevencionistas.....	18
2.2. Modelos teóricos de determinación judicial de la pena.....	28
2.2.1. Teoría de la pena exacta o puntual.....	28
2.2.2. Teoría del espacio o ámbito de juego.....	29
2.2.3 Teoría del valor relativo.....	29
2.3. Determinación judicial de la pena.....	30
2.3.1. Determinación cuantitativa.....	32
2.3.2. Determinación cualitativa.....	33
2.3.3. Etapas.....	33

2.3.4. El sistema de tercios.....	35
2.3.5. Circunstancias modificatorias de responsabilidad.....	36
2.4. Determinación judicial de la pena en el código penal y jurisprudencia...	42
2.4.1. Las penas en el Código Penal.....	43
2.4.2. Los artículos 45,-A y 46 del código penal.....	43
2.4.3. Jurisprudencia relevante.....	46
2.5 El delito de la violación sexual en agravio de menores de edad.....	58
2.5.1 Cuestiones previas.....	58
2.5.2 Alcances de la ley N° 29988.....	58
2.5.3 Violación sexual de menor de edad.....	61
2.5.4 Violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave..	68
2.5.5 Las formas agravadas en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.....	69
3. Marco conceptual.....	72
CAPITULO III: HIPOTESIS Y VARIABLES.....	75
3.1 Hipótesis general.....	75
3.2 Hipótesis secundarios.....	75
3.3 Definición conceptual y operacional de las variables.....	75
CAPITULO IV: METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION.....	80
4.1 TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACION.....	80
4.1.1 Enfoque de investigación.....	80
4.1.2 Tipo de Investigación.....	80
4.1.3 Nivel de Investigación.....	81
4.2 METODOS Y DISEÑO DE INVESTIGACION.....	81
4.2.1 Métodos de Investigación.....	81
4.2.2 Diseño de la Investigación.....	81
4.3 POBLACION Y MUESTRA DE LA INVESTIGACION.....	82
4.3.1 Población.....	82
4.3.2 Muestra.....	82
4.4 TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	82
4.4.1 Técnicas.....	82
4.4.2 Instrumentos.....	82
CAPITULO V: ANALISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS...	83

5.1	Análisis de datos.....	83
5.2	Prueba de hipótesis.....	98
5.3	Discusión de resultados.....	101
	CAPITULO VI: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	105
6.1	Conclusiones.....	105
6.2	Recomendaciones.....	110
6.3	Referencias bibliográficas.....	112
	Anexo 1.- Matriz de consistencia.....	116
	Anexo 2.- Relación de sentencias analizadas.....	118
	Anexo 3.- Modelo de ficha documental.....	120

INTRODUCCIÓN

En la presente investigación, se definió como el problema principal ¿De qué manera influye la aplicación del sistema de tercios, las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal y los fines de la pena en la determinación judicial de la pena en las sentencias condenatorias por delito de violación sexual de menores de edad?

Como objetivo principal tenemos: Determinar el efecto de la correcta determinación judicial de la pena en el delito de violación sexual de menores de edad, Identificar la aplicación del sistema de tercios, las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal y los fines de la pena en la determinación judicial de la pena en las sentencias condenatorias por delito de violación sexual de menores de edad. Y como objetivos secundarios: a) Identificar la aplicación del sistema de tercios en la determinación judicial de la pena, en las sentencias condenatorias por delito de violación sexual de menores de edad. b) Identificar las circunstancias modificatorias de la responsabilidad y fines de la pena en la determinación judicial de la pena, en las sentencias condenatorias por delito de violación sexual de menores de edad.

Como hipótesis general se ha esbozado la siguiente: La aplicación del sistema de tercios, sumada a las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal explican la ausencia de los fines de la pena en la determinación judicial de la pena en las sentencias condenatorias por delito de violación sexual de menores de edad.

Se estudiará el ordenamiento constitucional y penal nacional, leyes especiales e internacionales y el derecho comparado en relación con el tema materia de estudio.

En cuanto a la metodología de investigación, esta será una investigación descriptiva-explicativa, con preeminencia doctrinaria y jurisprudencial.

CAPITULO I.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

El estudio doctrinario de los criterios que se utilizan para determinar la pena privativa de la libertad, ha estado presente en todas las legislaciones y ha sido preocupación de diferentes juristas a través del desarrollo histórico del derecho penal.

Este proceso como enseña Mir (2004, p. 78) se da esencialmente en dos etapas, “en la etapa de la determinación de la pena básica el juez se circunscribe a identificar la pena básica, es así que el marco penal o penalidad se efectúa generalmente indicando expresamente la pena o penas impuestas y su duración”.

Según Bramont (2005) afirma que:

Luego en la etapa de la determinación de la pena concreta el juez evaluará en base a una serie de criterios, algunos de los cuales se encuentran en forma expresa en el Código Penal, en los artículo 45° y artículos siguientes; pues se trata de una etapa de cotejo de circunstancias y de asignarles un valor cuantitativo en atención a su repercusión sobre el contenido pues la determinación de la pena es en sentido estricto aquel proceso por el que el Juez o Sala Penal decide la pena que merece un determinado hecho típico, antijurídico, culpable y punible en un autor concreto. (p. 465)

El mayor aporte de la teoría absoluta de la pena, es el hecho de haber fijado los parámetros de la medición de la pena a imponer, por cuanto consideran que la pena no puede sobrepasar el grado de gravedad del hecho, es decir, de la culpabilidad, ello en consideración de la jerarquización de los bienes jurídicos protegidos, llámese vida,

libertad, patrimonio y otro, aun cuando el funcionalismo considere a la norma penal como bien jurídico, antes que el interés o valor ético social.

Hacemos notar que, en nuestra jurisprudencia, la mayoría de las sentencias no se limitan a los estándares de conciencia que arbitrariamente adoptan los jueces sin ninguna justificación razonable.

En su tipología, la sanción penal es un acto de jurisdicción, producto principal del ordenamiento jurídico, que cobra particular importancia porque puede afectar no sólo la libertad o la propiedad de las personas, sino también su propia vida; subraya la importancia de tomar las medidas necesarias para establecer las sanciones adecuadas

La determinación judicial de la pena, pese a la modificatoria realizada a través de la Ley 30076, que en su aspectos fundamental instaure el denominado *sistema de tercios*, que sigue siendo una práctica insatisfactoria, ubicada en la frontera entre la legalidad y la discrecionalidad del juzgador. Tal discrecionalidad se base en la intuición o en el mero arbitrio e inclusive muchas veces la arbitrariedad.

Uno de los elementos clave para determinar sanciones específicas es la claridad, sobre los procedimientos y operaciones del sistema de terceros, los cambios en la responsabilidad y el propósito, la naturaleza y el impacto de las sanciones, y es imposible determinar completamente las sanciones específicas. En esta tarea cumple un rol muy importante los juzgados penales unipersonales y colegiados.

Se han expedido un aproximado de 102 sentencias penales por delito de violación sexual de menor de edad, en el Distrito judicial de Ayacucho, existiendo las sentencias condenatorias alrededor de 22, siendo esto, materia de investigación en el presente trabajo.

1.2 DELIMITACION DE LA INVESTIGACION

1.2.1 DELIMITACIÓN ESPACIAL

La investigación se canalizo geográficamente los Juzgados Especializados en materia Penal de la Provincia de Huamanga - Ayacucho.

1.2.2 DELIMITACIÓN SOCIAL

La presente investigación se focalizo en las víctimas menores de edad de la región de Ayacucho en el delito de violación sexual, así como los magistrados de los Juzgados Penales de Ayacucho.

1.2.3 DELIMITACIÓN TEMPORAL

Se efectuará y abarca los expedientes sobre determinación judicial de la pena en el delito de violación sexual de menores de edad, año 2018

1.2.4 DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Un análisis de las sentencias judiciales y las sentencias por violación de menores.

1.3 PROBLEMAS DE INVESTIGACION

1.3.1 PROBLEMA PRINCIPAL

¿Cómo influye la determinación judicial de las sentencias penales en el delito de violación sexual de menores de edad, Huamanga – Ayacucho, 2018?

1.3.2 PROBLEMA SECUNDARIOS

- a) ¿Cómo influye la aplicación del sistema de tercios en la determinación judicial de las sentencias penales en el delito de violación sexual de menores de edad, Huamanga – Ayacucho, 2018?
- b) ¿Cómo influye las circunstancias modificatorias de la responsabilidad y fines de la pena en la determinación judicial en las sentencias penales por delito, de violación sexual de menores de edad, Huamanga – Ayacucho, 2018?

1.4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION

1.4.1 OBJETIVO GENERAL

- Identificar la influencia de la determinación judicial de las sentencias penales en el delito de violación sexual de menores de edad, Huamanga – Ayacucho, 2018.

1.4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) Identificar la aplicación del sistema de tercios en la determinación judicial en las sentencias penales por delito de violación sexual de menores de edad, Huamanga – Ayacucho, 2018?
- b) Establecer las circunstancias modificatorias de la responsabilidad y fines de la pena en la determinación judicial en las sentencias penales por delito de violación sexual de menores de edad, Huamanga – Ayacucho, 2018?

1.5 JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN.

1.5.1 JUSTIFICACIÓN

El tema de este estudio se justifica porque parte de una observación profunda de la realidad nacional y local, donde la sociedad claramente necesita “justicia”, término que puede traducirse en un párrafo que llama a la intervención inmediata. Las autoridades, ante hechos cotidianos que trastornan la ley y el orden social y provocan zozobra y frustración no sólo en las víctimas, cada una de las cuales actuó de manera diferente e inesperada, sino en la sociedad en su conjunto, pueden emitir un pronunciamiento departamental en temas relacionados con: la confianza no siempre es favorable en los procesos penales

Esto surge de una propuesta de investigación que sugiere que los esfuerzos, incluido el nuestro, se orienten a sensibilizar a los responsables de la dirección, funcionamiento, desarrollo, evaluación y administración del sistema de justicia en su jurisdicción, pues los resultados permitirán conocer qué aspectos del sistema judicial ha hecho un esfuerzo adicional y puede haber omisiones u omisiones

1.5.2 IMPORTANCIA

Los propósitos de la investigación y su alcance respectivo permitirán logros en los siguientes aspectos:

- a)** Posibilitará enriquecer la ciencia penales sobre el tema de la determinación judicial de la pena en las sentencias en el delito de violación sexual y que la sociedad estudiantil, magistrados, ciudadanos y abogados tomen conocimiento de la realidad jurídica regional sobre el tema.
- b)** Coadyuvará en las futuras decisiones judiciales a determinar en forma objetiva y correcta la aplicación de la norma jurídica en estudio.
- c)** Beneficiará y desarrollara el tema para la futura formación de los profesionales del Derecho.
- d)** Facultará comprender las dificultades y limitaciones que existen en la determinación judicial de la pena en de sentencias en el delito de violación sexual.

CAPITULO II: MARCO TEORICO CONCEPTUAL.

1) ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

Según RÍOS (2014) realizo la tesis para optar al grado de Doctor por la Universidad de Lleida, denominada *individualización judicial de la pena y doctrinas de la pena*, llego a las siguientes conclusiones:

a) Siendo para el Estado un instrumento necesario para enfrentar ataques considerados socialmente intolerables, la pena se vincula directamente con la política criminal, la que está sujeta al influjo de la situación específica de cada sociedad, por lo que las doctrinas de la pena se pueden reafirmar o recrear bajo nuevas perspectivas. b) Por medio de la pena se logran diversos fines, pero entre éstos pueden producirse antinomias, lo que se nota con más claridad en las sanciones privativas de libertad, diferentes de otras que por su naturaleza permiten una mayor conciliación de los fines, cual acontece con la multa, que posibilita tanto retribución como prevención general, incluso prevención especial positiva. c) En pro de antes que reprimir evitar o reducir la perpetración de delitos, el legislador prevé la pena con carácter esencialmente preventivo general negativo. d) La disonancia de fines es dable entre prevención general y prevención especial. La retribución es inherente a toda pena, se presupone en la clase y extensión de ésta fijada por ley, porque retribuir equivale a pago merecido al injusto, unido a la idea de reproche, importa castigar con buena conciencia, sólo da cuenta de la justicia conmutativa, la que no se ajusta a la justicia distributiva ni a la correctiva. (p. 655)

ELHART (2021) Realizo la tesis denominada *Individualización judicial de la pena en el derecho penal argentino*, en la que llego a la siguiente conclusión:

El estancamiento de la teoría de la medición de la pena se debió a que se avaló, erróneamente, el dogma de la discrecionalidad del juez de instancia en la fijación de las consecuencias del delito. La clase y la cantidad de pena dispuestas en sentencia es un punto relevante. Por ello corresponde admitir su posible revisión en Casación. Lleva la razón Ziffer cuando sostiene que si la graduación de la pena debe apoyarse en consideraciones jurídicas, entonces no habría razones para excluir la posibilidad de su revisión por un tribunal superior. Son casables, entre otros aspectos: la violación de la prohibición de doble valoración, la omisión de sanciones legalmente prescriptas o admitidas, la falta de consideración de los hechos que influyen en la medida judicial de la pena, la no consideración de aspectos elementales referidos a culpabilidad y a prevención, el error en la determinación de la escala penal aplicable, la falta o deficiente fundamentación de aplicación de pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo cuando existen posibilidades de pena en suspenso, la no consideración de la extensión del daño. (p. 205)

Según HUAMAN (2016) en la Universidad de Huánuco, realizo la tesis, denominada: *Determinación judicial y legal de la pena en el nuevo código procesal penal*, en la que llego a la siguiente conclusión:

- a) la introducción del sistema de tercios dentro de la determinación de la pena involucra una decisión de política-criminal acertada, y que a su vez refuerza los principios de legalidad y proporcionalidad de las penas.
- b) Con este sistema de tercios y las nuevas reglas de determinación no debe existir confusión sobre las circunstancias. Pues, como ya se expuso, en la primera fase o “determinación inicial de la pena básica” se evaluarán primero tanto la pena conminada del tipo penal como de todas las circunstancias “específicas” agravantes y atenuantes que puedan presentarse. Mientras que en la segunda fase o “individualización final de la pena concreta” se evaluarán todas las circunstancias “genéricas” tanto simples (artículo 46), como

cualificadas (artículos 46-A, 46-B y 46-C) o privilegiadas (artículos 16, 22 y 25, entre otros). (p. 121)

YARANGA (2018) realizo en la Universidad Nacional Federico Villareal, la tesis para optar el grado académico de: maestra en derecho penal, denominado “*Deficiencias y limitaciones de los medios probatorios en los delitos de violación sexual*”, llego a las siguientes conclusiones:

- a) La Violación Sexual de niños y niñas, es uno de los delitos que más indigna a las personas, dado que atenta contra la integridad física y psicológica de seres humanos que todavía están en formación y por ende merecen una protección especial de parte de la sociedad en general, a fin de que puedan desarrollarse de la mejor manera posible.
- b) El estudio ha demostrado que urge una implementación de una adecuada recopilación de los medios probatorios suficientes, como la realización del examen espermatológico para ser comparado con el semen encontrado en la vagina; la realización del ADN; en los casos que la víctima resulte con embarazo a raíz del hecho delictivo, para determinar la paternidad; el análisis de las prendas de vestir; la pericia toxicológica y el estado mental de la víctima según pericia psiquiátrica y pericia psicológica de ambas partes, comprobación de padecimiento de enfermedad contagiosa que haya sido transmitida a la víctima, la demostración de la impotencia genital, como causa orgánica que pueda excluir al sujeto como autor del delito, la data del coito vaginal, la cual determina un adecuado estudio de la fecha en la que se habría producido la agresión. (p. 84)

PAUCAR (2015) realizo en la Universidad Peruana Los Andes, la tesis denominada “*La toma de postura por la doctrina y jurisprudencia nacional respecto de la problemática de la estructura e interpretación de la grave amenaza en el delito de violación sexual y su posible solución desde la imputación objetiva*”, llego a las siguientes conclusiones:

- a) Desde la antigüedad, la amenaza era usada para lograr acceder carnalmente a la víctima; en tanto que social como legislativamente siempre ha sido una constante de discusión por los juristas, lo que ha

generado una laguna axiológica del mismo, e incluso en la actualidad la propia doctrina no es clara y menos unánime al momento de intentar explicar que es y cómo se presenta la grave amenaza en el delito de violación sexual, sucediendo lo mismo con la jurisprudencia a pesar de que la grave amenaza en el delito de violación sexual se empezó a regular desde 1940. b) Con la descripción y explicación realizada de los distintos criterios desarrollados por la doctrina con respecto al estudio de la amenaza típica en el delito de violación sexual – Art. 170 del CP, se puede decir con seguridad, que este elemento normativo social regulado como medio comisivo, no ha sido ni es tarea sencilla tratarlo no solo desde la dogmática, sino también desde el propio ámbito práctico de resolución de casos; lo que lo convierte en un estudio complejo frente al otro medio comisivo, la violencia. (p. 379)

VARGAS y FERNÁNDEZ (2016) Realizaron la tesis denominada *Problemática de la determinación judicial de la pena en el supuesto de tentativa en las ciudades de Cajamarca, Chota y Leimebamba*, en la que llegaron a las siguientes conclusiones:

a) Así pues, se debe verificar y/o analizar los elementos constitutivos de la tentativa (intencionalidad del agente, grado de ejecución del delito y falta de consumación), el alto grado de reprochabilidad en el comportamiento del encausado (en cuanto al principio de culpabilidad), el grado de responsabilidad y la trascendencia de la puesta en peligro del bien jurídico protegido (en cuanto al principio de proporcionalidad), además de la justificación relacionada con la función preventiva de la pena (en cuanto a la búsqueda de la resocialización del penado y la utilidad social de la pena respecto a la prevención de la comisión de futuros delitos) relacionada con los principios de merecimiento y necesidad de pena. b) La tentativa representa una circunstancia de naturaleza cualificada (privilegiada) cuya incidencia está dirigida a tener que definir un nuevo marco penal abstracto, siendo necesario establecer un porcentaje de hasta dónde se reduciría el marco penal tomando como referencia el mínimo legal. La acotada naturaleza jurídica ha sido asumida por todos los magistrados del Poder Judicial

(100%) de las localidades de Cajamarca, Chota y Leimebamba, siendo el criterio mayoritario o dominante para los magistrados del Ministerio Público (91%), asimismo, de las decisiones jurisdiccionales examinadas se verifica que en la mayoría de ellas (80%) el límite máximo de hasta donde se vienen reduciendo las penas está constituido por la tercera parte (1/3) por debajo del mínimo legal. (p. 215)

2. BASES TEÓRICAS O CIENTÍFICAS

2.1. TEORÍAS DE LA PENA Y SUS FINES

Villavicencio (2013) afirma que:

La pena es una de las instituciones más tradicionales e importantes del Derecho Penal, su origen se encuentra vinculado con la propia legislación punitiva y constituye por la gravedad de su contenido, el medio de mayor rigor que puede utilizar el Estado para asegurar la convivencia en la sociedad. (p. 45)

Según Villavicencio (2013), “la pena está relacionada con conductas socialmente desvaloradas de las personas, siendo, por consiguiente, una consecuencia jurídica asignada a cualquier individuo que haya realizado un hecho punible contrario a la norma” (p. 46).

Roxin et al. (1993) afirma que:

Los fines de la pena están condicionados por la teoría de la pena. La pena sirve a finalidades de prevención especial y general. La medida de la culpabilidad es elemental para las necesidades de prevención especial y no se oponga a ello los requisitos mínimos de prevención general (p, 42).

Mir Puig (2003) indica que:

El Estado de derecho de la socialdemocracia, donde comienza nuestro sistema político y legal, estableció que la sanción debe cumplir con su misión política de regular activamente la vida social a través de la protección de los bienes de los ciudadanos. Esto debe garantizar que las sanciones no amenacen estos bienes y debe basarse en una obligación basada en la presunta necesidad legal y ética, es decir, que no debe dejar una infracción de ley sin acción y sanción.

Ahora, para que el Estado de bienestar se vuelva democrático en lugar de autoritario y obedezca la ley, existe un conjunto de restricciones que garantizan que la prevención sea en beneficio y esté bajo el control de toda la sociedad. (p. 107)

Por su parte Choclan Montalvo (1997) entiende que:

Las definiciones de retribución, prevención general y de prevención especial que ha estado presente en toda la discusión dogmática acerca del fin y que ha dado origen a diversas teorías penales en función de la superioridad que se otorgue a uno u otro factor en la fundamentación de la pena, aparecen, pues, firmemente unidos al problema de la necesidad de la pena, esto es, al de su justificación. Cuando se refiere acerca de la finalidad de la sanción, como algo distinto de su justificación, se alude al sentido que la pena debe tener para el reo y a la colectividad (...) No basta para fijar la pena su adecuación funcional para cumplir el fin perseguido, es decir, que sea adecuada para la protección de bienes jurídicos y que resulte eficaz desde un punto de vista preventivo, general y especial, sino que es necesario su adecuación a los valores constitucionales (pp. 53-54)

En lo que sigue, abordaremos las teorías de la pena y los fines que persiguen o, en su caso, lo sustentan.

2.1.1. Teorías absolutas o retributivas

Claus et. al. (1993) afirma que:

Estas teorías de la pena localizan su fundamento jurídico y su sentido únicamente en la retribución. Ya que a través de la retribución se realiza la justicia al culpable del delito. La sanción se libera de toda finalidad y se presenta únicamente como la obligación voluntaria de un mal para compensar el daño jurídico ocasionado por el culpable. (p. 55)

Jescheck (2013) afirma:

En teoría se basa en el reconocimiento de la Nación como un vigilante de la justicia y la moral, en la capacidad del ser humano para autodeterminarse y la limitación de la función estatal al amparo de la libertad propia. La pena es legal si es justa; pero no si es útil, entonces una pena útil no es justa y carece de

legalidad. Asimismo, la sanción es la retribución por el delito cometido: ocasionar un mal a un individuo que indemnice el daño que ha causado de manera libre, equilibrando de esta manera la culpa del autor por el quebrantamiento cometido. (p. 47)

En este mismo sentido, Reátegui (2014) nos dice:

En la teoría de la retribución importa recompensar la idea, de sentido de justicia y del Derecho, que el Estado ha determinado. Asimismo, en la retribución, la pena acata a una finalidad “vacía” sin interesar la situación anterior del victimario y víctima la comunidad (...) esta teoría asimismo justificara la pena como el daño que se atribuye a quien cometió un daño “ojo por ojo, diente por diente”. (p. 1282).

Uno de los más connotados penalistas como es Roxin (1993) enseña que:

La teoría de la retribución ve el sentido de la pena no en la persecución de alguna finalidad socialmente útil, sino que, por medio de la imposición de un mal, la culpabilidad del autor carga sobre sí mismo como consecuencia de su hecho, es retribuida, compensada, expiada en forma justa. (p. 16).

Según Villavicencio (2013):

La idea de retribución descansa sobre tres presupuestos esenciales: Primero, la potestad estatal para castigar al responsable mediante la pena. Segundo, la necesaria existencia de una culpabilidad que pueda ser medida según la gravedad del injusto cometido. Tercero, la necesidad de armonizar el grado de culpabilidad de gravedad de la pena de manera que la pena, dictada la sentencia, sea considerada justa por el autor y por la colectividad. (p. 48)

Siguiendo la línea trazada por los autores citados Pozo H. y Prado S. (2011) señalan que:

La imposición de la pena pretende que el responsable del delito repare su falta. De modo que el perjuicio que implica la sanción constituya la retribución del daño producido por el delincuente. Y así el daño realizado mediante la infracción debe ser redimido. De esta manera la sanción del responsable es indefectible para indemnizar el sentimiento de justicia. (p. 29).

Choclán Montalvo afirma (1997):

La idea de la pena basada en la culpabilidad y su pura retribución como exclusiva consecuencia jurídica del hecho punible apenas tiene seguidores en la actualidad, pues difícilmente puede sostenerse la justificación de la pena como sanción tendente a la pura compensación de la culpabilidad de quienes precisamente carecen de capacidad de culpabilidad (p. 29).

2.1.2. Teorías relativas o prevencionistas

Según Villavicencio (2013) define que: “a diferencia de la Justicia, que es absoluta, las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales, asignan a la pena el objetivo de prevenir delitos como un medio para proteger determinados intereses sociales. Son teorías utilitarias de la pena” (p. 54).

Hurtado y Prado Saldarriaga (2011) respecto a esta teoría, afirman que:

Coinciden con el asunto de imputar a la pena un beneficio social, así como justificarla por su finalidad preventiva. De este modo se alejan de manera severa de la figura retributiva de la sanción (...). Le imputan como función primordial de evitar la comisión de delitos, en la medida en que le reconocen un efecto disuasivo tanto relacionados a terceros (prevención general), como al propio delincuente impidiendo que reincida (prevención especial) (p. 30).

Por su parte, Roxin et al. (1993) señala que:

La teoría relativa se opone completamente a la absoluta. Para esta teoría la sanción no posee que efectuar la justicia en la tierra, sino salvaguardar a la sociedad. La pena no establece un fin en sí misma, sino un intermedio de prevención. El sentido de la pena radica únicamente en cumplir su labor de imposibilitar que se cometan en el futuro acciones punibles (p. 58).

Villavicencio (2013) indica que:

Estas teorías están fundamentadas en razones ideológicas de índole humanitaria, utilitaria, racional y social debido a que apuestan por el hombre que se ha delinquido, en la búsqueda de su capacitación y educación por medio de una apropiado actuación pedagógica-social (p. 54).

Para esta teoría “la pena no tiene que realizar la justicia, sino que la pena evita la comisión de futuros delitos; la pena no es un fin en sí misma, sino un medio de prevención” (Reátegui, 2014, p.1285)

Además, que según refiere Villavicencio (2013):

La idea de prevención parte de tres presupuestos: primero, posibilidad de un pronóstico suficiente cierto del futuro comportamiento del sujeto. Segundo, que la pena sea adecuada con exactitud a la peligrosidad del sujeto de manera que sea posible el éxito de la prevención. Tercero, La propensión a la criminalidad puede ser atacada mediante los elementos pedagógicos de aseguramiento y, en especial del trabajo pedagógico social de la pena que se debe realizar a nivel de la ejecución penal. La idea de la prevención operaría sobre la colectividad (prevención general) y en la relación al infractor (prevención especial) (p. 55)

2.1.2.1 Prevención general

Teoría desarrollada moderadamente por el Alemán Paul Johan Anselm, Von Feuerbach (incidiendo principalmente en la prevención general negativa). Esta teoría supone la prevención frente a la colectividad.

Mir Puig (2003) anuncia que:

En efecto las penas sirven como amenaza dirigida al ciudadano por la ley para poder impedir que cometan infracciones. Esto opera como “coacción psicológica” en el momento indeterminado de la tipificación legal. La realización de la sanción sólo tiene sentido en la construcción, para afirmar la formalidad de la amenaza legal. (p. 53)

Villavicencio (2013) enuncia que:

Esta prevención no actúa frente al delincuente sino frente a la conectividad y además acota. Esta prevención general se encuentra en las tres etapas de la realización de la pena: primero, por intermedio de la amenaza generalizada de la pena, donde se confía en la conminación penal contenida en la ley por su advertencia que se debe paralizar a eventuales impulsos delincuenciales. Segundo, mediante el dictado de la sentencia, ya que, por medio de la reprobación del autor, contenida en una sentencia, se generaría la intimidación

generalizada. Tercero, por medio de la ejecución de la pena utilizaría el sufrimiento del delincuente para producir una intimidación generalizada ya que con el habría fracasado el efecto preventivo general de la ley (p. 56).

Por su parte Reátegui (2014) indica que “la prevención general es la advertencia a todos para que se abstengan de delinquir, el ejemplo para que, no el delincuente, sino los demás escarmienten en cabeza ajena” (p. 1288)

Moderadamente, la prevención general se divide en dos ámbitos: prevención general negativa o intimidatoria y prevención general positiva o integradora. La primera, pretende disuadir al infractor mediante el mero castigo penal; en tanto la segunda, se dirige u orienta al mantenimiento de la práctica la fidelidad al derecho. (Reátegui, 2014, p. 1289)

El órgano máximo que es el Tribunal Constitucional peruano, mediante resolución señala que esta teoría atenúa su indagación, antes que el sancionado, que se considera que la sanción tiene como fin influir en la comunidad por medio de apercibimiento punitivo y después su cumplimiento, en las personas que a través de sus conductas antijurídicas transgreden los valores e intereses de la nación.

a. Prevención general negativa

Maier señala que el fin de la pena de esta teoría subyace “en la influencia sobre la generalidad, a la cual se le debe enseñar a través de las amenazas penales y de la ejecución de las penas lo relativo a las previsiones legales” (2010, p. 21)

En la predisposición general negativa se determina como objetivo primordial de la sanción el efecto conminado, es por ello que inclusive se le conoce como prevención general intimidatoria, la cual se genera mediante amenazas de su obligación en las personas con tendencias o propensiones del cometido delito.

Hurtado y Prado Saldarriaga (2011) afirman que “la prevención general negativa tiene por objeto intimidar a las personas, Feuerbach hablaba a este respecto de coacción psicológica, tendiente a impedir que los delincuentes en potencia pasen ejecutar el acto” (p. 30)

Un reciente autor español sostiene que en esta versión de la prevención general “la pena justifica la medida de que actúa sobre la generalidad de la comunidad con la

pretensión de a través de la intimidación, evitar la comisión de delitos” (Besio, 2011, p.63). En este sentido, el citado autor sostiene:

El núcleo central de la tesis de la prevención general negativa está constituido por la pretensión de evitación de delitos mediante la influencia de las normas jurídico- penal -a través de la amenaza de pena- en generalidad de la comunidad. Se trata por tanto de una teoría que atiende esencialmente al momento de la comisión legal, mientras que las fases de imposición y ejecución sólo tendrían una función secundaria asociada a la confirmación de la seriedad de la amenaza abstracta producida en la sede legislativa (Besio, 2011, p.66).

Aquí, cabe hacer una breve crítica teniendo en consideración a un sujeto con marcada propensión hacia el crimen, ya que este generalmente no reflexiona en el efecto intimidatorio o la amenaza de la sanción penal muchas veces este efecto, tratándose de delitos graves y la pena alta respectiva, no proviene de dicha intimidación de la sanción penal sino de la posibilidad o probabilidad de ser descubierto y capturado.

b. Prevención general positiva

En sentido positivo, la prevención general, afirma que:

Según Hurtado y Prado (2011):

La amenaza penal está destinada a reforzar el respecto de las personas a las normas penales, en particular, y el orden jurídico, en general. El Estado trata, así, de mantener la norma con el modelo que hace posible y orienta la interacción social. (p. 31)

Roxin (1997) afirma:

Que el aspecto positivo de la prevención general comúnmente se busca en la subsistencia, la asistencia, la confianza en la estabilidad y en la capacidad de ejecución del orden jurídico. De acuerdo a ellos, la sanción tiene como misión de demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la sociedad y así endurecer la confianza jurídica del pueblo. (p. 91)

También se menciona a Gunter Jakobs como uno de los representantes de la teoría que estamos comentando. En este sentido Besio (2011) afirma:

La prevención general positiva ha sido entendida a través de la teoría de sistemas especialmente por Jakobs, para quien la función de la pena consiste en el mantenimiento de la vigencia de las normas, en tanto éstas estabilizan e institucionalizan expectativas sociales (que aseguran una pauta de confianza en la producción de determinados sucesos) y sirven, entonces de orientación a los individuos en sus contactos sociales, en la convivencia en sociedad. La pena cumple la función de destacar con seriedad y garantizar que las normas se mantienen vigente, en tanto supone una negación de la negación de la norma - a través del delito, que desautoriza su pretensión de vigencia- y por ello demuestra simbólicamente que lo correcto es confiar en la vigencia de la norma. (p. 73)

2.1.2.2 Prevención especial o individual

Roxin (1997) indica que: “la posición y diametralmente opuesta a la teoría de la retribución se encuentra en la interpretación de la misión de la pena consiste únicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos” (p. 85).

Según Villavicencio (2013):

La prevención especial considera que el propósito de la sanción está dirigido a influir de manera directa sobre el imputado de manera personal. No se dirige a la actividad delictiva realizada, sino al propio individuo, y no a la generalidad como pretende la prevención general, pero este individuo no es cualquiera, porque es el responsable de una actividad ilegal. (p. 62)

Autores diversos sostienen que el principal defensor de la teoría especial de la pena fue Frank Von Liszt, quién sostenía que el fin de la pena es la prevención dirigida al autor individual.

Según Roxin (1997):

Su concepción la prevención especial puede actuar de tres formas: asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de estos; intimidando al autor, mediante la pena, para que no cometas futuros delitos: y preservando le den la residencia mediante su corrección. Conforme a esto, Liszt, exponía un tratamiento de los delincuentes, diferenciados según el tipo de autor: la inocuización del delincuente habitual de quien no se puede

conseguir de una visita que desistan ni que mejore; la intimidación del mero delincuente ocasional y la corrección del autor corregible. (p. 86)

Igualmente, el propio Roxin et al. (1993) afirma:

La posición extrema contraria a la teoría de la retribución consiste en la concepción de que la misión de la pena es únicamente disuadir al autor de futuros de hechos punibles. El fin de la pena es de acuerdo con esto, la prevención, dirigida al autor individual (especial). Por ello, según esta opinión se habla de “prevención especial” con el fin de la pena. (p. 20)

Por otra parte, Hurtado y Prado Saldarriaga (2011) afirman:

Los criterios de prevención especial tienen la ventaja de adecuarse mejor a los objetivos del derecho penal, los cuales se centran en la protección de las personas y de la sociedad. Sin embargo, presentan el grave inconveniente de no proponer una base adecuada para delimitar la severidad de la pena. Esta dependerá de la condición personal del delincuente y de la gravedad del delito. Aún más, no permiten justificar la punición del delincuente que no requiere ser resocializado. En el fondo de la objeción más seria consiste en que el Estado no está legitimado para, mediante la fuerza, reeducar a las personas pretextando que han delinquido. (p. 32)

A) Prevención especial negativa

El autor argentino Suerio (2010) afirma que esta teoría “persigue apartar al autor de futuros delitos, logrando el aseguramiento del cuerpo social, mediante la reclusión, intimidación, neutralización o eliminación del autor individual” (p. 120).

En este orden, sostiene que:

La prevención especial negativa y dolor al penado. Este sufrimiento es para que tome conciencia del mal que hizo el mal que está sufriendo y no vuelva a cometer hechos delictivos. Lo desalienta personalmente. Se llama a “arrepentirse” y darse cuenta de lo que pierde por violar la norma (Parma y Parma, 2017, p.638).

En la prevención especial negativa se integran las versiones de intimidación personal (en el caso de delincuentes ocasionales, como advertencia para inhibirlos de cometer futuros delitos) y la inocuización del autor individual (tratándose de delincuentes

habituales e incorregibles se pretende su aislamiento, incluso perpetuo) (Besio, 2011, p. 78).

B) Prevención especial positiva

Es unánime que en esta teoría la prevención tiene principalmente a la resocialización, reforma o reinserción a la sociedad de aquel que ha cometido un delito, también en la disposición de la sanción como en la realización de la misma. Esta finalidad es incluso la que determina nuestra Constitución Política del Perú. (artículo IX).

En este sentido, Parma (2017) dice que la prevención especial positiva “tiene una función de resocializar, de refamiliarizar, reconstituir, reparar, reeducar, etc. para ello se le conduce a un “tratamiento” penitenciario que le pueda servir de futuro a los efectos de reinsertarse en la comunidad” (p. 638)

Besio (2011) afirma que hoy en día la prevención especial es entendida mayoritariamente en su vertiente positiva, esto es, asociada a las ideas de resocialización, rehabilitación, readaptación o similares” (p. 78).

C) Teorías mixtas

Hurtado y Prado, (2011) sostienen que los defensores de los criterios mixtos “parten de la idea correcta de que el fin de la pena no puede ser justificado, ni explicarlo de manera unilateral, la índole compleja de la actividad punitiva sólo puede ser comprendida de manera plena recurriendo a los diversos criterios expuestos” (p. 33).

“Se suele indicar que las teorías mixtas determinan que la sanción deber reprimirse teniendo en cuenta la culpabilidad y proporcionalidad de acuerdo al hecho delictivo (llegando a la justicia) y a la vez impedir que cometan nuevos delitos” (Villavicencio, 2013, p. 66).

Según Afirma Roxin et al (1993):

Esta teoría trata de unir entre las teorías absolutas y teorías relativas, pero no a través de la acción de ideas contrastadas, sino de acuerdo a la reflexión práctica de que la pena en la realidad de su aplicación frente a su aplicación del afectado por ella y frente a su mundo circundante siempre desarrolla en su totalidad de sus funciones (...) Baumann denomina a estas teorías “reconciliadoras” argumentando que tiene la intención de reconciliar el conflicto entre el castigo

no dirigida al fin y el castigo con objetivos finales, exigiendo la pena en el contexto de la culpa, pero comprendiendo el objetivo final. (p. 61)

Villavicencio (2013), sostiene que:

Entre las principales posiciones de las teorías mixtas destacan las teorías diferenciadoras (de Schmidhauser) y la teoría unificadora dialéctica (de Roxin). La primera, sostiene que la finalidad de la pena es la prevención general, pero ya no entendida como medio necesario es evitar todo delito, lo que resulta imposible, sino como búsqueda de impedir la ejecución del delito hasta donde sea posible, a fin de mantener la convivencia social. En tanto, la segunda, explica su posición utilizando las tres fases en el Derecho Penal emplean en su enfrentamiento con el individuo: conminación, aplicación judicial y ejecución de la pena (p. 67).

En una definición básica de esta teoría, Muñoz Conde (2014) refiere que esta es una postura intermedia que intenta conciliar ambos extremos de la teoría absoluta y relativa, partiendo de la idea de retribución como base y añadiéndole el cumplimiento de los fines preventivos, generales y especializados (p. 31).

A su turno, Reátegui (2014) afirma que “las teorías de unión son hoy dominante y aparecen en la historia del derecho penal como una solución de compromiso en la lucha de escuelas que dividieron a los penalistas en dos bandos: en retribucionistas y prevencionistas” (p. 1992-1993).

D) Teorías de la pena desde la perspectiva constitucional

Luego de repaso de las distintas teorías de la pena y sus fines o finalidad que cumplen -principalmente la objeto de la pena de prisión, que es por antonomasia o la pena más gravosa o de mayor intensidad la restricción de la libertad de la persona-, como parte del enfoque epistemológico del presente estudio debemos analizar dichas teorías desde la perspectiva constitucional.

En este argumento, Reátegui (2014) refiriéndose al modelo constitucional reconocido por la Carta Magna del Perú, al que designan como Estado Social y Democrático de Derecho, afirma sobre el modelo:

La sanción debe cumplir una misión de regulación activa en la sociedad mediante el amparo del bien jurídico. Supone imputar a la pena el factor de prevenir los atentados contra los bienes jurídicos y no basar su cometido en una supuesta necesidad ético jurídica de no dejar la infracción del orden jurídico sin respuesta. (p. 1279)

En el mismo sentido, Choclan Montalvo (1997):

Entiende que la tutela de bienes jurídicos es función del derecho penal y no puede discutirse que le corresponde prevenir la lesión de tales bienes, pues así se protegen, de modo que la función preventiva del derecho penal a través de la pena constituye un claro mandato constitucional. (p. 89)

Asimismo, Carbonell Mateu (1999), refiriéndose a los valores, principios y derechos constitucionales en relación a las normas penales, señala que “el derecho penal desarrolla, tutelándolos, los valores proclamados en la Constitución y los que de ella emanan pueden decirse, en fin, que detrás de cada precepto penal debe haber un valor como relevancia constitucional” (p. 37).

En este sentido, desarrollado una tendencia jurisprudencial, el órgano máximo que es el Tribunal Constitucional peruano, en el fallo recaído en el expediente N.º 0019-2005-PI/TC (proceso de inconstitucionalidad), difundido el 22 de junio del 2005 en el periódico oficial “El peruano”, luego de laborar las teorías de la pena y refiriéndose, precisamente a la finalidad de la sanción desde una perspectiva constitucional, el fundamento legal 37, confirma: el sindicado descarto que la retribución absoluta se considere el fin de la condena. Por supuesto, eso no quiere decir que no se desconozca que todas las medidas punitivas tengan un elemento de represalia. Lo que sucede es que el supuesto de que utilizó toda su capacidad para crear delitos para el imputado lo ha sometido dentro de la política criminal nacional, denegando su estado de ser humano y consiguientemente, cometiendo un acto más atroz de lo que es un acto delictivo.

38. No obstante, tanto la teoría preventiva especial y universal, se benefician de las protecciones constitucionales directas siempre que su objetivo sea compatible con principios del derecho de dignidad; por tanto, es la mejor forma de prevenir delitos que sus integrantes consideren delitos derivados de bienes de especial importancia para

asegurar los requisitos mínimos para la convivencia armónica en la Alianza de los demócratas.

De igual manera, dicha sentencia en su fundamento jurídico 40 desarrolla, primeramente, acerca de la prevención general, ya que la tipificación del comportamiento delictivo, acerca de la sanción que tiene efecto intimidatorio, y su obligación restablece la confianza de la sociedad en el ordenamiento constitucional, materializando el deber del Estado de salvaguardar a la ciudadanía frente a su seguridad y promulgar la comodidad común fundamentada en el artículo 44 de la carta magna, a su vez, señala que la imposición y la cantidad específica de pena (principalmente pena privativa de libertad), es la primera consecuencia que reduce la delincuencia quien interioriza el severo comportamiento delictivo, esto comienza con un litigio de desmoralización acerca de la recurrencia (prevención especial de efecto inmediato).

Para concluir con la mencionada sentencia, cabe puntualizar, que está en su fundamento jurídico 41, aclara que:

“(...) al lado de la reeducación del condenado, la pena persigue otros fines esenciales a la tutela de los ciudadanos y del orden jurídico contra la delincuencia” (sentencia número 107/1980, fundamento 3).

Dicha corte, en criterio que este tribunal comparte, rechaza “que la función y el fin de la sanción misma se terminen en la “esperada enmienda” del reo, ya que el objetivo es la acogencia irrenunciable de disuasión, prevención y defensa social” (ídem).

En el marco procedente expuesto, comentando la Constitución española, cuya muestra de este social y igualitario de derechos similares al de nosotros, Choclan Montalvo (1997), anota:

Aunque la Constitución se refiere sólo a la prevención especial en el artículo 25.2 nos excluye con el fin de la pena, la prevención general entendida no como puramente intimidatorias, pero sí socialmente integradora, siempre limitada por la medida de culpabilidad como impone la percepción del estado, que tiene por centro la dignidad de la persona (p. 88).

De esta manera, el citado autor entiende la defensa del ordenamiento jurídico como criterio de prevención general positiva o por integración y que la Constitución propugna y avala una perspectiva combinadora, no pudiendo fundamentar exclusivamente la pena en la prevención especial o general, ambas deben coordinarse y “servir al mantenimiento de la validez de la norma, de la confianza de la comunidad en el ordenamiento jurídico” (p. 93).

2.2. Modelos teóricos de determinación judicial de la pena

Según Ziffer (1996):

En doctrina se argumenta que para adecuar la concordancia del fin de la sanción en un caso exacto se desarrollan diferentes construcciones: teoría del ámbito de juego, de la pena exacta, del valor relativo de los niveles. Todas estas teorías nacen de la necesidad de determinar la sanción iniciando de la gravedad de la culpabilidad como fundamento de la pena y amplitud de este “primer resultado” puede modificarse por razones de prevención positiva y negativa. (p. 48)

A nivel nacional Mendoza (2015) afirma la doctrina de la determinación e individualización de la sanción, es el sector que requiere desarrollo y urgencia en su aplicación. Se tiene que generar las condiciones para la construcción de una disciplina autónoma, pero vinculada la doctrina de las teorías del delito. (p. 92-93).

2.2.1. Teoría de la pena exacta o puntual

Ziffer (1996) anota que “esta teoría niega la existencia de un marco de culpabilidad y confirma que la sanción adecuada a la culpa es solo uno” (p. 51).

Reátegui (2014) sostiene que:

Esta teoría se basa en una concepción retribucionista de la pena (...) el magistrado debe establecer la sanción conforme a aquella que resulta puntualmente ajustada la culpabilidad del sujeto, aludiendo los fines que debe cumplir la sanción o la necesidad de prevención. Señala que para un caso concreto es posible calcular de manera exacta la pena, como medida de la culpabilidad del imputado. (p. 1346)

Comentando y haciendo críticas la teoría Ziffer (1996) afirma:

Por lo general, la culpabilidad es una medida fija y definida, por lo que solo puede haber una forma exacta de castigo. Sin embargo, desde una perspectiva cognitiva, es imposible conocer la dimensión puntual de la culpabilidad del imputado, porque dicha culpabilidad es un fenómeno transcendental. Entonces no es posible encontrar un castigo definido matemáticamente. (p. 51)

2.2.2. Teoría del espacio o ámbito de juego o del margen de libertad

A diferencia de las teorías anteriores, la del espacio libre o espacio de juego desarrollada por la jurisprudencia, se considera dominante y no puede determinar el grado de gravedad ni el grado exacto de error del punto más interno, insistió en que era posible. Su propio castigo del pecado, que es legal, es que los límites marcados por el valor mínimo sean suficientes y el valor máximo siempre admita una "imagen culpable" compatible con él. Y dentro de esta libertad, los juicios deben hacerse de acuerdo con metas preventivas, es decir, de acuerdo con metas preventivas especiales. (Ziffer, 1996, p. 49).

Por su parte, Reátegui (2014) afirma que:

Que, esta teoría es una construcción elaborada por la jurisprudencia de Alemania, quien considera que la sanción ajustada a la culpa comprende un marco determinado entre un máximo y mínimo, y es diferente que la teoría de la pena puntual, una magnitud exacta, sino que existe un margen de libertad que se restringe en grado mínimo de la sanción, conforme a la culpabilidad y el nivel superior de la sanción acorde a la culpa (...) apunta que la pena ajustada a la culpabilidad, no puede ser milimétricamente determinada, dado que existe un espacio de discreción. (p. 1347)

Cabe apuntar además que según Ziffer (1996) esta teoría ciertamente tiene la ventaja sobre el castigo exacto, de idear la sanción dentro de un contexto impreciso, y facilita a los jueces en la aplicación de sanciones precisas. Es mucho más fácil moverse dentro del alcance que encontrar el punto exacto. (p. 49)

2.2.3 Teoría del valor relativo

Sobre esta teoría del valor relativo o de posición, que se denomina también teoría del valor jerárquico del empleo, Ziffer (1996) anota que:

Se debe establecer el valor de cada uno de los fines de la sanción en correlación con las etapas del proceso de la determinación de la pena. Donde se debe determinar cuál es la magnitud de cada uno de sus fines según el momento del proceso de punición. Asimismo, considera que la pena debe ser establecida teniendo en cuenta, en primer lugar, criterios retributivos, donde el primer paso es graduar la culpa en simetría a la gravedad del acto. Para hacerlo no entra en consideración ningún tipo de reflexión orientada a la prevención y la culpabilidad estaría enmarcada normativamente. La prevención sólo será relevante en una segunda etapa, en la que se toma una decisión concerniente a la clase de pena y al modo de ejecución, en las cuales deben estar ausentes las consideraciones retributivas o de culpabilidad. (p. 52)

Conviene aclarar en este punto que esta teoría intenta ofrecer una solución a las contradicciones de las finalidades de las penas, iniciando de la retribución de la culpa y de la prevención, pero cada cual está asignado a su posición ante la ley completamente desigual (Reátegui, 2014, p. 1347).

2.3. Determinación judicial de la pena

Según Prado (2016), en derecho comparado y en doctrina especializada, las actividades judiciales que se está estudiando se designan como aplicación de sentencia, individualización de sentencia, ejecución de pena, imposición de sentencias. (p.199).

Mendoza (2015) afirma que:

La determinación e individualización de la sanción se concreta en el momento judicial, ya que se tiene el contexto factico de la comisión del hecho delictivo y a su supuesto autor, estos datos permitirán asignar un significado normativo a las pautas legislativos y legales, que están establecidas en el proceso de individualización de la sanción. (p. 101)

“supone un complejo de decisiones relativas a diferentes cuestiones, lo que implica una serie de operaciones intelectuales que se realizan en diferentes niveles” (Ziffer, 1996, p. 93).

Ziffer (1996) afirma que:

La individualización de la pena no es una cuestión propia de la discrecionalidad del juez, sino que en su estructura misma es “aplicación del derecho”. Esto significa que su corrección debe ser comprobable desde el punto de vista jurídico. Esto supone que la decisión esté fundamentada en criterios racionales explícitos. El juez no puede partir de cualquier valoración personal que le merezca el hecho o el autor, sino que los parámetros que utilice deben ser elaborados a partir del ordenamiento jurídico, estructurando el complejo de circunstancias relevantes a partir de la interpretación sistemática y teleológica. (p. 97)

El autor alemán Zipf afirma que las determinaciones jurisdiccionales de la sanción “es la valoración de un hecho determinado conforme un proceso ordenado según puntos de vista jurídicos” (Zipf, citado en Ziffer, 1996, p.93).

Por su parte, Choclán Montalvo (1997) sostiene que “la teoría de la determinación de la pena ha recobrado gran importancia en la dogmática jurídico-penal hasta el punto de hablarse hoy de una disciplina científica autónoma” (p. 107).

En este sentido, con el estudio dogmático de la determinación judicial de la pena, señala Velásquez (2009, pp. 1084-1085):

El objetivo es establecer una teoría de la medición de la sanción coherente con los principios que inspiran un sistema jurídico particular, y así lograr la imposición de la pena racional, proporcionada y adecuada en todos los casos de la vida.

Acerca de las determinaciones judiciales o individualización de la sanción Jescheck (citado en Choclán Montalvo, 1997, pp. 171-172), menciona

Sobre el tema que comentamos, Besio (2011) señala que si bien el juez el posee un margen de discrecionalidad:

La decisión que se adopte no puede ser fruto de la pura intuición o apreciación subjetiva del juez (que de todos modos siempre existirá), sino que debe ser orientada o guiada a través de las reglas legales ahí donde existan y, en donde no existan o no sean claras, a través de ciertos principios y valores que pueden derivarse del propio ordenamiento jurídico, entre los cuales se encuentran, principalmente, los fines del

explícito a través de los cuales puede, por tanto, comprobarse su corrección desde el punto de vista normativo (pp. 44-45)

Muñoz Conde/García Aran (citado en Besio, 2011, p. 33) sostienen: Esta determinación es la pena ejercida por el magistrado o tribunal sentenciador e importa desde la tarea de concreción del marco penal genérico hasta la elección de la pena exacta a imponer. Esta fase se ejerce mediante las determinaciones cualitativas y cuantitativas de la sanción que analizaremos a continuación.

2.3.1. Determinación cuantitativa

La determinación legal de la sanción contiene a su vez dos tipos de decisiones diferentes, la determinación cuantitativa y la determinación cualitativa.

En nuestro país este tipo de determinación se da, generalmente dentro del contexto indeterminado de la sanción estipulado para el delito el cual a su vez se divide en tercios, donde se decide la dimensión o cuantía de pena concreta a imponer, atendiendo al sentido, orientación y fundamentación de circunstancia agravante y atenuante.

El ordenamiento jurídico penal, en su artículo 45-A primer párrafo, manifiesta:

“Toda la condena contiene fundamentaciones explícitas y suficientes sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena”

A decir de Mendoza (2015, p. 106) dicho artículo regula centralmente la delimitación cuantitativa de un contexto más reducido en el límite (en cuanto a un límite inferior y superior de la pena). Y agrega:

La fijación del marco concreto es determinante en el desarrollo de identificación jurisdiccional de la sanción, pues reduce los márgenes de discrecionalidad o arbitrariedad. Y los insumos fácticos y normativos que permite determinar esa reducción del marco punitivo son las circunstancias. La determinación de la sanción solo puede realizarse dentro del contexto legal, con límite superior previsto legalmente y un límite inferior, también previsto legalmente. Dado que en virtud de los principios de legalidades de las sanciones esta proscrita la fijación de límites judiciales los límites

están en la ley, estipulado en el artículo 45-a determinación de la sanción: para poder determinar la sanción dentro del límite fijado por la norma, el magistrado advierte la responsabilidad y severidad del acto punible cometido. (Mendoza, 2015, p. 116).

2.3.2. Determinación cualitativa

Sobre el particular, nuevamente citando los autores españoles Muñoz y García, se dice que la determinación cualitativa o elección de la gravedad de la sanción tiene lugar siempre que la norma obligue a imponer la pena inferior o superior de acuerdo al grado del delito, pero también en los casos en que permiten sustituir una sanción por otra o cuando se señalan penas alternativas. (Muñoz et al, citado en Besio, 2011, p. 33).

En nuestro país la ley penal no impone penas menores o superior en nivel para el marco penal en ningún delito; por lo que, la determinación cualitativa comprende la deliberación de la variedad de las sanciones a imponer, su ejecución y conversión.

En este contexto, constituye como determinación cualitativa de la sanción la elección de las penas opciones como la pena privativa de autonomía, prestación de asistencia comunitaria o multas, y otros supuestos, la sanción condicional, ejecución suspendida de la pena, la reserva del sentencia condenatorio, transformación o sustitución de las penas e, inclusive, la excepción de la pena.

2.3.3. Etapas

Siguiendo la línea trazada anteriormente, el mismo Código Penal establece que la determinación legal de la penalidad posee fases, conforme se establece en el artículo 45-A tercer párrafo literal 1, que básicamente puede dividirse en dos etapas: a) la identificación del espacio punitivo a partir de la pena prevista en la ley para el delito cometido, que comprende a su vez la división de dicho espacio punitivo en tres partes; b) Determinación de sanciones específicas aplicables a los detenidos, que incluye la aplicación de un sistema de tercios (dentro de tercios, tercio superior o tercio inferior), realizando la valoración simultánea de situaciones de agravantes o atenuación general, en primer lugar, la concurrencia de situaciones privilegiadas atenuantes o agravantes cualificadas, en segundo lugar.

En este sentido Reátegui (2014), refiriéndose a estas etapas comenta:

Dentro de la primera etapa, el magistrado deberá establecer la sanción básica. Verificando el mínimo y máximo de la pena requerida, aplicando a la infracción. Es primordial alertar que existen infracciones particulares, por lo que la sanción básica debe conformarse teniendo en cuenta las limitaciones generales que están establecidos en el Libro primero del ordenamiento jurídico penal. (p. 1345)

Al respecto, el artículo 29 de la ley penal establece que la penalidad es transitoria y comprende desde 2 días hasta 35 años.

Igualmente, en lo concerniente a las fases de la determinación legal de la pena se menciona que:

Prado S. et. al. (2015) enuncia que:

A través de ella, el Juez hace una declaración formal y expresa sobre su autoridad punitiva y sobre la legitimidad de su ejercicio. Él debe precisar y comunicar desde su sentencia cuales son los límites de la pena o penas aplicables. Para ello el órgano jurisdiccional debe partir de la penalidad o sanción requerida previsto ante la norma para cada delito. Se trata entonces de configurar, en base a él, un espacio punitivo o de punición el cual siempre debe contar con dos extremos: un mínimo o límite inicial o uno máximo límite final. (p. 50)

Igualmente, refiriéndose a esta segunda etapa, Prado et al. (2015), afirma:

Existe en la doctrina penal una clasificación tradicional y esquemática de los pasos, niveles o etapas principales que debe seguir la delimitación judicial de la sanción, que fue planteada por Bruns el alemán, continuada y desarrollada por Zipf y Bacigalupo, que es citada y comentada por Ziffer (1996, p. 93-95) y Mendoza (2015, p. 100-104), y a continuación se detalla:

Determinación del contexto punitivo.

Determinación del fin de la condena.

Determinación de las circunstancias a ser tomadas en cuenta.

Valoración de elementos reales a la determinación de la sanción.

Conversión de las reflexiones anteriores en una pena concreta.

2.3.4. Sistema de tercios

Como primer punto, cabe mencionar que Prado Saldarriaga (2016) afirma que:

El anteproyecto 2008/2010 introdujo en su artículo 44 un esquema inédito para la determinación judicial de la pena básica y de la pena concreta, al cual se le identificó como el sistema “de los tercios”. Esta denominación aludía a que su diseño normativo disponía que el juez debía configurar tres segmentos operativos al interior de los límites de la pena básica y que serían el espacio punitivo de definición de la pena concreta (...). Esta última tarea operativa debía responder a la mayor o menor presencia en el caso subjudice de circunstancias agravantes o atenuantes genéricas. (p. 165)

Nuevamente, Prado (2016) refiere que:

Un segundo paso implica multiplicar por 12 años y obtener un producto de meses. Éste último resultado será dividido entre 3 dan un cociente un mes que será la constante cuantitativa que se utiliza para fijar la extensión que corresponderá a cada uno de los tres segmentos o tercios que internamente delimitarán el espacio punitivo (...). Cabe anotar que los límites máximos del primer y segundo segmento cumplen una doble función delimitadora al construir también el límite mínimo de los espacios segundo y tercero, respectivamente. El paso tercero abarca la investigación y la indicación del efecto de la circunstancia agravante y atenuante genéricas que reinciden con la infracción realizada. Es importante tener como antecedente empíricos y jurídicos el listado o catálogo imprevisible determinado en el inciso 1 y 2 del artículo 46 de la Ley Penal. Posteriormente se debe situar la sanción exacta en el tercio que corresponda de acuerdo a la presencia particular o múltiple de situaciones y la naturaleza atenuante o agravante. (p. 257)

Esta construcción del sistema de tercios fue incorporada por el artículo 45-A del ordenamiento jurídico penal, mediante la Ley 3007 del 19 de agosto del 2013 y entre otros, también modificó el artículo 45 y 46 del ordenamiento jurídico penal.

El mismo Prado Saldarriaga (2016), en una construcción propia de dicho autor, indica que “el valor cuantitativo de cada circunstancia puede lograrse dividiendo la extensión

del espacio inicial o tercio inferior entre 8, si son sólo atenuantes genéricas las que concurren en el caso” (p. 257).

Por su parte, Mendoza (2015) señala:

El artículo 45 –A del CP, introdujo un sistema de caracterización de la sanción que forma un avance notable de la determinación del contexto concreto de la pena primer, segundo y tercer tercio. Las reglas procedimentales son claras: Se procede a fraccionar el contexto penal abstracto del tipo penal en tres partes: tercio inferior, tercio intermedio y tercio superior (art. 45 -A inc. 1), después para determinar que el tercio ha individualizado la sanción, se atiende a situaciones de atenuación y agravación genérica establecida en el artículo 46 de la Ley Penal. Y si no existen situaciones atenuantes y agravantes o asistan exclusivamente en una situación atenuante, la sanción concreta se establecerá dentro del tercio inferior, cuando asistan en situaciones de agravaciones y atenuaciones, La sanción concreta se establecerá dentro del tercio intermedio. La sanción se establece dentro del tercio superior, cuando solo asista a situaciones agravantes. (p. 103)

2.3.5 Circunstancias modificatorias de responsabilidad

En principio, es importante destacar que tanto en la dogmática extranjera y en la nacional (mucho más en esta última), el estudio de las circunstancias modificatorias de responsabilidad es aún embrionario, limitándose a los comentarios de la ley o la mención taxativa sin mayor análisis de los artículos que los prevén como el artículo 46 del ordenamiento jurídico penal y asimismo en la jurisprudencia peruana su estudio es incipiente.

No obstante:

Mendoza (2015) afirma que:

Las modificaciones de los artículos 45 y 46 del CP; introducidas mediante Ley N.º 30076, han puesto de relieve nuevamente la importancia de las circunstancias, en general y de las circunstancias modificatorias de responsabilidad, en particular, por su centralidad en el proceso de determinación del marco concreto de la pena y en la individualización de la pena exacta. (p.173)

En la doctrina nacional, Saldarriaga (2015) afirma:

Estas circunstancias son factores o indicadores que tienen carácter objetivo o subjetivo que apoyan en la mediación de la gravedad de un delito. Es decir, posibilitan valorar la mayor o menor desvaloración de la actitud ilícita; o el mayor o menor grado de reconvención que cabe formular al autor de dicha actitud. (p. 169)

Por su parte, el mismo Mendoza (2015) señala las circunstancias modificatorias de responsabilidad como:

Aquellos hechos no afines a la ejecución formal de los elementos del tipo, ajenos a la estructura del tipo, que el legislador considero de manera directa los vínculos con la intensidad del injusto y de la modulación de la culpabilidad y por ello tiene el efecto jurídico de establecer el contexto concreto de la sanción y aun de poder individualizar la pena exacta, en casos concreto. Solo por medio de las circunstancias es posible valorar la gravedad del delito. (p. 171).

Como Afirma García Cavero (2012):

En la llamada concreción legal del marco penal abstracto se tienen en consideración ciertas situaciones especiales previstas por el legislador que inciden en dicho marco. Se trata en concreto de circunstancias que afectan la proporcionalidad abstracta del delito, por lo que en principio modifican el marco penal previsto en el tipo correspondiente. Por un lado, están las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y, por el otro, los casos de concurso de delitos en sus distintas variantes. (p. 837-838)

Es importante detallar los aspectos comunes de las circunstancias que modifican la responsabilidad. Tal y como Afirma García Cavero (2012) son los siguientes: “La prohibición de doble valoración. La modificación simétrica del marco penal abstracto. La incomunicabilidad de las circunstancias genéricas personales. El carácter obligatorio o facultativo de la modificación del marco penal abstracto”.

Prado Saldarriaga (2016) afirma que:

El rol es identificar una mayor antijuridicidad de la conducta o una mayor culpabilidad del autor, su afecto principal se expresará como una mayor punibilidad o posibilidad de sanción del delito, la cual se materializará en una

pena concreta mayor que se dirigirá siempre hacia el extremo final o máximo de la pena básica. (p. 205)

Igualmente, Mendoza (2015, p. 171-172), refiere como características fundamentales de las circunstancias modificatorias de responsabilidad las siguientes:

Accidentales: no son constitutivas del injusto y de la culpabilidad, pueden estar presentes o no en la realización del delito; empero condicionan un mayor o menor contenido de injusto o una culpabilidad modulada.

Accesorias o secundarias: presuponen un tipo penal, pues sólo en función de estos tienen efectos jurídicos; empero, la configuración del hecho punible no se ve afectada por la concurrencia o inconcurrencia de alguna de estas circunstancias.

Conviene también en este punto mencionar que las circunstancias modificatorias de responsabilidad se clasifican desde diferentes puntos de vista; sin embargo, siguiendo la clasificación realizada por Mendoza (2015, p. 179-188), sobre la base de los efectos asignados por la ley, se tiene los siguientes:

Por su ámbito de aplicación: se subdividen en comunes o genéricas, especiales o específicas y elementos típicos accidentales.

Por sus efectos: las circunstancias pueden ser atenuantes y agravantes.

Por su relación con la modificación del marco punitivo se clasifican en circunstancias cualificadas o privilegiadas.

A continuación, prescindiendo de las clasificaciones esquemáticas, desarrollaremos las circunstancias por sus efectos operativos previstos en la ley penal.

1) Circunstancias atenuantes y agravantes genéricas

Esta circunstancia se denomina también circunstancias comunes.

Según Mendoza (2015), esas circunstancias se rigen en el fragmento general del ordenamiento jurídico penal agrupadas en el artículo 46 y operan en las decisiones judiciales sobre sanciones penales sin un listado de si situaciones específicas, acota:

Las circunstancias comunes o genéricas se vinculan funcionalmente a los tipos básicos en general que no tengan circunstancias específicas reguladas (...) determinan el

procedimiento a seguir en la determinación del marco punitivo concreto; en efecto, se divide el espacio punitivo del marco penal en sus tres tercios (p.179).

Y según esto circunstancias sean agravantes o atenuantes se prosigue con el procedimiento estipulado dentro del artículo 45-A tercer párrafo inciso 2 del ordenamiento jurídico penal, que establece las evaluaciones de la concurrencia situación agravante o atenuante visualizando las reglas siguientes:

Si no existe atenuante y agravante o concurren solo situaciones atenuantes, la sanción exacta se diagnosticará dentro del tercio inferior.

Si concurren simultáneamente tanto en el caso agravado como en el atenuado, la sanción exacta se diagnosticará en el tercio medio.

2) Circunstancias específicas o especiales

“Son las que se encuentran adscritas o a determinados delitos de la Parte Especial del Código Penal y que establecen un marco penal abstracto distinto al previsto en el tipo básico o simple” (García, 2012, p. 846).

Mendoza (2015) indica que:

Estas circunstancias están reguladas en la Parte Especial del ordenamiento jurídico Penal y tiene correspondencia eficaz sólo con determinados delitos, explícitamente advertidos en la Parte Especial; cita como modelo las circunstancias estipuladas en el artículo 189 de la ley penal robo agravado, que aplican específicamente para el delito de robo del artículo 188 del ordenamiento jurídico penal. Dicho autor menciona que: En estos supuestos no son de aplicación las circunstancias genéricas precisamente por el principio de especialidad. El legislador reguló solo circunstancias específicas de agravación, mas no circunstancias específicas de atenuación; por ello no es posible la división del espacio punitivo en tercios; por esa razón su procedimiento es razonable diferente. El proceso individualizador es el siguiente: i) se verifica la concurrencia de las circunstancias específicas de agravación; ii) se identifica el marco punitivo, iii) se inicia, de manera ascendente, desde el límite inferior; iv) cada circunstancia agravante determina un avance en el espacio punitivo. En síntesis, se inicia desde el límite mínimo del marco mínimo identificado, y se incrementa gradualmente en función del

número de circunstancias específicas de agravación. La no concurrencia de circunstancias de atenuación específicas obliga, por elemental proporcionalidad, a considerar las circunstancias de atenuación genéricas. (p. 180)

3) Circunstancia atenuante privilegiada y agravante cualificada

Este tipo de circunstancias, en cuanto su concurrencia en un determinado caso, tiene como efecto configurar un contexto penal nuevo o una pena indeterminada, ya que se modifica el límite jurídico de la sanción establecida para el delito, en la parte inferior o superior, creando nuevos mínimos o máximos.

Según Prado (2016) este tipo de circunstancias se diferencia de los otros métodos considerados anteriormente, porque su validez afecta directamente la estructura de una pena requerida. Esto significa, que sus defectos, cambian o ajustan los límites mínimos o máximos de las sanciones legales propuestas para los delitos y así conformar un nuevo marco para las ordenes penales.

“Se trata de situaciones de agravamiento cualificadas si producen una transformación ascendiente que se designio por encima del máximo legal original, la cual se convierte en mínimo” (Prado, 2016, p. 235).

Mendoza (2015) comenta estas circunstancias del modo siguiente:

Circunstancias atenuantes privilegiadas: su concurrencia produce un nuevo contexto punitivo, en el que: i) el nuevo máximo legal, es el anterior mínimo legal; ii) el nuevo mínimo legal está estipulado en el artículo 29 del ordenamiento jurídico penal. Acerca de este último punto, no existe consenso en las jurisprudencias y las doctrinas nacionales. Estas no son causas de disminución o aumento de punibilidad, sino circunstancias que hace menos grave el injusto o disminuyen la culpabilidad... El problema no es la ubicación de estas categorías en la teoría del delito, sino la modulación normativa del injusto y la culpabilidad y los efectos punitivos atenuados que producen. (p. 126)

Finalmente, lo cierto es que esos supuestos, inciden en la mayor o menor entidad del injusto de la culpabilidad y, obviamente en el descenso de la sanción por debajo del mínimo.

Sin embargo, aquí no acaba la discusión. Ahora se presenta el problema de determinar el nuevo mínimo legal, en el supuesto de concurrir en la circunstancia de atenuación privilegiada.

En este orden, de lege ferenda el legislador debería establecer, en su caso: i) o bien un nuevo límite mínimo, o ii) la proporción en que se disminuye la pena abstracta, como en el caso de la legislación colombiana, que se sanciona la tentativa con “pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes de la señalada para la conducta punible consumada” (Mendoza, 2015, p. 129).

Prado (2016) refiere que:

Se otorga la condición y eficacia de la causa de disminución o aumento de la penalidad a las sucesivas situaciones estipulados en el ordenamiento penal: tentativa del artículo 16, eximentes imperfectas del artículo 21 a 22, complicidad secundaria del artículo 25 en la parte final, delito continuado y delito de masa del artículo 49, concurso ideal de delitos del artículo 48, concurso real de delitos del artículo 50 y 51. (p. 246)

Circunstancias agravantes cualificadas: Su concurrencia configura un nuevo marco punitivo, desde el marco superior o límite legal superior de la pena se mueve de manera creciente, que se idea por arriba del máximo jurídico, y la sanción básica se extiende hasta un nuevo máximo jurídico, en simetría a las pautas fijadas legalmente (en una mitad, de un tercio, dos tercios, etc.), la cual no puede superar los 35 años de pena privativa de libertad como límite temporal (Mendoza, 2015, p. 184).

Respecto al nuevo marco legal inferior, doctrina mayoritaria afirma que éste lo constituye el anterior máximo legal de la pena previstas para las infracciones respectivas, es decir, el anterior máximo legal será el nuevo mínimo legal.

Los supuestos de las situaciones agravantes cualificadas se encuentran estipulados en la ley penal, son las siguientes: agravantes por la posición de un sujeto activo (artículo 46-A, la proporción es la mitad por encima del máximo legal), la reincidencia (artículo

46-B, la proporción es la mitad por arriba del máximo jurídico y para casos de infracción grave estipulada taxativamente el citado artículo, entre ellos el robo agravado, la proporción de dos tercios por arriba del máximo jurídico, la habitualidad (artículo 46-C, la proporción es un tercio por arriba del máximo jurídico y para situación grave establecido taxativamente en el artículo ya mencionado, entre ellos el robo agravado, la proporción es la mitad por arriba del máximo jurídico).

2.4. Determinación judicial de la pena en el Código Penal y en la jurisprudencia

2.4.1. Las penas en el Código Penal

La ley penal establece un catálogo y clasificación de pena, a partir del artículo 28 hasta el artículo 44. De esta manera, en primer lugar, clasifica las penas, indicando que las penalidades aplicadas de acuerdo al código son:

Pena restrictiva de libertad: la ley penal establece que las penas son el destierro del Estado y esto se ejecuta con foráneos luego de cumplir con la pena o la prisión, siendo prohibido el reingreso. (artículo 30).

Pena limitativa de derechos: las cuales a su vez se clasifican en: primero asistencia de servicios comunitarios, segundo límites en días libres y tercero la inhabilitación.

Las dos penas mencionadas tienen un periodo de 10 a 156 jornadas, a menos que la norma disponga lo contrario. A lo largo del tiempo, el imputado será educado y deberá realizar actividades convenientes de reinserción y formación.

Respecto a la inhabilitación, de acuerdo a la sentencia esto produce prohibición de la ocupación, obligación o comisión que ejerce el imputado, por más que esto arribe por nombramiento popular; inhabilidad u obstáculo para poder tener orden, empleo, ocupación o comisión de carácter público; detención del derecho político que señala la sentencia; invalidez para poder ejecutar por propia cuenta o por intermedio de terceros, labor, negocio, habilidad o comercio, que tienen que ser especificados en la resolución; invalidez para poder ejercer la patria potestad, tutela o curatela; interrupción, cancelación o incapacidades definitivas para poder tener autorización de conducir para cualquier automotor; prohibición de poder acercarse o mantener comunicación con víctimas, familiares u otras personas que pueda determinar el

magistrado; imposibilidad terminante o temporal para la posesión de animales, entre otros estipulado en el artículo 36. La inhabilitación puede ser principal, la cual es de 06 meses a 10 años, menos los apócrifos de incapacidad decisiva que se refiere los numerales 6,7, y 9 del artículo 36; la inhabilitación accesoria, que imponen cuando el acto realizado por el imputado forma en abuso de autoridad, cargo, profesión, de su poder o de una violación del deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela o actividades reguladas por la norma, extendiéndose por igual de tiempo que la pena principal estipulada en el artículo 37 al 39.

La penalidad de multas o días de multa: donde se exige al sancionado a costear, una cantidad de capital establecida en días de multa, cuyo valor es semejante a la percepción de remuneraciones del sancionado y se establece según sus retribuciones, gastos y demás componentes económicos, extendiéndose de 10 días de multa a 365 días de multa, salvo disposición distinta de la norma. El tope del día de multa oscila entre 25 y 50 por ciento de la entrada diaria del sancionado cuando trabaje, esto está estipulado en el artículo 41 y 44.

2.4.2. Artículos 45-A y 46 del ordenamiento jurídico Penal.

A lo largo del desarrollo de la presente investigación, primordialmente en el capítulo de las determinaciones judiciales de la sanción, se ha determinado y analizado los tres principales artículos de la ley penal como referentes, exclusivamente de las determinaciones judiciales de la sanción; no podría ser de distinto modo. No obstante, dichos preceptos penales no son los únicos que se relacionaran con el tema que es materia de estudios, tanto el Título Preliminar de la Ley Penal, así como diferentes artículos que se refieren a la reincidencia, habitualidad acompañan a perfilar lo que los doctrinarios llaman, de manera genérica, los sistemas o teorías de las determinaciones de la sanción.

Así contextualizado el análisis de las normas penales, a continuación, mencionaremos, en primer lugar, los preceptos penales referidos al Título Preliminar; en segundo lugar, nos ocuparemos, de los artículos 45. 45-A y 46; y, tercer, lugar, abordaremos a los artículos relacionados a las circunstancias agravantes cualificados.

Los parámetros y principios que inculcan la determinación procesal de la sanción que estipulada en el título preliminar del ordenamiento jurídico penal. Donde en el artículo

primero determina que el código tiene como objeto las prevenciones de delitos y faltas como intercesor del ser humano y las sociedades (artículo 1 finalidad preventiva).

Entre los principios fundamentales previstas en el Título Preliminar y que guían la determinación de la pena se tiene:

Los principios de legalidad, donde se refiere que nadie será sancionado por una infracción que no se encuentra estipulado como delito o falta por la Ley actual durante su encargo, esto se encuentra estipulado en el artículo II.

El principio de prohibición de analogía, ello sucede porque no está permitido la analogía para poder determinarse la sanción que pertenece a un acto punible ni al autor, esto se encuentra estipulado en el artículo III.

El principio de lesividad, es toda vez que la sanción, inevitablemente implique el daño o peligro de propiedades jurídicos que son protegidos por la Ley, esto se encuentra estipulado en el Artículo IV.

El Principio o garantía jurisdiccional, refiere que solo los jueces competentes pueden declarar sanciones y no pueden hacerlo en la manera que esta estipulada por la norma en el Artículo V, inclusive este último punto se relaciona con los principios de legalidades.

El principio de garantía de ejecución, quien refiere a la forma de ejecución de las penas, se vincula con las determinaciones cualitativas de la sanación, establece que no debe ejecutarse alguna sanción de otra manera que esta estipulada por la norma y reglas que desarrollen, eso se encuentra estipulado en el artículo VI.

El principio de culpabilidad, el cual se menciona en el Código, como “Responsabilidad Penal”, señala que la sanción necesita de la responsabilidad punitiva del imputado y está expulsada en todas las formas de responsabilidades objetivas, estipulada en el artículo VII.

El principio de proporcionalidad o proporcionalidad de la sanción o pena, especifica que la pena no debe exceder la responsabilidad por la conducta, pero destaca que esta regla no se aplica en casos de reincidencias de habitualidad del autor, estipulada en el Artículo VIII.

El principio de la finalidad de la pena, dentro de este principio la norma establece que la función de la pena es prevenir, proteger y resocializadora, estipulada en el artículo IX.

Ahora bien, al limitarse aún más las leyes penales referida taxativamente a la audacia judicial de la sanción, tenemos los artículos 45, 45-A y 46 de la Ley Penal, quienes estipulan presupuestos para poder fundamentar y establecer la sanción, la individualidad de la sanción y la circunstancia generales, de la manera siguiente:

Ahora bien, circunscribiendo aún más las leyes penales que están referidas específicamente en el establecimiento jurisdiccional de la sanción, se halla estipulado en los artículos 45, 45-A y 46 del ordenamiento punitivo, quienes determinan los supuestos para fundar, establecer la sanción, la personalización de la sanción y las situaciones de atenuación y agravación genérica, del modo siguiente:

Artículo 45. Presupuestos para fundamentar y determinar la pena

Artículo 46. Circunstancias de atenuación y agravación.

Ejecutar actos punibles mediante la ocultación, con abuso superior a la víctima o mediante el uso de condiciones de duración, método o espacio que dificultan el amparo del ofendido o la identidad de los perpetradores o partícipes;

Hacer más perjudiciales las derivaciones de los actos punibles, que son fundamentales para cometer el delito;

Que el agente realice actos punibles abusando de su cargo, de su situación económica, de su educación, de su poder, de su profesión, o de su función;

La diversidad de imputados que intervienen en la realización de la infracción.

Ejecutar el acto punible amparándose a un inimputable;

En el momento en que la acción punitiva sea encaminada o realizada de manera total o parcialmente desde el lugar de detención por una persona que se encuentra privada de libertad o que esta fuera del espacio del Estado;

En el momento en que se produce un perjuicio peligroso al equilibrio del ecosistema natural;

En el momento en que se utilicen instrumentos de arma, explosivo, veneno u otras herramientas o técnicas que tengan efectos destructivos similares para cometer actos punibles.

Cuando la víctima es un menor de edad, joven, una femina en situación de fragilidad, adulto mayor que tuviera deficiencia física, mental, sensorial, que padezca de una enfermedad terminal, o persona que pertenece al pueblo nativo en situación de incomunicación.

Prado (2016) afirma:

El artículo 46 contiene los catálogos de “circunstancias de atenuación y agravación”. En el inciso 1 se integran ocho circunstancias atenuantes genéricas. Ahora bien, el texto original del inciso 2 agrupaba trece circunstancias agravantes genéricas, las que se incrementaron, luego, a catorce con el Derecho Legislativo 1237 del 25 de setiembre de 2015; quien altero diversos artículos de la Ley Penal. La nueva agravante genérica, designada con el literal “n” tomaba en cuenta la situación de especial vulnerabilidad, discapacidad o aislamiento de la víctima del delito. (p. 174)

En cuanto a las circunstancias atenuantes privilegiadas se tienen los siguientes artículos del Código Penal (Ideas Solución, 2017, pp. 115-135)

Actualmente en las infracciones se compone situaciones calificadas y agravantes. El magistrado incrementa la sanción hasta un tercio del límite legal para las infracciones penales, salvo en delitos que fueron establecidas en los anteriores párrafos, en estas situaciones se incrementan la sanción en una mitad por arriba del superior legal, y no son aplicables los beneficios penales.

Dentro de las causales de habitualidad no cuentan los precedentes que fueron o deberían ser nulos, salvo en las infracciones ya mencionados.

2.4.3 Jurisprudencia relevante

En la determinación de la sanción, principalmente, se cuenta con Acuerdos Plenarios y Sentencias en Casación, del cual destacamos a continuación aquellas relevantes, relacionadas puntualmente con el indicador “determinación judicial de la pena”, citando textualmente fundamentos jurídicos establecidos como doctrina legal. A este

propósito se empleó el libro en coautoría de Castillo Alva y Talavera Elguera (2016, T. I y II).

1. Acuerdos Plenarios N.º 1-2008/CJ-116: Reincidencias, habitualidades y determinación sobre la sanción.

Siendo el asunto de un acuerdo plenario las reincidencias, habitualidades y determinaciones de la pena. Dispone como sistema legal, criterios que son expuestos dentro del fundamento jurídico 12 y 13, de los párrafos a, b, c, d, e, f y g, para las configuraciones de los agravantes de reincidencia, habitualidad y la determinación de la sanción exacta en dichos casos:

Requisitos para la evaluación de la reincidencia (...) son:

El haber culminado por completo o en parte la condena de pena restrictiva de libertad. De ningún modo incluye el cumplimiento de todo o parte de otro tipo de castigo. Es una sentencia condenatoria que esta ejecutada a la pena privativa de libertad de carácter efectiva.

La infracción anterior debe excluirse y la infracción posterior debe ser dolosa. Los delitos posteriores deben cometerse después de que se haya correto la totalidad o parte de la pena privativa de libertad. Esto asume principios de buen juicio y aplicación efectiva.

Los delitos posteriores no necesariamente tienen que estar en el Título del Código, tampoco ser de igual manera, es decir que exista identidad, similitud o identidad de los bienes jurídicos que fueron vulnerados; No existe relación entre estos dos delitos. Por tanto, es una recurrencia genérica.

El plazo que debe acontecer una vez cumplida la totalidad o parte de la pena privativa de libertad, para considerar como reincidente se necesita de cinco años. Para comprender esta última obligación se debe acudir a las disposiciones del artículo 46 - C del ordenamiento jurídico penal, donde manifiesta que el delito punible debe ser perpetrado " (...) en un tiempo que no exceda de cinco años".

Se trata de una situación personal e incommunicable al autor o participe en quienes no concurra.

Se deben considerar dos requisitos desde un punto de vista procesal. Primero, el magistrado, para que evalúe como reincidente a un imputado, debe tener el folleto de condenas y la hoja inhabilitada donde figura la fecha exacta de su liberación, a falta de uno o ambos documentos registrales, deberán obtener un duplicado certificada del fallo y la resolución donde se ordena la excarcelación en beneficio del penitenciario. Segundo la reincidencia se establece como circunstancias agravantes, salvo que el tribunal utilice el enfoque argumental regulado en el artículo 285 - A del Código procesal penal.

En cuanto a las sanciones contra los reincidentes, debe indicarse lo siguiente:

Como se señaló, la competencia para registrar las decisiones de reincidencia se establece de manera básica por razones preventivas especiales, como la subsistencia del agente antes de la infracción y, por lo tanto, extrañas a la culpa del acto, esto no simboliza un motivo de acrecentamiento de culpa. – (Choclán, 1997, p. 197). La culpabilidad es el principio primordial de la Ley Penal, una de las derivaciones que debe cumplir este principio es una función restringida de la sanción.

Una vez determinada la reincidencia, el juez debe determinar la gravedad del delito en particular, ya que la reincidencia es el único caso basado en la sentencia meritoria de otro hecho punible anterior y sancionado. Es indudable que las necesidades preventivas especiales, que surgen del autor serán contempladas hasta el límite, agotando el tercio por arriba del superior legal determinado para el tipo de delito.

Un contexto penal apropiado a la culpabilidad debe estar vinculado a un autor y a las constancias del hecho cometido; por esto, no hay razón para prescindir la necesidad de una prevención especial debido a la propensión del agente. En otras palabras, previene la recurrencia. (Jaén, 2002, p.59)

Dentro del contexto determinado por la culpabilidad, es necesario ampliar su potencial legal, según lo dispuesto en el artículo 46 - B del ordenamiento jurídico penal, y tiene esfera la segunda acción agregada que son los efectos penales específicos de la reincidencia.

Dentro de esta dimensión, cabe señalar que la culpabilidad de tales hechos puede verse agravada por la resistencia del autor ante las normas sociales cuyo valor es a través de la sanción anterior por nuevos delitos. Por lo tanto, la agravación de la pena solo se da

cuando el autor del delito muestra desprecio por los intereses legítimos lesionados y ya no se ve afectado por la sentencia anterior en la medida que la pena declarada no ha conducido a corregirse en el comportamiento social normativo. Por lo cual debe verificarse, en cualquier caso, si el reincidente tomo en consideración el veredicto anterior. (STC Alemán, 1979, p.125)

13. Acerca de los argumentos legales anteriores y en base a los inconvenientes descubiertos que están previstos en el numeral tres de la base del acuerdo plenario, toman las siguientes razones de interpretación:

Sobre la función paralela de situaciones similares en normas jurídicas con funciones diferentes. Es evidente que las conductas habituales repetitivas no pueden cumplir tanto las funciones respectivas de la situación general como las conductas calificadas. Es sólo en este caso que la sentencia puede exacerbarse más allá del marco legal de la sentencia del delito cometido, por lo que solo las situaciones calificadas deben ser evaluadas por su rol.

Sobre la efectividad del agravamiento de las situaciones para determinar sanciones específicas. La permisividad como situación agravante siempre requiere que los jueces tomen decisiones específicas en el contexto del nuevo sistema legal, siguiendo las consecuencias positivas de la reincidencia y la conducta normal. Y con respecto a la sentencia dictada por un delito que le permita constituir una agravante calificada, el nuevo nivel máximo de la sanción de base está determinado en el artículo 46-B para los tipos de agravantes antes mencionado (un tercio o la mitad más alto que el máximo original).

Con respecto de las operaciones del agravante estipulado en el artículo 46-C sobre concurso real y ideal retrospectivo de las infracciones. En general, como situación de agravación calificada, la pena se aplicará únicamente al tercer delito cometido dentro de los 5 años, transcurridos los cuales se suma la pena resultante a las sanciones específicas, respetando los límites punitivos determinados en el artículo 50 y 51 de la Ley Penal. (La pena total no puede exceder el doble de la pena máxima para los delitos más graves, no puede ser privado de libertad por más de 35 años, y es cadena perpetua por uno de los delitos concurrentes: solamente se aplica esta pena exceptuando las demás).

Acerca de los elementos de proporción de la agravante calificada, estipulado en los artículos 46-B y 46-C. se deberá ocupar de la recaída ocurrirá dentro de los 5 años de haber cumplido parte o la totalidad de la sentencia por condena anterior. Esta restricción cronológica es compatible con lo que está establecido en el artículo 111 del ordenamiento jurídico penal del año 1924, y también tiene similitud con el artículo 46-C de la Ley Penal actual donde regula la habitualidad una ley penal mal severa. Los nuevos delitos tipificados como reincidencia pueden ser de la misma o diferente naturaleza del delito por el que se impuso la pena, total o parcialmente, ya ejecutada.

Con relación a la habitabilidad solo ocurre si se cometen tres delitos en cinco años y no se condena ningún delito durante ese período. De igual manera, la habitualidad solicita que todos los delitos realizados sean intencionales y de la misma naturaleza, sus repetidas especializaciones revelan los hábitos criminales del imputado y evidencia su mayor punibilidad.

En cuanto a la determinación de sanciones específicas en situaciones de concurrencia en el artículo 46-A, 46-B o 46-C. Si los agravantes concurren el artículo 46 - A (eficacia del empleado público, aprovechamiento del conocimiento privilegiado, comisión en prisión de delitos severos) en el caso de recaída y habito, se debe aplicar el correspondiente efecto punitivo para poder determinar la sanción exacta. Sin embargo, la pena concreta resultante no puede exceder el límite establecido por el artículo 46 - A del ordenamiento jurídico penal (35 años de privación de libertad).

Las restricciones de la penalización del agravante se estipula en el artículo 46 - B y 46 - C. En correlación con los términos positivos determinados en los artículos 29, 46 - A, 50 y 51 del ordenamiento jurídico penal, por ningún motivo la sanción específica por reincidencia y habitualidad debe superar los treinta y cinco años de prisión. Si el delito que da lugar a esta presunción se refiere únicamente a la cadena perpetua, se aplican estas penas.

Sin embargo, esta excepción sólo se aplica a las sentencias emitidas y dictadas después de la mencionada innovación del Código Penal numeral 69. En todos los casos, después de que expire el límite de reincidencia acordado dentro de los 05 años subsiguientes a la liberación (ver literal “d”), la conducta resultante de esta sentencia será rescindida en su totalidad.

2. Acuerdo Plenario N.º 4-2009/CJ-116: determinación de la pena y concurso real de delitos

El objetivo de esta sesión plenaria es la audacia de la penalidad y el concurso real de infractores. Se determina como un principio de derecho, cuyos estándares se establecen en la base legal 6 al 18, algunos de cuyos extractos citamos a continuación:

7º Para la fijación de las sanciones específicas a aplicar, y cuando el delito se comete efectivamente, se aplica el procedimiento correspondiente a las reglas derivadas del llamado "principio acumulativo". El curso de acción que debe desarrollar el juez en estos casos es el siguiente:

Identificar sanciones básicas y específicas parcialmente para cada infracción que forme parte del concurso. Se determina como una primera etapa, la definición de la posible sanción para la infracción, límites mínimos o máximos, de una pena en base a la penalidad regulada en la ley para dicho delito. Como segunda etapa, se tomara en cuenta situaciones concurrentes para su comisión y las jurisprudencias aplicables al delito que se comete, pena concreta parcial. Cabe señalar que el primer paso para determinar una verdadera condena debe darse varias veces en un delito controvertido. En principio, el tribunal debe hacerlo de tal manera que cada incidente se procese de forma independiente.

En la segunda y última etapa, cuando finaliza la fase anterior, el magistrado agregará una parte de penalización específica, lo que resultará en un total de penalizaciones reales específicas del concurso. Sin embargo, esta sanción de resultado en particular requiere una prueba de contenido dual de validación. Primeramente, se debe comprobar que la sanción no supere de 35 años de pena de carcel temporal, tampoco se sobrepase el equivalente de la sanción específica parcial determinada para los delitos severos del concurso existente. Además, en el resultado de una sanción total específica excede cualquiera de estos límites legales, la extensión debe reducirse al límite respectivo. Por último, el artículo 50 del código penal agrega una última comprobación de carácter excepcional. Esto significa asegurar que las infracciones que componen el real concurso no hayan sido sancionadas a cadena perpetua como sanción parcial, porque darse tal supuesto de dicha pena punible será la única que tendrá la situación de sanción concreta, eliminando la pena concreta parcial. Cabe recalcar que, si varios delitos dan lugar a determinadas condenas a cadena perpetua, no se deben

hacer adiciones sino se debe aclarar que solo uno de ellos debe aplicarse como una pena general específica (...).

13°. (...) Es indudable que la combinación de delitos no forma una circunstancia que cambie las responsabilidades penales. Es decir, es un elemento accesorio del delito y no una condición de su existencia, pero tiene el efecto de atenuar o agravar la pena.

15° La determinación e individualización de las sanciones son procedimientos técnicos y de evaluación que se rigen formalmente por la Ley Penal, es indudable que los hechos y situaciones que conducen a decisiones de alto nivel sobre definiciones específicas de derecho penal y sanciones, por un lado, son objeto de debate y, por otro lado, son sometidos al principio del derecho penal. En los casos del concurso real de infracciones, donde el magistrado no ha mencionado sus nombramientos legales y no han indicado claramente la existencia de dicha organización, se entiende como un error de fácil verificar por la protección, la Ley prevé claramente tal presunción, y las consecuencias del castigo no deben ser ajenas a ella. Las situaciones de negligencia u omisión, de inadmisibles negligencia por la parte frente a las disposiciones de la ley que rigen la decisión y la individualización de una sentencia no pueden constituir una limitación de los derechos de propiedad. En estos casos la sentencia está vinculada a los principios de legitimidad y culpa.

16° (...) La regla es que la identificación de las sentencias es intrínsecamente una tarea correspondiente a la integración de las funciones jurisdiccionales por parte de los jueces y debe realizarse siempre dentro de la ley, con emancipación de la visión de la imputación. La postulación de la sanción no completa el propósito de un juicio penal y no precisa el principio de acusación, pero es claro que el concepto que pretende el nuevo código procesal penal tiene un efecto sobre los principios de contradicción y la garantía de los derechos al debido proceso.

3) Acuerdo Plenario N° 8-2009/CJ-116: prescripción de la acción penal en el artículo 46-A y artículo 49.

Este acuerdo plenario, con ocasión del asunto la precepto de la acción penal en el artículo 46-A y artículo 49, cuyos extractos citamos a continuación:

8°. La determinación judicial de las sanciones realiza procedimientos técnicos y evaluativos que permiten la acumulación cualitativa, cuantitativa y, en ocasiones ejecutiva de sanciones penales. [Víctor Prado Saldarriaga: Obra citada, página 95]. Esta diligencia es actuada al final del juicio, es decir, cuando se presentan pruebas y existe un conflicto. Con base en esto, el juez considera que las acciones del acusado son típicas, antijurídico y responsable. De acuerdo a estos dos criterios, en primer lugar, el magistrado intenta inmediatamente construir un contexto abstracto y la identificación de la pena. En segundo lugar, considere la posibilidad de incorporar concreción abstractas e individualización de la pena concreta. Por último, se prevé la verificación de la existencia de una circunstancia que suceden en casos concretos.

9°. Las circunstancias del delito es un elemento accidental propuestos o no propuestos dentro de la estructura delictiva que incide en la sentencia. Por tanto, su personalidad accidental significa que no constituyen injusticia o subjetividad. Por lo tanto, es necesario distinguir qué se ha convertido en parte de la injusticia de cada infracción, como el asesinato, y dado que la colectividad de los delitos es generalmente de naturaleza legal, es necesario describir el alcance de la situación del caso. (Bustos, 2004, p. 1192).

La función de la situación es poder establecer el monto de la multa. Es decir, el aumento o disminución de la sanción, afecta el nivel. Por ello, quienes han constituido delitos o sus confundentes de lo indebido, no obtienen tener en cuenta, porque han utilizado para determinar la estructura penal y, por tanto, no podría ser considerada de nuevo para su medida (Bustos, p. 1195).

4) El Acuerdo Plenario N.º 2-2010/ CJ-116: concurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto grado o nivel y determinación judicial de la pena

El convenio del Pleno establece la base jurídica del 7 al 12 como doctrina jurídica, así como el acuerdo sobre determinadas circunstancias agravantes en diversos grados y decisiones judiciales sobre sentencia. A continuación, se muestran algunos extractos.

7°. estas situaciones perjudiciales específicas se hallan empleadas a las determinaciones de los delitos que figuran en la Parte Especial de la Ley Pena, pero

dicha ley instaura escalas punitivas conminadas con diferentes extensiones y magnitudes, en la legislación penal de la nación su apariencia legal ha sido frecuentemente en las situaciones de delitos de levante consecuencia de la sociedad como el secuestro, hurto, robo o tráfico ilícito de drogas, establecidos en los artículos 152,186,189 y 297 del Código Penal, que sistematizan continuamente hasta tres niveles de circunstancia agravada

5) Acuerdo Plenario N° 4-2016/CJ-116: alcances de las restricciones en materia de imputabilidad relativa y confesión sincera

Eximente imperfecta del artículo 22 del Código Penal

Villavicencio (2006) afirma:

Por razones de seguridad jurídica, nuestro legislador no sólo fijo en dieciocho años la edad mínima para la capacidad de culpabilidad (artículo 20.2 del Código Penal), sino que, además, como un concepto específico, estableció que cuando el agente tenga más de dieciocho años y menos de veintiún años de edad, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción -el sujeto es capaz de comprender el injusto del hecho y de actuar conforme con esa comprensión-, corresponde la reducción prudencial de la pena, la cual -según línea jurisprudencial uniforme- siempre opera del mínimo legal hacia abajo. (p. 608)

11°. Tras las últimas reformas legislativas de 2015, se refieren a la comisión de veintiún de modalidad penal que serán calificadas de manera severa. Estas se encuentran en el delito injusto, antijurídico. Después es necesario cuestionarse si estas excepciones a la reducción de las reglas de intervención penal son constitucionalmente aceptables sobre la base a la igualdad.

12°. La igualdad es un principio establecido por el párrafo segundo del artículo 2 de la Carta Magna. Dicha igualdad es un derecho primordial que se invoca directamente sin legislación previa, pero también es una cuantía constitucional que comunica a todo el ordenamiento jurídico en virtud de la carta magna. Asimismo, la igualdad como derecho público subjetivo incluye denuncias de Segregación, esto significa que la desigualdad puede ser el resultado de una discriminación legal inconstitucional o, en

última instancia, la colocación de una norma que genere una consecuencia anticonstitucional. Es como cualquier otro derecho constitucional, todos están garantizados. Es decir, los magistrados disponen del derecho y la obligación de ejecutar la norma constitucional directamente en la disputa bajo su jurisdicción. (Guastini, 2016, p. 308). La Teoría de la Constitución se vio expuesta a la desigualdad ante la ley, en dos premisas de hechos similares, sin excusa a diversos sujetos. El requisito de prohibir la discriminación. en primer lugar, no se trata de un inventario cerrado de presupuestos, sino de cualquier situación que pueda dar lugar a un trato diferenciado. en segundo lugar, esta distinción no está justificada y no responde a un objetivo legítimo. Y en tercer lugar, falla la prueba de racionalidad. (Balaguer, 2014, p. 875-86).

Dentro de esta última dimensión subraya que, a los ojos de los legisladores, la igualdad imposibilita que se configure los supuestos de la ley y existen diferentes escenarios para quienes legalmente pueden aplicarla, o dicho de otro modo impide otorgar situaciones de trascendencia jurídica y no pueden ser tomadas en cuenta porque la propia Constitución las prohíbe explícitamente, o no guarda ningún tipo de relación con el sentido de regular, y al incluirlos, están incurriendo en la arbitrariedad, por lo que es discriminatorio. (STCE 96/1997)

La distinción de convenio sea legítima, si es imparcialmente permitida y prudente. En esta última dimensión, se toman medidas de acuerdo con objetivos preestablecidos con el fin de evitar consecuencias indebidas y excesivamente gravosas (SCTE 117/1998). El magistrado para aplicar el artículo 2.2 de la Carta Magna, es el litigio de la razón, y es diferente al principio de proporcionalidad, vale decir, aquel que establece que la disposición no sea absurda, injustificada, arbitraria o falta de realidad. (Diez, 2013, p. 187-188)

13°. De esta manera, se debe tener en cuenta los siguientes elementos: En Primer lugar, la atenuación de la pena depende de la edad en el momento de la comisión del delito y establece criterios objetivos: entre 18, 21 y más de 65 años de edad; En segundo lugar, esta mitigación se basa en la capacidad delictiva como componente del delito culpable. En tercer lugar, la referencia a un delito grave es para distinguir, la entidad del defraudador, es decir, el acto de un agente que infringe la ley penal, que es presuntamente compatible con el delito y constituye un tipo de delito diferente y

adecuado. Por tanto, ¿es posible distinguir casos basados en el art. 22 del derecho penal como guía para distinguir el sujeto del delito cometido? En otras palabras, si una persona de la misma edad realiza un delito no excluido, la sanción es inferior al mínimo legal, ¿sin embargo, si comete un delito excluido la penalidad no es posible? ¿Es elemento relevante, propio o con excelencia, para excluir la atenuación, la entidad del delito realizado?

14°. Sin duda la contestación es no. Porque la ley incluye la distinción no constitucional. La antijuricidad penal se trata del comportamiento que viola las leyes que presiden el derecho penal típico y no se incluye como justificación, pero la culpa se limita a quienes cometen el delito, motivado por criterios que le animen a comportarse de forma diferente. Una observación al acto cometido a cavidad o entidad y la otra parte se ocupa de las situaciones individuales. Luego, Si la edad de las personas se correlaciona con la capacidad delictiva, no tiene sentido construir excepciones a las reglas generales basadas en criterios restados de este factor, ya que es necesario centrarse en la gravedad de un delito en particular. La gravedad de los hechos es un elemento que influye en el alcance, la jerarquía, la relevancia de la sociedad y la forma de los ataques a bienes legítimamente violados, mientras en la culpabilidad inciden factores personales específicos. Tiene su propia escala de gratitud.

15°. El nivel de madurez de una persona o el deterioro significativo del funcionamiento no están directamente relacionados con la naturaleza del delito cometido. Según el supuesto actual del artículo 22 de la Ley Penal, el acortamiento de la pena es la base causal y lícita de la evolución de la vida humana, no las características y gravedad de un delito injusto. Por tanto, esta distinción es inconstitucional.

Mediante esta ejecutoria suprema, la Sala Penal Suprema ha señalado como precedente vinculante los fundamentos jurídicos 5 al 9 de la misma, relacionados a la determinación judicial de las penas conjuntas, del modo siguiente:

IV. Graduación de la pena de multa e inhabilitación

Quinto. Aunque no es amparado el agravio planteado por la demandante, estando habilitado este Supremo Tribunal para examinar cuando es favorable al autor las penas asignadas, una sección especial del derecho penal cubre los delitos cuyo castigo

consiste en dos o más sanciones primordiales. Este tipo de orden penal se conoce como "sanciones generales". Su característica esencial es que en estos casos las sanciones específicas impuestas al autor o al partícipe del delito deben incluir todos los recursos económicos previstos por la ley.

Sexto. Los criterios cualitativos y cuantitativos de la sentencia que una persona condenada debe seguir sobre la base de la consideración o exacerbación adecuada. Determinar la gravedad de la acción disciplinaria cometida. Además, el grado de culpabilidad hacia el agresor o el participante es más o menos alto. Por lo tanto, al decidir sobre la cadena perpetua, una sentencia particular debe incorporarse a todas las características clave consideradas para los delitos cometidos y aplicarse en las mismas circunstancias o al mismo tiempo. Por lo tanto, los resultados positivos deben determinar el alcance y la calidad de cada sentencia conjunta basada en la misma revisión y evaluación del tribunal.

Séptimo. De acuerdo a lo expuesto, no se puede explicar, en la presente situación, que la consecuencia punitiva, en la pena privativa de libertad, las multas e inhabilitaciones, que componen la pena conjunta del delito de tráfico ilícito de drogas.

Octavo. En efecto, las sanciones de multa e inhabilitación deben reducirse cada una en base a una tasa de extensión igual al porcentaje determinado para la pena privativa de libertad.

No obstante, al poseer la sanción de inhabilitación en el artículo 38 de la Ley penal. Es un modelo mínimo genéricamente de 6 meses, La diligencia precisa de este tipo de sanción a un asunto accesorio debe hacerse con cuidado para que no pierda su sentido y su efecto punitivo.

Noveno. En este sentido, para reducir la tasa de sanción, la privación de libertad de 10 años del solicitante representa un estándar más bajo que el máximo y debe usarse como base para calcular el porcentaje. Ese tipo de castigo.

7) Casación N.º 335-2015/Del Santa: inaplicación de la prohibición contenida en el artículo 22, segundo párrafo, del Código Penal, vía control difuso, para los delitos sexuales

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Es transcendental aclarar que el “control difuso” de la norma, se ejecuta en determinadas circunstancias dada una situación particular, es decir, cuando la aplicación de normas legales ciertas leyes entren en conflicto con la carta magna peruana.

CUADRAGÉSIMO TERCERO: No obstante, el próximo paso es poder determinar la sanción que se aplicará en este caso. Tarifas que no cumplen con las pruebas rigurosas de este principio o estándares generales. En este sentido, para ejecutar una prueba de tasa de degradación, debe considerar los siguientes factores después de analizar el archivo objeto para este recurso: A. Sin amenazas de violencia o acto sexual, B. Proximidad de la edad del sujeto pasivo a los catorce años, C. Afectación psicológica mínima de la víctima y D. Diferencia etarea entre el sujeto activo y pasivo (...)

CUADRAGÉSIMO QUINTO: Finalmente, para dar castigos concretos y justos a los imputados, debemos respetar el principio constitucional de que nadie puede ser castigado con penas no previstas por la ley.

2.5 EL DELITO DE LA VIOLACIÓN SEXUAL EN AGRAVIO DE MENORES DE EDAD

2.5.1 Cuestiones previas

“La libertad sexual se entiende en su doble aspecto como la libertad de disponer del propio cuerpo sin límites más que respetar la libertad de los demás como potestad de impugnar el atentado sexual de otra persona”. (Peña, p. 593).

La ley penal peruana reconoce los delitos básicos contra la libertad sexual en el artículo 170 del Código Penal y las amenazas forzadas o graves para obligar a un ser humano a tener acceso carnal por vía vaginal, anal, verbal o realiza otros actos similares introduciendo objetos o una parte del cuerpo por cualquiera de los dos primeros métodos.

Si el agresor admite que tiene una enfermedad de transmisión sexual grave y la violación sexual continua, no solo se comprometerá la libertad sexual de la víctima, sino también su integridad y salud.

2.5.2 Alcances de la ley N.º 29988

1. Medidas de inhabilitación

Dichos avisos propusieron medidas para los docentes y trabajadores administrativos de la educación condenados por delitos de terrorismo y sus agravantes, pidiendo disculpas por los actos de terrorismo, violación y narcotráfico, así como exigiendo la renuncia o expulsión definitiva del personal docente. Impartir cursos o prestar servicios administrativos en el sector educativo y prohibir ingresar o retomar labores docentes o administrativas

2. Supuesto para la separación o destitución del servicio e impedimento de ingreso o reingreso

La ley N.º 29988 funda que:

Son destinatarios de la Ley los sancionados con fallo consentido o ejecutoria por el delito de terrorismo (conforme el Decreto Ley N°25475), apología del terrorismo (artículo 316, inciso 2, de la Ley Penal), violación sexual (artículo 296 al 298 del Código Penal), a quienes se les separa o destituye e inhabilita a perpetuar para ingresar o reingresar a entidades como: Institución de formación básica. Institución o escuela de formación superior. Escuela de las Fuerza Armada o Policiales. Ministerio de Educación u organización públicos descentralizados. Cualquier organización dedicada a la enseñanza, alineación, aprendizaje, resocialización o rehabilitación.

3. En el ámbito universitario

La ley delega a la ANR para que inspeccione cada año que ninguna universidad tenga en su plana docente o administrativa individual sancionado con sentencias consentidas o ejecutoriadas. condenado con sentencia consentida o ejecutoriada. Respecto a las universidades en creación, la obligación de supervisión la tiene la SUNEDU.

4. Medidas administrativas de prevención

La Ley N° 29988:

Reconociendo que otras leyes tienen medidas frente a estos casos, menciona expresamente a la Ley N° 29944, Ley de Reforma Magisterial, que dispone en su artículo 44 como medida cautelar la suspensión preventiva para quien tiene proceso pendiente contra la libertad sexual, terrorismo, tráfico de drogas y corrupción de funcionarios. Así también, hace extensiva la medida de suspensión preventiva a toda institución educativa, básica o superior y pública o privada, esta es la novedad, que también las entidades privadas de educación están obligadas a adoptar suspensiones como medidas cautelares frente esta clase de delitos.

Asimismo, la suspensión aplica a militares o policías nacionales peruanos, escuelas pertenecientes al Ministerio de Educación y sus instituciones públicas descentralizadas, e instituciones especializadas en educación, capacitación, formación, resocialización y rehabilitación.

5. Registro de personas condenadas o procesadas

Al respecto, en su primera disposición complementaria final, la Ley N° 29988 establece que:

Se debe aplicar en lo que fuese compatible la Ley N° 28970, Ley que crea el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (Redam) y que, en teoría, almacena los datos de las personas que adeudan 3 cuotas, sucesivas o no, de sus obligaciones alimentarias fijadas por mandato judicial. El objetivo del Redam es lograr el cumplimiento de una obligación alimentaria, y la información inscrita en este registro está destinada a proteger a todas las personas afectadas por las deudas alimentarias. La información será proporcionada a la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones mensualmente para que se registre la deuda alimentaria en la central de riesgos de dichas instituciones. Es así como este registro se convierte en un instrumento de presión contra los deudores alimentarios para que paguen los alimentos fijados por sentencia. Siendo así, lo único que tiene de semejanza con el registro propuesto es que sirve como fuente de información.

6. La inhabilitación perpetua

Según Ezaine (2014):

La sanción de inhabilitación consiste en la pérdida de ciertos derechos, en razón de la vulneración del bien jurídico que haya sido afectado o limitado en la órbita de acción de sujeto, impidiendo el uso y goce de ciertos derechos o haya restringido el desarrollo de determinada actividad lícita. (p. 1073)

“En Alemania, la inhabilitación se aplica en las funciones públicas, cuando el sujeto activo pierde las condiciones para desempeñarlo” (Jeschek, p. 719).

7. Imprescriptibilidad

Según el diario El comercio (2018):

La naturaleza grave de estos delitos, su clandestinidad y la vergüenza ocasionada a las víctimas, que luego de muchos años deciden denunciar cuando ya ha prescrito la acción penal, a determinado al legislador a aprobar la imprescriptibilidad de estos delitos. Al respecto, pueden encontrarse casos como el documentado en el libro mitad monjes, mitad soldados del periodista Pedro Salinas, sobre las víctimas de personajes vinculados al movimiento religioso Sodalicio de Vida Cristiana, fundado por el principal implicado Luis Figari, en el que mediante un informe del mismo movimiento se da cuenta de vejámenes sufridos por un menor de quince años en 1975 (<https://elcomercio.pe/403456>).

2.5.3 Violación sexual de menor de edad

1. Consideraciones generales

Se debe inferir que los infantes no poseen ningún derecho a practicar sexo libremente y, por lo tanto, no son aptos para estar comprendidos en los derechos legales de la libertad sexual. Consideramos que esta circunstancia obtiene una proporción distinta, siendo así, se puede platicar de derechos que obtiene el infante, siendo

considerado como sujeto de derecho cuando le pertenezca. ¿son los menores libres o todos tenemos derecho a protección? La libertad significa movimiento y comienzo de potestades y, en cuya situación es restringir movimientos sexuales a efectos de que la personalidad sea acorde a su evolución como ser humano.

Así, los infantes no tienen independencia ni libertad limitada que se expande a medida que crecen, protegidos por el estado. La compensación, o intangibilidad, es ahora un derecho legal para aquellos que no tienen acceso gratuito a la terapia de la libido, o que no pueden hacerlo imposible. La afirmación de que la víctima debe haber ejercido deliberadamente su libertad, lo cual no es posible porque el sujeto pasivo padezca algún tipo de enfermedad mental o porque haya sido privado deliberadamente; por ejemplo, los casos en estos casos no pueden ser tipificados como delitos contra las libertades agresivas..

2. Sujeto pasivo: la víctima

Hay bastantes doctrinas sobre la revictimización, incluida la de evitar entrevistar repetidamente a los niños porque esto los expone a nuevas quejas mentales y recuerdos de lo que sufrieron. Obviamente, que encontramos una oposición razonable, porque se entiende que la víctima ya es víctima, por lo tanto, solo se debe comprobar quien es el culpable. ¿Qué pasa si la afectada no es víctima? Se cree que, en el mundo real de la agresión sexual, las víctimas pueden seguir viéndose afectadas, pero esta no es la única parte del proceso.

3. Tipicidad subjetiva

Según Cerezo et. al (2001):

Es un delito a título de dolo, el tipo penal no exige la concurrencia de ningún elemento subjetivo adicional como ánimo libidinoso o propósito lubrico para satisfacer deseos sexuales, puesto que de hacerlo lo convertiría en un tipo de tendencia, tal como se advierte en el delito de violación sexual en el Código Penal español.

4. Error de tipo

De los términos y situaciones del acto ocurrido, se establece que se actuó bajo creencias que la agraviada tenía 15 años de edad, porque ella le había mencionado su

edad, y este relato fue confirmado por la víctima desde la etapa de investigación preliminar, en sus referenciales y en el hecho oral, por lo que el presente suceso es considerado como figura de error de tipo donde se exime la responsabilidad del imputado, precisando que aun cuando el error fuese vadeable en la situación de autos, resultaría impune porque el delito de violación del infante no acepta su comisión culposa.

5. Consumación

Dentro de estas infracciones no se consideran causas justificables, solo en el caso en que se le obligue al sujeto activo a realizarlo; este es un caso de violación en grupo, donde el agente se involucra en una actividad sexual con amenazas de ser violentada de manera física, aquí si existe la concurrencia de miedo insuperable.

6. Culpabilidad y error de prohibición

No hicieron un caso de amparo injustificado, el acusado sabía que sus acciones tenían consecuencias típicas y en su declaración policial la séptima pregunta fue su respuesta, que afirmó que tener relaciones sexuales con un infante está penado por la ley, está relacionado con los males prohibidos definidos. En el artículo 14 del Código Penal.

7. Error culturalmente condicionado.

Es un error insuperable en el que el sujeto cree que sus actos son legítimos por factores antropológicos o culturales.. Por ejemplo, los nativos de la selva que tienen relaciones sexuales con adolescentes de 12 años, esto demuestra que es comportamiento punible desde las perspectivas occidentales y cristiana pero los nativos consideran que este hecho es una conducta legal, aquí las situaciones son relativas, puesto que penderá del lugar por donde lo observemos.

8. Penalidad

En el ordenamiento jurídico penal artículo 173, determina una lista de penalidades que aumentaban la severidad de las sanciones en correlación contradictoria con la edad de

la agraviada. Asimismo, la gravedad está involucrada en la conexión entre la víctima y el agresor.

Respecto de la responsabilidad restringida

El artículo 22 del Código Penal de 1991 estableció, expresamente, como:

Eximente incompleta de responsabilidad penal, lo siguiente: ‘Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción’. Esta disposición, como se advierte de su tenor, no contemplaba ninguna excepción por razón del delito cometido.

Un efecto importante de ambas instituciones es en la punición y en la graduación de la pena, de tal forma que en su aplicación sea una sanción justa. La confesión sincera es en realidad un instituto procesal de bonificación o de derecho premial.

El legislador instauró la responsabilidad limitada o restringida ubicándola en el ámbito de la culpabilidad del agente, esto es, en su capacidad de entendimiento de la norma prohibitiva; para ello puso el parámetro de la edad y la juventud del agente, situándolo entre los dieciocho y veintiún años, y de sesenta y cinco años para adelante, cuando una persona ingresa a la categoría de tercera edad. La culpabilidad es un referente obligado para la proporcionalidad de la pena, en ese sentido, la Corte Suprema la considera como una eximente imperfecta razonando así:

Como parte del endurecimiento de la política criminal, el legislador determinó prohibiciones de aplicación de responsabilidad restringida en tipos penales de gravedad, ubicando su escenario natural esta restricción en el injusto y fuera de la culpabilidad. Las cuales trae varias interrogantes: ¿cómo un menor de veintiún años puede comprender mejor una infracción de robo agravado que una infracción de lesiones leves? ¿Cuál es el elemento para fijar esa diferencia? ¿Tiene algún sustento constitucional? Respondiendo estos planteamientos, en los siguientes considerandos, la Corte Suprema examina estas prohibiciones y analiza su sustento constitucional:

Advierte la Corte Suprema que, a efectos de la medición de la culpabilidad, se fija un parámetro cuantitativo para la disminución de la punición que se centra en la capacidad

de reconocimiento de ilicitud conductual, por lo que la diferenciación en su aplicación solo para tipos penales leves tiene justificación:

Así, la Corte Suprema autoriza la inaplicación de la prohibición del instituto de responsabilidad restringida por ser violatoria del principio de igualdad, razonamiento que compartimos por su claridad argumentativa.

Confesión sincera y disminución de la pena.

La confesión, es la declaración que da el imputado cuando acepta cargos presentados por el Ministerio Público, a la cual se les brinda garantías a efectos de dar significado probatorio, esto cuando es apropiadamente corroborada con otros factores de evidencia. La autoincriminación no es suficiente para que justifique una sanción, ya que puede aceptar la infracción y no tiene otra información que confirme esta confesión. En este sentido, debemos establecer que las confesiones sean libremente, es decir, no debe haber violencia física o mental. Asimismo, se debe revisar que el imputado tenga facultades psíquicas normales y que confiese ante el juez o fiscal, y con apariencia de su abogado defensor. Si no se cumplen estas garantías, la confesión perderá su convencionalidad (artículo 160 del Código Penal). Sin embargo, no se aplica la vieja regla de "confesión parcial, revelación de pruebas".

Esta aceptación de cargos por parte del imputado tiene como finalidad el beneficio de reducción de pena, lo cual resulta útil respecto a situaciones de habitualidad o reincidencia, que como lo ha aceptado la Corte Suprema, se constituyen en causas para denegar los beneficios como la reducción de la punición. De la misma forma, como el legislador ha establecido prohibiciones con relación a la imputabilidad restringida, también lo ha hecho respecto de la confesión.

La Corte Suprema examina los efectos de la disminución de la pena de acuerdo con las normas del Código Procesal Penal, los requisitos y sus excepciones.

La flagrancia delictiva excluye definitivamente la confesión, pues el imputado es intervenido, como se dice coloquialmente, "con las manos en la masa". Igualmente, la prueba evidente del hecho delictivo no necesita mayor comprobación y también excluye la confesión. Ambos están conectados temporalmente a la actuación del imputado, lo que no se da en el caso de la reincidencia o habitualidad que tiene que

ver con hechos del pasado y que cuestiona la Corte Suprema para declarar su inconstitucionalidad.

La prohibición de no darle beneficios a quienes han cometido anteriormente delitos, esto es, reincidentes o habituales, no tiene sustento desde la propia lógica de las instituciones procesales premiales. La Corte Suprema hace bien en declarar su inaplicación. Esto es alarmante, pues en el proceso especial de terminación anticipada, que por su naturaleza es premial, el legislador también ha puesto limitaciones a quienes son habituales o reincidentes, desincentivando a que estas personas se puedan someter a estos mecanismos de simplificación procesal.

En esta línea de inaplicación de los mecanismos de simplificación procesal, el legislador, con la Ley N.º 30838, en su artículo 5, ha dispuesto la improcedencia de la terminación anticipada y la conclusión anticipada en los procesos por cualquiera de los delitos previstos.

El proceso de terminación anticipada tiene como base el consenso del procesado con los cargos imputados (acuerdo realizado entre el imputado y la Fiscalía), en el que este admite su culpabilidad obteniendo como contraprestación la disminución de la pena a imponer hasta en sexto de la misma. Situación similar se presenta con la conclusión anticipada que procede cuando el acusado -ante el requerimiento formulado por el juez- admite ser autor o participe del delito, escenario en el cual el procesado podrá acordar con la fiscalía la pena que le será impuesta. En este supuesto también opera una reducción de la pena, pero será inferior a la sexta parte. Como se observa, estas figuras presentan beneficios para el estado, ya que permitiría no solo un ahorro de los recursos de los que dispone y que podrían derivar a otros casos, sino que permite cerrar casos en los cuales las evidencias no resultan concluyentes o evidencias inexistentes por el paso del tiempo.

Sin embargo, el beneficio que obtienen los procesados (reducción de la pena) podría resultar contrario a los fines que busca el Estado al sancionar los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. En estos supuestos, se busca que el condenado cumpla el total de la pena que le sea impuesta, no solo por la peligrosidad que los mismos

presentan, sino que dicho espacio temporal será necesario para que los mismos puedan pasar por el proceso de resocialización que busca la pena. En ese sentido, resulta atendible la modificación propuesta”.

El legislador se maneja con la lógica de que mientras el delincuente tiene beneficios se genera la impunidad, y como se dice en la exposición de motivos, desde una línea de represión o retribución, elimina en la práctica la posibilidad de rehabilitación. Ahora, también tenemos que estos mecanismos de simplificación procesal no son de uso constante por los imputados delitos sexuales, pues la casuística demuestra que la gran mayoría mantienen su presunción de inocencia.

La violación sexual y los acuerdos plenarios que interpretaron el artículo 173.

El acuerdo plenario N.º 7-2007/CJ-116, dado en Lima el 16 de noviembre de 2007, para resolver el problema generado por el entonces vigente artículo 173, inciso 3, del Código Penal, se hizo una descripción sistemática de varios delitos penales para poder establecer bajo que parámetros puede existir consentimiento sexual para personas mayores de 14 y menores de 18 años.

La sala Suprema cuestionó si un menor de 16 años tenía la capacidad de discernir y determinar su libertad sexual, y encontró afirmación según parámetros normativos derivados del Código Civil.

Los magistrados penales de la Corte Suprema dan una interpretación más acorde con la realidad en el acuerdo plenario N.º 4-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, pues al analizar la actitud del ser humano que tiene relaciones sexuales con un agraviado entre 14 y 18 años es punible, aclararon que dicho sujeto pasivo posee aptitud para determinar su libertad sexual. Por lo tanto, en la sesión plenaria se presentó textualmente lo siguiente:

Sentencia de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N.º 0008-2012-PI/TC.

En la parte considerativa de la STC Exp. N° 0008-2012-PI/TC, el Tribunal Constitucional verificó la existencia de dos interpretaciones, que según su criterio son incompatibles con la Constitución.

La interpretación 1 señalaba que el legislador estableció que el bien jurídico que se protegía, y del que eran titulares los mayores de catorce y menores de dieciocho años, fue la indemnidad sexual, por lo que se sancionaba cualquier relación sexual de un adulto con ellos, con o sin consentimiento. Esto afectaba la libre determinación o libertad sexual que se les reconoce a los menores entre esas edades, en los casos que estos hayan consentido.

La interpretación 2 realizada por la jurisdicción ordinaria sostenía que los menores de dieciocho y mayores de catorce años tienen libertad sexual y, en consecuencia, si han consentido una relación sexual con un adulto, esta no puede ser penalizada. El Tribunal Constitucional consideró que esta interpretación no era conforme a la Constitución porque se desplaza al Congreso como órgano competente en la formulación de la política criminal del Estado y su facultad de tipificar conductas delictivas. En el fondo, este es un cuestionamiento del Tribunal Constitucional al Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 8-2008/CJ-116, que trató de resolver el problema generado por las relaciones sexuales de adultos con consentimiento de menores entre catorce y dieciocho años.

La aplicación de la tipificación contenida en el artículo 170 sirvió para disminuir en la práctica la penalización de los agresores sexuales de víctimas de catorce a dieciocho años y, en consecuencia, la indefensión de este sector poblacional en desmedro de la finalidad preventiva de la pena.

Aceptar que un menor de catorce años tiene que responder como si fuese adulto es desconocer las diferencias entre estas personas; siendo así, consideramos que mientras la víctima tenga menos edad, mayor es su vulnerabilidad, y que, en un contexto de violencia sexual, no es lo mismo una niña de catorce años que una mujer de treinta años.

2.5.4 Violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave

1. Tipificación

La tipificación del artículo 173-A ha variado desde su redacción primigenia; así, la última modificación fue la realizada mediante la Ley N° 28704, publicada el 4 abril de 2006, siendo finalmente derogado por la Ley N° 30838, publicada el de agosto de 2018.

2. La pena de cadena perpetua.

La cadena perpetua, como pena superior de nuestro ordenamiento jurídico penal, tiene un antecedente en R.N. N° 4711-97-Ica, del 21 de noviembre de 1987. En esta resolución se declara nulo una parte de la sentencia de vista, donde ordenan la ejecución de un novato juicio oral, considerando los hechos del recurso de apelación no habían sido debidamente valorados y no se ha confrontado convenientemente la prueba admitida con la finalidad de determinar las responsabilidades e irresponsabilidades del imputado. La Corte Suprema reconoció y justificó esta resolución donde declara nula por partes un fallo posterior como predisposición jurisprudencial, por estar ligado al principio de unidad procesal, donde el juicio debe ser rápido y oportuno, además si existe durante el proceso otro imputado que fue susceptible de una condena, el que no puede desfavorecer por quien no ha sido realizado conforme a la norma; que la defensa del principio económico y velocidad procesal, por ello la corte suprema de acuerdo a diversas ejecuciones ha fijado que en estas situaciones la declaración debe estar concerniente a la parte cuestionada.

2.5.5 Formas agravadas

Según el Código Penal Artículo 270 afirma que:

Formas agravadas de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. En los delitos comprendidos en este título, si el agente procede con crueldad, o tiene relación de parentesco por ser ascendiente, cónyuge, descendiente o hermano por naturaleza, adopción o afinidad con la víctima o cuando exista una relación laboral, o si la víctima le presta servicio como trabajador del hogar o si como consecuencia del hecho se causa la muerte de la víctima o se le produce lesión grave, la pena se aumenta en un tercio por encima del máximo

legal previsto para el delito. Si la pena resultante excede de treinta y cinco años, se aplica la pena indeterminada.

3. Si los actos causan la muerte de la víctima y el agente pudo prever ese resultado, la pena será de cadena perpetua.

Si el autor realiza cualquiera de las conductas establecidas en los artículos 170, 171, 172, 174, 175, 176 y 176-A empleando medio visual, auditivo o audiovisual, o la transmite, esto es, graba su delito en audio o video y lo difunde afectando además el honor de la víctima, la sanción aumenta cinco años en los extremos mínimo y máximo aplicable al delito registrado o transmitido. Si el delito es el previsto en el artículo 171 del Código Penal, violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir que tiene como penas de veinte a veintiséis años, el incremento es de veinticinco a treinta y uno.

2.3. Identificación de la pena en el Derecho Comparado

2.3.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

Este instrumento normativo de alcance regional, a nivel de los países de Latinoamérica, posee varias disposiciones referidas a la pena. No obstante, en lo relativo a las variables de la presente investigación, en lo sustancial abordaremos las principales normas que se refieren a la pena, determinación de la pena y sus fines, confrontándolos con algunas normas de nuestra Constitución Política.

De esta manera, en lo relativo a los derechos civiles y políticos, reconoce en primer lugar que en los países que han abolido la pena de muerte no se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente ni se restablecerá su aplicación (artículo 4, numerales 2 y 3 del Pacto de San José).

Circunscribiendo aún más la glosa y comentario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o Pacto de San José), se precisa que nadie debe ser sometido a penas crueles, inhumanos o degradantes; toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (artículo 5.2). Igualmente, la pena no puede trascender de la persona del delincuente (artículo 5.3).

2.3.2. Colombia

El Código Penal, Tiene un marco regulatorio interesante, porque los legisladores emiten reglas para guiar a los jueces en la determinación de la cantidad de sanciones. Sin embargo, estas no son reglas generales de aplicabilidad, sino por el contrario, establece una serie de sanciones menores y mayores que el juez debe evaluar. (Lex, Código Colombiano, 2000).

2.3.3. Argentina

El legislador argentino ha previsto sanciones que pueden dividirse por tiempo y cantidad. Por lo tanto, la divisibilidad de la pena, el juez debe analizar caso por caso la situación atenuante o agravante, que están previstas por el Código Penal nacional Argentina-Ley 11.179 (Luciano García 2013, P. 145).

A su turno, Zaffaroni (2002, P. 994) señala:

Las decisiones de los jueces en el contexto de la ley que gobierna tales decisiones dependen de la clase, la severidad y la aplicabilidad, basadas en elecciones de una variedad de posibilidades establecidas legalmente, este avance legal es una tarea que implica determinar la forma de las sanciones (cuando se trata de conminaciones alternativas o facultativamente conjuntas), dentro del alcance de la ley y la forma de imposición o de cumplimiento.

2.3.4. España

En cuanto a la ley penal española (Ley Orgánica 10/1995-Código Penal Español):

Regula los criterios para desarrollar el quantum de la pena en diversas disposiciones de su legislación. De esta manera, en primer lugar, los artículos 21°, 22° y 23° establecen las circunstancias atenuantes y agravantes, respectivamente, que deberán ser tomadas en cuenta al momento de determinar la pena; en segundo lugar, los artículos 61°, 62°, 63° y 64° regulan los criterios para fijar el quantum de la pena, en razón del grado de desarrollo del delito y la calidad de participación del agente en el desarrollo del hecho delictivo; no obstante, en tercer lugar, en el artículo 66 dispone cómo debe graduarse el

quantum de la pena en razón de las circunstancias (atenuantes y/o agravantes) que concurran en el delito. (Estado, 1995)

2.3.5. Alemania

El Código Penal de Alemania, desarrolla en el artículo 46:

(1) La culpabilidad del imputado establece el fundamento para la fijación de la sanción. Deben considerarse las consecuencias que son de esperar de la sanción para la futura vida del autor en la sociedad. (2) En la adherencia calcula el tribunal las circunstancias favorables y desfavorables del autor. (3) No se permite tomar en cuenta circunstancias que ya son características del tipo legal. (Beck, 1999)

Maurach, Gössel y Zipf (1995), señala que la fórmula es ambigua e insuficiente; sin embargo, estiman que tiene el mérito de dar cabida a la teoría del margen de libertad, que en general se considera correcta; en este sentido, la citada norma penal determina la culpabilidad del imputado es la "base fundamental" de la especificación de la sanción y dentro del contexto punitivo legal se determina una margen de libertad.

En esta habilidad, se verifica uno de los modelos teóricos de las determinaciones judiciales de la sanción (teoría del ámbito o margen de libertad), donde a su vez, según la citada norma punitiva, el magistrado establece la sanción en base de criterios preventivos, principalmente atendiendo a fines de prevención especial positiva.

3. MARCO CONCEPTUAL

3.1. Pena

Sanciones o consecuencias legales aplicables a los autores o partícipes de una conducta delictiva. sanción por infracción.

3.2. Determinación de la pena

Esta es la etapa técnica y de evaluación, que debe permitir sanciones cualitativas, cuantitativas y, en ocasiones, penales. Comprende todo el procedimiento que permite

la valoración, determinación y tipo de prueba, la extensión y, en su caso, la forma de ejecución de la sentencia.

3.3. Sistema de tercios

Esquema para la determinación jurisdiccional de la sanción básica y de la pena concreta, que alude al diseño normativo en el que se dispone que el juez debe configurar tres segmentos operativos al interior de los límites de la pena básica y que es el espacio punitivo de definición de la pena concreta.

3.4. Circunstancias modificatorias de responsabilidad

Según Mendoza (2015):

Las circunstancias son factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito. Es decir, posibilitan valorarla mayor o menor de valoración de la conducta ilícita; o el mayor o menor grado de reproche que cabe formular al autor de dicha conducta. Son aquellos no vinculados a la realización formal de los elementos del tipo -ajenos a la estructura del tipo-, que el legislador ha considerado directamente vinculados con la intensidad del injusto y la modulación de la culpabilidad y, por tanto, tienen el efecto jurídico de determinar el marco concreto de la pena y aún de individualizar la pena exacta, en cada caso concreto. Solo por medio de las circunstancias es posible valorar si un delito es grave o menos grave. (p. 169)

3.5. Fines de la pena

Finalidad o función que cumple en el ordenamiento jurídico.

3.6. Retribución

A cambio, es interesante premiar la idea y comprensión de la justicia y de las leyes dictadas por el Estado, que no sirven.

3.7. Prevención general

Relativo a que la pena tiene finalidad de intimidar todos los individuos o a la colectividad para que no cometan delitos.

Se divide en dos ámbitos: prevención general negativa o intimidatoria, que pretende disuadir al infractor mediante el mero castigo penal; y prevención general positiva o integradora, que se dirige u orienta al mantenimiento de la práctica en la fidelidad al Derecho.

3.8. Prevención especial

Hacer desistir o disuadir al autor de futuros delitos. Se dirige al individuo mismo -y no a la generalidad como postula la prevención general-; pero no a cualquiera, sino al autor del hecho ilícito.

Se subdivide en: prevención especial negativa, que inflige dolor o sufrimiento al penado, a fin que tome conciencia del mal que hizo y del mal que está sufriendo y no vuelva a cometer hechos delictivos; lo desalienta personalmente y orienta a tomar conciencia de lo que pierde por violar la norma; y la positiva, tiene el papel de resocializar, rehabilitar, readaptar, reconstruir, reparar, reeducar y reinsertar al delincuente a la sociedad.

3.9. Delito de violación sexual

Tipo base o descripción típica de la conducta delictiva. El uso intencional de la fuerza o el poder físico, de hecho, o como amenaza, contra uno mismo, otra persona o un grupo, que cause lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones.

3.10. Juzgado Penal Colegiado

Órgano jurisdiccional del Poder Judicial, que es determinado por la competencia. La competencia como Colegiado se determina en función al extremo mínimo de la pena prevista para cada tipo penal. Si ésta es mayor a los 6 años de pena privativa de libertad el competente es el Juzgado Penal Colegiado, si es menor a 6 años le compete al Juzgado Penal Unipersonal.

CAPÍTULO III: HIPÓTESIS Y VARIABLES

3.1 HIPÓTESIS GENERAL

-) La determinación judicial en las sentencias penales se relaciona con el delito de violación sexual de menores de edad, Huamanga – Ayacucho, 2017.

3.2 HIPÓTESIS SECUNDARIOS

- a) La aplicación del sistema de tercios influye en la determinación judicial de la pena en las sentencias penales en el delito de violación sexual de menores de edad.
- b) Las circunstancias modificatorias de la responsabilidad es la causa de los fines de la pena en la determinación judicial de la pena en las sentencias condenatorias por delito de violación sexual de menores de edad.

3.3 DEFINICION CONCEPTUAL Y OPERACIONALIZACION DE LAS VARIABLES

IDENTIFICACIÓN DE VARIABLES

HIPÓTESIS GENERAL:

VARIABLE INDEPENDIENTE (X)

) Determinación judicial de la pena. - Es la que realiza el juzgador al momento de aplicar la pena, por ello el juzgador tiene que elegir la clase de pena, la cual es denominada determinación cualitativa (Peña, p. 7)

VARIABLE DEPENDIENTE (Y)

) Delito de violación sexual de menores de edad, encuentra previsto en el art. 173 del C.P. El que tiene acceso por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos, introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con pena privativa de libertad.

VARIABLE INTERVINIENTE (Z)

Observancia de criterios objetivos

PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA

VARIABLE INDEPENDIENTE (X)

) Determinación judicial de la pena

VARIABLE DEPENDIENTE (Y)

) Sistema de tercios

SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA:

VARIABLE INDEPENDIENTE (X)

) Determinación judicial de la pena

VARIABLE DEPENDIENTE (Y)

) Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal y fines de la pena

OPERACIONALIZACION DE VARIABLES E INDICADORES

INDICADORES DE LA HIPOTESIS GENERAL

VARIABLE INDEPENDIENTE (X)

) Resoluciones judiciales

VARIABLE DEPENDIENTE (Y)

) Delito de violación sexual de menores de edad

VARIABLE INTERVINIENTE (Z)

) Aplicación de la norma jurídica

) Criterios de interpretación

) Clases de interpretación

INDICADORES DE LA PRIMERA HIPOTESIS ESPECÍFICA

VARIABLE INDEPENDIENTE (X)

) Resoluciones absolutorias

) Resoluciones condenatorias

VARIABLE DEPENDIENTE (Y)

) Derecho de defensa

) Derecho a la motivación

INDICADORES DE LA SEGUNDA HIPOTESIS ESPECÍFICA

VARIABLE INDEPENDIENTE (X)

) Resoluciones absolutorias

) Resoluciones condenatorias

VARIABLE DEPENDIENTE (Y)

) Derecho de defensa

) Tipos de motivación

CUADRO RESUMEN DE LA DEFINICION CONCEPTUAL Y OPERACIONAL DE LAS VARIABLES Y OPERACIONALIZACION DE LAS VARIABLES

DIMENSIONES	INDICADORES	INDICES	INSTRUMENTOS DE RECOLECCION
Sistema de tercios	Tipología de la determinación judicial de la pena.	-Número de sentencias que se utilizaron en la determinación cuantitativa Número de sentencias que se utilizaron en la determinación cualitativa	Lista cotejo
	Tipología del sistema de tercios. Tipología de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal	-Número de sentencia que utilizaron tercio inferior. - Número de sentencia que utilizaron tercio intermedio. - Número de sentencia que utilizaron tercio superior.	Lista cotejo
Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal	Sexo del agraviado e imputado	Varón mujer	Lista cotejo

	Grado de instrucción	Analfabeto Primaria Secundaria Técnico Superior	Lista cotejo
	Antecedentes penales	Si No	Lista cotejo
	Medios probatorios	Declaraciones Pericias Documentos Testimoniales	Lista cotejo
	Pena	Condenatoria Absolutoria.	Lista cotejo
	Vínculo de parentesco	Imputado Agraviada	Lista cotejo
	Tipo de acceso carnal	Vaginal Anal Bucal Acto análogo	Lista cotejo

CAPITULO IV: METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION

4.1 TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACION

4.1.1 Enfoque

Hernández, Fernández y Baptista (2010:4), en su obra de Metodología de la investigación, sostienen que todo trabajo de investigación se sustenta en dos enfoques principales: el enfoque cuantitativo y el enfoque cualitativo, los cuales de manera conjunta forman un tercer enfoque: el enfoque mixto. En suma, en el presente trabajo de investigación se utilizará el enfoque mixto.

4.1.2 Tipo de Investigación

Para Sierra (2003) según su finalidad que persiguen, las investigaciones sociales pueden ser: investigación básica o pura y aplicada o tecnológica. La primera se realiza con la finalidad de descubrir y explicar nuevos conocimientos y sus hipótesis se demuestran en términos de verdadero o falso; entre tanto, la segunda, “se desarrolla con la finalidad de resolver problemas de la práctica social o productiva; busca descubrir o validar los métodos, técnicas, instrumentos o materiales que optimicen los procesos o productos, y sus hipótesis se demuestran en términos de eficaz o ineficaz

Bajo esta clasificación, la presente investigación corresponde a la investigación básica, porque pretende indagar los aciertos y desaciertos en la determinación de la pena en las sentencias penales en el delito de violación sexual en menores de edad, expedidas por los juzgados especializados en lo penal de la provincia de Huamanga.

Según su naturaleza es cuantitativa.

4.1.3 Nivel de Investigación

Descriptivo, porque el examen intenso del fenómeno a la luz de los conocimientos existentes permitirá determinar si la variable en estudio evidencia o no en su contenido un conjunto de características que definen su perfil (Mejía, 2004).

Explicativo, porque la investigación está dirigida a responder las causas de los eventos físicos o sociales. En el presente caso el objeto de estudio (sentencias), no corresponde a una realidad interna, sino externa contenidas en un documento llamado expediente judicial (Hernández, 2010).

4.2 METODOS Y DISEÑO DE INVESTIGACION.

4.2.1 Métodos de Investigación

Según Jiménez (2017) “El *método* a utilizarse en la presente investigación será el método inductivo, deductivo, analítico, sintético y comparativo. El método que prevalecerá será el explicativo, por que realizará un estudio minucioso del fenómeno de estudio”.

4.2.2 Diseño de la Investigación

Transversal, porque “el número de ocasiones en que se medirá la variable será una sola vez; lo que significa que el recojo de datos se realizará en un momento exacto del transcurso del tiempo. También se le conoce como transeccional y correlacional” (Hernández, Fernández & Batista, 2010).

4.2.3 Diseño en función al tipo y nivel de investigación

Es de diseño transversal o correlacional por que describe la relación entre dos o más variables en un momento determinado y analiza la relación que existe entre ellas en un momento dado.

Según Trucman (1978) este tipo de estudio “implica la recolección de dos o más conjuntos de datos de un grupo de sujetos con la intención de determinar la subsecuente relación entre este conjunto de datos.

4.3 POBLACION Y MUESTRA DE LA INVESTIGACION

4.3.1 Población

48 expedientes penales sobre el delito de violación sexual de menores de edad en los Juzgado Especializados Penales de Ayacucho.

4.3.2 Muestra

Constituida por 25 expedientes penales que se elegirán aleatoriamente. Determinada bajo la siguiente fórmula.

$$n = \frac{Z^2 pq * N}{E^2(N - 1) + Z^2 * pq}$$

$$n = 25$$

4.4 TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

4.4.1 Técnicas

Para el desarrollo de la presente investigación de utilizo la técnica de la encuesta.

4.4.2 Instrumentos

Para el tratamiento de la información de trabajo con Fichas bibliográficas, Ficha de recopilación y tablas de procesamiento de datos.

4.4.3 Procesamiento y análisis de los datos

Para el perfecto procesamiento y análisis de datos se trabajo con el programa del Excel.

4.4.4 Principios éticos del plan de tesis

Honestidad, integridad y veracidad.

CAPITULO V: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

5.1 Análisis de datos

En el presente acápite presentaremos una diversidad de tablas o cuadros producto tanto de la información proporcionada por el Módulo Penal del CPP del Distrito de Ayacucho como del análisis de las fichas de resumen documental, empleadas en las sentencias condenatorias por violación sexual de menores de edad, emitidas por el Juzgado Colegiado de Huamanga durante el año 2018, que fueron en total cinco sentencias durante ese periodo.

Tabla 1

Tipología de determinación judicial de la pena, utilizadas en las sentencias condenatorias por delito de violación sexual de menores de edad 2018

Juzgado Penal Colegiado de Huamanga.

Tipologías de determinación judicial de la pena	Sentencia 1-5	Sentencia 6-10	Sentencia 11-15	Sentencia 16-20	Sentencia 21-25	Total
Determinación						
Cuantitativa	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	25
Determinación						
Cualitativa	-	Sí	Sí	Sí	-	15

Como se puede advertir del total de sentencias analizadas, todas ellas emplean la determinación cuantitativa de la pena, mientras que 15 sentencias (que representa el 60%) emplean la determinación cualitativa de la pena.

El cuadro queda graficado del modo siguiente:

Gráfico 1

Tipología de determinación judicial de la pena

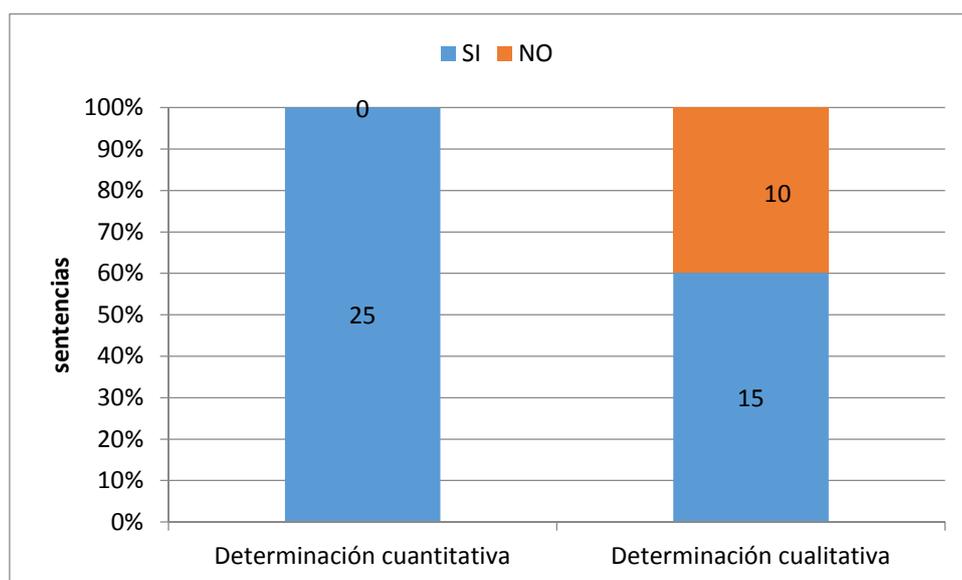


Tabla 2

Tipología de tercios, empleados en las sentencias condenatorias por delito de violación sexual 2018

Juzgado Penal Colegiado de Huamanga.

Tipología de tercios	Sentencia 1-5	Sentencia 6-10	Sentencia 11-15	Sentencia 16-20	Sentencia 21-25	Total
Tercio inferior	Sí	Sí	-	Sí	-	15
Tercio intermedio	-	-	-	-	-	0
Tercio superior	-	-	-	-	-	0

En este cuadro se advierte, sobre el sistema de tercios, que 15 sentencias (60%) aplicaron tercio inferior. Sin embargo, este dato se complementa con el siguiente cuadro, que registra el empleo de las llamadas circunstancias atenuantes privilegiadas, ubicadas por debajo del tercio inferior; y las circunstancias agravantes cualificadas, que se ubican por encima del tercio superior.

Gráfico 2

Tipología de tercios

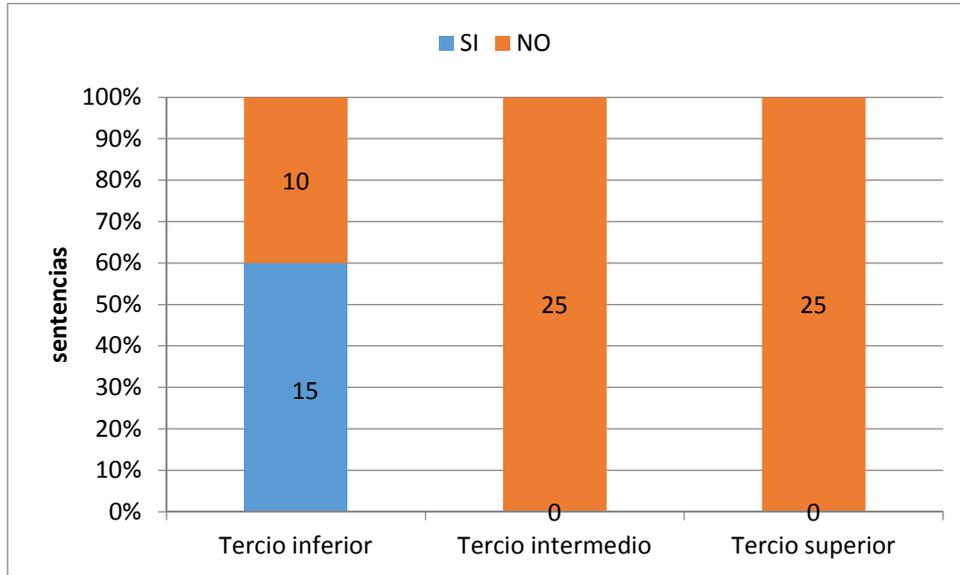


Tabla 3

Tipología de circunstancias modificatorias de responsabilidad, utilizadas en las sentencias condenatorias por delito de violación sexual 2018

Juzgado Penal Colegiado de Huamanga.

Circunstancias modificatorias de responsabilidad	Sentencia 1-5	Sentencia 6-10	Sentencia 11-15	Sentencia 16-20	Sentencia 21-25	Total
Circunstancias genéricas	3	3	-	2	-	8
Circunstancias específicas	-	-	-	-	-	0

Circunstancias atenuantes privilegiadas	10	5	-	1	1	17
Circunstancias agravantes cualificadas	-	-	1	-	-	1

Aquí se observa que: 8 sentencias mencionan una circunstancia genérica; ninguna emplea las circunstancias específicas; 17 sentencias mencionan circunstancias atenuantes privilegiadas, donde se pueden constatar la presencia de 1 a 2 de dichas circunstancias (la Sentencia 1 presenta 2 de estas circunstancias; la Sentencia 2 alude a 1; la Sentencia 4 presenta 2; y en la Sentencia 5 concurren 2 de estas circunstancias); 1 sentencia emplea la circunstancia agravante cualificada.

Gráfico 3

Tipología de circunstancias modificatorias de responsabilidad

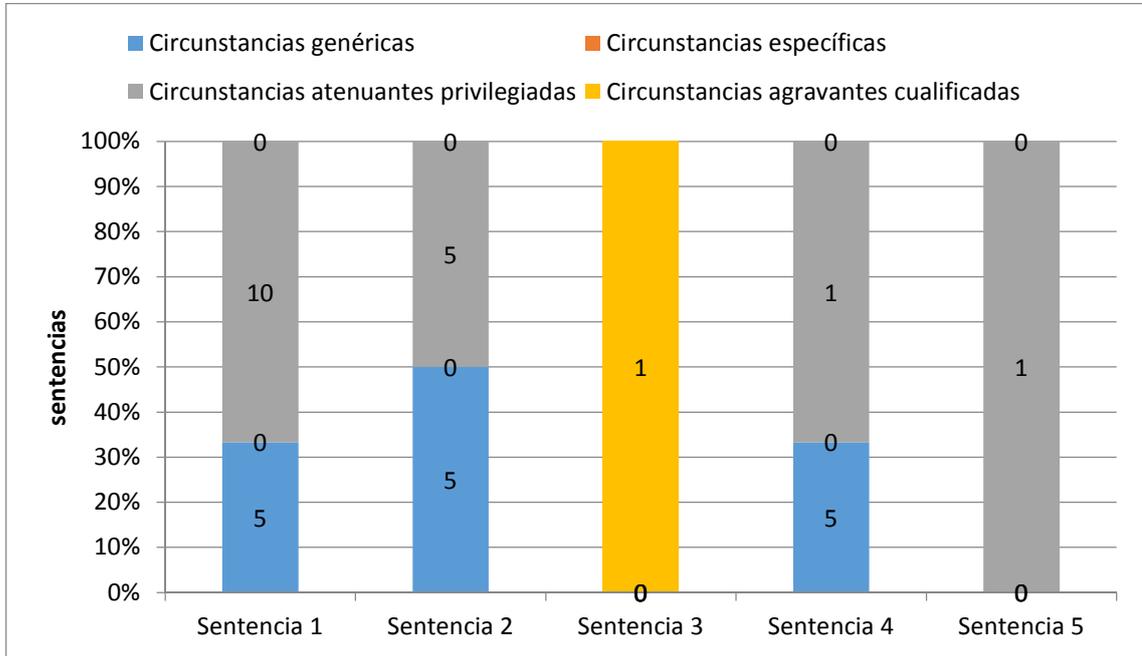


Tabla 4

Tipología de fines de la pena, mencionadas en las sentencias condenatorias por delito de violación de menores de edad, 2018

Fines de la pena	Sentencia 1	Sentencia 2	Sentencia 3	Sentencia 4	Sentencia 5	Total
Fin retributivo	-	-	-	-	-	0
Fin preventivo	05	-	05	05	-	4
Fin mixto	-	-	-	-	-	0

Del total de sentencias analizadas, ninguna hace mención a los fines retributivos ni a los fines mixtos de la pena. Sin embargo, solo 15 sentencias presentan el fin preventivo de la pena, del modo siguiente: El primer grupo de sentencia menciona dos fines preventivos, mientras que el grupo 3 y 4 menciona 1 solo fin preventivo.

En el siguiente apartado de la tesis, referida al análisis de los resultados obtenidos, estaremos comentando con mayor detalle estos hallazgos, precisando a qué fines preventivos se aluden en las sentencias (prevención general o especial).

Tabla 5

Idoneidad de los fines de la pena, mencionadas en las sentencias condenatorias por delito de violación en menores de edad 2018

Juzgado Penal Colegiado de Huamanga.

Idoneidad de los fines de la pena	Sentencia 1-10	Sentencia 11-20	Sentencia 21-30	Sentencia 31-40	Sentencia 41-50	Total
Idoneidad del fin retributivo	-	-	-	-	-	0
Idoneidad del fin preventivo	-	-	-	-	-	0
Idoneidad del fin mixto	-	-	-	-	-	0

Como se puede apreciar, del total de sentencias ninguna de ellas menciona la idoneidad de los fines de la pena.

El siguiente gráfico agrupa los fines de la pena y su idoneidad.

Gráfico 4

Tipología de fines e idoneidad de la pena

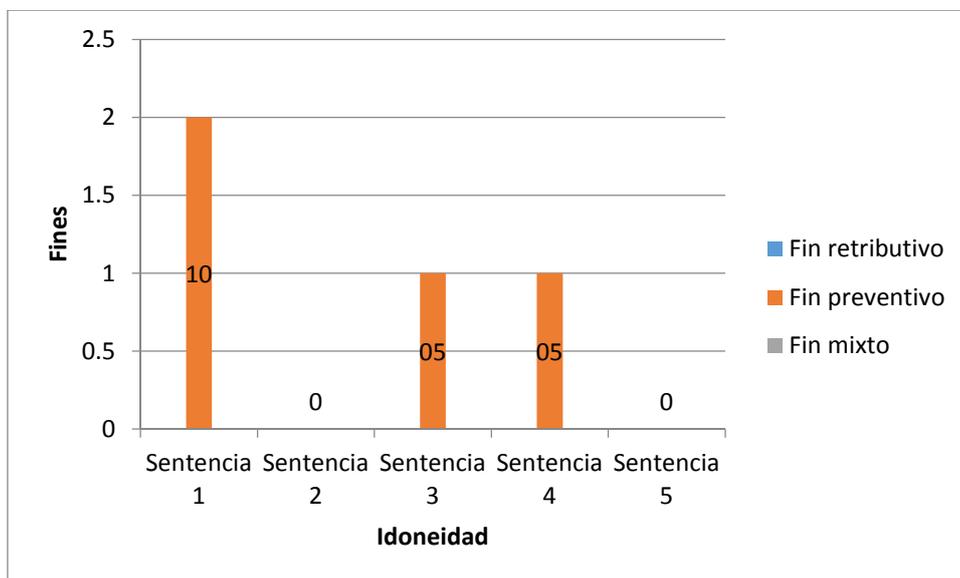


Tabla 6

Tipología del delito de violación sexual en menores de edad presentado en las sentencias condenatorias

Juzgado Penal Colegiado de Huamanga.

Delito de violación sexual	Sentencia 1-5	Sentencia 6-10	Sentencia 11-15	Sentencia 16-20	Sentencia 21-25	Total
Violación sexual	5	5	5	5	5	25
Violación sexual en menores de edad (número de circunstancias agravantes)	1	2	4	2	1	10

Respecto a este cuadro, se puede advertir que en todas las sentencias se presenta el tipo base del delito de violación sexual y violación sexual en menores de edad (violación sexual con circunstancias agravadas), que representan el 100%, con la concurrencia de 2 a 4 circunstancias agravantes.

Tabla 7

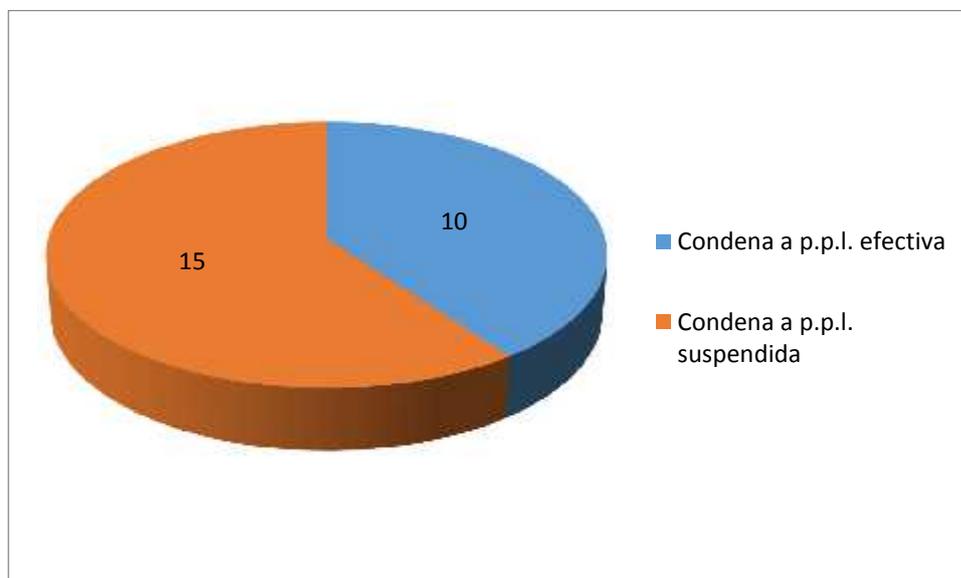
Tipología de sentencias condenatorias por delito de violación sexual-violación sexual de menores de edad 2018

Juzgado Penal Colegiado de Huamanga.

Sentencias condenatorias	Sentencia 1-5	Sentencia 6-10	Sentencia 11-15	Sentencia 16-20	Sentencia 21-25	Total
Condena a p.p.l. efectiva	-	Sí	Sí	-	-	10
Condena a p.p.l. suspendida	Sí	-	-	Sí	Sí	15

Gráfico 5

Tipología de sentencias condenatorias



Del total de sentencias condenatorias en el delito materia de estudio, 10 presentan condenas a pena privativa de libertad efectiva; mientras que 15, condenas a pena privativa de libertad suspendida. Lo que representa que un mayor porcentaje de las sentencias (60%) son condenas suspendidas, en tanto menos de la mitad, en porcentaje de 40% son condenas efectivas.

Tabla 8

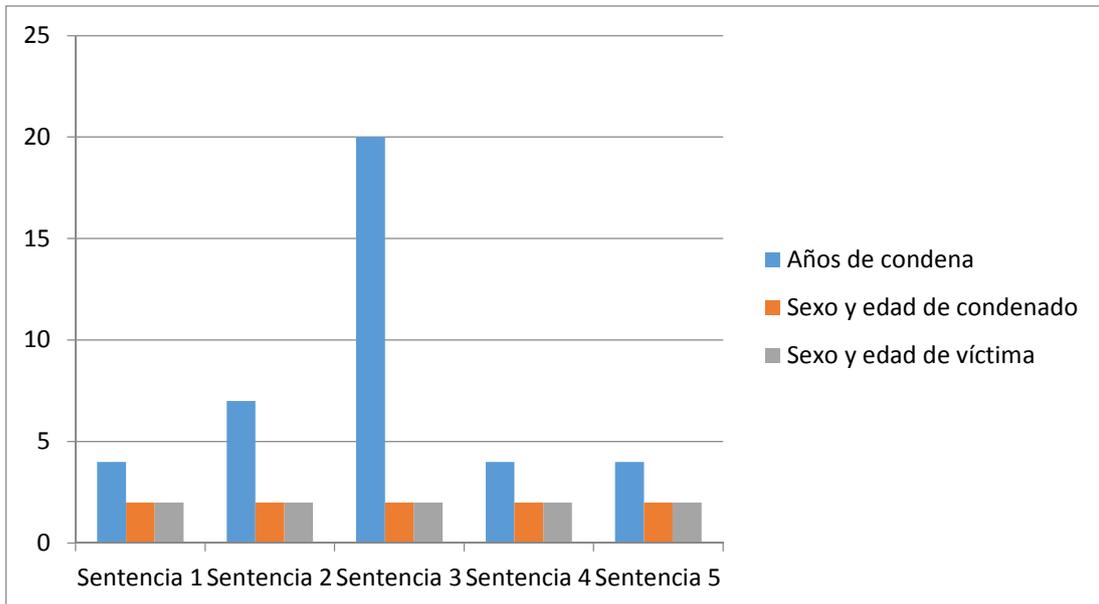
Cantidad de años de condena y partes procesales en las sentencias condenatorias acerca de violación sexual de menores de edad 2018

Juzgado Penal Colegiado de Huamanga.

	Sentencia 1-5	Sentencia 6-10	Sentencia 11-15	Sentencia 16-20	Sentencia 21-25
Número de años de condena	6 años	4 años	19 años y 4 día	4 años	3 años, 8 meses y 16 días
Sexo y edad de condenado	Varón 19 años y 2 m.	Varón 24 años	Varón 42 años	Varones 19 años y 3m. / 18 años y 6 m.	19
Sexo y edad de víctima*	Mujer 12 años	Mujer 12, 14 y 17 años	Mujer 16 años	Mujer 16 años	Mujer 14 años

Gráfico 6

Calidad de años de condena y partes procesales



Igualmente, se desprenden del cuadro y gráfico precedentes, lo siguiente:

- En general, la pena impuesta a los condenados por delito de violación sexual de menores de edad oscila desde 3 años, 8 meses y 16 días hasta 20 años y 1 día de pena privativa de libertad. Cada sentencia tiene su propia pena medida en años, meses y días.
- Los sentenciados son todos varones, que oscilan entre 18 años y dos meses de edad (como mínima) hasta 43 años de edad (máxima).
- Los agraviados son todas mujeres cuyas edades oscilan desde 14 años de edad (mínima) hasta 56 años de edad (como máxima).

En este punto, considero conveniente y oportuno presentar un cuadro general, a los efectos de un mejor manejo y análisis.

Tabla 9

Datos íntegros de las sentencias condenatorias por delito de violación - violación sexual de menores de edad 2018

Juzgado Penal Colegiado de Huamanga.

Sentencias condenatorias	Sentencia 1	Sentencia 2	Sentencia 3	Sentencia 4	Sentencia 5	Total
Determinación cuantitativa	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	5
Determinación cualitativa	-	Sí	Sí	Sí	-	3
Tercio inferior	Sí	Sí	-	Sí	-	3
Circunst. genéricas	1	1	-	1	-	3
Circunst. Específicas	-	-	-	-	-	0
Circunstancias atenuantes privilegiada	2	1	-	2	2	7
Circunstancias agravantes cualificadas	-	-	1	-	1	0
Fin preventivo	2	-	1	1	-	4
Idoneidad del fin preventivo	-	-	-	-	-	0

Violac. Sexual						
(número de circunstancias agravantes)	3	4	4	2	2	15
Condena a p.p.l. efectiva	-	Sí	Sí	-	-	2
Condena a p.p.l. suspendida	Sí	-	-	Sí	Sí	3
Número de años de condena	4 años	6 años	20 años y 1 día	4 años	3 años, 10 meses y 27 días	-
Sexo y edad de condenado	Varón 18 años y 2 m.	Varón 26 años	Varón 43 años	Varones 18 años y 3 m. / 18 años y 6 m.	Varón 19 años	-
Sexo y edad de víctima	Mujer 14 años	1 mujer 16 años	Mujer 15 años	Mujer 13 años	Mujer 12 años	-

5.2 Prueba de hipótesis

Ahora bien, presentados y analizados los datos conforme a las tablas detalladas, la presente tesis: determinación judicial de la pena en las sentencias condenatorias por violación sexual de menores de edad, una investigación sobre la ausencia de los fines de la pena, precisamente ha tomado como universo las 25 sentencias condenatorias por delito de violación sexual de menores de edad, derivado delito de violación sexual, emitidas por el Juzgado Penal Colegiado de Huamanga durante el año 2018, ámbito laboral que se encuentra estrechamente relacionada e interdependiente de la instancia fiscal, igualmente, se ha completado la información que no aparece en las sentencias recurriendo a los respectivos expedientes judiciales, examinando además algunos hallazgos en función de nuestra hipótesis, advirtiendo además que un mayor porcentaje del contenido de las sentencias condenatorias es dedicado al análisis del hecho punible (contexto fáctico), la tipificación de la conducta y la valoración de la prueba que acreditan la responsabilidad penal, mientras que un menor porcentaje aborda la fijación o determinación judicial de la pena, muchas veces con repetidas frases de plantilla y la sola mención de artículos de la ley penal; de esta forma, con toda la información recabada, se ha logrado alcanzar a los resultados que a continuación puntualizamos:

- En relación a la determinación cuantitativa de la pena se observa que todas las sentencias examinadas contienen dicho indicador, suficientemente fundamentado. No obstante, 15 de ellas (60%) solo hacen mención a la determinación cualitativa, sin mayor argumento, no hay una mayor explicación al respecto, ello debido a que 10 de esas sentencias registran condenas a pena privativa de libertad efectiva (y pareciera que la determinación cualitativa sobrara), mientras que 10 sentencia suspende la

ejecución de la pena, donde si es necesario detenerse a precisar aquella clase o tipo de determinación judicial de la pena.

- Respecto al sistema de tercios, el 60% de las sentencias hace referencia al tercio inferior, debido a la existencia de una circunstancia atenuante genérica como es la carencia de antecedentes penales. Este punto se relaciona con el siguiente, en cuanto dicha circunstancia es uno de los tipos de circunstancias modificatorias de responsabilidad.
- En este sentido, en lo atinente a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, se advierte que ninguna de las sentencias emplea las circunstancias específicas, que es la forma y el procedimiento que se debe emplear en la determinación judicial de la pena en el delito de violación sexual de menor de edad, según doctrina penal mayoritaria y uno de los acuerdos plenarios de la Corte Suprema. Igualmente, se vislumbra que 17 sentencias (80%) hacen mención expresa de las circunstancias atenuantes privilegiadas: Asimismo, se verifica que 1 sentencia presenta la circunstancia agravante cualificada de la denominada reincidencia.
- En cuanto a los fines de la pena, se advierte que solamente 15 sentencias mencionan el fin preventivo de la pena: 5 de ellas hace mención, sin mayor fundamentación a los fines preventivo general y especial; en tanto las otras 10, igualmente solo mencionan, el fin preventivo especial positivo, bajo la frase “fines preventivos resocializadores de la pena”. No obstante, pese a la mención de los fines preventivos de la pena, ninguna de las sentencias examinadas menciona la idoneidad de los fines de la pena, ni siquiera la idoneidad del fin preventivo.

- En lo concerniente al delito violación sexual de menores de edad con circunstancias agravadas, lógicamente, todas las sentencias presentan estos indicadores, debiéndose subrayar que la violación sexual de menores de edad se encuentra en función del tipo base de violación, aquel deriva de este, siendo una exigencia procesal la concordancia de ambos en los pronunciamiento judiciales y fiscales.
- Respecto a los tipos de sentencias condenatorias y cantidad de años de condena, se advierte que 10 sentencias contienen condena a pena privativa de libertad efectiva: la primera oscila sobre los 6 años de prisión y la segunda, a 20 años y un día; las 3 sentencias restantes presentan condena a pena privativa de libertad suspendida en su ejecución, siendo el número de años de condena los siguientes: 2 sentencia a 4 años de pena privativa de libertad suspendida por el periodo de prueba de 2 años y sujeta a determinadas reglas de conducta; 15 sentencia a 3 años, 10 meses y 27 días de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de 3 años y sujeta a reglas de conducta.
- En cuanto a las partes procesales, se observa que las sentencias registran que todos las personas condenadas son varones, que oscilan entre una edad mínima de 18 años y dos meses de edad y 43 años de edad como edad máxima; por otra parte, todas las personas víctimas registradas en las sentencias son mujeres, cuyos rangos de edades son desde 12 años hasta 17 años de edad.

5.3 **Discusión de resultados**

En este rubro conviene tener en cuenta, en primer lugar, los datos íntegros plasmados en la tabla 09 y contrastarlos con el procesamiento y análisis de los resultados obtenidos; y, en segundo lugar, la información contenida en las sentencias condenatorias recabadas y que constituyen la principal fuente de la presente investigación, producto de los cuales podemos advertir que todas las sentencias analizadas emplean y sustentan la determinación judicial cuantitativa (tablas 2 y 11), toda vez que la infracción materia de estudio, previsto en los artículos 173 del Código Penal, tienen como consecuencia jurídica o sanción la pena privativa de libertad, establecida en años y cadena perpetua; no prevé penas conjuntas o alternativas (prestación de servicios comunitarios, multa o inhabilitación), siendo que la cantidad de años de condena se presenta en la tabla 08; debido a ello probablemente la determinación cualitativa, como un acápite independiente y suficientemente fundamentado queden en segundo plano. En este sentido, cabe precisar que, de las 3 sentencias que sugieren la determinación cualitativa de la pena, dos de ellas imponen pena privativa de libertad efectiva.

- Revisada la tabla 3, relacionada con la tabla 4, que representa el sistema de tercios empleada en las sentencias, se desprende que ellas mayormente hacen referencia al tercio inferior, por la concurrencia de únicamente circunstancias atenuantes genéricas (carencia de antecedentes penales), mas no agravantes genéricas. Sin embargo, es posible advertir que el sistema de tercios es empleado por debajo de la pena mínima prevista para el delito de violación sexual de menores de edad (que es de 12 años de pena privativa de libertad), alegando la existencia de circunstancias atenuantes privilegiadas (tentativa y

responsabilidad restringida por la edad); inclusive esta última circunstancia es empleada para citar sendas ejecutorias supremas sobre el control difuso de la ley penal en cuanto a la prohibición para el delito de violación sexual de aplicar el artículo 22, segundo párrafo, del Código Penal (responsabilidad restringida por la edad) justificar una pena por debajo del mínimo legal, como veremos más adelante.

- Igualmente, del contraste de los resultados obtenidos y el análisis de las sentencias condenatorias, en relación a los fines de la pena y la idoneidad de los mismos, se advierte que del total de sentencias, 15 de ellas solo mencionan el fin preventivo de la pena, pese a que en igual número de sentencias se impone condena suspendida; de esta manera, una de ellas hacen mención –no argumenta ni motiva--, a los fines preventivo general y especial, las otras dos mencionan únicamente “fines preventivos resocializadores de la pena”, “atendiendo a sus fines” o “tenerse en cuenta los fines que se persiguen con la misma”, de cuyas frases, no obstante, podemos deducir que se refieren al fin preventivo especial positivo. A su vez, también podemos observar que, no obstante la mención de los fines preventivos de la pena, ninguna de las sentencias menciona la idoneidad de los fines de la pena, menos aún la idoneidad del fin preventivo.
- Según el cuadro 7, en relación al delito y violación sexual de menor de edad, se muestra que todas las sentencias presentan circunstancias agravantes, que son concordadas con la descripción típica.

Conforme se puede advertir los cuadros 07 y 08, en relación de tipos de sentencia condenatorias y cantidad de años de condena y partes procesales, se tiene que 2 sentencias imponen condena o prisión efectiva: la primera a seis

años de pena privativa de libertad y la segunda, a veinte años y un día de la misma pena; nótese que las penas en estas sentencias se encuentra una por debajo de mínimo legal y la otra por encima del máximo legal, lo que evidencia la aplicación de circunstancias atenuante privilegiada (tentativa) y agravante cualificada (reincidencia), respectivamente.. Todas las personas condenadas son varones, cuyas edades oscilan entre 18 años y dos meses hasta 43 años de edad, mientras que todas las personas víctimas son mujeres.

En este último punto se debe de destacar que la sentencias, a los efectos de bajar la pena por debajo de mínimo legal y, en su caso, imponer una condena suspendida, constatando la concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiada, realiza una interpretación, que consideramos contrario a la ley y a la prohibición de analogía de la ley penal, en cuanto a determinación de los marcos penales, señalando textualmente (sentencia 1 y 2):

Para el caso de atenuantes privilegiadas no existe previsión legal concreta sobre el quantum de la rebaja de la pena [y] teniendo en consideración que para las agravantes cualificadas autoriza un incremento de pena; ergo, para las atenuantes privilegiadas también podría efectuarse una rebaja de la pena, que podría establecerse en la mitad de pena conminada como límite máximo. [estableciendo] el nuevo mínimo legal seria de seis años y el nuevo máximo legal seria de doce años de pena privativa de libertad además de ello, según se plasma en las sentencias, verificada la responsabilidad restringida por la edad del acusado al momento del hecho punible, citan diversas ejecutorias supremas sobre el control difuso como si estas por si mismas se aplicaran de manera automática, pero en ningún momento siguen los requisitos y parámetros para la aplicación del control difuso, que habilitan declarar inaplicable una ley

(artículo 22, segundo párrafo, del código penal) que colisionaría con la Constitución (alegan que colisiona con el principio – derecho a la igualdad ante la ley), exigencias que inclusive fueron ratificadas posteriormente en la doctrina jurisprudencial vinculante de la sentencia de la sala de derecho constitucional y social permanente de la corte suprema de justicia (consulta le exp. N° 1618-2016/Lima norte del 16 de agosto del 2016), cuyo análisis excede al objeto de la presente investigación.

CAPITULO VI: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1 Conclusiones

Llegado a este punto, es preciso mencionar que en esta tesis se investigó, como influye la aplicación mecánica del sistema de tercios y la sola mención de la circunstancias modificatorias de responsabilidad; alcanzamos las siguientes conclusiones.

- 1) En el presente trabajo de tesis se investigó cómo influye la aplicación mecánica del sistema de tercios, en los fines de la pena en la determinación judicial de la misma, en las sentencias condenatorias por delito de violación sexual de menores de edad, emitidas por el juzgado penal colegido de Huamanga, pudiendo advertir que un mayor porcentaje de dichas sentencias emplean automáticamente el sistema de tercios ubicando un primer momento de la determinación judicial de la pena por debajo del tercio inferior, debido a la presencia en el caso concreto de circunstancias atenuantes privilegiadas como la tentativa y la responsabilidad restringida por la edad, respecto de esta última circunstancia inclusive practican sin mayor sustento el control difuso de constitucionalidad de la ley penal (artículo 22, segundo párrafo, del código penal); a su vez, elaboran pretoriamente, contrario a los principio de legalidad y prohibición de analogía de la determinación de las penas, un nuevo marco punitivo reducido y realizan en dicho espacio punitivo una nueva división en tercios, la pena concreta en el tercio en el tercio inferior. A este propósito únicamente mencionan como frases de estilo o plantilla –sin

fundamentación ni destacando su idoneidad-, el “fin resocializador de la pena”. Este fin no es el decisivo para la imposición de la pena concreta final de las sentencias examinadas.

- 2) En esta tesis se investigó como afecta la sola mención de las circunstancias modificatorias de responsabilidad, en los fines de la pena en la determinación judicial de la misma, en las sentencias condenatorias por delito de violación sexual de menores de edad, emitidas por el juzgado penal colegiado de Huamanga; al respecto, se puede afirmar que en las sentencias analizadas, en primer lugar, concurren una pluralidad de circunstancias modificatorias de responsabilidad, siendo el de mayor porcentaje la circunstancia atenuante privilegiada (principalmente tentativa y responsabilidad restringida por la edad), seguido de las circunstancias atenuantes genéricas (carencia de antecedentes penales) y, finalmente, las circunstancias agravantes cualificadas (reincidencia); en segundo lugar, no se mencionan ni se emplean las circunstancias específicas, pese a tratarse del delito de violación sexual. Son determinantes para la determinación judicial de la pena las referidas circunstancias y, a su vez, el empleo directo de ejecutorias supremas que abordan el control difuso del artículo 22, primer párrafo, del Código Penal (prohibición de aplicar la responsabilidad restringida por la edad en casos de violación de menores de edad); este último punto se erige como un factor que se indica como hallazgo de la investigación, que influye en la determinación judicial de la pena. El 60% de las sentencias solo mencionan, de manera referencial, sin la motivación suficiente, [el fin

preventivo general y especial] y [el fin resocializador] de la pena; ninguna indica la idoneidad de estos fines.

3) En esta tesis se investigó como influye la aplicación mecánica del sistema de tercios, sumado a la sola mención de la circunstancia modificatorias de responsabilidad, en los fines de la pena en la determinación judicial de la misma, en las sentencias condenatorias por delito de violación sexual de menores de edad; sobre el particular, la determinación judicial de la pena en las sentencias examinadas contienen todas una determinación cuantitativa, pero un porcentaje mayoritario (60%) solo mencionan la determinación cualitativa; a su turno, principalmente la determinación cuantitativa es realizada en función a la concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas o circunstancias agravantes cualificadas –como punto de partida- y al sistema de tercios- como segundo paso-. Las circunstancias específicas no son utilizadas como procedimiento o método de la determinación judicial de la pena; sin embargo, la podemos encontrar al tipificar el delito de violación sexual de menores de edad, al ser precisamente las circunstancias específicas agravantes que le dan entidad a dicho delito.

4) En esta tesis se investigó como influye la aplicación mecánica del sistema de tercios sumados a la sola mención de las circunstancias modificatorias de responsabilidad, en los fines de la pena en la determinación judicial de la misma, en las sentencias condenatorias por delito de violación sexual; en tal sentido, en relación a los fines de la pena, se puede concluir que las

sentencias examinadas no toman como factor final o determinante los fines preventivos general y especial de la pena ni la idoneidad de los mismos, no fundamenta estos aspectos, y menos refieren que estos fines son los constitucionalmente legítimos e idóneos en nuestro ordenamiento jurídico, que irradian a todo el complejo procedimiento de determinación judicial de la pena.

- 5) En esta tesis se investigó la influencia de la aplicación mecánica del sistema de tercios, sumado a la sola mención de la circunstancia modificatorias de responsabilidad, en los fines de la pena en la determinación judicial de la misma, en las sentencias condenatorias por delito de violación sexual de menores de edad; en tal sentido, la mayor cantidad de sentencias imponen penas por debajo del mínimo legal para el delito de violación sexual (12 años de pena privativa de libertad): un mayor porcentaje (60%) de las sentencias imponen condenas a pena privativa de libertad suspendida (no superan los 4 años), el porcentaje restante se trata de condena efectiva; todo ello bajo los parámetros y procedimientos de la determinación judicial de la pena, empleados por el juzgado penal colegiado de huamanga, sobre los que concluimos anteriormente.

- 6) En esta tesis se investigó como influye la aplicación mecánica del sistema de tercios, sumado a sola mención de las circunstancias modificatorias de responsabilidad, en los fines de la pena en la determinación judicial de la misma, en las sentencia condenatorias por delito de violación sexual de menores de edad; en tal sentido, debemos subrayar que, en cuanto a la

cantidad de años de condena, las personas condenadas y sus edades, todos los condenados son varones, cuyas edades fluctúan entre 18 años hasta 43 años de edad; respecto a los años de condena, las dos condenas efectivas son por 6 años de pena privativa de libertad y 20 años y un día de la citada pena. Sin embargo, las tres sentencias condenatorias con ejecución suspendida no superan los 4 años penas; sobre el particular, en la determinación judicial de la pena, a fin de imponer la suspensión de la condena, establecen un nuevo marco punitivo de la mitad del mínimo legal (12 años, que queda reducido a 6), debido a la tentativa (circunstancia atenuante privilegiada), interpretación contra legem que mencionamos en la primera conclusión; y luego efectúan un aparente control difuso para habilitar la responsabilidad restringida por la edad para el delito de violación sexual de menores de edad.

6.2 Recomendaciones

- 1) En supuestos de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas, toda vez que actualmente no hay una norma que reduzca la pena en porcentaje o fracción, no se deberá crear un nuevo marco penal en vía de interpretación, que genera una antinomia con los principios de legalidad y de prohibición de analogía de la determinación de las penas.
- 2) En supuestos de presencia del compromiso restringido por la edad en casos de violación sexual de menor de edad, toda vez que dicha norma goza de presunción de constitucionalidad, su inaplicación no es automática con la cita de ejecutorias supremas o acuerdos plenarios, para ello se requiere seguir los parámetros y requisitos de aplicación del control difuso de constitucionalidad, debidamente motivada.
- 3) Se debería abordar y argumentar separadamente la determinación cuantitativa y cualitativa de la pena. En este mismo sentido, en la aludida determinación, se deberá tener cuenta como factor final o determinante, los fines preventivos general y especial de la pena ni la idoneidad de los mismos (preferentemente en sus vertientes positivas), debidamente fundamentados, en tanto fines constitucionalmente legítimos e idóneos de nuestro ordenamiento jurídico.
- 4) Con lo que respecta a la Determinación de la pena en el Delito de violación Sexual de menores de edad es de suma importancia y relevancia, por lo que el juzgador al momento de graduar la sanción aplicable debe ser producto

de una decisión debidamente razonada, ponderada y no considerando o prevaleciendo lo subjetivo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Balbuena, P., Díaz Rodríguez, L., Tena de Sosa, F. M.** (2008). *Los Principios fundamentales del Proceso Penal*. Santo Domingo: FINJUS.
- Bacigalupo, E.** (1999). *Derecho Penal: Parte General*. (2ª. ed.). Madrid: Hamurabi.
- Bustamante Alarcon, R.** (2001). *El derecho a probar como elemento de un proceso justo*. Lima: Ara.
- Casal, Jordi;** et al. Tipos de Muestreo. Cresa. Centre de Recerca en Sanitat Animal / Dep. Sanitat i Anatomia Animals, Universitat Autònoma de Barcelona, 08193-Bellaterra, Barcelona. *Epidem. Med. Prev* (2003), 1: 3-7. [Citado 2011 mayo 17]. Disponible desde: <http://minnie.uab.es/~veteri/21216/TiposMuestreo1.pdf>
- CIDE** (2008). *Diagnóstico del Funcionamiento del Sistema de Impartición de Justicia en Materia Administrativa a Nivel Nacional*. México D.F.: CIDE.
- Cobo del Rosal, M.** (1999). *Derecho penal. Parte general*. (5ª. ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Colomer Hernández** (2000). *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel.
- De la Oliva Santos** (1993). *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant to Blanch.
- Devis Echandia, H.** (2002). *Teoría General de la Prueba Judicial*. (Vol. I). Buenos Aires: Víctor P. de Zavalia.
- Ferrajoli, L.** (1997). *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal* (2ª. ed.). Camerino: Trotta.
- Fix Zamudio, H.** (1991). *Derecho Procesal*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- FranciskovicIgunza** (2002). *Derecho Penal: Parte General*, (3ª. ed.). Italia: Lamia.
- Hernández Sampieri, Roberto.** Metodología de la Investigación. Editorial Mc Graw Hill. 5ta. Edición. 2010.
- Lenise Do Prado y otros.** Investigación cualitativa en enfermería: contexto y bases conceptuales. Organización Panamericana de la Salud. Washigton. 2008.

- Lex Jurídica** (2012). *Diccionario Jurídico On Line*. Recuperado de: <http://www.lexjurídica.com/diccionario.php>.
- Mazariegos Herrera, Jesús Felicitó** (2008). *Vicios de la Sentencia y Motivos Absolutorios de Anulación Formal Como Procedencia del Recurso de Apelación Especial en el Proceso Penal Guatemalteco*. (Tesis para optar el grado de licenciado en derecho). Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala.
- Mejía J.** (2011). Sobre la Investigación Cualitativa: Nuevos Conceptos y campos de desarrollo. Documento recuperado de: http://www.sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtualData/publicaciones/inv_sociales/N13_2004/a15.pdf
- Montero Aroca, J.** (2001). *Derecho Jurisdiccional* (10ª ed.). Valencia: Tirant to Blanch.
- Muñoz Conde, F.** (2003). *Derecho Penal y Control Social*. Madrid: Tiran to Blanch.
- Nieto García, A.** (2000). *El Arte de hacer sentencias o la Teoría de la resolución judicial*. San José: Copilef.
- Navas Corona, A.** (2003). *Tipicidad y Derecho Penal*. Bucaramanga: Ltda.
- Núñez, R. C.** (1981). *La acción civil en el Proceso Penal*. (2da ed.). Cordoba: Cordoba.
- Plascencia Villanueva, R.** (2004). *Teoría del Delito*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Pasara, Luís.** (2003). *Como sentencian los jueces del D. F. en materia penal*. México D. F.: CIDE.
- Pásara, Luís** (2003). *Cómo evaluar el estado de la justicia*. México D. F.: CIDE.
- Peña Cabrera, R.** (1983). *Tratado de Derecho Penal: Parte General* (Vol. I) (3ª ed.). Lima: Grijley
- Peña Cabrera, R.** (2002). *Derecho Penal Parte Especial*. Lima: Legales.

- Perú. Academia de la Magistratura** (2008). *Manual de Redacción de Resoluciones Judiciales*, Lima: VLA & CAR.
- Perú. Corte Suprema, sentencia recaída** en el exp.15/22 – 2003.
- Perú. Corte Suprema, Acuerdo Plenario** 1-2008/CJ-116.
- Perú. Corte Suprema, sentencia recaída** en el A.V. 19 – 2001.
- Perú: Corte Suprema, sentencia recaída** en e el exp.7/2004/Lima Norte.
- Perú. Corte Suprema, sentencia recaída** en el R.N. 948-2005 Junín.
- Perú. Corte Superior**, sentencia recaída en el exp.550/9.
- Perú. Gobierno Nacional** (2008). *Contrato de Préstamo Número 7219-PE, Entre La República Del Perú Y El Banco Internacional Para La Reconstrucción Y Fomento*.
- Polaino Navarrete, M.** (2004). *Derecho Penal: Modernas Bases Dogmáticas*. Lima: Grijley.
- Salinas Siccha, R.** (2010). *Derecho Penal: Parte Especial*. (Vol. I). Lima: Grijley.
- San Martín Castro, C.** (2006). *Derecho Procesal Penal* (3ª ed.). Lima: Grijley.
- Sánchez Velarde, P.** (2004). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Idemsa.
- Silva Sánchez, J.** (2007). *Determinación de la Pena*. Madrid: Tirant to Blanch.
- Talavera Elguera, P.** (2011), *La Sentencia Penal en el Nuevo Código Procesal Penal: Su Estructura y Motivación*. Lima: Coperación Alemana al Desarrollo.
- Vázquez Rossi, J. E.** (2000). *Derecho Procesal Penal*. (Tomo I). Buenos Aires: RubinzalCulsoni.
- Vescovi, E.** (1988). *Los Recursos Judiciales y demás Medios Impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma.
- Villavicencio Terreros** (2010). *Derecho Penal: Parte General*, (4ª ed.). Lima: Grijley.

Zaffaroni, E. (1980). *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. (tomo I). Buenos Aires: Ediar.

A N E X O: MATRIZ DE CONSISTENCIA

TITULO	PROBLEMA	OBJETIVO	HIPOTESIS	VARIABLES	METODOLOGIA
Determinación judicial de las sentencias penales y el delito de violación sexual de menores de edad, Huamanga – Ayacucho, 2018.	<p><u>PROBLEMA PRINCIPAL</u> ¿Cómo influye la determinación judicial de las sentencias penales en el delito de violación sexual de menores de edad, Huamanga – Ayacucho, 2018?</p> <p><u>PROBLEMA SECUNDARIO</u> -¿Cómo influye la aplicación del sistema de tercios en la determinación judicial de la pena en las sentencias penales por delito de violación sexual de menores de edad</p> <p>-¿Cómo influye las circunstancias modificatorias de la</p>	<p><u>OBJETIVO GENERAL</u> - Identificar la influencia de la determinación judicial de las sentencias penales en el delito de violación sexual de menores de edad, Huamanga – Ayacucho, 2018.</p> <p><u>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</u> -Identificar como la aplicación del sistema de tercios influye en la determinación judicial de la pena, en las sentencias penales por delito de violación sexual de menores de edad</p>	<p><u>HIPÓTESIS GENERAL</u> -La determinación judicial en las sentencias penales se relaciona con el delito de violación sexual de menores de edad, Huamanga – Ayacucho, 2018.</p> <p><u>HIPOT. ESPECIFICA</u> - La aplicación del sistema de tercios influye en la determinación judicial de la pena en las sentencias penales por delito de violación sexual de menores de edad.</p> <p>-Las circunstancias modificatorias de la responsabilidad es la causa de los fines de la pena que influirá en la determinación judicial de</p>	<p><u>VARIABLE INDEP.</u> X. Determinación judicial de las sentencias penales</p> <p><u>Indicadores</u> X1.Resoluciones condenatorias X2.Resoluciones absolutorias</p> <p><u>VARIABLE DEPEND.</u> Delito de violación sexual de menores de edad</p> <p><u>INDICADORES</u> Y1.Elementos del delito</p>	<p>1. Tipo de Investigación Básica</p> <p>2. Nivel de Investigación -Explicativo</p> <p>3. Método -Deductiv/inductiv -Análisis/síntesis -Comparativo -Interpretación -Estadístico</p> <p>4. Diseño -No experimental, transeccional, explicativo.</p> <p>5. Población 62 Expedientes sobre el delito de violación sexual</p> <p>6. Muestra 34 expedientes penales</p> <p>7. Instrumentos -Lista cotejo</p>

	responsabilidad y fines de la pena en la determinación judicial de la pena en las sentencias condenatorias por delito de violación sexual de menores de edad?	-Identificar las circunstancias modificatorias de la responsabilidad y fines de la pena en la determinación judicial de la pena, en las sentencias condenatorias por delito de violación sexual de menores de edad	la pena en las sentencias condenatorias por delito de violación sexual de menores de edad.	Y2.Derecho de defensa Y3.Derecho a la motivación	
--	---	--	--	---	--

**ANEXO DE SENTENCIAS CONDENATORIAS POR DELITO DE VIOLACION
SEXUAL DE MENOR DE EDAD**

EXP N°	IMPUTADO	AGRAVIADO	DELITO ESPECÍFICO
1) 02395-2018-0-0501-JR-PE-01	Juan Custodio Lázaro	M.A.LL.	-Delito contra la libertad sexual modalidad tentativa. -Delito de actos contra el pudor de menor.
2) 00481-2018-59-0501-JR-PE-01	Carlos Esteban Curo Ore	B.A.M.P.	-Delito contra la libertad sexual en modalidad de violación sexual de menor de edad
3) 84-2018	Carlos de la cruz Huanaco	C.M.J.C.	-Violación de persona e incapacidad de resistencia.
4) 01577-2018-85-0501-JR-PE-04	Cristobal Ezequiel Hermoza Sanchez	Y.R.M.C.	-Violación sexual
5). 1516-2018-97-0501-JR-PE-01	Encarnacion Vargas Mayhua	L.C.P.H.	Violación sexual de menor de edad
6). 00757-2018-68-0501-JR-PE-01	Simeon Bellido Gamboa	M.M.B.B.	Violación sexual de menor de edad y de actos contra el pudor de menores
7). 00932-2018-89-0501-JR-PE-03	Edwin Pariona Quispe	R.B.T.G	-Violación de menor de edad en grado de tentativa. -Actos contra el pudor
8). 0893-2018-55-0501-JR-PE-01	Baldor Eusebio Morales	R.M.N.CH.	Contra la libertad sexual, Violación sexual de menor
9). 02065-2018-71-0501-JR-PE-10	Jhoncler Morales Tambracc	Y.S.L.V.	Violación sexual de menor de edad
10). 01756—2018-85-0501-JR-PE-03	Richard Cruz Aspur	I.N.C.T	Contra la libertad sexual en su forma violación sexual de menor de edad
11). 01637-2018	Juan Manuel Cardenas Briones	F.S.A.L.	- Violación sexual de menor de edad. -Actos contra el pudor en menores

12). 2162-2018	Victor Vega Meneses	M.R.R	Contra la libertad-violación sexual a persona en incapacidad de resistir
13). 00131-2018	- Wilver Adrián Condori Arango	S.Y , SLL.	Violación sexual de menor de edad (menor de 10 años)
14). 44-2018-22	-Felix Orlando Beltran Espinoza - Christian Aparicio Zamora	E.M.S.R.	Libertad sexual en la modalidad de violación sexual
15). 00241-2018-92-0501-JR-PE-02	- Yober Edison Gutierrez Romaní -	A.M.M.F.	Delito contra la libertad, Violación de la libertad sexual
16). 01997-2018-23-0501-JR-PE-01	- Tony Mendoza Plaza	M.Y.E.M.	Violación sexual de menor de edad
17). 01957-2018-62-0501-JR-PE-02	- Lucas Eduardo Salas Delgado	S.B.BF.	Violación sexual de menor de edad (menor de 10 años)
18). 01822-2018-71-0501-JR-PE-04	- Edwar Bellido Arango	N.N.G.A.	Violación sexual de menor de edad (mayor de 10 y menor de 14 años de edad)
19). 2068-2018-22-0401-JR-PE-01	- Jhon Vega Rondinel	R.M.E.B.	Violación sexual de menor de edad
20). 0560-2018-01-0501-JR-PE-01	- Patricio Llamocca Dipaz	S.M.M.	Contra la libertad sexual-violación sexual de menor de edad en grado de tentativa
21). 2145-2018	- Ángel Berrocal Canales	T.D.P.J	Contra la libertad, violación sexual
22). 01710-2018-67-0501-JR-PE-02	- Apolonio Ayme Guillen	L.N.P.F.	Contra la libertad sexual en la modalidad de viol. sex.
23). 01830-2018-60-0501-JR-PE-02	- Alexander Bendezú Silva	H.P.J.K	Violación de la libertad sexual (actos contra el pudor del menor)
24) 267-2018-0501-JR-PE-02	-Herminio Blanco Suares	C.S.O	Contra la libertad sexual-violación sexual de menor
25)345-2018-0501-JR-PE-02	Telemaco Ccespe Viacava	S.L.G	Contra la libertad sexual-violación sexual de menor

MODELO DE FICHA DOCUMENTAL - UTILIZADA

1.Expediente 02395-2018-0-0501-JR-PE-01

Etapa procedimental	Ejecución de sentencia
Pieza procesal	Sentencia de primera instancia
Fundamentos para la determinación de la pena	-Mención al fin preventivo y resocializador de la pena -Mención al principio de proporcionalidad -Mención al método de tercios. Circunstancia genérica de atenuación -Ausencia de agravantes
Pena concreta impuesta	05 años de pena privativa de libertad
Ficha de expediente	Seguido contra Juan Custodio Lázaro, en agravio de MALL sobre violación sexual de menor de edad.

**UNSCH**ESCUELA DE
POSGRADO**CONSTANCIA DE ORIGINALIDAD 072-2023-UNSCH-EPG/EGAP**

El que suscribe; responsable verificador de originalidad de trabajo de tesis de Posgrado en segunda instancia para la **Escuela de Posgrado - UNSCH**; en cumplimiento a la Resolución Directoral N° 198-2021-UNSCH-EPG/D, Reglamento de Originalidad de trabajos de Investigación de la UNSCH, otorga lo siguiente:

CONSTANCIA DE ORIGINALIDAD

AUTOR:	Bach. MARIBEL JULISSA OSORIO REYNAGA
MAESTRÍA:	DERECHO
MENCIÓN:	CIENCIAS PENALES
TÍTULO DE TESIS:	DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN LAS SENTENCIAS PENALES EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES DE EDAD EN EL AÑO 2018
EVALUACIÓN DE ORIGINALIDAD:	18%
N° DE TRABAJO:	2031319515
FECHA:	07-mar.-2023

Por tanto, según los artículos 12, 13 y 17 del Reglamento de Originalidad de Trabajos de Investigación, es procedente otorgar la constancia de originalidad con depósito.

Se expide la presente constancia, a solicitud del interesado para los fines que crea conveniente.

Ayacucho, 07 de marzo del 2023.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN
CRISTÓBAL DE HUAMANGA
ESCUELA DE POSGRADO
In: Edith Geovany Asto Peña
Responsable Área Académica

DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN LAS SENTENCIAS PENALES EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES DE EDAD EN EL AÑO 2018

por Maribel Julissa Osorio Reynaga

Fecha de entrega: 07-mar-2023 12:26p.m. (UTC-0500)

Identificador de la entrega: 2031319515

Nombre del archivo: TESIS_OSORIO_070323.docx (674.72K)

Total de palabras: 30724

Total de caracteres: 166768

DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN LAS SENTENCIAS PENALES EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES DE EDAD EN EL AÑO 2018

INFORME DE ORIGINALIDAD

18%

INDICE DE SIMILITUD

19%

FUENTES DE INTERNET

3%

PUBLICACIONES

11%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	Submitted to Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga Trabajo del estudiante	3%
2	hdl.handle.net Fuente de Internet	2%
3	informatica.upla.edu.pe Fuente de Internet	2%
4	repositorio.uladech.edu.pe Fuente de Internet	1%
5	www.congreso.gob.pe Fuente de Internet	1%
6	Submitted to Universidad Cesar Vallejo Trabajo del estudiante	1%
7	tesisenxarxa.net Fuente de Internet	1%
8	idoc.pub Fuente de Internet	1%

9	qdoc.tips Fuente de Internet	1 %
10	vsip.info Fuente de Internet	1 %
11	repositorio.unasam.edu.pe Fuente de Internet	1 %
12	tesis.ucsm.edu.pe Fuente de Internet	1 %
13	dspace.unitru.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
14	Submitted to Universidad Andina del Cusco Trabajo del estudiante	<1 %
15	repositorio.upao.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
16	repositorio.upagu.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
17	repositorio.udh.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
18	pdfcoffee.com Fuente de Internet	<1 %
19	vlex.co.cr Fuente de Internet	<1 %
20	repositorio.unsaac.edu.pe Fuente de Internet	<1 %

21	doku.pub Fuente de Internet	<1 %
22	www.scribd.com Fuente de Internet	<1 %
23	Submitted to Universidad Catolica Los Angeles de Chimbote Trabajo del estudiante	<1 %
24	lpderecho.pe Fuente de Internet	<1 %
25	repositorio.unprg.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
26	www.pensamientopenal.com.ar Fuente de Internet	<1 %
27	caracas.tsj.gob.ve Fuente de Internet	<1 %
28	actualidadpenal.net Fuente de Internet	<1 %
29	repositorio.uancv.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
30	repositorio.ucp.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
31	repositorio.ucv.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
32	repositorio.unc.edu.pe	

Fuente de Internet

<1 %

33

repositorio.usmp.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %

Excluir citas

Activo

Excluir coincidencias < 30 words

Excluir bibliografía

Activo



**ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS PARA OPTAR
AL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO (A) EN DERECHO, MENCION EN CIENCIAS PENALES
RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 0755-2022-UNSCH-EPG/D**

Siendo las 2:00 p.m. del 28 de Diciembre de 2022 se reunieron en el auditorium de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga, el Jurado Examinador y Calificador de tesis, presidido por el **Dr. Emilio Germán RAMÍREZ ROCA** director de la Escuela de Posgrado, el director **Dr. Mario ALMONACID CISNEROS** director de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, e integrado por los siguientes miembros: **Mtro. Ivan CHUMBE CARRERA** y el Dr. **Otoniel OCHOA ROCA**; para la sustentación oral y pública de la tesis titulada: "DETERMICACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN LAS SENTENCIAS PENALES EN EL DELITO DE VIOLACION SEXUAL DE MENORES DE EDAD EN EL AÑO 2018". En la Ciudad de Ayacucho del 2022 presentado por la **Bach. Maribel Julissa OSORIO REYNAGA**, Teniendo como asesor al **Mg. Aldo RIVERA MUÑOZ**.

Acto seguido se procedió a la exposición de la tesis, con el fin de optar al Grado Académico de **MAESTRO (A) EN DERECHO, MENCION EN CIENCIAS PENALES**. Formuladas las preguntas, éstas fueron absueltas por el graduando.

A continuación el Jurado Examinador y Calificador de tesis procedió a la votación, la que dio resultado el siguiente calificativo: 14 - (CRUZ)

CALIFICACION (*)	
Aprobado por unanimidad	X
Aprobado por Mayoría	- -
Desaprobada por Unanimidad	- -
Desaprobada por mayoría	- -

(*) Marcar con aspa

Luego, el presidente del Jurado recomienda que la que la Escuela de Posgrado proponga que se le otorgue a la **Bach. Maribel Julissa OSORIO REYNAGA**, el Grado Académico de **MAESTRO (A) EN DERECHO, MENCION EN CIENCIAS PENALES** Siendo las 4:10 pm hrs. Se levanta la sesión.

Se extiende el acta en la ciudad de Ayacucho, a las 4:10 pm hrs. Del 28 de diciembre 2022.

.....
Dr. Emilio Germán RAMÍREZ ROCA
Director de la Escuela de Posgrado

.....
Dr. Mario ALMONACID CISNEROS
Director de la Unidad de Posgrado - FDCP

.....
Mtro. Ivan CHUMBE CARRERA
Miembro

.....
Dr. Otoniel OCHOA ROCA
Miembro

.....
Dr. Marco Rolando ARONES JARA
Secretario Docente

Observaciones:
.....
.....