

"UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO"

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA
EN LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS DEL CÓDIGO PENAL
PERUANO”.**

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADA**

AUTOR : Bach. María Teresa Castañeda Deza

ASESOR : Mg. Lourdes Elva Obando Castro



Trujillo – Perú

2016

"UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO"

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA
EN LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS DEL CÓDIGO PENAL
PERUANO”.**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADA

AUTOR : Bach. María Teresa Castañeda Deza

ASESOR : Mg. Lourdes Elva Obando Castro



Trujillo – Perú

2016

DEDICATORIA

A mi familia, quienes constituyen el aliento, motivación e inspiración permanente en toda mi vida, para ellos:

AGRADECIMIENTO

Doy gracias a Dios, por regalarme la vida e iluminarme cada paso de mis días.

A Mg. Lourdes Elva Obando Castro, por su paciencia y constante apoyo durante el desarrollo de esta investigación.

PRESENTACIÓN

Señores miembros del Jurado:

Como alumna de la Facultad de Derecho y CC. PP. de la Unidad Académica de Humanidades de la Universidad Privada Antenor Orrego, tengo el agrado de presentar la siguiente investigación titulada ***“El Principio de Seguridad Jurídica en la determinación de la pena en las circunstancias atenuantes privilegiadas del Código Penal Peruano”***, el mismo que ha sido elaborado con empeño y dedicación, con la finalidad de obtener el Título de Abogado, y de alguna manera contribuir a la investigación jurídica, esperando a Uds., puedan dispensar las inadvertidas omisiones que se encuentren en la presente investigación.

María Teresa Castañeda Deza

RESUMEN

La presente tesis titulada: ***“El Principio de Seguridad Jurídica en la determinación de la pena en las circunstancias atenuantes privilegiadas del Código Penal Peruano”***; aborda la problemática respecto al no establecimiento de un límite mínimo en la determinación de la pena en las circunstancias atenuantes privilegiadas en el Código Penal Peruano y su afectación al Principio de Seguridad Jurídica

Para formular y contrastar mi hipótesis, consistente en que el no establecimiento de un límite mínimo en la determinación de la pena en las circunstancias atenuantes privilegiadas del Código Penal Peruano afecta el principio de seguridad jurídica, porque se deja al libre arbitrio o discreción judicial el establecimiento de la pena concreta se ha utilizado y desarrollado en el Marco Teórico, temáticas como la Teoría de la Pena, Interpretación Jurídica, el Principio de Legalidad, Determinación Judicial de la Pena y el Principio de Seguridad Jurídica, asimismo, se ha utilizado los métodos, deductivo, inductivo, de síntesis, y el análisis de sentencias condenatorias emitidas por los juzgados colegiados en la Provincia de Trujillo luego de la dación de la Ley 30076 en la que se aplican las nuevas reglas para la determinación de la pena, durante los años 2013- 2014.

Esta investigación ha concluido que, el no establecimiento de un límite mínimo en la determinación de la pena en las circunstancias atenuantes privilegiadas del Código Penal Peruano afecta el Principio de Seguridad Jurídica, porque se vulnera a su vez la garantía de *lex certa*, la prohibición de las leyes indeterminadas, y ello contribuye a que deje al libre arbitrio y sobre todo a la discrecionalidad judicial el establecimiento de la pena concreta, lo que genera inseguridad jurídica.

ABSTRACT

This thesis entitled "The Principle of Legal Certainty in sentencing in the privileged mitigating circumstances the Peruvian Penal Code"; addresses the issue regarding the failure to establish a minimum limit circumstances in the Peruvian Penal Code and its effect to the principle of legal certainty

To formulate and contrast our hypothesis, namely that the failure to establish a minimum limit on sentencing in the privileged extenuating circumstances the Peruvian Penal Code would affect the principle of legal certainty, because leaves discretion or judicial discretion the establishment of the specific penalty has been used developed in the Theoretical Framework, themes such as the Theory of grief, Interpretation Law, the Principle of Legality, sentencing Judicial and the principle of legal certainty, has used also, methods, deductive, inductive, synthesis, and analysis of sentences issued by collegiate courts in the Province of Trujillo after the enactment of Law 30076 in which the new rules apply for determining the penalty during the years 2013- 2014

This research has concluded that the failure to establish a minimum limit on sentencing in the privileged mitigating circumstances the Peruvian Penal Code affects the principle of legal certainty because it infringes turn guarantee certa lex, the prohibition of indeterminate laws, and this contributes to leave to the discretion and especially judicial discretion the establishment of the specific penalty, which creates legal uncertainty.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA.....	i
AGRADECIMIENTO.....	ii
PRESENTACIÓN	iii
RESUMEN	iv
ABSTRACT	v
BIBLIOGRAFÍA	viii
I. INTRODUCCIÓN	1
1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	1
1.1.1. Antecedentes del Problema	3
1.1.2. Justificación del Problema.....	5
1.1.3. Enunciado	6
1.2. HIPÓTESIS.....	7
1.2.1. VARIABLES	7
1.3. OBJETIVOS.....	7
1.3.1. General:.....	7
1.3.2. Específicos:	7
II. MARCO TEÓRICO	9
2.1. TEORÍA DE LA PENA	9
2.1.1. FINES DE LA PENA.....	9
2.2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD	18
2.3. INTERPRETACIÓN Y SEGURIDAD JURÍDICA	23
2.3.1. INTERPRETACIÓN JURÍDICA	23
2.3.2. SEGURIDAD JURIDICA.....	38
2.4. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA.....	49
2.4.1. DEFINICIÓN.....	49
2.4.2. MODELOS TEORICOS DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA	50
2.4.3. ETAPAS	52
2.4.4. Sistemas de Determinación de la Pena.....	54
2.4.5. Circunstancias modificativas de la Responsabilidad Penal	54

2.4.6. Determinación e Individualización de la pena a partir de la ley 30076	56
2.4.7. Circunstancias Atenuantes y Agravantes a partir de la Ley N° 28726 y Ley N° 30076.....	58
III. MATERIAL Y PROCEDIMIENTOS	62
3.1. MATERIALES	62
3.2. MÉTODOS.....	62
3.2.1. MÉTODOS GENERALES DE LA CIENCIA:.....	62
3.2.2. MÉTODOS ESPECÍFICOS DEL DERECHO:	63
3.2.3. TÉCNICAS:	64
3.2.4. INSTRUMENTOS:.....	64
3.3. SELECCIÓN Y REPRESENTACIÓN POR VARIABLES	65
3.4. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.	65
3.5. FUENTES DEL DISEÑO METODOLÓGICO	65
IV. RESULTADOS.....	66
V. DISCUSIÓN DE RESULTADOS	76
VI. CONCLUSIONES	92
VII. RECOMENDACIONES	94

BIBLIOGRAFÍA

1. BRAMONT- ARIAS, Luis (2005) Manual de Derecho Penal Parte General (3° ed.) Lima: San Marcos.
2. BUSTOS, Juan y HORMAZABAL, Hernán (1997) Lecciones de Derecho Penal. Madrid: Trota.
3. CARO, Carlos (2013) Notas sobre la individualización judicial de la pena en el código penal peruano” [en línea], [Consultado el 8 de noviembre, 2013]. Disponible en: <http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caro/IJP-Carlos%20Caro.pdf>
4. GARCÍA, Percy (2012) Derecho Penal Parte General Lima: Grijley
5. HURTADO, José (2006) Manual de Derecho Penal Parte General (3° ed.) Lima: Grijley
6. MAGARIÑOS, Mario (1993) Hacia un Criterio para la Determinación Judicial de la Pena Buenos Aires: Editores del Puerto.
7. MIR, Santiago (2004) Derecho Penal Parte General(7° ed.) Buenos Aires: B de F
8. MUÑOZ, Francisco (1998) Derecho Penal Parte General(5° ed.) Valencia: Tirant Lo Blanch,
9. PEÑA, Alonso (2007) Derecho Penal Parte General Lima: Rodhas
10. PRADO, Víctor (2000) Las Consecuencias jurídicas del delito en el PerúLima: Gaceta Jurídica
11. AVALOS, Carlos (2004) Por un futuro para la dogmática de la determinación judicial de la pena Trujillo: Revista Jurídica de la Universidad Privada Antenor Orrego N°2.
12. VELÁSQUEZ, Fernando (2004) Manual de Derecho Penal Parte General(2° ed.) Bogotá: Temis.
13. VILLA, Javier (2001) Derecho Penal Parte General. (2° ed.) Lima: San Marcos, 2001.
14. VILLAVICENCIO, Felipe (2006) Derecho Penal Parte General Lima: Grijley
15. ZIFFER, Patricia (1993) Consideraciones acerca de la Problemática de la Individualización de la Pena

I. INTRODUCCIÓN

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

La determinación judicial de la pena como señala PRADO (2000:96), es toda actividad que desarrolla el operador jurisdiccional para identificar de modo cualitativo la sanción a imponer en el caso sub iudice, en donde se procede a evaluar y decidir sobre la clase, la extensión y el modo de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que resulten aplicables en una sentencia.

Este proceso como enseña MIR (2004:78) 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.

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 BRAMONT (2005:465).

Esta etapa posibilita al Juez complementar la individualización alcanzada de la pena, revisando su extensión en base a la concurrencia, eventual, de otros indicadores particulares o circunstancias cualificadas y que suelen autorizar al órgano jurisdiccional a ubicar la pena concreta por debajo o por encima de los límites de la pena concreta por debajo o por encima de los límites de la pena básica o conminada. PRADO (2000:102) Tradicionalmente uno de los problemas aplicativos de la determinación de la pena en nuestro país ha sido según AVALOS (2004: 84) la escasa rigurosidad que había en el juez para individualizar la pena concreta, lo

que generaba una reprochable discrecionalidad judicial, de allí que la doctrina señale “en la magistratura nacional la mayoría de razones referidas a la entidad de la sanción que se impone, o de su incremento o disminución en las resoluciones de segunda instancia, se limitan a una simple enunciación de algunos criterios previstos en el artículo 46 del Código Penal”; percibiéndose así en la jurisprudencia penal peruana como un espacio de arbitrio judicial que permite alcanzar una justicia individualizada. (CARO:2013)

Sin embargo este problema se ha pretendido sortear con la dación de la Ley N°30076, de fecha 13 de Agosto, 2013, pues aquí el legislador ha establecido las reglas para la determinación e individualización de la pena, asumiendo lo que doctrina se conoce según MUÑOZ (1998: 582) como el sistema de determinación legal relativa que supone la posición intermedia entre la inexistencia legal de límites o indeterminación legal absoluta y fijación de penas exactas en la ley o determinación legal absoluta, cuestión que evidentemente en nuestro código penal ha tenido mayor desarrollo en la individualización de la pena, estableciendo el sistema de los tercios, de allí que por ejemplo según el art. 45 A inciso 2 a) *cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior; según el inciso b) cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio, y c) cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior.*

Sin embargo, pese al gran avance que supone esta norma, el legislador peruano no ha podido eliminar toda posibilidad de discrecionalidad judicial en la individualización de la pena, es así que tenemos que en el art. 45 - A inciso 3, literal a) del Código Penal (CP), que prescribe: El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas (...) 2. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas: a) *Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena*

*concreta se determina **por debajo del tercio inferior.***

Aquí la norma no señala cuál será el límite de aquel *por debajo del tercio inferior.*

Entonces se tendrá que conforme al art. 45-A inc. 2 Literal a) el caso de existir circunstancias atenuantes privilegiadas (tentativa, complicidad secundaria, imputabilidad restringida), ***el juez podrá elegir discrecionalmente al extremo de aplicar una pena que podría ir hasta un mínimo de 2 días (atenuante privilegiada) lo que generaría una discrecionalidad judicial poco razonable para la seguridad jurídica en nuestro país.***

Máxime si se tiene en cuenta que en países como Colombia y España que tienen igual que Perú el sistema de determinación legal relativo, si han determinado los límites en casos en los que haya circunstancias atenuantes privilegiadas o circunstancias agravantes cualificadas, es así como no los recuerda BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZABAL MALARE (1997:2000) *“Dentro del Código Penal se reconocen ciertas circunstancias atenuantes que tienen la particularidad, a semejanza del grado de desarrollo del delito y de participación en el hecho, de determinar también el marco general de pena. Son las que podríamos denominar circunstancias atenuantes especiales”* el legislador español en su art. 66.4CP considera que *“cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, los Jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, **podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley...**”*

1.1.1. Antecedentes del Problema

En cuanto a los antecedentes del problema, se tiene que no se ha encontrado tesis específicas que aborden la problemática del establecimiento de límites máximo y mínimos en la determinación concreta de la pena de las circunstancias atenuantes privilegiadas en el Código Penal Peruano.

Sin embargo encontramos que algunos trabajos se han desarrollado respecto a la determinación de la pena, en las que destacan:

La obra titulada “Derecho Penal Parte General” del Jurista Colombiano Fernando VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (2004: 550); en el que se señala lo siguiente: “Los estudiosos de diversas nacionalidades proclaman hoy la necesidad de manejar en esta parcela del saber jurídico unas reglas y unos criterios jurídicos racionalmente controlables, y por ende, no discrecionales. Ello, justamente explica el empeño de algunos teóricos encaminado a erigir un nuevo ramo del saber jurídico dotado de plena autonomía- el derecho de las sanciones o de las consecuencias jurídicas- que busque ponerles coto al azar y la arbitrariedad, tan comunes en la práctica judicial de los países de esta zona del orbe cuando se trata de abordar estas materias dicho de otra forma: se persigue dotar jalonar la elaboración de una teoría de la medición judicial que sea coherente con los principios que inspiran un determinado ordenamiento jurídico, de tal manera que sea posible la imposición de una sanción racional, proporcional y, como consecuencia, adecuada, en cada caso de la vida real”.

Asimismo, tenemos el trabajo del autor Argentino Mario MAGARIÑOS, titulado: “*Hacia un Criterio para la Determinación Judicial de la Pena*”, en donde al referirse al tema en análisis (determinación judicial de la pena), el autor precisa en los siguientes términos: “A nadie se le escapa que, en nuestro medio, la mayor parte de las decisiones judiciales en punto a la determinación de la pena pone de manifiesto con toda claridad que la graduación y elección de la pena en cada caso, se encuentra librada más que al arbitrio a la arbitrariedad del juzgador, sin que las decisiones se presenten sobre la base de una justificación racional, limitándose por lo general, a la mera remisión de lo establecido en los arts. 40 y 41 del código de fondo”. (1993: 71)

Así también en su artículo “*Consideraciones acerca de la Problemática de la Individualización de la Pena*”, la profesora Argentina Patricia S. ZIFFER, señala: “el hecho de que la individualización de la pena no pueda ser un procedimiento racionalizable *more geométrico*, que sólo permita la precisión propia de objetos valorativos, no libera la necesidad de que los fundamentos de la determinación estén decididos sin contradicciones en sus concreciones, añade la autora: “Esto implica que en la decisión se deben hacer explícitas circunstancias que se valoran y como se lo hace”. (1993:104)

En el mismo sentido tenemos en nuestro país, al autor Carlos ÁVALOS quien respecto al tema ha precisado lo siguiente: “En la práctica procesal penal manifiesta generalmente en la carencia absoluta de motivación de la pena que impone una motivación meramente aparente, formas con las que se pretende cubrir la falta de adecuado manejo de los criterios jurídicos de medición de la sanción criminal, además, refiere: “en la magistratura nacional la mayoría de razones referidas a la entidad de la sanción que se impone, o de su incremento o disminución en las resoluciones de segunda instancia, se limitan a una simple enunciación de algunos criterios previstos en el artículo 46 del Código Penal” (2004:84).

Finalmente se tiene que los principales aspectos de la Determinación Judicial de la Pena, se han desarrollado en el país en las Obras de Derecho Penal Parte General de los autores: GARCÍA (2012), BRAMONT ARIAS (2005), VILLA (2001), VILLAVICENCIO (2006) HURTADO (2006) y PEÑA (2007).

1.1.2. Justificación del Problema

El presente proyecto de investigación importa en la medida que pretende solucionar un problema jurídico que viene a ser la incertidumbre jurídica que existe en el Código Penal, en cuanto no se ha regulado cuáles son los límites mínimos que estableció el

legislador cuando para determinar la pena concreta cuando existan casos de circunstancias atenuantes privilegiadas, pues según el artículo 45-A inciso 3 literal a) del Código Penal Peruano, la pena concreta se determinará por debajo del tercio inferior en el caso de las circunstancias atenuantes privilegiadas; sin embargo, no se ha establecido un límite mínimo a ese marco legal descrito por el legislador nacional.

Asimismo, esta investigación nos permitirá aplicar la Teoría de la Determinación Legal Relativa, según la cual el legislador establece marcos de pena máximos y mínimos en la determinación de la pena concreta, con la finalidad de establecer parámetros mínimos de pena cuando existan circunstancias atenuantes privilegiadas; pues si el código penal asume dicha teoría, no sería lógico y por tanto coherente intra-sistemáticamente que sólo en el caso de estas circunstancias (atenuantes privilegiadas), el legislador omita establecer un límite de pena concreta.

Por ello, este trabajo de investigación será de gran utilidad pues se desarrollarán cuáles son las principales consecuencias que trae este dispositivo normativo, entre las que encontramos el atentado a la seguridad jurídica, y al principio de legalidad, piedra angular del Derecho Penal, que dejaría la suerte de la interpretación de esta norma al arbitrio y la discrecionalidad judicial.

Finalmente el aporte de esta tesis, se enmarca en proponer una propuesta de modificación legislativa al artículo 45-A inciso 3 literal a) del Código Penal Peruano, a fin de establecer un límite mínimo en la determinación concreta de la pena de las circunstancias atenuantes privilegiadas en el Código Penal.

1.1.3. Enunciado

¿El no establecimiento de un límite mínimo en la determinación de la pena de las circunstancias atenuantes privilegiadas del Código Penal afecta el Principio de Seguridad Jurídica?

1.2. HIPÓTESIS

El no establecimiento de un límite mínimo en la determinación de la pena de las circunstancias atenuantes privilegiadas del Código Penal afecta el principio de seguridad jurídica, porque se deja al libre arbitrio o discreción judicial el establecimiento de la pena concreta.

1.2.1. VARIABLES

Variable Independiente: Principio de Seguridad Jurídica

Variable Dependiente: Circunstancias atenuantes privilegiadas del Código Penal.

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. General:

- Determinar si el no establecimiento de un límite mínimo en la determinación de la pena de las circunstancias atenuantes privilegiadas del Código Penal afecta el Principio de Seguridad Jurídica.
- La población de estudio estará conformada por treinta (30) sentencias condenatorias emitidas por los juzgados colegiados en la Provincia de Trujillo luego de la dación de la Ley 30076 en la que se aplican las nuevas reglas para la determinación de la pena, durante los años: 2013- 2014.

1.3.2. Específicos:

- Precisar que principios del Derecho Penal el no establecimiento de un límite mínimo en la determinación concreta de la pena de las circunstancias atenuantes privilegiadas del Código Penal Peruano fueron vulnerados en las sentencias condenatorias emitidas por los juzgados colegiados en la Provincia de Trujillo luego de la dación de la Ley 30076 en la que se aplican las nuevas reglas para la determinación de la pena, durante los años:

2013- 2014.

- Describir qué criterios se han aplicado para establecer los límites de la pena concreta en las circunstancias atenuantes privilegiadas del Código Penal en las sentencias condenatorias emitidas por los juzgados colegiados en la Provincia de Trujillo luego de la dación de la Ley 30076 en la que se aplican las nuevas reglas para la determinación de la pena, durante los años: 2013- 2014.
- Identificar que reglas se aplican en la legislación comparada para determinar la pena concreta cuando existan circunstancias atenuantes privilegiadas.
- Describir que pautas han postulado la doctrina para establecer los límites de la pena concreta en las circunstancias atenuantes privilegiadas del Código Penal.
-

II. MARCO TEÓRICO

2.1. TEORÍA DE LA PENA

2.1.1. FINES DE LA PENA

Explicar los fines de la pena, se ha tornado para los doctrinarios en una complicada discusión que viene desde los más remotos tiempos, realizándose una distinción entre teorías absolutas y teorías relativas para explicar dichos fines.

2.1.1.1. Teorías absolutas

La pena será legítima, según ellas, si es la retribución de una lesión cometida culpablemente. El fundamento de la pena será exclusivamente la justicia o la necesidad moral. Las teorías absolutas, en consecuencia, legitiman la pena si ésta es justa. La pena necesaria, para estas teorías, será aquella que produzca al autor un mal (una disminución de sus derechos) que compense el mal que él ha causado libremente. La utilidad de la pena queda totalmente fuera del fundamento jurídico de la misma. Sólo es legítima la pena justa, aunque no sea útil. De la misma manera una pena útil, pero injusta, carecerá de legitimidad. Los representantes más caracterizados de esta concepción son Kant y Hegel.

2.1.1.2. Teorías relativas

Procuran legitimar la pena mediante la obtención de un determinado fin, o la tendencia a obtenerlo. Su criterio legitimante es la utilidad de la pena. Si este fin consiste en la intimidación de la generalidad, es decir, en inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados, se tratará de una "teoría" preventivo-general de la pena. Si, por el contrario, el fin consiste en obrar sobre el autor del delito cometido para que no reitere su hecho, estaremos ante una "teoría" preventivo-especial o individual de la pena.

El representante más caracterizado de las "teorías" preventivo- generales es Feuerbach, quien sostuvo que era "una preocupación del Estado, que se hace necesaria por el fin de la sociedad, que aquel que tenga tendencias antijurídicas se vea impedido psicológicamente de motivarse según estas tendencias". La amenaza de la pena tendría precisamente esta función de disuadir. Pero ello permite, como se ha objetado, elevar las penas indefinidamente, pues, cuanto más grave sea el mal amenazado, más fuerte será el efecto intimidante. Por esto, la prevención general requiere, en todo caso, límites que no se pueden extraer de su propia lógica y que deben ser, por decirlo así, externos (por ejemplo, la culpabilidad del autor).

2.1.1.3. Prevención general

Defendida en su sentido moderno por FEUERBACH, y también por FILANGIERI y BENTHAM, la prevención general supone la prevención frente a la colectividad. Concibe la pena como medio para contrarrestar la criminalidad latente en la sociedad. Para FEUERBACH, tal como cita en efecto, MIR PUIG la pena sirve como: "amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan. Esto es, opera como "coacción psicológica" en el momento abstracto de la tipificación legal. La ejecución de la pena sólo tiene sentido, en esta construcción, para confirmar la seriedad de la amenaza legal". (2002:53)

2.1.1.3.1. Prevención general negativa

Aspira a obtener con la pena la disuasión de los que no delinquieron y pueden sentirse tentados de hacerlo. Se parte de una idea del humano como ente racional, que siempre hace un cálculo de costos y beneficios. La

disuasión estaría destinada a algunas personas vulnerables y respecto de los delitos que éstas suelen cometer. Se le critica a la prevención general negativa que con este discurso, la criminalización asumiría una función utilitaria, libre de toda consideración ética y, por tanto, su medida debiera ser la necesaria para intimidara los que puedan sentir la tentación de cometer delitos, aunque la doctrina ha puesto límites más o menos arbitrarios a esta medida. Una criminalización que selecciona las obras toscas no ejemplariza disuadiendo del delito sino de la torpeza en su ejecución, pues impulsa el perfeccionamiento criminal del delincuente al establecer un mayor nivel de elaboración delictiva como regla de supervivencia para quien delinque. Por lo que ZAFFARONI sostiene que no tiene efecto disuasivo sino estimulante de mayor elaboración delictiva. (2002:56)

2.1.1.3.2. Prevención general positiva

La criminalización se funda en su efecto positivo sobre los no criminalizados, pero no para disuadirlos mediante la intimidación, sino como valor simbólico productor de consenso y, por ende, reforzador de su confianza en el sistema social en general (y en el sistema penal en particular) .Así, se afirma que el poder punitivo se ejerce porque existe un conflicto que, al momento de su ejercicio, aún no está superado; por lo cual, si bien éste no cura las heridas de la víctima, ni siquiera atribuye la retribución del daño, sino que hace mal al autor. Este mal debe entenderse como parte de un proceso comunicativo. Por ello, se afirma que el poder punitivo supera la perturbación producida por el aspecto comunicativo del hecho, que es lo único que interesa, y que es la perturbación de la

vigencia de la norma, imprescindible para la existencia de una sociedad .En definitiva, el delito sería una mala propaganda para el sistema, y la pena sería la forma en que el sistema hace publicidad neutralizante. Se le ha objetado a esta teoría que en los denominados crímenes de cuello blanco no alteran el consenso mientras no sean percibidos como conflictos delictivos, su criminalización no tendría sentido. Con ello podríamos, como lo sostiene ZAFFARONI decir que en la práctica, se trataría de una ilusión que se mantiene porque la opinión pública la sustenta, y que conviene seguir sosteniendo y reforzando porque con ella se sostiene el sistema social; éste, es decir, el poder, la alimenta para sostenerse”. (2002:57)

2.1.1.4. Prevención especial

Tiende a prevenir los delitos que puedan proceder del delincuente: la pena persigue, según ella, evitar que quien la sufre vuelva a delinquir. Frente a él, la imposición de la pena ha de servir como escarmiento o como camino para la readaptación social (resocialización).La prevención especial no puede operar, pues, como la general, en el momento de la conminación penal, sino en el de la ejecución de la pena. Dejando aparte lejanos precedentes la prevención especial sigue a la general en la reciente historia de las ideas penales. Se extiende, sobre todo, a partir del último tercio del siglo XIX, defendida por distintas tendencias: el correccionalismo en España, la escuela positiva en Italia y la "dirección moderna" de VON LISZT en Alemania. El influjo más poderoso en favor de la generalización de los puntos de vista de la prevención especial se debe especialmente a este último autor alemán La función de la pena es, pues, para VON LISZT, citado por MIR PUIG la prevención especial

(frente al ya delincuente), por medio de la intimidación la corrección y la inocuización. Si VON LISZT se aparta así de la prevención general, ello es debido a su consideración del derecho penal como "instrumento de lucha contra el delito", lucha que concibe como ataque a las causas empíricas del delito, las cuales se reflejarían en la personalidad del delincuente. El objetivo a que ello debía llevar era la "protección de bienes jurídicos. En resumen, para VON LISZT la función de la pena y del derecho penal era la protección de bienes jurídicos mediante la incidencia de la pena en la personalidad del delincuente con la finalidad de evitar ulteriores delitos. (2002:55)

2.1.1.4.1. Prevención especial positiva

Parte del presupuesto de que la pena es un bien para quien la sufre, sea de carácter moral o psicofísico. En cualquier caso, oculta el carácter penoso de la pena y llega a negarle incluso su nombre, reemplazándolo por sanciones y medidas. Si la pena es un bien para el condenado, su medida será la necesaria para realizar la ideología en que se sostenga y no requerirá de otro límite. Si aceptásemos este criterio se llegaría al extremo de que el delito sería sólo un síntoma de inferioridad que indicaría al estado la necesidad de aplicar el benéfico remedio social de la pena. Si el delito es sólo un síntoma, la ideología se debe postular que, a partir de ese síntoma, el estado debe penetrar en toda la personalidad del infractor, porque la inferioridad lo afecta en su totalidad. En definitiva, con ZAFFARONI creemos que se trata de una intervención del estado que, en caso de ser factible contra todos los datos sociales consistiría en una imposición de valores en que nadie cree, privada de todo momento ético. (2002:63)

2.1.1.4.2. Prevención especial negativa

Aquí la criminalización también se dirige a la persona criminalizada, pero no para mejorarla sino para neutralizar los efectos de su inferioridad, a costa de un mal para la persona, pero que es un bien para el cuerpo social. En general, no se enuncia como función manifiesta exclusiva, sino en combinación con la anterior: cuando las ideologías re fracasan o se descartan, se apela a la neutralización y eliminación⁸⁸. En la realidad social, como las ideologías re fracasan, la neutralización no es más que una pena atroz impuesta por selección arbitraria. Sin duda que tienen éxito preventivo especial: la muerte y los demás impedimentos físicos son eficaces para suprimir conductas posteriores del mismo sujeto. Esta teoría no se encuentra exenta de críticas; una de las mismas indica que es incompatible la idea de una sanción jurídica con la creación de un puro obstáculo mecánico o físico, porque éste no motiva el comportamiento sino que lo impide, lo que lesiona el concepto de persona (art. lo de la DUDH y art. 1° de la CADH), cuya autonomía ética le permite orientarse conforme a sentido. Por ello, cae fuera del concepto de derecho, al menos en el actual horizonte cultural. Siguiendo de cerca esta crítica vemos que aquí lo importante es el cuerpo social, o sea que responde a una visión corporativa y organicista de la sociedad, que es el verdadero objeto de atención, pues las personas son meras células que, cuando son defectuosas y no pueden corregirse, deben eliminarse. La característica del poder punitivo dentro de esta corriente es su reducción a coacción directa administrativa: no hay diferencia entre ésta y la pena, pues ambas buscan neutralizar un peligro actual. El sujeto sería aniquilado de

caer en imposibilidad de corregirse, ante ello nos preguntamos que según esta teoría ¿Debe decidir entonces el futuro de la vida del condenado el Estado?

2.1.1.5. Teorías de la unión

Un tercer grupo de teorías está compuesto por las llamadas "teorías de la unión". Estas tratan de combinar los principios legitimantes de las teorías absolutas y de las relativas en una teoría unificadora. Por lo tanto, se trata de teorías que procuran justificar la pena en su capacidad para reprimir (retribución) y prevenir (protección) al mismo tiempo. Dicho en otras palabras, la pena será legítima, para estas teorías, en la medida en que sea a la vez justa y útil. Los valores de justicia y utilidad, que en las teorías absolutas resultan excluyentes y en las relativas son contemplados sólo a través de la preponderancia de la utilidad (social). Las "teorías" de la unión deben admitir que el fin represivo y el preventivo de la pena pueden no coincidir e inclusive ser antinómicos. La pena justa con respecto al hecho cometido puede ser insuficiente con referencia al autor del mismo y las necesidades preventivas que éste plantea a la sociedad. Este conflicto de fines y de criterios legitimantes se debe resolver, como es lógico, optando por uno de ellos, al que se otorga preponderancia sobre el otro.

2.1.1.5.1. Teoría de la unidad dialéctica de Roxin

Este autor no distingue entre finalidad general de la pena y fines específicos según los sujetos intervinientes en el proceso de punición. Se limita a centrar la problemática en las tres fases esenciales de la vida de la pena: la conminación penal, la medición de la pena y la ejecución de la condena. A cada una de estas etapas corresponde una

respuesta distinta a la función de la pena, pero de tal modo que cada una de ellas presupone la anterior. Tal vez por esto la formulación de ROXIN recibe el nombre de "teoría dialéctica de la unión". En el primer momento de la conminación típica, lo primero que debe preguntarse, en opinión de ROXIN, es: ¿qué puede prohibir el legislador bajo pena? Ninguna de las posiciones tradicionales -retribución, prevención general y prevención especial- da respuesta a esta cuestión. Ello es evidente en la teoría de la retribución, que se ocupa sólo de que la pena sea adecuado castigo del delito, sin precisar qué es lo que merece considerarse delictivo. Pero también es cierto respecto de la teoría de la prevención general y especial, pues se limitan a exigir que la pena prevenga la comisión de delitos y no pueden, por sí solas, decidir qué conductas deben constituir los delitos a prevenir, salvo que se admitiese que la prevención especial condujese a resocializar a todo "asocial" -lo que sería intolerable-, y que la prevención general llevase a castigar hechos de poca gravedad con las máximas penas -lo que instauraría un derecho penal del terror. ROXIN intenta superar la insuficiencia de las teorías tradicionales afirmando que la pena sólo es lícita para conductas que: a) lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos, caracterizados como "presupuestos indispensables de la existencia comunitaria" "incorporados a estados valiosos" como la vida, la integridad física, la libertad, el patrimonio, o b) se opongan a los "fines públicos de prestación" necesarios para la existencia del ciudadano en el Estado social. El derecho penal debe cumplir con ello una doble función: protección de bienes jurídicos y de los mencionados "fines públicos de prestación" imprescindibles. De ello deriva ROXIN, citado por MIR PUIG, dos consecuencias: 1º) El

carácter subsidiario del derecho penal, que ha de limitar su intervención a los casos en que no baste otro tipo más leve de sanción jurídica; 2º) la imposibilidad del castigo de hechos puramente inmorales. Ahora bien, si la función de la pena es, en el momento legislativo, la protección de bienes jurídicos y prestaciones públicas imprescindibles, ello habrá de tener lugar deduce ROXIN- por la vía de la prevención general, pues la conminación típica es anterior al delito y no podría, por tanto, ser base de la retribución ni de la prevención especial del delincuente. Sin embargo, la previa limitación efectuada del ámbito de lo punible impediría los excesos a que por sí sola la prevención general puede llevar. En resumen, la conminación penal típica sirve a la función de protección de bienes jurídicos y prestaciones públicas imprescindibles por medio de la prevención general. Al segundo momento de la realización del derecho penal, el de la imposición y medición de la pena, corresponde, en primer lugar, servir de complemento a la función de prevención general propia de la conminación típica: la imposición de la pena por el juez es la confirmación de la seriedad de la amenaza abstracta por parte de la ley. Pero en la medición de la pena el juez debe someterse a otra limitación: la pena no puede sobrepasar la culpabilidad del autor. Sólo dentro del límite de la culpabilidad cabe imponer la pena exigida por la prevención general en la conminación típica. (2002:64)

2.1.1.5.2. Teoría de la diferenciación de Schmidhäuser

Esta teoría parte de la distinción entre teoría de la pena en general y sentido de la pena para los distintos sujetos intervinientes en la vida de la pena. A su vez la teoría de la pena en general comprende dos aspectos: la finalidad (o función) de la pena y el sentido de la misma. La finalidad del

castigar, visto como fenómeno global, no podría ser otra que la prevención general, aunque entendida, de modo realista, no como pretensión de evitar todo delito, lo que es imposible, sino como medio de reducir la delincuencia dentro de los límites que hagan posible la convivencia normal. En este sentido, si es lícito castigar, sería por la absoluta necesidad que la sociedad tiene de la pena". Resumiendo y simplificando: en el momento de la conminación penal predomina la prevención general, en el de la medición de la pena la justicia y en el de la ejecución de la pena la tutela del delincuente y la prevención especial.

2.2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Este principio se constituye en el pilar fundamental que orienta la actuación del Derecho Penal en general y se explica en la necesidad que presenta el estado, para cumplir con la tarea de persecución penal, de acudir a los medios más severos que dispone el ordenamiento jurídico, interviniendo de manera drástica en elementales derechos del hombre. Nuestra Constitución Política del Perú que data de 1993, recoge dentro de su estructura dogmática la protección de los derechos del ciudadano, siendo una de las forma de expresión de dicha seguridad la implementación del principio de legalidad, por lo cual en el Artículo 2°, inciso 24, literal d) de la referida Carta suprema normativa se prescribe que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, con infracción punible; y sancionado como pena no prevista en la ley.

Desde su aspecto formal, el Principio de Legalidad se expresa con el aforismo *NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE* (no hay crimen ni pena, sin ley previa), aspecto este que se constituye en una de las grandes conquistas de la revolución francesa; aforismo que fue expresado en primer lugar por el profesor A. VON FEUERBACH, Citado por MIR

PUIG, quien vino a reflejar y a precisar su contenido, delimitando aquella necesidad por que se realice su implementación dentro del ordenamiento constitucional y jurídico penal de los estados democráticos. (1996:75)

Su principal antecedente data de épocas anteriores a la ilustración, dentro de la cual destacan instrumentos políticos como la ***Magna Charta Libertatum Inglesa*** de *Juan Sin Tierra*, de 1215, y la ***Constitutio Criminalis Carolina Germánica*** la cual data de 1532 (no prohibía la analogía contra el reo), quienes no poseen el Principio de Legalidad desde su planteamiento moderno.

En su sentido actual, conforme lo expresa el profesor MIR PUIG, "...el Principio de Legalidad se derivó de un principio de la Teoría del Contrato social y presupone una división política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo...", con lo cual se determina una necesidad de vigencia e intervención por parte del Principio de Legalidad en la fase conductiva y operacional del Derecho Penal. (1996:75)

Desde el punto de vista formal, la legalidad significa que la única fuente productora de la ley penal en el sistema peruano son los órganos constitucionalmente habilitados y, la única ley penal es la ley formal de ellos emanada, conforme al procedimiento que establece la propia Constitución Política de nuestro estado, dejando de lado liminarmente la posibilidad de que la doctrina, la jurisprudencia y la costumbre puedan otorgar una especie de habilitación del poder punitivo; sin que con ello se trate de desmerecer la influencia de los usos y costumbres nacionales dentro del derecho penal, los cuales sirven para establecer los límites de la tipicidad penal cuando la propia ley, tácita o expresa, se remite a ellos; por ello, no se debe dejar de lado el hecho que un tipo penal no debe constituirse en un instrumento para que el poder sorprenda a los ciudadanos con su arbitrariedad, pues su vigencia dentro de una determinada sociedad obedece a la necesidad de controlar y prevenir la realización de aquellos fenómenos sociales que interrumpen e impiden el cumplimiento de los roles de los actores sociales.

Después de lo comentado se puede afirmar que la denominación de “...Principio de Legalidad se justifica por cuanto la intervención punitiva del estado, al configurar las conductas punibles y determinar y ejecutar sus consecuencias (penas y medidas de seguridad), debe regirse por el imperio de la ley, expresión de la voluntad general según las directrices de la filosofía que lo anima” tal como lo afirma VELÁSQUEZ (2002:57), con lo cual el estado realiza una intervención dentro de la sociedad con el ánimo de punir y prohibir ciertas conductas que se constituyen en riesgosas para la sociedad; es por ello que, a la función que realiza el estado en cumplimiento del Principio de Legalidad, se le conoce como “...intervención legalizada, pues toca de lleno con la injerencia del estado en el ámbito punitivo, la cual limita y controla con miras a garantizar la seguridad jurídica y lograr los cometidos del Derecho penal mismo”. Es por ello que, a decir del profesor ARROYO, citado por MIR PUIG (1996:76) el análisis de las características y conformación del “...Principio de legalidad no es sólo, entonces, una exigencia de seguridad jurídica, que requiera sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo”; por lo cual se ejerce una especie de garantía y limitación tanto de la potestad punitiva que posee el estado, como del desenvolvimiento del Derecho Penal como ciencia jurídico y social.

Asimismo, el Principio de Legalidad como fundamento orientador del control social y del ordenamiento jurídico penal, dentro de su estructura posee cuatro tipos de garantías: a) la garantía criminal, la cual exige que para que se constituya delito una determinada conducta, ésta debe haberse determinado por la ley (*nullum crimen sine lege*); b) la garantía penal, la cual requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho (*nulla poena sine lege*); c) la garantía jurisdiccional, la cual exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial, como lo sostiene COBO Y VIVES, referenciado

por MIR PUIG (1996:77), según el procedimiento legalmente establecido; y, d) la garantía de ejecución, la cual requiere que también la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule, es decir que dentro del ordenamiento jurídico penal exista una gama de normas penales que contribuyan a que el cumplimiento de las consecuencias jurídicas impuesta por el agente de criminalización secundaria sobre la base de lo establecido por la norma penal, se realice bajo el pleno respeto de los Derechos Fundamentales del sentenciado y que su resocialización se convierta en el elemento visible al final de su condena.

Por otro lado, se imponen ciertos requisitos a la norma jurídico penal para que ésta pueda ejercer en forma acertada la función preventiva dentro de la sociedad, y consecuentemente pueda ofrecer a la misma las garantías expuestas en el párrafo anterior. Así pues, se determina que del Principio de Legalidad (*Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege*), se desprenden tres presupuestos importantes para el desenvolvimiento del Derecho Penal, como lo sostiene: MIR PUIG(1996:78) y son: a) la exigencia de una ley estricta (*lex stricta*); b) la exigencia de una ley previa (*lex praevia*); y, c) la exigencia de una ley cierta (*lex certa*); los cuales deben actuar funcionalmente para lograr una verdadera comprensión y función del Principio de Legalidad. A ello, el profesor VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (2002:59), afirma que la determinación de los presupuestos antes descritos, existe un principio que se deriva en forma directa de los presupuestos del principio del principio de legalidad, el cual se denomina “*NULLUM CRIMEN, NULLA POENA, NULLA MENSURA SINE LEGE SCRIPTA, STRICTA, CERTA ET PRAEVIA*” la cual dentro de nuestro léxico español significa, “no hay tipo penal, pena, medida de seguridad sin ley escrita (*lex scripta*), estricta, cierta y previa”; siendo la inclusión del aspecto de la “ley escrita” un criterio importante para la determinación de una real dimensión del principio de legalidad, pues configura la necesidad de constituirse en una forma única de expresión del derecho penal y de la manifestación del referido principio, dejándose de lado aquellas tentativas dirigidas a determinar que la categoría principista de la *lex scripta* se

constituye en un formalismo dentro de la actuación de éste, pues se presupone que de acuerdo a nuestro sistema romano-germánico, la normas penales van a estar contenidas en leyes escritas, descriptivas y formales, las mismas que se constituyen en el accionar del derecho mismo; pero, desde nuestra perspectiva, a pesar de existir aquella presunción, es correcta la inclusión como parte del principio de legalidad el principio de *lex scripta*, por cuanto así deja de ser una mera presunción y se convierte en una realidad materia de respeto y protección jurídica, y así la ley como fuente del derecho penal se encargará en forma exclusiva de crearlo y de ejecutarlo, conforme a los parámetros lógicos, metodológicos y ontológicos que ella contenga.

Dentro del contexto jurídico penal, existe una diversidad de normas penales que tratan de argumentar y hacer efectivo el Principio de Legalidad, así como también existen normas que están dirigidas a regular aspectos extrapenales, como *por ejemplo* las ordenanzas municipales, los decretos supremos, entre otras; que no son otra cosa que la mera expresión y conformación de un conglomerado de aspectos normativos que conforman el ordenamiento jurídico de nuestro país, más no se constituyen en formas de expresión del Principio de Legalidad. Así también, sostiene ZAFFARONI (1998: 116) que dentro del propio ordenamiento penal existen normas penales en blanco las cuales desde su estructura lógica muestran una irrefutable sospecha de lesividad al Principio de Legalidad Formal y además, abren "...la puerta para la analogía y a la aplicación retroactiva". Pero, las únicas leyes penales en blanco "...cuya constitucionalidad es tolerable son las llamadas impropias, o sea, las que reenvían a otra norma emanada de la misma fuente...", siendo que este reenvío va a ser constitucional, y por ende no viola los presupuestos de Legalidad, en estricta aplicación del Principio de no Retroactividad, entre otros; siendo esta la causa por la que se considera la elaboración de leyes penales en blanco dentro de un determinado ordenamiento jurídico penal, pues su carácter impropio contribuye a lograr que no atenten contra la prevalencia del principio de

legalidad, y que de este modo se conviertan en útiles para el derecho penal en general.

Para concluir, es necesario resaltar la importancia del Principio de Legalidad Formal dentro del Derecho penal, pues éste le brinda los cimientos de actuación y de límite a la referida ciencia del derecho, con lo cual se plantean estructuras basadas en el respeto de la persona humana y de sus derechos, y en el ejercicio del poder punitivo por parte del estado, lo cual debe realizarse con límites de actuación; por ello, gracias al Principio de Legalidad Formal que el Derecho Penal puede realizar y cumplir su función a cabalidad, de acuerdo a la ideología asumida.

2.3. INTERPRETACIÓN Y SEGURIDAD JURÍDICA

2.3.1. INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Como lo sostiene TORRES VÁSQUEZ, cada vez que tomamos contacto con una realidad específica intentamos sacar a la luz el sentido que ella alberga. A la actividad intelectual dirigida a comprender y explicar o declarar el sentido de algo, por ejemplo, de un sueño, de una obra artística, histórica, filosófica, de una norma moral, religiosa, jurídica, y, en fin, de todo lo que es objeto, especialmente de las ciencias culturales, se le califica como interpretación (*del latín interpretari*), la misma que adquiere importancia decisiva en el campo de la convivencia social. A la interpretación de textos se le denomina también hermenéutica. (2006: 89)

Así mismo CASTILLO ALVA (2004:15) señala que la interpretación facilita que el Derecho se siga desarrollando continuamente, ya sea porque permite que nuevos casos –no imaginados ni proyectados por el legislador- se incorporen dentro del alcance de los preceptos normativos; o porque precisa los supuestos que se encuentran completamente excluidos del sentido de la norma y que posiblemente al no estar regulados necesiten de la expedición de una norma jurídica que los comprenda.

Esta interpretación, ha tenido una evolución a través del tiempo, tal como lo anota MONROY CABRA (2006:79), que se ha dado en las siguientes etapas:

La escuela de la exégesis que duró aproximadamente hasta 1880.

– Esta escuela identifica el derecho con la ley, desconoce la costumbre y se limita a aplicar el silogismo jurídico en forma automática. Se puede citar en Francia el decreto orgánico 1790, que instituye el refree legislativo para limitar a los jueces en sus funciones específicas y adjudicar al legislador la función interpretativa última de la ley.

Actualmente está revaluada doctrinariamente aunque se encuentran todavía quienes inexplicablemente la aplican.

La escuela funcional y sociológica que se extendió hasta 1945. – Esta escuela aportó el concepto social a la interpretación y dio origen a un activismo judicial que creó derecho teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso.

El método realista es defendido por muchas corrientes anti formalistas que surgieron en las décadas de 1920 y 1930 y cuyos líderes fueron JEROME FRANK, KARL LLEWELYN, WESLEY STURGES, MORRIS Y FÉLIZ COHEN, entre otros.

Los realistas decían que en la doctrina tradicional los jueces decidían a partir de las normas y que esto era un error.

Los jueces debían decidir conforma a sus propios gustos políticos o morales y después, como racionalización, escogían una regla jurídica apropiada.

La tercera teoría surge después de la Segunda Guerra Mundial como una reacción contra el positivismo jurídico, y sus dos sucesivos aspectos como fueron la concepción de la escuela de la exégesis y la escuela funcional o sociológica.

Ahora bien se debe entender que, tal como lo cita TORRES VÁSQUEZ (2006:91), toda norma jurídica regula hechos y nada más que eso, no hay interpretación jurídica que no esté referida a

un hecho. La interpretación puede hacerse con alcances puramente teóricos para que sirva de explicación de una serie de hechos posibles, o puede realizarse para que la norma interpretada sea directamente aplicable como razón justificadora suficiente de una decisión en un caso concreto, por ejemplo, la hecha para que la norma sirva de fundamento de una decisión judicial.

En resumen, interpretar una norma jurídica es establecer su sentido y alcance en relación con un hecho determinado al cual debe aplicarse. ¿Cómo establece el intérprete el sentido de la norma? En primer lugar, la labor del intérprete se dirige a descubrir o develar el sentido inmanente en la norma; en segundo lugar, como por lo general una norma evoca varios sentidos, selecciona o fija el sentido con el cual se obtenga la solución más justa del caso concreto; y en tercer lugar, si el sentido o sentidos de la norma no se adecúan a la nueva realidad social, el intérprete atribuye a la norma el significado que lo actualiza.

2.3.1.1. Sujetos de la interpretación jurídica

Todos somos actores de la interpretación jurídica. Solo un jurista o un presuntuoso accionante del Derecho, que por desgracia no faltan, puede pretender ser el único titular de la interpretación jurídica. Los ciudadanos comunes interpretan el Derecho cotidianamente, por ejemplo, cuando una persona lee el cartel colocado en la puerta de entrada a un establecimiento que dice: “prohibido entrar con perros”. Sabe que no puede ingresar caballos, vacas, osos, etc. Los legisladores interpretan la Constitución a fin de que sus leyes no devengan en inconstitucionales ni por la forma ni por el fondo y también interpretan sus leyes (Constitución Política art. 102.1), lo hacen los abogados para fundamentar sus petitorios ante los jueces, o para sustentar sus informes o consejos profesionales.

Sin duda, la interpretación más palpable es la que cumple el juez con la finalidad de solucionar un caso concreto. El juzgador tiene la imperiosa necesidad de interpretar la norma general y abstracta para aplicarla a los casos concretos sometidos a su decisión, y de esa manera la norma general queda individualizada en la sentencia; de allí que bien se ha dicho que ley y sentencia son una misma cosa. La ley vive quieta (estática) y abstractamente en los textos legales, mientras que la sentencia es la fase dinámica (de actividad) de la ley.

2.3.1.2. Finalidad de la interpretación jurídica

Al respecto TORRES VÁSQUEZ (2006:114) afirma que la finalidad pretendida con la interpretación es la de desentrañar, entender y describir con un lenguaje comprensible el verdadero significado de las normas que integran el ordenamiento jurídico, las cuales solo tienen sentido luego de ser interpretadas. Con la interpretación se verifican los derechos otorgados y los deberes impuestos por las normas jurídicas a los sujetos.

Siendo la interpretación el presupuesto normal de la aplicación, la recta inteligencia sobre el sentido de la norma permite también aplicarla rectamente a una realidad concreta, garantizando una solución justa. Como, por lo general, la norma no encierra una única solución para el caso que tipifica, sino que también puede haber varias correctas desde el punto de vista lógico, así mismo se ha dicho que la ley es un marco de posibilidades donde se pueden ubicar varias soluciones, y de entre estas se ha de optar por la que mejor realiza el valor justicia y los otros valores que están por debajo de ella.

Otra tarea de la interpretación está relacionada con el

denominado papel necesario del ius dicere del jurista, quien siempre está empeñado en descubrir reglas más profundas y principios más generales dotados de un poder aplicativo a las más diversas relaciones, y en reconstruir, de entre varias reglas, definiciones y principios, un esquema general de orden, en el cual se encuadren las varias acciones humanas y las varias aplicaciones concretas de numerosas disposiciones particulares o aplicaciones de las variadas facetas de disposiciones generales. Sin la reconstrucción constante de un necesario concepto de orden, no solo la vida social deviene más intolerable, sino también más insegura, difícil y dispendiosa. La tarea de dar el sentido completo a una regla jurídica es infinita. Como la norma describe solo sus características abstractas y generales, se deja a la interpretación la tarea de sacar a la luz, en todas ocasiones, todos sus posibles significados.

2.3.1.3. Clases de interpretación jurídica

Por su autor, siguiendo la línea del jurista TORRES VÁSQUEZ (2006:115) la interpretación puede ser: doctrinal, judicial y la denominada interpretación auténtica. Por sus resultados se clasifica en: declarativa, modificativa, extensiva y restrictiva.

La interpretación doctrinal

La interpretación doctrinal, llamada también científica, es la efectuada por los juristas con fines científicos, didácticos y prácticos, con el propósito fundamental de encontrar la verdad en el campo jurídico. No tiene poder normativo, pero ejerce gran influjo en la función legislativa y judicial.

Facilita el trabajo de los jueces, al mostrar las posibles vías de solución a los problemas de interpretación, pero los jueces someten a prueba los resultados del trabajo de los

juristas confrontándolos con la problemática del caso particular, por lo cual es indispensable que, a su vez, la jurisprudencia sea verificada por la actividad de los juristas.

La interpretación judicial

La función jurisdiccional la ejercen por los jueces, quienes, por medio de la sentencia, previo el conocimiento de los hechos, aplican el Derecho, después de interpretarlo, al caso concreto sometido a su decisión. Por tanto, la interpretación judicial es la que efectúa el poder judicial, ejerciendo la función jurisdiccional que específicamente le corresponde. Es obligatoria para las partes, puede constituir doctrina jurisprudencial cuando proviene de la sala plena de la Corte Suprema, o ser reiterada en diversas sentencias, según lo determinen la variedad de legislaciones, y sirve de pauta de conducta de todos los miembros de la comunidad. El juez no es un instrumento mecánico de aplicación de la ley, pero tampoco puede ser legislador, porque ello derivaría en arbitrariedad, inseguridad y desequilibrio total. Al interpretar la ley buscará el sentido más adecuado y conforma a la realidad social y en época en que debe ser aplicada, pero nunca podrá emitir solución contraria al ordenamiento jurídico. Nadie, ni el legislador que da a ley, ni el juez que la aplica, ni nadie de la comunidad pueden arrogarse el Derecho de transgredir el ordenamiento jurídico.

Interpretación auténtica

La interpretación auténtica se cumple mediante una norma aclaratoria (norma interpretativa) emanada del mismo órgano que creó la norma originaria (norma interpretada), a fin de aclarar las dudas que suscita esta norma o cuando con base en ella se vienen aplicando otras en forma incorrecta o, simplemente, porque su creador quiere que sea entendida

en un sentido diferente al que se le ha dado o pretende darle. En tal virtud, dos son los requisitos de la interpretación auténtica: a) que sea realizada por el mismo órgano que creó la norma que se interpreta o por el órgano que lo sucede, y b) que se haga con otra norma (aclaratoria) de la misma jerarquía de la norma interpretada.

Interpretación común

Llamamos interpretación común (o particular o privada), a la efectuada por el común de las gentes. Si el derecho es casi como el aire que respiramos del cual nos tenemos que servir todos sin exclusión de nadie, es necesario que quien lo utiliza, aún sin ser un profesional del Derecho, desentrañe cuál es su sentido y alcance respecto a una realidad concreta.

Interpretación declarativa

El texto legal dice lo mismo que resulta el verdadero sentido de la ley luego de interpretada. El sentido y alcance de la norma están cabalmente expresados en el texto que se interpreta. Luego de interpretada la norma, se llega a la conclusión de que su sentido debe apreciarse con estricta referencia al texto literal, sin ampliar ni restringir su alcance.

Interpretación modificativa

Las leyes pueden revelar un significado claro y definido, pero puede suceder que el legislador se haya expresado indebidamente, con demasiada estrechez o con amplitud excesiva, en cuyo caso procede una interpretación rectificadora que amplíe o restrinja las palabras de la ley para obtener su verdadero sentido. La interpretación modificativa puede ser extensiva o restrictiva.

Interpretación extensiva

Cuando el texto legal dice menos de lo que es la voluntad de la ley (*minus dixit quam voluit*), el intérprete amplía el

significado del texto a supuestos que, de este modo, resultan incluidos en su sentido. El sentido y alcance de la norma son más amplios que su formulación escrita. Se desarrolla el sentido que subyace en el texto de la norma para comprender casos que en apariencia no están contemplados por ella, pero que razonablemente si lo están. Se interpretan por entero las normas permisivas.

Interpretación restrictiva

El sentido hallado por la interpretación es más reducido que la expresión usada por la norma (*plus dixi quam voluit*). Por ejemplo, hay que entender que con la expresión parientes la ley no se refiere a todo tipo de parientes sino apenas a los más cercanos; con frecuencia con la palabra animal la norma se refiere a los domésticos y no a los salvajes. El sentido y alcance de la norma son razonablemente menos de lo que parece indicar el texto. Con la interpretación restrictiva se reduce el alcance del texto de la norma, pues aquella se aplica de preferencia a las normas prohibitivas y a las especiales (por ejemplo, las penales y las procesales), en las cuales la consecuencia jurídica se aplica estrictamente a los casos descritos en el supuesto de hecho.

2.3.1.4. Métodos de interpretación

El proceso de interpretación de las normas jurídicas atraviesa por dos fases, como lo acota TORRES VASQUÉZ: la primera consiste en seleccionar la norma aplicable al caso concreto, y la segunda en la especificación de su sentido o significado.(2006:129)

En la primera fase del procedimiento interpretativo, cuando el intérprete no encuentra una norma que regule expresamente el caso concreto, debe proceder a una indagación analógica, o sea, procura hallar y consultar una

norma que contemple casos similares y obtener de ella la regla aplicable al caso en examen (analogía legis). Si este procedimiento no conduce a un resultado positivo, el intérprete puede obtener la regla aplicable al caso concreto de los principios generales que informan el Derecho positivo, es decir, la ideología que inspira el ordenamiento jurídico (analogía iuris).

Para entender el exacto sentido y alcance de las normas – segunda fase de la interpretación- el intérprete debe seguir un procedimiento que prevé el recurso a varios métodos denominados también criterios, elementos, reglas o estilos, de interpretación, enlazados entre sí, los cuales son procedimientos técnicos destinados a orientar al intérprete en su tarea de alcanzar la verdad. A continuación exponemos los más importantes métodos de interpretación que se han propuesto a lo largo de la historia jurídica.

MÉTODO LITERAL

Probablemente el método hermenéutico más antiguo es el literal, llamado también gramatical o filológico, por cuanto la primera actitud del intérprete fue la de atenerse a las palabras del texto escrito de la ley. Este fue el método propio de los glosadores, que recurrieron a la sinonimia y a la etimología de las palabras.

La averiguación del sentido literal de la norma jurídica es el punto de partida de toda interpretación y determina el marco dentro del cual deben operar los otros criterios. El elemento literal o filológico es el texto dentro del cual está encerrada la norma: por tanto, la letra es lo inmediatamente dado para poder determinar su sentido, pero puede ocultar otros sentidos que han de desentrañarse con base en lo que la letra exhibe.

El elemento gramatical o literal, como recurso hermenéutico,

nos enseña el contenido y alcance de las normas de acuerdo con el significado de las palabras y de las frases. Este procedimiento, que pareciera tan sencillo, ocasiona en la práctica serios inconvenientes, motivadas por la impropiedad de las palabras usadas por el creador de la norma, la variación del significado con el tiempo y por los lugares, y a los varios significados que puede tener una misma palabra; la polisemia es la característica de todo lenguaje: toda expresión lingüística, por razones semánticas o sintácticas, es susceptible de tener varias significaciones. Por ejemplo, no dudo en llamar “mesa” al mueble a cuyo lado estoy sentado y sobre el que escribo, pues del mismo modo uso la palabra para otros objetos semejantes, pero de tamaño menor: la mesa del cuarto de los niños, la mesa de una casa de muñecas. Pero ¿no hay un límite en cuanto a la pequeñez del objeto? En otros casos parece que es la función, y no la forma, la que determina el uso lingüístico. De ordinario no llamamos mesa a un cajón de madera, pero si sobre él tendemos un mantel y depositamos allí la comida podemos decir que la “mesa está puesta”. Son las circunstancias las que determinan la atribución de un significado a las expresiones.

Cuando de la interpretación según las reglas del lenguaje aparezca sin lugar a dudas, con toda claridad, el propósito o fin de la norma, se estará a esta significación, sin desnaturalizarla: pero si no se obtiene una respuesta aceptable, se indagará por el espíritu de la norma.

MÉTODO LÓGICO

Cuando con la interpretación literal no se alcanzan resultados satisfactorios se recurre a razonamientos y reglas lógicas para buscar el sentido, ya no en la letra sino, en el espíritu de la norma.

Pareciera que interpretar en forma lógica un enunciado normativo, o conjunto de ellos, supone derivar de estos las consecuencias deductivas que están necesariamente determinadas por las reglas de inferencia utilizadas en los enunciados normativos que se han tomado como premisas. Conforme a esto, el intérprete no puede optar sino por algunas de las consecuencias lógicas posibles, todas ellas contenidas en las premisas, sin que sea posible la extensión de estas.

El recurso a la lógica ayuda a desentrañar la razón de ser intrínseca de la norma, su ratio legis, es decir, la finalidad que determinó su creación. Por ejemplo, cuando una norma penal dispone que en caso de duda hay que liberar al procesado (indubio pro reo), la razón de ser de esta norma dice que es preferible dejar libre a un culpable que enviar a la cárcel a un inocente. Además, son razones lógicas las que indican la necesidad de indagar la occasio legis, esto es, las circunstancias particulares que determinaron la creación de la norma. Si bien es cierto que la interpretación no es una pura operación lógica deductiva, también es verdad que la racionalidad lógica desempeña un papel decisivo, por cuanto orienta al intérprete para tomar decisiones coherentes, obligándolo a actuar con discernimiento y no por pura discrecionalidad, porque el intérprete que no se somete a las reglas del Derecho objetivo vigente es proclive a dar soluciones imprevisibles (como las del profeta) o arbitrarias (como las del tirano). El órgano decisor debe fundamentar racionalmente su decisión.

Es indudable que el método lógico de interpretación no puede ser excluido a priori, pues la labor principal del intérprete es raciocinar para poder encontrar el verdadero sentido y alcance de la norma, que por más clara que pueda

aparecer, necesita siempre de un razonamiento para poder conocer su contenido. Sin embargo, la labor interpretativa no puede reducirse a un mero asunto de lógica pues no solo se trata de llegar a una solución coherente, no contradictoria, por adecuarse a las posibilidades de significados de las normas, sino a una solución, que, además, sea justa, por realizar, en el tiempo y en el espacio, los valores jurídicos, a cuyo fin son insuficientes las operaciones de pura lógica subjuntiva, deductiva, sistemática.

No se puede descartar la probabilidad de que la valoración correcta, objetiva, dotada de fuerza de convicción, pueda obtenerse por medio de cualquiera de los métodos de interpretación o mediante la combinación de dos o más de ellos.

MÉTODO SISTEMÁTICO

El ordenamiento jurídico es un todo sistemáticamente ordenado y completo que, en teoría, no admite contradicciones. Ya los romanos advirtieron sobre las ventajas que ofrece la construcción del Derecho mediante diversificaciones sistemáticas, ante a la primitiva limitación del Derecho a un desordenado conjunto de soluciones de casos concretos, acumulados en el tiempo.

La interpretación no puede encerrarse dentro de los estrechos límites del texto literal de la norma, sino que un principio de hermenéutica aconseja analizar sus resultados a la luz de los otros elementos: históricos, sociales, sistemáticos. En ese análisis es de vital importancia el acoplamiento de todos los preceptos legislativos que traten de la materia que se examina, que se indague y armonice el contenido de un artículo junto con los demás relativos a la misma institución y con el propio sistema jurídico.

La combinación de los diversos elementos de interpretación,

en la que tiene un papel decisivo el elemento sistemático, nos permitirá escoger el sentido de uno de los textos con preferencia a otro u otros para poder superar las contradicciones existentes, aclarar los textos oscuros o completar los insuficientes.

MÉTODO HISTÓRICO

La norma jurídica no surge de la nada en un momento dado, sino que su contenido es a menudo el resultado de una larga elaboración histórica, en orden a satisfacer concretos intereses y necesidades sociales, económicas, culturales, políticas o de otro orden, que deben regularse jurídicamente. La norma nace con sujeción a determinadas aspiraciones sociales y constituye una realidad histórica que evoluciona a lo largo del tiempo, adquiriendo en ocasiones una sabiduría superior a la de su creador. El intérprete debe indagar no solo la voluntad del creador de la norma, sino en especial la voluntad objetiva de ella que lo conduzca a encontrar la solución justa. De esto se deduce que la interpretación histórica se divide en una investigación sobre el origen histórico de las normas y en una investigación sobre la evolución histórica del contenido de las normas.

En resumen, en la interpretación histórica-evolutiva intervienen dos factores: uno estático, invariable y permanente: el texto literal de la norma; y otro que es dinámico, variable de época en época y de un lugar a otro: la realidad social. La interpretación de las normas jurídicas debe tener necesariamente en cuenta el nexo indisoluble que existe entre Derecho y realidad social, y por tanto, no puede ser abstracta sino social y humana, en consideración a las circunstancias y evolución histórica de cada pueblo, inclusive sus condiciones físicas y climatológicas que, sin duda alguna, influyen en la conducta de las personas. El

texto de la ley debe adaptarse a esa realidad social, esto es, a los fines económicos, sociales y políticos imperantes en el lugar y momento en que es aplicada. Así la voluntad de la ley es, como debe ser, la voluntad objetivada de la comunidad.

METODO SOCIOLOGICO

Según este método, el intérprete para descubrir el sentido y alcance de la norma debe tomar en cuenta los diversos elementos de la realidad social donde ha de aplicarse.

El derecho se concibe, gesta, nace y desarrolla bajo la presión de las circunstancias sociales de un momento y lugar determinados. No es un fenómeno aislado sino un acontecer social que forma parte de la vida conjuntamente con todos los otros elementos sociales (económicos, políticos, históricos, etc.) con los cuales tiene una permanente interacción dinámica. El intérprete del Derecho debe atender a todos estos fenómenos a fin de adecuar las normas jurídicas a las modernas exigencias sociales. Como la vida social cambia sin cesar, la necesidad de adecuar el Derecho a las recientes realidades sociales no termina nunca. Para armonizarlo con las concretas realidades cambiantes a las que debe ser aplicado, el intérprete no puede hacer una interpretación puramente abstracta, prescindiendo de los otros elementos sociales con que el Derecho está compenetrado, sino que debe efectuar una interpretación social.

MÉTODO TELEOLÓGICO

Con el criterio teleológico se interpretación se propende a la realización de los principios ético-jurídicos que inspiran o que están por encima del texto normativo. Estos principios tienen una configuración distinta en la regulación de cada sector de la realidad social, verbigracia, la protección de la

confianza, la corrección, la honestidad y la lealtad. Así, el deber de la más delicada lealtad adquiere importancia decisiva en el sector social relativo a los contratos fiduciarios, pero no en los contratos que no son de naturaleza fiduciaria.

Como los principios o fines jurídicos tienen configuraciones distintas en las regulaciones particulares, puede suceder que unos choquen con otros, y en tal caso, el intérprete examinará hasta qué punto la regulación normativa ofrece margen a uno y otro fin –como la protección de los menores, de los beneficios sociales de los trabajadores o de ciertos bienes jurídicos- para establecer su alcance, armonía y jerarquía, y así evitar contradicciones de valoración.

MÉTODO EMPÍRICO-DIALÉCTICO

Empírico porque se apoya en la percepción del comportamiento de los integrantes de la comunidad, y dialéctico porque el conocimiento de esos comportamientos requiere la comprensión de sus sentidos conceptualizados en las normas jurídicas. Una creciente captación del sentido exige un ir y venir entre el sustrato material (el comportamiento humano) y el sentido que finaliza cuando el sujeto cognoscente adquiere la diáfana conciencia de haber comprendido el objeto cuyo conocimiento procura.

El juez está frente a una concreta controversia humana sometida a su conocimiento para resolverla conforme a Derecho. El sentido objetivo del comportamiento de los litigantes está conceptualmente expresado en normas jurídicas. La misión del juez consiste en definir, de acuerdo con la prueba producida en el proceso, los hechos relevantes del caso y dirimir el conflicto en el sentido indicado por las normas jurídicas aplicables a la situación.

MÉTODO PRAGMÁTICO

Por el método de la interpretación pragmática, denominado también de los intereses, se trata de aclarar el interés que guió al legislador que dio la ley.

Así, aunque textualmente una nueva norma prescriba hacer una carretera entre dos ciudades para favorecerlas económicamente, el interés del legislador puede haber sido propiciar el aumento de precio de terrenos que pertenecen a él o a su familia. El juez honorable, dándose cuenta de la maniobra, puede acudir a una disposición constitucional y, mediante interpretación extensiva o analógica, declarar que la norma es anticonstitucional.

2.3.2. SEGURIDAD JURIDICA

Entendemos por seguridad jurídica siguiendo a TRASEGNIES (2002:98) que no es la seguridad por medio del Derecho, sino la seguridad que el Derecho nos confiere al garantizar nuestra vida o nuestros bienes contra el asesinato, el robo, etc. – pues ésta va ya implícita en el concepto de la adecuación a fin-, sino la seguridad del Derecho mismo. A su vez GARCÍA TOMA (2006:112) sostiene que es una garantía que nos ofrece el derecho para la vida en sociedad, permite el desenvolvimiento normal de los miembros de ésta. Es la garantía dada al individuo de que su persona, bienes y facultades legales no serán objeto de ataque o violación, y de que si lo fueren, le serán aseguradas, por el Estado, protección, reparación y resarcimiento. En tal sentido, la seguridad jurídica exige el respeto de la legalidad, su fundamentación inmediata.

La cual requiere a su vez, cuatro condiciones a saber:

Que el derecho sea positivo, que se halle estatuido en leyes;
Que este Derecho estatuido sea, por su parte, un Derecho seguro, es decir, un Derecho basado en hechos y que no se remita a los juicios de valor del juez en torno al caso concreto, mediante criterios generales como el de la “buena fe” o el de las “buenas costumbres”;

Que estos hechos en que se basa el Derecho puedan establecerse con el menor margen posible de error, que sean “practicables”; para ello no hay más remedio que aceptar, a veces, conscientemente, su tosquedad, como cuando, por ejemplo, se suplen los hechos verdaderamente buscados por ciertos síntomas exteriores, que es lo que se hace. V. gr., al supeditar la capacidad de obrar, no al grado de madurez interior del individuo, sino a un determinado límite de edad, que la ley fija por igual para todos.

Finalmente, el Derecho positivo –si se quiere garantizar la seguridad jurídica –no debe hallarse expuesto a cambios demasiados frecuentes, no debe hallarse a merced de una legislación incidental, que dé todo género de facilidades para troquelar cada caso concreto en forma de ley: los checks and balances –frenos y contrapesos- de la teoría de la división de poderes y la morosidad del aparato parlamentario son, desde este punto de vista, una garantía de la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica reclama, pues, la vigencia del Derecho positivo. Pero la necesidad a que responde la seguridad jurídica puede hacer también que los estados de hecho se conviertan en estados jurídicos y hasta que, por muy paradójico que ello parezca, el desafuero crea Derecho.

Además en esa misma línea, ORTECHO VICTOR (2000:135) refiere que la seguridad jurídica es el conjunto de medidas y conductas de los órganos públicos y de sus funcionarios, encaminadas a dar eficacia al ordenamiento jurídico vigente en el país. Que las normas jurídicas vigentes se respeten, se cumplan y sean eficaces. Se trata de una especie de fisiología eficiente del orden jurídico, que garantice que los ciudadanos están protegidos por las leyes y que el cumplimiento de éstas no esté sujeto a la arbitrariedad o la conveniencia coyuntural del más fuerte o el más influyente.

Con justa razón se ha afirmado que la seguridad jurídica es el supuesto esencial para las relaciones de convivencia, en una determinada sociedad, lo que permitirá un adecuado desenvolvimiento de las personas y de las instituciones.

Cuando existe un verdadero estado constitucional de derecho, cuando existe un eficiente control constitucional, sea como en los estados europeos de Alemania, Austria, Italia, España, de control concentrado o como en Estados Unidos, de control constitucional difuso; podemos decir que hay seguridad jurídica, porque tales organismos son garantía de que las normas de sus respectivas constituciones se respeten o que los derechos constitucionales puedan hacerse prevalecer.

2.3.2.1. NOCIÓN OBJETIVA Y SUBJETIVA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

2.3.2.1.1. Noción objetiva (seguridad del derecho)

Indica el desenvolvimiento del derecho dentro de un marco de estabilidad, generalidad y claridad normativa.

Las normas sustantivas y procesales como lo sostiene GARCÍA TOMA (2006:126) permiten al hombre tener una idea diáfana acerca del reconocimiento y protección de su persona, bienes y facultades. La seguridad jurídica, en su sentido objetivo, se encuentra condicionada en tres requisitos:

Presencia de un derecho vigente, válido, eficaz y positivo, que se encuentre establecido en normas expedidas mediante procedimientos idóneos y de cumplimiento efectivo.

Existencia de normas con redacción límpida, sencilla y transparente, que no se encuentren sujetas a juicios de valor por parte del juez.

Evitamiento de condiciones que expongan a la legislación

a circunstancias incidentales. Debe procurarse dotar, a las normas, de vigencia indeterminada en el tiempo.

(A) Criterios derivados de la seguridad jurídica objetiva

Como fin del derecho, la seguridad jurídica objetiva se fundamenta en cinco criterios que son sustanciales para el éxito de la existencia de cualquier sistema jurídico.

El criterio de vigencia de las normas

Resguardando la aplicación del sistema jurídico imperante, este criterio establece que las normas son obligatorias a partir de cierto momento: luego de su promulgación (publicación, en el caso peruano). La legislación peruana lo prevé en los artículos 109 de la Constitución y 2 y 3 del decreto legislativo 560.

El criterio de irretroactividad

La irretroactividad es la condición por la cual la norma carece de capacidad para regular las situaciones previas a su existencia. Este criterio está contenido en el artículo 103 de la Constitución: “Ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo”.

El criterio de la cosa juzgada

Por este criterio una sentencia que pone término a un litigio adquiere eficacia inamovible, no cabiendo ya presentar contra ella recurso impugnatorio alguno. Se encuentra consagrado en los incisos 2 y 13 del artículo 139 de la Constitución.

El criterio de la prescripción

La prescripción consiste en la adquisición de un derecho (o liberación de una obligación) por el transcurso del tiempo. Al respecto, los artículos 950 y 951 del Código Civil contemplan la adquisición de la propiedad por prescripción de bienes inmuebles y bienes muebles,

respectivamente, por la posesión continua, pacífica y pública de inmuebles durante diez años (cinco si hay buena fe), es un caso, y por la posesión continua, pacífica y pública de muebles durante cuatro años (dos si hay buena fe), en el otro.

Los procesos constitucionales

Son mecanismos jurídico-procesales de naturaleza constitucional, que tiene por finalidad asegurar la vigencia y efectividad de los derechos básicos o esenciales que la Constitución reconoce en favor de las personas.

Estos mecanismos son cuatro:

El proceso de habeas corpus- previsto en el inciso 1 del artículo 200 de la Constitución-, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

El proceso de amparo- previsto en el inciso 2 del artículo 200 de la Constitución-, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza derechos no relativos o vinculados a la libertad individual.

El proceso de habeas data-previsto en el inciso 3 del artículo 200 de la Constitución-. Que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos vinculados con la intimidad personal y familiar, así como el acceso a la información oficial no confidencial.

El proceso de cumplimiento –previsto en el inciso 6 del artículo 200 de la Constitución-, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar lo establecido en una norma legal o un acto administrativo.

2.3.2.1.2. Noción subjetiva (seguridad por medio del derecho)

Alude al conjunto de organismos y a la pléyade de funcionarios públicos que, con su eficiencia, eficacia, moralidad y legalidad, generan una suerte de íntima confianza en la certeza de su protección y reparación en favor de las personas, en un espacio y tiempos determinados.

Esta convicción psicológica se inspira en el cumplimiento de cuatro principios:

Eficiencia. Es el principio que define y asegura el cumplimiento de las políticas y metas en materia jurídica, en una doble dimensión: cualitativa y cuantitativa. Mediante esta pauta se reconoce la íntima relación entre los objetivos propuestos y los resultados obtenidos.

Eficacia. Es el principio que permite establecer una relación óptima entre los recursos que se utilizan y los resultados que se obtienen en materia jurídica.

Moralidad. Es el principio que permite asegurar el recto ejercicio y el uso adecuado del poder en materia judicial, administrativa, policial, etc.

Legalidad. Es el principio que permite asegurar la defensa del orden jurídico y los derechos que éste declara a favor de los ciudadanos.

La presencia de estos cuatro principios en el seno de los órganos vinculados con la justicia y, en particular, en la conducta de los funcionarios públicos adscritos a éstos, promueve la certeza del ejercicio pleno de los derechos ciudadanos, así como la convicción de la factibilidad de su restablecimiento, resarcimiento y castigo, si fuere el caso, en una situación particular y concreta de vulneración.

2.3.2.2. ORGANISMOS QUE DEBEN PRODUCIR SEGURIDAD JURÍDICA

En este sentido, siguiendo lo dicho por ORTECHO VICTOR (2000:88) los organismos que por su propia función, deben dar seguridad jurídica, son el Poder Judicial y los Tribunales Constitucionales. El primero, porque su fin principal es el de administrar justicia y lógicamente, cuando se llevan los conflictos a los estrados judiciales, es porque no se han cumplido las leyes, sea por los particulares o por el propio estado. La adecuada y correcta solución de los conflictos judiciales, da seguridad a las partes y consiguientemente a la ciudadanía en general. Por su parte los tribunales constitucionales, en estas últimas décadas y en un nivel especial, al resolver conflictos constitucionales, ya se trate de normas que contradicen a la Constitución o de actos que violen a esa misma carta fundamental, también están proporcionando seguridad jurídica a los ciudadanos.

En la práctica el Poder Judicial, por falta de independencia no siempre ha producido seguridad jurídica, particularmente en estos últimos años, cuando bajo el paraguas de una llamada Reforma del Poder Judicial, el poder político ha mantenido más subordinado que nunca a los órganos jurisdiccionales, no solamente por que se ha mantenido por mucho tiempo, la administración de justicia en manos de jueces y magistrados provisionales y sin ninguna estabilidad, sino también porque se ha intervenido este poder con las llamadas comisiones ejecutivas del Poder Judicial y del Ministerio Público.

Pero el Poder judicial y el Tribunal Constitucional, no son los únicos organismos que producen seguridad jurídica, como lo afirma con acierto el prestigioso jurista argentino Pedro Néstor Sagues, citado por ORTECHO VICTOR (2000: 97), sino también el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. El primero,

dice Sagues, mediante una leal aplicación de las leyes y un apoyo adecuado al Poder Judicial y el Parlamento produce seguridad legislativa, con leyes claras, aclarando periódicamente cuales están en vigor y cuales no; no dar efecto retroactivo a las leyes, no delegar con frecuencia la labor legislativa al Ejecutivo y que en todo caso se convaliden las leyes producidas por delegación.

En el caso del Perú, tenemos que agregar de nuestra parte, que el Ejecutivo no da la seguridad jurídica suficiente, cuando para la aplicación de las leyes y usando la potestad reglamentaria que tiene el Presidente de la República, da normas que desnaturalizan las leyes que tratan de reglamentar y no precisamente por falta de técnica reglamentaria, sino por razones de conveniencia política. Pero lo más frecuente de inseguridad jurídica proviene de los funcionarios y servidores que no aplican las leyes ni los reglamentos en forma correcta, en la mayor parte de las veces, por razones de corrupción política y con el velado propósito de favorecer intereses particulares.

Por su parte el Legislativo en el Perú, desnaturaliza las leyes de desarrollo constitucional, tal por ejemplo el caso de la Ley 26300, sobre participación ciudadana, que desnaturalizando el sentido de la democracia directa, en el caso del referéndum exige que se presente como proyecto de ley y si este no es aprobado por el Congreso, para que tal proyecto vaya a referéndum debe tener el respaldo de por lo menos cuarenta y ocho congresistas. El caso más escandaloso ha sido el de la ley 26657, llamada ley de interpretación auténtica del Art. 112 de la Constitución para dar una segunda reelección presidencial.

Además de los órganos centrales, también están llamados a producir seguridad jurídica, los gobiernos regionales y los

gobiernos locales o municipios, aplicando correctamente sus leyes orgánicas, respetando las normas constitucionales y legales y realizando sus actos administrativos con arreglo a ley.

Por cierto que eso no sucede siempre, ya que en estos órganos descentralizados, de alguna manera se reproducen los mismos vicios del poder central, naturalmente en menor escala, tal por ejemplo en la tramitación de las peticiones que hacen los ciudadanos y en torno a las cuales se ciernen intereses particulares.

Por su parte los órganos constitucionales también están llamados a producir seguridad jurídica. Aparte del Tribunal Constitucional que ya lo hemos mencionado, el Ministerio Público, el Consejo de la Magistratura y el Sistema Electoral, en el ámbito de sus competencias deben producir este tipo de seguridad.

El ámbito más controvertido en materia de seguridad jurídica, es el que corresponde dar a los órganos integrantes del sistema electoral, y aun que esa exigencia no es permanente, sí cuando se desarrollan procesos electorales o de otros tipos de consulta popular. La seguridad que ellos proporcionen o la inseguridad que derive de sus funciones, dan la imagen política y del nivel democrático que existe en el país. La necesidad de tal seguridad se ha reclamado insistentemente a raíz del proceso electoral de este año, para la renovación del Ejecutivo y el Legislativo.

La Reniec, tiene que garantizar un Registro Electoral actualizado y confiable. La ONPE, tiene que garantizar la transparencia de los procesos electorales y el Jurado Nacional de Elecciones, que tiene facultades jurisdiccionales y sus resoluciones no son revisables, tiene que dar seguridad que las resoluciones que expida sobre los reclamos que se le

planteen, estén de conformidad con la Constitución y la Ley Orgánica de Elecciones.

Al decir de las denuncias de los partidos políticos opositores al Gobierno, así como de los analistas políticos y de los medios de comunicación de oposición, tales organismos no ofrecen suficiente seguridad jurídica.

Por lo que, reforzando lo dicho por GARCÍA TOMA (2006:111), las nociones de seguridad estudiadas no son antagónicas, se integran armoniosamente: no puede existir seguridad en el derecho, si no existe por medio del derecho. No es posible convicción y certeza interior en la ciudadanía, sin la presencia de estabilidad, generalidad, claridad y garantías de carácter normativo.

La seguridad jurídica afianza dos situaciones primordiales para la persona al interior de la comunidad:

Establece un margen claro, notorio y cierto de acción personal dentro del seno de la comunidad.

Establece un margen de limitación a la acción de los gobernantes de la comunidad.

2.3.2.3. AMBITOS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

Siguiendo la línea citada por ORTECHO VICTOR (2000: 101) la seguridad jurídica debe abarcar todas las áreas del orden jurídico de un estado, sin embargo podemos distinguir algunas áreas o ámbitos, en las cuales es más exigible tal seguridad. Entre ellas podemos señalar las siguientes:

EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Estos derechos, denominados también derechos de la persona y en su versión internacional Derechos Humanos, constituyen los atributos esenciales que protegen la dignidad humana con sus libertades.

EN LOS DERECHOS PRIVADOS

El campo del derecho privado, es el que contiene la más variada gama de facultades de ejercicio y de pretensiones de las personas, tanto en el aspecto patrimonial como personal y que merecen la protección de la ley, la mayor parte de los conflictos judiciales, provienen precisamente de los intereses que tienen las personas sobre esta clase de derecho. Y si bien, en todo ordenamiento jurídico, estos derechos son los más reconocidos, lo que las personas quieren es que sean plenamente garantizados, cuando ellos son objeto de conflictos o controversias.

EN LOS DERECHOS SOCIALES

Estos derechos que han sido conquistados en el ámbito internacional, como una parte de los derechos humanos de la segunda generación, a lo largo de la primera mitad del siglo XX y paralelamente en cada uno de los estados, tienen mucho que ver con los derechos de los trabajadores, con la seguridad social, con la familia. Ellos han sido producto de una larga lucha de las clases populares. El reconocimiento de tales derechos y su ejercicio, ha traído cierto equilibrio con las clases dominantes y empresariales. Tal legislación debe respetarse y cumplirse. En nuestro país, como en otros de Latinoamérica, en estos últimos tiempos en que la economía en el mundo está globalizada, de cierta manera se han destruido tales legislaciones y se han eliminado varios de los derechos que se los tenía como plenamente conquistados. Estos fenómenos constituyen, exclusión social. Y ello ha ocurrido por que los gobernantes no han garantizado seguridad jurídica de tipo laboral.

AMBITO FINANCIERO

En el caso del Perú no hay seguridad jurídica, en lo que se refiere al valor del signo monetario. Como dicho valor tiene como referente el valor del dólar americano y como quiera que

la economía del país, que mucho tiene que ver con el crecimiento de la producción, con la balanza económica(balanza comercial y balanza de pagos) y con los compromisos crediticios internacionales, el valor de nuestra moneda, es muy inestable; particularmente lo fue, durante el vertiginoso proceso inflacionario durante el quinquenio de 1985 a 1990; periodo en que la devaluación monetaria, constituía una grave inseguridad, no solamente para los ahorristas sino para cualquier persona que al recibir su sueldo, veía bajar terriblemente la capacidad adquisitiva de su ingreso, tal como si se le arrebatara parte de su sueldo, en el trayecto del centro de trabajo a su domicilio. Este fenómeno disminuyó considerable y plausiblemente en el periodo gubernamental de 1990 a 1995, sin embargo, no estamos exentos del fenómeno inflacionario.

2.4. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

2.4.1. DEFINICIÓN

Es aquella como lo indica PRADO SALDARRIAGA(2000:96) en una relación exclusiva con toda la actividad que desarrolla la autoridad jurisdiccional para identificar de modo cualitativo y cuantitativo la sanción a imponer en el caso sub- júdice, en otras palabras, nos referimos a una determinación judicial desde el momento en que se procede a evaluar y decidir sobre la clase, la extensión y el modo de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que resulten aplicables en una sentencia.

2.4.2. MODELOS TEORICOS DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

2.4.2.1. Teoría de la Pena exacta o puntual:

Esta teoría ostenta una concepción retribucionista de la pena, como lo anota MIR PUIG, en el que se afirman en ella que el juez debe determinar la pena conforme a aquella que resulta exactamente ajustada a la culpabilidad del sujeto, soslayando los fines que debe cumplir la pena o las necesidades de prevención. (2004:724)

Así, esta teoría considera posible calcular exactamente cuál es la pena que corresponde a la culpabilidad del autor en el caso particular, postulando la existencia de una única pena completamente determinada, justa y adecuada a la culpabilidad.

Entre las principales críticas a esta teoría es que la misma traduce una ficción teórico-jurídica, ya que debido a la insuficiencia de la capacidad humana de conocimientos, dicha pena puntual no puede ser determinada exactamente, asimismo se señala que la consideración de que el injusto culpable merece una única pena, exacta o puntual, contribuye a un modelo de inmovilidad político criminal, en el que el Juez no tendría más alternativa que pronunciar esa pena adecuada a la culpabilidad.

2.4.2.2. Teoría del espacio, ámbito de juego o margen de libertad:

Considera que la pena ajustada a la culpabilidad comprende un marco determinado entre un máximo y un mínimo, al respecto señala también MIR PIUG(2004:725) que además que existe un margen de libertad que se limita en el grado mínimo por la pena ya adecuada a la culpabilidad y en el grado máximo por la pena todavía adecuada a la culpabilidad, es así que, dicho marco constituye para el juez un espacio de

juego dentro del cual puede moverse para graduar la pena con mayor precisión, según las necesidades preventivas.

Se critica a este modelo porque genera la inseguridad e impracticabilidad, debido a que el juez no puede dividir la concreta culpabilidad en tres magnitudes: una máxima, una mínima y una intermedia, que sería la culpabilidad real correspondiente al hecho, con ello se señala incluso que el “marco” que propugna esta teoría, en realidad, no existe, finalmente se manifiesta de que no se sabe qué criterios de prevención especial o general que han de entrar en consideración para dotar de contenido al referido margen de libertad.

2.4.2.3. Teoría del Valor Jerárquico del Empleo

Esta teoría pretende ofrecer una solución frente a las antinomias de los fines de la pena, partiendo de la retribución de la culpabilidad y de la prevención, pero atribuyendo a cada cual una posición ante la ley completamente diferente.

De este modo, mientras que a la culpabilidad se le asigna la misión de decidir la duración de la pena (Individualización Judicial de la Pena en sentido estricto), a la prevención se le otorga el rol de orientar la decisión referida a si hay que suspender o sustituir la pena por otra medida (Individualización Judicial de la Pena en sentido amplio).

Este planteamiento ha sido fuertemente criticado en la doctrina alemana, sobre todo porque se considera que el método propuesto por la teoría del valor jerárquico del empleo es incompatible con los criterios de Individualización Judicial de la Pena previstos en el § 46 del StGB (similar a los criterios del artículo 46° del Código Penal Peruano) pues no se comprende por qué el § 46.I introduce criterios de prevención especial al obligar que se consideren al fijar la pena “las

consecuencias para la vida futura del autor”. De otra parte, será muy difícil considerar esas consecuencias para la vida futura si antes no se tomaron en cuenta al establecer la magnitud de la pena.

Asimismo, no parece compatible con la teoría del valor jerárquico del empleo que el § 46.II introduzca criterios de prevención especial (vida anterior del culpable, circunstancias personales y económicas, etc.) para determinar la pena en el sentido de § 46.I, es decir para determinar la duración de la pena.

2.4.3. ETAPAS

2.4.3.1. Determinación de la Pena Básica

En esta etapa la actividad del juez se circunscribe a identificar la pena básica, es decir, a reconocer de modo específico cuál es el mínimo y máximo de pena que puede ser aplicado al delincuente, se señala además que generalmente la pena básica coincide con la llamada pena- tipo que es la pena legal, abstracta o conminada, fijada por el legislador para el delito cometido, PRADO SALDARRIAGA sostiene que por ello se afirma que la determinación de este marco penal no suele plantear problema para los autores de un delito o falta consumados, pues el marco penal o penalidad se efectúa generalmente indicando expresamente la pena o penas impuestas y su duración. (2000:101-102)

2.4.3.2. Determinación de la Pena Concreta:

En esta etapa el Juez individualizará la pena concreta, le corresponde ahora desplazarse entre el mínimo y el máximo de la pena básica.

Se considera que aquí es el momento de evaluar las circunstancias del caso y valorar los efectos sobre la penalidad, además en esta fase de determinación cobran

utilidad los diferentes indicadores que se detallan en los artículos 46° y 46° A, pues se trata de una etapa de cotejo de circunstancias y de asignarles un valor cuantitativo en atención a su repercusión sobre el contenido del injusto o sobre la culpabilidad de su autor, finalmente el último momento de esta etapa será aquel en donde el Juez, con equidad y raciocinio, decida una pena concreta que estará más próxima al mínimo o al máximo de los límites de la pena básica, según el grado de gravedad y reproche que se asignen al delito y a su autor. PRADO SALDARRIAGA (2000: 102)

En el derecho español se habla aquí de concreción legal del marco penal, hablándose de técnicas de antigua data como la de grado mínimo, grado medio y grado máximo, o técnicas modernas como la mitad superior y la mitad inferior.

2.4.3.2.1. Individualización atendiendo a las circunstancias especiales de atenuación y agravación:

Esta etapa posibilita al Juez complementar la individualización alcanzada de la pena, revisando su extensión en base a la concurrencia, eventual, de otros indicadores particulares o circunstancias cualificadas y que suelen autorizar al órgano jurisdiccional a ubicar la pena concreta por debajo o por encima de los límites de la pena concreta por debajo o por encima de los límites de la pena básica o conminada.

Estas circunstancias especiales de agravación o atenuación no tienen una naturaleza definida en la doctrina penal ya que generalmente afectan directamente la configuración de la antijuricidad o de la culpabilidad debiendo a ello sus efectos sobre la penalidad. No son pues accidentales al delito sino constitutivas de él.

2.4.4. Sistemas de Determinación de la Pena

2.4.4.1. Indeterminación Legal Absoluta:

Este sistema no indica cuál es el marco concreto de determinación en la individualización de la pena, pues si bien es cierto existiría circunstancias atenuantes y agravantes, el juez tendrá que bajo su criterio establecer dentro del marco de la pena abstracta cuál será la pena aplicable a cada caso concreto.

2.4.4.2. Determinación de Penas exactas:

En este sistema existirá una pena numéricamente exacta para cada situación concreta en la que involucre circunstancias atenuantes y agravantes. Este sistema tendría poco asidero legislativo y carecería de técnica legislativa, pues sería muy compleja la modificación de las penas exactas ante la incorporación legislativa de nuevas circunstancias atenuantes y agravantes.

2.4.4.3. Determinación Legal Relativa:

Según MUÑOZ (1998: 582) se conoce al sistema de determinación legal relativa como aquel que supone la posición intermedia entre la inexistencia legal de límites o indeterminación legal absoluta y fijación de penas exactas en la ley o determinación legal absoluta, en este sistema se realizan parámetros entre medios, tercios y cuartos de pena, según las circunstancias atenuantes, agravantes, para delimitar un rango de pena aplicable a casos concretos.

Este sistema se regula en códigos penales como el español, colombiano y el peruano.

2.4.5. Circunstancias modificativas de la Responsabilidad Penal

Son situaciones que rodean a la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del autor, determinando la

modulación de la pena aplicable, es así que si toma en consideración exige, obviamente, al previa comprobación de la existencia de delito con todos sus elementos. MUÑOZ CONDE (1998:526)

2.4.5.1. Según su naturaleza:

2.4.5.1.1. Comunes o Genéricas:

Son aquellas que pueden operar con cualquier delito (Artículo 46° y 46° A)

2.4.5.1.2. Especiales o específicas:

Son aquellas que la ley designa como aplicables sólo a determinados delitos. (Artículo 189°- robo agravado; 297°- Tráfico ilícito de drogas)

2.4.5.1.3. Elementos típicos accidentales:

Son aquellas circunstancias que se han añadido a la descripción de un tipo básico y generan la configuración de un tipo derivado privilegiado o cualificado (Artículo 107°- Parricidio, artículo 110°- Infanticidio)

2.4.5.2. Según sus efectos:

2.4.5.2.1. Circunstancias Atenuantes:

Son aquellas que son capaces de reducir la penalidad al referirse a factores que determinan un menor injusto, una menor culpabilidad, una menor punibilidad (Artículo 46° inciso 6- Artículo 22° y Artículo 146°),

2.4.5.2.2. Circunstancias Agravantes:

Éstas, como lo anota PEÑA CABRERA indica que son aquellas que determinan una mayor severidad en la sanción, aluden a factores que indican un mayor injusto o mayor culpabilidad (Artículo 46° A) (1987:271)

2.4.5.2.3. Circunstancias Mixtas:

Son aquellas que pueden constituir, alternativamente, un factor agravante o un factor atenuante, pueden disminuir o incrementar la responsabilidad. (Parentesco- Artículo 121°- Artículo 208°)

2.4.6. Determinación e Individualización de la pena a partir de la ley 30076

Se han realizado grandes construcciones teóricas, sostiene al respecto AVALOS RODRIGUEZ para garantizar la posición del sujeto en la evaluación de la criminalidad del hecho [construcciones de la que se ha dicho que son “capaces de partir un pelo por la mitad”], pero no se han construido – salvo honrosas excepciones típicas; como, por ejemplo, la prohibición de doble valoración – criterios teóricos sólidos para garantizar que el individuo no vaya a sufrir una intervención punitiva estatal excesiva. (2015:79)

La dogmática penal se ha preocupado, por ejemplo, en evitar que un sujeto sea condenado por parricidio en lugar de homicidio cuando incurrió en un error de tipo respecto a la especial calidad de su víctima, pero pareciera que le resulta indiferente que, una vez afirmada la comisión del homicidio, el sujeto sea condenado a seis, diez, quince o veinte años de pena privativa de libertad.

2.4.6.1. Determinación de la Pena. Artículo originario-

Artículo 45°: El Juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta: 1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente; 2. Su cultura y sus costumbres; y 3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen.

2.4.6.2. Determinación de la Pena Artículo actual

Artículo 145°: El juez, al momento de fundamentar y

determinar la pena, tiene en cuenta: 1. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función que ocupe en la sociedad; 2. Su cultura y sus costumbres; y, 3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen”.

Encontramos que la norma ha incorporado al inciso 1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente, al “el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función que ocupe en la sociedad”.

En la norma originaria sólo el inciso tercero, esto es, “Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen.”, denotaba una determinación de la pena que en un hecho concreto era menos favorable al sentenciado, sin embargo con esta modificación se agrega circunstancias menos favorables que el juez tiene en cuenta (y no deberá tener en cuenta como se señalaba en el artículo originario).

2.4.6.3. Individualización de la Pena. Artículo Incorporado-

Artículo 45-A. Individualización de la pena: Toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena. Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad. El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas: 1. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes. 2. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las

siguientes reglas:

Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior. b) Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio. c) Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior.

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

En esta norma se plasma la determinación de la pena a partir de precisión de etapas.

2.4.7. Circunstancias Atenuantes y Agravantes a partir de la Ley N° 28726 y Ley N° 30076

2.4.7.1. Artículo originario:

Artículo 46.- Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, considerando especialmente:

1. La naturaleza de la acción; 2. Los medios empleados; 3. La importancia de los deberes infringidos; 4. La extensión del

daño o peligro causados; 5. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión; 6. Los móviles y fines; 7. La unidad o pluralidad de los agentes; 8. La edad, educación, situación económica y medio social; 9. La reparación espontánea que hubiere hecho del daño; 10. La confesión sincera antes de haber sido descubierto; 11. Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente;

2.4.7.2. Incorporación de la ley N° 28726:

Con esta ley de fecha 09 de mayo de 2006, se incorporan dos circunstancias, el inciso 12. La habitualidad del agente al delito, el inciso 13. La reincidencia, además de la siguiente frase: El Juez debe tomar conocimiento directo del agente y, en cuanto sea posible o útil, de la víctima.

Se incorpora lo que atañe a la reincidencia y habitualidad a efectos de agravar la pena para agentes delictivos que continúan delinquirando, esta es una medida de prevención general con la finalidad de alertar las consecuencias para la reincidencia y habitualidad delictiva

2.4.7.3. "Artículo 46. Circunstancias de atenuación y agravación

Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: a) La carencia de antecedentes penales; b) El obrar por móviles nobles o altruistas; c) El obrar en estado de emoción o de temor excusables; d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible; e) Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias; f) Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias

derivadas del peligro generado; g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad; h) La edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible. 2. Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: a) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad; b) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos; c) Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria; d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole; e) Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común; f) Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe; g) Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumar el delito; h) Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función; i) La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito; j) Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable; k) Cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional ;l) Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales; m) Cuando para la

realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva.

En este nuevo artículo incorporado se hace la distinción entre circunstancias agravantes y atenuantes, además se generaliza estas nuevas circunstancias a todos los delitos, que en principio tenían sus propias circunstancias agravantes. Destacan como nuevas circunstancias atenuantes: La carencia de antecedentes penales; el obrar por móviles nobles o altruistas; el obrar en estado de emoción o de temor excusables; la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible.

En cuanto a las nuevas circunstancias atenuantes destacan: Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole; ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable; cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional, cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales.

III. MATERIAL Y PROCEDIMIENTOS

3.1. MATERIALES

Legislación Nacional

Legislación comparada sobre reglas de la determinación judicial de la pena.(10)

Libros y Artículos sobre determinación e individualización de la pena(10)

Sentencias emitidas luego de la dación de la Ley 30076 en la que se aplican las nuevas reglas para la determinación de la pena (10)

Población: La población de estudio estará conformada por treinta (30) sentencias condenatorias emitidas por los juzgados colegiados en la Provincia de Trujillo luego de la dación de la Ley 30076 en la que se aplican las nuevas reglas para la determinación de la pena, durante los años: 2013- 2014.

Muestra: La muestra estará conformada por 10 sentencias condenatorias emitidas por los juzgados colegiados en la Provincia de Trujillo luego de la dación de la Ley 30076 en la que se aplican las nuevas reglas para la determinación de la pena, durante los años: 2013- 2014.

3.2. MÉTODOS

3.2.1. MÉTODOS GENERALES DE LA CIENCIA:

A) Análisis. A través de éste método se podrá estudiar descomponiendo cada uno de los elementos que configuran la problemática respecto a si el no establecimiento de un límite máximo y mínimo en la determinación concreta de la pena de las circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas en el Código Penal, afecta el Principio de Seguridad Jurídica.

B) Síntesis. Con este método se podrá de construir todos los elementos que fueron analizados particularmente, a fin de llegar a conclusiones que nos permitan una visión integral sobre la posibilidad de la modificación del artículo 45-A inciso 3 literal a y b

del Código Penal en el sentido de regular los límites de la pena concreta cuando existan circunstancias atenuantes privilegiadas o circunstancias agravantes cualificadas, para limitar la discrecional judicial en estos casos.

C) Inducción: A partir de éste método se partirá de datos particulares para llegar a una conclusión general, esto se aplicará en la medida del estudio de cada uno de los dispositivos legales nacionales y comparados en cuanto regulen acerca de la individualización de la pena cuando existan circunstancias atenuantes privilegiadas o circunstancias agravantes cualificadas.

D) Deducción. Este método implica partir de bases o datos generales para llegar a una conclusión particular, utilizaremos el método deductivo para analizar diversas aristas de la problemática planteada si el no establecimiento de un límite máximo y mínimo en la determinación concreta de la pena de las circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas en el Código Penal, afecta el Principio de Seguridad Jurídica.

3.2.2. MÉTODOS ESPECÍFICOS DEL DERECHO:

A) Exegético: A través del método exegético analizaremos cada uno de los artículos del código penal sobre la determinación e individualización de la pena.

B) Dogmático: Con el método dogmático, se analizará desde la perspectiva teórica y doctrinaria los principios que informan la determinación e individualización de la pena y la seguridad jurídica en cuanto límite de la arbitrariedad judicial.

C) Derecho: Se analizará desde una interpretación literal, sistemática y teleológica las normas sobre la determinación e individualización de la pena.

3.2.3. TÉCNICAS:

3.2.3.1. DE RECOLECCIÓN:

A) Fichaje: En nuestra etapa de recolección de información empleamos fichas de investigación (textuales, resumen, comentario, mixtas), así como las fichas de campo, a fin de almacenarlas y procesarlas debidamente en el momento respectivo o en la elaboración del Informe Final.

B) Análisis de contenido: Se analizará la información que se obtendrá de la legislación comparada, doctrina y por las sentencias emitidas en el Distrito Judicial de La Libertad luego de la dación de la Ley 30076 en la que se aplican las nuevas reglas para la determinación de la pena.

3.2.3.2. DE PROCESAMIENTO:

A) Estadísticos.

3.2.4. INSTRUMENTOS:

3.2.4.1. DE RECOLECCIÓN:

A) Ficha de investigación bibliográfica.

B) Protocolo de análisis de contenido.

3.2.4.2. DE PROCESAMIENTO:

A) Cuadros: Cuadros respecto a las opiniones de los doctrinarios respecto a los límites de la determinación concreta cuando existan circunstancias atenuantes privilegiadas o circunstancias agravantes calificadas

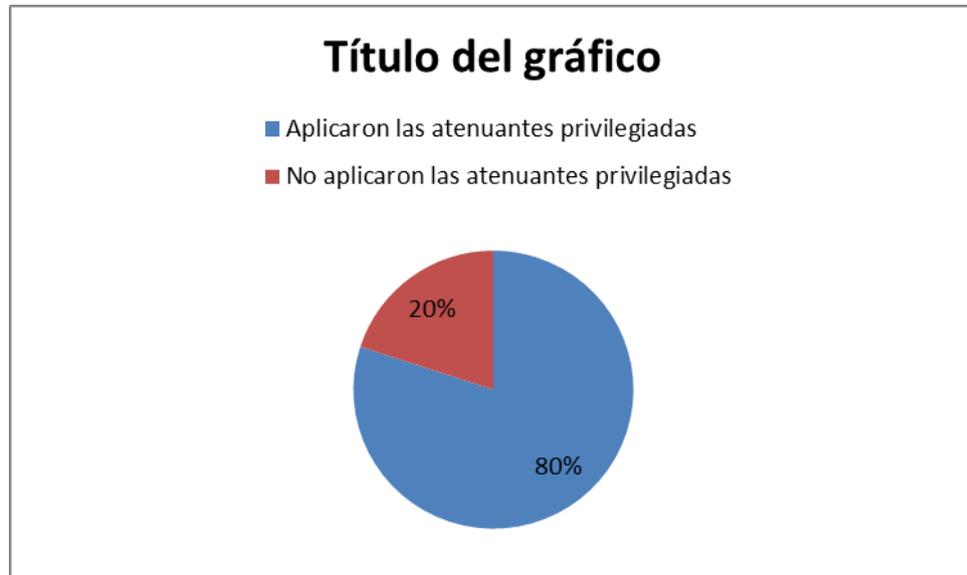
B) Prueba de Hipótesis: Estará conformada por el análisis de la legislación comparada sobre los límites de la determinación concreta cuando existan circunstancias atenuantes privilegiadas o circunstancias agravantes calificadas y las sentencias emitidas en el Distrito Judicial de La Libertad luego de la dación de la Ley 30076 en la que se aplican las nuevas reglas para la determinación de la pena.

IV.RESULTADOS

Resultado N° 1

El 80% de las sentencias condenatorias emitidas por los juzgados colegiados en la Provincia de Trujillo luego de la dación de la Ley 30076 durante los años: 2013-2014 aplicaron la atenuante privilegiada, mientras el 20% no la aplicó.

Aplicaron las atenuantes privilegiadas	8
No aplicaron las atenuantes privilegiadas	2



Resultado N° 2

El 100% de las sentencias condenatorias emitidas por los juzgados colegiados en la Provincia de Trujillo luego de la dación de la Ley 30076 durante los años: 2013- 2014 vulneraron el principio de legalidad.

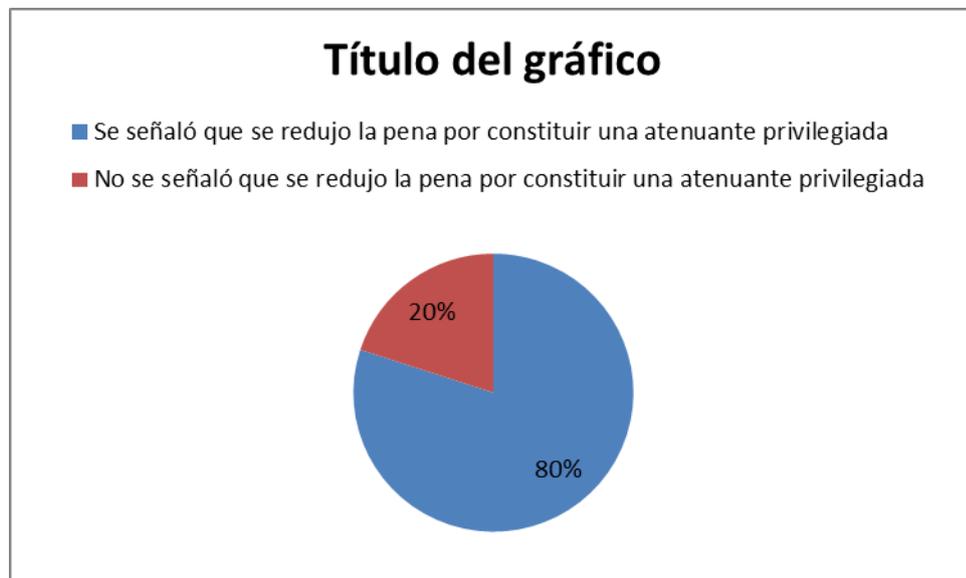
Hubo seguridad jurídica de la pena que se iba a imponer	0
No hubo seguridad jurídica respecto de la pena que se iba a imponer	10



Resultado N° 3

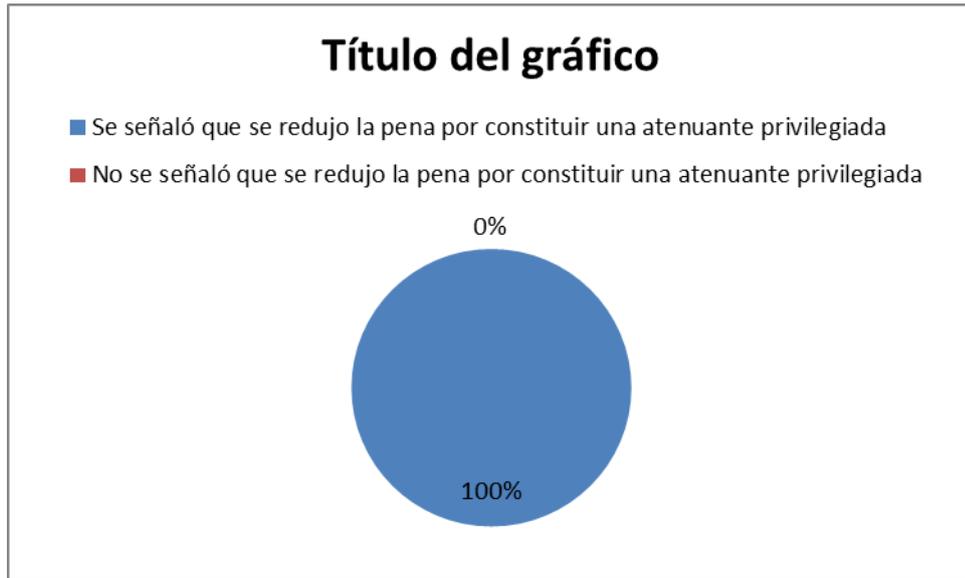
El 80% de las sentencias condenatorias emitidas por los juzgados colegiados en la Provincia de Trujillo luego de la dación de la Ley 30076 durante los años: 2013- 2014 señaló que la pena se reducía en base a una atenuante privilegiada, mientras que el 20% no señaló que existía una atenuante privilegiada, motivo por el cuál no la aplicó.

Se señaló que se redujo la pena por constituir una atenuante privilegiada	8
No se señaló que se redujo la pena por constituir una atenuante privilegiada	2



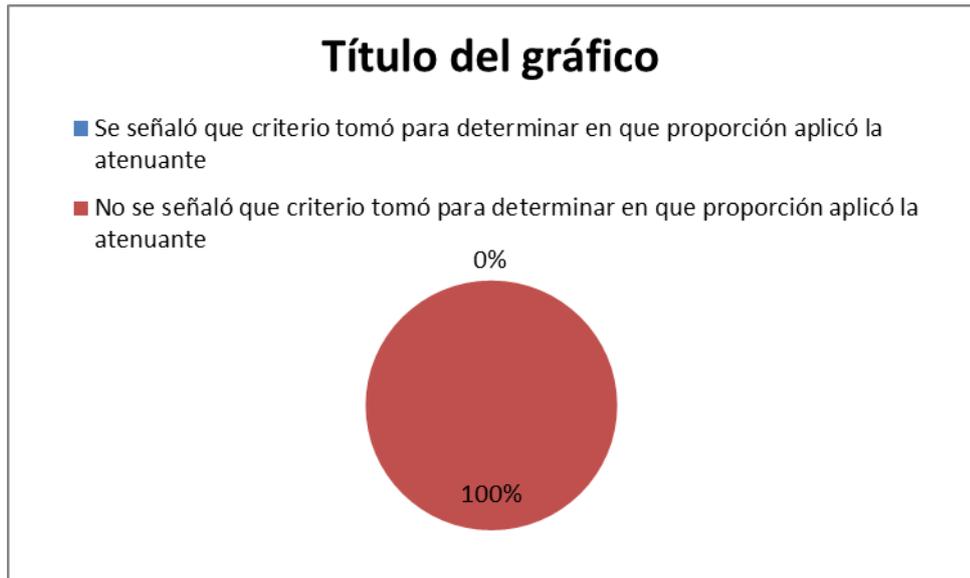
El 100% de las sentencias que SI aplicaron las atenuantes privilegiadas, señalaron la existencia de tales, indicando también qué atenuantes eran.

Se señaló que se redujo la pena por constituir una atenuante privilegiada	8
No se señaló que se redujo la pena por constituir una atenuante privilegiada	0



Ninguna de las resoluciones, señaló cuales fueron los criterios que siguieron para determinar EN QUE PROPORCIÓN tales atenuantes privilegiadas disminuían la pena.

Se señaló que criterio tomó para determinar en que proporción aplicó la atenuante	0
No se señaló que criterio tomó para determinar en que proporción aplicó la atenuante	8



Resultado N° 4

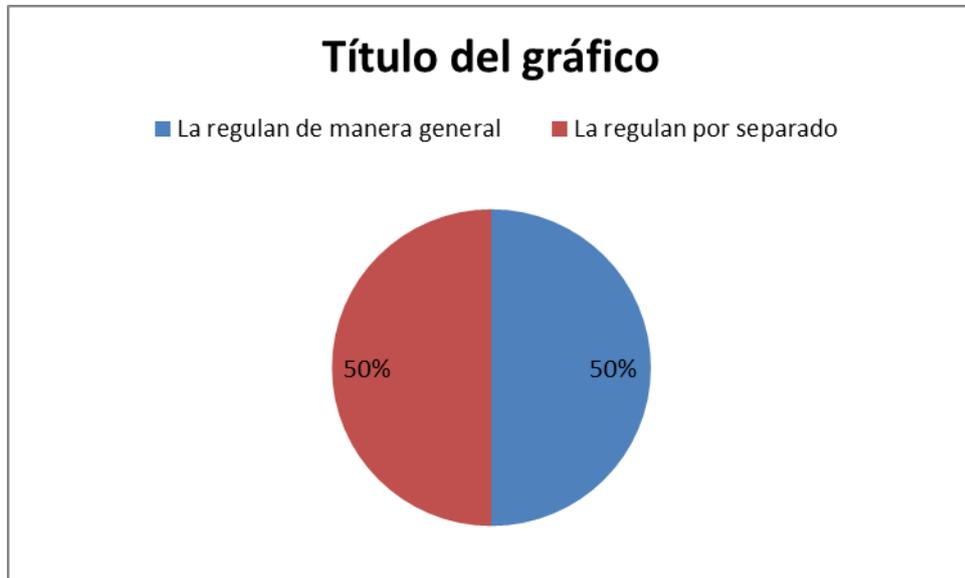
El 100% de las legislaciones contemplan la figura de las atenuantes privilegiadas.

Contemplan la Figura de la Atenuante Privilegiada	6
No Contemplan la figura de la Atenuante Privilegiada	0



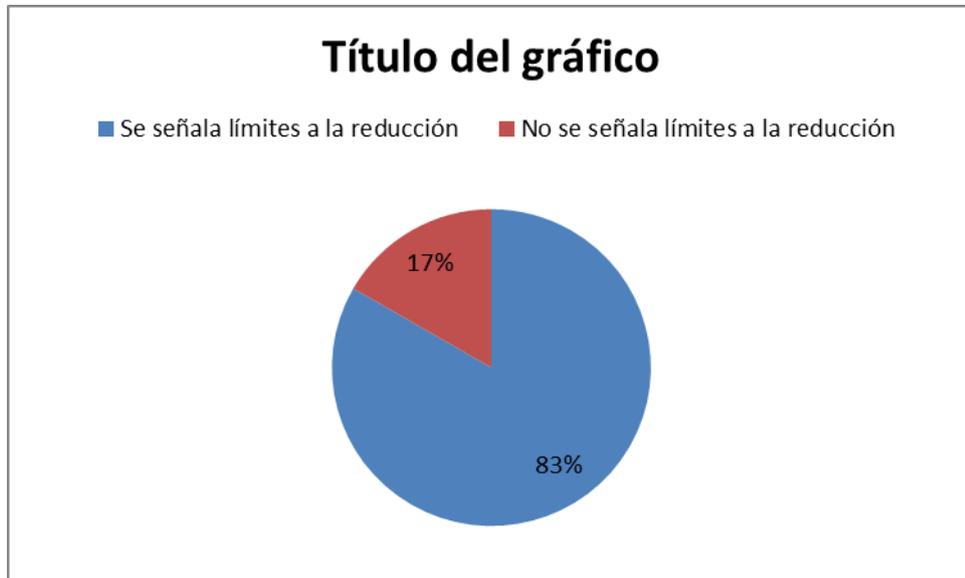
El 50% de las legislaciones regulan por separado las causales de atenuación privilegiada, mientras que el otro 50% las regula de manera individual.

La regulan de manera general	3
La regulan por separado	3



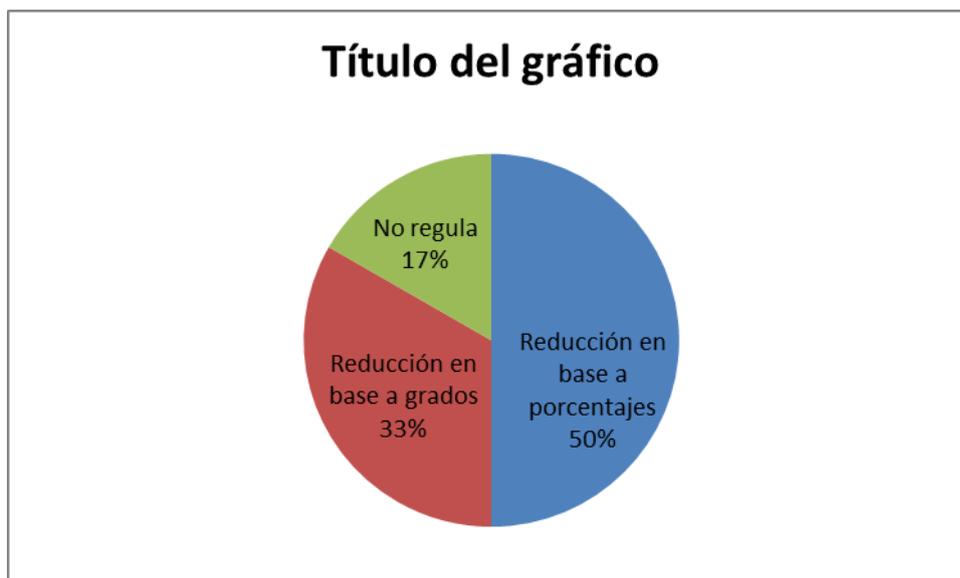
El 83% de las legislaciones analizadas si señala límites a la reducción por atenuación privilegiada, señalando los criterios a seguir para tal reducción, mientras que el otro 17% no contempla los criterios respectivos para su regulación.

Se señala límites a la reducción	5
No se señala límites a la reducción	1



El 17% de las legislaciones analizadas no regula los criterios de reducción en casos de responsabilidad atenuada, otro 33% lo regula en base a grados, y el otro 50% lo regula en base a porcentajes.

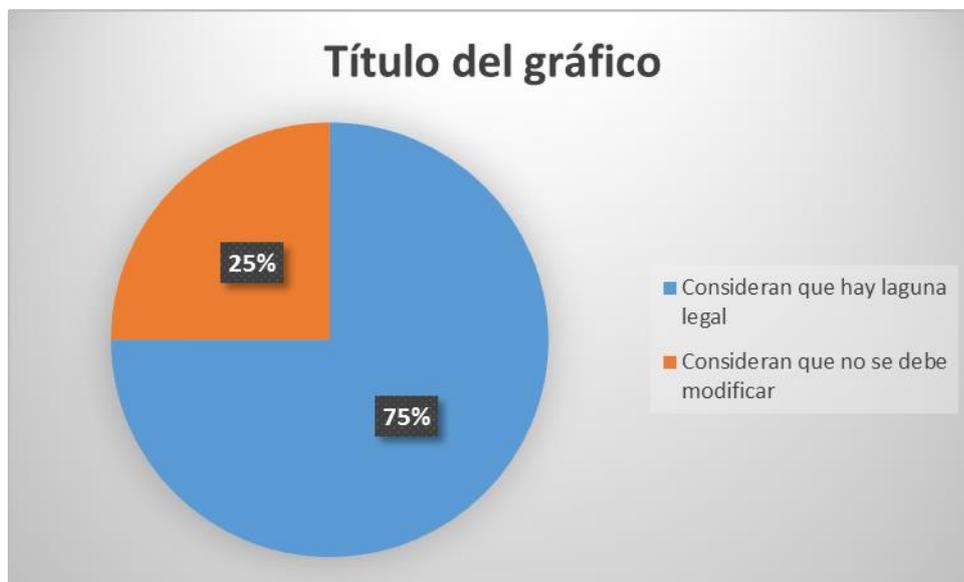
Reducción en base a porcentajes	3
Reducción en base a grados	2
No regula	1



Resultado N° 5

El 75% de los 4 autores estudiados considera que hay una laguna legal, mientras que el otro 25% considera que no se debe modificar la ley.

<i>Consideran que hay laguna legal</i>	3
<i>Consideran que no se debe modificar</i>	1



V. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Discusión de Resultado N° 1

La población fue de 30 sentencias analizadas luego de la ley 30076 que estableció el sistema de tercios para la determinación e individualización de la pena respecto a la consideración de atenuantes privilegiadas solo hemos encontrado un número de 10 sentencias, las cuales fueron recaídos en los expedientes: expediente: 1838-2014-31, expediente: 01782-2013-1-1618-JR-PE-01, expediente: 01506-2015-65, expediente: N° 01256-2014-25-1601-JR-PE-03, expediente: 00741-2014-72, expediente: 00493-2014-47-1601-JR-PE-07, expediente: N° 00430-2013-8-1601-JR-PE-03, expediente: N° 00370-2015-26-1601-JR-PE-01, expediente: N° 00064-2014-38-1601-JR-PE-01, expediente: 00042-2015-2-1601-JR-PE-03.

De los 10 casos en los que encontramos casos de atenuante privilegiada, observamos que en 2 de ellos no tomaron en cuenta esta atenuante privilegiada para la reducción de la pena por debajo del mínimo de la pena, mientras que en los otros 8 casos si fue tomada en cuenta.

	¿Consideraron la atenuante privilegiada?	
	Si	No
EXPEDIENTE: 1838-2014-31.		X
EXPEDIENTE: 01782-2013-1-1618-JR-PE-01	X	
EXPEDIENTE: 01506-2015-65.	X	
EXPEDIENTE: N° 01256-2014-25-1601-JR-PE-03	X	
EXPEDIENTE: 00741-2014-72.	X	
EXPEDIENTE: 00493-2014-47-1601-JR-PE-07	X	
EXPEDIENTE: N° 00430-2013-8-1601-JR-PE-03	X	

EXPEDIENTE: N° 00370-2015-26-1601-JR-PE-01	X	
EXPEDIENTE: N° 00064-2014-38-1601-JR-PE-01	X	
EXPEDIENTE: 00042-2015-2-1601-JR-PE-03		X

Notamos también que en los 10 casos presentes no hubo una disminución proporcional de la pena, siendo de 16.7% la menos reducción y de 66.7% la mayor reducción.

Expediente	Pena Mínima	Pena Impuesta	Porcentaje que se redujo
EXPEDIENTE: 1838-2014-31.	12 años	12 años	0.00%
EXPEDIENTE: 01782-2013-1-1618-JR-PE-01	4 años	3 años	25.00%
EXPEDIENTE: 01506-2015-65.	15 años	5 años	66.67%
EXPEDIENTE: N° 01256-2014-25-1601-JR-PE-03	12 años 10 meses	12 años	6.49%
EXPEDIENTE: 00741-2014-72.	12 años	9 años	25.00%
EXPEDIENTE: 00493-2014-47-1601-JR-PE-07	12 años	8 años	33.33%
EXPEDIENTE: N° 00430-2013-8-1601-JR-PE-03	12 años	10 años	16.67%
EXPEDIENTE: N° 00370-2015-26-1601-JR-PE-01	12 años	7 años	41.67%
EXPEDIENTE: N° 00064-2014-38-1601-JR-PE-01	12 años	9 años	25.00%
EXPEDIENTE: 00042-2015-2-1601-JR-PE-03	15 años	15 años	0.00%

Observamos que el no establecimiento de un límite mínimo respecto de la reducción de la pena en caso haya presente una atenuante privilegiada, afecta la seguridad jurídica, pues se observa en las sentencias que no hay una proporción mayoritaria respecto de la disminución.

Esta desproporción es más notable en los expedientes: expediente: 00741-2014-72, expediente: 00493-2014-47-1601-JR-PE-07, expediente: N° 00430-2013-8-1601-JR-PE-03, expediente: N° 00370-2015-26-1601-JR-PE-01, expediente: N° 00064-2014-38-1601-JR-PE-01, en la que todas las sentencias son por robo agravado, siendo la pena mínima de 12 años, pero en la que la atenuación privilegiada hizo que les den 9, 8, 10, 7 y 9 años respectivamente sin explicar la diferencia de criterios.

Se observa también que en el expediente N° 01256-2014-25-1601-JR-PE-03 se redujo la pena en un 6.5% mientras que en el expediente: 01506-2015-65 la reducción fue de 66.7%, mostrando una considerable diferencia.

Otro aspecto a observar es la respuesta que ha dado el órgano jurisdiccional ante los casos de dos circunstancias atenuantes privilegiadas o una atenuante privilegiada junto con otra institución que reduzca la pena por debajo del mínimo legal.

Es así que vemos en el expediente: N° 01256-2014-25-1601-JR-PE-03 que, a los 3 imputados se les redujo la pena por conclusión anticipada, siendo que uno de ellos era menor de edad, a quien se le redujo más aún que los otros dos coautores, con lo que apreciamos que el juez de ese caso si hizo una reducción por cada una de las causales de disminución.

Por otro lado, vemos los expediente: 00493-2014-47-1601-JR-PE-07 y expediente: N° 00064-2014-38-1601-JR-PE-01, ambos de robo agravado, en la que el delito quedó en grado de tentativa, y en cada caso se encontró un imputado que tenía entre los 18 y 21 años. Siendo que la pena mínima era de 12 años, a estos imputados se les dio 8 y 9

años en sus respectivas sentencias.

Esto es más distinguible en el expediente: 01506-2015-65, procesado por extorsión, en este proceso de 15 años como pena mínima, el imputado se somete a la conclusión anticipada, teniendo además entre 18 y 21 años, siendo además que este delito quedó en etapa de tentativa, condenaron al imputado a 5 años (a lado de los 15 años como pena mínima).

Discusión de Resultado N° 2

El principio de legalidad señala que la única fuente productora de la ley penal en el sistema peruano son los órganos constitucionalmente habilitados y, la única ley penal es la ley formal de ellos emanada, dejando de lado liminarmente la posibilidad de que la doctrina, la jurisprudencia y la costumbre puedan otorgar una especie de habilitación del poder punitivo.

Asimismo, el Principio de Legalidad implica cuatro tipos de garantías: a) la garantía criminal, la cual exige que para que se constituya delito una determinada conducta, ésta debe haberse determinado por la ley (nullum crimen sine lege); b) la garantía penal, la cual requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho (nulla poena sine lege); c) la garantía jurisdiccional, la cual exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial, y, d) la garantía de ejecución, la cual requiere que también la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule.

Es así que la no limitación de los efectos de la atenuación privilegiada da lugar a que no se pueda saber **PREVIAMENTE** cuál es la pena prevista para esos casos, siendo que la pena puede ser de dos días, y la máxima puede ser un día menos que el mínimo legal de dicha pena. Cabe resaltar que el principal fundamento del principio de legalidad es la seguridad jurídica, esta apreciada como la seguridad de todo ciudadano de no ser condenado a una pena que no estaba tipificada al momento de su comisión, la seguridad jurídica de no ser condenado con una pena mayor a la estipulada para el delito que cometió, etc. Es esta

seguridad jurídica la que se ve afectada con esta deficiencia, debido a que quien está incluido en la aplicación de una atenuante privilegiada (atenuante que la ley otorga) no sabrá a que disminución tiene derecho, quedando entonces a merced de la concesión del juez, no pudiendo apelar si considera que tal disminución fue menor a lo que proporcionalmente corresponde.

Discusión de Resultado N° 3

De las 10 resoluciones en análisis, notamos que el 20% no consideran las atenuantes privilegiadas, tal como se aprecia en el EXPEDIENTE: 1838-2014-31 y EXPEDIENTE: 00042-2015-2-1601-JR-PE-03.

Tal hecho lo distinguimos en el expediente 1838-2014-31, en el que se consideraron las atenuantes (normales), mas no tuvieron en cuentas las atenuantes privilegiadas, pues uno de los imputadores tenía entre 18 y 21 años de edad, y por tanto debió reducirse la pena por responsabilidad restringida:

16.1. Habiendo solicitado el representante del Ministerio Público, TRECE años de pena privativa de libertad efectiva para los acusados Julio César Alayo Domínguez y Juan José Rodríguez Rodríguez, este Colegiado ha deliberado y asumido que la penalidad que corresponde a los acusados es la que señala el artículo 189° del Código Penal, el cual, es no menor de doce ni mayor de veinte años de pena privativa de libertad, razón por la cual, a efectos de aplicarla, merece, un análisis dentro del contexto del artículo 1° de la Ley N° 30076, que modifica los artículos 45 y 46 del Código Penal, los cuales señalan los presupuestos para fundamentar y determinar la pena; así como, las circunstancias de atenuación y agravación que no estén previstos específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible.

16.2. Así, respecto a los presupuestos para fundamentar y determinar la pena, se debe tener en cuenta: 1. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función que ocupe en la sociedad; 2. Su cultura y sus costumbres; 3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las

personas que de ella dependen. Teniendo en cuenta estos presupuestos, se verificó que los acusados Julio César Alayo Domínguez y Juan José Rodríguez Rodríguez en el momento del hecho punible tenían 20 y 24 años de edad respectivamente, mayoría de edad que de acuerdo a nuestro Ordenamiento Jurídico, les ha permitido tener plena capacidad mental y nivel cultural suficiente para darse cuenta de sus actos contrarios a ley.

16.3. Respecto a las circunstancias atenuantes, los acusados son agentes primarios por cuanto no cuenta con antecedentes penales y en cuanto a las circunstancias agravantes, no presenta ninguna circunstancia que agrave su condición.

16.4. Luego, la pena a imponer debe ser acorde con lo previsto en el artículo 45-A del Código Penal (Ley N° 30076, que lo incorpora), respecto a la individualización de la pena, el cual señala:

“toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena. Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la Ley, el Juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas de delito o modificatorias de la responsabilidad. El Juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas: 1. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la Ley para el delito y la divide en tres partes. 2. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes, observando las siguientes reglas: a). Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior. b) Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio. c) Cuando concurren únicamente circunstancias de agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior. 3. Cuando concurren circunstancias atenuantes

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

16.5. De los criterios desarrollados, se advierte que en el presente caso se evidenció la concurrencia de circunstancia atenuante (no tener antecedentes penales), por lo que la pena se fijará en atención a la regla subrayada líneas arriba, que corresponde **al literal a), inciso 2 del artículo 45-A del Código Penal**, dentro de la pena legalmente establecida en su tercio inferior. Por ello, el Colegiado teniendo en cuenta, estima que resulta razonable y proporcional fijar la pena a los acusados Julio César Alayo Domínguez y Juan José Rodríguez Rodríguez en DOCE AÑOS de pena privativa de la libertad.”

Vemos además que el 80% de las resoluciones si señala que se aplicó la reducción motivo de la atenuante privilegiada, tal como vemos en los EXPEDIENTE: 01782-2013-1-1618-JR-PE-01, EXPEDIENTE: 01506-2015-65., EXPEDIENTE: N° 01256-2014-25-1601-JR-PE-03, EXPEDIENTE: 00741-2014-72., EXPEDIENTE: 00493-2014-47-1601-JR-PE-07, EXPEDIENTE: N° 00430-2013-8-1601-JR-PE-03, EXPEDIENTE: N° 00370-2015-26-1601-JR-PE-01, EXPEDIENTE: N° 00064-2014-38-1601-JR-PE-01.

Así vemos que el EXPEDIENTE: N° 01256-2014-25-1601-JR-PE-03 señala que se aplicó una atenuante privilegiada, aunque lo señala de manera muy superficial, solo indicando que se aplicó lo señalado en los artículos 45, 46 y 47 del código penal peruano.

Dicha sentencia fue por un delito de robo agravado, no hubo (aparte de las que configuran el robo agravado) más circunstancias agravantes normales ni agravantes cualificadas. Hubo una circunstancia atenuante normal (la de no tener antecedentes policiales). A dos les dieron 12

años 10 meses (154 meses), pero al que tiene 19 años le dieron 12 años (144 meses).

Si les dieron (a los dos primeros) 154 meses, es porque sin conclusión anticipada les debían dar 180 meses o 15 años, lo cual no fue correcto pues están en el tercio intermedio, cuando en el presente caso deben estar en el tercio inferior (ya que no hay circunstancias agravantes).

Al de 19 años le dieron 144 meses, es decir le redujeron 1/14 aproximadamente. Lo que confirma que le bajan la pena aunque ya haya la reducción de la conclusión anticipada, y confirma que las agravantes que forman parte de la figura trabajan el tipo como una unidad.

Aún así, consideramos que la reducción que se le hizo a la pena por motivos de responsabilidad restringida, fue mínima (1/14 de la pena), sobre todo en comparación con otras resoluciones revisadas en esta discusión:

“FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DE CONFORMIDAD:

QUINTO.- Que, el delito contra el Patrimonio en la modalidad de Robo Agravado, materia de la acusación fiscal que se imputa a los acusados está prevista y sancionada como tipo base en el artículo 188 del Código Penal, referido a que : “El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física, será reprimido (...)”, con las circunstancias agravantes contempladas en la primera parte del artículo 189 del mismo Código Sustantivo, que está referida a que: “ La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años, si el robo es cometido; ... inciso 2º “Durante la noche” inciso 3º “A mano armada” inciso 4º “ Con el concurso de dos o más personas y 8º “Sobre vehículo automotor de servicio público ”, de modo que el bien jurídico tutelado en estos casos es, como afirma el tratadista Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre: “el robo al igual que el hurto constituyen un atentado contra el patrimonio, contra los derechos reales inherentes a la propiedad, cuando se produce el

desapoderamiento del bien mueble, debiendo agregar algo más en el caso de robo, que es de verse que el plus de desvalor radica en que la sustracción del bien se realiza mediando violencia y/o amenaza grave sobre la persona, por lo que la libertad, la vida, el cuerpo y la salud también son objeto de tutela en este tipo penal.” , por consiguiente, la conducta que se atribuye a los acusados se adecúa a la hipótesis normativa acotada.-

SEXTO.- Que, de los acuerdos arribados por las partes, aparece que los acusados han admitido su responsabilidad penal y civil, en cuyo caso no es materia de pronunciamiento la forma y circunstancias como han ocurrido los hechos, ni la evaluación de los medios probatorios ofrecidos que no han sido actuados al tratarse de una conclusión anticipada del juicio oral, de modo que para poder aprobar la conformidad en los términos acordados, se debe tener en cuenta lo que disponen los artículos 45 y 46 del Código Penal para la determinación judicial de la pena, así como los principios de Lesividad, Proporcionalidad y de Función Resocializadora de la Pena contemplados en los artículos IV, VIII y IX del Título Preliminar del Código Penal, incidiendo en que dichos acusados son agentes de escasa cultura y modesta condición económica, cuyas carencias son factores que evidentemente han propiciado la producción del evento delictuoso, y se deben tener en cuenta conforme al artículo 45 del Código Penal, además, estos acusados son delincuentes primarios pues carecen de antecedentes penales, lo cual constituye circunstancia de atenuación contemplada en el párrafo a) del inciso 1. del artículo 46 del Código Penal, también se debe considerar que el delito de Robo Agravado incriminado está reprimido en el primer párrafo del citado artículo 189 del Código Penal, con pena privativa de libertad no menor de doce ni mayor de veinte años, a lo cual se debe agregar que al haberse acogido los acusados a la conclusión anticipada del juicio oral, se han hecho merecedores al beneficio premial de reducción de pena por aplicación analógica del artículo 471 del Código Procesal Penal, conforme ha establecido como

doctrina legal el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 del IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de la República, por todo lo cual resultan atendibles las penas privativas de libertad acordadas por las partes. Respecto a la reparación civil que contemplan los artículos 92 y 93 del Código Penal, se ha de contemplar el daño ocasionado a la víctima, por lo que en el presente caso se puede considerar prudencial el monto de la reparación civil acordado, con tanta mayor razón si no hay actor civil constituido, por todas estas consideraciones, resulta procedente aprobar el acuerdo arribado por los sujetos procesales.-

PARTE RESOLUTIVA:

En consecuencia, evaluando las cuestiones relativas a la existencia del hecho delictuoso, calificación legal de los supuestos fácticos con la premisa normativa, los supuestos respecto de la pena y la reparación civil, así como respecto a la responsabilidad penal de los acusados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos IV, VIII y IX del Título Preliminar, y artículos 6, 12, 23, 45, 46, 47, 92, 93, 188 y 189 del Código Penal, y artículos 372, 394, 396 y 399 del Código Procesal Penal, de acuerdo con las reglas de la lógica y la sana crítica, impartiendo justicia a nombre de la Nación, el Segundo Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Trujillo.”

La deficiencia de dichas resoluciones, radica en que ninguna de las que aplican la reducción de la pena por debajo del mínimo legal en razón a una atenuante privilegiada, señala que criterios tomó para decidir en que proporción reducir tal pena,

Es así que vemos el expediente EXPEDIENTE 01506-2015-65, resolución recaída sobre un delito de extorsión agravada (pues el autor hizo la llamada desde la prisión), en ella, autor y cómplice aceptaron conclusión anticipada, además, el cómplice primario tenía entre 18 a 21 años, computándose por ello la reducción por responsabilidad restringida, además, el delito quedó en fase de tentativa, razón por la cual, al cómplice le dieron una pena de 5 años, siendo el mínimo legal

15. Dicha resolución, señala claramente los motivos de la reducción, aunque no indican cuales fueron los criterios seguidos para determinar la proporción en la que redujeron la pena:

“DECIMO.- INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA Y REPARACIÓN CIVIL: La pena contenida en el Art. 200° del Código Penal, establece una pena privativa de libertad no menor diez ni mayor de quince años, sin embargo es concordante con el Art. 16° del código penal por tratarse de un delito en grado de tentativa, lo que se les reducirá prudencialmente la pena; el acusado Carlos Salinas Ramírez ha reconocido su autoría en el delito, por lo que se ha sometido a la conclusión anticipada de juicio, reduciéndole un séptimo de su pena concreta, la cual se inicia del mínimo legal de la pena conminada como lo establece el Art. 45°-A del Código Penal, además de que el bien jurídico protegido no ha sido dañado, pero como lo establece el Art. 46°-B del Código Penal se trata de un sujeto reincidente “la conducta criminal se cometió desde el interior de un centro penitenciario”, conforme lo ha fundamentado el representante del Ministerio Público, solicitó se le imponga al acusado quince años de pena privativa de libertad, como autor del delito de Extorsión en grado de tentativa; el acusado Pablo Cesar Manosalva Silva se sometió a la conclusión anticipada de juicio por lo que se le ha reducido un sétimo de la pena concreta, la cual se inicia del mínimo legal de la pena conminada como lo establece el Art. 45°-A, además de tratarse de un agente primario, la edad del imputado, contribuyó en la identificación del autor de las llamadas extorsivas y, conforme lo ha fundamentado el representante del Ministerio Público, solicitó se le imponga al acusado cinco años de pena privativa de libertad, como cómplice primario delito de Extorsión en grado de tentativa; y al pago de S/. 2000.00 nuevos soles por concepto de reparación civil a favor del agraviado Adán Aníbal Jara Grados que lo cancelarán los acusados de forma solidaria.”

Vemos en cambio, el EXPEDIENTE: N° 00370-2015-26-1601-JR-PE-01, sentencia impuesta por robo agravado, la única atenuante

privilegiada fue que el delito quedó en grado de tentativa, aún así, lo condenaron a 7 años cuando el mínimo legal era de 12 años:

“DECIMO PRIMERO.- Que, para la determinación judicial de la pena por el delito de robo agravado en grado de tentativa, en agravio de Eleuterio Cabanillas Julón, se ha de tener en cuenta la forma y circunstancias como han ocurrido los hechos y las calidades personales del acusado Carlos Humberto Mendoza López, conforme establecen los artículos 45 y 46 del Código Penal, así como los principios de Lesividad, Proporcionalidad y de Función Resocializadora de la Pena, consagrados en los artículos IV, VIII y IX del Título Preliminar del acotado Código Penal, incidiendo en que dicho acusado es un agente de escasa cultura y modesta condición económica, cuyas carencias se deben tener en cuenta como factores determinantes de su conducta delictiva, así como que si bien tiene antecedentes penales como resulta del informe del Registro Distrital de Condenas de la Libertad que ha sido oralizado y corre a fojas diez y once del expediente judicial, su condición jurídica no es la de reincidente por que se trató de condena suspendida con el carácter de condicional, también se debe considerar que el robo incriminado se produjo en horas de la noche y con el concurso de más de dos personas, que son circunstancias agravantes del delito de robo contemplados en los incisos 2. y 4. de la primera parte del artículo 189 del Código Penal, que reprime el hecho con pena privativa de libertad no menor de doce ni mayor de veinte años, conforme se ha visto al estudiar dicho delito en el sexto considerando de esta sentencia, esto no obstante, se debe considerar que el delito quedó en grado de tentativa como se ha visto, que permite disminuir prudencialmente la pena, conforme faculta el artículo 16 in fine del Código Penal, por lo que tratándose de un atenuante privilegiado, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior, conforme establece el párrafo a) del inciso 3. del artículo 45-A del Código Penal, en cuyo caso resulta prudencial y equitativa la pena privativa de libertad de siete años solicitada por el señor Fiscal en su alegato de clausura, con la cual ha estado de acuerdo

la defensa técnica del acusado al formular también su alegato de clausura; que, por último, para el cómputo de la pena conforme al artículo 47 del Código Penal, se ha de tener en cuenta que el acusado se encuentra con mandato de prisión preventiva computable desde el trece de Abril del año dos mil catorce en que fue intervenido por la policía, conforme se indica en el Acta de Registro de Audiencia de Prisión Preventiva y Acta de Registro de Audiencia de Prolongación de Prisión Preventiva corrientes a fojas cinco y ocho de cuaderno de debate respectivamente”.

Discusión de Resultado N° 4

En el análisis de la legislación comparada encontramos 8 legislaciones, como son las de Argentina, Paraguay, Chile, Colombia, Ecuador y Venezuela.

El 100% de las legislaciones contemplan la figura de las atenuantes privilegiadas, indicando que deben recibir una pena por debajo del límite inferior de la pena.

El 50% de los casos, representados por Ecuador, Venezuela y Paraguay regulan las atenuantes privilegiadas de manera general, sin hacer distinción si la reducción se debe a tentativa, responsabilidad restringida por razón de edad u otra causal.

Es el caso de Ecuador, que si bien no hace distinción a la causal de atenuación, si hacen una distinción clara respecto de la pena impuesta antes de la atenuación, es así que

Paraguay en el mismo sentido, solo señala las causales de atenuación y concede al juez la potestad de criterio respecto del cual será la atenuante, tal como lo señala en su artículo 50° (Efectos de las circunstancias agravantes y atenuantes): “Las circunstancias agravantes, tanto las generales como las especiales, le permiten al Juez llegar al máximo; y las atenuantes, el mínimo de la pena establecida para cada delito. Para elevar o rebajar la pena, el Juez atenderá, preferentemente, a la calidad de las circunstancias concurrentes y a las conclusiones que ellas permitan derivar acerca

de la mayor o menor peligrosidad del agente.”

El otro 50% de los casos, representado por Chile, Colombia y Argentina, regulan de manera distinta cada causal por la cual aplicar las atenuantes privilegiadas, separando aquellas que son provenientes de tentativa, de complicidad secundaria, responsabilidad restringida, etc.

Es así que en el Código Penal Argentino, en su artículo 44° señalan que “(en caso de tentativa)... La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad”.

El 83% de las legislaciones analizadas, representadas por Chile, Argentina, Colombia, Ecuador y Venezuela si señalan límites a la reducción por atenuación privilegiada, señalando los criterios a seguir para tal reducción, mientras que el otro 17% representado por Paraguay, no contempla los criterios respectivos para su regulación

El 17% de las legislaciones analizadas representadas por Paraguay no regula los criterios de reducción en casos de responsabilidad atenuada.

Otro 33% representados por Chile y Ecuador lo regula en base a grados.

Tal como vemos en el análisis de las legislaciones, Chile utiliza una técnica legislativa en base a grados, en modo tal que las reducciones por atenuante privilegiadas serán en grados, como es el caso de su regulación de la tentativa que señala: “A los autores de crimen o simple delito frustrado y a los cómplices de crimen o simple delito consumado, se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el crimen o simple delito. A los autores de tentativa de crimen o simple delito, a los cómplices de crimen o simple delito frustrado y a los encubridores de crimen o simple delito consumado, se impondrá la pena inferior en dos grados a la que señala la ley para el crimen o simple delito.”

Ecuador, de forma similar, utiliza la técnica de regulación de figuras punitivas, siendo que la reducción por atenuante privilegiada reducirá

la pena de una figura punitiva a otra figura inferior. Es así que el código penal ecuatoriano regula en su artículo 72°: Cuando haya dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante no constitutiva o modificatoria de infracción, las penas de reclusión serán reducidas o modificadas de esta manera: “La reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años se sustituirá con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años; La reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años se reemplazará con reclusión menor de seis a nueve años; La reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años se sustituirá con reclusión menor de tres a seis años; La reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años se reemplazará con reclusión menor ordinaria de seis a nueve años; La reclusión menor ordinaria de seis a nueve años se sustituirá con prisión correccional de dos a cuatro años; y, La reclusión menor de tres a seis años quedará reemplazada con prisión correccional de uno a dos años.”

El otro 50% de las legislaciones comparadas, representadas por Argentina, Venezuela y Colombia, lo regula en base a porcentajes.

Tal es el caso de Argentina, que regula la disminución en casos de tentativa se disminuye de un tercio a la mitad, tal como señala su artículo 44°, así también en caso de complicidad secundaria, la reducción será igual.

Discusión de Resultado N° 5

De los 4 autores analizados, el 75% considera que hay una laguna legal al respecto, mientras que el 25% señala que una modificación sería contraproducente.

Entre el 75% que considera que hay laguna legal, Mario Magariños y Carlos Ávalos consideran que hay una deficiencia mas no señalan que deba modificarse.

Mientras que Fernando Velásquez Velásquez sí considera que se debe hacer una modificación al respecto, es así que expresa que “Los estudiosos de diversas nacionalidades proclaman hoy la necesidad de manejar en esta parcela del saber jurídico unas reglas y unos criterios jurídicos racionalmente controlables, y por ende, no discrecionales. Ello, justamente explica el empeño de algunos teóricos encaminado a erigir un nuevo ramo del saber jurídico dotado de plena autonomía- el derecho de las sanciones o de las consecuencias jurídicas- que busque ponerles coto al azar y la arbitrariedad, tan comunes en la práctica judicial de los países de esta zona del orbe cuando se trata de abordar estas materias dicho de otra forma: se persigue dotar jalonar la elaboración de una teoría de la medición judicial que sea coherente con los principios que inspiran un determinado ordenamiento jurídico, de tal manera que sea posible la imposición de una sanción racional, proporcional y, como consecuencia, adecuada, en cada caso de la vida real”.

Por su parte, autores como Patricia Ziffer consideran que no es necesaria una modificación legal, sino que “el hecho de que la individualización de la pena no pueda ser un procedimiento racionalizable more geométrico, que sólo permita la precisión propia de objetos valorativos, no libera la necesidad de que los fundamentos de la determinación estén decididos sin contradicciones en sus concreciones, añade la autora: “Esto implica que en la decisión se deben hacer explícitas circunstancias que se valoran y como se lo hace”.

VI. CONCLUSIONES

- 6.1. El no establecimiento de un límite mínimo en la determinación de la pena en las circunstancias atenuantes privilegiadas del Código Penal Peruano afecta el Principio de Seguridad Jurídica, porque se vulnera a su vez la garantía de *lex certa*, la prohibición de las leyes indeterminadas, y ello contribuye a que deje al libre arbitrio y sobre todo a la discrecionalidad judicial el establecimiento de la pena concreta, lo que genera inseguridad jurídica.
- 6.2. Los principios del Derecho Penal el no establecimiento de un límite mínimo en la determinación concreta de la pena de las circunstancias atenuantes privilegiadas del Código Penal Peruano fueron vulnerados en las sentencias condenatorias emitidas por los juzgados colegiados en la Provincia de Trujillo luego de la dación de la Ley 30076 en la que se aplican las nuevas reglas para la determinación de la pena, durante los años: 2013-2014, son básicas tres, el principio de legalidad, el principio de seguridad jurídica y el principio de proporcionalidad, los mismos que importan la necesidad de un límite mínimo en la pena concreta de la aplicación de las atenuantes privilegiadas, porque la inexistencia de una regla determinativa, genera que no se cautela un mínimo de seguridad o conocimiento de la norma aplicable al operador jurídico y puede dar lugar a penas desproporcionales.
- 6.3. No se aplicaron criterios para establecer los límites de la pena concreta en las circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas del Código Penal Peruano en las sentencias condenatorias emitidas por los juzgados colegiados en la Provincia de Trujillo luego de la dación de la Ley 30076 en la que se aplican las nuevas reglas para la determinación de la pena, durante los años: 2013- 2014, pues encontramos en dichas resoluciones, sólo se limitan a mencionar la observancia de los artículos 45, 46 y 47 del Código Penal, pero no se ensayan argumentaciones ni fundamentaciones, que expliquen las razones del *quantum* punitivo impuesto.

- 6.4. Las reglas que se aplican en la legislación comparada para determinar la pena concreta cuando existan circunstancias atenuantes privilegiadas, son la determinación de escalas inferiores al mínimo legal, por ejemplo en Chile cuando existe una atenuante privilegiada se disminuye la pena en dos grados inferiores y cuando concurren dos atenuantes privilegiadas, la pena se disminuye en tres grados inferiores, en Argentina, en caso de tentativa y de complicidad secundaria, la pena se reducirá de un tercio a la mitad, incluso se señala que cuando la pena es de cadena perpetua, en caso de atenuante privilegiada la pena es tasada en diez a quince años.
- 6.5. La doctrina señala en su mayoría que debe establecer los límites de la pena concreta en las circunstancias atenuantes privilegiadas del Código Penal Peruano, sin embargo, no elabora una propuesta o una regla para la determinación de la pena concreta cuando existen atenuantes privilegiadas.

VII. RECOMENDACIONES

- 7.1. A nivel Jurisprudencial mediante un Acuerdo Plenario o un Pleno Casatorio (Precedente Vinculante), la Jurisprudencia Nacional, debería establecerse una regla que permita determinar la pena concreta cuando en un proceso existan atenuantes privilegiadas, a efectos de evitar, la vulneración de principios como el de seguridad jurídica, principio de legalidad y así evitar la arbitrariedad y discrecionalidad judicial.
- 7.2. De no existir un pronunciamiento jurisdiccional que regule un marco concreto de aplicación de las atenuantes privilegiadas en el código penal, se debe proponer un proyecto de ley que incorpore una regla o marco mínimo punitivo, cuando existan atenuantes privilegiadas en el código penal peruano.