

FACULTAD DE DERECHO

Escuela Académico Profesional de Derecho

Tesis

**Criterios de proporcionalidad que el juez debe tomar
en cuenta al momento de determinar la pena concreta
dentro del tercio inferior en el delito de homicidio
simple**

Victor David Montes De Oca Zegarra
Jhonatan Ronny Espinoza Torres
Juan Raul Montesinos Alvarez

Para optar el Título Profesional de Abogado

Huancayo, 2024

Repositorio Institucional Continental
Tesis digital



Esta obra está bajo una Licencia "Creative Commons Atribución 4.0 Internacional" .

INFORME DE CONFORMIDAD DE ORIGINALIDAD DE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

A : Dra. Eliana Mory Arciniega
Decana de la Facultad de Derecho

DE : Héctor Fidel Rojas Rodríguez
Asesor de Tesis

ASUNTO : Resultado de evaluación de originalidad de trabajo de investigación

FECHA : 11 de septiembre del 2024

Con sumo agrado me dirijo a vuestro despacho para saludarla, en vista de haber concluido el desarrollo de la tesis titulado: **"CRITERIOS DE PROPORCIONALIDAD QUE EL JUEZ DEBE TOMAR EN CUENTA AL MOMENTO DE DETERMINAR LA PENA CONCRETA DENTRO DEL TERCIO INFERIOR EN EL DELITO DE HOMICIDIO SIMPLE"**, perteneciente a los estudiantes **Victor David Montes De Oca Zegarra, Jhonatan Ronny Espinoza Torres y Juan Raul Montesinos Alvarez** de la E.A.P. de Derecho; se procedió con la carga del documento a la plataforma **"Turnitin"** y se realizó la verificación completa de las coincidencias resaltadas por el software dando por resultado **20 %** de similitud sin encontrarse hallazgos relacionados a plagio. Se utilizaron los siguientes filtros:

- Filtro de exclusión de bibliografía SI NO
- Filtro de exclusión de grupos de palabras menores
Nº de palabras excluidas: **15 PALABRAS** SI NO
- Exclusión de fuente por trabajo anterior del mismo estudiante SI NO

En consecuencia, se determina que el trabajo de investigación constituye un documento original al presentar similitud de otros autores (citas) por debajo del porcentaje establecido por la Universidad Continental.

Recae toda responsabilidad del contenido del trabajo de investigación sobre el autor y asesor, en concordancia a los principios expresados en el Reglamento del Registro Nacional de Trabajos conducentes a Grados y Títulos – RENATI y en la normativa de la Universidad Continental.

Atentamente,

DEDICATORIA

A todas las personas que pusieron su plena confianza en nosotros, para poder terminar este gran proceso de titulación.

AGRADECIMIENTO

A nuestros familiares y amigos y seres queridos, que estuvieron apoyándonos durante todo este proceso de titulación.

RESUMEN

Al analizar los fallos jurisprudenciales sobre el delito de homicidio, se observa la ausencia de un criterio de determinación al interior del tercio inferior, lo que resulta indebidamente favorable a los sujetos que cometen ese delito, por cuanto, ante la concurrencia solo de atenuantes (criterio legal para la ubicación de la pena en el tercio inferior), la determinación judicial concreta parte, en la práctica, del extremo inferior del tercio.

Partiendo de esta problemática, el presente trabajo analiza la necesidad de identificar un marco normativo que los administradores de justicia (concretamente los jueces) tengan como base al momento de la determinación de la pena concreta, dentro del tercio inferior, en el delito de homicidio simple, contemplado en el artículo 106 del Código Penal vigente.

La propuesta es que la determinación al interior del tercio parta de una subdivisión del mismo, también en tercios, tomando como referencia el sistema general que el legislador establece (arts. 45 y 45-A del CP). Esto permite fundamentar por qué el juez debe partir del cálculo de la pena concreta en este tercio, desde su extremo superior y no como erróneamente se hace actualmente en la mayoría de casos.

ABSTRACT

When analyzing the jurisprudential rulings on the crime of homicide, the absence of a determination criterion within the lower third is observed, which is unduly favorable to the subjects who commit this crime, since, given the concurrence of only mitigating factors (criterion law for the location of the penalty in the lower third), the concrete judicial determination starts, in practice, from the lower end of the third.

Starting from this problem, the present work analyzes the need to identify a normative framework that the justice operators (specifically the judges) have as a base when determining the specific sentence, within the lower third, in the crime of simple homicide, contemplated in article 106 of the current Penal Code.

The proposal is that the determination within the third part of a subdivision thereof, also in thirds, taking as a reference the general system that the legislator establishes (articles 45 and 45-A of the CP). This makes it possible to justify why the judge should start from the calculation of the specific sentence in this third, from its upper end and not as is currently done erroneously in most cases.

ÍNDICE

DEDICATORIA	4
AGRADECIMIENTO	5
RESUMEN	6
ABSTRACT	7
ÍNDICE	8
INTRODUCCIÓN	12
CAPÍTULO I	14
ASPECTOS METODOLÓGICOS DE LA INVESTIGACIÓN	14
1.1. Formulación del Problema de Investigación	14
1.1.1. Problema principal.....	14
1.2. Objetivos de investigación	14
1.2.1. Objetivo general	14
1.2.2. Objetivos específicos	14
1.3. Hipótesis de la Investigación	14
1.3.1. Hipótesis general.....	14
1.3.2. Variables.....	15
1.4. Justificación.....	15
1.5. Metodología de la Investigación	16
1.5.1. Tipo de investigación.....	16
1.5.2. Diseño y método de la investigación	17
1.5.3. Población y muestra.....	17
1.5.4. Técnicas de recojo y análisis de la información	18
1.6. Criterios de Inclusión y de Exclusión	18
1.6.1. Criterios de inclusión	18
1.6.2. Criterios de exclusión	19
CAPÍTULO II LA INEXISTENCIA DE UN SISTEMA FUNCIONAL DE CRITERIOS DE PROPORCIONALIDAD PARA DETERMINAR LA PENA EN EL SISTEMA DE TERCIOS: EL CASO DEL HOMICIDIO SIMPLE.....	21

2.1. Limitaciones del Código Penal Peruano Para una Correcta Aplicación de la Pena por Parte de los jueces.....	21
2.1.1. Antecedentes históricos	24
2.1.2. Antecedentes nacionales	27
2.1.3. Antecedentes internacionales	28
2.1.4. Un Sistema de Tercios Poco Preciso para Determinar la Pena.	29
2.1.5. Las circunstancias dentro del sistema de tercios	33
2.1.6. La problemática de la pena ante las circunstancias establecidas en el Código Penal.....	34
2.2. La poca claridad de la determinación judicial de la pena en la Ley N.º30076	38
2.3. La falta de motivación suficiente en la determinación de la pena sobre la base de criterios de proporcionalidad.....	40
2.4. La Ausencia de una Propuesta Teórica que Permita Completar el Mecanismo de Determinación de la Pena en el Tercio Inferior	43
2.5. La Determinación de la Pena en el Tercio Inferior en el Delito de Homicidio Simple .	46
2.6. La Falta de Jurisprudencia Relevante sobre la Determinación Judicial de Pena	51
2.6.1. Acuerdo Plenario 01-2023	53
CAPÍTULO III NECESIDAD DE ESTABLECER UN SUBSISTEMA EN EL TERCIO INFERIOR SOBRE LA BASE DE CRITERIOS DE PROPORCIONALIDAD PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PENA	59
3.1. Alcances del Principio de Proporcionalidad en la Aplicación de las Penas	59
3.1.1. El punto de vista de la Constitución sobre la determinación de una pena	59
3.1.2. Principio de proporcionalidad de las penas	61
3.1.3. Criterios de proporcionalidad	64
3.1.4. La proporcionalidad dentro del sistema de tercios	75
3.1.5. Vulneración de la proporcionalidad para determinar una pena ante deficiencias del sistema e interpretación	77
3.2. Principios que Intervienen en la Determinación Judicial de la Pena dentro del tercio inferior del delito de homicidio simple.....	77
3.2.1. Legalidad	77
3.2.2. Lesividad.....	78

3.2.3. Ofensividad.....	78
3.2.4. Proporcionalidad	79
3.2.5. Culpabilidad.....	80
3.2.6. Necesidad.....	81
3.3. La determinación de la Sanción en el Derecho Anglosajón	83
3.3.1. Aspectos históricos	83
3.3.2. Las sentencias guidelines.....	86
3.4. Analogía y Sanción Penal.....	88
3.4.1. Interpretación de la Norma Penal	90
3.5. El Principio de Proporcionalidad dentro de la determinación Judicial de la Pena en el derecho Comparado	94
3.5.1. Chile.....	94
3.5.2. Colombia.....	96
3.5.3. México	97
3.5.4. España.....	98
CAPÍTULO IV UN SUBSISTEMA DE TERCIOS COMO ALTERNATIVA LEGAL PARA DETERMINAR LA PENA APLICABLE DE MANERA JUSTA. PROPUESTA A PARTIR DE CASOS DE HOMICIDIO SIMPLE	99
4.1. La Necesidad de Esclarecer el Procedimiento de Determinación de la Pena con Fundamentos en el Principio de Proporcionalidad.....	103
A. Fin legítimo.....	105
B. Idoneidad o adecuación.....	106
C. La necesidad.....	106
4.2. Criterios que Determinan la Aplicación Proporcional de la Pena dentro del Tercio Inferior	107
4.2.1. Magnitud del daño causado	107
4.2.2. Gravedad del hecho punible	109
4.2.3. Intensidad del dolo	111
4.2.4. Impacto social y necesidad de la pena.....	112
4.3. La Aplicación de la Pena en el tercio inferior en el Delito de homicidio simple.....	114

4.3.1. Determinación Judicial de la Pena Actual en el Delito de homicidio simple	114
4.3.2. Subsistema de tercios como alternativa legal para determinar la pena aplicable en el delito de homicidio simple	115
4.3.4. Comparación de diferentes esquemas operativos de dosificación de la pena con el subsistema de tercios como alternativa legal para determinar la pena aplicable en el delito de homicidio simple	127
4.3.5. La aplicación de la pena del nuevo subsistema de tercios dentro del tercio inferior en el delito de homicidio simple sobre la base de sentencias.....	134
CONCLUSIONES.....	146
RECOMENDACIONES.....	148
BIBLIOGRAFÍA	150
Anexos.....	155
Matriz de Consistencia	155

INTRODUCCIÓN

La normativa sobre determinación de la pena en el CP, en ciertos aspectos, es poco clara y precisa. Esto complica el desarrollo práctico para la realización de un procedimiento uniforme y correcto, sobre todo teniendo en cuenta que dichas reglas de determinación establecen, por un lado, reglas predeterminadas para calcular la pena, por otro, el juez mantiene un margen de libertad de criterio para decidir la extensión y calidad de la pena. Es por esto que nuestro Código Penal vigente solo aporta ciertos principios y reglas para poder determinar una pena.

Esta investigación se enfoca en la necesidad de identificar un razonamiento interpretativo para la determinación judicial de la pena dentro del tercio inferior, para la infracción de homicidio simple, ya que el análisis jurisprudencial realizado evidencia que ante la concurrencia exclusiva de atenuantes, los jueces individualizan la pena partiendo del extremo mínimo del tercio inferior, que produce brindando un trato benigno al autor del delito, lo cual desatiende la protección a la víctima y afectando el fin de la pena, por cuanto el bien jurídico vida es de máxima relevancia para la sociedad.

Para tal fin, la tesis desarrolla cuatro capítulos: en el primero se presentan las dimensiones metodológicas dentro de los cuales se ha desarrollado el presente trabajo. Por su parte, en el capítulo segundo se examina el estado de la cuestión relativo a la problemática de la ausencia de un sistema funcional de criterios de proporcionalidad, ocupando las limitaciones que presenta el CP respecto a la fijación de la condena, así como a las circunstancias concurrentes en ella, que genera una falta de motivación insuficiente en su contenido, que conlleva a un sistema de tercios poco preciso, principalmente dentro del tercio inferior, ya que es en este lugar en donde los jueces suelen acogerse al lado más benigno de la pena, encontrándose en ausencia de una propuesta teórica y práctica que permita una adecuada fijación de la condena en el tercio inferior para el delito de homicidio simple.

A su vez, en el tercer capítulo se desarrollará el marco teórico, abarcando el desarrollo argumental de la necesidad de crear un subsistema en el tercio inferior tomando en cuenta

criterios de proporcionalidad. Dentro de este marco, explicaremos los alcances de los principios de aplicación de las penas y proporcionalidad en las penas; por otro lado, se realizará la comparación con el sistema anglosajón mediante las Sentences Guidelines.

Finalmente, el lector puede encontrar en el cuarto capítulo la concreta propuesta de solución al problema, la cual consiste en la creación de un nuevo subsistema de tercios como alternativa legal para determinar la pena de manera justa, mediante un nuevo procedimiento con fundamentos en el principio de proporcionalidad junto con los nuevos criterios propuestos que determinen la aplicación proporcional de la pena dentro del tercio inferior en el delito de homicidio simple.

Este marco interpretativo de aplicación que aquí se propone, conlleva a un cálculo específico del condena dentro del tercio inferior, en relación con la proporcionalidad y legalidad; que busca evitar la indebida aplicación de penas benignas y brindar una protección consecuente al bien jurídica vida, de máxima importancia en nuestro ordenamiento. Este aporte pretende aportar un sistema de individualización de la condena al interior del tercio inferior en el delito de homicidio simple, con el fin de lograr una unidad jurisprudencial, respetando cada uno de los principios establecidos, sin pretender contraponerse o anular la discrecionalidad del juez, sino todo lo contrario, como aporte a su labor judicial y a la sociedad en su conjunto.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Fórmulación del Problema de Investigación

1.1.1. Problema principal

¿Cuáles son los criterios de proporcionalidad que el juez debe tomar en cuenta al momento de determinar la pena concreta dentro del tercio inferior en el delito de homicidio simple?

1.2. Objetivos de investigación

1.2.1. Objetivo general

Proponer criterios de proporcionalidad que el juez debe tomar en cuenta en el tercio inferior al momento de determinar la pena concreta en el delito de homicidio simple.

1.2.2. Objetivos específicos

- a) Analizar si las circunstancias establecidas en el Código Penal, son suficientes para determinar la pena concreta en el tercio inferior.
- b) Analizar el espacio de discrecionalidad del juez en el tercio inferior al momento de determinar la pena concreta.
- c) Analizar la doctrina y jurisprudencia relevante sobre la determinación judicial de la pena.
- d) Analizar el modo cuantitativo que los jueces aplican al momento de determinar la pena concreta en el tercio inferior.

1.3. Hipótesis de la Investigación

1.3.1. Hipótesis general

Dado que al no existir criterios de proporcionalidad que determinen adecuadamente la pena concreta en el tercio inferior del delito de homicidio simple; es probable que al proponer un nuevo sistema operativo dentro del tercio inferior, en el cual se tengan en cuenta criterios de proporcionalidad, se tenga una pena más razonada y proporcional.

1.3.2. Variables

Definición conceptual de las variables

Desde el punto de vista conceptual se definen las variables relacionadas con los criterios de proporcionalidad que el juez debe tener en cuenta en el tercio inferior y la determinación de la pena concreta dentro del tercio inferior en el delito de homicidio simple, es por ello por lo que en la primera variable Prado (2010) manifestó que la proporcionalidad en el derecho penal supone una correlación entre la sanción y el delito.

En tanto, con relación a la segunda variable, Frisch (2001) señaló que de acuerdo con la teoría del delito, el determinar la pena significa la progresión cuantitativa, sostiene, la pena en relación con la culpabilidad, es el resultado de la cualificación de un hecho como delito. Entonces, se depende del injusto objetivo, entendido como la acción o resultado y del injusto subjetivo es decir, la culpabilidad.

1.4. Justificación

La presente tesis guarda su justificación en cuanto la necesidad de criterios interpretativos para determinar la pena en el tercio inferior para el delito de homicidio simple, ya que actualmente en nuestro sistema judicial penal se fundamenta en la distribución de tercios para ubicar la conducta punible según atenuantes y agravantes, siendo que la costumbre de su utilización resulta siempre trabajar en el extremo mínimo del tercio inferior de ser posible la concurrencia de atenuantes, que produce un efecto lesivo en las víctimas y el fin de la pena tasada para el delito en sí, por cuanto el esquema se presume benigno respecto a la pena, por no lograr situarse en los niveles superiores de cada tercio para una aplicación razonable, considerando que el bien jurídico vida es de máxima relevancia para la persona.

Es en relación con lo detallado anteriormente que ante la imperiosa necesidad de establecer un criterio de interpretación razonable, la presente tesis busca proponer un criterio de análisis basado en la aplicación por parte de los jueces a la hora de determinar la pena, respecto al tercio inferior, como base de la calificación, siendo que si estamos en convención con el sistema de tercios antes descrito, es coherente establecer una división igual en el tercio

materia de la presente propuesta, el cual logrará tener una división basada en porcentajes conforme la presencia de atenuantes y agravantes como será detallado en la hipótesis sugerida, dándole al juez un criterio de interpretación más fidedigno con el fin de la pena y los criterios que consideramos en ella inmersos para un juicio razonable en sede judicial.

1.5. Metodología de la Investigación

1.5.1. Tipo de investigación

En la presente investigación, estando tanto la hipótesis como los objetivos planteados, el tipo de investigación es de tipo cualitativa, siendo que el enfoque cualitativo persigue los objetivos pretendidos para la contratación de nuestra propuesta conforme a Hernández (2010) y Monge (2011), donde el interés del enfoque cualitativo es entender los fenómenos en función del significado que adquieren dentro de su contexto.

En correspondencia a ello, es que se busca explicar la funcionalidad de un criterio de interpretación jurídico en una dinámica jurídica estructurada. Para el caso de los autores Blasco y Pérez (2007), estos indicaron que la investigación cualitativa analiza la realidad en su ambiente natural, extrayendo e interpretando los fenómenos de acuerdo con las partes involucradas. Para el caso concreto usamos una convención jurídica y proponemos la mejora con su propia interpretación.

En función a las definiciones anteriores para la presente tesis se utiliza la metodología cualitativa, en función de la guía metodológica propuesta para esta clase de tesis, pero considerando que su real carácter es en función de la dogmática jurídica penal criminológico tal como señaló Terradillos (2014). En el ámbito de la investigación penal, los enfoques dogmático y criminológico solo adquieren verdadero significado cuando se integran en un marco político-criminal que proporcione herramientas efectivas para enfrentar el crimen. La investigación en derecho penal debe cubrir la criminología, la dogmática y la política criminal. Sin embargo, no como elementos aislados sumados, sino como componentes fusionados en un sistema más elevado, el cual es superior precisamente porque al integrar lo diverso, crea sinergias que enriquecen y superan los resultados de una simple acumulación.

Es por eso que para Aranzamendi (2005), el enfoque central de la dogmática jurídica es el análisis de las reglas vigentes, instituciones o conocimientos legales que provienen de diversas fuentes del derecho, como la jurisprudencia, la costumbre, entre otras, las cuales, a su vez, son bases para la investigación, como lo es la doctrina jurídica. Emplea métodos y herramientas documentales, en lugar de empíricas. Un ejemplo de esto sería un estudio sobre la naturaleza jurídica del silencio administrativo positivo.

1.5.2. Diseño y método de la investigación

La presente investigación si bien es cualitativa en cuanto a su diseño, en su respectivo enfoque y tipo de investigación, a su vez para lograr su desarrollo conserva el carácter dogmático-jurídico penal para realizar la propuesta de investigación jurídica como propuesta de solución al ordenamiento jurídico.

En cuanto al método de investigación a emplearse, utilizaremos el método hermenéutico que hace referencia a la interpretación del derecho, puede compendiarse con el método exegético, sistemático y sociológico. La aplicación de este método se encamina a descubrir, hallar contradicciones, deficiencias, omisiones entre las normas o el sistema jurídico; se caracteriza por el análisis a partir de la vía inductiva. Se aplica en la jurisprudencia, entendida como la doctrina de los jueces, elaborada con base en la solución de casos concretos. En la doctrina, entendida como los estudios técnicos y teorías de los especialistas en las distintas ramas del derecho.

1.5.3. Población y muestra

La información recolectada en la presente tesis será procesada del estudio de las leyes penales que rigen en el ordenamiento jurídico peruano, jurisprudencia, doctrina y legislación vigente que marca el ámbito de la determinación judicial de la pena y el homicidio simple. Siendo que el estudio de una población en concreto no es esta presente aquí por la evidente fuente de estudio, y teniendo en cuenta que al uso de la metodología presente, esta se vería limitada y errática por suponer un espacio limitado, siendo que tratamos del derecho penal en su conjunto.

Por lo tanto, no hay población objeto de estudio ni muestra que representativa que se genere en una metodología como la que se propone en esta investigación, por ser la misma un obstáculo a la comprensión de la realidad problemática.

1.5.4. Técnicas de recojo y análisis de la información

Es así que los resultados investigativos en forma grupal y la extraída por todas las fuentes consultivas de otros investigadores en la materia penal, así como la legislación vigente como marco rector, resulta en la omisión de instrumentos de recolección de información atendiendo al propósito de la metodología descrita.

Es por eso que para Aranzamendi (2005), el objeto de estudio de la dogmática jurídica son las normas positivas, instituciones o conceptos jurídicos que emanan de distintas fuentes del derecho, como la jurisprudencia, la costumbre, etc., las que, a su vez, son fuentes de la investigación, como la doctrina jurídica. Utiliza técnicas y herramientas documentales, no empíricas. Un ejemplo podría ser una investigación sobre la naturaleza jurídica del silencio administrativo positivo.

1.6. Criterios de Inclusión y de Exclusión

1.6.1. Criterios de inclusión

Teniendo en cuenta que nuestra investigación se centra dentro de la dogmática jurídica, se tomara en cuenta el estudio de temas documentales, doctrina y jurisprudencia dentro de nuestro ámbito nacional peruano y temas relevantes que ayuden a enriquecer nuestra investigación.

Para tener más claro nuestros criterios de inclusión, se tomó en cuenta algunos criterios que fueron delimitados de la siguiente manera:

Tabla 1

Criterios de inclusión

Criterios de Inclusión	
Temáticos	<p>Se procedió a utilizar este criterio para poder centralizar temas, sobre la determinación judicial de la pena, también temas centrados dentro de la parte general del derecho penal junto con temas abordados dentro del sistema penal general. Algunas palabras clave centradas en nuestro tema:</p> <ul style="list-style-type: none">- Determinación judicial de pena.- Interpretación de la normal penal.- Proporcionalidad al determinar una pena.- Manual de derecho penal- Reforma del derecho penal
Espaciales y temporales	<p>Las fuentes antes mencionadas en su mayoría se centran, dentro del ámbito territorial peruano desde los años 2009 en adelante, teniendo en cuenta que desde dichos años se comenzó a tener más referencia acerca de la determinación judicial de la pena.</p> <p>También se tomarán fuentes de años anteriores a la fecha antes mencionada siempre y cuando posean el tema central de la presente investigación.</p>
Documentales	<p>En cuanto a los temas documentales, se trabajará con artículos académicos, tesis, doctrina, jurisprudencia e investigaciones científicas, referidas al tema central de la investigación.</p> <p>Se tomo en cuenta la búsqueda en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI) sobre tesis y trabajos de investigación referente a la pena y también al principio de proporcionalidad penal, tomándose en cuenta 10 trabajos de investigación.</p>

Elaboración propia. Fuente: Propia

1.6.2. Criterios de exclusión

Referente a los criterios de exclusión, no se consideraron artículos científicos fuera del tema en cuestión, monografías, resúmenes, revisiones, estudios de caso; a su vez

documentos que por antigüedad pasaron en desuso sobre el tema central de estudio. Además, en la búsqueda dentro del RENATI, solo se tomó en cuenta temas relacionados a la pena y proporcionalidad. Haciendo una depuración de aquellas investigaciones que no se encontraban relacionadas a la presente tesis, tomando como referencia a 10 trabajos de investigación.

En conclusión, se realizó una búsqueda bibliográfica detallada de la siguiente manera: libros relacionados al tema de investigación, de editorial nacional e internacional de autores reconocidos en derecho como Bramont Arias, Prado, Hurtado, Roxin, entre otros. Además de artículos científicos, revistas de derecho publicados en la PUCP, librerías jurídicas, entre otros. Se revisó también páginas web centradas en derecho sobre artículos publicados en LP Pasión por el Derecho y Gaceta Jurídica. Asimismo, se utilizó jurisprudencia nacional sobre sentencias de apelación, casaciones referidas a la determinación judicial de la pena en el delito de homicidio simple. Todo esto dentro del lapso del 2009 en adelante, junto con fuentes de años anteriores referidas a temas específicos de la investigación central, para dotar de un enriquecimiento informativo a la presente tesis. Y como se mencionó con anterioridad se excluyeron artículos científicos fuera del tema en cuestión, monografías, resúmenes, revisiones, estudios de caso; a su vez documentos que por antigüedad pasaron en desuso sobre el tema central de estudio, además de una búsqueda en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI) sobre tesis y trabajos de investigación referente a la pena y también al principio de proporcionalidad penal.

CAPÍTULO II

LA INEXISTENCIA DE UN SISTEMA FUNCIONAL DE CRITERIOS DE PROPORCIONALIDAD PARA DETERMINAR LA PENA EN EL SISTEMA DE TERCIOS: EL CASO DEL HOMICIDIO SIMPLE

2.1. Limitaciones del Código Penal Peruano Para una Correcta Aplicación de la Pena por Parte de los jueces

Según Prado (2009), el CP presenta un problema significativo en lo referente a la normativa sobre la imposición de la pena, ya que si se examinan las disposiciones relacionadas, se pueden encontrar fragmentadas en artículos generales vagos y poco precisos, así como en normas asistemáticas de la parte especial e incluso en la legislación procesal penal actual.

El autor señaló que este sistema normativo fragmentado dificulta las posibilidades prácticas para llevar a cabo un procedimiento uniforme y preciso de determinación judicial de la pena, principalmente debido a las características del tipo penal ecléctico que nuestra legislación históricamente ha adoptado, donde el juez tiene un marco legal que se ha construido con respecto a cada delito (Prado, 2009).

Del mismo modo Oré (2013) manifestó que existen diversas normas dispersas dentro de la parte general del Código Penal, y otras tantas en la parte procesal, y todas estas deben ser observadas por el juez al momento de determinar la pena concreta. Señaló, además, que otro problema es que muchas de estas normas son indeterminadas, no señalaron de manera expresa los límites a los cuales se puede llegar al momento de aplicar la pena.

No obstante, existen algunas discordancias entre autores, pues como señaló Prado (2009) y Weilenmann (2019) consideran que se debe de realizar una modificación en el sistema de determinación de la pena que se encuentra vigente, pues no existen normas claras y precisas para poder establecer los lineamientos necesarios para poder determinar una pena. Por otra parte, Peralta (2010) tiene una posición distinta, pues indicó que no es permisible considerar aspectos internos del individuo, como los motivos o la intención, al

momento de fijar la pena. Del mismo modo, Prunotto (2009), sostuvo que la labor del juez se encuentra estructurada de manera similar a la actividad científica, ya que sigue una serie de pasos e inferencias para alcanzar un resultado final.

Como es sabido, para establecer una sanción, es necesario llevar a cabo un proceso de determinación judicial de la pena, que es un proceso técnico y valorativo que lleva a cabo el operador jurisdiccional para identificar de manera cuantitativa y cualitativa una sanción a imponer al autor o partícipe culpable de un delito en cada caso específico. Este proceso evalúa y decide el tipo, la extensión y el procedimiento de ejecución de la sanción.

Por ello Lahura Catera (2019) señaló que la aplicación de sanciones penales debe basarse en un proceso eficaz que respete criterios de justicia, es por este motivo que dicho autor manifestó que es necesario y primordial que cada sistema jurídico, puedan establecer un modelo estándar que permita cumplir cada una de las exigencias para poder determinar una pena correcta.

Lamentablemente, el tema de determinación de la pena no ha sido abordado por las legislaciones de forma óptima, así lo señaló Prado (2016). Son muy pocos los sistemas jurídicos que a lo largo de la historia han podido lograr, configurar y estandarizar un sistema que pueda calificarse como idóneo y justo para determinar una pena. Esto ha ocasionado que no exista una adecuada regulación, en lo que se manifestó en una defectuosa práctica judicial, expresada en problemas interpretativos y “un sensible desconocimiento sobre los efectos, operatividad y naturaleza de las reglas y procedimientos que regulan la aplicación de las penas (...)” (p. 158).

También Silva (2007) manifestó que esta circunstancia se intensifica porque no se ha logrado un progreso académico adecuado sobre este tema, pues mientras la teoría del delito ha tenido un creciente desarrollo, la teoría de la individualización de la pena ha quedado olvidada en vagos conocimientos poco desarrollados.

En el Código Penal, existen ciertos criterios que el juez puede emplear para fundamentar y establecer una pena. Por ejemplo, el artículo 45° establece que el juez debe considerar las privaciones sociales que el agente haya experimentado, sus costumbres y

cultura, así como los intereses de la víctima, su familia o las personas que dependen de ella al determinar una pena. Los artículos 46°, 46° A, 46° B y 46° describen situaciones que alteran la responsabilidad penal, que se utilizan para medir y dimensionar la menor o mayor severidad del delito perpetrado y el menor o mayor grado de culpabilidad del responsable o partícipe del delito.

No obstante, el Código Penal no dispone de un articulado exacto que le diga al juez cómo debe calcular y determinar una pena, encontrándose con un problema muy grave que resulta en la aplicación de sanciones desproporcionadas, la vulneración de derechos, así como la desprotección de los bienes jurídicos protegidos. Es por este motivo que se necesita desarrollar criterios complementarios, acordes con el principio de proporcionalidad, que permitan al juez identificar adecuadamente una pena dentro del sistema de tercios.

Añade Prado (2009), citando a Calvete Rangel, que el juez se ve constantemente enfrentado a límites penales desproporcionados, donde únicamente su discernimiento y un compromiso con la Constitución pueden salvaguardar las posibilidades de una pena equitativa en el futuro, evitando la arbitrariedad y la injusticia latente.

Borja (2016) tomó como ejemplo el sistema español, pues busca que este se limite a que pueda haber una arbitrariedad judicial para la imposición de una pena hasta límites razonables; este proceso se da en un primer momento cuando el legislador establece la pena base y la pena base modificada, en la que se valore la proporcionalidad de la sanción en relación con el injusto culpable. Un segundo momento se da cuando el juzgador debe individualizar la pena valorando la gravedad del hecho en relación con las circunstancias personales del sujeto que lo cometió. Entre estos dos momentos, existen fases intermedias en las que se debe limitar el arbitrio judicial con criterios generales de acuerdo con la ley que se debe de cumplir.

Por ello Lahura Catera (2019), refirió que este contexto demanda un examen de los avances tanto dogmáticos como empíricos que hasta el momento se han realizado respecto al tema. Para que posteriormente con toda la información que ha sido recopilada, se pueda

determinar cuáles serían los criterios más apropiados para aplicarse al individualizar una pena.

Como señaló Fuentes (2018), en ningún momento, cuando el juez realiza sus actividades, incluso una considerada discrecional, no debería ignorar los criterios expresamente establecidos en la ley ni la norma penal contemplada en la legislación ni los principios y directrices que racionalizan el ejercicio del ius puniendi.

2.1.1. Antecedentes históricos

Como ya se mencionó anteriormente, nuestro Código Penal posee poca precisión y dispersa normatividad para la determinación de una pena y, por consiguiente, no posee un procedimiento para esquematizar y determinar una pena lo que dificulta ampliamente el trabajo de los jueces. A su vez, Oré (2015) señaló que en la actualidad, existen numerosas normas en todo el Código Penal que deben ser consideradas por el juez al determinar la pena, como la omisión impropia (art. 13), el error de prohibición vencible (art. 14), el error de comprensión culturalmente condicionado (art. 15), entre otras. En estas normas, el legislador se limita a indicar que la pena será atenuada o disminuida de manera prudencial, sin especificar de manera explícita si se aplicará o no.

A lo largo de la historia, para determinar la pena, se utilizaron diversos mecanismos que brindaban facilidades y discrecionalidad al juez en muchos aspectos, pues desde el Código Penal de 1863, El legislador establecía límites para la pena, dando al juez la capacidad discrecional de establecer una pena conveniente.

Pastor (2005) refirió que el CP de 1863 estuvo muy marcado por el CP Español de 1848, en el cual, antes de su vigencia, las penas eran muy severas y de corte represivo; pero al introducirse este nuevo código de 1863 se introduce mucha elasticidad en ellas, al estar dividido en grados y términos el marco punitivo, donde el legislador establecía un margen de pena para su posterior imposición, la misma que brindaba la capacidad de reducir o aumentar la pena dentro de esas medidas.

Así, el CP de 1863 se fundamentó en el desarrollo de una correcta proporcionalidad entre la pena y el delito, siguiendo como ejemplo el modelo español, que se centraba en

controlar el arbitrio judicial, introduciendo una división en términos y grades respecto a la pena, estableciendo cinco escalas a la pena. Con ello, se intentó establecer una guía estricta para el juez en la aplicación de las penas, indicando incluso los márgenes en los cuales le era permitido reducir o aumentar la pena según las circunstancias (Pastor, 2005).

Luego, el Código Penal peruano de 1924 tuvo un gran impacto en la legislación Helvética, lo que representó un avance significativo hacia los objetivos preventivos generales y especiales en la fijación de la pena. Pero, según Hurtado (2005), este Código acogió un sistema relativamente indeterminado de penas, pues consistía determinar, un mínimo y un máximo, lo que facultó poder escoger al libre arbitrio, dentro de estos márgenes, a imponer la pena correspondiente.

Con este sistema, se pretendía imponer la pena adoptando los límites legales, establecidos por el legislador, dentro de un extremo mínimo y máximo, permitiendo al juez determinar la condena dentro de esos límites, tras analizar las circunstancias establecidas en el artículo. 51° del CP de 1924.

Por último, el CP de 1991 tomó como influencia la postura alemana y española, pues, desde su vigencia, con el Decreto Legislativo N.° 635, del 8 de abril de 1991, y sus posteriores reformas, no tenía un orden ni pautas ni reglas claras ni precisas para poder realizar una adecuada determinación de la pena, manteniendo la poca claridad que ya se había adoptado en los códigos anteriores.

No es sino con la reforma implementada por la Ley N.° 30076, en la que se da más claridad a la regulación, aunque todavía, la precisión del mecanismo adoptado a partir de dicha ley dejó vacíos, pues solo se introdujeron algunos parámetros e indicaciones para que el juez determine una pena, no encontrándose un articulado ni criterios específicos que guíen al juez en su labor cotidiana.

Como señaló la Resolución Administrativa N.° 311-2011-P-PJ del 1 de setiembre de 2011, emitida por la Presidencia del Poder Judicial, en su fundamento primero, los tribunales no siguen los estándares jurisprudenciales necesarios para establecer un quantum punitivo adecuado, por lo que se imponen sanciones sin justificación que están por debajo del mínimo

legal, lo que va en contra de los principios de proporcionalidad, legalidad y razonabilidad que el caso merece; y, en el fundamento segundo de la misma norma se mencionó lo siguiente:

El Código actual utiliza un sistema legal de tipo ecléctico, en el que solo establece la condena mínima o máxima para cada infracción. Al hacerlo, el juez tiene la capacidad de tomar una decisión relativa que debe tener en cuenta la tarea funcional de determinar la pena aplicable al condenado en el caso específico (fundamento 1).

Oré (2013) refirió que solamente contamos con la Ley 30076 y sus antecedentes para interpretar los alcances del sistema de tercios. En los anteproyectos de CP del 2004 y del 2009, se pretendía implementar un nuevo procedimiento, siendo este de secuencial, en donde no se buscaba la pena puntual, sino un sistema que deje un margen de discrecionalidad al juez para la valoración de la culpabilidad y el injusto, pues, en efecto, el sistema de tercios deja un margen por el que el juez procede a individualizar la pena, y, a la vez, dicho sistema permite recurrir a criterios de política criminal (se refirió con esto a los límites de la actividad punitiva estatal, como el principio de proporcionalidad, necesidad, utilidad u otros) que contengan reglas adecuadas para determinar la pena.

El sistema utilizado en nuestro CP, establecido en el artículo 45-A, se basa en las reglas que establecen las sanciones en el CP de Colombia. De acuerdo con Oré, el legislador ha otorgado al juzgador colombiano la capacidad de determinar con precisión la cantidad de condena para cada caso determinado. Así, la labor del magistrado se centra en evaluar y analizar las condiciones involucradas en el delito, dado que estas proporcionan los criterios para establecer la imposición (Oré, 2013).

En la misma línea argumentativa, Velásquez (2002, p. 7), indicó que en el marco del CP colombiano de 1991, el intérprete se enfrenta a dos previsiones diferentes al analizar la determinación de la condena. Por un lado, el texto legal usa los conocimientos de fundamentación y determinación de la condena (noción diferente a la de determinación de la condena “dentro de los márgenes establecidos por la normativa legal”, establecida en el artículo 46 del CP peruano); y, por otro lado, la norma colombiana establece tres pautas generales para identificar la pena, las cuales son las siguientes: las deficiencias sociales

vividas por el agente, sus tradiciones y cultura, y los intereses del sujeto pasivo, su familia o quienes dependan de ella. Sobre la base de este análisis comparado que realiza el maestro colombiano, resulta evidente la necesidad de *lege ferenda*, por lo que el legislador peruano debe ocuparse de tal asunto.

Por lo visto anteriormente, se evidencia que no existe marco legal y práctico que posibilite organizar de manera sistémica el procedimiento para establecer la sanción, pues, en el Código Penal peruano, las consideraciones a ser tomadas en cuenta, son insuficientes, ocasionando decisiones arbitrarias y desproporcionadas y sin motivación real o suficiente.

2.1.2. Antecedentes nacionales

Valderrama (2016) realizó una investigación, la cual consistió en evaluar el artículo 45-A del CP en relación con el principio de proporcionalidad. La metodología de investigación fue de diseño no experimental, así como cuantitativa y descriptiva. Referente a su estudio se examinaron 50 sentencias, analizando doctrina, jurisprudencia y críticas sobre una muestra de seis de ellas, las cuales fueron evaluadas por expertos. El estudio concluyó que dicho artículo está siendo aplicado de manera automática por los jueces, quienes en la mayoría de los casos emiten una sentencia basada en las normativas estrictas del CP, sin realizar un análisis profundo sobre las consecuencias de tales decisiones penales que contravienen las normas constitucionales ocasionando que genere un vacío en el que se deje al arbitrio del juez la aplicación o no del principio de proporcionalidad.

Reyes (2020), en su investigación, se centró en la falta de lineamientos necesarios para aplicar el principio de proporcionalidad al instante de imponer una pena por los legisladores y magistrados. En cuanto a su metodología de investigación fue cualitativo, descriptivo y no experimental. En cuanto a su estudio de investigación abordó un análisis dogmático de diferentes posturas acerca de la proporcionalidad para determinar una pena, en la que concluyo luego de su investigación, que resulta de gran importancia dentro del ámbito académico-jurídico, porque es menester el conceptualizar mejor mediante el uso de elementos esenciales: doctrinarios y legislativos que vayan de la mano en concordancia con

el principio de proporcionalidad en su forma abstracta, para que este sea adoptado como base jurídica por los operadores de justicia al asumir la tarea de fijar y determinar penas, teniendo más congruencia y proporcionalidad.

Se tiene también a Malca y Vásquez (2021), con su investigación centrada en la problemática de la aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación de penas por los funcionarios judiciales, que puede llevar a decisiones arbitrarias e inconstitucionales que ocasionan daños irreparables, que se otorga al legislador una considerable libertad para interpretar y tomar decisiones al establecer leyes penales. Esto permite al juez contar con una mayor discrecionalidad al momento de imponer penas valiéndose en criterios subjetivos. Su diseño se enfocó en un enfoque cualitativo y descriptivo, su estudio de investigación abordó a 4 jueces, 4 abogados y 4 fiscales, los que fueron sometidos a preguntas para poder obtener los resultados respectivos. Su estudio concluyó en que los jueces del Poder Judicial de Lima Norte carecen de criterios definidos para establecer una pena precisa.

2.1.3. Antecedentes internacionales

Arias (2012), en su trabajo titulado “Proporcionalidad pena y principio de legalidad”, analizó las bases legales y las consecuencias de implementar el principio de proporcionalidad en la sanción judicial en Colombia, que esta misma es en muchos casos es desproporcional afectando los derechos constitucionales. La conclusión es que los jueces están obligados (según los artículos 3, 13 y 59 del Código Penal colombiano) a apartarse de las normas relacionadas con la pena cuando su aplicación resulte en una afectación excesiva de los derechos básicos, empleando también la analogía *in bonam partem*.

A su vez, Fuentes (2014), en su trabajo titulado, realizó una investigación para examinar cómo se manifestó el principio de proporcionalidad en el sistema legal chileno. El autor señaló que aunque este principio no está explícitamente mencionado en la Constitución chilena, la presencia de reglas constitucionales que impiden el uso injusto del poder. Refleja un compromiso con la justicia y la ponderación en la normativa. También, destacó que el

principio de proporcionalidad debe ir más allá de su expresión como una norma estrictamente definida, ya que debe constituir una protección para los derechos del imputado durante los procesos penales. Concluyó que debe existir una única teoría que utilice criterios adecuados para considerar tanto las circunstancias objetivas como subjetivas que rodearon el hecho, para poder imponer una pena.

Por su parte, Chamie (2018), en un trabajo titulado “Notas sobre algunos principios generales del derecho: una reflexión basada en principios generales y su impacto en las responsabilidades dentro del marco jurídico colombiano”, tuvo el propósito de la investigación de explorar los fundamentos generales del derecho en el marco legal colombiano. Se llevó a cabo un estudio analítico, descriptivo, documental y cualitativo, en el cual se examinó el derecho en Colombia desde la óptica de los principios del derecho y la dogmática jurídica. El estudio destacó la importancia de los derechos fundamentales dentro del marco general del derecho, por lo que el principio de proporcionalidad se aborda tanto como un principio como una técnica jurídica aplicable en los procesos de toma de decisiones. Concluyó que la evolución del derecho mantiene el vínculo entre la tradición y la modernidad, permitiendo una actualización sistemática de la doctrina jurídica que debe adaptarse a los cambios de la sociedad sin alterar la esencia de justicia inherente a la tradición jurídica.

2.1.4. Un Sistema de Tercios Poco Preciso para Determinar la Pena.

Cancho (2017) mencionó que el método de los tercios para establecer la pena específica en el caso específico obliga a respetar determinadas reglas, bajo un proceso discursivo ordenado de ítems. Ignorar el procedimiento da lugar a una clara falta o deficiente motivación de las sentencias, que exige el art. 139. 3 de la Constitución del Estado, que puede llevar a la nulidad de las sentencias, o al deber de integrar las mismas, o dependiendo de la gravedad, a la presentación de acciones constitucionales. El mismo autor manifestó que si se decidió optar por el método de los tercios para determinar la sanción específica, es necesario llevar a cabo una fundamentación teórica, complementándose con los principios del derecho penal material, como los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

Mientras que el profesor Prado (2016) señaló que, en la doctrina, los autores entienden que, para establecer una pena, es necesario seguir un proceso secuencial que debe incluir diversas etapas de desarrollo, las cuales darán lugar a opciones, argumentos y resultados en la determinación punitiva. Existen numerosos esquemas que buscan identificar estos pasos, procedimientos y fases, pero ninguno de ellos puede ayudar al juez a imponer una pena de manera clara y precisa. El mismo autor señaló que existen tres etapas fundamentales para poder establecer una pena. Identificación básica de la pena, que es la pena que fija la ley, y que fija el inicio y el fin de la decisión.

- Individualización concreta de la pena, que está principalmente vinculada a la gestión de las circunstancias dentro de un sistema de tercios.
- Análisis de las circunstancias que surgen en el caso.

Por su lado, Van Weezel (2008) mencionó acerca del primer paso que debe dar el juzgador para determinar la pena, es solo acudir al tipo penal fijado para cada delito, ya que este solo determinar el margen de extremo a extremo.

A su vez, según Prado (2009), el legislador establece el tipo y la magnitud de la condena, pero no de forma estricta y absoluta, sino indicadas opciones o límites mínimos y máximos que se ajusten a las situaciones del caso, al criminal y a los principios legales.

Posteriormente, Van Weezel (2008) señaló que para determinar la pena específica, se considerarán los artículos 45º y 46º del Código Penal al imponer la sanción. De este modo, es el juez quien aplica la pena, la ajusta al caso particular o a la persona que ha cometido el delito.

Por lo que el profesor Prado (2016) enfatizó que existe un grave problema para los jueces peruanos, porque nuestra legislación penal no posee base legal que organice de manera sistémica un procedimiento para una construcción de sustento formal y normativo para determinar una pena, ya que en otros ordenamientos jurídicos, se ha llevado a cabo un trabajo exhaustivo para estructurar un modelo de determinación del castigo y ayudar al juez a imponer una pena.

Por este motivo, actualmente solo se cuenta con poca información para determinar una pena, dejando un gran espacio de discrecionalidad al juez para que éste, mediante su análisis propio, imponga el castigo con base en sus criterios personales. Por eso, se necesita complementar el sistema con criterios más precisos, para evitar la indeterminación y darle al juez una alternativa eficaz con respecto a la imposición de una pena proporcional y justa.

Además, el mismo profesor Prado (2016) mencionó que el principal instrumento que se tiene establecido dentro del Código Penal para alcanzar la pena concreta, son las circunstancias, que son un conjunto de indicadores por el cual se busca graduar la pena a imponer, las cuales traducen en un mayor reproche del autor o su conducta.

El antes referido autor mencionó que estas circunstancias, son las que van a permitirle al juez ubicarse dentro del espacio de la pena básica, por lo que fundamentalmente, la individualización es un procedimiento de evaluación de circunstancias. Así, el juez desmenuza analíticamente circunstancias, utiliza solo las más reconocidas y, finalmente, se establece como argumento principal el artículo 46º (Prado, 2016).

La Ley N.º 30076 cambió completamente el procedimiento de fijación de la pena, el cual quedó plasmado en los artículos 45, 45-A y 46 del CP, según esta norma, una vez identificada la pena abstracta, el juez constituye la sanción concreta de acuerdo con el sistema de tercios, identificando las circunstancias agravantes o atenuantes genéricas. El sistema de tercios, introducido por la Ley N.º 30076, divide en tres partes la pena establecida en el Código Penal, y a partir de ello se aplican las atenuantes y/o agravantes previstas en el artículo 45-A del mencionado código, para finalmente ubicar la pena en uno de estos tercios.

Antes de la vigencia de la Ley N.º 30076, nuestro marco normativo establecía de forma general el procedimiento para la fijación de la pena, ya que no se disponía de una norma que nos dijera la secuencia a seguir para establecer la sanción concreta. Asimismo, los artículos 45 y 46 del CP, en su redacción original, si bien establecían pautas para identificar la pena, no contenían indicaciones respecto al modo y momento de empleo de las atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas. Además, el Código tampoco nos decía el camino a seguir cuando concurren a la misma vez circunstancias atenuantes y agravantes.

Ávalos Rodríguez (2015), al analizar el sistema anterior, mencionó que el juez podía decidir sobre el alcance de las penas va desde el mínimo hasta el máximo establecido para encontrar la sanción adecuada para el caso en particular después de analizar las circunstancias relevantes para su medida. Además, se mencionó que estas circunstancias relevantes se establecieron sin especificar en qué dirección debían ir, si debían agravar la pena o disminuirla.

Además, en el CP se encuentran numerosas normas que el juez debe consultar para establecer la pena. Subsisten en el Código diversas disposiciones en las que el legislador señaló que de concurrir determinado supuesto, la pena se atenúa o disminuye “prudencialmente”. No obstante, una interpretación literal de esta regulación permite apreciar una duda sobre si la reducción debe realizarse dentro del umbral mínimo de la sanción establecida. o si tal fórmula habilita a la determinación por debajo del mínimo legal.

La jurisprudencia peruana interpreta la precitada regulación en el segundo sentido anotado, es decir, nuestra judicatura entiende que cuando el Código indicó una reducción “prudencial”, habilita a fijar el castigo por debajo del límite mínimo permitido por la ley, cuando así lo autoriza el legislador mediante las denominadas atenuantes privilegiadas, eximentes incompletas, u otros supuestos. Esto evidencia las dificultades con que se regula un aspecto tan importante como las penas; tales falencias no fueron superadas del todo con la incorporación del sistema de tercios. Consecuentemente, debe tenerse en cuenta el lado positivo de Ley N.º 30076 y los Anteproyectos del 2004 y del 2009 de instaurar un nuevo método para establecer la sanción, pues ello redujo de cierta manera la indeterminación, aunque no lo supero por completo.

Es evidente que no se busca un sistema cercano a la pena tasada o un sistema que busque una pena precisa y presumiblemente en consonancia con el nivel culpabilidad. Sin embargo, se busca adoptar un sistema que permita al juez tener un margen suficiente de discrecionalidad para evaluar la culpabilidad y el injusto, ya que el sistema de tercios permite al juez individualizar la pena en un margen todavía amplio. Además, se considerarán otros

critérios de política criminal como por ejemplo la necesidad de la pena u otros que nos muestren reglas claras para la identificación de la pena.

2.1.5. Las circunstancias dentro del sistema de tercios

Para Calderón (2019), una circunstancia constituye un factor o indicador, objetivo o subjetivo, para el cálculo de la magnitud del delito, posibilitando medir el menor o mayor desvalor del comportamiento (antijuricidad del hecho), o el mayor o menor grado de castigo al autor de tal conducta (culpabilidad del agente).

A su vez, Muñoz (2002, p. 497) definió a las circunstancias como aquellas “circunstancias relacionadas con la comisión del delito o que implican condiciones particulares del autor, estableciendo la sanción correspondiente. Entonces, su aplicación exige, naturalmente, la anterior verificación de la existencia de la infracción y todos sus elementos”.

Por su parte, para Guevara (2021), con respecto a la determinación judicial, las circunstancias específicas se entienden como una sistematización estructural individual, que se relacionan en forma conexa a los delitos, los mismos que se compatibilizan con ilícitos penales aun si estos no se hallen en forma literal en Código Penal, es decir, que funcionan en forma conexa porque hay dispositivos legales que regulan delitos sin necesidad de estar incorporados en forma literal en el Código Penal vigente.

Como ya hemos visto, el juez, ante la verificación de circunstancias en cada caso concreto, primero, identifica los límites de la pena establecidos para cada delito, posteriormente, ubicar dentro de cada uno de los tercios las circunstancias.

En el Acuerdo Plenario N.º 2-2010/CJ116, del 16 de noviembre de 2010, se estableció el mecanismo de solución con circunstancias específicas si se presentaban circunstancias agravantes específicas de diferente grado, se determinó ante esta concurrencia, la circunstancia que presenta mayor gravedad absorbe los efectos de la circunstancia de grado menor.

Por lo expuesto, las circunstancias constituyen un aspecto muy importante, estando el juez premunido de un margen amplio para ubicar el castigo a pesar del sistema de tercios,

pues, como ya explicamos, nuestra ley penal no proporciona unos criterios específicos en los que se pueda determinar la pena dentro de los tercios.

Cancho (2017) mencionó que el sistema de determinación judicial de la sanción que es básicamente regulado por los arts. 45-A y 46 del CP, por considerarse circunstancias de gradualidad quedan al margen del injusto y culpabilidad, por lo que no tendrían importancia para establecer la pena, resultó siendo absurdo. El mismo autor manifestó que los arts. 45-A y 46 del CP tratan de sistematizar y darle valor a circunstancias ajenas a la culpabilidad y el injusto en la determinación concreta de la sanción, las cuales serían incompatibles con los postulados de la teoría de la proporcionalidad por el hecho que concentra su atención en el injusto y la culpabilidad.

2.1.6. La problemática de la pena ante las circunstancias establecidas en el Código Penal

Cancho (2017) mencionó que las circunstancias son factores que únicamente inciden en la especificación de la pena dentro del marco normativo básico previamente determinado. Lo único que calibra el grado de injusticia y culpabilidad es la pena básica establecida por la norma penal específica, ya que esta es establecida de conformidad a los elementos constitutivos del mismo.

Para Prado (2014), los elementos o criterios objetivos o subjetivos que contribuyen a valorar la magnitud de un delito se conocen como circunstancias. La magnitud de la desvalorización de la conducta ilícita (antijuridicidad del hecho) o el grado de reproches que se pueden hacer al autor de dicha conducta (culpabilidad del agente) se pueden examinar con tales circunstancias.

El mismo autor señaló que existen diferentes tipos de circunstancias, clasificándolos de la siguiente manera:

2.1.6.1. En razón a su naturaleza

- a) **Comunes o genéricas.** Prado (2010, p. 37) mencionó que “las circunstancias mencionadas en el artículo 46 del CP son aquellas que se aplican a todo tipo de delito”.
- b) **Especiales o específicas.** Muñoz (2002) señaló que estas circunstancias se encuentran ubicadas en la Parte Especial del CP, solo están previstas para ciertos delitos específicos.
- c) **Elementos típicos accidentales.** Son aquellas que se añaden a un tipo penal básico y resultan en la configuración de un tipo penal cualificado o derivado.

2.1.6.2. En razón a sus efectos

Las circunstancias en relación con los efectos a la hora de determinar el quantum punible pueden clasificarse en:

- a) **Atenuantes.** Prado (2010) manifestó que son aquellas que reducen el valor de la conducta ilícita o la culpabilidad del agente, lo que conduce a una menor punibilidad o a la imposición de una pena más reducida. Estas circunstancias permiten al juez valorar el delito de manera menos severa.
- b) **Agravantes.** Prado (2010) mencionó que son las que indican un mayor desvalor del comportamiento ilegal llevado a cabo o una mayor acusación de culpabilidad hacia el autor, lo que resulta en una pena más severa, cuyo efecto es aumentar la severidad de la sanción.
- c) **Mixtas.** Según Poma (2016) son aquellas que pueden tener efectos atenuantes o agravantes en cada tipo penal. Sus consecuencias varían según el tipo de delito o los sujetos involucrados. Por ejemplo, el vínculo de parentesco entre el perpetrador y la víctima. se consideró una circunstancia agravante en el artículo 179, inc. 4, mientras que se consideró una circunstancia atenuante en el artículo 208. del CP.

2.1.6.3. En razón a la pena conminada

Para Prado (2010, p. 37), esta clasificación abarca las circunstancias privilegiadas y cualificadas. La principal característica de estas es que establecen un nuevo marco punitivo mediante la fijación de nuevos rangos mínimos y máximos de la pena para su establecimiento, con las siguientes referencias: “El juez podrá) reducir la pena hasta por debajo del mínimo legal” o “el juez podrá aumentar la pena hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito”.

De acuerdo con lo argumentado y sostenido por Prado (2010), es importante notar que para el uso de las circunstancias, el juez tiene la facultad de elegir hasta dónde aplicar el efecto de las circunstancias, sin embargo, no tiene la autoridad para decidir si aplicarlo o no. En caso de que nos enfrentemos a una circunstancia cualificada, el límite máximo de la pena establecida se modifica porque la nueva sanción se extiende más allá del máximo legal fijado en el tipo original. Así, el límite máximo original se convierte en el límite mínimo debido a estas circunstancias. Según sus niveles o grados.

2.1.6.4. En razón a sus niveles o grados

Para Prado (2010), son aquellas que producen diferentes niveles punitivos dentro de un tipo penal específico. Los casos más destacados incluyen los delitos de secuestro (art. 152 CP), robo (art. 189 CP) y tráfico ilícito de drogas (art. 297 CP), en los cuales el legislador establece hasta tres niveles diferentes de sanción, las cuales varían según las circunstancias presentes en el momento del delito.

2.1.6.5. En razón de su concurrencia

Aquí, el juez evalúa cada circunstancia presente mediante un análisis exhaustivo y coherente que le permita tomar una decisión adecuada sobre la pena. Se contemplan tres situaciones: cuando las circunstancias son atenuantes, cuando son agravantes, y cuando incluyen tanto atenuantes como agravantes, según Prado (2010). En el primer escenario, cuando se presentan circunstancias atenuantes, la pena aplicada se acercará al límite mínimo

legal. En cambio, cuando existen circunstancias agravantes al momento de fijar la pena, esta se situará más cerca del límite máximo legal. De acuerdo con el fundamento 10 del Acuerdo Plenario N.º 2-2010/CJ-116, “a mayor número de circunstancias agravantes, mayor será la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena básica”. Finalmente, de concurrir circunstancias atenuantes y agravantes, se presentarán dos situaciones: cuando son incompatibles entre sí y cuando son de diferente grado.

De lo anterior, con las circunstancias, es posible evaluar cuando es más o menos grave un delito y evaluar el tamaño de la pena que se debe aplicar a su autor o participante. Por lo tanto, las circunstancias tienen como función principal ayudar a graduar o determinar la cantidad o la extensión de la pena específica.

Las circunstancias se analizan y evalúan, valorándose y proyectándose según el razonamiento o la proyección del razonamiento del juez. Lo primero que hacemos es identificar las circunstancias presentes y compatibles, ya que son las que influirán directamente en la configuración de la pena específica.

Para Cotrina (2015), es necesario interpretar de manera metódica el alcance básico de las sanciones estipuladas, al mismo tiempo que se consideró el rango jerárquico del bien jurídico lesionado, todo esto en función del principio de proporcionalidad. Lleguemos a una sanción razonable en función de una fundamentación suficiente respecto a ubicar la pena en el tercio correspondiente, explicando la razón de tal decisión motivada desde un aspecto de razonabilidad y parámetros numéricos.

El jurista Cancho (2023, p. 302) señaló que el art.45 del CP en realidad debería caer en desuso porque todo su contenido este vaciado ya sea en las circunstancias art 46 del CP; también como atenuante privilegiada o se encuentran como aspectos a tomarse en cuenta en la parte general del dispositivo penal. La existencia de este dispositivo legal hace que muchos jueces con el eslogan de “fundamentar” la pena, den rienda suelta a su sano “raciocinio” o también a su discrecionalidad. Con este proceder petardean la pena concreta o lo que orientan los tercios en la especificación de la pena concreta. En cuanto a la

discrecionalidad del juez el momento de aplicar la pena Cancho (2023) sostiene, que la discrecionalidad puede ser cualquier cosa, en tanto no se establezcan parámetros. Es tendenciosa sobre todo en un país donde la labor de la judicatura es la menos confiable, esto probablemente, por el alto grado de corrupción en que se ve involucrada; también lo es porque la mera discrecionalidad no es ciencia, es dejar al acaso y la arbitrariedad.

También, Cancho (2017 p. 75) mencionó que existe un grave problema en la subdivisión de circunstancias genéricas y específicas, ya que manifestó que es un invento de la doctrina, advirtiéndose una buena intención de creación de categorías de sistematización en la determinación de la pena, pero mal fundamentadas, porque sufre de una confusión de los conceptos “circunstancias” y “elementos constitutivos de los tipos penales” agravados, privilegiados, y los que corresponden al tipo base.

El mismo autor hace referencia que en otras legislaciones penales, como la alemana, donde existe la figura de “casos especialmente graves”, en donde se aplica en base al denominado “ejemplo regla” que han sido creados especialmente por el legislador, cuyo ejercicio le corresponde al poder discrecional del juzgador a fin de evitar injusticias, si únicamente tomara en cuenta el tipo agravado, cosa que dentro de nuestra normatividad vigente no existe este tipo de figura.

2.2. La poca claridad de la determinación judicial de la pena en la Ley N.º30076

Como se mencionó con anterioridad dentro de nuestra normativa actual existe una poca normatividad específica para poder determinar una pena haciendo que las penas sean arbitrarias y desproporcionales, haciendo que el juez haga uso de esta poca normatividad que se encuentra vigente para determinar la pena.

Cancho (2017) hizo referencia sobre la reforma de la Ley N.º 30076, en la que proporciona un método de tercios, en la que con el tiempo genero una práctica rutinaria en la que se establecía la pena concreta de manera intuitiva, haciendo generalizaciones, y la simple cita de normas, sin dar ninguna explicación de acuerdo con los hechos.

Avalos (2015) manifestó que con la publicación de la Ley N.º 30076 el 19 de agosto del 2013, se incluyó el artículo 45-A y modificó el artículo 46 del CP. Con ello se introdujo un contenido funcional, nuevo y diferente del que estaba en vigor desde el Código de 1991., ya que en el sistema anterior el juez podía circular del límite inferior al límite superior para señalar una pena, después de analizar las circunstancias que permitían disminuir o incrementar la pena. Empero, esta norma reformo el sistema para determinar la pena, con la modificación de los artículos 45 y 46 del CP, quedando de la siguiente manera:

- Se tiene al artículo 45 del CP “Presupuestos para Fundamentar y Determinar la Pena”, en donde al fundamentar la pena, el juez debe de tener en cuenta diferentes tipos de aspectos; como carencias sociales del individuo, su cultura o costumbre y los intereses de la víctima. De cierto modo se puede observar que al momento de analizar un caso el concreto, el juez utilizará estos aspectos para motivar e imponer una pena, pero como se observa no distingue ni detalla con claridad cada uno de estos elementos, dándole al juez que sobre la base de su criterio sobre su análisis de cada uno de estos presupuestos, pueda imponer una pena.
- Luego en el artículo 45-A hace mención a los lineamientos para determinar la pena, analizando gravedad del hecho y responsabilidad, en tanto no sean modificatorias de la responsabilidad ni constitutivas del delito, para lo cual se seguirá las siguientes etapas, primero se determina el ámbito sancionador de la pena teórica correspondiente a cada delito y la divide en tres de acuerdo con el sistema de tercios, luego se hallara la pena concreta tomando en cuenta las circunstancias que disminuyen y/o aumentan la gravedad, y siguiendo las reglas siguientes: cuando solo existan factores atenuantes o cuando no haya ni atenuantes ni agravantes, la pena se ubicara dentro del tercio inferior; cuando concurren tanto circunstancias de atenuación como de agravación la pena se ubicará en el tercio medio; y cuando solo se encuentren agravantes, la pena se ubicara en el tercio superior.

- De existir copulativamente circunstancias atenuantes especiales o agravantes calificadas, el esquema a seguir será el siguiente: si existen atenuantes, la pena se fijará por debajo del tercio inferior. En caso de agravantes calificadas, la pena se establecerá por encima del tercio superior; y si concurren tanto atenuantes como agravantes, la pena se situará dentro del rango básico. Se puede observar que mediante la incorporación de este nuevo artículo, se le dan algunos parámetros necesarios para imponer una pena sobre la base de las circunstancias establecidas en nuestro Código Penal, pero de igual manera la aplicación de solo estas circunstancias sin la aplicación de otros criterios que ayuden al juez para determinar una pena ocasionaría que la pena sea desproporcional, afectando muchas veces al reo como a la víctima.
- Por último, se tiene al artículo 46, que detalla las circunstancias tanto atenuantes como agravantes, que ayudaran al juez, imponer en el tercio respectivo una pena, según lo detallado en el artículo anterior.

Queda así demostrado que es necesario la incorporación de nuevos criterios de proporcionalidad, que vayan de la mano con los artículos antes mencionados, esto ayudara de una manera muy amplia el proceso de fijación de la sanción.

2.3. La falta de motivación suficiente en la determinación de la pena sobre la base de criterios de proporcionalidad

Es importante comprender que toda decisión emitida por el juzgado competente debe estar debidamente motivada, ello de acuerdo con el artículo 139 de nuestra Constitución Política, ya que a través de su respectivo numeral cinco el mismo tiende a modificar la situación jurídica de las personas y de esta misma manera, ella se ve directamente relacionado con los principios procesales (derecho de defensa, tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso) para procurar una fundamentación en las resoluciones judiciales, cuyo fin es garantizar una efectiva administración de justicia.

Es por ello que sobre la base de la debida motivación de las resoluciones, se establece la aplicación del derecho prevista a la resolución del conflicto, la que tendrá claridad tanto para los sujetos procesales involucrados en su fundamentación, así como a la sociedad en general. En este caso particular, con la especial relevancia en el derecho penal, dicha exigencia involucra la necesidad de explicar la determinación tanto para afectar derechos fundamentales, como para restringirlos, en el caso específico que tratamos, los delitos de homicidio simple importan derechos fundamentales como la vida del sujeto pasivo y la correspondiente limitación del derecho a la libertad del sujeto activo.

Según Díaz (2014), es responsabilidad del órgano jurisdiccional competente procurar que la motivación de sus resoluciones se exprese vía un lenguaje cuya comprensión no revista un tecnicismo legal, por el contrario; debe ser de fácil comprensión a las partes, llevado de la mano con razonamiento jurídico suficiente para expresar racionalmente el juicio de hecho o culpabilidad desde una perspectiva lógica, es así que ante la posibilidad de contravenir al principio de razón suficiente se deben cumplir con dos obligaciones:

- Detallar en las conclusiones en que se fundamenta una decisión con todo el insumo probatorio que valida la fundamentación, explicando los elementos relevantes de prueba de cada contenido puesto en la decisión final.
- Establecer un juicio de razonamiento suficiente, para validar o desestimar la vinculación de los elementos respecto al proceso, a fin de motivar en forma suficiente una sentencia.

Es así que en el propio quehacer del proceso penal se presenta escenarios de complejidad o controvertidos, siendo una exigencia la necesidad de tener una motivación jurídica suficiente, a fin de adoptar la decisión más justa conforme compete al órgano jurisdiccional a través del juez. Por lo que según Ezquiaga (2013, p. 144-145), es la motivación parcial de cada decisión fundamentada en el proceso una exigencia de motivación suficiente, que para lograr su fin no debe solo reparar en la argumentación jurídica respectiva de su parte resolutive, es también necesario que los argumentos expuestos en la decisión

revistan de una explicación de fácil comprensión del motivo por el cual dicho razonamiento es aplicable al caso concreto y no a otro de similares características.

Para dimensionar mejor el sentido de motivación suficiente, Castillo (2013) señaló que ante la exigencia de una motivación efectiva, la misma debe importar una explicación sobre la consecuencia jurídica aplicable al caso materia de pronunciamiento, siendo las decisiones de corte condenatorio las que requieren explicar la fundamentación aplicable con mayor razón, teniendo en cuenta que ante la posibilidad de una consecuencia accesoria, se pueda evitar vulnerar derechos más allá del que se pretende validar, siendo responsabilidad indesligable en el juez, motivar y fundamentar la culpabilidad y los elementos del tipo que componen el caso.

Es preciso señalar, que según Mir Puig (2006), la determinación de la pena debe ser razonable en su finalidad, ya que los criterios aplicables en la determinación deben guardar directa relación con los hechos, procurando seccionar particularmente cada hecho concreto, esto con observación de los principios aplicables (culpabilidad, proporcionalidad y otros) siendo también que en lo referente al autor del hecho, su personalidad revestirá importancia en una motivación de hecho en cuanto fuere necesario el caso.

Por otro lado, Igartua (2009) señaló que la motivación suficiente importa la necesidad de aplicar como criterios conceptos tales como la gravedad del hecho punible, que tiene razón en cuanto a la personalidad del autor y el hecho delictivo, su psicología, su actividad social y laboral, así como su desarrollo psicológico. Es en función de estas consideraciones que son los criterios los llamados a recibir por parte del juez la motivación suficiente, siendo que lo que concierne a la sentencia, los criterios adoptados deben explicar con certeza como han sido operativizados para llegar a la decisión adoptada.

Así pues, se establece que el razonamiento jurídico de la motivación suficiente reviste la necesidad del uso de criterios de proporcionalidad, así como los aplicables al tipo penal, sin que ello represente una afectación lesiva al acusado, sino proporcional. Estos criterios están establecidos a manera de listado en el CP en los artículos 45 y 46, sin embargo,

consideramos que se debe tener en cuenta un nuevo apartado en el tercio inferior donde se motive la sentencia en función a criterios de proporcionalidad que son precisamente los de gravedad del hecho punible, magnitud del daño causado, necesidad de la pena, intensidad del dolo e impacto social.

Finalmente concluimos indicando que la determinación de la pena se consideró correctamente motivada, cuando estén fundamentadas suficientemente tanto la etapa de identificación de la pena básica o abstracta, así como la etapa donde se individualiza la pena concreta observando las atenuantes o agravantes, además y en relación con esta tesis cuando se considere también la fundamentación suficiente en la nueva etapa propuesta que se ubicaría en el tercio inferior cuyos parámetros serían criterio de proporcionalidad que deberán ser fundamentados en las sentencias.

2.4. La Ausencia de una Propuesta Teórica que Permita Completar el Mecanismo de Determinación de la Pena en el Tercio Inferior

Existen opiniones doctrinarias que señalaron que se genera cierta dificultad en la determinación concreta de la pena, teniendo como resultado de ello penas desproporcionadas, es que al no existir criterios de graduación de la pena (dentro del tercio inferior), el juez muchas veces utiliza una lógica jurídica desproporcionada, por lo que consideramos hace falta un mecanismo adicional que se aplique al tercio inferior, el cual implemente criterios que determinen objetivamente el quantum de la pena.

Uno de los autores nacionales que ha realizado un análisis referido a la determinación de la pena y los criterios que esta debe tener en cuenta para su mejor determinación es Hurtado (2005), quien manifestó que se debe tener en consideración al respecto, el factor culpabilidad, la peligrosidad del delincuente y que al momento de sancionar, el legislador tiene que utilizar criterios de prevención general y especial, teniendo en cuenta la personalidad del acusado. Lo señalado por el autor es de una época donde no estaba implementado aún el sistema de tercios que tenemos hoy en día, sin embargo, lo consideramos apropiado en

cuanto estos criterios bien podrían ser de utilidad para la determinar la pena en el tercio inferior.

Asimismo jurisprudencia nacional hace ver dificultades al momento de establecer la pena, así en la Sentencia del TC, Expediente N.º 02546-2012-PHC/TC en los votos decisivos en minoría de Mesías Ramírez y Eto Cruz expresaron que, en numerosos casos, el operador judicial lleva a cabo un proceso de manera bastante automática, y con fundamentación escasa, de forma que las partes del proceso, no encuentran en muchas ocasiones una explicación razonable o lógica que les de seguridad o que les muestre a cómo se llegó a ese resultado. Si analizamos las sentencias penales, es recurrente que no se tenga un buen criterio al momento de decidir, es más en algunos casos no se motiva adecuadamente, ni se fundamenta de manera razonada y adecuada y generalmente se puede observar que todo el razonamiento y su resultado final, se fundamentan en un solo artículo del CP, resultado de ello se genera en la sociedad una pérdida de credibilidad de la institución que se encarga de administrar e impartir justicia.

Sobre esta preocupación, se genera la necesidad de proponer distintas circunstancias, que no signifiquen en sí elementos del delito, por lo que al identificar la pena, se tendría que analizar otros hechos, es decir, ampliar el hecho, cuidando de no lesionar el principio de culpabilidad. Teniendo, así como un factor de importancia la proporcionalidad, entendida esta como una proporcionalidad graduable.

Urquiza (2010) mencionó que al determinar la pena se debe tomar en cuenta, criterios tales como, los medios empleados, la extensión del daño, móviles del hecho y pluralidad de agentes, que se puedan analizar en los facticos de un hecho delictivo, en la medida de que no solo se altera la paz social de manera genérica, sino individualmente también la los derechos de las personas quienes transitan libremente y que a consecuencia de un hecho delictivo se vean afectados indirectamente.

En este sentido también se pronuncia el maestro Prado (2007), al cuestionar si el art. 46 del CP realmente justifica técnicamente el imponer una sanción, pues sostuvo que no, ya

que este solo nos brinda una lista de circunstancias, en realidad no un procedimiento como tal, que nos lleve a definir la sanción, sino que de alguna manera nos da mecanismos para poder utilizarlos de instrumentos en un procedimiento que nos lleve a tal fin. Con relación a lo mencionado el maestro señaló que no hay una base jurídica sólida que justifique el resultado obtenido en las sentencias y que se tendría que ver la manera de hacer distinto este procedimiento, observar que mecanismos nos podría ofrecer el marco normativo para implementar un mejor procedimiento, para que el trabajo judicial pueda optimizar la función de fijar sanciones.

Así también, Prado (2007) señaló que el problema para el Perú es que los magistrados no tienen un base legal que permita organizar sistemáticamente la determinación judicial de la pena, cabe señalar que sistemas normativos de otros países se ha desarrollado un esfuerzo minucioso en busca de mejores resultados para poder organizar un esquema que sea concreto y sólido. Ejemplo de ello es el caso español y colombiano, donde el legislador ha querido que los jueces encuentren en la norma todo el camino que los lleve a determinar una pena, de manera precisa, que permita la mayor probabilidad de lograr un resultado que se torne predecible.

Por último, Prado (2007) señaló que el principal elemento para ubicar la pena son las denominadas circunstancias, que si bien no integran el delito, concurren el mismo, no están ligadas a la tipicidad, antijuricidad o tampoco a la culpabilidad, pero nos van a ayudar a determinar un mayor o menor disvalor de la conducta. En conclusión, serían indicadores que nos ayudarían a graduar la pena en cada caso. Se señaló además que son estas circunstancias las que van a permitir al juez desplegarse entre el mínimo y el máximo, el poder transitar de un extremo mínimo a uno máximo o quedarse en la parte media, pero ello implica desmenuzar analíticamente las circunstancias, cosa que generalmente no se hace o se usan las más conocidas y se termina usando como argumento central el art. 46.

Consideramos entonces oportuno la implementación de un nuevo subsistema de circunstancias o criterios de proporcionalidad que completen el proceso de fijación de la

sanción. en el tercio inferior, para llegar a un manejo más equitativo de la sanción, utilizando el principio de proporcionalidad, para lograr que con el ejercicio práctico y constante de esta implementación de circunstancias de proporcionalidad se refleje cada vez mayor sensación de seguridad, ya que se entenderán estas como trascendentales para el quehacer del trabajo judicial.

2.5. La Determinación de la Pena en el Tercio Inferior en el Delito de Homicidio Simple

Según el profesor Prado (2018), los esquemas operativos son aquellos procedimientos operativos y de gestión, que permiten aplicar de modo adecuado las disposiciones legales sobre la fijación de la sanción y, con ello, alcanzar una uniformidad en las acciones de los operadores de la justicia penal.

Así también, se tiene que en la actualidad no existe a nivel doctrinario un esfuerzo por establecer un esquema que permita tal estandarización, por lo que Prado (2018) propuso un esquema para determinar la pena en los delitos donde solo concurren circunstancias genéricas, es decir, aquí se debe seguir únicamente las circunstancias señaladas en el art. 45 inc. 1 y 2 del Código, por lo que ejemplifica el esquema en el delito de homicidio simple regulado en el art. 106 del C.P, que a continuación se precisa:

- i. Como primer paso, el operador de justicia tiene que identificar la pena básica, es decir. sus límites. Lo que en el caso de homicidio simple sería el espacio entre 6 a 20 años, es decir, el espacio punitivo sería de 14 años.
- ii. Como segundo paso el operador de justicia tiene que multiplicar el espacio punitivo por 12, que son la cantidad de meses por año, lo que daría como resultado 168 meses, este resultado debemos dividirlo en 3, lo cual nos daría como resultado 56 meses, que sería el espacio de tiempo para cada tercio. Entonces, en el caso del homicidio simple tendremos como primer tercio el espacio de 6 a 10 años con 8 meses, como tercio intermedio comprendería desde los 10 años con 8 meses hasta

los 15 años y 4 meses y como tercio superior estaría el de entre 15 años y 4 meses hasta los 20 años.

- iii. Como tercer paso, tendríamos que identificar las circunstancias genéricas atenuantes o agravantes que concurren en el caso, para ello se toma en cuenta el listado que ofrece el art 46. del CP, se ubicará la pena concreta en el tercio que corresponda teniendo en cuenta las agravantes y atenuantes que existan en el caso. Para la aplicación de este esquema, el citado profesor propone que para determinar el valor cuantitativo de cada circunstancia, se divida en 8 el tercio inferior, en el caso de que exista solo atenuantes genéricas, esto por ser ocho las atenuantes en el listado del código lo que equivaldría a 7 meses; de igual manera en el caso de que existan solo circunstancias agravantes se divida entre 14 que son el número de agravantes del código, lo que equivaldría a 4 meses en el presente caso de homicidio simple.

Después de ello propone, en los casos donde solo existan atenuantes, se debe aplicar el valor cuantitativo de cada atenuante, esto es 7 meses, en línea descendente desde el extremo máximo hacia el extremo mínimo del tercio inferior, una a una. Contrariamente, cuando concurren solo agravantes en el caso, el movimiento será ascendente desde el extremo mínimo hacia el máximo del tercio superior, de igual manera una a una, aumentado a 4 meses por cada circunstancia.

Ahora bien, cuando concurren atenuantes como agravantes en el mismo caso, la pena se ubicará en el tercio intermedio. Aquí se aplicará primero el impacto de las agravantes desde el punto más bajo, avanzando en sentido ascendente hasta agotarlas. Posteriormente, al resultado obtenido, se aplicarán las circunstancias atenuantes se aplican descendiendo desde el resultado previo hasta llegar al límite inferior.

Sin embargo, cuando no existan circunstancias atenuantes y la pena se encuentre enmarcada en el tercio inferior la norma no nos dice de qué extremo partir para aplicar la

pena. En este caso el profesor Prado consideró que la pena concreta a imponer debe corresponder al estándar máximo del tercio inferior y no a su extremo mínimo.

En este sentido, es relevante mencionar el recurso Casación N.º 99-2021 Tacna, en el cual podremos evidenciar la realidad problemática que se origina al establecer la sanción específica para el delito de homicidio simple, esta casación versa sobre la sanción fijada a la procesada, la cual se determinó en instancias inferiores en 15 años y 4 meses de pena, al analizar el caso se concluyó que esta pena lesiona los principios de humanidad y proporcionalidad, dado que la sentencia de primera instancia contiene una motivación aparente, mientras que la de segunda instancia es incongruente y carece de motivación. Se fundó la casación y por consiguiente se reajustó la pena concreta, aminorándola.

En la sentencia de primera instancia se concluyó que a) la pena para el delito de homicidio simple es de 6 a 20 años; b) Ministerio Público solicitó la imposición de 15 años y 4 meses de pena; c) se demostró en el juicio que la acusada no tiene antecedentes penales y es una infractora primeriza; d) no concurre circunstancia agravante.

Advertimos, entonces, conforme a esta primera sentencia, se estaría imponiendo una pena desproporcional, ya que de acuerdo con la teoría de los tercios, la pena que le correspondería a la acusada se debería ubicar en el tercio inferior habida cuenta que solo existen atenuantes, sin embargo, el Juzgado situó la pena en el tercio superior sin motivar si quiera el motivo de tal decisión, motivo por el cual esta fue objeto de apelación.

En la sentencia de vista, la defensa sostuvo que el Ministerio Público, se alejó de su escrito de requerimiento acusatorio (10 años de pena), ya que en el alegato final solicitó 15 años y 4 meses de pena, ya que supuestamente habrían surgido razones nuevas para pedir un incremento de la pena, conforme al artículo 387 numeral 2 del CP P; por lo que el Juzgado confirmó la condena.

Podemos observar que en esta sentencia de apelación increíblemente confirmó la de primera instancia, aduciendo que existen nuevas justificaciones para solicitar un incremento

en la sanción, sin señalar cuales serían estas razones. Por lo que se evidencia que la decisión de primera instancia incurre en motivación aparente y en la segunda no existe motivación.

Es por ello por lo que al agotar la segunda instancia se interpuso recurso casacional, invocando el numeral 4 del artículo 429 del CPP, señalando lo siguiente:

- Se tuvieron por probados hechos sin explicación o motivación alguna; en primera instancia se determinó que no era materia de controversia que la acusada estuviera en el lugar del delito, lo cual es tendencioso, ya que la recurrente no declaro, esto fue aceptado por su defensa. Sin embargo, la sala de apelación confirmo sobre la base de ello.
- En la sentencia de vista, se trató una situación distinta a la argumentada en apelación, ya que en primera instancia el núcleo central para condenar a la recurrente fue un video en el cual supuestamente aparecía la acusada en el lugar de los hechos, situación que fue materia de alegación en el recurso de apelación por la defensa de la acusada, empero, en la sentencia de vista, no se hizo mención a tal medio probatorio y solo se hizo referencia a la sindicación de su coimputado y se confirmó por ello, sin que la sala superior mencione si se produjo o no un falso juicio de identidad.
- En cuanto a la pena, se le confirmó la de 15 años y 4 meses, sin detallar esta en el sistema de tercios, siendo incluso que en la acusación escrita y en el alegato de apertura, se solicitó una pena de 10 años, pero en el alegato final solicito 15 años sin justificación alguna, confirmado esto la sala confirmo ello, sin explicar con qué agravante genérica o cualificada se impuso esta pena, pese a no tener antecedentes. Siendo que la pena para el homicidio simple comprende desde los 6 a 20 años, se ubicó la pena en el tercio superior, citando el colegiado el artículo 387 del CPP, pero pasando por alto, que la norma condiciona la modificación, a la verificación de razones surgidas en juicio.

- También, se violó la garantía constitucional del derecho a la prueba, ya que no se tomó en cuenta lo dicho en juicio por un testigo. Este testigo habría manifestado que la acusada no era la persona que el vio el día de los hechos con un cuchillo, sin embargo, no se tomó en cuenta esta información, ni se explicó el motivo para dejarla de lado, pese a que fue oralizada en los alegatos y sustentada en apelación.

Es de señalar que pese a todos los agravios señalados por la defensa, el único por el que se concedió la casación es el aludido a la determinación concreta de la pena, pues se habría realizado este proceso sin aplicar las atenuantes y agravantes genéricas, que justifiquen la ubicación de la pena en el extremo superior del tercio intermedio.

Por ello, Colegiado Supremo, en su fundamento decimoquinto, señaló que son en los artículos 45 y 46 del CP los que contienen los presupuestos para determinar y fundamentar la pena, donde se encuentran entre otros las costumbres, nivel cultural y las carencias sociales que hubiera sufrido la acusada. Entonces, como características personales de la acusada se tiene que al momento de los hechos tenía 24 años, solo estudio hasta segundo de secundaria, es madre soltera y comerciante percibiendo 950 soles mensuales, no tiene antecedentes y es rea primaria, es decir, su nivel de instrucción es deficiente, no tiene mayores recursos económicos y tiene carga familiar, a su vez, no se identifican agravantes genéricas o cualificadas, tan solo atenuantes.

Por último, en su fundamento decimosexto señaló que la pena deberá recaer en el tercio inferior, que va de los 6 años hasta los 10 años 8 meses, aquí se tendrá en cuenta las características personales de la acusada, la gravedad del hecho, siendo que sin causa alguna quitó la vida a la víctima quien tenía también carga familiar sin reparar el daño, por ello, la pena concreta deberá ser la correspondiente a 10 años.

2.6. La Falta de Jurisprudencia Relevante sobre la Determinación Judicial de Pena

En nuestro ordenamiento jurídico existe poca jurisprudencia relevante sobre la determinación de la pena, pues solamente tratan sobre esquemas operativos de diferentes circunstancias reguladas en el CP y no acerca de un esquema operacional que pueda ser de ayuda en la aplicación de la pena de manera general, debido a que las reglas reguladas en el art. 45 y siguientes resultaban ser insuficientes y debían ser complementadas con criterios y reglas, de acuerdo con el principio de legalidad y de prohibición en exceso que comprende la proporcionalidad y razonabilidad

Al respecto, se tiene al **Acuerdo Plenario 4-2009/CJ-116**, referido al concurso real y determinación de la pena; en su fundamento 7 se mencionó que cuando se esté ante un concurso real de delitos., se aplicará el principio de acumulación, por el cual, se identifica en primer lugar la pena básica y concreta para cada delito, para luego, identificar las circunstancias para cada delito. Por último, se procederá a sumar las penas y obtener como resultado de ello la pena concreta, teniendo en cuenta que la pena no supere los 35 años y que tampoco supere el doble de la pena concreta para el delito más grave, de superarse estos límites, se deberá reducir hasta el límite correspondiente.

Así mismo, el **Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116**, sobre determinación de la pena en caso de habitualidad y reincidencia, en su fundamento 13 mencionó que estas deben ser entendidas como circunstancias cualificadas, las cuales agravan la pena por encima del límite superior, y se deberá determinar la pena en el nuevo marco conminatorio.

El **Acuerdo Plenario 2-2010/CJ-116**, sobre determinación de la pena en caso concurren agravantes específicas de distinto grado en su fundamento 12 mencionó que cuando las agravantes estén vinculadas a distintas escalas de pena, se deberá decidir la pena de acuerdo con la agravante específica de mayor grado, el siguiente ejemplo nos hará entender lo dicho: Luis ha cometido el delito de robo en casa habitada (primera agravante específica, de acuerdo con el inciso 1 del artículo 189 del CP cuya pena es de 12 a 20 años);

ha robado un objeto de valor científico (segunda agravante específica, de acuerdo con el inciso 4 del mismo artículo, cuya pena es de 20 a 30 años); ha causado lesiones graves al dueño de la casa (tercera agravante específica, establecida en el tercer párrafo del mismo artículo, cuya pena es la cadena perpetua). Conforme al acuerdo plenario, la circunstancia de mayor nivel absorberá las de menor nivel, siendo que para el caso en mención correspondería la pena de cadena perpetua.

Se tiene al **R.N. 460-2018, Huancavelica**, que señaló que al determinar la pena, no basta con realizar citas intrascendentes, ni la transcripción de principios, sino, que se debe motivar en función a razones objetivas y concretas,

Determinación de la pena debe estar motivada en razones concretas y no solo en la transcripción de principios y citas intrascendentes, dentro del fundamento 3.1 manifestó que dentro de la judicatura nacional se debe de advertir que no se realiza una adecuada labor de fijación o cuantificación punitiva respecto a la determinación de la pena

La **Casación 400-2018-Cusco** sobre la utilización retroactiva del sistema de tercios, señaló mecanismos sobre el sistema de tercios: 1. Las disposiciones penales que establecen mecanismos para la determinación de penas tienen carácter sustantivo. Para su aplicación, se aplica el principio *tempus commissi delicti*, y por lo tanto, no son retroactivas, excepto en los casos previstos en el artículo 6 del Código Penal y el artículo 103 de la Constitución Política del Perú. 2. Cuando surge un conflicto de leyes penales en el tiempo y la posibilidad de aplicar retroactivamente estos mecanismos de determinación de pena, se imponen deberes de control jurisdiccional y actuación tanto para el juez como para las partes involucradas en el proceso. 3. La simple alegación de perjuicio no genera estado ni determina la nulidad del razonamiento que fundamenta la imposición de la pena.

RN 2426-2009-Lima, sobre los dos momentos en la valoración de la fijación de la sanción, el primero, al instante de la implementación. Teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, reflejado en los juicios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto; segundo, al tomar en cuenta criterios no establecidos para la

individualización, es decir, de acuerdo con los artículos 45 y 46 del CP, ya que estos no significan atenuantes o agravantes, sino son criterios que se aplican y deciden conforme a un hecho en particular.

2.6.1. Acuerdo Plenario 01-2023

El Acuerdo Plenario 01-2023 trato sobre la problemática en la determinación de la pena, se tenía que en algunos casos servía el sistema operativo ya regulado en la norma jurídica y en otros creaban una suerte de injusticia, debido a que las reglas reguladas en el art. 45 y siguientes resultaban ser insuficientes y debían ser complementadas con criterios y reglas, de acuerdo con los principios de legalidad y de prohibición en exceso que comprende el criterio de razonabilidad y proporcionalidad.

Por lo que a partir de la fecha de la publicación del referido acuerdo plenario no basta con conocer las reglas ya establecidas, sino también conocer y aplicar la presente doctrina legal, el cual estableció las pautas para la aplicación de la pena, siendo que estas nuevas reglas que constituyen doctrina legal, no solo servirán para la fijación de la pena en una determinada sentencia condenatoria penal, sino también en las prisiones preventivas al momento de la prognosis de la pena, entonces este acuerdo plenario es de mucha utilidad en la práctica forense permanente de todos los operadores jurídicos. Entonces, este acuerdo plenario nos trajo cinco reglas para la correcta aplicación judicial de la pena, o dicho de otro modo un correcto juicio de dosificación punitivo concreto, las cuales son los siguientes:

A. Nuevo esquema operativo

El nuevo esquema operativo señaló que debemos trabajar bajo dos esquemas operativos, uno el sistema de tercios ya muy bien conocido, siendo este el único sistema operativo utilizado hasta la publicación del presente acuerdo plenario, pero a partir de ahora habrá un sistema adicional que será el sistema escalonado; siendo el sistema de tercios el utilizado para casi todos los delitos del Código Penal, mientras que un pequeño grupo será abordado por el sistema escalonado. Lo que busca el nuevo sistema escalonado es reducir

la discrecionalidad del juez, es decir, parametrarla, en una suerte de facultad reglada donde el juez aplique matemáticamente determinados criterios, acompañado de un determinado esquema operativo; en el sistema escalonado se va aplicar los tipos penales con agravantes específicas, como el homicidio agravado, robo agravado, etc., que contienen un listado de supuestos que configuran las agravantes en diferentes niveles o grados, el sistema escalonado se aplicara en cualquiera de sus niveles o grados.

B. Concurrencia simultanea de causales que aumentan o disminuyen la punibilidad y reglas de bonificación procesal

La segunda regla determina que se deberá de seguir determinados pasos o procedimientos los cuales son los siguientes:

Primero. El juez establecerá un nuevo espacio de punibilidad o pena básica de acuerdo con las causales que aumenten la punibilidad.

Segundo. El juez procederá a continuación a aplicar la disminución de la pena determinada.

Tercero. El juez dentro del nuevo espacio punitivo aplicara el esquema operativo del sistema escalonado.

Cuarto. Como último paso, aplicara las reglas de bonificación procesal a la pena que resulte de la aplicación del sistema escalonado.

Para un mejor entendimiento se plantea el siguiente caso práctico:

José de 20 años, a los seis meses de haber cumplido parte de una sentencia de pena privativa de la libertad impuesta por un delito anterior, se junta con dos sujetos y deciden cometer un robo a mano armada, en la investigación fueron identificados y posterior en etapa de juicio deciden someterse a la conclusión anticipada del proceso.

Del caso se observa que existe:

- 1 causal que aumenta la punibilidad (reincidencia).

- 1 causal que disminuye la punibilidad la (responsabilidad restringida).
- 2 agravantes específicas (mano armada, pluralidad de agentes).
- Reglas de bonificación (conclusión anticipada).

En primer lugar. Teniendo en cuenta que el robo agravado se sanciona con pena de 12 a 20 años, y de acuerdo con el acuerdo plenario citado el juez deberá establecer un nuevo marco punitivo de acuerdo con las causales de aumento de la punibilidad, entonces, en el presente caso se aumentará en dos tercios el extremo máximo de la pena, resultaría el nuevo margen el correspondiente al de 20 años a 33 años y 4 meses.

En segundo lugar. Seguidamente se aplicará la causal que disminuye la punibilidad, siendo esta la de reducir prudencialmente la pena, según el acuerdo plenario toda reducción prudencial significará 1/3 por debajo de mínimo y máximo de la pena, lo que resultaría en el presente caso un nuevo margen que comprendería el de 13 años con 4 meses a 22 años con 2 meses.

En tercer lugar. Después de los dos primeros pasos, recién haremos el sistema escalonado, ya que en el presente caso se dividirá el nuevo espacio punitivo entre las agravantes específicas, que serían nueve en el caso del robo agravado, al dividirse el espacio punitivo en las nueve agravantes específicas, arrojaría como cada espacio punitivo el de 11 meses con 25 días aproximadamente, siendo que al existir dos agravantes, la pena se fijaría en 15 años con 3 meses y 20 días aproximadamente.

Por ultimo. Después de realizar los anteriores pasos, aplicaremos la regla de bonificación procesal a la pena determinada luego de usar el sistema escalonado, entonces, al reducir un séptimo la pena como resultado de la conclusión anticipada tendremos una pena concreta de 13 años con un mes y 13 días.

C. Aplicación de la pena en los casos de tentativa de delito con circunstancias agravantes específicas

Para determinar la pena cuando se dé el escenario previsto, el juez ubicará en primer lugar un nuevo espacio punitivo aplicando la disminución de la tentativa en una mitad tanto del extremo mínimo y del máximo, luego de ello procederá a identificar la pena concreta siguiendo los pasos que implica el sistema escalonado. Para un mayor entendimiento planteamos el siguiente caso práctico:

El delito imputado es de tentativa de violación sexual en su modalidad agravada, art. 170 del CP, con las agravantes del numeral 2 y 12 del referido artículo (abuso de profesión y si la víctima es agraviada por su condición de mujer 108-b.). De acuerdo con el Plenario 01-2023:

En primer lugar. El juez aplicará una disminución simultánea en el límite mínimo y máximo de la pena abstracta, que será equivalente a una mitad (1/2) para aquellos dos límites, que genera un nuevo espacio punitivo. En el presente caso, la pena abstracta va desde los 20 a 26 años, por la modalidad de tentativa se reduciría **siendo este entre 10 a 13 años el nuevo margen punitivo.**

En segundo lugar. Se aplicará a este nuevo margen (10 a 13 años) el efecto de las circunstancias agravantes específicas, que en el presente caso son dos. Por lo que se dividirá este margen de pena entre 10 a 13 años (3 años) por la cantidad de agravantes específicas que contiene el tipo penal, las cuales son 13 en el presente caso.

- 3 años (espacio punitivo) = 36 meses = 36 meses x 30 (días)= 1080 días.
- 1080 días entre 13 agravantes específicas = 83 días por cada agravante (escala punitiva)
- 83 días equivaldrían a 2 meses con 23 días por cada escala punitiva
- Conclusión: Aplicando la pena escalonada se tienen 2 agravantes específicas en el presente caso lo que significaría 2 tramos es decir, 5 meses con 16 días.

- Teniendo como pena concreta la de 10 años con 5 meses y 16 días.

D. Imposición de una pena de prisión temporal en delitos que normalmente conllevan una condena de cadena perpetua cuando se presenten circunstancias atenuantes, causas de reducción de la punibilidad o normas de disminución por beneficios procesales

Cuando en una pena de cadena perpetua concurren circunstancias atenuantes, reglas de reducción por bonificación procesal o causal de disminución de la punibilidad, se podrá aplicar una pena privativa de libertad temporal de acuerdo con lo siguiente:

- La cadena perpetua se reemplazará por una temporal de 35 años cuando concurren causales de disminución de punibilidad distintas de la imputabilidad restringida por la edad y la tentativa
- La cadena perpetua se variará por una de 25 años cuando se presente la finalización prematura del proceso judicial o la compensación por demora en la justicia y la afectación al plazo razonable, así también, de existir causales de disminución de punibilidad (incluyendo la tentativa y la imputabilidad restringida) o reglas de bonificación procesal (como la confesión sincera o la conclusión anticipada) que concurren con circunstancias agravantes calificadas o con razones para aumentar la punibilidad la pena de cadena perpetua variara a una de 35 años.
- La cadena perpetua se convertirá en una pena de 30 años cuando concurren causales tentativas o imputabilidad restringida y la bonificación procesal de confesión sincera.

E. Aplicación excepcional de reglas de reducción por bonificación procesal de origen supralegal

Esta quinta regla que nos trae el acuerdo plenario, se establecen dos criterios rectores a la hora de aplicar la pena, siendo estos la afectación a un plazo razonable y el interés

superior del niño, niña y adolescentes, en los cuales de acuerdo con el análisis de cada caso en concreto se podrá reducir prudencialmente hasta en $\frac{1}{4}$ la pena concreta.

- Para el caso de afectación al plazo razonable se requiere sustentar que las dilaciones no hayan sido originadas por el propio procesado o su defensa y deberá aplicarse tomando en cuenta la gravedad del hecho punible y del daño causado.
- En relación con el interés superior de los menores, se examinará inicialmente si existe una familia compuesta por el condenado y un niño, niña o adolescente que haya nacido como resultado del delito cometido o que no tenga a otra persona responsable de su mantenimiento. En segundo lugar, se evaluará si el condenado es el encargado de la manutención, que no exista otro familiar que se pueda hacer cargo y que esto se encuentre debidamente probado, tomando en cuenta la gravedad del hecho punible y del daño causado.

CAPÍTULO III

NECESIDAD DE ESTABLECER UN SUBSISTEMA EN EL TERCIO INFERIOR SOBRE LA BASE DE CRITERIOS DE PROPORCIONALIDAD PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

3.1. Alcances del Principio de Proporcionalidad en la Aplicación de las Penas

3.1.1. El punto de vista de la Constitución sobre la determinación de una pena

Determinar una pena implica, por parte del juez, un conjunto de procedimientos, argumentaciones y decisiones importantes; por consiguiente, se debe considerar como punto de partida a la Constitución, pues, como refirió Espinoza (2001, p. 19), en el Estado peruano, los principios fundamentales son los siguientes: “La supremacía de la Constitución, la restricción del poder y la salvaguarda de los derechos fundamentales”. Esto quiere decir que el Estado tiene la obligación de velar por el bienestar de la comunidad, respondiendo a las necesidades de toda la población en su conjunto, de manera que el contenido y la extensión de la pena deben establecerse a través del reconocimiento y la protección de los derechos.

Dentro de este punto de vista, Mir Puig (2002, p. 180) consideró que la Constitución tiene una función protectora hacia la sociedad respecto de las conductas que se consideran reprochables. Por ello, el derecho penal tiene la obligación de prevención, regulando delitos y contravenciones como instrumento para la protección de la sociedad.

Es por este motivo que se debe de proteger a la sociedad en general de la comisión de delitos, ya sea mediante su prevención, o aplicando una pena justa para el condenado, respetando cada uno de los principios que van de la mano de la Constitución como son los siguientes: el principio de proporcionalidad, legalidad, entre otros.

Chang (2013) refirió que el sistema legal peruano dispone que la pena tiene una función preventiva tanto específica como general, y su imposición debe estar fundamentada proporcionalmente con la fijación de una pena justa y equitativa que influya en la conducta del perpetrador del delito o en el comportamiento de la sociedad en su conjunto, de forma

que dicha pena a imponerse cumpla con los estándares necesarios establecidos en la Constitución.

El profesor Schünemann (2002) sostuvo que la pena, en cierta medida, implica un reproche personal hacia el autor del delito, dado que este viola la norma cuando pudo haber actuado de otra manera. Por esta razón, Mir Puig (2002) hizo énfasis señalando que la función preventiva debe estar en función a los principios de culpabilidad, proporcionalidad y los que protejan exclusivamente los bienes jurídicos, no pudiendo superar la pena superar el límite de culpabilidad.

Por regla general, lo que se busca con la pena es la prevención del delito y aquellas personas que infringen una norma sean sancionadas, pero lo que esencialmente se está buscando es que la pena sea proporcional, en tanto que dicha pena que se impuso sea justa, tanto para la víctima como para el autor del delito.

Cabe mencionar que existe un principio dado por la doctrina el cual es el principio de ofensividad, el cual se centra en la defensa de bienes jurídicos mediante un sistema de normas, acogiendo de manera principal al principio de legalidad como fundamento importante para que se haga valer este principio, teniendo como objetivo principal la protección de las ofensas, contra los bienes primarios, individuales, colectivos e institucionales. En otras palabras, se trata de un principio constitucionalizado centrado en el artículo 2 de la Constitución, que se fundamenta en la protección de los derechos fundamentales y garantizarlos mediante la tutela de los bienes y también contra ajenas agresiones adoptando la técnica de una tutela contra las lesiones causadas, pero también preventivas de las mismas.

Es de esta manera que al fijarse una pena, se debe tener en cuenta los principios y la Constitución para que la imposición de la misma vaya de acuerdo con el daño que ha sido causado tanto a la persona como a la sociedad, pero de lo dicho anteriormente se evidencia que no existen directrices, esquemas o criterios exactos para que se pueda determinar una pena de manera correcta, pero como ya se sabe dentro de nuestro Código Penal existen limitaciones dentro de su articulado por su escasa y poca normatividad sobre la determinación

judicial pena y afectan gravemente a todo lo plasmado y protegido dentro de nuestra Constitución.

3.1.2. Principio de proporcionalidad de las penas

Para Bernal (2014), la proporcionalidad en el ámbito del derecho penal cumple una función esencial en relación con la pena privativa de libertad. El principio de proporcionalidad ofrece al juez una metodología y una doctrina que restringen la acción del Estado al imponer penas. La doctrina distingue dos conceptos: a) proporcionalidad abstracta: Impide las sanciones desmesuradas durante la fase legislativa. b) Proporcionalidad concreta: prohíbe la imposición de penas excesivas cuando la transgresión del bien jurídico protegido no guarda relación con la pena aplicada.

A su vez, Aguado (1999) mencionó que la proporcionalidad es un principio general del derecho y que rige en todo el ordenamiento jurídico, sobre todo en los ámbitos de la sanción, y por ello no es exclusivo del derecho penal.

Para los autores Rojas & Infantes (2007), el principio de proporcionalidad dota de equilibrio cualitativo o cuantitativo existente entre el delito y la pena a imponer, limitando así el ejercicio de las atribuciones legislativas en el ámbito penal. También, sostienen que se debe tomar en cuenta la importancia social del hecho, de acuerdo con el grado de afectación social, que los hechos delictivos revistan.

Por su lado, Azañero (2011, p. 111) sostuvo que el principio de proporcionalidad debe de analizarse en toda área del derecho, en tanto constituye un principio general. Así, se encuentra regulado en el artículo 200 de la Constitución, y se utiliza para analizar todo acto restrictivo de derechos de la persona, empero, tiene una mayor connotación en el área de las penas, operando de distintos modos, sea determinación legal o administrativa a nivel penitenciario.

En nuestro ordenamiento el principio de proporcionalidad es un eje principal para fijar una pena, el cual encontramos en el artículo VII del Título Preliminar del CP vigente, el cual señaló que la pena no puede ir más allá de la responsabilidad, con excepción de los casos de habitualidad o reincidencia. Entonces, se puede afirmar que existen dos dimensiones

cuando se habla de proporcionalidad de la pena, una concreta y una abstracta, siendo la concreta la reconocida en el C.P, y la segunda, solo se ha desarrollado a nivel doctrinario, que de acuerdo con nuestra posición debería también estar regulada como un principio jurídico individual.

El maestro Villavicencio, (2016, p. 54) señaló que la proporcionalidad en materia penal debe de observarse en dos sentidos: que la pena sea proporcional al delito y que la pena se fije en relación con la relevancia social del hecho.

Por otro lado, Bernal (2014) afirmó que la proporcionalidad fue usada desde tiempos remotos y hasta la fecha sigue evolucionando y expandiéndose en todas las áreas del derecho, que establecen relaciones entre los particulares y el poder público.

Así, cuando se use la proporcionalidad al emitir sentencia condenatoria se está ante la dimensión concreta, pero cuando se trata de dar una norma penal que fije una pena para determinado hecho, se está ante la dimensión abstracta. Entonces, por la proporcionalidad de la pena, se establecen límites mínimos y máximos a la sanción penal, infiriendo que a menor daño del bien jurídico menor pena y a mayor daño mayor pena

Como se vino mencionando con anterioridad, según la doctrina, jurisprudencia y legislación nacional discute diferentes tipos y alcances con respecto a la proporcionalidad, por eso mencionaremos algunos puntos de importancia en cuestión a la proporcionalidad.

A. Proporcionalidad o prohibición de exceso. Para Rojas (2013 p. 85), es el “llamado también proporcionalidad de medios, de sacrificio, de injerencia, de razonabilidad o de prohibición de exceso”.

Según Suarez, Judel & Piñol (2002), la proporcionalidad prohíbe el exceso de la extralimitación al imponer una pena, debiendo ser la rigurosamente necesario, poniendo límites mínimos y máximos. La prohibición de exceso tiene como finalidad regular la adecuación de las herramientas y métodos empleados por el Estado, ya que impone a los poderes públicos la obligación de emplear aquellos medios y métodos que restrinjan lo menos posible la libertad de las personas. En esencia, se busca asegurar la mínima intervención estatal.

Entonces, la proporcionalidad, entendida como una prohibición de exceso, facilita la supervisión, evaluación y delimitación de las intervenciones de los poderes públicos y particulares, en los derechos de las personas, por medio de criterios de equilibrio, coherencia, necesidad y adecuación, a fin de que sean compatibles constitucionalmente.

B. Proporcionalidad en sentido amplio. Cuando nos referimos a este tipo de proporcionalidad entramos a detallar a lo referido a la proporcionalidad como tal, es decir, que se habla de la proporcionalidad propiamente dicha en todos sus ámbitos, junto con sus sub principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Para Villa Stein (1998), la proporcionalidad en sentido amplio implica que entre la pena y la magnitud del hecho debe existir equilibrio, esto quiere decir, que la pena debe ser suficiente y necesaria respecto a la culpabilidad, respetando la norma, esto quiere decir que la proporcionalidad en sentido amplio debe de abarcar el resguardo de todos los bienes jurídicos, y la imposición correcta de la pena.

C. Proporcionalidad en su dimensión concreta. La proporcionalidad en su dimensión concreta exige a los jueces que al imponer una pena, no se debe sobrepasar la responsabilidad, esta dimensión se encuentra regulada en el artículo VIII del Título Preliminar del CP , observando la fórmula para medir la pena consistente en: a menor daño menor pena y mayor daño mayor pena.

D. Proporcionalidad en su dimensión abstracta. De acuerdo con el principio de legalidad, pilar del derecho penal moderno, no hay pena sin previa ley, es decir, las penas tienen que establecerse mediante ley o norma con rango de ley. Empero, la Constitución no mencionó taxativamente al principio de proporcionalidad de la pena ni el de lesividad de los bienes jurídicos, que se deberían observar al fijar las sanciones penales.

Aun así, en el artículo 200 de la Constitución respecto a las garantías constitucionales, se mencionó que cuando se impongan acciones para restringir o suspender derechos, se debe examinar la proporcionalidad y razonabilidad de dichas acciones.

Esto quiere decir que la dimensión abstracta debería estar regulada constitucionalmente para dar una mayor garantía social, ya que se limitaría el libre albedrío del legislador al proponer penas.

E. Proporcionalidad en el sistema de Penas. En el artículo 28 del CP, las penas se catalogan en privativa de libertad, restrictivas de libertad, limitativas de derechos y multa, con la Ley N.º 29499, se incorporó el artículo 29-A que incorpora la vigilancia electrónica como una pena. Debe tenerse en cuenta que la proporcionalidad opera para toda clase de sanción penal y no solo es exclusiva de la pena privativa de la libertad, que es la que más se impone para hechos delictivos de considerable magnitud.

F. Desproporcionalidad de las penas. De acuerdo con Guevara y Vargas (2018) existe vulneración al principio de proporcionalidad cuando el legislador determina el marco punitivo del delito con incoherencia. La cual se demuestra en que existen penas gravosas para delitos cuyo bien jurídico es de menor jerarquía, respecto a otros cuyo bien jurídico representa mayor trascendencia y se sancionan con penas más benignas, por ejemplo, en el caso del homicidio simple, el cual protege tan valioso bien jurídico como es la vida, se sanciona con pena de 6 a 20 años, en cambio en un delito de robo, cuando se tiene la agravante de dejar a la víctima o su familia en situación económica grave, la sanción es de 20 a 30 años, consideramos sin duda que la vida de la persona humana, esta ponderada por encima del aspecto económico. Por lo que no existe proporcionalidad en cuanto que el homicidio sea sancionado con una pena menor que la señalada para el delito de robo agravado que se tomó como ejemplo, ya que en la ponderación de bienes jurídicos la vida humana está por encima del patrimonio.

3.1.3. Criterios de proporcionalidad

A. Magnitud del daño causado. Según Aguilera (2008), consiste básicamente en el análisis del juez respecto al mayor o menor daño procurado para una determinación proporcional de la pena, esta gravedad del daño se mide sobre la base de los alcances de la conducta criminal, en forma real y potencial, tomando al bien jurídico superior como lo es la

vida para establecer si fuera del daño real y potencial, este daño pudo extenderse al entorno del sujeto pasivo y sus bienes jurídicos tutelados,

Al respecto, el TC en el EXP. N.º 010-2002-AI/TC- Lima, señaló, en su fundamento 211 lo siguiente: dos acciones contempladas en la misma norma penal pueden resultar en sanciones distintas para sus responsables, dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso. Así, tomando el principio de igualdad las tipificaciones a empelarse no revisten la exigencia de ser siempre la misma en el mismo tipo penal, ya que la tipificación no debe ser igual siempre, sino que es el operador de justicia quien establece las diferencias sobre la base de razones objetivas y razonables, considerando a la gravedad del delito y los bienes de orden público constitucional que se vulneren los que establecen la necesidad de no hacer una valoración uniforme.

Ahora, según Villagómez (2006), de acuerdo con el principio de proporcionalidad en la fijación de las penas, se desestima el uso solo de conjeturas o hipótesis, en la medición del daño, por ello, la necesidad de fundamentar una decisión requiere de la valoración de las pruebas, las mismas que importaran a la generación a la medición del daño por el hecho delictivo.

Hirsch (1985) nos sugiere que el daño propiamente debe ajustarse en relación con la afectación procurada en un esquema de menor a mayor gravedad, a la sujeto pasivo debe entenderse por posibilidades de la elección del sujeto pasivo, aquellas situaciones de su vida cotidiana que el sujeto pasivo hubiera podido realizar con normalidad a libre elección de no haber sido víctima de un hecho criminal, poniendo de manifiesto el caso de homicidio simple bajo tentativa, el menoscabo de los bienes jurídicos del afectado determina su impedimento y por lo tanto la magnitud del daño. Por lo que si consideramos la aplicación de esta teoría al homicidio simple, llegaremos a la conclusión de que en definitiva el sujeto pasivo ve por acabadas cualquier posibilidad de elección, es decir, anula cualquier opción que la persona pueda tener cuando el delito se consuma, salvo en casos de tentativa.

Más adelante Hirsch (1991) realizó un análisis de su teoría, encontrando que el criterio basado en la capacidad de elección es en parte artificioso, por lo que Nils Jareborg y Von Hirsch (1991) generaron una nueva teoría respecto a la magnitud del daño causado, en cuanto a que esta debe ser graduada en función a la afectación al estándar de vida de la persona, entendiendo tanto a los intereses económicos como a los no económicos. Esta construcción referente al estándar de vida nos determina otorgarles valor a las condiciones del sujeto pasivo, así como relacionar la forma en que se mide el daño y este estándar permite abarcar las connotaciones de la persona más allá del del derecho pena por parte de quien procura el ilícito.

Así Nils Jareborg y Von Hirsch (1991) señalaron que en cuanto a la subsistencia como sobrevivencia con solo las capacidades básicas para funcionar, los otros niveles se refirieron a la calidad de vida por encima de la básica subsistencia, haciendo uso del estándar de graduación, ya que primero atendemos a los intereses que afectan en función del tipo penal que se infringe y luego tendemos a los intereses lesionados que menoscaban las posibilidades de vida de una persona, siendo para los autores los siguientes: integridad física, medios materiales y comodidades, integridad personal y privacidad. Es así que para un ejercicio de graduación se manejaran cuatro niveles: subsistencia, bienestar mínimo, bienestar adecuado y bienestar intenso.

Respecto a estas teorías mencionadas, consideramos que en el caso de aplicarse a cualquier delito común, sería más beneficiosa la teoría del estándar de vida, pero si se trata de que solo se aplique en el caso del homicidio simple (tema de la presente tesis), serían beneficiosas ambas teorías, ya que el sujeto pasivo ve por anuladas cualquier posibilidad de elección para su vida, por lo tanto la magnitud del daño es indiscutible, también la teoría de estándar de vida se podría aplicar en cuanto se piense que no solo se tendría que considerar el estándar de vida del sujeto pasivo, sino también que a consecuencia de esto las personas que estén a su cargo o su familia quede en desamparo.

También, la doctrina a través de Urquiza (2010), señaló que al medir la magnitud del daño causado se debe tener en cuenta lo que la doctrina denomina la extensión del daño, es decir, aquel daño que se extiende a otros bienes jurídicos a consecuencia de la afectación a un bien jurídico principal lesionado, generalmente se habla de extensión del daño a nivel económico y que en caso de darse el caso no solo debe fundamentarse esta circunstancia, sino responder a las comprobaciones de la causa, estando fehacientemente acreditada la magnitud del perjuicio, tal es el caso que nos compete por ejemplo en el caso de que se cometa homicidio y el sujeto pasivo deje en desamparo a una familia, esta circunstancia debe ser merituada para una medición de la pena que sea proporcional al daño que se genera por extensión de este hecho.

La extensión de daño causado no solo puede generar que el quantum de la pena sea más gravoso, ya que también se puede tomar como un factor legal de atenuación de la pena, tal es el caso por ejemplo de un homicidio por accidente de tránsito, donde a consecuencia del hecho delictivo el propio sujeto activo sufrió lesiones severas o en el caso donde a consecuencia de un robo a mano armada, el policía en cumplimiento de un deber o legítima defensa dispara y mata al infractor, tales circunstancias deben ser entendidas en la aplicación de la pena concreta, en sus márgenes mínimos, ya que el autor del delito ha generado para el mismo padecimientos de una envergadura tal que la imposición de la pena se muestre a todas luces inconveniente.

En este sentido y bajo el caso en concreto del homicidio simple es la extensión del daño un parámetro para medir la magnitud del daño causado, ya que otorga al juzgador la facultad de ponderar la afectación al o los bienes jurídicos afectados, siempre y cuando se trate de circunstancias que sean graduables y que no operen impedimentos de doble valoración. Como señalamos líneas atrás la extensión del daño se da generalmente en el ámbito económico, pero sin perjuicio de que se dé una extensión también en lo referido a la salud de las personas o la protección a la integridad. Por último, en relación con la extensión

del daño causado no solo debe valorarse las situaciones típicas del hecho sino también las circunstancias extra típicas.

B. Gravedad del hecho punible. La gravedad del hecho punible que hace referencia a los elementos y circunstancias que rodearon estrictamente la ejecución del hecho punible y que le agregan al hecho características jurídicas distintas al arrojado por las circunstancias de atenuación o agravación genéricas o específicas.

La valoración de este apartado deberá realizarse bajo criterios de proporcionalidad y razonabilidad, para lograr así determinar cuál es la pena justa que merece el acusado. Ahora, al realizar la valoración de este criterio, debe tomarse en cuenta el respeto del principio non bis in ídem, ya que puede existir similitud entre los elementos estructurantes del tipo penal, con circunstancias que revistan mayor gravedad del hecho, esto puede originar confusiones que conduzcan a la fragmentación de este principio constitucional.

Una de las situaciones a analizar en este apartado se trata pues de si la medición de la gravedad del hecho punible es medible sobre la base de la culpabilidad o si su tendencia va más orientada con la proporcionalidad. Para aclarar un poco el panorama Aguado (1999, p. 493) manifestó que “la proporcionalidad se orienta al injusto, mientras que la culpabilidad se dirige a la atribución del hecho”. Es decir que las dificultades en la fijación de la pena, en este caso en el tercio inferior, no se basan en el ámbito de la culpabilidad sino más bien a la antijuricidad. Debido a que la culpabilidad no brinda elementos necesarios para el análisis de la gravedad del hecho, puesto que su principal función es la de ser un principio que enmarque circunstancias que posibiliten que un determinado hecho delictivo sea atribuido a su autor.

Concordamos en lo anterior señalado, ya que consideramos que la intensidad de la antijuricidad no siempre es la misma que la culpabilidad, es decir, que no coinciden, ya que el plano para determinar cada una es distinto. En consecuencia, una conducta considerada con la severidad extrema puede coexistir con una culpabilidad mínima o inexistente, como en el caso de una madre que en un estado de total inimputabilidad, da muerte a su propio hijo.

Según sostienen Bramont y Bramont (2002), el grado del injusto hace mención a la cuantía del injusto, al nivel de antijuricidad, de oposición de la conducta con el orden jurídico y el derecho. Aquí según los autores se tiene que tomar en cuenta los criterios de: circunstancias de modo, tiempo, lugar y ocasión, de medios empleados y de naturaleza de la acción.

También, se puede advertir en la doctrina internacional, que ya hace un buen tiempo se toma en especial relevancia a la gravedad del hecho para con la determinación de la pena, ya que según la tesis de Schünemann (2007), en cuanto al hecho delictivo, propone que para la medición de la pena se debe tener en cuenta la gravedad del hecho en relación con la culpabilidad y lo perjudicial del comportamiento del autor, con el fin de llegar a tener justicia e igualdad en la imposición de la pena.

En resumen, para materializar lo expuesto anteriormente, es fundamental identificar los factores concretos que deben desempeñar un papel crucial al determinar la gravedad del acto, con el fin de llevar a cabo un juicio de proporcionalidad en relación con la pena a imponer.

En relación a los factores que determinen la menor o mayor gravedad del hecho delictivo, nos basaremos en lo señalado por el profesor De la Mata (2007), cuando sostuvo que para la graduación de la gravedad del hecho punible existen tanto circunstancias objetivas, subjetivas o una suerte de combinación de ambas, que están relacionadas a la afectación del bien jurídico, también se refirió a los niveles de asignación de responsabilidad por el acto ilícito realizado, considerando el desvalor de la conducta, como en el caso del uso de armas o también pueden pertenecer al desvalor del resultado como por ejemplo el grado de peligro expuesto.

Así el profesor De la Mata (2007) señaló que en cuanto a las circunstancias objetivas que gradúen la gravedad del hecho punible, se pueden tener en cuenta: el grado de lesión o peligro al cual fue expuesto el bien jurídico tanto individual como colectivo, circunstancias de

lugar, tiempo y modo y las modalidades de realización del delito. En lo referido a las circunstancias subjetivas señaló que se pueden tomar en consideración aquí: los motivos determinantes que llevaron a el sujeto activo a cometer el ilícito, también se puede tomar en consideración las características personales del autor, en cuanto esas hayan influido directamente en los hechos delictivos, la conducta posterior a los hechos o la conducta durante el proceso penal.

Cabe señalar, que el considerar a la gravedad del hecho, como un parámetro de ponderación tendríamos que considerar también que la afectación al bien o bienes jurídicos incide en la ponderación de la intensidad de la intervención penal a cada caso en concreto, ya que la cuantía de la pena es una manifestación o resultado de esa mayor o menor afectación y deben guardar proporcionalidad entre sí. Por lo que los criterios de gravedad del hecho punible y magnitud de daño causado, suelen confundirse, ya que tienen muchas veces relación entre sí, entendiéndose que a mayor gravedad del hecho punible existirá una mayor magnitud en el daño causado, siendo la diferencia entre ambos que cuando nos referimos a gravedad del hecho punible estamos hablando de la conducta o el modo grave en que se cometió el delito, mientras que la magnitud del daño causado, son pues los efectos que generó esa conducta.

Es importante también señalar que la jurisprudencia peruana ha señalado respecto al tema la diferencia que existe entre la gravedad del delito y del hecho, en el Recurso de Nulidad 2025-2018, Lima Norte, donde se precisa que la gravedad del delito ha sido tomada en cuenta por parte del legislador al establecer la pena teórica para cada delito, en el contexto de la criminalización primaria; mientras que la severidad del acto está relacionada, en realidad, con las circunstancias que permitieron la concreción del hecho delictivo, cuya verificación se dará en la identificación de la pena y establece que se tendrá en cuenta lo siguiente:

- En primer lugar, la presencia de culpa o dolo en los hechos atribuidos al autor, que para la presente tesis se analizará el dolo como un parámetro individual, esto porque consideramos que tiene una gran relevancia que debe ser considerado en un apartado especial, como criterio de graduación independiente.
- En segundo lugar, identificación de las circunstancias que disminuyan o aumenten el reproche de la acción o el resultado del comportamiento típico.
- En tercer lugar, la culpabilidad del autor sea esta relativa o absoluta en relación al nivel de conocimiento de su actuar, o de si ha mediado alguna situación que disminuya su capacidad para entender el mandato prohibitivo de la norma penal.
- En cuarto lugar, de la conducta del autor luego de cometer el ilícito y el perjuicio que generó con ello, es decir, si brindó cooperación durante el proceso judicial y cuál fue su actitud frente a la víctima y la reparación del daño; esto último, aunque no afecta la culpabilidad debido a que ocurre después del delito, influye en la determinación de la punibilidad.

C. Necesidad de la pena. Según Roxin (1981), el principio de necesidad de la pena obliga al operador judicial realizar un estudio reflexivo acerca de imponer o no una sanción penal, por lo que a través de la aplicación de este principio se busca lo siguiente:

- Optimizar la función legislativa que corresponde al Congreso de la República y, en consecuencia, eliminar de un Estado Social de derecho las teorías absolutas de autonomía legislativa, dado que se debe llevar a cabo un análisis basado en una política criminal real, consciente y efectiva. Esto permitirá incluir en el marco legal la prohibición de conductas que causen un daño intolerable a la convivencia social y, por lo tanto, establecer sanciones necesarias frente a otras menos dañinas que no proporcionarían ninguna solución.
- Imponer al operador judicial analizar si es necesario imponer una pena o abstenerse de hacerlo; esto dentro del marco que establece un derecho penal de garantías, cuyo objetivo es asignar sanciones punitivas a los individuos que han llevado a

cabo conductas con un desvalor genuinamente grave, además de representar un alto grado de peligrosidad para la sociedad. El autor debe impactar los bienes jurídicos, amenazándolos o dañándolos de manera efectiva, tal como lo requiere de manera concluyente el principio de Lesividad.

Se evidencia entonces, según Velazquez (2006), que cuando la imposición de la pena se torna inevitable para el ciudadano sujeto a la jurisdicción penal, el operador judicial deberá entrar en el ámbito dogmático regido por el principio de proporcionalidad, que exige, fundamentalmente, aplicar una sanción que esté en proporción con la gravedad de la conducta delictiva realizada. Justamente, uno de los logros actuales del derecho penal es la prohibición de imposición de penas idénticas a situaciones que concitan distinta gravedad, lo cual ha demostrado que la pena debe ser tanto cualitativa como cuantitativa, considerando las normas legales que guían dicho proceso.

En este sentido, los juristas colombianos Cita y Gonzales (2017) expresaron que se hace referencia al principio de necesidad de la pena en su sentido de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad. El primero de estos conceptos se entiende como un límite para que la sanción sea lo menos severa posible; el segundo como una reacción ante las afectaciones más graves a los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, y el tercero como la imposición de una sanción de carácter residual, cuando se ha demostrado que otras medidas han fallado en la protección del bien jurídicamente tutelado.

Así, se puede entender a la necesidad de la pena, desde distintas acepciones, como la plasmada bajo la concepción de Ferrajoli (1995), en la cual la necesidad de la pena cumple una doble función de prevención general negativa, alineada con los objetivos del derecho penal, que son los siguientes: la prevención general de penas desproporcionadas y arbitrarias, así como la prevención general del delito.

Otra concepción es la de Roxin (1997), quien señaló que al analizar la necesidad de la pena, en la individualización de la sanción, se requiere utilizar criterios preventivos, tanto

generales como especiales. Cabe mencionar que de aceptarse esta postura, se entendería que el legislador no parte de la culpabilidad en la determinación de las penas, sino que tendría en cuenta las necesidades preventivas.

Por otro lado, Jakobs (1995) nos brindó otra concepción acerca de la necesidad de la pena, al indicar que debe interpretarse bajo la perspectiva de la variante integradora de la prevención general positiva dentro de un funcionalismo sistémico radical. Esta postura, si bien es interesante, se encuentra fuera del ámbito aplicable, ya que el sistema peruano tiene un sistema penal finalista.

Así entonces, necesidad de la pena que no es lo mismo al merecimiento de pena, es referimos al principio de necesidad de intervención o límite al *ius puniendi* del Estado, por lo que la intervención del derecho penal y su respectiva sanción, se justifica en casos que se considere indispensable para mantener la paz social.

Entonces ante la propuesta del criterio de necesidad de pena en el tercio inferior, la tarea del juez en este contexto debe ser determinar si la pena que se impondrá al acusado cumplirá con los objetivos fundamentales de un Estado Social de derecho. En primer lugar, el juez debe evaluar si la intervención del derecho Penal es necesaria para proteger los bienes jurídicos afectados por la comisión del delito. En segundo lugar, el juez debe examinar si la pena realmente cumple con sus fines, ya que podría suceder que no lo haga efectivamente. Esto podría llevar, por ejemplo, a que el juez no se aleje del mínimo del tercio inferior dentro del margen de pena aplicable. Un caso ejemplar sería el de un acusado de 60 años de edad o con un estado de salud precario; en tales situaciones, la sanción penal debe ajustarse a esas circunstancias y, en todo caso, buscar la reintegración del acusado en la sociedad. o casos donde por el contrario sea necesario aumentar más la pena.

E. Impacto social. Nuestro ordenamiento posee un carácter legal y relativo. En efecto, el poder legislativo ha establecido un marco general y abstracto siguiendo determinadas directrices en materia de política criminal para definir las consecuencias

jurídicas aplicables a cada delito, así como la forma en que estas deben ser graduadas, tarea en la que el juez desempeña un papel exclusivo y excluyente.

Estos factores se reflejan normativamente de manera general, estableciendo la pena asignada al delito, cuya cuantía puede modificarse por la presencia de circunstancias agravantes o atenuantes especiales, así como por las normas relativas a la concurrencia de delitos; las diferentes etapas de desarrollo o grado de ejecución del delito; el nivel de participación; para finalmente determinar los efectos de las circunstancias que modifican la responsabilidad penal.

Asimismo, es importante mencionar que en el caso concreto, pueden aplicarse otras disposiciones contenidas en leyes especiales que pueden modificar la cuantía de la pena, ya sea por la presencia de circunstancias particulares de atenuación o agravación, o mediante la modificación de la respuesta punitiva en relación con las diferentes etapas de desarrollo del delito.

Aunque en este caso se establece un auténtico margen de discrecionalidad, es esencial que el juez explique en la sentencia cómo se ha dado cumplimiento a este precepto, lo que le exige justificar de qué manera el número de circunstancias, su gravedad y la magnitud del daño causado han influido en la determinación final de la pena. Sin embargo, en la práctica, los tribunales rara vez cumplen con este mandato legal, aplicando en la mayoría de los casos la pena mínima sin una fundamentación adecuada sobre las circunstancias existentes.

Nuestro sistema en lo referido a la determinación de penas, se inclina a una postura rígida legalista frente a una discreción judicial relativa, aunque es cierto que el margen de maniobra del juez puede traducirse en varios años de diferencia en la pena impuesta a la persona condenada.

Para lograr un mejor equilibrio, no sería necesario ampliar el margen de discrecionalidad judicial o aumentar la libertad del juez tanto en la selección como en la determinación de la pena con el fin de promover una mayor moderación en su rigor. En cambio, esta discrecionalidad debería estar guiada por pautas o criterios generales, como los

mencionados anteriormente, que permitan al juez, en un contexto donde lleva a cabo una labor de gran relevancia político-criminal, justificar el razonamiento utilizado para individualizar la pena. Esto estaría en consonancia con lo establecido en el Código Penal, que al permitir a los tribunales valorar la prueba con libertad, les impone las limitaciones derivadas de las máximas de la experiencia, los conocimientos científicos y los principios de la lógica.

Todo lo anterior, además de aportar mayor racionalidad y coherencia al quehacer judicial, ofrece varias ventajas. Entre ellas, se destaca la posibilidad de reducir el riesgo de que el juez determine la pena basándose únicamente en la impresión que le causó el hecho, o que con el fin de ajustar la pena a la gravedad del acto, recurra a prácticas altamente cuestionables, como decidir arbitrariamente en la calificación jurídica del hecho adoptando decisiones con poco sustento teórico. También se evita el uso artificioso de atenuantes o eximentes incompletas y el empleo indebido de la libertad probatoria otorgada por el CPP, lo que podría llevar a que su decisión sea impugnada a través de un recurso de nulidad.

Así surge la respuesta a la pregunta planteada al inicio de este breve trabajo. Con estas consideraciones, se observa claramente que el principio de proporcionalidad tiene un amplio campo para ser aplicado, y por lo tanto, puede tener plena vigencia, tal como se evidencia en el ámbito de la proporcionalidad abstracta. Esto se refuerza con la idea de que ninguna actividad del juez, ni siquiera aquel que se califica como discrecional, debería ejercerse al margen de los criterios expresamente establecidos en la ley ni de las finalidades de la norma penal, ni de la observancia de los principios y criterios que racionalizan el ejercicio del ius puniendi.

3.1.4. La proporcionalidad dentro del sistema de tercios

Como mencionó Rojas (2012) se han establecido alcances de este principio en la sentencia del TC N.º 00102002-AI/TC, que según su fundamento 44, el delito debe ser expresamente establecido por ley, evitando promulgar normas que contengan tipos penales abiertos o mal definidos.

El principio de proporcionalidad actúa únicamente dentro de un marco legal, nunca fuera de un límite establecido. La determinación del marco punitivo y sus límites legales es un principio lógico. Aplicar criterios de proporcionalidad fuera de estos límites legales no se ajusta al imperio de la Constitución ni a las leyes.

El principio de proporcionalidad es aplicable al asignar pesos (porcentajes) a cada circunstancia agravante o atenuante, pero siempre dentro de un límite legal establecido. Sin embargo, otro referente importante está constituido por la situación concreta del condenado, incluyendo sus condiciones y características, tal como lo establece el artículo 45 del Código Penal. De esta manera, la aplicación del principio de proporcionalidad se basa en dos elementos de la realidad: i) el marco legal, y ii) la situación específica del sentenciado.

La pena se establece dentro de los límites legales, entonces, tanto el límite mínimo como el máximo son legales y es la ley quien fija estos límites, no los jueces, esto de acuerdo con el artículo 45-A del CP:

- Cuando en la pena conminada no se fijan el límite mínimo o máximo operan los regulados en el artículo 29 del CP estableciendo siempre un marco legal.
- Cuando concurren circunstancias agravantes cualificadas, la pena se determinará de acuerdo con el numeral 3 del artículo 45-A del CP, por encima del tercio superior, es decir, se creará un nuevo marco legal, en el que ahora el máximo legal pasara a ser uno mínimo y el nuevo máximo será el correspondiente a cada circunstancia agravante cualificada sea esta habitualidad, reincidencia, condición del sujeto, uso de menores o por abuso de parentesco.
- Cuando se presenten circunstancias atenuantes privilegiadas, la pena se impondrá por debajo del tercio inferior, lo que significa que el nuevo máximo legal se convierte en el anterior mínimo, y el nuevo mínimo será el regulado en el artículo 29 del CP correspondiente a dos días.

3.1.5. Vulneración de la proporcionalidad para determinar una pena ante deficiencias del sistema e interpretación

Para Mendoza (2015), al fijar una pena, se tiene primero que identificar la pena abstracta para cada delito, la cual ha sido determinada por el legislador de acuerdo con la gravedad del hecho y en función a la prevención general. En este primer paso no se aplican las circunstancias de modificación a la responsabilidad penal, sino, solo se hará una correcta tipificación del hecho delictivo.

Empero, no siempre los tipos penales cuentan con un marco abstracto, ya que se presentan de manera incompleta, faltando bien el margen mínimo o el máximo y debe de integrarse el margen faltante a fin de tener una pena abstracta adecuada, para determinarla se debe aplicar el artículo 29 del CP que establece una duración mínima de dos días y máxima de 35 años, un ejemplo de ello es el caso del homicidio calificado, el cual señaló una pena mínima de 15 años, no señalando el máximo legal, por lo que deberá entenderse que la pena ira desde los 15 a 35 años. El profesor Prado (2010) sostuvo que cuando en el tipo penal solo se ha considerado uno de los dos límites, es el juez quien debe señalar el límite faltante en base al CP.

3.2. Principios que Intervienen en la Determinación Judicial de la Pena dentro del tercio inferior del delito de homicidio simple

3.2.1. Legalidad

En la actualidad, tomando de referencia la base de Claus Roxin (1997: p. 137), el ordenamiento jurídico debe contar con medios para prevenir el delito y para fijar límites a la potestad punitiva, para que no exista una intervención arbitraria por parte del Estado, entonces, el estado de derecho no solo debe proteger a las personas mediante el derecho penal sino del derecho penal.

Según Donna (2006), tanto el liberalismo político como la división de poderes fundamentan el principio de legalidad, pudiendo sumarse también la teoría de prevención general, consideró que solo se puede aplicar una pena si está regulada previamente en una norma. Dentro de nuestro ordenamiento, esto se consagra en el numeral 24-d, del artículo 2

de la Constitución y el artículo II del Título Preliminar del CP que preceptúan que nadie será procesado ni sancionado por acto o pena que no esté establecida en la ley.

Para Bacigalupo (2004), este principio tuvo relación con la prevención general, es decir, representada como coacción psicológica, debiendo la ley adelantarse al hecho punible y así cumplir la función preventiva, entendiendo que al saber las personas que existe un mal mayor a las acciones delictivas, se evitaría cometer tales acciones. Explica también que no se puede condenar imponiendo una pena que no esté regulada en previa ley.

3.2.2. Lesividad

De acuerdo con el artículo IV del Título Preliminar del CP, se necesita una lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos para imponer una pena.

Para la Junta Nacional de Justicia antes Colegio Nacional de la Magistratura (CNM, 2016) debe verificarse un daño a un bien jurídico, para considerar que existe delito y este bien jurídico debe estar protegido y reconocido por ley.

En la explicación del fundamento séptimo del Acuerdo Plenario 01-2008/CJ-116, se concluye que la jurisprudencia nacional establece como principios rectores para determinar, los de culpabilidad, proporcionalidad y lesividad; no obstante, esto debería interpretarse de manera coherente con los nuevos mecanismos que ofrece el Código Penal. Por lo tanto, se concluye que el principio de lesividad influye en la motivación de las sentencias respecto a la imposición de la pena, pero esto debe estar interpretado de manera sistemática junto con otros mecanismos legales, así como con los rangos de sanción establecidos para cada tipo penal.

Es entonces, el principio de lesividad uno de rango constitucional, ya que al estar consagrado en el Título Preliminar del CP, se establece como el enlace normativo que conecta los principios del derecho penal con los principios constitucionales, lo que otorga al principio de lesividad un carácter constitucional.

3.2.3. Ofensividad

Para Ferrajoli (2007), la ofensividad se constituye en dos subprincipios: el abstracto, entendiendo a que nadie puede ser condenado por un acto que no afecte bienes jurídicos de

rango constitucional; y el concreto, por el cual, aun cuando un hecho represente un tipo penal, no será castigado si no se produce algún daño o peligro. Respecto al primer subprincipio, debería estar regulado por el legislador en la Constitución; en cuanto al segundo al estar dirigido a los jueces, debería ser regulado en una ley común.

En efecto, se puede afirmar que la afectación del bien, entendida de esta manera, proviene de delitos de daño o de delitos de peligro, que según la fórmula clásica de Francesco Carrara, se basan en el “peligro sufrido” por el bien en sí. Por esta razón, para que la punición de un comportamiento esté justificada, se exige que como consecuencia de dicho comportamiento, el bien protegido haya estado efectivamente en peligro.

3.2.4. Proporcionalidad

Para Suarez (2002), el principio de proporcionalidad implica que no sancione más allá de lo necesario, es decir, determina la prohibición de exceso.

Según Luzón (1996), “la imposición de la pena debe ser proporcional al daño generado”. Por otra parte, para Velásquez (2004, p. 37), comprende este principio en tres dimensiones: la pena debe ser la idónea para llegar al fin querido; la proporcionalidad mide la necesidad y se plasma en la pena; la proporcionalidad debe determinarse a través de un juicio de ponderación entre la pena y el fin al que se quiere llegar a fin de establecer si las sanciones van de acuerdo con la defensa del bien que origino la restricción.

Es así como otra visión es la de Rojas & Infantes (2007, p. 120), para quienes, la proporcionalidad se manifestó en las distintas etapas de fijación de la pena, como son la determinación legal, judicial y si fuera el caso la administrativa penitenciaria. Por ello, se consideró al principio de proporcionalidad como una limitación a las atribuciones legislativas en el ámbito penal, proponiendo un equilibrio cualitativo y cuantitativo entre el delito y la pena.

Es importante mencionar que son dos las exigencias que se distinguen a partir del principio de proporcionalidad de las penas: que la pena sea proporcional al delito y que la pena se dije en función a la importancia social del hecho, es decir, de acuerdo con su nocividad social.

Para Prado (2010), la sanción debe ser proporcional al nivel de responsabilidad del autor, considerando la intensidad del daño y la importancia del bien jurídico afectado. Por ende, la sanción penal debe ser razonable cualitativa y cuantitativamente con el delito, con la intensidad del reproche y con las circunstancias que la rodearon para su realización.

El principio de culpabilidad es uno de los fundamentos sobre los cuales se sostuvo el derecho penal. Específicamente, justifica la imposición de penas dentro del modelo represivo que fundamenta nuestra legislación penal y, por ende, la política de persecución criminal en el contexto del Estado constitucional.

El principio de culpabilidad proporciona la base para justificar la imposición de penas cuando la comisión de delitos es reprochable a quien los ha perpetrado. La reprochabilidad del delito es un requisito necesario para poder atribuir a una persona la responsabilidad penal por las consecuencias que el delito o la conducta dañina ha ocasionado.

Asimismo, el principio de culpabilidad se concreta cuando se reúnen una serie de elementos. En términos generales, de acuerdo con este principio, la imposición de una pena debe estar condicionada a la presencia de dolo o culpa, a la conciencia de la ilicitud, a la existencia de punibilidad, a la capacidad de actuar conforme a las exigencias del derecho (imputabilidad), y a la existencia de una situación normal en la motivación del autor (exigibilidad).”

Para Prado (2010, p. 124), “no hay pena sin culpabilidad”. De esta afirmación se desprenden tres consecuencias garantistas: a) no existe responsabilidad objetiva ni sanción únicamente por el resultado; b) la responsabilidad y la pena se basan en el acto, no en la persona; c) la culpabilidad establece la medida y el límite de la pena.

3.2.5. Culpabilidad

Para Arias (2008), para que se fije una pena a determinada persona, se debe demostrar que es culpable de un hecho delictivo, ello de acuerdo con el principio de culpabilidad o conocido también como de responsabilidad, plasmado en el artículo VII del Título Preliminar del CP.

Por su parte, Orlando (2007) mencionó que la culpabilidad demostrada permite la imposición de una pena, pero no obliga a su aplicación, ya que el Estado, por razones de política, puede optar por no imponerla, bien porque no la considere necesaria o porque vea alternativas no punitivas más adecuadas. Este criterio está relacionado con el Estado social de derecho al que pertenecemos y bajo el cual debemos interpretar la normativa vigente, especialmente la penal, debido a las implicaciones jurídicas que conlleva. Según lo mencionado por Orlando (2007), el principio de culpabilidad dentro del Estado social de derecho no solo tiene connotaciones de legalidad y realización efectiva del derecho, sino que también cumple funciones de humanización del derecho penal y garantiza la coherencia de la sanción penal a imponer, en función de las motivaciones del infractor.

Así, únicamente se sancionarán conductas que afecten bienes jurídicos resguardados por el derecho, por conductas gravosas socialmente. Por ello, son dos los elementos que se encuentran en este principio: la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico y la existencia del mismo. Entendiendo que de no superar el juicio de necesidad, toda medida será desproporcionada, si se sanciona una conducta que socialmente no es gravosa ni afecta algún bien jurídico.

Además, para Prado (2010), si no hay culpabilidad no hay pena. De lo dicho se generan tres consecuencias garantistas: a) no existe pena ni responsabilidad objetiva por el simple resultado; b) la responsabilidad penal es del acto y no del autor; c) el límite y medida de la pena es la culpabilidad.

Para Rojas & Infantes (2007), uno de los pilares del derecho penal es el principio de culpabilidad, permite justificar la fijación de pena, el reprochar un delito constituye requisito para atribuir responsabilidad penal. El principio de culpabilidad se concretiza cuando concurren distintos elementos, como lo condicionado a la culpa o dolo, conciencia de punibilidad o antijuricidad, de comportarse de acuerdo con lo ordenado por el derecho.

3.2.6. Necesidad

Para Escobar (2002), a través del derecho penal, el Estado ofrece una protección subsidiaria frente a ciertas agresiones a bienes jurídicos o valores constitucionales

específicos, mediante la imposición de penas, cuando consideró necesario recurrir a este mecanismo para brindar una protección efectiva. Por tanto, el principio de necesidad implica que si la pena es el último recurso de la acción estatal, este instrumento de protección debe ser eficaz. De lo contrario, sería suficiente utilizar otros tipos de mecanismos jurídicos o sanciones menos severas que la pena. Asimismo, el principio de proporcionalidad, al ocuparse del vínculo normativo entre el medio y el fin, evalúa si el fin buscado justifica el uso del medio, necesario y adecuado, que se ha empleado.

En la determinación de la pena, los principios de extrema ratio y proporcionalidad juegan un papel crucial. El principio de extrema ratio, en el contexto de la pena, adquiere una dimensión distinta a la que tiene en la criminalización primaria o en el proceso de creación de la norma. En la criminalización primaria, es relevante para decidir qué conductas deben ser tipificadas. En cambio, en la criminalización secundaria, o en el momento de aplicar la norma, este principio sugiere evitar la imposición de la pena cuando el acto ilícito esté definido de manera muy vaga o cuando no se pueda establecer con certeza la responsabilidad del sujeto. Específicamente, en la etapa de determinación de la pena, el carácter de extrema ratio debería otorgar al juez la facultad de abstenerse de imponer la pena, basándose en criterios bien fundamentados.

Es así que para Sánchez (2000), el cambio de paradigma supone una ampliación y evolución de un enfoque judicial generalizado hacia un enfoque orientado a la solución de problemas o de política criminal, que permita al juez, al establecer la pena, aplicar de manera más amplia el principio de necesidad de pena. Esto se lograría mediante una argumentación sólida basada en un juicio de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad, en lugar de la aplicación limitada que ha prevalecido en la práctica.

En función a ello, se debe tener que la pena es necesaria justa, que este juicio es valorativo del delito como un problema, lo que se ve aquí es un error hacia una ampliación manifestado de la discrecionalidad de los jueces, por lo que lo pretendido es la aplicación de esta necesidad de la pena, el aplicar el principio directamente en todos los casos que se le presenten, y no solo en aquellos específicos mencionados por el legislador, buscando

siempre el respeto a principios de tan alta jerarquía, que pretenden en sí mismo un derecho más humano y diligente en el ejercicio de la determinación judicial y en repuesta a la correspondencia con la necesidad social.

Este principio de necesidad de pena, con su naturaleza de norma superior, se presenta como el único criterio capaz de justificar la aplicación del derecho penal desde una perspectiva material.

3.3. La determinación de la Sanción en el Derecho Anglosajón

3.3.1. Aspectos históricos

Von Hirsch (1987) nos explicó que durante las primeras seis décadas del siglo XX prevaleció la discreción absoluta en la determinación de la sentencia. En Europa, los códigos penales daban a los jueces sentenciadores un amplio margen de maniobra, pero en los Estados Unidos ese margen de maniobra era aún mayor. Típicamente, los estatutos estadounidenses establecían solo las penas máximas para diferentes delitos, y el juez tenía la opción de determinar de cualquier modo la sentencia dentro de ese límite: una multa, libertad condicional, una sentencia de cárcel o un período más corto o más largo en una prisión estatal. Cuando el infractor era sentenciado a prisión, la junta de libertad condicional podía liberarlo en cualquier momento después de que hubiera transcurrido una fracción específica de la pena (un tercio, en la mayoría de los Estados confederados) y esas decisiones ordinariamente no podían ser apeladas.

A su vez, Hirsch (1987) mencionó que esta amplia discrecionalidad estaba ostensiblemente justificada por fines de rehabilitación: permitir a los jueces y oficiales de libertad condicional familiarizados con el caso elegir una disposición adaptada a la necesidad de tratamiento del delincuente. En la práctica, es posible que la discreción no ayudará mucho a la causa de la rehabilitación penal, porque era un cheque en blanco que los funcionarios de licencias y libertad condicional podían usar como quisieran. En lugar de garantizar sentencias diseñadas para el tratamiento, permutó a los tomadores de decisiones individuales que perseguían los objetivos o políticas que personalmente preferían (o no tenían objetivos coincidentes en absoluto) al decidir la sentencia. Tales dificultades, sin embargo, fueron

pasadas por alto durante mucho tiempo: hubo poco desafío a la idea de que debería haber una amplia discrecionalidad en las sentencias, para facilitar la rehabilitación de los delincuentes.

Von Hirsch (1987, p. 11) continuó con el relato mencionando que, a partir de la década de 1970, comenzó a desarrollarse el desencanto con las sentencias discrecionales. Este provino en parte, del creciente escepticismo sobre el modelo terapéutico de castigo. “La historia del declive de la rehabilitación penal se ha contado con demasiada frecuencia para justificar que la vuelva a contar aquí en detalle”. Los tratamientos penales no parecían estar funcionando bien: una vez probados cuidadosamente, pocos programas de este tipo tuvo una influencia mensurable en la reincidencia.

Von Hirsch (1987), en relación con lo anterior, manifestó que además de tales fallas en los programas, se produjo una pérdida más amplia de fe en la maleabilidad humana. No solo en las sentencias, sino también en otras intervenciones estatales en la vida de las personas cuya conducta se consideró desviada, las dificultades para forzar o inducir un cambio de comportamiento se hicieron evidentes. Finalmente, se cuestionó la equidad de la sentencia rehabilitadora: ¿era realmente justo hacer depender la severidad de la pena del delincuente, no del grado de reprochabilidad de sus propias elecciones criminales, sino de la estimación de alguien de sus supuestas “necesidades” para el tratamiento?

Ashworth (1998) narró que la primera conferencia judicial dedicada a las sentencias fue convocada por Lord Parker CJ en 1963. En 1975, el ministro del Interior, el Lord Canciller, y el Lord Presidente del Tribunal Supremo establecieron un comité bajo la presidencia del Sr. Justice (luego Lord) Bridge, para revisar la maquinaria para difundir información sobre el sistema penal y asuntos relacionados con el tratamiento de los delincuentes; revisar el alcance y contenido de la capacitación, y los métodos mediante los cuales se brinda; y hacer recomendaciones. El documento de trabajo del comité de 1976 usó el término “capacitación judicial” en su título, un término al que algunos jueces reaccionaron enérgicamente. Como dijo el comité en su informe de 1978,

En continuación a los anterior, Ashworth (1988) recordó que se mencionó que la “capacitación” implica que hay “capacitadores” que pueden capacitar a las personas para ser jueces, y en la medida en que este concepto sea capaz de influir en el pensamiento de quienes se ocupan de la capacitación judicial, esto debe, a pesar de todas las protestas en sentido contrario, representar una amenaza para la independencia judicial. Esta fue una clara demostración de extrema sensibilidad en este momento sobre la independencia judicial en su sentido más amplio. El Bridge Committee se inclinó ante él al titular su informe final Estudios Judiciales e Información, aunque afirmó que los temores expresados por algunos jueces eran exagerados, el informe condujo al establecimiento de una Junta de Estudios Judiciales (JSB) en 1979.

Es así como Ashworth (1998) mencionó que, en principio, el propósito principal de la Junta fue tratar de reducir las inconsistencias en las sentencias en el Tribunal, pero sus seminarios también cubrieron problemas de actualidad en derecho penal y procesal y la correcta conducción de juicios penales, con charlas de fondo sobre temas particulares como libertad condicional, e incluyó visitas a instituciones penitenciarias.

Wasik (1998), en relación con lo comentado por Ashworth, mencionó que desde su enfoque original en las sentencias del Tribunal de la Corona, la Junta de Estudios Judiciales se amplió en 1985 y se le asignaron responsabilidades mucho más amplias, que incluyen la capacitación de magistrados y la capacitación de jueces en asuntos penales, familiares y civiles. La Junta ahora tiene un director de tiempo completo de Estudios, que es juez en comisión de servicio. La sentencia en las cortes de magistrados es la preocupación del Comité Magistral, a continuación. La sentencia en el Tribunal es uno de los asuntos cubiertos por el Comité Penal de la JSB, que está compuesto por jueces, altos funcionarios, miembros de la secretaría de la JSB, un abogado y un miembro académico. Es a consecuencia de ello que a medida que el rehabilitacionismo perdía su dominio, otras filosofías penales pasaron a primer plano. Una influyente escuela de pensamiento enfatizó los merecimientos del delincuente y haría que la sentencia se comporte con la gravedad de su conducta criminal:

otra escuela enfatizó la incapacitación; encarcelar a los delincuentes cuyos primeros antecedentes penales e historias sociales sugieren que es probable que vuelvan a delinquir.

3.3.2. Las *sentences guidelines*

Según el profesor Frase, quien fue miembro de la American Bar Association, el American Law Institute, la American Society of Criminology y la Junta Asesora del Federal Sentencing Reporter (1993) sostuvo que las guías de sentencia o pautas para la sentencia son un conjunto de estándares que por lo general se implementan para establecer prácticas de sentencia racionales y consistentes dentro de una jurisdicción en particular. Según el profesor, para entender mejor las *sentences guidelines*, es importante comprender estas desde sus antecedentes.

Bajo esta línea de desarrollo, el profesor Frase (1993) nos señaló que antes de la creación y desarrollo de las *sentences guidelines*, todos los Estados tenían un sistema de sentencias indeterminadas. Bajo ese sistema, la legislación definía la conducta criminal y establecía por lo general sentencias con rangos máximos altos. Así, los jueces tenían casi total discreción para imponer cualquier pena hasta el máximo legal, ya que en la sentencia no se establecía una pena de prisión específica a imponer, sino que el tribunal establecía la sentencia en un rango de tiempo, por ejemplo, que la pena a imponer corresponde en un rango de 0 a 10 años, de manera muy general. Eran las juntas de libertad condicional, las que establecían cuánto de cualquier sentencia de prisión debían cumplirse, teniendo estas juntas amplia discreción para poder determinar ello. La sentencia indeterminada entonces, era un sistema en el cual la sentencia no era fija; más bien, estaba sujeto a discreción en muchos puntos, de modo que la verdadera sentencia no podía conocerse hasta que se hubiera cumplido por completo.

De igual forma, Von Hirsch (1987, p. 7) nos refirió que en la década de 1970, muchos estados comenzaron a avanzar hacia un sistema de sentencias determinadas. La sentencia determinada es aquella que establece como parámetros de punición, un término fijo o bien el ámbito de discreción es reducido o no existe, a diferencia de lo que sucede en las sentencias indeterminadas. Por lo tanto, en un sistema de condena determinada, tanto el infractor como

la víctima tienen una buena idea de cuánto tiempo cumplirá realmente el infractor cuando se pronuncie la sentencia.

Es así como conforme mencionó Von Hirsch (1987), las pautas de sentencia son un mecanismo que se puede utilizar para implementar sentencias determinadas. El maestro Hirsch señaló que las pautas de sentencia son un sistema de sentencias recomendadas basadas en el delito y las características del delincuente y las desarrolla de la siguiente manera:

- *Características de la ofensa:* la mayoría de los sistemas de pautas tienen reglas para clasificar la gravedad de las ofensas. Esta clasificación generalmente se basa en cómo la legislatura define el delito, no en cómo un delincuente en particular cometió un delito en particular. Por ejemplo, el robo de un edificio desocupado se clasificaría como menos grave que el asalto con un arma.
- *Características del delincuente:* las características del delincuente son cosas que son exclusivas de un delincuente en particular. Por ejemplo, los antecedentes penales o delitos cometidos con anterioridad, si fueron delitos graves, menores o delitos juveniles, también puede ser el caso de si el delincuente estaba bajo custodia en el momento del delito como en el caso de encontrarse en libertad condicional al cometer el ilícito penal.

Las características del delito y del delincuente se colocan luego en una tabla de sentencias o se les asignan puntos en una hoja de trabajo, y la sentencia recomendada se deriva de esas fuentes. En general, se cree que las sentencias recomendadas son apropiadas para todos los casos “típicos” que comparten las mismas o similares características delictivas y delincuentes.

De igual forma, Frase (1987, p. 290), tomando de base lo anterior mencionado, explicó que los sistemas de pautas de sentencia generalmente se pueden caracterizar por uno o más de los siguientes objetivos y propósitos:

- *Estándares de sentencias racionales y consistentes*: las decisiones de sentencia deben estar bien razonadas y basadas en estándares de sentencia claramente articulados que el poder judicial utiliza de manera consistente al dictar sentencia.
- *Proporcionalidad*: La severidad del castigo generalmente debe ser proporcional a la gravedad del delito, teniendo en cuenta las características únicas de cada caso.
- *Uniformidad*: los delincuentes similares que cometen delitos similares deben recibir sentencias similares.
- *Garantizar la seguridad pública*: los castigos recomendados deben servir a la seguridad pública al garantizar que los delincuentes violentos sean enviados a prisión y que los castigos recomendados aborden no solo el castigo que merece el delincuente, sino también el castigo que ayudará en la rehabilitación y reintegración del delincuente en la sociedad.

En conclusión, cuando se utilizan las pautas de sentencia de manera uniforme, las sentencias resultantes son bastante predecibles y las jurisdicciones pueden comenzar a usar esa información para pronosticar y administrar justicia penal. Así, se crea un nutrido conjunto de datos a partir del cual puede desarrollar un modelo de pronóstico a largo plazo o medir el impacto de la legislación pendiente o las modificaciones de las pautas.

3.4. Analogía y Sanción Penal

Según García (2002), la analogía ha sido conceptuada como un proceso de investigación científica libre, diferenciándola de la interpretación analógica, mientras que la doctrina alemana ha clasificado a esta última en dos tipos. La interpretación analógica de la ley, que se funda en una norma legislativa. Por ello, la interpretación analógica del derecho, basada en principios de derecho establecidos por el conjunto de varias normas positivas.

Para Esser y Burkhardt, (1995), el juez utiliza la analogía como un método de complementación jurídica para llenar lagunas legales.

A su vez, Mariaca (2010) refirió que la interpretación analógica es la extensión de una regla legal que regula un hecho específico a otro similar. No debe confundirse con la

interpretación extensiva, en la cual el caso se encuentra en la ley de manera poco clara, mientras que en la interpretación analógica, el caso concreto no está previsto en la ley.

Mientras que para Zanotti (2002), la analogía penal es un método interpretativo creativo que disciplina un episodio de la vida que no está regulado por la ley, recurriendo a una norma reconocida por su semejanza (analogía *legis*) o a través de la aplicación de los principios generales del sistema jurídico.

En nuestra opinión, definimos la analogía penal como un proceso creativo de investigación científica libre, llevado a cabo por los operadores del derecho, como juristas, jueces, fiscales y defensores, con el objetivo de llenar vacíos legales.

Por su lado, Dichiachio (2013), en relación con la analogía, sostuvo que se trata de aplicar a un caso no regulado, una norma extraída de la propia ley (analogía *legis*) o una norma en su conjunto del ordenamiento jurídico (analogía *iuris*) por tener características similares. Sostuvo que se trata de una integración, mas no de una interpretación de la ley, ideado para llenar las lagunas legales, lo que supone una creación de derecho para regular casos no previstos en la norma.

El mismo autor señaló que la analogía se diferencia de la interpretación extensiva; mientras que esta última implica una aplicación más amplia de la ley hasta donde lo permite su sentido literal, la analogía se refirió a la aplicación de la ley a un caso similar al previsto, pero no incluido explícitamente en su texto.

Dentro de la norma la analogía penal se dificulta, ya que vulneraría los principios de reserva y legalidad, lo que traería como consecuencia, la prohibición de la analogía en todos sus sentidos. No obstante, el profesor Jakobs (1995, p. 100) cree que la denominación “prohibición de la analogía” es incorrecta y sostuvo que sería adecuado referirse a la prohibición de generalización, la cual establece que no se puede aumentar en ninguna circunstancia el nivel de generalización de los elementos positivos del tipo penal, es decir, hacerlos más generales y, por lo tanto, ampliar su ámbito de aplicación.

Esta postura de Jakobs no excluye la analogía de la norma penal, sino mencionó sobre la crear nuevos tipos penales o irradiar el ámbito de aplicación de los ya existentes, para así poder evitar el uso de la analogía dentro de la norma penal.

El principio de legalidad, como bien sabemos, exige una tipificación clara y exhaustiva de los actos que se consideran punibles. Las conductas que no están especificadas en la ley penal no se encuentran dentro del ámbito de lo punible. No obstante, también reconocemos que en ocasiones, la propia naturaleza de las situaciones no permite al legislador hacer una descripción completamente cerrada de los hechos.

El legislador solo puede establecerlos legalmente de manera parcial, delegando al juez la tarea de completar el tipo. En algunos casos, esta delegación se realiza invocando la semejanza o la analogía.

Sin embargo, un amplio consenso científico consideró que la prohibición de la analogía solo se aplica cuando se trata de la *in malam partem*, es decir, aquella que extiende la punibilidad. En cambio, la analogía *in bonam partem* estaría permitida en la interpretación de la ley penal. Por lo tanto, una interpretación que aplicara de manera analógica las circunstancias atenuantes o excluyentes de la responsabilidad sería irreprochable.

3.4.1. Interpretación de la Norma Penal

Para poder aplicar una norma penal o jurídica es necesario una interpretación. Sin una previa interpretación imposibilita que pueda funcionar correctamente un órgano jurídico.

A. Concepto de la interpretación. Para Dichiachio (2013), interpretar implica concretar la voluntad abstracta de la ley a través de la mente del propio juez, quien al juzgar realiza un juicio de valor que surge de la relación entre la conducta observada y la norma aplicable. El criterio que evalúa esta conducta se basa esencialmente en el propósito del precepto jurídico en el momento de su aplicación. En otras palabras, interpretar es un acto de comprensión, no un acto de creación de normas jurídicas.

Borja (2022) señaló que la interpretación facilita una mejor comprensión del significado del texto legal, al permitir distinguir entre los supuestos que caen dentro de su ámbito de aplicación y aquellos que quedan excluidos de él.

Mientras que, según Antolesi (1980, p. 137), una vez promulgada la ley penal es esencial interpretarla, es decir, “comprender” su significado en abstracto, para luego aplicarla a casos concretos. La interpretación es el proceso mental que busca determinar la voluntad de la ley.

A su vez, Bramont (1978) discutió que existen algunos autores sostienen que la interpretación busca el sentido de la ley, otros su significado, y algunos el espíritu de la norma. Sin embargo, creemos que lo más acertado es afirmar que la interpretación tiene como objetivo conocer la voluntad de la ley, ya que una vez sancionada, la ley adquiere una voluntad soberana, y su obligatoriedad reside en la expresión de esa voluntad.

El mismo autor señaló que no se trata de la voluntad del legislador, sino de la voluntad de la ley, por lo que el intérprete debe investigar no lo que el legislador intentó, sino lo que la ley refleja como deseado objetivamente, es decir, la *mens legis* y no la *mens legislatoris*. Esto se debe a que las leyes no provienen de una sola individualidad, sino de cuerpos colegiados, y es posible que el espíritu que motivó el voto en un mismo sentido por parte de los miembros de esa mayoría haya sido muy diverso, por lo que por el mismo desarrollo de la norma se presenta algunos problemas dentro de su interpretación como son los siguientes:

a) La Interpretación penal propiamente dicha. Se observó que este tipo de problemas no radica desde ahora, si no desde hace mucho tiempo en donde por parte de la interpretación de los jueces existía mucha arbitrariedad, puesto que los mismos se creaban delitos **ex post facto**, pero hoy en día las circunstancias han cambiado, ya que sabemos que el juez no es un legislador con la facultad de modificar o corregir las leyes. Sus funciones no se limitan a la simple aplicación mecánica de la ley penal según su letra, sino que también incluyen determinar si un hecho constituye un delito y si este presenta características que permitan aplicar un determinado *nomen juris*. Por ello, es esencial que el juez tenga un conocimiento completo de la ley para garantizar una aplicación correcta de la misma.

Grispigne (2009) refirió que el derecho representa la voluntad del Estado, expresada a través de las palabras que conforman la ley. Puede ocurrir que estas palabras sean ambiguas, defectuosas o que adquieran distintos significados según el contexto de una

disposición, en relación con otras disposiciones, o en función del uso común o técnico. Así, pueden reflejar en mayor o menor medida la verdadera intención de la ley. De esta situación surge la necesidad de la actividad mental que implica la interpretación, la cual es necesaria no solo en el caso de leyes oscuras, sino también en las claras, ya que incluso en estas últimas no debe uno quedarse únicamente con el significado inmediato de las palabras, sino que debe indagar en el sentido más profundo e íntimo de la disposición y su verdadero alcance.

En cualquier caso, es fundamental recordar que el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* regula implícitamente esta materia. Este principio obliga al intérprete a no ampliar el alcance de la ley de tal manera que se viole la regla de la anterioridad de la ley respecto al hecho.

Quintana (1959) mencionó que los jueces no deben actuar como legisladores ni dejarse llevar por impulsos románticos, que con su sentimentalismo buscaban corregir las leyes, investigando en la etiología del delito alguna causa social y llenando con su compasión las lagunas y los excesos legales. Esta es una función valiosa, pero no adecuada cuando se trata de administrar justicia: el juez no es el dueño de la justicia, sino únicamente su administrador. Es una gran virtud compadecerse de los males y sufrimientos ajenos y tratar de aliviarlos con ayuda pecuniaria cuando se hace con recursos propios, pero no es digno ni legítimo cuando se utiliza para ello bienes ajenos, de los cuales uno es solo administrador;

b) Problemática sobre el acto interpretativo. Al respecto tenemos al profesor Antolise (2019), quien mencionó que la manera de interpretar no debe ser vista como meramente cognoscitiva. Aunque el intérprete no origina el derecho, dado que la creación de este es tarea de la ley, participa en su formación al completarla. Por ejemplo, en ocasiones, la ley penal no define claramente el hecho que constituye un delito ni los elementos que lo integran (como en el caso de la riña, art. 169; el adulterio, art. 212; o los malos tratos, art. 148). Esto también puede aplicarse a diversas circunstancias que agravan o atenúan el delito. Estos ejemplos muestran que existen vacíos en la ley que el intérprete debe llenar. Es el intérprete quien tiene la responsabilidad de continuar y llevar a término la obra de la ley,

transformando la directriz general en un mandato completo, dotando de vida a preceptos claros y bien definidos. Aunque el juez no crea derecho, es incorrecto afirmar que la interpretación no tiene un papel creador o donde sea preciso los preceptos legislativos.

c). *El derecho penal debe contener las normas sobre interpretación.* En la doctrina, existe debate sobre la clasificación de las normas que rigen la interpretación de la ley penal. Se discute si estas normas deberían pertenecer al Código Penal (como ley sustantiva) o al Código Procesal Penal (como ley adjetiva).

Las reglas para la interpretación de la ley penal no se aplican a situaciones específicas, sino que son abstractas, formando parte de la estructura estática del derecho, ya que se centran en la voluntad de la ley en su esencia. Por consiguiente, estas reglas pertenecen al derecho penal y no al derecho procesal penal, que representa la parte dinámica del derecho.

d) *Validez de las normas generales de interpretación del derecho y las especiales para las leyes penales.* Junto con los principios generales de interpretación, existen principios específicos necesarios debido a la naturaleza particular de las leyes que interpretan, en este caso, las leyes penales.

B. Diferencia entre norma penal y ley penal

Borja (2022) hace una distinción entre la norma penal y la ley penal, en donde las normas, que fueron creadas para la ordenación de la coexistencia humana, nacen, viven y mueren. Estas son destinadas a ser aplicadas al objetivo por el cual han sido creadas para la regulación de la vida social. Cuando se interpretan leyes penales, esta tarea debe ser aún más exacta, debido a que se trata de un supuesto que identificamos como delito o un hecho ilícito, y su consecuencia jurídica conlleva la imposición de la pena correspondiente. Por esta razón, es fundamental que todo quede claramente precisado y definido, ya que de ello depende el grado de limitación de la libertad individual.

3.5. El Principio de Proporcionalidad dentro de la determinación Judicial de la Pena en el derecho Comparado

3.5.1. Chile

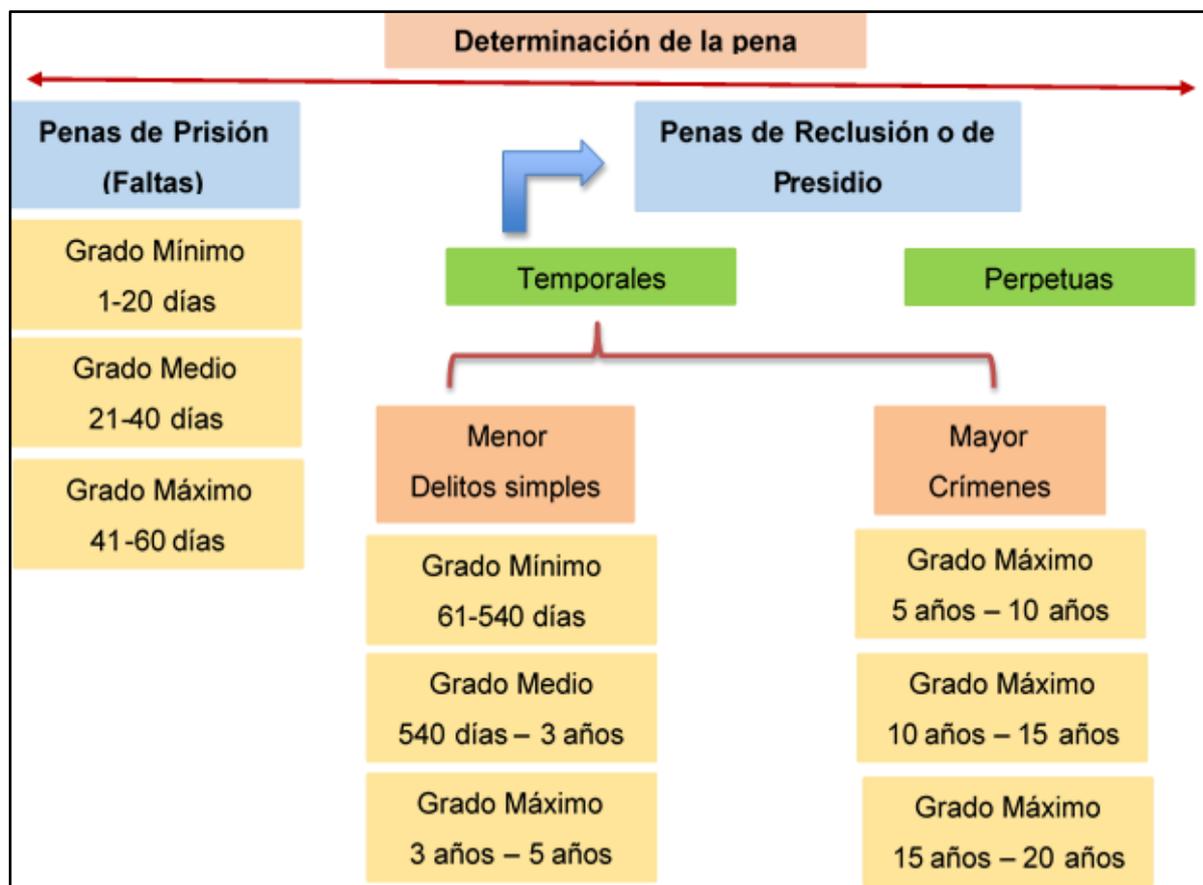
Según Naquira, Izquierdo, Vial & Vidal (2016), de acuerdo con el principio de proporcionalidad, el Estado debe reaccionar con una sanción penal frente al ataque a bienes jurídicos relevantes, graduando la pena adecuada.

De acuerdo con Politof, Matus y Ramírez (1998), al fijar una pena se considerará lo siguiente: a) la magnitud del daño al bien jurídico, que de acuerdo con el principio de lesividad, solo se permitirá la intervención represiva del Estado cuando se afecte bienes jurídicos fundamentales y de acuerdo con la intensidad de la lesión; b) el grado de reproche del autor, que de acuerdo con el principio de culpabilidad se tendrá en cuenta para analizar la gravedad de la pena y c) peligrosidad social del comportamiento, ya que el incumplimiento de las normas legales fomenta la inseguridad social.

Teniendo la proporcionalidad dentro de la legislación chilena, el proceso para determinar la pena en Chile resulta ser complejo, comenzando desde su Código Penal que data de 1874 en que sigue vigente hasta la actualidad. Para determinar la pena en Chile primeramente se consideró el Artículo 56 del CP en donde distingue y clasifica a las penas, en penas privativas de libertad de prisión y también de presidio o reclusión las mismas que se subdivide en penas de prisión y penas de reclusión o de presidio. Teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente, se puede diferir que el Código Penal chileno plantea una determinación de una pena esquematizada y precisa, ya que como se mencionó con anterioridad distingue la categoría en donde se ubicara la pena a imponer, como se mostrara de forma detallada en la siguiente imagen.

Figura 1

Determinación de la pena en el C.P. chileno, artículo 56



Elaboración propia: Fuente propia

Se puede observar en la imagen anterior que el mecanismo para determinar una pena dentro del CP chileno es preciso, a diferencia de otros sistemas, según el Código Penal chileno, se procede a la identificación de autores y circunstancias para atenuar o agravar una pena dentro del esquema antes mostrado. Pero resulta de gran importancia para nuestra presente tesis, mostrar su sistema de circunstancias, en las que se detallan en su artículo 67 en adelante, en las que se muestra de la siguiente manera: si no existen agravantes o atenuantes, el tribunal puede recorrer toda la extensión de la pena. Si existe una agravante y ninguna atenuante, se le aplica el máximo de la pena según el esquema de grados. Si existe una atenuante y ninguna agravante, se aplica el mínimo, si hay dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, el tribunal tiene la facultad de reducir la pena en uno o dos

grados. Por otro lado, si existen dos o más circunstancias agravantes y ninguna atenuante, el tribunal puede aumentar la pena en un grado. Si existen agravantes y atenuantes se realiza la compensación racional, que se entiende como una compensación entre una pena máxima y mínima proporcional. En cuanto aplicación de la pena, se debe de tomar en cuenta la consideración especial sobre delitos plasmados en el CP chileno.

3.5.2. Colombia

El principio de proporcionalidad está regulado en el CP colombiano en el artículo 3, que señaló que para aplicar una pena se tendrá en cuenta el principio de razonabilidad y proporcionalidad.

Dentro del Código Penal Colombiano, existe amplia similitud con el Código Penal Peruano, la diferencia radica en que existen aspectos que ayudan a determinar una pena de una manera más clara y precisa, los mismos que funcionan de la siguiente manera. Comenzando por el artículo 59 del CP Colombiano, hace mención a que toda sentencia deberá motivarse de manera explícita sobre los motivos de la determinación de la pena, respecto a el aspecto cualitativo y cuantitativo, también, su artículo 60 señaló los lineamientos necesarios para determinar el extremo mínimo y máximo aplicable, siendo un mecanismo de gran ayuda para que el juez pueda establecer con seguridad dichos extremos, siendo los siguientes: Cuando la pena se incremente o disminuya en un porcentaje específico, este se aplicará tanto al mínimo como al máximo de la pena básica; si el aumento es hasta un cierto porcentaje, se aplicará al máximo de la pena básica; si la disminución es hasta un cierto porcentaje, se aplicará al mínimo de la pena básica. Si el aumento es en dos porcentajes, el menor se asignará al mínimo y el mayor al máximo de la pena básica; si la disminución es en dos porcentajes, el mayor se asignará al mínimo y el menor al máximo de la pena básica.

Como se observa el Código Penal colombiano, realiza un sistema paramentado, contrario al CP peruano que no cuenta con un sistema claro y preciso. Y por último el CP Colombiano, en su artículo 61 presenta una fundamentación para la individualización de la

pena, en donde presenta similitud al sistema peruano, solo que el sistema colombiano hace uso de un sistema de cuartos, mientras que el sistema peruano hace uso de un sistema de tercios. Al igual que el sistema de tercios peruano, el colombiano mediante su sistema divide la pena en cuatro partes, la pena se ubicará en el cuarto mínimo cuando existan solo circunstancias de atenuación o cuando no existan atenuantes ni agravantes, la pena se situará en los cuartos intermedios cuando haya tanto circunstancias atenuantes como agravantes, y se ubicará en el cuarto superior cuando solo existan circunstancias agravantes.

Identificado el cuarto correspondiente, se impondrá la pena de acuerdo a: La gravedad de la conducta; el daño real o potencial; las causas que agravan o mitigan la pena, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa, la necesidad de la pena y su función a desempeñar.

3.5.3. México

En la legislación mexicana a lo largo de su historia tomaron en cuenta diferentes tipos de doctrinas para determinar una pena. La autora Azzolini (1996) mencionó en su artículo que durante la historia del Código Penal mexicano existieron diferentes criterios y posturas para poder determinar una pena: primero se basaron en un modelo en la peligrosidad, que consistía en defender a la sociedad sobre el sujeto peligroso que cometió el ilícito, dando al estado la potestad de proteger a la sociedad de los diferentes individuos que puedan alterarla, posteriormente se acogieron a un modelo basado en la culpabilidad en la que se obligaba a valorar aquellas circunstancias que permita graduar la reprochabilidad de la conducta y desechar aquellas que no tiene que ver sobre la persona del autor o de la víctima, y por último se acogieron a un modelo que actualmente se rige mediante un modelo basado en la necesidad de la pena, en donde refirió que la pena es una necesidad para conseguir fines naturales.

Así, su CP vigente en su artículo 51, se establece que la pena se impondrá dentro de los límites establecidos, considerando las características externas de la ejecución y las del

infractor; en el caso de indígenas, se tomarán en cuenta sus usos y costumbres. Además, su artículo 52 señaló que se fijaran las penas, en merito a la gravedad del ilícito, condición de la víctima y la responsabilidad del autor, considerando: la extensión del daño causado; la acción omisión y medios empleados; el lugar, modo o tiempo; el grado de intervención del sujeto activo; educación; edad; las costumbres; las condiciones económicas y sociales o las demás circunstancias relevantes que llevaron al sujeto activo a cometer el delito

Entonces a diferencia de nuestro Código Penal peruano, el mexicano propone algunos criterios para ser tomados en cuenta al determinar la pena, siendo diferentes a los propuestos que se encuentran en nuestro Código Penal Peruano.

3.5.4. España

La proporcionalidad de la pena no está regulada expresamente en la Constitución Española de 1978. Empero, existen normas constitucionales como siguientes: la justicia y libertad, arbitrariedad de los poderes públicos y la inviolabilidad de los derechos y dignidad de las personas, los cuales vienen a constituir preceptos a tomar en cuenta al establecer las sanciones. También, el CP Español no contempla el principio de proporcionalidad de modo taxativo, sin embargo, si establece una serie de circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad, sumadas a las reglas tanto generales y especiales para la identificación de la pena, que se deberán observar a la hora de imponer una pena.

CAPÍTULO IV

UN SUBSISTEMA DE TERCIOS COMO ALTERNATIVA LEGAL PARA DETERMINAR LA PENA APLICABLE DE MANERA JUSTA. PROPUESTA A PARTIR DE CASOS DE HOMICIDIO SIMPLE

Se observa, en nuestra realidad nacional, que existen muchos casos en los que la pena del delito de homicidio simple es demasiado baja, centrándose dentro del primer tercio, donde se encontró diferentes circunstancias atenuantes, y queda a discreción de los magistrados elegir la pena concreta dentro de los rangos mínimo y máximo que nos determina el tercio inferior. Por lo que en muchos casos la imponen tomando como referencia el rango mínimo del tercio y en algunos pocos casos tomando como referencia el rango superior del tercio. Lo cual genera que en muchos casos con similares características, la penas sean diferentes, sin que exista argumentación jurídica, debido a que normativamente no existe un subsistema que establezca un procedimiento individualizador de la pena dentro del tercio inferior.

Lo anterior genera una sensación de injusticia en la sociedad, en cuanto a que las penas no resultan proporcionales en relación al delito cometido, ya que al perpetrarse este delito se está vulnerando el bien jurídico vida, plasmada en el inciso 1 del artículo 4° de la Convención Americana de los derechos Humanos, que advierte que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida”. Además, podemos encontrar lo mismo en nuestra actual Constitución, en su artículo 2, inciso 1, que dispone lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psicológica y física, así como a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derechos en todo lo que le beneficie”. En este sentido, debemos resaltar que el bien jurídico vida en nuestro ordenamiento y sistema judicial viene siendo sin duda alguna el más importante de todos, al cual hay que darle la debida importancia y como no sancionar con penas proporcionales a todo aquel que atente contra este bien jurídico.

Esto se puede verificar en la Sentencia del Expediente N.º18707-2011 del Vigésimo Octavo Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de fecha 2 de mayo del 2012; la que establece en su considerando trigésimo primero que “la vida es el derecho de mayor importancia y jerarquía sobre otros bienes jurídicos, y el daño que se infrinja debe ser castigado drásticamente, ya que la vida después de ser perdida trae a colación un daño irreversible”. En este caso, los magistrados opinan en su fundamentación jurídica sobre el bien jurídico vida, resaltando su importancia y la magnitud del daño causado debe ser proporcional según la pena.

Al tener esto presente, resulta necesario la realización de un nuevo subsistema de tercios para poder determinar una pena más justa y proporcional dentro del tercio inferior, ya que nuestro Código Penal no tiene un sistema preciso que ayude a determinar la pena de manera más exacta en el tercio inferior, porque es en donde en su mayoría los jueces imponen penas demasiado benignas. Esto se podrá verificar con algunas sentencias que presentaremos a continuación:

Se puede corroborar el mal planteamiento de una sentencia, como en el caso del Diario el Correo en una publicación periodística de fecha 17 de enero del 2017 sobre el caso de controversia del empresario de Cromotex, Jorge Soto Aranzamendi, quien disparó y causó la muerte de su primo Luis Berrocal Lando el 11 de octubre de 2013 en Arequipa, recibió una pena suspendida de 3 años por ser el autor del delito de homicidio simple, a pesar de que el Ministerio Público había pedido seis años de prisión.

Por lo tanto, se observa en el presente caso el juez no motivo debidamente al calificar el presente caso, vulnerando a si el principio de proporcionalidad al no considerar la relación que hubo entre los hechos y los daños ocasionados hacia el agraviado, puesto como desprende el fiscal del caso, describe que la conducta imputable al investigado Jorge Luis Soto Aranzamendi es eminentemente dolosa, ya que sabía que con el uso de un arma de fuego podía causar la muerte del agraviado, además el mismo fiscal señaló que la pena a imponerse al debe de ser grave, dado que el margen punitivo en la que necesariamente debe ser impuesta, implica la privación de la libertad del investigado, puesto que ha ocasionado el

deceso del agraviado, lo cual implica que la magnitud del daño causado resulta ser muy grave, al haber privado la vida del agraviado, debiendo considerarse, en este extremo, que la tutela de dicho bien jurídico constituye el más importante que el Estado protege.

Con respecto a la decisión del juez, se consideró las indicaciones establecidas dentro del CP Vigente en sus artículos 45-A y 46, proponiendo la pena dentro del tercio inferior, ya que solo presentaba atenuantes, y también usar una atenuante privilegiada, ya que el condenado se encontraba bajo los efectos del alcohol y sustancias alucinógenas, bajo estas consideraciones es que el juez solo optó por poner una pena de cárcel suspendida de 3 años.

De lo anteriormente mencionado se puede observar una clara desproporcionalidad, ya que el juez no consideró muchos puntos en mención, como la gran magnitud de daño causado, como así lo menciona el fiscal a cargo del caso, así como la lesividad del delito. Esto se puede corroborar por lo dicho del profesor Prado (2018), en donde mencionó que las penas deben ser equivalentes, tanto de forma cualitativa o cuantitativa, respecto a la magnitud del daño y la importancia del bien jurídico lesionado. Por lo que en este caso en cuestión el juez debió de tener mayor consideración, ya que naturalmente implica que el daño que se ocasiona es irreparable y por ende grave, por lo que debió tener una relación equitativa entre los principios de lesividad, proporcionalidad e idoneidad y no centrarse solo en el artículo 45 del CP.

Es por eso por lo que en la sentencia de Casación N.º 66-2017, Junín, señaló que primero, se debe examinar adecuadamente los criterios del artículo 45 del CP, y luego se debe verificar la presencia de tales circunstancias, las cuales se enumeran en el artículo 46 del CP. A su vez, debe comprobarse si existieran otras causales de disminución o aumento de la punibilidad, como las de bonificación procesal, que modifiquen la extensión de la pena.

También, se consideró en la motivación de la sentencia la exigencia incompleta de embriaguez, puesto que el imputado se encontraba en estado de ebriedad y grabe alteración de la conciencia al momento de perpetrar el delito, no obstante, se debe de tomar en cuenta lo dicho por la sentencia STSE 1765/2003, del veintiséis de diciembre, en cuanto a la eximente incompleta por embriaguez, se refirió a situaciones en las que hay alteraciones

significativas en las facultades, pero sin llegar a una anulación total, de tal manera que dificulta considerablemente la comprensión de la legalidad del acto cometido bajo sus efectos o el comportamiento conforme a esa comprensión. En estos casos, aunque no se elimina la capacidad de culpabilidad, puede observarse una notable reducción de esta. Pero como se observó el delito de homicidio simple, al ser un delito grave, las consideraciones que los jueces deben de tomar deben de ser amplias, es por eso por lo que resulta ser necesaria la creación de un nuevo sistema de tercios en los que ayude de una manera más precisa al determinar la pena.

También se observa el caso de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca recaída en el expediente 2195-2015 en su resolución 4 de fecha 13 de enero del 2016, en el cual resolvieron condenar a Alejandro García Rodríguez por el delito de homicidio simple, en agravio de Hitler Ananías Rojas Gonzales con 6 años de pena.

En este caso, el Ministerio Público alegó que con fecha 28 de diciembre del 2015, a horas 9 de la mañana aparecieron las personas de Hitler Ananías Rojas Gonzáles y Paulino Rojas Díaz en estado de ebriedad; siendo que Hitler Ananías Rojas Gonzáles comenzó a proferir insultos al acusado con lenguaje vulgar, mencionando a su madre y otros agravios, incitándolo a pelear. El agraviado sacó un arma de fuego, apuntó y amenazó de muerte al acusado, quien tomó una piedra para defenderse. En ese momento, el agraviado se resbaló, lo que permitió al acusado apoderarse del arma de fuego del agraviado, Hitler Ananías, y dispararle varias veces, causándole la muerte. Luego, el acusado huyó del lugar para presentarse a las autoridades el mismo día, calificando el fiscal tales hechos como homicidio calificado

En tales circunstancias, el colegiado, en su fundamentación para poder determinar la pena imponer, consideró que dicho acto ilícito no fue homicidio calificado, puesto que el Ministerio Público sostuvo que la muerte del agraviado fue por crueldad, en lo que al respecto el colegiado señaló que para que pueda existir crueldad, debe verificarse la gran intensidad y duración de la acción, deben presentarse dolores inmensos. En este caso el imputado dio varios disparos al agraviado y le causó la muerte, por lo que el colegiado sostuvo que no

basta que exista cantidad de heridas para dar por hecho la crueldad. Por lo que el colegiado consideró que los hechos no se subsumen dentro del delito de homicidio calificado por crueldad, sino en el delito de homicidio simple, porque solo le causó la muerte a la otra persona.

Con lo mencionado anteriormente, el colegiado en su fundamentación señaló que no se presenta ninguna agravante cualificada ni genérica, mas solo se observa atenuantes genéricas, como es la no contar con antecedentes penales, y la de admitir responsabilidad acudiendo voluntariamente a las autoridades, por lo que ubicaron la pena en el tercio inferior. Además, que se tomaron en consideración las carencias sociales, el abuso de su cargo, posición económica, la función que cumple en la sociedad, oficio o profesión como presupuestos para identificar la pena; puesto que dicha persona, según el colegiado, es una persona campesina dedicada a la agricultura, de escaso nivel cultural y económico, por lo que sanción a imponerse debe ser gradual al hecho, por lo cual el colegiado tomó como fallo condenar a Alejandro García Rodríguez como autor del delito de homicidio simple, imponiendo una pena de 6 años.

Se observa, entonces, que el colegiado no realizó una adecuada valoración al fijar la pena, ya que aunque consideró una circunstancia atenuante general, como la ausencia de antecedentes penales del acusado, no tuvo en cuenta una agravante general relevante, como el uso de un arma de fuego, que es aplicable al caso. Por lo tanto, considerando la facultad concedida por la normativa procesal al órgano revisor, y habiéndose establecido la responsabilidad y culpabilidad del acusado, se debe fijar la sanción penal correspondiente, siguiendo lo dispuesto en el artículo 45 del Código Penal, que establece un procedimiento basado en el sistema de tercios, es por esto que al crear nuevos criterios de proporcionalidad, ayudaran al juez a poder determinar una pena correctamente.

4.1. La Necesidad de Esclarecer el Procedimiento de Determinación de la Pena con Fundamentos en el Principio de Proporcionalidad

Según Alexy (2019), el principio de proporcionalidad es esencial por tres subprincipios: necesidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto. Los dos primeros buscan

optimizar la aplicación de la intervención en los derechos fundamentales, limitándola a situaciones en las que sea absolutamente necesaria y razonable, utilizando los medios más eficaces y eficientes para cumplir con el propósito legislativo establecido en la norma. Alexy (2008) también señaló que el juez debe ponderar en función del grado de intensidad, teniendo en cuenta las razones que llevan a la proporcionalidad o desproporcionalidad en la decisión judicial.

Atendiendo a las consideraciones planteadas a lo largo de la presente tesis, la labor de dar claridad al proceso que comprende el determinar una pena, establece como premisa un gran esfuerzo práctico, debido a que la pena concreta a imponer (cuya labor de fundamentación, y delimitación del castigo que se persigue) no guarda fielmente relación con respecto a los criterios generales establecidos, en razón a que los mismos no están determinados con suficiencia, no ofreciendo una determinación exacta en cuanto a las penas en una forma precisa, recordando que para nuestro ordenamiento vigente el Código Penal que nos rige, posee criterios en forma general y no en especificidad, que sirvan de apoyo al determinación la pena a imponer. Esta disciplina del quehacer jurídico viene resultando a través de los años resistida para lograr en sí misma una sistematización oportuna. Por lo tanto, es así como el desarrollo hacia lograr una más parametrada fórmula sobre la base de estos criterios de contenido general resulta de vital relevancia si lo que pretendemos es darle mayor certeza a la protección de ordenamiento basado en seguridad jurídica. Por ello, progresar en la elaboración de estos criterios generales es crucial si se busca realmente fortalecer la seguridad jurídica, potenciar la aplicación del principio de igualdad y mejorar las posibilidades de un control completo y efectivo de las decisiones judiciales relacionadas con la imposición de penas.

Es por ello que en el ejercicio de establecer la pena desde lo que el legislador ha previsto de manera abstracta hasta el nivel específico de la pena exacta aplicable, el juez debe llevar a cabo su labor de imponer una pena mediante la realización de una actividad evaluativa de carácter jurídico en la que se desarrolle prevalentemente en primer orden actos de aplicación estricta del derecho, es decir, sujetarse a los principios y normas jurídicas

vigentes y en segundo orden actos que dentro de lo legalmente permitido contribuyan a efectuar de forma complementaria a la delimitación de lo delictivo y punible dentro de los rangos permitidos. En lo que respecta al campo de estudio de graduación judicial de la pena, lo que pretendemos conseguir es que para el caso concreto de los jueces, les sean posible dentro del sistema esquematizado (con valores asignados que se proporcione), estos mismos logren dar preeminencia a los principios de proporcionalidad y legalidad, basados en la determinación que supone la intensidad del delito que se establece en la configuración fáctica, siendo que así se logre fijar la penalidad específica que al caso concreto, corresponda ser aplicada.

En el sistema legal, el principio de proporcionalidad implica prevenir la arbitrariedad y la desproporción en las medidas que restrinjan derechos, en este caso dentro de la norma penal, esto quiere decir que dicho principio se basa en garantizar el respeto de los derechos fundamentales tanto de la víctima como del imputado, para que mediante el mismo se pueda dar una pena proporcionada y sin afecciones hacia las partes, utilizando para ello un test de proporcionalidad.

Para Castillo (2004), el test de proporcionalidad es el proceso llevado a cabo por los jueces para imponer una sanción, creando así un impacto significativo en la relación entre la pena aplicada y el bien jurídico protegido. Por lo tanto, se realiza un test de proporcionalidad para revelar el verdadero valor de los bienes jurídicos que se resguardan.

Asimismo, según Castillo (2004), los procedimientos a seguir mediante el método de ponderación para establecer si la medida restrictiva, en este caso, la creación de un nuevo subsistema dentro del tercio inferior es constitucional, justificada y proporcional, son los siguientes:

A. Fin legítimo

Este presupuesto implica que se trate de implementar un mecanismo que coadyuve al proceso de determinación de la pena, este deba tener un fin que no sea antojadizo o que busque la ilegalidad, por el contrario, debe tener la finalidad de proteger la legalidad del ordenamiento jurídico en general, en esta investigación la protección es referida a la vida

humana, en lo concerniente al Art. 106 del CP Este derecho, además, está amparado por derechos constitucionales, lo que constituye el primer paso para cumplir con el criterio del test de proporcionalidad.

B. Idoneidad o adecuación

Para Gonzales (1998), el juicio de adecuación, también denominado juicio de idoneidad, determina que cualquier intervención en los derechos fundamentales debe ser apropiada para lograr un propósito constitucionalmente legítimo.

Por eso García (2012), el juicio de idoneidad necesita en primer orden precisar el rol que desempeña la pena en el sistema penal. Para determinar cuál es esta función, es necesario considerar el principio de culpabilidad, dado que al cometer un delito, el juez penal tiene la autoridad para imponer una sanción.

La finalidad de este juicio implica una finalidad doble, en este caso en particular, por un lado, no solo bastara con que la idoneidad del subsistema que se implemente busque que se castigue en busca de mayor proporción respecto al bien jurídico afectado, sino que por otro lado, también se evidencie su eficacia al tener penas más proporcionales que permitirán lograr la finalidad de rehabilitación, reeducación y reincorporación del penado a la sociedad. Es decir, el nuevo subsistema dentro del tercio interior cumple con este juicio de Idoneidad en la medida de que al tener penas más proporcionales, se cumple con esta doble finalidad tanto de lograr penas que sean acordes con el bien jurídico afectado y la finalidad de la pena que se busca respecto al penado.

C. La necesidad

Chinchay (2009) mencionó que de acuerdo con el juicio de necesidad se impondrá la medida restrictiva menos lesiva o la de menor grado de limitación de los derechos. Es decir, no se debe restringir vanamente la libertad, quedando prohibido utilizar una medida restrictiva gravosa, cuando existiera un medio alternativo más benigno, que sea idóneo para conseguir la finalidad querida.

Es por esto por lo que para Navarro (1999), de acuerdo con el subprincipio de necesidad, las penas privativas de la libertad deben ser la última ratio, ya que se prefirió la

utilización de medios más benignos para llegar al mismo fin, con ello se puede jerarquizar y racionalizar las penas según la afectación de bienes jurídicos. Debiéndose preferir la multa, suspensión de la pena, o excepción de esta, si con ello se llegara al mismo resultado.

El criterio de necesidad implica que no existe una alternativa más eficaz y apropiada que la que se está aplicando. El propósito de este juicio es seleccionar, entre las opciones disponibles, la más adecuada. A partir de este razonamiento, se ha indicado que la administración de justicia tiene implementados sistemas para una determinación de la pena, pero este sistema no termina por satisfacer la necesidad de una pena verdaderamente proporcional, que genera con ello una sensación de injusticia en la sociedad, por lo que se hace imperiosa la necesidad de adoptar una solución más efectiva que sería en este caso un subsistema dentro del tercio inferior.

En conclusión, con la implementación de un nuevo subsistema se estaría teniendo una solución más efectiva y adecuada, que coadyuvaría al sistema que ya tenemos, a fin de garantizar una mejor administración de la justicia, sobre todo que se orienta a sancionar proporcionalmente, la afectación a tan valioso bien jurídico como es la vida.

4.2. Criterios que Determinan la Aplicación Proporcional de la Pena dentro del Tercio Inferior

4.2.1. Magnitud del daño causado

Se eligió este criterio, como parámetro de medición de la pena, en el subsistema de tercios dentro del tercio inferior, pues cobra sentido en cuanto a que en los casos de homicidio simple que es el delito del cual versa este trabajo de investigación, se genera una gran magnitud del daño cuando el delito se consuma, de hecho, un daño irreparable, ya que se vulnera el bien jurídico Vida. Por ello, el juzgador debe entender este criterio no solo como la vulneración al bien jurídico, sino también la extensión de este daño que se pudiera generar con la comisión de tal delito.

Cancho (2023) indicó que, al fijar la pena, deben considerarse los intereses de la víctima, así como los de su familia o las personas que dependan de ella, si se hace mención a los familiares que de ella dependen, es porque puede haber una relación directa con las

consecuencias del acontecimiento típico desencadenado por el autor. Es entonces, bajo esta premisa, que establece el mismo Código Penal, que se debe tomar en cuenta dentro del criterio de cuantificación de la pena, que proponemos en el subsistema dentro del tercio inferior, esto es la magnitud del daño causado, la afectación a la familia del sujeto que sea víctima del delito de homicidio simple, En aras de obtener una determinación de pena más adecuada y proporcional.

Como ya se mencionó anteriormente, según Hirsch (1985), la magnitud del daño causado debe graduarse en función a la afectación de las posibilidades de elección del sujeto pasivo. Debe entenderse por posibilidades de elección del sujeto pasivo, aquellas situaciones de su vida cotidiana que el sujeto pasivo hubiera podido realizar con normalidad a libre elección de no haber sido víctima de un delito, por ejemplo, en un caso de lesiones que revistan daño con magnitud, las posibilidades se acortarían puesto que el sujeto pasivo estaría impedido físicamente y las elecciones que él tendría que hacer en su vida cotidiana se verían recortadas por este impedimento. Por lo que si consideramos la aplicación de esta teoría al homicidio simple, llegaremos a la conclusión de que en definitiva el sujeto pasivo ve por acabadas cualquier posibilidad de elección, es decir, anula cualquier opción que la persona pueda tener cuando el delito se consuma, salvo en casos de tentativa. Es por ello que de por sí, la comisión de este delito implica una gran magnitud de que se genere un daño, por ello el juzgador debe valorar también para mayor análisis la extensión de daño.

La extensión del daño en los casos de homicidio deben entenderse como cuando a consecuencia del daño producido no solo el propio sujeto pasivo sino también como por ejemplo un familiar muy cercano sufra lesiones severas, o un detrimento económico que afecte severamente su calidad de vida, como el caso donde se acabe con la vida de un padre que era sostén de una familia con hijos menores a su cargo.

Esta extensión de daño causado no solo puede generar que el quantum de la pena sea más gravoso, ya que también se puede tomar como un factor legal de atenuación de la pena, tal es el caso por ejemplo del homicidio a causa de un accidente de tránsito, donde a consecuencia del hecho delictivo el propio sujeto activo sufrió lesiones severas, tales

circunstancias deben ser entendidas en la aplicación de la pena concreta, en sus márgenes mínimos, ya que el autor del delito ha generado para el mismo padecimientos de una envergadura tal que la imposición de la pena se muestre a todas luces inconveniente.

En este sentido y bajo el caso en concreto del homicidio simple es la extensión del daño un parámetro para medir la magnitud del daño causado, ya que otorga al juzgador la facultad de ponderar la afectación al o los bienes jurídicos afectados, siempre y cuando se trate de circunstancias que sean graduables y que no operen impedimentos de doble valoración. Como señalamos líneas atrás la extensión del daño se da generalmente en el ámbito económico, pero sin perjuicio de que se dé una extensión también en lo referido a la salud de las personas o la protección de su integridad. Finalmente, en cuanto a la magnitud del daño ocasionado, no solo debe evaluarse las situaciones típicas del hecho sino también las circunstancias extra típicas.

Por lo anterior mencionado este criterio reviste importancia a la hora de determinar una pena, por ello, para fines cuantitativos tendrá un porcentaje del 20 % en nuestra propuesta de nuevo esquema de subtercios dentro del tercio inferior, que se aplicará en relación con el margen de pena que se encuentre según el caso en concreto.

4.2.2. Gravedad del hecho punible

Cabe señalar, que si bien es cierto puede parecer que el criterio de gravedad del hecho punible vendría a ser lo mismo que magnitud del daño causado, esto no es así, ya que lo que se trata de ponderar con el criterio de gravedad del hecho son las circunstancias o modo en el que el delito se ejecutó, esto es lugar, pluralidad de personas, medios, etc. en el caso de magnitud de daño causado, lo que se valorara es el daño en los bienes jurídicos en sí mismo, que se ocasiono luego de la ejecución del delito, es decir, a consecuencia de este.

Cancho (2017) mencionó que la gravedad de los hechos tiene lugar únicamente a partir del injusto, y también de ser el caso aspectos de culpabilidad como elementos subjetivos que pueden aminorar la culpabilidad. A su vez, el mismo autor refirió que la preocupación en el momento de individualizar la pena no será más sobre la influencia que

pueda generar la pena en el autor o en terceros, sino más bien en buscar una pena adecuada a la gravedad de sus hechos.

En cuanto a la gravedad del hecho punible Cancho (2023) manifestó que la gravedad del fenómeno en un delito puede ser distinta, por ejemplo, en las lesiones leves en el rango de 11 a 19 días de asistencia o descanso que requiere la víctima no será lo mismo lesiones leves que casi son faltas a lesiones leves que casi son graves, el identificar una pena exige labrar a arte de filigrana los hilos del fenómeno que conforman principalmente todo el acervo: la víctima, el autor, el impacto social, etc. Es decir, analizar los componentes que componen el acto criminal y la materialización de este a fin de lograr una pena más adecuada, es por ello que se debe tomar en consideración este criterio en el subsistema dentro del tercio inferior que se plantea en la presente investigación

La gravedad del hecho punible se refirió a los factores y condiciones que rodearon directamente la comisión del delito y que aportan un matiz adicional distinto al resultado de las circunstancias generales o específicas de atenuación o agravación, ya que por ejemplo no es lo mismo ultimar a una persona a vista y paciencia de niños, que ultimar a alguien donde no estén presentes personas por ejemplo a un taxista dentro de su vehículo, si bien es cierto ambos casos son repudiables, lo cierto es que hacerlo delante de niños implica una gravedad sumada a el hecho punible, debido a que al sujeto activo no le importo el lugar donde estaba y con tal de cometer el delito genero más repercusión en el modo de cometer el mismo.

La evaluación de esta sección debe hacerse siguiendo principios de razonabilidad y proporcionalidad, con el fin de establecer la pena adecuada para el acusado. Al llevar a cabo esta valoración, es crucial considerar el principio de non bis in ídem, ya que la semejanza entre los elementos constitutivos del delito y la gravedad del acto podría generar confusiones que resulten en una fragmentación de este principio constitucional y podrían llevarnos incluso a subsumir los hechos en otro tipo penal, por lo que tales modos de cometer el ilícito deben encuadrarse dentro del tipo de homicidio simple.

Cabe señalar que el considerar a la gravedad del hecho, como un parámetro de ponderación tendríamos que considerar también que el impacto sobre el bien o los bienes

jurídicos influye en la evaluación de la intensidad de la intervención penal en cada caso particular, ya que la cuantía de la pena es una manifestación o resultado de esa mayor o menor afectación y deben guardar proporcionalidad entre sí. Por lo que los criterios de gravedad del hecho punible y magnitud de daño causado, suelen confundirse, ya que tienen muchas veces relación entre sí, entendiendo que a mayor gravedad del hecho punible existirá una mayor magnitud en el daño causado, siendo la diferencia entre ambos que cuando nos referimos a gravedad del hecho punible estamos hablando de la conducta o el modo grave en que el sujeto cometió el delito, mientras que la magnitud del daño causado, son pues los efectos que generó esa conducta.

Por lo anterior mencionado este criterio reviste gran importancia a la hora de determinar una pena, por ello, para fines cuantitativos tendrá un porcentaje del 35 % en nuestra propuesta de nuevo esquema de subtercios dentro del tercio inferior, que se aplicara en relación con el margen de pena que se encuentre según el caso en concreto.

4.2.3. Intensidad del dolo

En cuanto a la intensidad del dolo como un parámetro para la determinación de la pena, Cancho (2023) señaló que quizá pueda ser considerado como un factor para la cuantificación de la pena, ya que, por ejemplo, en los delitos perpetrados o provocados con dolo directo de segundo grado, al ser este un dolo cualificado y dependiendo de un incremento de la magnitud del evento delictivo puede traer consigo un incremento de punibilidad. Por ejemplo, x lanza una bomba contra el alcalde, quien viajaba con su esposa y su menor hija de dos años, todos mueren; el asesino únicamente quería matar a el alcalde pero vio como necesaria la muerte de los demás entonces por lo gravoso de los hechos que provienen de una actuación dolosa “cualificada” podemos considerar como una causa de agravación de punibilidad. En la misma magnitud, Cancho (2023) señaló que puede plantearse el dolo eventual como un dolo privilegiado, en casos donde los hechos no tengan tanta entidad delictual y se pueda disminuir la punibilidad, cuidando de que no se configure una figura culposa.

Con relación a este criterio, se debe tener en cuenta que el homicidio simple es de por sí un delito de comisión dolosa, al analizar este apartado debemos tener cuidado al no incluir subjetivamente circunstancias adicionales que modifiquen la responsabilidad penal del autor y que configuren otros tipos penales como, por ejemplo, el homicidio agravado.

Lo que se trata aquí es de analizar el tipo de dolo con el que se cometió el delito, ya sea directo, indirecto o eventual, ya que cada tipo del dolo implica un ánimo o intencionalidad distinta, que deberá aportar una mayor o menor pena cual sea el caso, ya que no es lo mismo el consumir el Homicidio con dolo directo a hacerlo con un dolo eventual, creemos que el homicidio con dolo directo tendría una consecuencia de pena más gravosa para el sujeto activo.

Por lo anterior mencionado este criterio reviste importancia a la hora de determinar una pena, ya que nos determinara la intención o ánimo del delincuente al cometer el ilícito, dando al juzgador un motivo por el cual pueda imponer una pena más proporcional respecto al delito que se cometió, por ello, para fines cuantitativos tendrá un porcentaje del 25 % en nuestra propuesta de nuevo esquema de subtercios dentro del tercio inferior, que se aplicara en relación al margen de pena que se encuentre según el caso en concreto.

4.2.4. Impacto social y necesidad de la pena

El Impacto social como criterio de medición, tiene relación con la prevención general de las penas, entiendo el sentido positivo y negativo, en donde el sentido positivo es aquel que interioriza los valores jurídicos en una sociedad y el sentido negativo que se dirige a intimidar a los ciudadanos en general.

Por lo que en casos homicidio simple, al vulnerarse el tal importante bien jurídico, tiene un gran impacto en la sociedad, sobre cuando estos casos por su magnitud son expuestos en los medios de comunicación que genera en muchos casos pánico en la sociedad. Es por ello que consideramos que la determinación punitiva debe ser aplicada en proporción a el Impacto Social generado, ya que con ello se estaría cumpliendo la prevención general de las penas que establece nuestro ordenamiento jurídico.

De esta manera, conseguiremos que al utilizar este criterio, exista más predictibilidad a la hora de establecer la penas y exista una mayor sensación de justicia en la población, creemos que este criterio debe analizarse en conjunto con el de necesidad de las penas, con el fin de no caer en el sensacionalismo o populismo de creer que solo por ser un hecho noticioso deba imponérsele al acusado de homicidio una pena más dura.

En este sentido, cuando se hace el análisis de la necesidad de la pena, en la individualización, se requiere utilizar criterios preventivos, tanto generales como especiales. Cabe mencionar que de aceptarse esta postura, se entendería que el legislador no parte de la culpabilidad en la determinación de las penas, sino que tendría en cuenta las necesidades preventivas.

Así entonces, la necesidad de pena hace mención al principio de necesidad de intervención o de necesidad como límite del ejercicio del ius puniendi del Estado, por lo que la intervención del derecho penal y su respectiva sanción, se justifica en casos que se considere indispensable para mantener la paz social.

Entonces ante la propuesta del criterio de necesidad de pena en el tercio inferior, la función del juzgador aquí deberá consistir en determinar si la pena a imponer al acusado cumplirá con los objetivos fundamentales de un Estado social de derecho, primero se debe evaluar si la intervención del derecho Penal es necesaria para proteger los bienes jurídicos afectados por el delito. En segundo lugar, el juez examinará el verdadero propósito de los fines de la pena, ya que podría ocurrir que estos no se logren efectivamente, lo que podría resultar en que el funcionario se mantenga en el límite inferior del rango de movilidad de la pena. Por ejemplo, en el caso de un acusado de 60 años o con un estado de salud deteriorada, se debería imponer una sanción adecuada a esas circunstancias, buscando siempre la reintegración del procesado a la sociedad. o casos donde por el contrario sea necesario aumentar más la pena.

Por lo expuesto, al analizar estos dos criterios en conjunto nos permitirán un mejor panorama a la hora de determinar una pena, por ello, para fines cuantitativos tendrá un porcentaje del 20 % en nuestra propuesta de nuevo esquema de subtercios dentro del tercio

inferior, que se aplicará con relación al margen de pena que se encuentre según el caso en concreto.

4.3. La Aplicación de la Pena en el tercio inferior en el Delito de homicidio simple

El nuevo subsistema dentro del tercio inferior que proponemos en la presente investigación, el cual se aplicara al delito de homicidio simple, se determinara de la siguiente manera:

En primer lugar, se deberá de observar la pena abstracta, la misma que para el delito de homicidio simple, tiene como extremo mínimo no menor de 6 años y como extremo máximo no mayor de 20 años.

En segundo lugar, se procederá a establecer la pena concreta, una tarea que corresponde únicamente al ámbito judicial. En este contexto, el principal recurso del juez son las circunstancias, que facilitan la modificación de la pena dentro de los límites mínimo y máximo. La pena que se imponga debe ajustarse al sistema de tercios previsto por la Ley N.º 30076, que segmenta la pena en tres partes. Sobre esta base, se aplicarán las circunstancias atenuantes y/o agravantes, para finalmente situarla en alguno de ellos.

Teniendo en cuenta ello, procederemos a esquematizar nuestra propuesta de un subsistema de tercios como alternativa legal para determinar la pena de manera justa, que será establecida de la siguiente manera.

4.3.1. Determinación Judicial de la Pena Actual en el Delito de homicidio simple

Como ya se mencionó anteriormente, lo primero, es identificar la pena básica que para el caso sería entre 6 y 20 años de pena, por consiguiente, la distancia de años dentro del espacio punitivo es de 14 años.

En segundo lugar, para poder ubicar con exactitud en cada tercio, se multiplica por 12 (total de meses que tiene un año) los 14 años obtenidos de la distancia de cada extremo, resultando un total de 168 meses, el cual se dividirá entre 3 (que son los 3 espacios punitivos o tercios para determinar la pena), dando un resultado de 56 meses que convertido a años sería 4 años 8 meses, por lo que en cada segmento se le deberá de sumar dicho resultado, que sería de la siguiente manera.

Tabla 2*Cálculo de cada tercio en el delito de homicidio simple*

Tercios		
Tercio Inferior	6 años	10 años 8 meses
Tercio Intermedio	10 años 8 meses	15 años y 4 meses
Tercio Máximo	15 años y 4 meses	20 años

Elaboración propia. Fuente: propia

Así, el tercio inferior comprenderá de 6 años hasta 10 años y 8 meses. El tercio medio irá desde los 10 años y 8 meses hasta los 15 años y 4 meses y el tercio superior abarcará de 15 años y 4 meses hasta 20 años.

Por último, corresponde al juez identificar las circunstancias atenuantes o agravantes genéricas, para posteriormente situar la pena en el tercio que corresponda, quedando así el cuadro del sistema de tercios dentro del homicidio simple de la siguiente manera

Tabla 3*Sistema de tercios en el delito de homicidio simple*

Tercio Inferior	Tercio Intermedio	Tercio Máximo
De 6 años a 10 años 8 meses	De 10 años 8 meses a 15 años 4 meses	De 15 años 4 meses a 20 años
Atenuantes	Atenuantes y Agravantes	Agravantes

Elaboración propia. Fuente: propia

4.3.2. Subsistema de tercios como alternativa legal para determinar la pena aplicable en el delito de homicidio simple

Sobre la base de lo anterior, se pudo observar que solo contamos con algunos mecanismos vagos y poco precisos para poder determinar una pena, como es el caso de identificar la pena básica y concreta, que van de la mano con el uso de las circunstancias

que servirán para poder ubicar la pena dentro de cada tercio que vendría ser inferior, intermedio y máximo, lo que ocasiona muchas veces arbitrariedad y una falta de proporcionalidad por los jueces al momento de imponer una pena, dejando así también una discrecionalidad del juez para que con cierta libertad tome decisiones cuando la ley no prevé un criterio específico para el caso que debe resolver, originando así penas altas, o bajas dependiendo el caso concreto.

Es por esto que se ha propuesto un nuevo subsistema dentro del sistema de tercios actual que ya se explicó con anterioridad, específicamente dentro del tercio inferior, porque es aquí dentro de este tercio en donde se ubican gran cantidad de atenuantes, y por ende el juez opta por imponer una pena dentro de este tercio, aplicando una pena que en diversas ocasiones es baja, este nuevo subsistema tendrá consigo nuevos criterios de proporcionalidad que ayudaran a los jueces a poder determinar una pena, ya que como se analizó dentro de nuestra legislación actual, carecemos de un marco normativo y criterios específicos que permitan organizar sistemáticamente el procediendo para determinar una pena, por consiguiente este nuevo subsistema de criterios de proporcionalidad de proporcionalidad, ayudara ampliamente a los jueces en poder determinar una pena, ya que no solo podrá ser aplicado para el delito de homicidio simple, sino en los demás delitos que se encuentran repartidos dentro de nuestro Código Penal. Este nuevo subsistema se desarrollará de la siguiente manera:

En primer lugar, se procederá a establecer estos nuevos criterios de proporcionalidad, los cuales ya fueron analizados en la presente tesis, siendo así:

Gravedad del hecho punible. Consiste principalmente en observar los métodos utilizados, la naturaleza del acto y las circunstancias relacionadas con el tiempo, lugar, forma y ocasión, que acontecieron estrictamente en la ejecución de un hecho punible y que le conceden un resultado distinto al arrojado por las circunstancias atenuantes o de agravación genéricas o específicas, esto deberá realizarse bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad, para poder determinar cuál es la pena justa que merece el acusado.

Magnitud del daño causado. El cual se presenta tanto la gravedad actual o potencial del daño, como el alcance que la conducta delictiva ha tenido sobre los bienes jurídicos del sujeto pasivo, su familia y se puede incluir incluso los de la sociedad en general.

Intensidad del dolo. Básicamente es un factor en el que se le exige al juez una carga argumentativa dirigida a mostrar el grado de motivación con el que el infractor llevó a cabo la conducta delictiva y, por último.

Impacto social y la necesidad de la pena. Es aquí donde el juez debe tener en cuenta la prevención general entiende la pena como una amenaza que a través de las leyes, se dirige a toda la comunidad para mitigar el riesgo asociado con la delincuencia latente dentro de ella. Por ello ante un caso donde por las circunstancias de los hechos se genere un notable impacto social que se torne en inseguridad ciudadana el operador judicial deberá poner una pena más gravosa dentro del tercio inferior y por último necesidad de la pena.

Cada criterio será representado en porcentaje sobre la base de su importancia, esto con la finalidad de que el juez pueda tener una mejor aplicación y cálculo al momento de determinar una pena. Por eso es que sobre la base de los criterios antes desarrollados se precisó de la siguiente manera: gravedad del hecho punible 35 %, intensidad del dolo 25 %, magnitud del daño causado 20 %, impacto social y necesidad de la pena 20 %.

Tabla 4

Criterios de proporcionalidad

Criterio	Porcentaje
Gravedad del hecho punible.	35 %
Magnitud del daño causado.	25 %
Intensidad del dolo.	20 %
Impacto social y la necesidad de la pena.	20 %

Elaboración propia. Fuente: Propia

Para poder utilizar estos criterios en el tercio inferior del delito de homicidio simple primero se deberá de tomar en cuenta la pena computable en dicho tercio, la cual va desde 6 años hasta los 10 años 8 meses, luego dicho tercio será dividido en 3 partes, para

posteriormente ponderarlo según las atenuantes que se identifiquen, esto con la finalidad de darle una mayor precisión al juez para poder determinar la pena.

Para poder calcular la pena que ira en cada parte se debe de hallar la distancia de la pena del tercio inferior que va desde los 6 años hasta los 10 años 8 meses, teniendo como distancia de cada extremo 4 años 8 meses, posteriormente debe ser dividido en 3 para que pueda ser puesto en cada parte, resultando en 1 año 6 meses 20 días, por lo que en cada segmento se le deberá de sumar dicho resultado, Teniendo esto precisado deberá de ser adecuado en cada parte concluyendo de la siguiente manera: primera parte de 5 a más atenuantes de 6 años a 7 años a 6 meses 20 días, segunda parte de 3 a 4 atenuantes de 7 años 6 meses 20 días a 9 años 1 mes 10 días y tercera parte de 1 a 2 atenuantes de 9 años 1 mes 10 días a 10 años 8 meses, dicho calculo será representado de la siguiente manera.

Tabla 5

Cálculo de cada parte dentro del tercio inferior en el delito de homicidio simple

	Partes	
Primera Parte	6 años	7 años 6 meses 20 días
Segunda Parte	7 años 6 meses 20 días	9 años 1 mes 10 días
Tercera Parte	9 años 1 mes 10 días	10 años 8 meses

Elaboración propia. Fuente: Propia

Teniendo cada parte delimitada, se debe de precisar las atenuantes que irán en cada parte, siendo así que dentro de la primera parte se encontraran de 6 a más atenuantes, siguiendo, en la segunda parte, se tendrá de 3 a 5 atenuantes y en la última parte abarcaría de 1 a 2 atenuantes. Cabe destacar que esta división de atenuantes se realizó bajo los principios regulados dentro de nuestro Código Penal, en especial de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

Tabla 6*Cálculo de atenuantes dentro del tercio inferior en el delito de homicidio simple*

Atenuantes	
Primera parte	De 6 a más atenuantes
Segunda parte	De 3 a 5 atenuantes
Tercera parte	De 1 a 2 atenuantes

Elaboración propia. Fuente: Propia

Teniendo así, este nuevo subsistema dentro del tercio inferior es necesario calcular cada porcentaje de criterio que será puesto en cada parte, teniendo como base **1 año 6 meses 20 días** que formará parte del 100 % del cálculo. En el siguiente cuadro se determinará de cada porcentaje de criterio de proporcionalidad en su equivalente a años:

Tabla 7*Porcentaje de criterios de proporcionalidad equivalente a años*

Criterio	Porcentaje	Equivalencia a años
Gravedad del hecho punible.	35 %	6 meses 16 días
Magnitud del daño causado.	25 %	4 meses 20 días
Intensidad del dolo.	20 %	3 meses 22 días
Impacto social y la necesidad de la pena.	20 %	3 meses 22 días
Total	100 %	1 año 6 meses 20 días

Elaboración propia. Fuente: Propia

Por último, el juez deberá tener en cuenta las atenuantes genéricas o específicas que atenúen la punibilidad en cada caso concreto adecuándolo en cada parte que se desarrolló anteriormente, luego sobre la base de los criterios antes mencionados deberá de graduar, aumentar o disminuir la pena a imponerse. Con la subdivisión lista y con los criterios ya regulados en años, en cuadro de nuestra propuesta quedaría de la siguiente manera:

Tabla 8

Subsistema de tercios, dentro del tercio inferior en el delito de homicidio simple

tercio inferior en el delito de homicidio simple		
De 6 años		A 10 años 8 meses
Distancia entre ambos extremos (mínimo y máximo)		
4 años 8 meses		
División en 3 partes de la distancia calculada del extremo mínimo (4años 8 meses)		
1 año 6 meses 20 días	1 año 6 meses 20 días	1 año 6 meses 20 días
Graduación de la pena en cada parte		
Parte 1	Parte 2	Parte 3
De 6 años a 7 años 6 meses 20 días	De 7 años 6 meses 20 días a 9 años 1 mes 10 días	De 9 años 1 mes 10 días a 10 años 8 meses
Atenuantes		
De 6 a más atenuantes	De 3 a 5 atenuantes	De 1 a 2 atenuantes
Criterios de proporcionalidad adecuados en cada parte		
●Gravedad del hecho punible (35 %) Equivalente a: "6 meses con 16 días"	●Gravedad del hecho punible (35 %) Equivalente a: "6 meses con 16 días"	●Gravedad del hecho punible (35 %) Equivalente a: "6 meses con 16 días"
●Magnitud del daño causado (25 %) Equivalente a: "4 meses 20 días"	●Magnitud del daño causado (25 %) Equivalente a: "4 meses 20 días"	●Magnitud del daño causado (25 %) Equivalente a: "4 meses 20 días"
●Intensidad del dolo (20 %) Equivalente a: "3 meses 22 días"	●Intensidad del dolo (20 %) Equivalente a: "3 meses 22 días"	●Intensidad del dolo (20 %) Equivalente a: "3 meses 22 días"
●Impacto social y Necesidad de la pena (20 %) Equivalente a: "3 meses 22 días"	●Impacto social y Necesidad de la pena (20 %) Equivalente a: "3 meses 22 días"	●Impacto social y Necesidad de la pena (20 %) Equivalente a: "3 meses 22 días"

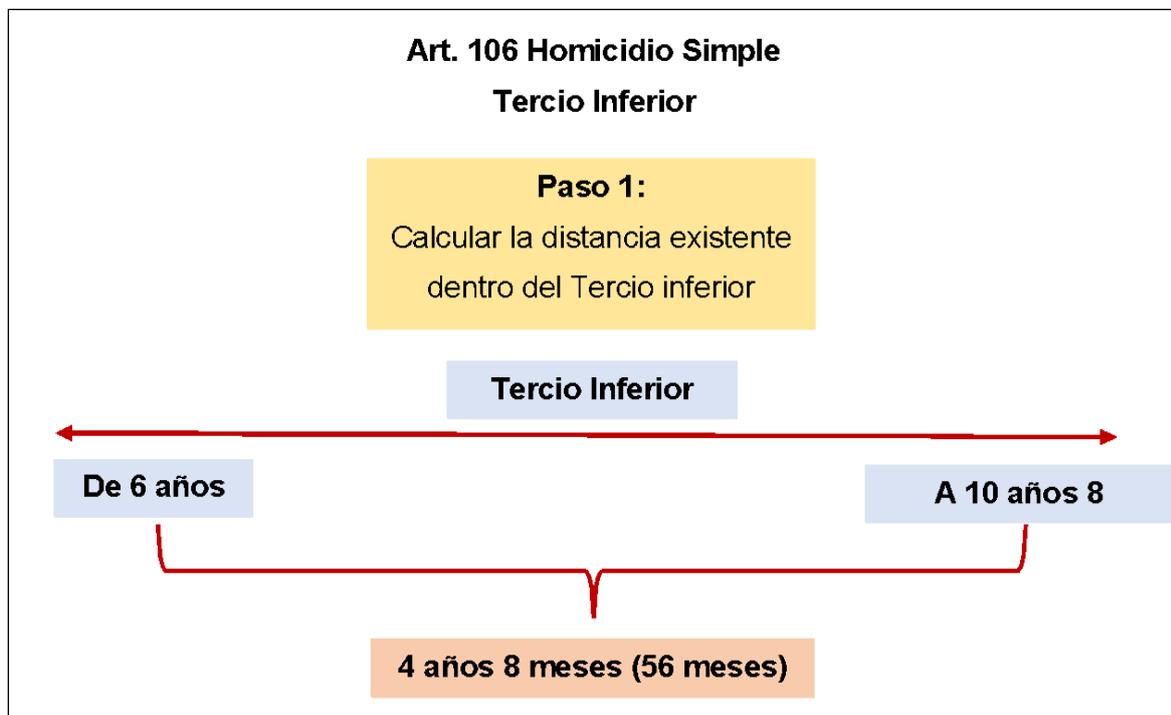
Elaboración propia. Fuente: Propia

Como se mencionó anteriormente, lo que se conseguirá con esta nueva subdivisión es un a mayor eficacia al momento de imponer una pena por parte de los jueces, lo que conllevara a que esta pena que se impondrá sea proporcional y adecuada hacia la víctima como al condenado, puesto que este es un sistema fácil que puede ser implementado como mecanismo y esquema, para que los jueces apliquen una pena correcta.

Lo que se pretende explicar en la tabla 8 es el esquema para emplear por parte de los jueces para poder imponer una pena; en donde a manera más práctica se procederá a desarrollar de la siguiente manera.

Figura 2

Cálculo de extremo dentro del tercio inferior en el delito de homicidio simple

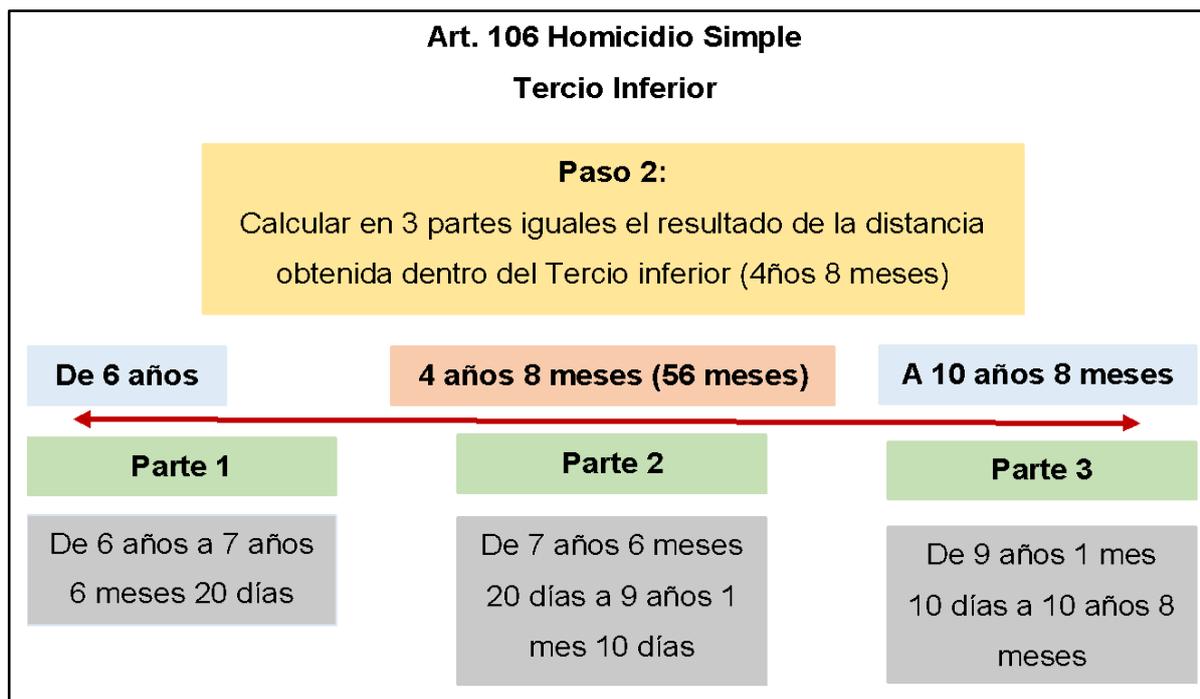


Elaboración propia. Fuente: Propia

Una vez determinada la distancia existente, se procederá a realizar una subdivisión en 3 partes del resultado obtenido de dicha distancia (4 años 8 meses), para tener con exactitud la división de cada parte, tal como se pudo apreciar en la tabla 4, esquematizándolo de la siguiente manera:

Figura 3

División en 3 partes del Tercio Inferior en el delito de homicidio simple



Elaboración propia. Fuente: Propia

Para poder determinar cada parte, se utilizaron las siguientes fórmulas:

Para calcular cada parte, se procedió a dividir el resultante de la distancia (56 meses) entre 3.

$$56 \text{ meses} / 3 = 18,67 \text{ meses}$$

Ahora para poder terminar la resultante 18,67 meses a años, la parte entera de 18 resultaría **1 años 6 meses**, sobrando la parte decimal 67; y para determinar esta parte decimal, es necesario realizar una regla de 3 simple, que será realizado de la siguiente manera:

$$100 \% \text{ ----- } 30 \text{ días}$$

$$67 \% \text{ ----- } X$$

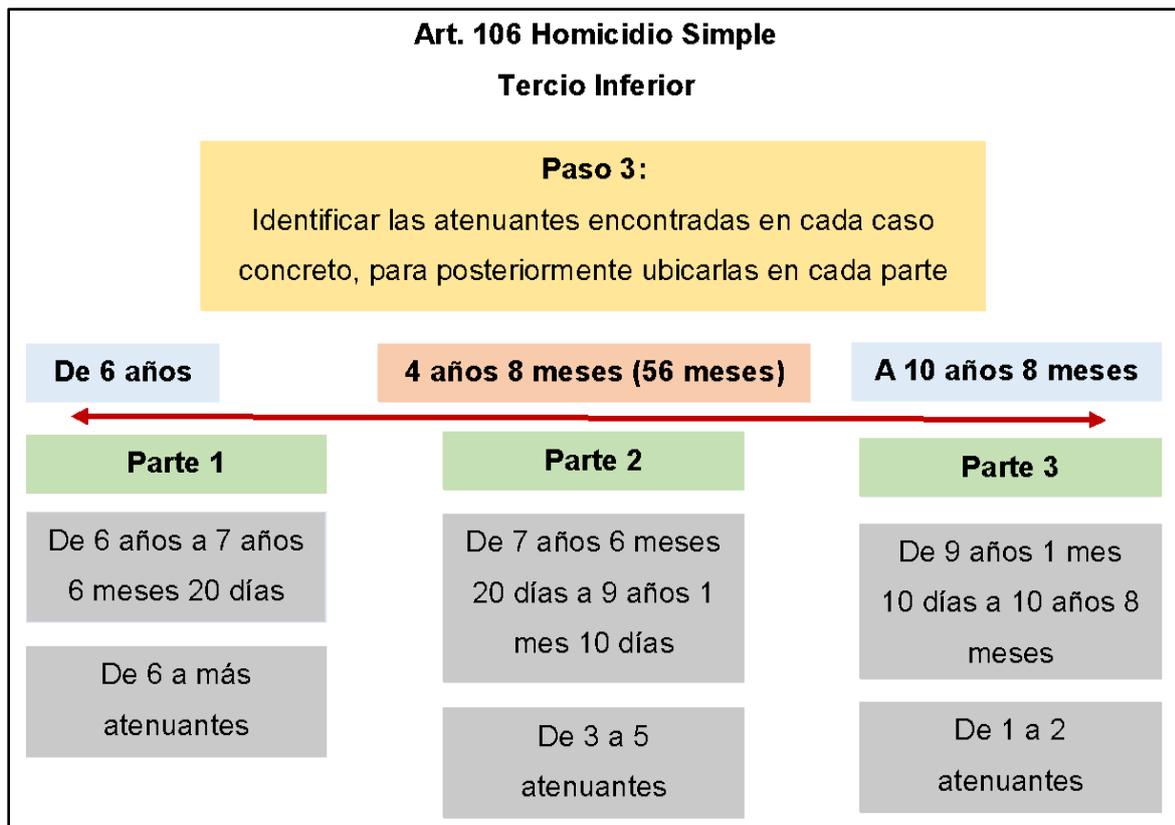
$$67 \times 30 / 100 = 20 \text{ días}$$

Teniendo, así como resultante general **1 años 6 meses 20 días**, este resultado deberá sumarse en cada parte, siguiendo la misma operación que el sistema de tercios actual, quedando así cada parte definida como aparece en la figura 2.

Con cada parte definida en todos sus extremos, podemos observar que se creó una subdivisión de tres partes, posteriormente correspondería ubicar las atenuantes conforme aparecen en la tabla 5, las mismas que le permitirán al juez conocer en que parte ubicarse para posteriormente imponer una pena.

Figura 4

Ubicación de atenuantes según cada caso en concreto



Elaboración propia. Fuente: Propia

Como ya se mencionó anteriormente, el juez deberá de adecuar cada atenuante en cada parte para posteriormente utilizar los criterios de proporcionalidad propuestos, por ejemplo, si en un caso concreto el juez encontró que tenía solo tenía 2 atenuantes, este mismo deberá de ubicarlo en la tercera parte en donde la pena va desde los 9 años 10 días a 10 años 8 meses, para posteriormente graduar la pena sobre la base de los criterios que se encuentran en la tabla 6. Los mismos que están representados de la siguiente manera.

Figura 5

Criterios de Proporcionalidad

Criterios de			
Gravedad del hecho Punible	Magnitud del Daño Causado	Intensidad del Dolo	Impacto Social y necesidad de la Pena
35%	25%	20%	20%
Equivalente a: "6 meses con 16 días"	Equivalente a:	Equivalente a:	Equivalente a:

Elaboración propia. Fuente: Propia

Para poder determinar la equivalencia en años de los porcentajes de cada criterio de proporcionalidad se utilizó la siguiente fórmula:

- Primero se tomó en cuenta la diferencia de cada parte que es **1 año 6 meses 20 días**, posteriormente esta diferencia fue convertido a meses, teniendo como resultado **18,67 meses**.

- Tenido la conversión en meses, se procedió a convertir el porcentaje de dichos criterios, sobre la base de meses o años según corresponda:

- Para el criterio de proporcionalidad "gravedad del hecho punible", que corresponde al 35 % del total, se realizó la siguiente fórmula:

$$100 \% \text{ ----- } 18,67 \text{ meses}$$

$$35 \% \text{ ----- } X$$

$$35 \times 18,67 / 100 = 6,54 \text{ meses}$$

- Se pudo observar que se tiene como resultado 6,54 meses, sobrando la parte decimal 54; y para determinar esta parte decimal, es necesario realizar nuevamente una regla de 3 simple, que será realizado de la siguiente manera:

$$100 \% \text{ ----- } 30 \text{ días}$$

$$54 \% \text{ ----- } X$$

$$54 \times 30 / 100 = 16 \text{ días}$$

- Teniendo, así como resultado de este primero criterio **6 meses con 16 días**.
- Para el segundo criterio de proporcionalidad “magnitud del daño causado”, que

corresponde al 35 % del total, se realizó la siguiente fórmula:

$$100 \% \text{ ----- } 18,67 \text{ meses}$$

$$25 \% \text{ ----- } X$$

$$25 \times 18,67 / 100 = 4,67 \text{ meses}$$

• Se pudo observar que se tiene como resultado 4,67 meses, sobrando la parte decimal 67; y para determinar esta parte decimal, es necesario realizar nuevamente una regla de 3 simple, que será realizado de la siguiente manera:

$$100 \% \text{ ----- } 30 \text{ días}$$

$$67 \% \text{ ----- } X$$

$$67 \times 30 / 100 = 20 \text{ días}$$

- Teniendo, así como resultado de este segundo criterio **4 meses con 20 días**.
- Para el tercer criterio de proporcionalidad “intensidad del dolo”, que

corresponde al 20 % del total, se realizó la siguiente fórmula:

$$100 \% \text{ ----- } 18,67 \text{ meses}$$

$$20 \% \text{ ----- } X$$

$$20 \times 18,67 / 100 = 3,73 \text{ meses}$$

• Se pudo observar que se tiene como resultado 3,73 meses, sobrando la parte decimal 74; y para determinar esta parte decimal, es necesario realizar nuevamente una regla de 3 simple, que será realizado de la siguiente manera:

$$100 \% \text{ ----- } 30 \text{ días}$$

$$73 \% \text{ ----- } X$$

$$73 \times 30 / 100 = 22 \text{ días}$$

• Teniendo, así como resultado de este tercer criterio **3 meses con 22 días**.

• Y por último para el cuarto criterio de proporcionalidad “impacto social y necesidad de la pena”, que corresponde al 20 % del total, se realizó la siguiente fórmula:

100 % ----- 18,67 meses

20 % ----- X

$$20 \times 18,67 / 100 = 3,73 \text{ meses}$$

• Se pudo observar que se tiene como resultado 3,73 meses, sobrando la parte decimal 74; y para determinar esta parte decimal, es necesario realizar nuevamente una regla de 3 simple, que será realizado de la siguiente manera:

100 % ----- 30 días

73 % ----- X

$$73 \times 30 / 100 = 22 \text{ días}$$

• Teniendo, así como resultado de este tercer criterio **3 meses con 22 días**.

Teniendo ya convertido a meses el porcentaje de cada criterio, solamente le correspondería al juez aumentar o disminuir la pena, sobre la base de cada criterio que considere por pertinente. Así por ejemplo un juez al momento de analizar un caso concreto identifica 2 atenuantes, este se ubicaría dentro de la tercera parte de la subdivisión que realizamos dentro del tercio inferior, el mismo que va de **9 años 1 mes 10 días a 10 años 8 meses**, luego al momento de realizar su valoración correspondiente referente a los criterios propuestos, consideró utilizar el criterio de magnitud del daño causado que tiene una equivalencia de 4 meses 20 días y el criterio de gravedad del hecho punible que tiene una equivalencia de 6 meses 16 días, la pena a imponer sería la siguiente:

• Primero se ubicaría en la tercera parte de nuestra subdivisión dentro del tercio inferior que va desde **9 años 1 mes 10 días a 10 años 8 meses**, para posteriormente realizar su valoración respectiva y utilizar los criterios de proporcionalidad propuestos.

• Luego se su valoración respectiva, como se mencionó con anterioridad, considero utilizar el criterio de proporcionalidad magnitud de daño causado equivalente a **4 meses 20 días**, junto con el criterio de proporcionalidad gravedad del hecho punible equivalente a **6 meses 16 días**; solamente tendría que adicionar dichos meses a la pena base que es 9 años 1 mes 10 días.

- Entonces la pena a imponerse sería la suma de 9 años 1 mes + 6 meses 16 días + 4 meses 20 días, teniendo como resultado **10 años con 6 días** como pena exacta.

Es así que este nuevo subsistema de tercios, junto con la aplicación de nuevos criterios de proporcionalidad, ayudarán a poder determinar una pena de manera más eficaz, correcta y proporcional, de acuerdo con los límites establecidos por nuestra legislación, además traerán consigo muchos beneficios, como también poder aplicar este nuevo subsistema en otros delitos que no contengan circunstancias atenuantes o agravantes específicas, además de una correcta pena proporcional, tanto para la víctima como para el condenado, y como gran beneficio sería una gran ayuda hacia el juez para poder determinar una pena dentro del tercio inferior.

4.3.4. Comparación de diferentes esquemas operativos de dosificación de la pena con el subsistema de tercios como alternativa legal para determinar la pena aplicable en el delito de homicidio simple

Dentro de nuestra legislación peruana, son pocos los autores que señalaron diferentes esquemas operativos y posturas para determinar la pena, entre ellos mencionaremos a dos de ellos.

Cancho (2017) hace referencia distintos métodos para determinar la pena; el primero es únicamente con circunstancias base, el segundo es con circunstancias base en tipos derivados, el tercero es con la concurrencia de penas conjuntas y, por último, el de circunstancias agravantes cualificadas y circunstancias atenuantes privilegiadas. No obstante, para nuestra presente tesis nos referiremos únicamente con circunstancias base, esto porque en nuestro sistema de tercios utilizamos solo atenuantes para ubicarlos en el tercio inferior; presentaremos un caso de homicidio simple para operacionalizar el método del autor el cual es el siguiente:

A. Determinación judicial de la pena únicamente con circunstancias base. Caso práctico

A Carlos se le ha declarado autor del delito de homicidio simple, al haber quitado la vida de su amigo Marco. Carlo no tiene antecedentes penales y se presentó voluntariamente a las autoridades luego de cometer dicho ilícito, el autor Cancho (2017), presenta una operacionalización de la siguiente manera:

Primero. El primer paso que realiza el autor es establecer la pena básica, que se encuentra en el art. 45-A, 1 del CP. El autor establece dicha pena básica de la resta entre el extremo máximo y el mínimo (20-6 años), esto referente al delito de homicidio simple, cuyo resultado es 14, luego lo multiplica por 12 para convertirlo en meses, siendo 168 meses, este resultado lo divide entre 3 (la división del sistema de tercios), dando por respuesta 56 meses, el cual finalmente se divide entre 12 para establecer el intervalo de años, dando como resultado 4 años y 8 meses (valor cuantitativo para cada segmento). Ahora, a partir de este último se establecerá los segmentos en tercios. El tercio inferior constara entonces de una pena de entre 6b a 10 años; el tercio intermedio de 10 años y 8 meses, a 15 años y 4 meses y el tercio superior de 15 años y 4 meses a 20 años.

Segundo. Luego, se realiza a adecuación de en qué tercio se ubicará la pena, teniendo en cuenta las atenuantes y agravantes. De acuerdo con el caso planteado, identificamos solo circunstancias atenuantes, las mismas porque el agente no tiene antecedentes penales (art. 46. 1, a del CP) y la de Presentarse a las autoridades voluntariamente para asumir responsabilidad (art. 46.1, g del CP). Por lo que según el artículo art. 45-A, 2, b del CP la pena se ubicara en el tercio inferior.

Tercero. Teniendo presente esto el autor mencionó que se debe establecer el valor cuantitativo de las atenuantes y agravantes que nos servirán para fijar la pena específica concreta, en atención a una interpretación integradora de los arts. 45-A y 46 del CP. En el presente caso como solo se cuenta con atenuantes el autor lo operacionaliza de la siguiente

manera: se debe tomar en cuenta la constante que divide a cada segmento del sistema de tercios que es de 4 años y 8 meses multiplicándolo por 12 para obtener un resultado en meses, que es 56, el mismo autor refirió que utiliza este método porque solo se está hablando de atenuantes. Dicho resultado de 56 meses se divide entre el número total de atenuantes que establece art. 46. 1 del CP, que son 8; dando como resultado 7 meses, por lo que el autor señaló que los 7 meses será el valor cuantitativo de cada atenuante. Posteriormente, el mismo autor señaló que como existen solamente dos atenuantes, por un lado, el agente no tiene antecedentes penales (art. 46.1, a del CP) y, por otro lado, acudió voluntariamente a las autoridades (art. 46. 1, g del CP), la suma de ellas equivale a 14 meses (1 año 2 meses). Este resultado se resta tomando en cuenta a la pena en su grado máximo del tercio inferior que sería 10 años 8 meses. Entonces, 10 años 8 meses menos 1 año 2 meses, daría como resultado **9 AÑOS 6 MESES** como pena concreta.

Cancho (2017) mencionó que no existe una norma penal específica que establezca la aplicación de su método, por ello, muchos jueces no hacen la última operación, puesto que solo se tiene con la exigencia de cumplir con de las reglas de los arts. 45-A y 46 del CP. Este último dispositivo legal establece la cantidad de atenuantes y agravantes del cual ha de derivarse el valor de las mismas en el caso concreto, tomando en cuenta el valor cuantitativo que separa a cada segmento de los tercios que se deriva del art. 45-A, 1 del CP. No todo puede estar en el CP de manera tan especificada, para eso se ha creado la ciencia y la hermenéutica. Pero lo que solo se tiene que esperar a la simple discrecionalidad del juez.

B. Aplicación de la pena sobre el nuevo subsistema de tercios planteado dentro del tercio inferior en el delito de homicidio simple

Nuestro nuevo método lleva correlación con planteado por el profesor Ciro, no obstante, presenta más claridad y precisión al momento de la determinación concreta; esto por la aplicación de los nuevos criterios de proporcionalidad que serán demostrados de la siguiente manera.

Poniendo como ejemplo el mismo caso en donde se tiene que a Carlos se le declaró culpable por el delito de homicidio simple, al haber quitado la vida de su amigo Marco. Carlo no tiene antecedentes penales y se presentó voluntariamente a las autoridades luego de cometer dicho ilícito.

Primero. Al igual que el profesor Ciro Cancho, primero, ubicaremos la pena básica, sobre la distancia de la pena que existe entre su grado mínimo (6 años) y su grado máximo (10 años 8 meses), que dio como resultado 4 años y 8 meses (valor cuantitativo que será utilizado para cada parte más adelante). Teniendo en cuenta este resultado, se procederá a la división de los segmentos en tercios que van desde los 6 a 20 años que establece el delito de homicidio. Queda de la siguiente manera: el tercio inferior va de los 6 a 10 años y 8 meses; el tercio intermedio de 10 años y 8 meses, a de 15 años y 4 y el superior de 15 años y 4 meses a 20 años. De acuerdo con el caso planteado, nos encontramos en la figura de concurrencia de solo circunstancias atenuantes, las mismas porque el agente no tiene antecedentes penales (art. 46. 1, a del CP) y la acudir voluntariamente a las autoridades; (art. 46.1, g del CP). Por lo que la pena se ubicara en el tercio inferior.

Segundo. Teniendo en cuenta presente eso, se procederá a realizar la aplicación del nuevo subsistema de tercios, junto con la aplicación de criterios de proporcionalidad. Como se mencionó con anterioridad la distancia del grado mínimo y grado máximo es de 4 años 8 meses, ubicada dentro del tercio inferior. Teniendo como base este resultado, se procederá a dividir entre 3 (será cada parte aplicable en el tercio inferior para la nueva subdivisión de las partes), dando como resultado **1 año 6 meses 20 días**, el mismo que será ubicado en cada parte de la nueva subdivisión dentro del tercio inferior, quedando de la siguiente manera. Primera parte de 6 años a 7 años 6 meses 20 días, Segunda parte de 7 años 6 meses 20 días a 9 años 1 mes 10 días y tercera parte de 9 años 1 mes 10 días a 10 años 8 meses (como se muestra en la tabla 5). Teniendo el valor de cada parte, se procederá a ubicar las atenuantes en cada parte según criterios de proporcionalidad; establecidas en el art. 46. 1 del CP, que son 8 en donde entre más atenuantes serán aproximadas al extremo mínimo y entre

menos atenuantes se aproximarán al extremo máximo; quedando de la siguiente manera: primera parte de 6 a más atenuantes, segunda parte de 3 a 5 atenuantes, tercera parte de 1 a 2 atenuantes (tal como se muestra en la tabla 6).

Teniendo establecido el margen de la pena en cada parte junto con sus atenuantes, quedarían establecidos de la siguiente manera: Primera parte, de 6 años a 7 años 6 meses 20 días 6 a más atenuantes. Segunda parte de 7 años 6 meses 20 días a 9 años 1 mes 10 días 3 a 5 atenuantes. Y por último tercera parte de 9 años 1 mes 10 días a 10 años 8 meses de 1 a 2 atenuantes. Entonces, como en el presente caso se tiene 2 atenuantes, el margen de aplicación de la pena sería en la tercera parte que es de 9 años 1 mes 10 días a 10 años 8 meses (1 a dos atenuantes). Ahora bien, dentro de este margen el juez ya podría imponer una pena en función a su discrecionalidad y los presupuestos regulados en el art. 45, no obstante, nosotros planteamos nuevos criterios de proporcionalidad en los que como se mencionó en páginas anteriores, servirán al juez a imponer una pena proporcional y justa.

Entonces sobre la base de este caso concreto para aplicar estos criterios, se deberá de operacionalizar de la siguiente manera. En primera parte los criterios propuestos en la presente investigación fueron valorados con un porcentaje, esto con el fin de calcular su peso con relación a la pena son, los mismos que son los siguientes: gravedad del hecho punible 35 %, magnitud del daño causado 25 %, intensidad del dolo 20 %, impacto social y la necesidad de la pena 20 %. Ahora bien, para calcular su peso en meses o en años se deberá tomar en cuenta lo siguiente, primero calcular la distancia del grado mínimo y grado máximo que es de 4 años 8 meses, (ubicada dentro del tercio inferior). Segundo, teniendo como base este resultado, se procederá a dividir entre 3 (será cada parte aplicable en el tercio inferior para la nueva subdivisión de las partes), dando como resultado **1 año 6 meses 20 días**, este resultado se tomará como base para calcular el porcentaje del 100 % de cada criterio; entonces cada criterio quedarían consignando de la siguiente manera: gravedad del hecho punible 35 % 6 meses 16 días, magnitud del daño causado 25 % 4 meses 20 días, intensidad

del dolo 20 % 3 meses 22 días e Impacto social y la necesidad de la pena 20 % 3 meses 22 días.

Tercero. En atención a una interpretación integradora de los arts. 45-A y 46 del CP. En el presente caso como solo se cuenta con atenuantes, se procederá a calcular la pena concreta. De lo analizado y operacionalizado con anterioridad se llegó a la parte final en donde el margen de aplicación de la pena sería en la tercera parte que es de 9 años 1 mes 10 días a 10 años 8 meses (1 a dos atenuantes). Ahora para darle mayor precisión al juez para imponer una pena, este deberá de hacer uso de los criterios de proporcionalidad propuestos, los mismos que el juez valorara según el caso en cuestión.

Esto quiere decir, por ejemplo, que si durante toda su interpretación, análisis e investigación el juez considere usar el criterio de magnitud de daño causado, gravedad del hecho punible e intensidad del dolo, este deberá de aumentar la pena sobre la base de los criterios antes mencionados que ya fueron operacionalizados; entonces como el juez decidió usar el criterio de magnitud de daño causado (4 meses 20 días), gravedad del hecho punible (6 meses 16 días) e intensidad del dolo (3 meses 22 días), este deberá de realizar la sumatoria de dichos criterios que sería **1 año 2 meses 28 días**, el cual se sumara en el extremo mínimo de la tercera parte que va desde los 9 años 1 mes 10 días a 10 años 8 meses (1 a dos atenuantes), teniendo una pena a imponer de **10 años 4 meses 8 días**.

Se puede observar que la operacionalización del autor Ciro cancho es de gran similitud a nuestra esquematización planteada, la diferencia radica en la aplicación de nuevos criterios de proporcionalidad para determinar una pena en el tercio inferior, lo cual resulta ser más exacta y proporcional, ya que no solo se aplica los artículos contenidos dentro del Código Penal, sino también el uso de nuevos criterios de proporcionalidad para determinar una pena. Como se analizó en el método del profesor Ciro Cancho, utiliza un margen de intervalo entre el extremo mínimo y máximo, que dentro del caso del homicidio simple va de 6 a 10 años 8 meses dando un resultado de 4 años 8 meses, el mismo que lo divide entre 12 para dar el

resultado en meses que es de 56, teniendo en cuenta esto; el autor divide este resultado entre el número de atenuantes establecidas en el Código Penal que es 8, dando como resultado 7 meses como valor cuantitativo de cada atenuante. Esto le permitirá al juez según cada caso concreto valorar las atenuantes y reducir la pena desde su extremo máximo del delito, que en este caso es el tercio inferior.

Con respecto a nuestro método propuesto, presenta algunas variaciones. En un primer momento se comparte similitud del profesor Ciro Cancho, al determinar la distancia del extremo mínimo y máximo del tercio inferior, la diferencia cambia al momento de dividir este resultado entre 3 dentro del tercio inferior, ya que se obtendrá 3 partes iguales, que servirán para ubicar las atenuantes, en donde entre más atenuantes estará al extremo mínimo y entre menos atenuantes al extremo máximo, como ya se explicó líneas arriba. Teniendo esto detallado se procederá a la valorización de los criterios de proporcionalidad para darle al juez mayor exactitud al momento de imponer una pena, para posteriormente ponderar aumentando o no la pena según el rango de margen en donde se ubicaron las atenuantes, como también ya fue explicado con anterioridad.

Además, mediante la operacionalización del método del profesor Ciro Cancho se obtuvo una pena de **9 años 6 meses**, mientras mediante el uso de nuestro nuevo método la pena obtenida fue de **10 años 4 meses 8 días**, demostrando que con este método, se le estaría dando un nuevo mecanismo para poder imponer una pena dentro del tercio inferior, además que también puede ser aplicado en diversos delitos del C.P, utilizando correctamente el principio de proporcionalidad al imponer una pena, resultando equitativamente justo tanto para la víctima como para el sentenciado.

C. Determinación judicial de la pena con circunstancias genéricas

Según Prado (2010), este método solo debe emplearse en los delitos que no tengan agravantes o atenuantes específicas, como en el delito de homicidio simple. Se puede observar entonces que nuestro sistema planteado tiene semejanza al esquema planteado por

el profesor Ciro Cancho. Además, el profesor Prado manifestó que primero se debe ubicar la pena básica. Luego, debe establecerse los años que contiene el espacio punitivo, que sería de 14 años, para posteriormente dividirlo en 3 partes y adecuarlo al sistema de tercios.

El mismo autor sugiere la identificación de las circunstancias atenuantes y agravantes; 8 atenuantes y 14 agravantes respectivamente. El profesor Prado al igual que Ciro Cancho, hace una valorización concreta de cada circunstancia, es decir, que dentro del tercio inferior, como ya se vino mencionando con anterioridad la distancia entre el extremo mínimo y máximo del tercio inferior es de 4 años 8 meses, esto debe ser convertido a meses que da como resultado 54, para posteriormente dividirlo entre 8 que es el número de circunstancias atenuantes, para tener como resultado 7 meses el valor de cada circunstancia atenuante, reduciendo desde el extremo máximo del tercio inferior el valor de cada atenuante que se encontrase en cada caso concreto.

4.3.5. La aplicación de la pena del nuevo subsistema de tercios dentro del tercio inferior en el delito de homicidio simple sobre la base de sentencias

A. Sentencia de Casación de la Sala Penal Permanente de Tacna N.º 99-2021. En el presente caso se desarrollaron los siguientes puntos:

Antecedentes. El Ministerio Público formuló el requerimiento mixto de acusación y sobreseimiento, para los acusados Mirian Challo y José M. acusación por el delito de lesiones graves con resultado de muerte y alternativamente homicidio simple y sobreseimiento para Jose M., respecto al delito de omisión de auxilio y encubrimiento personal.

Sobre los hechos de imputación. Se atribuye a los acusados, causar graves daños a la salud del afectado; en este caso, la acusada atacó a la víctima con un arma blanca (cuchillo), provocándole heridas penetrantes en el abdomen y el tórax, lo cual comprometió su vida y condujo a su fallecimiento posterior. Además, el acusado inmovilizó al afectado sujetándolo de las manos y lo dejó en una situación de vulnerabilidad para que su coacusada pudiera apuñalarlo. Alternativamente, se les acusa de haber causado la muerte del afectado,

pues actuaron con esta intención, ya que la imputada sabía que la zona donde acuchillo al agraviado era una zona vital y podía ocasionar su muerte.

Decisiones jurisdiccionales. El caso mereció dos pronunciamientos jurisdiccionales y un recurso impugnatorio de casación, a saber:

Primera instancia. Se absolvió al imputado respecto al homicidio simple, y se condena a la imputada por el mismo delito, se le impone 15 años y 4 meses de pena. Se formuló apelación donde el Ministerio Público como el actor civil solicitaron la nulidad de la sentencia en cuanto a la absolución de uno de los acusados.

Segunda instancia. Mediante sentencia de vista se resolvió: confirmar la sentencia, que condenó a la acusada por el delito de homicidio simple y anular la misma, en el extremo que absolvió al acusado.

Sentencia casatoria. Casaron y revocaron la sentencia de segunda instancia, reformándola impusieron a la condenada la pena de diez años de pena. Por considerar que la sentencia de primera instancia presenta una justificación superficial, mientras que la sentencia de segunda instancia no proporciona ninguna justificación, respecto al extremo de la pena.

Valoración probatoria y razonamiento legal. El hecho punible fue valorado como corresponde en la sentencia condenatoria de primera instancia, esta fue correspondiente al delito de homicidio simple, con calidad de cosa juzgada e inmutable al tenor del artículo 123 del Código Civil. Haciendo uso del esquema dosimétrico la Sala Penal Superior encuentra lo siguiente:

- Conforme al principio de proporcionalidad, el Tribunal Supremo manifiesta lo siguiente: “Los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad, son necesarios para que la determinación judicial de la pena sea completa y no se agote con un simple análisis legal tasado de la pena”.
- Se determina que, según el Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116, es el juez quien determina la intensidad de las consecuencias jurídicas que correspondan aplicar al condenado, de acuerdo con el procedimiento establecido por el CP

- El colegiado sostuvo que para determinar la pena es necesario tomar en consideración los artículos 45 y 46 del CP, referido a las carencias sociales, costumbres y nivel de cultura de la procesada, del caso se tiene que tenía 24 años, con 5 meses y 2 días de edad; es madre soltera; estudios solo hasta segundo de secundaria, es comerciante y gana 950 soles mensuales; por último, no tiene antecedentes y es rea primaria.
- Determinando el colegiado que se trata de una procesada de escasos recursos económicos, bajo nivel de instrucción, carga familiar, no posee agravante, mas solo atenuantes genéricas, se trata de una persona joven y no tiene antecedentes, por lo que ello, podría haber influido en la comisión de la conducta punible.
- Por consiguiente, el colegiado determinó que la pena a imponer debe recaer en el tercio inferior, cuyo rango punitivo es de 6 años hasta 10 años y 8 meses. Para ello se consideró las características personales, responsabilidad y gravedad del hecho punible, así como se consideró que sin causa que justifique su acción, asesino a una persona con carga familiar, tampoco no procedió a reparar el daño ocasionado y que no se encontró regla de bonificación procesal. Por ello, el colegiado determino como pena concreta la de **diez años de pena privativa de libertad.**

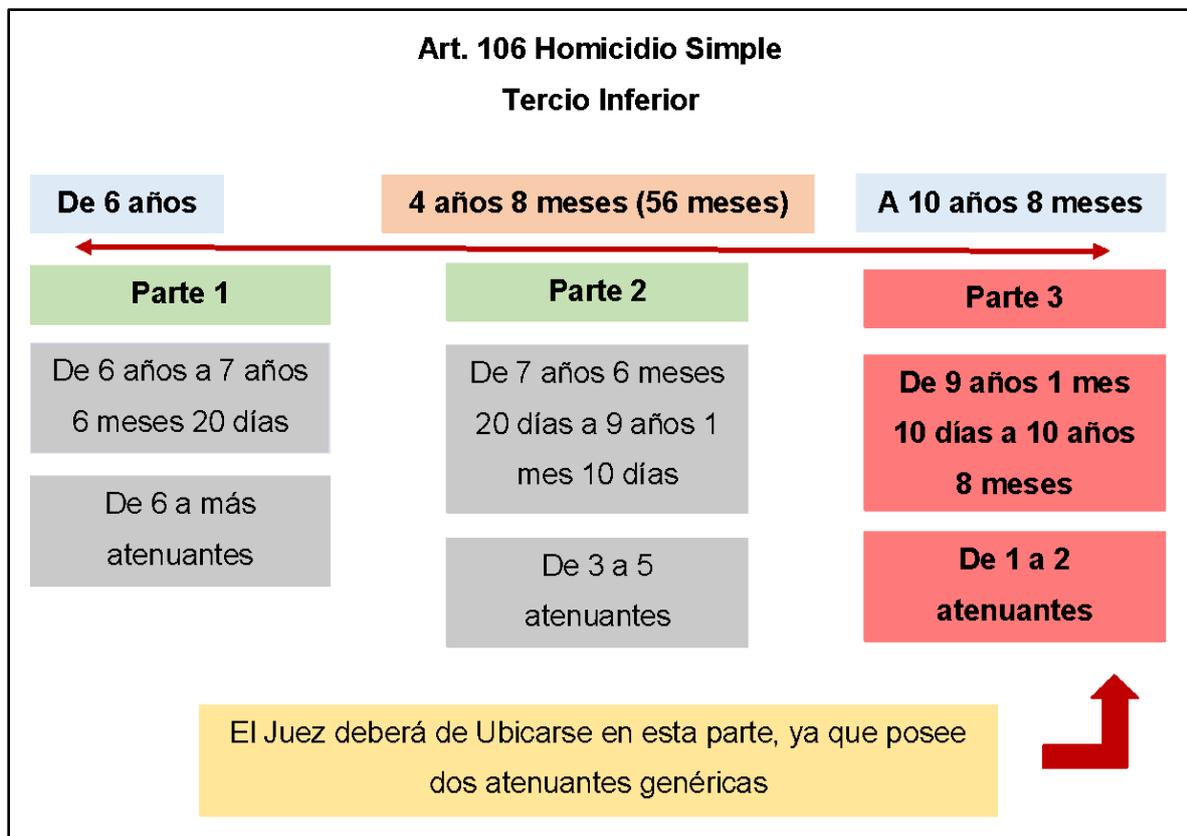
Teniendo en cuenta que el presente colegiado realizo la valoración correspondiente para imponer una pena fijándola en 10 años, al utilizar nuestros criterios propuestos junto con la subdivisión en el tercio inferior, esto traería consigo una variación que iría de la mano de todos los principios establecidos dentro de nuestro CP, principalmente el principio de proporcionalidad, todo ello que será reflejado mediante nuestra propuesta de subdivisión en el tercio inferior de la siguiente manera:

Primero, el colegiado tomó en cuenta que solo existen dos atenuantes genéricas que son como que se trata de una persona joven y la carencia de antecedentes penales, por lo que según nuestra propuesta de subdivisión se ubicaría en la tercera parte, que es donde

corresponde ubicar cuando existe de 1 a dos atenuantes y la pena correspondiente sería de 9 años 1 mes 10 días a 10 años 8 meses:

Figura 6

Ubicación en la tercera parte según el caso concreto



Elaboración propia. Fuente: Propia

Teniendo esta parte delimitada por el juez, deberá de analizar y utilizar los criterios de proporcionalidad propuestos de la siguiente manera:

-Gravedad del hecho punible. Este criterio debe ser considerado, ya que se debe a los aspectos y condiciones que rodearon específicamente la comisión del delito y que le otorgan un valor diferente al que resulta de las circunstancias de atenuación o agravación generales o particulares, debido a que los sujetos activos en este caso no les importo el lugar donde estaban, ya que según los hechos se encontraban en la calle y con la vista de dos miembros de seguridad de bares aledaños y con tal de cometer el delito continuaron con su consumación acuchillando a la víctima que genera más repercusión en el modo de cometer el mismo.

Magnitud del daño causado. En el presente caso el delito se consumó, que genera así un daño irreparable, ya que se vulnero el bien jurídico vida. Por ello, este criterio debe utilizarse no solo como la vulneración al bien jurídico, sino también la extensión del perjuicio que podría ocasionarse con la perpetración de dicho delito, ya que este daño es ir resarcible porque la vida nunca se va a recuperar.

Intensidad del dolo. En el caso concreto, los sujetos activos actuaron con dolo directo porque conocían perfectamente lo que estaban realizando, siendo un hecho prohibido y, además, teniendo la voluntad de cometerlo, ya que como se desprende de los hechos el condenado, sujeto de las manos al agraviado, dejándolo en estado de indefensión para posteriormente, la condenada Miriam Luz Challo Paripanca acuchillarlo sin ningún escrúpulo sabiendo que por dicha acción lo dejaría gravemente herido y con riesgo de muerte.

Impacto social y la necesidad de la pena. Si bien es cierto según los colegiados, la condenada tenía carencias sociales, por tener poca cultura o educación y también por ser de bajos recursos económicos, eso no implica que pueda cometer dicho delito, porque de todas maneras esta persona es consciente y sabe lo que está realizando. Es por este motivo que la necesidad de la pena en los casos de comisión del delito de homicidio simple, al vulnerarse el tal importante bien jurídico, tiene un gran impacto en la sociedad, sobre cuando estos casos por su magnitud son expuestos en los medios de comunicación que genera en muchos casos pánico en la sociedad. Es por ello que consideramos que la determinación de la pena debe ser aplicada en proporción al impacto social generado, ya que con ello se estaría cumpliendo la prevención general de las penas que establece nuestro ordenamiento jurídico consiguiendo una mayor sensación de justicia en la población. Con respecto a la necesidad de la pena que se está imponiendo debe cumplir con los fines esenciales que impone un estado social de derecho, ya que la pena que se impondrá debe servir para resguardar el bien jurídico vida que resultó afectado con la ejecución de la conducta punible

Realizando la valorización respectiva, se llegó a la conclusión que para este caso concreto, es necesario la utilización de todos los criterios de proporcionalidad propuestos, con

el fin de la no vulneración de principios y un correcto desarrollo de la justicia. Por lo que la pena dada por los colegiados que fue de **10 años**, será variada de la siguiente manera:

Tabla 8

Determinación de la pena sobre la base de los criterios analizados en el caso concreto

Criterio	Porcentaje	Equivalencia a años
Gravedad del hecho punible.	35 %	6 meses 16 días
Magnitud del daño causado.	25 %	4 meses 20 días
Intensidad del dolo.	20 %	3 meses 22 días
Impacto social y la necesidad de la pena.	20 %	3 meses 22 días
Total	100 %	1 año 6 meses 20 días

Elaboración propia. Fuente: Propia

Entonces dentro de este caso concreto se identificó que es necesario utilizar todos los criterios, se debe de realizar la sumatoria de todos los criterios como se muestra en la tabla anterior, dando un resultado de **1 año 6 meses 20 días**, que se deberá de aumentar en la pena en el margen de donde se ubicó las atenuantes.

Es así que como se muestra en la figura 5, la pena a imponer se ubicó dentro de la tercera parte de la subdivisión del tercio inferior del delito de homicidio simple, donde la pena es de 9 años un mes 10 días a 10 años 8 meses, porque se posee solo dos atenuantes, entonces como el resultado de la aplicación de los criterios es de 1 año 6 meses 20 días, se deberá sumar dicho resultado al margen inferior de la tercera parte que es 9 años un mes 10 días, teniendo como una nueva pena a imponer **diez años 8 meses de pena privativa de la libertad.**

La pena cambio prudencialmente de **diez años** a **diez años 8 meses** respectivamente, aunque el cambio no fue muy elevado, se pudo demostrar que dicha pena está dada bajo los parámetros de todos los principios dados por el CP , especialmente el principio de proporcionalidad, ya que la nueva pena que se obtuvo, fue de manera justa tanto para la víctima como para el condenado, demostrando así que esta nueva subdivisión junto con los nuevos criterios de proporcionalidad en el tercio inferior, ayudaran de manera significativa en la interpretación y decisión del juez al momento de imponer una pena.

B. Sentencia de Apelación de la Corte Superior de Justicia de La Libertad N.º

7016-2018-90. En el presente caso se desarrollaron los siguientes puntos:

Antecedentes. Se formuló acusación contra el imputado por el delito de homicidio agravado por alevosía, descrito en el artículo 108.3 del Código Penal, con una petición para que se le aplique una condena de 21 años.

Sobre los hechos de imputación. El agraviado se encontraba libando licor en compañía de tres amigos en un bar de la zona, siendo que una hora después el imputado se dirige hacia la mesa donde estaba el agraviado, generándose una discusión que lleva a ambos a salir del bar y enfrentarse en una pelea. En el transcurso de la riña, el agraviado cae al suelo y sufre múltiples heridas punzocortantes en sus órganos vitales, falleciendo horas después en el hospital de la zona.

Decisiones jurisdiccionales. El caso mereció dos pronunciamientos jurisdiccionales a saber:

Primera instancia: Se dictó sentencia condenando al acusado como responsable del delito de homicidio simple, excluyendo el cargo de homicidio calificado por alevosía, y se le impuso una pena de diez años de prisión.

Recurso de apelación: El imputado interpuso apelación contra la sentencia, en cuanto a la pena y la reparación civil, argumentando que no se consideraron las circunstancias atenuantes que deberían haber llevado a situar la pena en el tercio inferior; además concurre la confesión sincera.

Valoración probatoria y razonamiento legal. El hecho punible fue valorado como corresponde y fue calificado como delito de homicidio simple, con calidad de cosa juzgada e inmutable, por lo que el recurso de apelación se dirige únicamente al cuestionamiento del quantum de la pena y monto de la reparación civil. Haciendo uso del esquema dosimétrico se encuentra lo siguiente:

- En cuanto a la pena, Ministerio Público solicitó una pena sobre la base del delito de homicidio calificado estipulado en el artículo 108 del CP; sin embargo, el a

quo concluyó que la conducta del acusado se subsume en el artículo 106 del CP por homicidio simple.

- El Ministerio Público en su acusatorio señaló que solo concurren circunstancias de atenuación, entonces, la pena se debe fijar dentro del tercio inferior, solicitando una pena privativa de libertad de **diez años**.
- La sala *ad quem* hace una valoración sobre como determinar una pena dentro del delito de homicidio simple siguiendo una serie de pasos, en donde primero se debe identificar la pena abstracta, es decir, sus límites iniciales. Que para el caso enmarcado sería entre 6 y 20, por tanto, el espacio punitivo sería el de **14 años** por la distancia entre los 6 años hasta los 20 años, posteriormente el *ad quem* hace referencia que se debe de dividir en 3 partes para poder encontrar cada tercio, inferior intermedio y máximo y por último ubicar las circunstancias según el tercio que corresponda.
- El *ad quem* utiliza el método de determinación de la pena del profesor prado Saldarriaga, en donde mencionó que al tratarse de solamente atenuantes genéricas ubicadas en el tercio inferior, estas deberán disminuir desde el extremo máximo de este tercio conforme se tenga el número de atenuantes. El mismo *ad quem* hace referencia que para determinar el valor de las atenuantes genéricas, se debe dividir el número total de las mismas (8 atenuantes genéricas en total del Inc. 1 del artículo 46 del CP) entre la distancia del extremo inferior del delito de homicidio simple, dando como resultado 7 meses por cada atenuante genérica, la cual según el método del profesor Saldarriaga se disminuirá desde el extremo máximo de dicho tercio. El mismo mecanismo se utiliza para las agravantes genéricas (14 agravantes genéricas del inc. 2 del artículo 46 del CP).
- El tribunal de segunda instancia detecta la presencia de dos circunstancias agravantes genéricas, a saber: 1) el uso de un arma; y 2) la condición de menor de edad de la víctima.

- El *ad quem* también identifica la concurrencia de dos circunstancias atenuantes genéricas, que son los siguientes: 1) carencia de antecedentes penales; y, 2) el imputado se presentó voluntariamente para admitir su responsabilidad.
- El *ad quem* no admitió como circunstancia atenuante genérica el haber reparado voluntariamente el daño ocasionado, debido a que no obra prueba que lo compruebe. Tampoco se admitió como circunstancia atenuante genérica la referida a la condición de la edad del imputado, por no explicar cómo influenció está en la comisión del delito.
- El *ad quem*, ubicó la pena en el tercio medio, ya que encontraron 2 atenuantes y agravantes genéricas, en donde en dicho extremo la pena va desde los 10 años 8 meses y no mayor de 15 años 4 meses. En este caso, utilizando el método del profesor Saldarriaga se comenzará aplicando en primer lugar las circunstancias agravantes, una a una desde el extremo inferior en una línea ascendente hasta completarlas, considerando que el peso de cada circunstancia para el caso equivale a 4 meses, por lo que para las dos circunstancias agravantes identificadas corresponde 8 meses, que sumadas al extremo mínimo resultaría en 11 años y 4 meses. Al resultado anterior, se aplicará el impacto de las circunstancias atenuantes disminuye hacia el extremo inferior, y en este caso, cada circunstancia genérica tiene un valor de 7 meses, al identificar dos atenuantes suman en total 14 meses, que descontados de los 11 años y 4 meses (resultados de la primera operación) se obtiene la pena parcial de **10 años y 2 meses**, posteriormente el *ad quem*, hacen referencia a la condición personal del agente, puesto que el imputado al momento de cometer el ilícito tenía la edad de 18 años. procediendo a reducir la pena en 1 año y 2 meses, quedando la pena en 9 años. Y, por último, hacen referencia a la bonificación procesal de confesión. Por tanto, se reducirá prudencialmente la pena hasta en una tercera

parte del resultado punitivo, lo que equivale a 3 años, quedando la pena concreta en **6 AÑOS**.

- Por ello, se declaró fundada la apelación, modificándola a **6 años de pena privativa de libertad efectiva**.

De la sentencia analizada se pudo observar un correcto análisis para poder determinar una pena, utilizando el método de determinación de la pena del Prado, analizando correctamente las agravantes y atenuantes y utilizando un mecanismo que el mismo profesor realiza en poder atenuar y aumentar una pena.

No obstante, verificamos que esto solo beneficia a la parte imputada, mas no a la parte agraviada, ya que la pena se redujo prudencialmente por la tasada en un comienzo, pues como se observó la pena disminuyó de 11 años y 4 meses. A 6 años, evidenciando que beneficia bastante a la parte imputada. Por lo que para este caso concreto, para que la pena pueda ser proporcional tanto como para la víctima como para el condenado, resulta necesario también realizar un análisis por parte de nuestros criterios propuestos, para que dicha pena a imponer sea correctamente proporcional tanto para el condenado como para la víctima. Por tal motivo presentamos un nuevo análisis de acuerdo con la pena dada por los jueces SUPERIORES *ad quem* sobre la base de nuestros criterios de proporcionalidad:

Los jueces superiores *ad quem*, luego de su análisis respectivo ubicaron la sanción en el tercio inferior, equivalente a 6 años de prisión efectiva, por lo cual ahora procederá a realizar un análisis respecto a nuestros criterios de proporcionalidad propuestos y observar si merece o no aumentar la pena:

-Gravedad del hecho punible. Este criterio debe ser considerado, ya que se debe a los elementos y las condiciones que rodearon específicamente la realización del delito, otorgándole un valor diferente al determinado por las circunstancias atenuantes o agravantes generales o específicas, debido a que mediante una pelea entre el imputado y el agraviado, el agraviado presentó varias heridas punzocortantes (cuchillo) en órganos vitales originado por el imputado, causándole su muerte. Dicha pelea se realizó en la vía pública mediante el avistamiento de testigos y aun así el imputado con tal de cometer el delito continuo con su

consumación acuchillando a la víctima que genera más repercusión en el modo de cometer el mismo.

Magnitud del daño causado. En el caso concreto el delito se consumó, que genera así un daño irreparable, ya que se vulnero el bien jurídico Vida. Por ello este criterio debe utilizarse no solo como la vulneración al bien jurídico, sino también la extensión de este daño que se pudiera generar con la comisión de tal delito, ya que este daño es irresarcible, porque la vida nunca se va a recuperar, teniendo en cuenta que la víctima era una persona menor de edad de 17 años, teniendo un prospecto por delante junto por sueños y metas por cumplir. Es por este motivo que el daño que fue causado fue muy grave en todos los extremos.

Intensidad del dolo. En el caso concreto el sujeto activo actuó con dolo directo porque conocía perfectamente lo que estaban realizando, siendo un hecho prohibido y, además, teniendo la voluntad de cometerlo, ya que como se desprende de los hechos el condenado Gelmer Antonio Contreras Rosas, acuchillarlo sin ningún escrúpulo al agraviado, teniendo conocimiento pleno que por realizar dicha acción lo dejaría gravemente herido y con riesgo de muerte.

Impacto social y la necesidad de la pena. La necesidad de la pena en los casos de comisión del delito de homicidio simple, al vulnerarse el tal importante bien jurídico, tiene un gran impacto en la sociedad, sobre cuando estos casos por su magnitud son expuestos en los medios de comunicación que genera en muchos casos pánico en la sociedad. Es por ello que consideramos que la determinación de la pena debe ser aplicada en proporción al impacto social generado, ya que con ello se estaría cumpliendo la prevención general de las penas que establece nuestro ordenamiento jurídico consiguiendo una mayor sensación de justicia en la población. Con respecto a la necesidad de la pena que se está imponiendo debe cumplir con los objetivos fundamentales requeridos por un Estado social de derecho, ya que la pena que se impondrá debe servir para resguardar el bien jurídico vida que resultó afectado con la ejecución de la conducta punible

Realizando la valorización respectiva, se llegó a la conclusión que para este caso concreto, es necesario la utilización de todos los criterios de proporcionalidad propuestos, con

el fin de la no vulneración de principios y un correcto desarrollo de la justicia. Por lo que la pena dada por los jueces superiores *ad quem*, fue de **6 AÑOS**, y será variada de la siguiente manera:

Al considerar la totalidad de todos los criterios de proporcionalidad, la pena a aumentar sería de **1 año 6 meses 20 días**, y como en un momento los jueces superiores *ad quem* consideraron poner una pena de 6 años, en aplicación de todos los criterios la nueva pena sería de **7 año 6 meses 20 días de pena privativa de libertad efectiva**.

Al considerar imponer esta nueva pena, se estaría beneficiando tanto al condenado, ya que en un primer momento jueces superiores *ad quem* realizaron su valoración respectiva según el método del profesor Saldarriaga (2018), y al utilizar nuestros criterios de proporcionalidad, la pena también beneficiaría a la parte agraviada, demostrando una vez más que nuestro sistema resulta ser correctamente proporcional para ambas partes, dejando de lado la arbitrariedad junto con el desarrollo de una correcta aplicación de Justicia por parte de los jueces.

Por este motivo, resulta necesario la implementación de un nuevo subsistema dentro del tercio inferior, junto con la aplicación de nuevos criterios de proporcionalidad, que se deberán tener en cuenta al determinar la pena. Quedó demostrado una correcta funcionalidad de dicho sistema propuesto, como se observó en el análisis de las sentencias anteriormente explicadas, trayendo consigo muchos beneficios, como una correcta pena en base al principio de proporcionalidad, un mecanismo claro para que los jueces puedan usar al determinar una pena, una correcta aplicación de justicia, entre otros.

CONCLUSIONES

Se determinó que las circunstancias del Código Penal son insuficientes para determinar la pena concreta en el tercio inferior, puesto que en la actualidad existe un grave problema dentro de dicho código por la poca información y la imprecisa regulación sobre la fijación de la pena, ya que únicamente se hallan disposiciones poco claros e insuficientes sobre como determinar una pena, originando penas arbitrarias, poco proporcionales o excesivas que complica la práctica para realizar un procedimiento uniforme y adecuado proceso de fijación judicial de la pena.

Sobre la discrecionalidad del juez en el tercio inferior al determinar la pena concreta, debe ser ejercida siempre de manera responsable y justa, teniendo en cuenta las características específicas del caso a resolver. Esta misma discrecionalidad no puede ser utilizada de manera arbitraria o caprichosa, sino que debe estar fundamentada en principios legales y jurisprudenciales, que vayan de la mano con el principio de proporcionalidad. Por tanto, el juez debe tomar decisiones razonables y ajustadas a criterios objetivos para garantizar la justicia y equidad en el proceso judicial.

Es necesario establecer nuevos criterios de proporcionalidad aplicables a la pena concreta en el tercio inferior del delito de homicidio simple, con la finalidad de adecuar un nuevo procedimiento teórico práctico y esquemático, que ayude a los jueces en poder determinar una pena correctamente, de acorde a las normas ya establecidas dentro del Código Penal.

La proporcionalidad de la pena es un principio fundamental que busca garantizar que las penas impuestas a los delincuentes sean justas y proporcionales al daño causado por su conducta criminal. Esto quiere decir que la pena impuesta debe ser adecuada y justa con respecto a la magnitud del delito cometido. Es importante señalar que la proporcionalidad de la pena no depende solamente de la gravedad del delito, sino que también se trata de una cuestión de justicia y equidad en cada caso individual.

Con respecto al principio de proporcionalidad penal implica que la pena debe ser adecuada y suficiente para lograr los objetivos de la justicia penal, que incluyen la prevención

del crimen, la seguridad de la comunidad y la reintegración del infractor. Esto implica que la sanción debe ser adecuadamente rigurosa para desalentar a otros de cometer el mismo delito, pero sin ser demasiado dura o excesiva.

Para garantizar el cumplimiento del principio de proporcionalidad penal, el juez debe tener en cuenta una variedad de factores, como la gravedad del hecho punible, la magnitud del daño causado, las circunstancias en que se cometió, la culpabilidad del acusado, la intencionalidad o el dolo, el daño causado y el impacto social junto con la necesidad de la pena. De esta manera, se busca garantizar que cada caso sea juzgado de manera justa y equitativa, obteniendo una pena proporcional.

RECOMENDACIONES

Se recomienda aplicar nuevo procedimiento en el que se empleen criterios de proporcionalidad al determinar la pena concreta en el tercio inferior referente al delito de homicidio simple, para que se obtenga una pena adecuada y proporcional, dado que al utilizar dichos criterios de proporcionalidad los cuales serían: gravedad del hecho punible, magnitud del daño causado, intensidad del dolo, impacto social y necesidad de la pena, así, con este nuevo esquema operativo dentro del tercio inferior se tendrá mayor exactitud en la pena, de acuerdo con las circunstancias objetivas presentes en cada caso concreto, en los cuales se deberá identificar estos criterios de una manera interpretativa para la determinación judicial de la pena dentro del tercio inferior, para el delito de homicidio simple. Estos criterios deberán ser representados en porcentajes sobre la base de su relevancia jurídica, esto con la finalidad de que el juez pueda tener una mejor aplicación y calculo al momento de determinar una pena. Por eso es que sobre la base de los criterios antes desarrollados se precisaría de la siguiente manera: gravedad del hecho punible 35 %, intensidad del dolo 25 %, magnitud del daño causado 20 %, impacto social y necesidad de la pena 20 %. Los mismos que serán plasmados y utilizados siguiendo el siguiente orden:

Primero. Para poder utilizar estos criterios en el tercio inferior del delito de homicidio simple se deberá tener en cuenta en primer lugar la pena computable en dicho tercio inferior, va desde los 6 años hasta los 10 años 8 meses, señalado el espacio punitivo del tercio inferior este será dividido nuevamente en tres partes, esto con la finalidad de darle una mayor precisión al juez para poder determinar la pena.

Segundo. Dividido el tercio inferior nuevamente en subtercios, se tendrá como resultado el espacio punitivo del primer subtercio o subtercio inferior el de 6 años a 7 años con 6 meses y 20 días; el segundo subtercio o subtercio medio tendrá el espacio punitivo de 7 años con 6 meses y 20 días a 9 años con 1 mes y 10 días; por último, el tercer subtercio o subtercio superior tendrá como espacio punitivo el de 9 años con 1 mes y 10 días a 10 años con 8 meses.

Tercero. Señalados los espacios punitivos se ubicará la pena en el nuevo subtercio correspondiente acuerdo a la cantidad de atenuantes existentes en el caso a analizar, siendo que si el caso presenta de 6 a más atenuantes deberá ser ubicada la pena en el subtercio inferior, de presentar de 3 a 5 atenuantes la pena deberá ubicarse en el subtercio intermedio y si en el caso solo se presentaran de 1 a 2 atenuantes la pena deberá ser ubicada en el subtercio superior.

Cuarto. Ubicada la pena en el nuevo subtercio el operador de justicia verificara la concurrencia de los criterios de proporcionalidad representados en porcentaje de la pena, siendo que en cada subtercio en tramo de la pena de extremo mínimo a extremo máximo para cada subtercio es de 1 año con 6 meses y 20 días, se deberá aplicar a esta cantidad el porcentaje de cada criterio de proporcionalidad, siendo para la gravedad del hecho punible el 35 %, para magnitud del daño causado el 20 %, para intensidad del dolo 25 %, impacto social y necesidad de la pena 20 %; es decir, si el magistrado determina que existe tanto gravedad del hecho punible, magnitud del daño causado e intensidad del dolo sumarian un 80 % siendo el resultado 1 año con 2 meses y 28 días, el resultado obtenido en relación porcentual al margen de extremo a mínimo de la pena, lo que daría como una pena impuesta si concurren estos criterios la de 7 años con 2 meses y 28 días, al sujeto que cometa el delito de homicidio simple y su pena se imponga dentro del subtercio inferior.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguado, T. (1999). *El principio de proporcionalidad en materia penal*. Edersa.
- Antolisse, R. (2019). *Ensayo sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. Palestra.
- Alexy, R. (2008). *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.
- Aranzamendi, L. (2005). *Investigación jurídica de la ciencia y el conocimiento científico*. Editora Jurídica Grijley.
- Arias, D. (2012). Proporcionalidad de la pena y principio de legalidad. *Revista de Derecho*. (38). 142-171.
<https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/3830/6008>
- Avalos, C. (2015). *Determinación judicial de la pena; nuevos criterios*. Gaceta Penal.
- Azzolini, A. (1996). Los antecedentes históricos de determinación de la pena en el derecho penal mexicano. *Universidad Autónoma Metropolitana, Revista Alegatos*, (32), 153-160. <https://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/view/1286/1263>
- Azañero J., Balcázar z, M., Bascones A., Begglo, G., Camayo, M., Caro, R. (2011). *Principios limitadores de las reformas penales en los tiempos de inseguridad*. Universidad San Martín de Porres.
- Bacigalupo, E. (2004). *Derecho penal*. Ara Editores.
- Bramont, L. (2002). *Código Penal anotado*. 4ª ed. San Marcos.
- Bramont, L. (1978). *Derecho Penal – Parte general*. Tomo I, 3.ª Edición.
- Borja, E. (2022). Interpretación de la norma penal, principio de vigencia y crítica legislativa. *Teorder*, (32), 286-297. <https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/673/633>
- Bernal, (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Universidad Externado.
- Calderón, A. (2016). *Teoría de la pena y determinación judicial de la pena*. Análisis de las circunstancias genéricas de Atenuación y agravación de la pena”:
http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4320_3_circunstancias_genericas_11feb16.pdf
- Cancho, C. (2017). *El quantum del dolor de la pena e imputación penal. Elaboración científica y revisión jurisprudencial*. Editores del Centro E.I.R.L.
- Cancho, C. (2023). *Tractus sobre la pena judicial exacta*. Editorial Ciro Cancho.
- Chamie, J. (2018). Notas sobre algunos principios generales del derecho: una reflexión a partir de principios generales y su influencia en las obligaciones en la experiencia

jurídica colombiana. *Derecho PUCP*, (80), 187-237.
<https://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201801.006>

Chang, R. (2013). Función constitucional asignada a la pena: bases para un plan de política criminal. *Derecho PUCP*, (71), 505-541. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8912/9317>

Chinchay, A. (2009). Proporcionalidad, legalidad, política criminal, boca de la ley y otros intentos de objetivar la justicia. En A. Ore, I. Lemas, & Chinchay, A. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. N.º 80. pp. 13-33.

Código Penal. (2023). Jurista Editores.

Código Pena Mexicano. (2023). Justia México.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Recurso de Nulidad N.º 2025-2018 Lima Norte (19 de marzo del 2019). <https://lpderecho.pe/criterios-establecer-gravedad-hecho-r-n-2025-2018-lima-norte/>.

De La Mata, N. J. (2007). *El principio de proporcionalidad penal*. Tirant lo Blanch

Díaz, J. (2014). *La casación penal, doctrina y análisis de las casaciones emitidas por la Corte Suprema*. Gaceta Jurídica

Ezquiaga, F. (2013). *Argumentación e interpretación. La motivación de las decisiones judiciales*. 2ª. ed. (1ª. ed., 2011). Grijley.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón*. Perfecto Andrés Ibáñez y colaboradores (trad.), Trotta.

Fuentes, H. (2014). El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena. *Revista Ius et Praxis*, 14(2), 15-42.
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000200002

Frisch, W. (2001). *Ley de proporcionalidad. Aspectos normativos y empíricos de una sentencia proporcional al delito*. Heidelberg, Müller.

García, P. (2012). *Derecho penal: Parte general*. Jursita Editores.

Gonzales, N. (1998). *El principio de proporcionalidad en el derecho procesal español*. I.N.A.

Guevara, M. (2018). *La sobre penalización del delito de robo agravado vs el homicidio simple*. (Tesis para optar el título profesional de abogada). Universidad César Vallejo.

Hurtado, J. (2005). *Manual de derecho penal. Parte general I*, 3ª. ed. Grijley.

Igartua, J. (2009). *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Palestra y Temis.

Jakobs, G. (1995). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons.

- Lahura, C. (2019). Consideraciones para la determinación judicial de la pena: criterios legales y proporcionalidad. Una revisión de literatura. *Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis*, 5(5), 33-56. <https://www.studocu.com/pe/document/universidad-continental/derecho-penal/733-texto-del-articulo-2738-1-10-20210524/102212118>
- López, E. (2018). *La determinación legal, judicial y ejecutiva de la pena. 57 diferencia entre determinación judicial y determinación legal de la pena*. LPDerecho. <https://lpderecho.pe/determinacion-legal-judicial-ejecutiva-pena/>
- Malca, W., Vásquez, M. (2021). *El principio de proporcionalidad y la individualización de la pena en los jueces del distrito judicial lima norte 2020*. (Tesis para optar el título profesional de abogado). Universidad César Vallejo.
- Mariaca, M. (2010). *Interpretación de la Ley Penal*. Sucre, Bolivia. Universidad San Francisco Xavier. <https://ermoquisbert.tripod.com/pdfs/dp07-interpretacion.pdf>
- Navarro, M. (1999). *El sistema de penas en el CP peruano de 1991*. Grijley.
- Naquira J., Izquierdo., C., Vial P. & Vidal, V. (2016). *Principios y penas en el derecho Penal Chileno*. <http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf>:
- Ore, E. (2013). Determinación judicial de la pena, reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N.º 30076. *Gaceta Jurídica*, (5) 1, 11-27. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20131108_03.pdf
- Peralta, J. (2010). Elementos subjetivos del ilícito en la determinación de la pena; Ministerio de Justicia de España. *Boletín Oficial del Estado; Anuario de derecho Penal y Ciencias Sociales*, LXII(12), 252-275
- Prado, V. (2007). *Seminario taller: nuevos criterios para la determinación judicial de la pena*. Lima-Perú. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/01999a8046ed23428cfbec199c310be6/T1la+determinacion+judicial+de+la+pena.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=01999a8046ed23428cfbec199c310be6>.
- Prado, V. (2016). Las circunstancias atenuantes genéricas del artículo 46 del Código Penal. *Themis. Revista de derecho* (68), 33-39. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/15579/16028>
- Prado, V. (2009). La Reforma Penal en el Perú y la Determinación Judicial de la Pena. *Derecho & Sociedad* (32), 228-242. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/17428/17708>
- Prado, V.(2010). *Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios*. IDEMSA.
- Prado, V.(2015). *Determinación judicial de la pena*. Pacífico Editores.
- Prado, V. (2018). *La dosimetría del castigo penal. Modelos, reglas y procedimientos*. Ideas.
- Prunotto, M. (2009). Perspectiva científica de la determinación de la pena. Universidad Nacional del Rosario. *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho*, 17, 24-25. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3736829.pdf>

- Poma, F. (2013). *Individualización judicial de la pena y su relación con la libertad y el debido proceso a la luz de la jurisprudencia en materia penal en las salas penales para reos en cárcel del distrito judicial de Lima*. UNMSM.
http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/3360/1/Poma_vf.pdf:
- Ramon, E. (2014). Interpretación extensiva y analogía en el derecho penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3(12), 111-164. http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaderechoPenalyCriminologia-2014-12-5010/Interpretacion_extensiva_analogia.pdf
- Reyes, J. (2020). *El principio de proporcionalidad en su dimensión abstracta como fundamento jurídico para establecer los límites de la pena para cada delito*. (Tesis para optar el título profesional de abogado). Universidad San Martín de Porres.
- Roxin, C. (1981). *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. (Trad. por Francisco Muñoz Conde). Reus.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 2ª edición. Trad. de Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal. Civitas
- Sentencia del EXP. N.º 003-2005-PI/TC. (9 de agosto de 2006). Tribunal Constitucional EXP. N.º 003-2005-PI/TC.
- Silva, J. (2007). La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *INDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 1-15.
https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/426_es.pdf
- Schünemann, B. (2007). *¡El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho*. [Traducido al español de Das Strafrecht ist letzte Ausweg für den Schutz der Rechte! Auf den unverletzlichen Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat] (pp. 21-24). (Trad. por Ángela de la Torre Benítez). Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y derecho.
- Suarez, C., Judel A., & Piñol. R. (2002). *Manual de derecho Penal*. España: Civitas Ediciones.
- Terradillos, J. (2014). Lineamientos metodológicos para la investigación jurídica. N.º1 *Centro de investigación, capacitación y asesoría jurídica. PUCP*. (1), 8-14.
- Tribunal Constitucional, Pleno del Tribunal Constitucional [Voto dirimente]. (5 de junio de 2014) Exp. N.º 02546-2012-PHC/TC [Mesía Ramírez y Eto Cruz].
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/02546-2012-HC.html>
- Urquiza, J. (2010). *Código penal: doctrina, jurisprudencia, concordancias y evolución legislativa*. T. I. Idemsa.
- Valderrama, V. (2016). *La determinación judicial de la pena de acuerdo con el artículo 45-a del código penal y el principio de proporcionalidad* (Tesis para optar el título profesional de abogado). Universidad Andina de Cusco, Cusco, Perú.
- Van Weezel, A. (2008). *Pena y sentido. Estudios de derecho penal*. ARA Editores.

Velásquez, F. (2002) Los criterios de determinación de la pena en el c. p. peruano de 199.
7. *Derecho PUCP*, (10), 101-112.
https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080527_30.pdf

Villa Stein, J. (1998). *Derecho penal*. San Marcos.

Villa Stein, J. (2008). *Derecho penal: Parte General*. GRIJLEY.

Villavicencio, F. (2006). *Límites a la función punitiva Estatal*. PUPC.

Von Hirsch A. (1985). *Delitos pasados o futuros. Merecimiento y peligrosidad en la sentencia de criminales*. Rutgers University Press,

Von Hirsch A. y Jareborg, N. (1991). *Medición del daño criminal. Análisis al estándar de vida*. Oxford Journal of Legal Studies.

Anexos

Matriz de Consistencia

Problema de investigación	Objetivos de la investigación	Hipótesis	Metodología de la investigación
Problema principal ¿Cuáles son los criterios de proporcionalidad que el juez debe tomar en cuenta al momento de determinar la pena concreta dentro del tercio inferior en el delito de homicidio simple?	Objetivo general Proponer criterios de proporcionalidad que el juez debe tomar en cuenta en el tercio inferior al momento de determinar la pena concreta en el delito de homicidio simple.	Hipótesis general Se plantea la aplicación de un nuevo sub sistema, fijado para imponer la pena concreta cuando se esté bajo el ámbito de movilidad ofrecido por el tercio inferior, es así, que se deberá de tener en cuenta en primer lugar, la pluralidad de atenuantes que existiera para así dividir el margen de pena en tres partes proporcionales; en segundo lugar, tomar en cuenta los criterios de, la mayor o menor gravedad del hecho, el daño real o potencial creado, la necesidad de pena y el impacto social. Cada uno de esto criterios se analizará independientemente en la proporción fijada inicialmente por la pluralidad de atenuantes, teniendo como resultado una aplicación de la pena más proporcional y predecible.	Tipo de investigación La presente investigación utilizara la metodología Cualitativa.
	Objetivos Específicos a) Analizar si las circunstancias establecidas en el Código Penal son suficientes para determinar la pena concreta en el tercio inferior. b) Analizar el espacio de discrecionalidad del juez en el tercio inferior al momento de determinar la pena concreta c) Establecer nuevos criterios de determinación de la pena concreta aplicables al tercio inferior. d) Analizar el modo cuantitativo que los jueces aplican al momento de determinar la pena concreta en el tercio inferior.	Variables V.I Los criterios de proporcionalidad que el juez debe de tener en cuenta en el tercio inferior V.D La determinación de la pena concreta dentro del tercio inferior en el delito de homicidio simple	Diseño y método de investigación La presente tesis plantea una investigación de carácter penal, pero, centrándonos en un aspecto de estricto carácter dogmático jurídico.
			Población y muestra La información a recolectarse en la presente tesis será procesada del estudio de las leyes penales que rigen en el ordenamiento jurídico peruano vigente, así como la búsqueda y análisis de jurisprudencia vinculada con el problema de investigación, y las fuentes doctrinarias que permitan definir el estado de la cuestión y construir un marco teórico a la solución propuesta
			Técnicas Por tratarse de una investigación de carácter dogmático, no se utilizan técnicas especiales de recojo y análisis de la información, propias de investigaciones de corte empírico, ya que nuestra investigación es de naturaleza jurídica.