



**Universidad
Continental**

Escuela de Posgrado

**MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO
PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL**

Trabajo de Investigación

**Legitimidad de los criterios de la imposición
de la pena a partir del análisis de las
resoluciones contradictorias recaídas
en el expediente N° 2801-2007**

**Honorio Alejandro Casallo Diaz
Jhaqueline Elizabeth Inga Grijalva
Carlos Alberto Rutti Chavez**

Huancayo, 2017

Para optar el Grado Académico de
Maestro en Derecho con mención en Derecho Penal
y Derecho Procesal Penal



Repositorio Institucional Continental

Trabajo de Investigación



Obra protegida bajo la licencia de [Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/peru/)

Asesor:

Dr. Manuel García Torres

Dedicatoria

A todas las personas que siempre nos estuvieron apoyando en nuestro proyecto. Principalmente a nuestras familias.

Agradecimiento

En primer lugar, agradecemos a la universidad Continental por acogernos para poder desarrollarnos como profesionales, a los docentes de la escuela de Post Grado por inculcarnos sus conocimientos.

Índice

Asesor:	ii
Dedicatoria	iii
Agradecimiento	iv
.Resumen	vi
Abstract	viii
Introducción	ix
Capítulo I: Planteamiento Del Estudio	11
1.1. Introducción	11
1.2. Formulación del Problema y Justificación del Estudio	12
1.2.1. Formulación del Problema:	12
1.2.2. Justificación del Estudio:	12
1.3. Antecedentes Relacionados con el Tema	13
1.4. Presentación de Objetivos Generales y Específicos	16
1.4.1. Objetivo General:	16
1.4.2. Objetivos Específicos	16
1.5. Limitaciones del Estudio.	17
Capítulo II: Marco Teórico	18
2.1. Bases Teóricas Relacionadas con el Tema	18
2.1.1. Los Criterios de Determinación dela Pena Derecho Nacional y Comparado.	18
2.1.2. El Modelo Peruano:	27
A. Ubicación:	27
B. Los Fundamentos Constitucional y Legal:	27
C. La Fundamentación y la Determinación de la Pena en Sentido Amplio. Alcances del Art. 45.	29
D. La Determinación de la Pena en Sentido Estricto y el Art. 46.	33
E. Los Criterios de Determinación de la Pena de Multa:	40
F. Principios Básicos	45
2.1.3. Delito de Robo Agravado:	55
2.2. Fundamentos de Hecho y de Derecho	74

2.2.1. Fundamentos de Hecho	74
2.3. Fundamentos de Derecho	79
2.3.1. Juicio de Tipicidad.....	79
2.4. Aspectos del Código Penal Aplicables	80
2.4.1. Imposición de la Pena	80
2.4.2. La Determinación Judicial de la Pena.....	80
2.4.3. Los Fines de la Pena.	81
Capítulo III: Análisis del Caso	82
3.1. Análisis Detallado del Proceso seguido en el Caso	82
3.1.1. Primera Instancia.....	82
3.2. Segunda Instancia: Sala Penal de la Corte Superior.....	95
3.2.1. Argumentos de la Apelación:	95
3.2.2. Fallo:	97
3.3. Análisis Crítico de la Actuación Formal de las Partes	97
3.3.1. Policía	97
3.3.2. Fiscalía.....	99
3.3.3. Juez y Tribunal.....	100
3.4. Análisis de las Consideraciones Fundamentales.....	100
3.4.1. Policía	100
3.4.2. Juez y Tribunal.....	101
3.4.3. Abogados	102
3.4.4. Agravado	102
3.4.5. Imputados.....	103
3.4.6. Terceros.....	104
3.5. Análisis Crítico Especifico de los Dictámenes Fiscales y de las Sentencias según corresponda recaídos en el Caso.....	104
Conclusiones.....	106
Recomendaciones.....	109
Bibliográfica.....	111
Anexos	113

Resumen

El presente trabajo, se divide en los siguientes capítulos:

En el primer capítulo se presenta las generalidades del caso, abordándose de manera global los antecedentes y la descripción de tal, seguidamente se señalan los objetivos del estudio tanto generales como específicos; y se plantean los alcances y límites del caso. Asimismo, se indica la justificación del estudio y la motivación de la selección del caso.

En el segundo capítulo se realiza un diagnóstico situacional, es decir se presenta el marco contextual utilizado como soporte para análisis del presente caso.

En el tercer capítulo se desarrolla el marco conceptual de lo referente al tema principal del caso, dando un enfoque en el proceso penal, delito de robo y la pena, el cual contiene definiciones y conceptos; partiendo de un estudio sobre el tema a nivel mundial, de cómo está establecido en las diferentes legislaciones del mundo y principalmente en la legislación peruana, asimismo se hace referencia a la doctrina mayoritaria respecto de los temas señalados. Con lo cual permite establecer los fundamentos de hecho y de derecho del presente caso, en base a todo lo desarrollado conceptualmente, así como los aspectos a aplicarse de nuestro código penal en el caso.

El cuarto capítulo, se centra en la presentación del análisis detallado del caso, para lo cual se hace un análisis puntualizado de todo lo actuado por cada una de las partes procesales durante el proceso, y lo resuelto por el órgano jurisdiccional correspondiente en cada instancia judicial.

Finalmente se presentan las conclusiones y recomendaciones, tanto generales como específicas, las cuales fueron fruto del análisis, así como la bibliografía consultada.

Palabras claves: Legitimidad, criterios de la imposición, pena a partir del análisis de las resoluciones contradictorias.

Abstract

In this investigation criminal sanctions have a reason for being, that is, have been created to fulfill certain purposes, they are often left out when it comes to defining and punishing criminal behavior. The function of punishment beyond its conceptualization, meets general preventive function, it has to do with regulating coexistence in society, social functioning, the rule that allows it.

With regard to the collection of information on the theoretical framework, the support provided by specialists related to each of the variables: criminal punishment and crime of aggravated robbery, the same clarifying the issue in question, as well as broad panorama study with input thereof; backed by the use of citations which validate research. In addition, with regard to fieldwork, it was found that the techniques and instruments used, facilitated the development of the study, culminating this part with the testing of hypotheses.

Finally, research objectives have been achieved fully, as well as data found in research facilitated achieving them. Also worth mentioning that for the development of research, the scheme proposed in each of the chapters, made didactic presentation of research, as also fully understand the scope of this investigation.

Key words: Criminal penalty, Aggravated robbery.

Introducción

Toda persona como destinataria de la aplicación del ius puniendi estatal debe ser tratada con arreglo a su dignidad, conforme lo establece la Constitución Política, la misma que lo reconoce cuando señala *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*. En ese sentido, al tratarse de un ser humano, debe tratarse como tal, y en ese orden de ideas el Estado debe imponer una sanción proporcional que vaya acorde no con los antecedentes o perfil personal del individuo, sino con la real magnitud de la acción que haya afectado los bienes jurídicos más sensibles y regulados en nuestra sociedad.

El Derecho Penal peruano, a través del catálogo establecido en la parte especial del Código Penal, ha tipificado como uno de los delitos más recurrentes de nuestra realidad social: el robo agravado, el cual es recurrente debido al deficiente cuadro de valores que gran parte de la ciudadanía preserva, la cual se ha venido incrementando conforme al crecimiento económico que desde hace unos años atrás viene teniendo el Perú, lo que ha traído consigo un alza en la criminalidad en lo que a delitos patrimoniales se refiere. La combinación de estos aspectos, sumados a la coyuntura nacional, tales como los niveles de corrupción de las agencias estatales encargadas de la persecución delictual ha permitido que ciertos tipos de ilícitos penales tengan mayor incidencia en nuestra realidad peruana. El delito de robo agravado es uno de ellos, así como el más frecuente.

En el presente trabajo de investigación se sustenta el análisis del expediente penal recaído en N° 2801-2007, en virtud de las resoluciones emitidas en cada instancia relacionado a los criterios válidos para determinar judicialmente el quantum de la pena en el delito de Robo agravado, que a nuestro criterio han generado efectos contradictorios sobre la posición jurídica de cada uno de los procesados.

En este supuesto de práctica jurisdiccional se encuentran pronunciamientos contradictorios con lo establecido en el artículo VIII del título preliminar del Código Penal, que consagra el denominado Principio de Proporcionalidad, asimismo se toman en cuenta las normas que regulan las instituciones del Derecho Penal y Procesal Penal, así como lo establecido en los Acuerdos Plenarios, entre otros. En esta línea, evaluaremos si es que las penas impuestas a cada uno de los procesados que han cometido el delito de robo agravado resultan ser

proporcionales y justas a la luz de los principios de proporcionalidad y razonabilidad tantas veces pregonados por el Tribunal Constitucional.

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.

Los Derechos Humanos son derechos cuyo respeto, protección y promoción son indispensables para que cada ser humano, individualmente o en comunidad, pueda desarrollar su proyecto de vida dignamente y en libertad. Todos los seres humanos, por su sola condición de tal, gozan de derechos humanos, sin distinción por razón de raza, sexo, nacionalidad, religión, edad, condición económica, social o política, orientación sexual, identidad de género o de cualquier otra índole. Están reconocidos y protegidos por la Constitución Política del Perú y por los tratados internacionales sobre la materia.

Los Autores.

Capítulo I

Planteamiento del Estudio

1.1. Introducción

La cantidad inicial de sentencias remitidas por los diversos distritos judiciales, en materia penal (Robo agravado), asciende a más de 600. Luego de ser revisadas todas ellas, se eligieron. El Exp. 02801-2007---JR-PE-01 que conforma la presente.

Se han seguido los siguientes criterios de selección: En primer lugar el razonamiento utilizado por el juzgador para la determinación de la pena en caso de Robo agravado, siendo obviados aquellos expedientes en las que no existían razonamientos de importancia o estos eran inconsistentes. Ello no significa que se considere necesariamente como correctos los razonamientos empleados en las sentencias seleccionadas, pero si lo suficientemente interesantes y que marcan algunos de los lineamientos de la cultura judicial de los magistrados peruanos. Como se señaló, en algunos casos se trata de razonamientos aislados, no seguidos por otras sentencias, pero incluso en esos casos es interesante observar algunas novedosas formas de entender las normas disciplinarias.

Las sentencias pronunciadas respecto a temas poco desarrollados, como el caso de los delitos ecológicos o el tratamiento del artículo 15 del Código Penal, han sido seleccionadas teniendo en cuenta la escasa cantidad de sentencias sobre estos aspectos, para así poner en debate la pertinencia o no de los razonamientos utilizados. En el caso de encontrar varias sentencias con idéntico razonamiento, se han elegido las más representativas. Se han eliminado aquellas sentencias que por su antigüedad hacían referencia a normas derogadas o modificadas. Así mismo las que fueran contrarias a lo acordado en el Pleno Jurisdiccional Penal (Junin) y. Las sentencias corresponden a la mayoría de distritos judiciales del país.

1.2. Formulación del Problema y Justificación del Estudio

1.2.1. Formulación del Problema:

Como formulación de problema tenemos la inadecuada aplicación de la determinación judicial de la pena por parte de los señores jueces superiores de la Tercera Sala Penal de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín en el caso 2801-2007, seguida contra Juan José Vega Carhuancho y otro por el delito de Robo agravado en agravio de Alexander Josué Tito Ramos.

1.2.2. Justificación del Estudio:

La presente investigación sobre el análisis jurídico doctrinario de los criterios utilizados por los jueces para la determinación de la pena en la legislación penal vigente, tiene mucha importancia para el conjunto de la sociedad, ya que la aplicación incorrecta de criterios, resulta en problemas de arbitrariedad judicial, particularmente la determinación de penas privativas de libertad.

La aplicación de criterios jurídico doctrinarios, también tiene relevancia jurídica y social, ya que de la correcta aplicación de estos criterios depende en gran medida la credibilidad que pueda otorgársele a la administración de justicia, por el contrario, la incorrecta aplicación de criterios, sin adecuar las sanciones penales a los delitos cometidos, no está de acuerdo a derecho y resultaría dañoso para el imputado o podría beneficiar a un imputado culpable. La doctrina jurídica tiene relevancia, ya que en ella se basan los criterios que resultan en la determinación de penas que afectan directamente al ciudadano al cual se le va a aplicar. La determinación de la pena debe estar prevista de todas las garantías sustanciales y procesales respecto del procesado, no se trata de perjudicar ni de beneficiar al imputado, sino de imponer una pena justa adecuada al delito cometido. Esto significa que los jueces deben adecuar la pena a las circunstancias concretas del hecho y del autor, tomando en cuenta para tal efecto, circunstancias que modifican la responsabilidad penal del autor, con esto, se busca conseguir que el

imputado tenga seguridad jurídica en el desarrollo del proceso, particularmente cuando se le imponga una sanción penal.

Por otra parte, la creciente complejidad de las sociedades ha requerido el establecimiento de mecanismos legales que regulen las conductas de los individuos, especialmente en materia penal, ya que, la legislación peruana adolecía de figuras y penas que afectan la verdadera función del derecho penal, el cual no necesariamente se orienta al castigo de los delitos, sino también a que realmente se humanice la Administración de Justicia; importante es, revisar los criterios de determinación de la pena, utilizados por los jueces de sentencia en sus resoluciones, comparando los criterios de la nueva normativa, con la finalidad de identificar y recomendar mecanismos técnicos científicos para optimizar la aplicación de justicia.

1.3. Antecedentes Relacionados con el Tema

Antecedentes Generales del Caso

Exp. 02801-2007---JR-PE-01

Distrito judicial: Junín

Instancia: Sala Penal Liquidadora Sede Central

RELATOR: Wilder Walter Camarena Madrid

SEC. SALA: Flor Delia Espejo León

ESPECIALIDAD: PENAL

F. INGRESO SALA: 27/11/2009

PRCESO: ORDINARIO

PROCEDENCIA: Exp. 02801-2007-01° JUZGADO PENAL:SEDE CENTRAL / JUZGADO ESPECIALIZADO / JUNIN

SUMILLA: ELEVADO A SALA EL 21/04/08 NUMERO ANTERIOR DE SALA 62-2008 REMITIDO A SALA EL 21/04/08

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN-TERCERA SALA PENAL DE HUANCAYO.

A mérito del Atestado Policial 035-VIII-DIRTEPOL-RPNJ-CSAC de fojas dos a cincuenta, se informa del hecho ocurrido el día 07 de agosto del 2007 en el

Distrito de San Agustín de Cajas en el cual la persona de ALEXANDER JOSUÉ TITO GARCÍA refiere que a la altura del Óvalo del distrito de San Agustín de Cajas fue Interceptado por cuatro personas desconocidas, quienes le propinaron golpes en diferentes partes del cuerpo y le robaron sus pertenencias, tales como, un DVD portátil de marca PHILIPS, un celular de marca Motorola, dinero en efectivo por la suma de trescientos nuevos soles, anteojos, casaca sintética, un polón de algodón, una pulsera marca Casio según refiere el agraviado.

Existiendo LA DENUNCIA N° 296- 2007 de fojas cincuenta y uno a cincuenta y tres, se FORMALIZA DENUNCIA PENAL en contra de JUAN JOSÉ VEGA CARHUANCHO y contra FÉLIX IVAN ALEJANDRO RAMOS, como presuntos autores del delito en contra del Patrimonio en la modalidad de ROBO AGRAVADO en agravio de ALEXANDER JOSUÉ TITO RAMOS.

Por auto número uno de fecha cinco de septiembre del año dos mil siete, se ABRE INSTRUCCIÓN en la VÍA ORDINARIA, contra JUAN JOSÉ VEGA CARHUANCHO y FÉLIX IVAN ALEJANDRO RAMOS.

En la Sala de Audiencias de la Tercera Sala Penal, a los **CATORCE** días del mes de **JUNIO** del año dos mil once, siendo las **DIEZ Y TREINTA** de la mañana se **INSTALO** la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín, Presidida por el señor Juez Superior **MARIO UVALDO GONZÁLES** integrada por los señores Jueces Superiores, por impedimento del señor juez superior Miguel Ángel Arias Alfaro e Ivan Guerrero López, **EDUARDO TORRES GONZÁLES y CRISTÓBAL RODRÍGUEZ HUAMANÍ** quien actúa como director del debates, se dio inicio a la audiencia oral a efectos del juzgamiento del acusado JUAN JOSÉ VEGA CARHUANCHO y FÉLIX IVÁN ALEJANDRO RAMOS, por el delito de ROBO AGRAVADO en agravio de Alexander Josué Tito García.

FALLA:

Primero.- ABSOLVIENDO de la acusación fiscal a **FELIX IVAN ALEJANDRO RAMOS** por el delito contra el patrimonio en la modalidad de Robo agravado en agravio de ALEXANDER JOSUÉ TITO GARCÍA. **ORDENARON** que consentida y/o ejecutoriada que sea la presente sentencia se archive definitivamente el presente proceso respecto del absuelto. **SE**

ANULEN los antecedentes policiales y judiciales del absuelto, remitiéndose para el efecto copias pertinentes a las instituciones señaladas por ley.

Segundo.- Encontrando responsable a **JUAN JOSÉ VEGA CARHUANCHO** como autor del delito contra el patrimonio en la modalidad de Robo agravado en agravio de **ALEXANDER JOSUÉ TITO GARCÍA**; por lo que condena a JUAN JOSÉ VEGA CARHUANCHO a **CUATRO AÑOS** de pena privativa de libertad cuya ejecución se suspende bajo las siguientes, **REGLAS DE CONDUCTA**: 1.- No frecuentar lugares de dudosa reputación ni consumir licor. 2. No ausentarse de la localidad de su residencia sin autorización del Órgano Jurisdiccional, 3.- Concurrir personal y obligatoriamente al Juzgado cada treinta días para informar y justificar sus actividades, 4.- No poseer instrumentos que faciliten la comisión de otro delito; todo **BAJO APERCIBIMIENTO** de **REVOCÁRSELE LA CONDICIONALIDAD DE LA PENA. SEÑÁLESE** el plazo de **UN AÑO** como período de prueba. **FIJARON** por concepto de Reparación Civil, la suma de **MIL QUINIENTOS NUEVOS SOLES** que el sentenciado deberá pagar a favor de la parte agraviada en ejecución de sentencia con sus bienes propios y libres. **DISPUSIERON**: Que, consentida o ejecutoriada que sea la sentencia, se proceda: 1.- Se remitan boletín y testimonio al Registro Nacional de Condenas de la Corte Suprema de Justicia de la República en la forma prevista en la normatividad vigente, bajo responsabilidad del personal de secretaría. 2.- Se remita otro testimonio de condena a la Dirección Región Centro del INPE en esta ciudad. 3.- Se entregue por triplicado testimonio de condena al sentenciado, por secretaría debiendo dejarse constancia en autos. Director de los debates, señor juez superior Rodríguez Huamani.

En la fecha el presente proceso y considerando- primero: Los mandatos judiciales se cumplen conforme a sus términos, tal y conforme así lo establece el inciso 2 del artículo 139 ° de la Constitución Política del Perú, concordante con lo previsto en el artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Conforme a la sentencia de fecha 14 de junio del 2011 se condenó a Juan José Vega Carhuacho por el delito contra el patrimonio en la modalidad de Robo agravado en agravio de Alexander Josué Tito García, y que conforme a la Ejecutoria Suprema que en copias certificadas corren a folios 455/462

declararon entre otro **HABER NULIDAD** en la misma sentencia en el extremo que se impuso cuatro años de pena privativa de libertad, suspendido por el plazo de un año el período de prueba, reformándola le impusieron ocho años de pena privativa de libertad, la misma que se computará a partir de su recaptura e internamiento en el establecimiento penitenciario que corresponda". **TERCERO:** Siendo así, debe reiterarse los oficios de captura e internamiento al establecimiento penitenciario de Huamancaca Chico; sin perjuicio, debe remitirse los actuados al Primer Juzgado Penal de Huancayo, para el efectivo cumplimiento de la sentencia. Por lo anotado, **DISPUSIERON: REITERAR** los oficios pertinentes para su inmediata ubicación, captura e internamiento al establecimiento penal de Huamancaca Chico del sentenciado **JUAN JOSÉ VEGA CARHUANCHO**; sin perjuicio de ello, **REMÍTASE** los actuados al Primer Juzgado Penal de Huancayo, para el efectivo cumplimiento de la sentencia, respecte a la pena y al pago de la reparación civil; y fecho, sea devuelto a ésta instancia superior para su archivo correspondiente.

1.4. Presentación de Objetivos Generales y Específicos

1.4.1. Objetivo General:

Determinar los criterios jurídicos y doctrinarios utilizados por los jueces de todas las instancias de la Corte Superior de Justicia de Junín, para una correcta aplicación de la determinación judicial de la pena en aplicación de la legislación penal vigente.

1.4.2. Objetivos Específicos

- a) Determinar los criterios jurídicos y doctrinarios utilizados por los jueces superiores, de la Tercera Sala Penal de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, para una correcta aplicación de la determinación judicial de la pena en aplicación de la legislación penal vigente.
- b) Realizar un estudio crítico y descriptivo sobre la determinación judicial de la pena en el caso específico Expediente 2801-2007-JR-PE-01, por el delito de Robo agravado, seguida contra Juan

José Vega Carhuacho y otro en agravio de Alexander Josué Tito García.

1.5. Limitaciones del Estudio

Mediante el desarrollo de este trabajo de investigación, se buscó analizar el contexto jurídico-dogmático de las acciones inherentes a la criminalística en sus actos procedimentales y sus condición de interrelación con otras disciplinas científicas, en referencia a demás de los efectos de la misma, en relación a la solución de los casos de Robo agravado en la legislación Nacional. Así como, levantar una información de primera mano que conlleve a inferir criterios conexos con el nivel de eficacia operativa al momento de la determinación de la pena, en materia de los procedimientos para la determinación de la pena.

En este aspecto, cabe afirmar que fue posible la realización del estudio, en razón que la doctrina consultada ya que, se cuenta con una extensa documentación y exposición de criterios con respecto al tema, de especialistas en el área, es suficiente la disponibilidad en el mercado de los materiales a requerir.

Capítulo II

Marco Teórico

2.1. Bases Teóricas Relacionadas con el Tema

2.1.1. Los Criterios de Determinación de la Pena Derecho Nacional y Comparado.

Un examen atento del derecho comparado enseña que son posibles, por lo menos, seis formas distintas de regular el asunto en los códigos penales; ello, obvio es decirlo, sin descartar los sistemas mixtos que beben de dos o más de esos modelos originales. (Zaffaroni 1995, pag. 706 y 707)

En primer lugar, es viable un sistema de tabulación de agravantes y atenuantes con penas fijas, al estilo de lo establecido en los códigos penales francés de 1.791 y brasileño de 1.830, de la mano de una concepción filosófica racionalista, que muestra una inmensa desconfianza hacia el juez. De esta manera, se señalan de forma rígida las causas de agravación y atenuación estableciendo un máximo cuando concurren agravantes, un mínimo cuando se detectan atenuantes, y una pena intermedia si no existen ni unas ni otras o se duda en torno a su presencia.

En segundo lugar, un modelo de tabulación con señalamiento de criterios generales de tasación, seguido de atenuantes y agravantes con penas flexibles, propio del Código Bávaro de 1.813, acorde con el cual se indican algunas pautas generales para la imposición de la pena entre un mínimo y un máximo señalado para cada infracción dentro del cual debe moverse el juez, seguidas de unas circunstancias de mayor y de menor punibilidad.

Así mismo, en tercer lugar, un método de penas flexibles sin enunciación de criterios generales, como el consagrado en el Código Penal francés de 1810, gracias al cual se señala un mínimo y un máximo de pena para realizar la tarea de medición, aunque sin indicar como norma general los criterios generales de medición de la misma.

También, en cuarto lugar, es viable un régimen de tabulación de circunstancias con penas relativamente rígidas, como el contenido en los C. P. Español de 1822 (repetido hasta 1870) y el C. P. Colombiano de 1837. Acorde con este prototipo legal, se hace un largo listado de agravantes y atenuantes y se establece la tasación de la pena partiendo de un marco señalado en la ley para cada figura, a partir de tres grados de delito: al primero, se aplica el máximo; al segundo el término medio entre el máximo y el mínimo; y al tercero el mínimo de la pena.

Igualmente, en quinto lugar, se puede concebir un patrón de penas flexibles sin enunciación de criterios generales, con atenuantes genéricas no especificadas, que permita disminuir la pena en una proporción determinada (por ejemplo, la sexta parte), como el señalado en el Código Zanardelli para Italia de 1889.

Finalmente, es factible un sistema de criterios generales o fórmulas sintéticas con penas flexibles, como el plasmado en el Código Suizo de 21 de diciembre de 1937, que se asemeja bastante -aunque simplificándolo- al vertido en el Código Bávaro de 1813. La previsión de criterios genéricos de tasación de la pena ha sido retomada por los Códigos peruano de 1924 y argentino de 1921, influenciados ambos por los proyectos suizos; naturalmente, una fórmula del mismo corte se observa, aunque retocada, en el actual Art. 46 del C. P. Peruano de 1991.

Explicados los diversos sistemas legales es pertinente, ahora, detenerse en la forma como la materia ha sido regulada en algunas de las más influyentes legislaciones contemporáneas que, por supuesto, son plasmación de esos arquetipos legales. En primer lugar, debe mencionarse el Código Penal alemán cuya parte general fue introducida en 1969 y se encuentra vigente desde 1975, el cual establece lo siguiente en el Art. 46 que se encuentra ubicado dentro del Título Segundo dedicado a la cuantificación legal de la pena.

“Principios de la medición de la pena. La culpabilidad del autor es fundamento para la medición de la pena. Se deben tener en cuenta

las consecuencias que son de esperar de la pena para la vida futura del autor en sociedad.

En la medición el Tribunal sopesará las circunstancias que hablen a favor y en contra del autor. Al efecto se tomarán especialmente en cuenta: los motivos y los fines del autor; la actitud que deriva del hecho, y la voluntad empleada en él; el grado de infracción al deber; la forma de ejecución y las consecuencias culpables del hecho; la vida del autor anterior a la comisión de hecho, sus relaciones personales y económicas, así como su comportamiento con posterioridad al hecho; sus esfuerzos encaminados especialmente a reparar el daño causado, y el denuedo del autor dirigido a alcanzar un acuerdo indemnizatorio con la víctima.

Las circunstancias que son ya características del supuesto de hecho legal, no pueden ser tenidas en cuenta".

Esta fórmula ha sido interpretada, casi de manera generalizada - aunque son plurales los matices en el sentido de que las pautas de determinación de la pena descansan tanto sobre la culpabilidad del agente (para algunos debe hablarse de un concepto de "culpabilidad de medición de la pena", distinto a la categoría dogmática del hecho punible que lleva dicho nombre) como en los fines preventivos (haciendo énfasis en la prevención general o en la especial, o en ambas con sus diversas variantes). La fórmula alemana, con ligeros cambios en su redacción, ha sido copiada por el legislador paraguayo de 1997 al expedir el nuevo Código Penal, vigente desde 26 de noviembre de 1998 (Cfr. Arts. 65yss.).

Por su parte, en segundo lugar, el Código Penal austriaco de 1975 en el Título IV, destinado a la cuantificación de la pena siguiendo parcialmente el prototipo alemán, consagra los principios generales en esta materia en el § 32, en cuyo párrafo 1º se afirma que la culpabilidad del autor es el fundamento para la cuantificación de la pena, sin mencionar los fines preventivos especiales que, sin embargo, parecieran encontrar asidero en los 41 y 42 (cláusula o principio de necesidad) aunque excluyendo en todo caso las

consideraciones preventivo-generales. En el párrafo segundo, dispone que la tasación se debe hacer teniendo en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación consagradas, respectivamente, en los 33 y 34, que no existen en la normativa alemana, oportunidad en el cual concreta el principio de culpabilidad y dispone la prohibición de la doble valoración en este ámbito. En el párrafo tercero desarrolla, igualmente, el punto de partida consagrado en el párrafo 1º.

En tercer lugar, el Código Penal argentino que ha servido parcialmente de matriz al legislador peruano, al ocuparse del asunto en los artículos 40 y 41, dispone:

"40. En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del siguiente artículo.

41. A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1º La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado;

2º La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad.

El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso".

Esta previsión legal, no obstante sus parentescos con el positivismo ferriano que son inobjectables, ha sido entendida en el sentido de que el juez debe tener en cuenta a la hora de imponer la pena tanto el ilícito culpable -ilícito o injusto y culpabilidad, son conceptos graduables-

como la personalidad del agente, al compás de los principios del acto o del hecho, de protección de bienes jurídicos y de culpabilidad. (Ziffer, s.f. pág. 116)

En cuarto lugar, el Código penal italiano de 1.930, en el Título Quinto dedicado a la "Modificación, aplicación y ejecución de la pena", señala en el capítulo I del mismo en los Arts. 132 y 133 lo siguiente: "Art. 132.- Poder discrecional del juez en la aplicación de la pena. Límites. Dentro de los límites fijados por la ley, el juez aplicará la pena discrecionalmente; pero deberá indicar los motivos que justifiquen el uso de ese poder discrecional.

En el aumento o en la disminución de la pena, no se podrán exceder los límites establecidos para cada especie de pena, exceptuados los casos expresamente determinados por la ley".

Art. 133.- Gravedad de la infracción. Apreciación para los efectos de la pena. En el ejercicio del poder discrecional indicado en el artículo anterior, el juez deberá tener en cuenta la gravedad de la infracción, deduciéndola:

- 1) De la naturaleza, de la especie, de los medios, del objeto, del tiempo, del lugar y de cualquier otra modalidad de la acción;
- 2) De la gravedad del daño o del peligro ocasionados a la persona ofendida por la infracción;
- 3) De la intensidad del dolo o del grado de la culpa.

El juez también deberá tener en cuenta la capacidad del culpable para delinquir, deduciéndola:

- 1) De los motivos para delinquir y del carácter del reo;
- 2) De los antecedentes penales y judiciales del reo y, en general, de la conducta y la vida de éste, anteriores a la infracción;
- 3) De su conducta contemporánea al delito, o subsiguiente a este;
- 4) De las condiciones de vida individual, familiar y social del reo".

Naturalmente, esta regulación, al posibilitar disímiles interpretaciones, dista mucho de ser precisa y clara como para tenerla de prototipo de previsión legal. (Fian, s.f. p. 705)

En quinto lugar, el Código Penal español de 1995 no trae una norma tan amplia como la de los Códigos colombiano, argentino y peruano; sin embargo, en Art. 66 de manera muy similar al Art. 61, 4ª del C. P. de 1973: "la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente" (Quintero, s.f. pág. 54), señala diversas reglas, en la primera de las cuales dispone:

"Art. 66. En la aplicación de la pena, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

1) Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los jueces o tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia". De aquí se infiere, sin duda, que se debe atender tanto a las circunstancias personales del delincuente como a la mayor o menor gravedad del hecho, pautas que también se desprenden de los Arts. 65.1 y 4 apartado tercero. (Cobo Del Rosal, s.f. pág. 931); asimismo, en los Arts. 21 y 22 se prevén las circunstancias de atenuación y de agravación.

Ahora bien, al vigente sistema español se le podría adjudicar las siguientes notas: en primer lugar, a diferencia de la legislación anterior, no divide las penas en grados sino que señala la duración máxima y mínima de cada una de ellas; en segundo lugar, permite que el juez se mueva con libertad a la hora de elegir la cantidad de pena si no concurren circunstancias de agravación o de atenuación. En tercer lugar, como ya se dijo, establece un catálogo de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, sean atenuantes o agravantes; y, finalmente, en cuarto lugar, señala también de manera taxativa los efectos punitivos que tiene la participación en el delito, su grado de ejecución, o el concurso de delitos. (Quintero & Muñoz. S.f. pág. 708, 743)

En sexto lugar, dentro de los códigos más recientes debe mencionarse el Portugués, cuya última gran reforma data de 1995, que en los Arts.

70 a 79, Sección primera del Capítulo Cuarto del Título Tercero - Consecuencias Jurídicas del hecho- dispone lo pertinente sobre la materia. En efecto, en el Art. 71 -norma que recuerda, para mejorarla, el § 46 del Código Penal alemán- regula lo atinente a las pautas para la determinación de la pena e indica que ella se hará "dentro de los límites definidos en la ley" a partir "de la culpabilidad del agente y de las exigencias de prevención" (párrafo 1); así mismo, establece diversos criterios en los que desarrolla los dos puntos de partida en seis literales (Cfr. párrafo 2); y dispone que en la sentencia se deben indicar expresamente los fundamentos de la medida de la pena (Cfr. párrafo 3). En el Art. 72 se refiere a los eventos de atenuación especial de la pena, y en el Art. 73 señala las pautas a seguir en estos casos; y, finalmente, en el Art. 74 dispone la dispensa de pena en sanciones de corta duración (hasta seis de meses de prisión, y multa de hasta 120 días).

En séptimo lugar, el Código Penal suizo destina el capítulo segundo del Título Tercero -dedicado a las penas, las medidas de seguridad y otras medidas- intitulado "La fijación de la pena" (Arts. 63 a 69), a regular el asunto: en el Art. 63 establece como regla general, que el juez fijará la pena con base en la culpabilidad del delincuente, aunque teniendo en cuenta los móviles, los antecedentes, y las condiciones personales del agente⁽¹²⁾; en el Art. 64 señala expresamente algunas circunstancias que atenúan la pena; y, en el Art. 65 indica los efectos de la atenuación. A su turno, el Art. 66 prevé qué hacer en casos de atenuación libre de la pena, mientras que en el Art. 66 bis -disposición introducida en 1989- establece la posibilidad de renunciar a la sanción, a la revocación de la condena condicional, o a liberación condicional, cuando el autor de la infracción "ha sido afectado directamente con las consecuencias de su acto, al punto de que una pena sería inapropiada"- Así mismo, en el 67 regula la posibilidad de agravar la pena dadas ciertas situaciones; en el Art. 68 se ocupa del concurso de infracciones o de leyes penales; y, para culminar, en el 69 anuncia la imputación del tiempo de la detención preventiva como parte cumplida de la pena.

En octavo lugar, debe mencionarse el modelo colombiano plasmado en el C. P. de 24 de Julio de 2000 (Ley 599), susceptible de ser ubicado como una fórmula mixta. En efecto, así sucede en los Arts. 59 a 61 a los que acompaña un amplio listado de las circunstancias de mayor y de menor punibilidad, en los Arts. 55 y 58 que es bueno transcribir:

"ARTÍCULO 59 Motivación del proceso de individualización de la pena. Toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.

ARTÍCULO 60: Parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables. Para efectuar el proceso de individualización de la pena el sentenciador deberá fijar, en primer término, los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover. Para ello, y cuando hubiere circunstancias modificadoras de dichos límites, aplicará las siguientes reglas:

1. Si la pena se aumenta o disminuye en una proporción determinada, ésta se aplicará al mínimo y al máximo de la infracción básica.
2. Si la pena se aumenta hasta en una proporción, ésta se aplicará al máximo de la infracción básica.
3. Si la pena se disminuye hasta en una proporción, ésta se aplicará al mínimo de la infracción básica.
4. Si la pena se aumenta en dos proporciones, la menor se aplicará al mínimo y la mayor al máximo de la infracción básica.
5. Si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica.

ARTÍCULO 61.- Fundamentos para la individualización de la pena. Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente

circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva.

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda".

Obviamente, se trata de una previsión legal muy amplia que debe interpretarse en armonía con las normas rectoras de la ley penal colombiana, en especial con los Arts. 3, 4 y 12⁽¹³⁾, y que se presta a plurales y disímiles interpretaciones las mismas que, textos como el alemán de 1.969, han suscitado.

Finalmente, no debe olvidarse que en el derecho anglosajón existe un patrón diferente al de los modelos del derecho occidental europeo, caracterizado por dos situaciones: de un lado, la posibilidad de que la pena surja de acuerdos entre las partes (juez, sindicado y fiscal), los llamados *pleabargaining*; y, del otro, la existencia de mecanismos que, a posteriori, permiten restringir el alcance de esos acuerdos mediante la aplicación de pautas estrictas de tasación de la pena, mecanismo que se conoce como las *sentencingguidelines*. (Ziffer, s.f. págs. 187)

2.1.2. El Modelo Peruano:

Para un mejor entendimiento del asunto es pertinente dividir la materia en distintos acápite, los mismos que se corresponden con las diversas situaciones previstas en el estatuto penal en estudio.

A. Ubicación:

El sistema de penas adoptado por el Código en comento es muy similar al vigente en otros estatutos punitivos del continente - piénsese en los colombianos de 1980 y 2000- dado que el mismo se hace descansar, casi como alternativa única de lucha contra la criminalidad, sobre las penas privativas de libertad (el 95%; por eso, poca trascendencia práctica tienen las otras tres modalidades de sanción reguladas en el Título III del Libro primero: restrictivas de libertad, limitativas de derechos, y la multa (Cfr. Art. 28) (Navarro, pág. 83).

Naturalmente, ello marca un agudo contraste con sistemas punitivos más avanzados como el alemán, que según datos de 1.989, reafirmados en la última década al 83% de los condenados por delitos comunes les impone pena de multa, al 12% les atribuye pena privativa de libertad suspendida, y sólo al 6% pena privativa de libertad efectiva. (Dieter, s.f. pág. 102). Este dato estadístico, que tiene hondas repercusiones en los planos criminológicos y político criminal, debe ser muy tenido en cuenta a la hora de examinar las pautas de individualización de la pena prevista, máxime cuando los estudiosos tienden a tomar como marco de referencia las elaboraciones foráneas.

B. Los Fundamentos Constitucional y Legal:

No parece posible examinar los criterios de determinación de la pena en el derecho penal peruano vigente (Cfr.Arts. 45 y 46), haciendo abstracción de los principios generales plasmados en los Arts. I a X del Título preliminar del estatuto represor que, a su turno, son verdaderos desarrollos de las disposiciones constitucionales en especial los Arts. 1, 2, 3, 138, 139, 162 y de

las normas pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. (Salvatierra 1986, pag. 21)

Obviamente, por tratarse de auténticas directrices hermenéuticas, esos axiomas están llamados a servir de orientación para todo el sistema penal, y, en particular, para la problemática de la determinación de la pena, por lo cual no pueden ser soslayados por el intérprete, el analista, o el administrador de Justicia.

Ahora bien, siguiendo esas directrices constitucionales para el caso las contenidas en la Carta Fundamental de 1.993 y legales, el legislador de 1.991 ha concebido las pautas correspondientes en el Capítulo II, del Título III, básicamente en los Arts. 45 y 46, los cuales disponen lo siguiente:

"Artículo 45°. -El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta:

1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente;
2. Su cultura y sus costumbres; y
3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen".

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

1. La naturaleza de la acción;
2. Los medios empleados;
3. La importancia de los deberes infringidos;
4. La extensión del daño o peligro causados;
5. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión;
6. Los móviles y fines;
7. La unidad o pluralidad de los agentes;
8. La edad, educación, situación económica y medio social;
9. La reparación espontánea que hubiere hecho del daño;

10. La confesión sincera antes de haber sido descubierto; y
11. Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente.

El Juez debe tomar conocimiento directo del agente y, en cuanto sea posible o útil, de la víctima".

C. La Fundamentación y la Determinación de la Pena en Sentido Amplio. Alcances del Art. 45.

El origen de la fórmula. Este texto, que no armoniza con el plasmado en el Art. 46, fue confeccionado tomando como punto de partida el Art. 46 del proyecto de reformas a la parte general del Código Penal de la Nación Argentina, presentado por los diputados nacionales Nestor Perí y Oscar L. Fappiano, de la Bancada del Partido Justicialista, donde sí tiene una explicación coherente; (Hurtado 1987) de allí, al parecer, lo tomaron los redactores del Código de 1991. (Hurtado 1987, pag. 54)

Las situaciones previstas en la disposición. El texto legal enfrenta al intérprete ante dos previsiones distintas: de un lado, emplea los conceptos de fundamentación y de determinación de la pena noción diversa a la de determinación de la pena "dentro de los límites fijados por la ley", consagrada en el Art. 46; y del otro, señala tres pautas genéricas para que el funcionario judicial cumpla condichas tareas: las carencias sociales sufridas por el agente; su cultura y costumbres; y los intereses de la víctima, de su familia, o de quienes dependen de ella. Por ello, parece pertinente ocuparse de cada uno de estos asuntos.

En lo que respecta a la primera de las situaciones anotadas, la norma consigna dos conceptos diferentes. En primer lugar, el de la fundamentación de la pena, esto es, el proceso mediante el cual el juez o fallador indica cuál es el cimiento, razón de ser, o principio, sobre el cual edifica la tasación de la sanción o sanciones a imponer, o sea, los argumentos jurídicos fundamentados en criterios racionales que sustentan su

decisión; (Maurach, Gössel, Zipf, s.f.) en otras palabras: la disposición reafirma la exigencia constitucional (Art. 139 núm. 5 de la Const.) según la cual se deben cimentar adecuadamente las resoluciones judiciales, de tal manera que al condenado no se le sorprenda con tasaciones de la pena caprichosas que, por lo demás, también contrarían la Ley de Leyes en cuanto consagra como modelo de convivencia comunitaria el propio de un Estado Social y Democrático de Derecho, fundado en la dignidad de la persona humana (Cfr. Arts. 1 y 43 de la Const.). Así las cosas, pues, por perentorias disposiciones de orden constitucional y legal, el juez peruano está obligado a exponer las circunstancias que son decisivas en el proceso de determinación de la pena, sea que se le entienda en un sentido estricto o en uno amplio.

El segundo concepto es el de la determinación de la pena, esto es, aquella tarea comprensiva de todas las cuestiones relativas a la imposición y ejecución de la sanción penal, como las atinentes a los fenómenos de la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio, la conversión de la pena privativa de libertad no mayor de dos años en pena de multa, o la conversión de la pena de multa no pagada en pena privativa de libertad, y, por supuesto, la fijación de plazos para el pago de la multa, etc.; esto es, se parte de una noción amplia de tal figura. No se refiere, pues, el codificador en el Art. 45 a la noción estricta utilizada por el Art. 46, al tenor de la cual se entiende por determinación de la pena la operación mental mediante la cual el juez, en concreto, una vez examinadas las diversas categorías del hecho punible, fija, precisa, señala cuales son las sanciones imponibles al trasgresor de la ley penal; esto es, la determinación de la pena dentro del marco punitivo, acorde con la culpabilidad por el hecho.

La anterior distinción se impone, pues de lo contrario sería imposible armonizar el texto del Art. 46 redactado a partir del Art. 41 del C. P. Argentino de 1921- con el del Art. 45 -que se deriva

del Proyecto argentino mencionado más arriba-, y éste último terminaría sobrando o posibilitando una duplicidad de patrones de individualización de la pena, llamada a sembrar el caos y la confusión, sobre todo cuando se piensa en las pautas contenidas en el Título preliminar del Código. Así, por lo demás, lo ha propuesto la propia doctrina.

Los criterios acogidos: tres son las pautas para cumplir con las tareas mencionadas, en sentido amplio: en primer lugar, se deben tener en cuenta las carencias sociales del agente, con lo cual se consagra el llamado principio de la co-culpabilidad o corresponsabilidad de la sociedad en la comisión del delito, recordando similar previsión legal en el Código Penal argentino: "especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos" en la que, justamente, la doctrina de aquél país citada por la peruana ve tal figura. Desde luego, la introducción de este apotegma pone de presente el hecho de que uno de los criterios de la cuantificación penal peruana es el grado de injusto, pues, como dice la doctrina gaucha, "en este caso, el mismo injusto es menor y no únicamente la culpabilidad". (Zaffaroni pág. 314).

En segundo lugar, pensando en el agente, deben evaluarse "su cultura y sus costumbres" que es similar al Art. 41 argentino: "...la educación, las costumbres", con precedentes en el Proyecto de Código Penal de 1.989, en su Art. 50 inc. 2, con lo cual se alude al grado de culpabilidad que cabe deducirle al autor, en cuanto que su formación cultural y el refinamiento o no de sus costumbres, demuestran un mayor o menor grado de reprochabilidad o de exigibilidad. De esta manera, pues, al mismo tiempo que se reitera la fórmula de la co-culpabilidad ya mencionada, se recuerda el carácter pluricultural de la sociedad peruana, destacado por el texto del Art. 2 núm. 19 de la Constitución: "...el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación" (Villavicencio, s.f., pag. 195)

Así mismo, en tercer lugar, se hace referencia a "los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen" (núm. 3), con lo cual se quiere llamar la atención sobre una problemática medular en el derecho penal contemporáneo: el papel que cumple el afectado con la infracción a la ley penal. Desgraciadamente, la fórmula se ha quedado corta y apenas sí se ha hecho referencia a uno de los tópicos relacionados con el asunto: el atinente al daño causado a la víctima, sus familiares y allegados, que es una cuestión posterior al hecho mismo y que, como tal, nada tiene que ver con el injusto y la culpabilidad; desde luego, lo que sí está íntimamente relacionado con el injusto por ende, con su graduación, es lo atinente al papel general del afectado dentro del delito temática que, se repite, no ha quedado comprendida en el texto. (Ziffer s.f. pág. 125)

Así las cosas, el tópico en examen no representa una pauta independiente para la tasación de la pena, sino un verdadero factor posterior que de todas maneras opera como verdadero correctivo de los dos criterios iniciales.

No obstante lo dicho, parece indiscutible que los dos primeros criterios cuando se refieren a la personalidad del agente sea para enfatizar en sus carencias sociales, su cultura y sus costumbres, también tienen en cuenta necesidades preventivo-especiales de cara a la resocialización del reo (prevención especial positiva) que operan en la medición de la pena en un sentido amplio, como ocurre cuando el juez se ocupa de la procedencia o no de la suspensión de la ejecución de la pena, de la reserva del fallo condenatorio, de la exención de pena, de las conversiones de pena, etc. (Cfr. Arts. 41 y ss.; 52 y ss.; 57 y ss.; 62 y ss.), en los cuales se requieren consideraciones que tocan con dicha finalidad de la pena. Así las cosas, cuando se piensa en la determinación de la pena en sentido amplio, deben tenerse en cuenta no sólo los fines retributivos sino los preventivo especiales (positivos).

D. La Determinación de la Pena en Sentido Estricto y el Art.

46.

El origen de la fórmula. La previsión legal contenida en ésta disposición tiene como primer antecedente el Art. 51 del C. P. de 1924, sobre todo porque a partir de ella se hace la mención de los once criterios de tasación ya transcritos aunque, a diferencia del inciso 1º del Art. 51 que hacía descansar dicho proceso en "la culpabilidad y el peligro del agente", el inciso primero de la actual se refiere a "la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido". Así mismo, la norma examinada tiene un innegable segundo antecedente en el Art. 41 del Código Penal argentino de 1921 en cuya confección tuvieron su influjo los Arts. 90 a 96 del Código Bávaro de 1813, amén de los proyectos de Código Penal suizos, cuya ascendencia sobre el Código peruano de 1924 es también evidente, aunque limándole ciertas expresiones de claro alcance peligrosista. (Zaffaroni s. f. pág. 276 y 277).

Los criterios acogidos. Si es cierto que "la responsabilidad y gravedad del hecho punible" son las bases de tasación de la pena a las que debe acudir el juez, ello significa que tanto las nociones de injusto como la de culpabilidad y responsabilidad en sentido estricto suministran las dos pautas genéricas de tasación de la pena: el grado de injusto y el grado de culpabilidad, notas propias de un derecho penal orientado hacia la retribución entendida como límite al ejercicio del *iuspuniendi* del Estado, acorde con los principios del acto, de protección de bienes jurídicos, de culpabilidad, y de proporcionalidad (cfr. Arts. II, IV, VII y VIII del Título Preliminar).

Desde luego, resulta extraño que ni en el Art. I ("Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad") ni en el IX del citado Título ("La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora") que confunde los fines con las funciones se

haya mencionado el fin retributivo de la pena que, obviamente, se infiere no sólo de las disposiciones acabadas de citar sino del propio Art. 46. De entrada se observa, pues, una incongruencia manifiesta en una materia que no admite dubitaciones, como es la del engranaje filosófico que anima a un determinado plexo normativo.

Por supuesto, los dos criterios centrales de la individualización de la pena en sentido estricto aparecen desarrolladas en los once numerales contenidos en la disposición, y se corresponden con las mismas pautas tenidas en cuenta por el legislador al momento de señalar las penas en las normas vertidas en la Parte especial; naturalmente, téngase en cuenta, a diferencia del legislador colombiano del 2000, el codificador peruano no prevé disposiciones de corte genérico destinadas a regular un listado detallado de las circunstancias de atenuación y de agravación aunque, como luego se advierte (Infra F y G), sí se enlistan en la parte general eventos que cumplen dicho cometido.

Las once pautas del inc. 1º del Art. 46. Son varios los aspectos que es necesario precisar para un mejor entendimiento del texto. En primer lugar, la norma dispone que la individualización de la pena se debe hacer dentro de los "límites fijados por la ley", porque el Código en comento como norma general señala en su parte especial un marco penal determinado dentro del cual se debe mover el juzgador, constituido por un mínimo y un máximo, que posibilita al juez una relativa potestad de obrar.

Obvio es decirlo, por sustracción de materia, ello no es posible tratándose de la pena privativa de libertad de carácter perpetuo señalada en el Código cuya constitucionalidad, de cara a lo establecido en los Arts. 1, 2 y 3 de la Carta, es más que dudosa, pues se trata de una conminación penal imposible de ser graduada dada su duración indeterminada, y sólo se explica en cuanto que el legislador acude a criterios preventivo-generales negativos para intimidar o aterrorizar al conglomerado social.

(Maurach, Gössel, Zipf, (s.f.). pág. 793, 794 y 795)

Así mismo, en segundo lugar, el inciso en comento consagra el llamado principio de la inherencia o de la prohibición de la doble valoración, cuando dispone que los criterios de determinación de la pena en sentido estricto "el Juez atenderá (sic) la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido", sólo se toman en consideración a condición de que no hayan sido previstos por la misma ley penal como elementos constitutivos de la respectiva figura punible, o comporten modificación de la responsabilidad; en otras palabras: aquellos elementos que sean de la esencia de los tipos penales respectivos, o que hayan sido señalados al redactar las figuras punibles en la arte especial del Código, o en el derecho penal complementario, no podrán ser empleados de nuevo en esta etapa, porque se violentaría el principio del non bis in idem. Así se infiere, con toda claridad, del aparte respectivo del texto legal: *"...en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad"*.

En tercer lugar, se mencionan en once numerales las situaciones especiales que el Juez debe tener en cuenta para valorar el grado de injusto y el grado de culpabilidad del agente. En efecto, dentro de las pautas del primer orden deben mencionarse las siguientes: la naturaleza de la acción (núm. 1), los medios empleados (núm. 2), y la extensión del daño o peligro causados (núm. 3), también plasmadas en Art. 41 del Código penal argentino, aunque hubiera bastado con mencionar la primera para comprender las dos últimas; (Zaffaroni, s.f. pág. 296) de igual forma, se señala como regla del mismo género la concerniente a "las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión" (núm. 5) también repitiendo casi textualmente el Art. 41 inciso 1°, núm. 2°, del Código de la Nación Argentina. Así mismo, se hace referencia a "la unidad o pluralidad de los agentes" (núm. 7), comprendiendo los diversos casos de concurso de personas en el hecho punible (participación criminal

en sentido amplio), yendo desde las diversas formas de autoría (autoría directa, autoría mediata, coautoría, previstas en el Art. 23 del Código) hasta las modalidades de participación criminal en sentido estricto (instigación y complicidad, a que hacen referencia los Arts. 24 y 25); obviamente, esta última previsión legal es más clara que la contenida en el Art. 41 del Código argentino cuando habla de "la participación que haya tomado en el hecho" el agente.

También, se regulan "los móviles y fines" (núm. 6) que animan al autor buscando auscultar cuál era el contenido de su voluntad al momento de realizar la trasgresión a la ley penal, esto es, se persigue precisar el grado de injusto que quepa atribuirle (desvalor de acción); naturalmente, como gramaticalmente ambas expresiones son sinónimas, el legislador habría ganado en claridad refiriéndose sólo a los "fines" que hayan motivado al autor a realizar el injusto. Finalmente, también supone una referencia al grado de injusto la fórmula vertida en el núm. 3, cuando expresa que para la individualización de la pena se debe tener en cuenta "la importancia de los deberes infringidos", pues se pretende precisar la mayor o menor afectación de los bienes jurídicos (desvalor de resultado) que, de contera, conllevan una trasgresión especial de ciertos valores ético-sociales (desvalor de acción), en la medida en que los "deberes" sólo tienen repercusión penal en tanto se traduzcan en una amenaza o lesión para el bien jurídico tutelado, como lo exige de manera perentoria el Artículo IV del Título Preliminar. Igualmente, en segundo lugar, aparecen clarísimas referencias al grado de culpabilidad en los siguientes eventos del Art. 46: "la edad, educación, situación económica y medio social" (núm. 8) que, por lo demás, es repetición parcial del segundo criterio contenido en el Art. 45 ("la cultura y sus costumbres"); por supuesto, estos tópicos al aludir a la personalidad del autor son indicativos de su capacidad de autogobernarse, de donde cabe inferir un mayor o menor grado de exigibilidad a la hora de

formular el juicio de culpabilidad. (Zaffaroni, s.f. pág. 312).

También, sucede lo mismo con la primera parte de la redacción consignada en el núm. 11 cuando habla de "las condiciones personales" del agente, haciendo una mención clara de la personalidad del autor, aunque también se concibe este texto desde la perspectiva del grado de injusto; ello, desde luego, implica tener en cuenta el grado de culpabilidad a la hora de tasar la pena imponible al trasgresor de la ley penal, dependiendo de la mayor o menor exigibilidad que le quepa por la realización del injusto. Cosa distinta sucede con la confusa e ininteligible segunda parte, en cuanto se refiere a las "circunstancias que lleven al conocimiento del agente", que no tiene ningún contenido definido y resulta convertida en un verdadero galimatías no susceptible de ser aplicada.

Ahora bien, en tercer lugar, aparecen los textos plasmados en los núms. 9 y 10, esto es, "la reparación espontánea que hubiere hecho del daño", y "la confesión sincera antes de haber sido descubierto", que no suponen referencias expresas a ninguna de las dos pautas genéricas de determinación de la pena en sentido estricto, dado que se trata de situaciones posteriores a la realización del hecho como sucede con la situación contenida en el núm. 2 del Art. 45, pero que de todas maneras de forma indirecta posibilitan valorar el injusto y la culpabilidad con posterioridad al hecho.

El conocimiento del agente por parte del juez. Así mismo, la parte final del Art. 46 que también es reproducción del artículo 41 del Código argentino:

"El juez debe tomar conocimiento directo del agente y, en cuanto sea posible o útil, de la víctima" menciona, esta vez de manera más amplia que en el Art. 45 con un innegable trasfondo procesal, a la víctima, con lo cual se reconoce que ella juega un papel decisivo al momento de fijar la pena como elemento neurálgico para la graduación del ilícito. (Villavicencio, s.f. pág. 195)

Sin embargo, lo anterior no significa que se trate de un nuevo criterio de tasación de la pena porque el estudio de los sujetos activo y pasivo y dentro de él a la víctima, es una problemática ligada con el injusto. Por supuesto, esta consagración legal persigue un doble cometido: de un lado, garantiza la inmediatez entre el juez o fallador y el reo; y, del otro, asegura que la determinación de la pena sea fruto de la actividad del órgano de la rama jurisdiccional, que debe tomar conocimiento directo del agente.

¿Un tercer criterio de determinación de la pena en sentido estricto?. El planteamiento hasta ahorano es, sin embargo, aceptado totalmente por algunos comentaristas, para quienes al parecer dando un alcance distinto al estatuto, existiría un tercer criterio de tasación que operaría amañera de correctivo: la necesidad de pena, que se traduce en la utilización de criterios preventivos a la hora de individualizar la sanción. En efecto, se afirma que "la pena deja de ser necesaria para proteger a la sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales", y que "se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social". (Bramont; Bramont; Torres, s.f. pag. 249)

Por supuesto, esta referencia no legal a "la necesidad de la pena" no deja de ser contraproducente y equívoca como lo es en textos que la consignan expresamente, como el Art. 61 inc. 3 del C. P. colombiano de 2000, pues se trata de una fórmula hueca susceptible de ser rellenada con contenidos diversos e imprecisos, que tornan la individualización no en una tarea judicial llamada a brindar seguridad jurídica, sino en una actividad de adivinación que posibilita afianzar las cacerías de brujas en nuestros países. Con semejante punto de partida, pues, de espaldas al derecho positivo, se puede plantear que en

la individualización de la pena en sentido estricto tienen cabida los fines preventivos especiales o generales, o ambos al mismo tiempo, al estilo de lo que sostiene aunque con diversas variantes gran parte de los estudiosos alemanes del § 46 del C. P. vigente. (Roxin s.f. pág. 103)

Una conclusión distinta se impone, pues, cuando se parte del contenido de los Arts. IV, VII y VIII del Título Preliminar, que consagran de manera vehemente, respectivamente, los principios de protección de bienes jurídicos **"la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley"**, de culpabilidad **"la pena requiere de la responsabilidad penal del autor"** y de proporcionalidad **"La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho"**; esos axiomas, no se olvide, son de rango constitucional dado que emergen del modelo de Estado diseñado por el Art. 1 de la Carta: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

Así las cosas, un derecho penal como el peruano sólo puede tomar en cuenta la prevención general desde luego, al lado de la culpabilidad retributiva a la hora de la amenaza penal, esto es, cuando el legislador redacta las escalas punitivas, no en esta sede en la cual, se repite, sólo operan el grado de injusto y el grado de culpabilidad como criterios de individualización de la misma, porque ello podría comportar la vulneración del principio de la prohibición de la doble valoración; y, en lo que a la prevención especial respecta, ello sólo puede suceder en el momento de la ejecución de la pena y, por supuesto, cuando se alude a la determinación de la pena en sentido amplio aunque, como ya se dijo, al estudiar el artículo 45, sin descontar los fines retributivos.

En conclusión de la exposición del Artículo 46 cabe concluir lo siguiente: aluden al grado de injusto los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 46; al grado de culpabilidad los numerales 8 y

11 en su primera parte. Igualmente, no tienen naturaleza jurídica autónoma, al punto de erigirse en criterios de la tasación de la pena independientes, los núms. 9 y 10 que de todas maneras son un indicativo de la gravedad del hecho (injusto) y de la culpabilidad del autor; serían, pues para recordar una construcción propia de la doctrina y la jurisprudencia germanas, una especie de indicio, dado que se trata de factores a partir de los cuales se pueden extraer consecuencias sobre el injusto y la culpabilidad. Y, por supuesto, no es posible pensar en los fines preventivos como pautas para determinar la pena en sentido estricto.

E. Los Criterios de Determinación de la Pena de Multa:

El Art. 41. pese a que las disposiciones hasta ahora examinadas, parecieran contener las pautas genéricas de tasación de la pena tanto en sentido estricto como amplio en el derecho penal peruano, como lo demuestra el hecho de que aparezcan insertas en el Capítulo II del Título III, dedicado a "la aplicación de la pena", la verdad es que en tratándose de la pena de multa se prevén unos criterios específicos que deben ser mencionados en esta sede. En efecto, el inciso 2° del Art. 41 señala que la multa "se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza". Obviamente, la pregunta que fluye es la siguiente: ¿estas reglas de "determinación" como los llama la propia Ley, operan de manera independiente, con prescindencia de los señalados en los Arts. 45 y 46, o han sido establecidos como pautas adicionales a éstas?.

La respuesta a este interrogante parece clara: como los mandamientos señalados en el Art. 45 se refieren a la determinación de la pena en sentido amplio, ellos no operan a efectos de tasar la pena pecuniaria en concreto, salvo que se trate de otros aspectos como, por ejemplo, la fijación de un plazo para su pago (Cfr. Art. 44). Así mismo, dado que los

cánones acogidos por el Art. 46 se refieren a la determinación de la pena en sentido estricto, comprendiendo todas las sanciones previstas en el título III privativas de libertad, restrictivas de libertad, limitativas de derechos y, por ende, la pena de multa, es indudable que sí se aplican a título de pautas genéricas por parte del Juez, máxime que éste debe partir de las mismas reglas de determinación tenidas en cuenta por el legislador al redactar las normas penales, trátese de la gravedad del injusto o de la culpabilidad.

Una agravante genérica: el Art. 46 A. Esta disposición, introducida por la Ley 26758 de catorce de marzo de 1.997, al tenor de la cual se incrementa la pena impuesta hasta en un tercio del máximo legal previsto sin exceder el monto de la pena privativa de libertad señalada en el Art. 29, esto es, treinta y cinco años cuando el sujeto activo detenta determinadas calidades propias de los servidores públicos (miembro de las fuerzas armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público), y realiza el hecho punible utilizando "armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público", hace una referencia inequívoca al injusto cometido. Sin duda, se trata de un incremento punitivo que mira con las especiales calidades del sujeto activo de la conducta típica y antijurídica, a quien se ha investido de especiales deberes de lealtad para con la organización social, lo cual implica un mayor desvalor de acción lo cual se traduce, al mismo tiempo, en un más elevado desvalor de resultado.

Por supuesto, no se necesitan mayores elaboraciones teóricas para darse cuenta de que la disposición descansa en los mismos fundamentos inspiradores del Art. 46 inciso 3° que, como ya se dijo, introduce "la importancia de los deberes infringidos" como pauta de individualización de la pena.

Así mismo, obsérvese, el hecho de que la norma en comento

manifieste que la situación en ella contemplada "constituye circunstancia agravante de la responsabilidad", no significa que el legislador haya optado por la noción de "responsabilidad" tal como la entiende el Art. 46 al aludir a las pautas genéricas de determinación de la pena en sentido estricto y no "por la gravedad del hecho punible cometido". Igualmente, téngase en cuenta, la parte final de la disposición contiene una muy importante y necesaria referencia al principio de la inherencia o de la prohibición de doble valoración ya contemplado también en el inciso 1 ° del Art. 46, al señalar que "no será aplicable lo dispuesto en el presente artículo cuando la circunstancia agravante esté prevista al sancionar el tipo penal o cuando ésta sea elemento constitutivo del hecho punible"; ello es producto, no se olvide, de la vigencia de los axiomas del acto, de protección de bienes jurídicos y de culpabilidad, entre otros. Por lo demás, este postulado se convierte en una importante directriz hermenéutica que ayuda, de mejor manera, a comprender el alcance de las reglas de tasación de la pena establecidas en la Ley penal. (Bramont; Bramont; Torres, s.f. pág. 250).

En fin, se debe advertir que tal como está concebida esta "circunstancia agravante", también calificable de genérica, ella sólo opera en tratándose de penas privativas de libertad temporal, como con toda claridad se desprende del inciso segundo del artículo "el juez podrá aumentar la pena en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, **no pudiendo ésta exceder del máximo de pena privativa de libertad temporal establecida en el artículo 29 de este Código**" quedando excluidas, por sustracción de materia, la cadena perpetua (Cfr. Art. 29), las penas pecuniarias de multa (Cfr. Arts. 41 y ss.), las restrictivas de libertad (Art. 30), y las limitativas de derechos (Arts. 31 y ss.).

Las pautas de individualización en otras disposiciones. Naturalmente, también de múltiples previsiones legales se

desprende que el mismo legislador emplea los dos criterios de determinación de la pena en sentido estricto, ya estudiados en el Art. 46, a título de directrices para los jueces o falladores. En efecto, en la parte general aparecen consignados los siguientes casos de menor graduación de la pena: el Art. 14 prevé, respectivamente, en los errores vencibles de tipo (menor injusto) y de prohibición (menor culpabilidad), la punición a título de culpa y con una pena atenuada; el Art. 15 regula el error de comprensión culturalmente y establece, por tratarse de un menor grado de culpabilidad, la atenuación de la sanción en casos de evitabilidad. Así mismo, el Art. 16 señala la disminución prudencial del castigo en la tentativa (menor injusto); el Art. 21 consigna una pena atenuada hasta límites inferiores al mínimo legal para aquellos eventos en los cuales, por no darse alguna de las exigencias contempladas en las causales de exención de responsabilidad del Art. 20, se presentare un grado de responsabilidad restringido (menor culpabilidad). Igualmente, también el Art. 22 anuncia una situación similar a ésta última, por razones de edad (más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años); finalmente, también se atenúa la sanción en el Art. 24 inciso 2º en materia de complicidad secundaria (menor injusto).

Así mismo, existen casos como los del Art. 68 en los cuales se señala la exención de pena en tratándose de delitos sancionados con pena privativa de libertad de menos de dos años, pena limitativa de derechos, o multa, lo cual supone un menor grado de injusto.

De igual forma, fuera de la hipótesis del Art. 46 A acabada de estudiar, existen otros casos de incremento punitivo: con base en el mayor grado de injusto se aumenta en un tercio la máxima sanción prevista para el hecho punible más grave, cuando se tratare del delito masa (Art. 49 inciso 2º); y se castigan —como injusto más grave— con la pena establecida para el delito mayor entidad, los eventos de concurso ideal de

delitos (Art. 48), delito continuado (Art. 49), y concurso real o material (Art. 50).

Por supuesto, también en la parte especial (Libros Segundo y Tercero) y en el derecho penal complementario se aprecian diversas hipótesis en las cuales el codificador indica incrementos o disminuciones punitivas, fundadas en los dos criterios de determinación de la pena en sentido estricto ya examinados, que sería largo enumerar en esta sede.

Las pautas de tasación de las medidas de seguridad (Arts. 73 y 75).

Así parezca paradójico, las reglas de determinación de la pena en sentido estricto estudiadas también imperan, de manera parcial, en el ámbito de las medidas de seguridad las otras consecuencias jurídicas del hecho punible, de naturaleza penal, diseñadas por el legislador peruano de 1991, como se desprende de las previsiones del Título IV de la parte general del Código. En efecto, se consagran como tales la internación y el tratamiento ambulatorio, las cuales se aplican a partir del principio de proporcionalidad rótulo que la dogmática alemana ideó para llamar a la peligrosidad criminal: "Las medidas de seguridad deben ser proporcionales con la peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometiera si no fuese tratado" (Cfr. Art. 73). Así las cosas, son dos los patrones vigentes en esta materia: la gravedad del hecho cometido y la peligrosidad, la primera de las cuales también impera en el ámbito de las penas.

No obstante, cuando el Art. 75 afirma que "la duración de la medida de internación no podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiere correspondido aplicarse por el delito cometido", remite a las pautas de determinación de la pena en sentido estricto que, por esta vía, terminan desempeñando un papel fundamental para la individualización de esta medida de seguridad, no así para el tratamiento ambulatorio que no tiene duración alguna prevista

en la ley.

F. Principios Básicos

Acorde con la exposición anterior, se puede constatar que la determinación de las penas lo que también es válido para las medidas de seguridad, con las observaciones ya plasmadas en el derecho penal peruano, como cualquiera otra tarea propia del derecho penal liberal, está gobernada por diversos postulados que emergen tanto de los estatutos penales como de la Constitución (Cfr. Arts. 1 a 3; 139, entre otros) las llamadas fundamentaciones constitucional y legal de la pena, a las que se debe someter la tarea judicial la cual, como norma de normas, es de aplicación prioritaria y gobierna todo el entramado legislativo, tal como se infiere del contenido preciso del Art. 138: "La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. (Quintero, Morales, (s.f.) pág. 702)

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior". El siguiente examen de la legislación abordada lo corrobora.

A. El Principio de Humanidad.

Acorde con el más importante de los límites al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, al penado se le debe preservar no sólo su autonomía ética sino su indemnidad personal, cuando se cumple con la tarea de determinar la pena imponible; por ello, a ninguna persona se le puede someter a penas o medidas de seguridad perpetuas, imprescriptibles, crueles, inhumanas, o degradantes. Así se desprende, de los Arts. 1 y 2 núm. 24 de la Constitución, cuyos textos rezan de la siguiente manera: "La defensa de

la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado", y "Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes"; I del C. P.; y III del Código de ejecución penal de 1.991; 1 y 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. No obstante, algún sector doctrinario al aludir al tema distingue tres axiomas distintos. En efecto, en primer lugar, se habla del principio de humanidad, para designar un postulado vigente en el ámbito de la ejecución penal según el cual al condenado se le deben respetar unas condiciones mínimas de reclusión, que no le desconozcan su dignidad de persona; en segundo lugar, se alude al principio de respeto de la dignidad humana (que se hace derivar del Art. 1 de la Const.), pues la persona siendo un valor en sí mismo y portadora de una autonomía propia de su condición de ser racional y libre, no debe, en consecuencia, ser un instrumento del Estado o de la sociedad al prever, imponer o ejecutar penas. Y, además, en tercer lugar, se hace referencia al principio de la prohibición de someter al individuo a actos violentos, torturas o a tratos inhumanos o humillantes, que se hace emerger del Art. 2, núm. 24 h, de la Constitución.

B. El Principio de Legalidad.

Según este apotegma, la intervención punitiva del Estado al determinar y ejecutar las consecuencias jurídicas del hecho punible (penas y medidas de seguridad) debe regirse por el imperio de la ley, expresión de la voluntad general, según las directrices de la filosofía liberal que lo animan; igualmente, este postulado implica por eso se le conoce también como principio de reserva, que sólo la ley expedida por el órgano legislativo está autorizada para regular la materia de las penas y las medidas de seguridad,

pues el poder legislativo es el único legitimado para restringirlos más elementales derechos humanos. Así mismo, se conoce como de intervención legalizada, pues toca de lleno con la injerencia del Estado en el ámbito punitivo, la cual limita y controla con miras a garantizar la seguridad jurídica y lograr los cometidos del derecho penal mismo.

Del axioma emergen garantías sustantivas, procesales, y de ejecución penal que también cobijan a las consecuencias jurídicas del hecho punible. Las del primer orden implican que no hay pena o medida de seguridad sin ley escrita (está prohibido el derecho consuetudinario), estricta (está prohibida la analogía, salvo favorabilidad), cierta (deben estar consagradas de manera clara, precisa, y determinada en la ley, para que no haya dudas en torno a su contenido y alcance), y previa (han de ser creadas por una ley anterior al hecho, aunque en casos de favorabilidad se puede acudir a una posterior). De aquí emergen diversos postulados que también tienen profunda incidencia en la tasación de la pena.

Así mismo, las garantías de orden procesal comportan que toda consecuencia jurídico penal tiene que ser impuesta en virtud de un proceso legal, rituado por los órganos y los jueces instituidos por la ley para esa función. Como es obvio, se alude a los principios del debido proceso legal comprensivo, a su turno, de todos los postulados inspiradores del derecho procesal penal o legalidad del proceso.

Finalmente, en el campo de la ejecución penal, la regla en estudio le garantiza a todos los ciudadanos condenados que no puede haber pena ni medida de seguridad sin adecuado tratamiento penitenciario y asistencial, sin tratamiento

humanitario, sin resocialización dando origen a otros tantos axiomas.

El postulado acabado de mencionar emerge de los Arts. 2 n.ºs. 24 a y 24 d de la Constitución, que recogen los Arts. 5 y 11 n.º 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, según los cuales es imposible sancionar a un ciudadano con penas no previstas en la Ley: "Toda persona tiene derecho:...24. A la libertad y a la seguridad personales: en consecuencia: a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe... d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley". Lo mismo acontece con los Arts. II y VI del C. P.

C. El Principio del Acto.

Según el axioma del hecho o de la objetividad material, el suceso acriminable no está constituido por un acto interno de la psique sino por un acontecimiento en el mundo de la naturaleza, referido a un actuar del hombre; el comportamiento punible, gracias a esta conquista de la especie humana, se traduce en una exterioridad, lo cual permite al derecho represivo castigar a los hombres sólo por lo verdaderamente realizado y no por lo pensado, deseado o propuesto.

Por ello, justamente, el fenómeno criminal no puede caracterizarse a partir del modo de ser de la persona, sus hábitos, temperamento, pensamiento o afectividad; esto es, se castiga por lo que se hace y no por lo que se es. Es tan importante el principio del acto que un derecho penal inspirado en él solo impone pena a quien ha realizado un injusto culpablemente, pues el juicio de exigibilidad

dirigido sobre el infractor se basa en el hecho cometido; se conforma, así, la dupla derecho penal de acto-culpabilidad por el acto.

Así mismo, para el derecho penal de acto uno de los criterios básicos de individualización de la pena es el grado de culpabilidad, de tal manera que al agente se le impone mayor o menor sanción atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, enlazando así con el apotegma de culpabilidad que suministra uno de los pilares fundamentales para la tarea de cuantificación penal; y, por supuesto, engarzando con el postulado de protección de bienes jurídicos a partir del cual como luego se dirá se erige el grado de injusto como criterio de la tasación de la pena (Cfr. Infra D).

De igual manera, este axioma implica la imposibilidad de agravar la sanción a quien ha reiterado la comisión de hechos criminosos (reincidencia), y a los autores habituales o de comisión profesional, pues la pena atiende al hecho cometido y no a la calidad personal del sujeto activo del mismo.

El axioma del acto también es de consagración constitucional y legal (Cfr. Arts. 2 núm. 24 d de la Const.; II y VIII del C. P.) y, por supuesto, emerge del Art. 46 del Código Penal.

D. El Principio de Taxatividad.

De la mano del axioma de legalidad, como ya se dijo, aparece este apotegma también conocido como de certeza, o de determinación, en virtud del cual no hay pena o medida de seguridad sin ley cierta. Como producto de ello, las consecuencias jurídicas deben aparecer consignadas en la ley de manera clara y precisa estableciéndose su clase, grado y duración, poniendo al alcance del juzgador marcos de tasación punitiva precisos que le permitan moverse

contoda certeza, sin atentar contra la seguridad jurídica. Esta exigencia es aún mayor en materia de medidas de seguridad, normalmente alejadas de los postulados inspiradores del Estado de derecho.

Como es obvio, la indeterminación en esta materia puede surgir por ausencia del límite temporal, cuando no se señala la duración de la consecuencia piénsese en la cadena perpetua prevista en la legislación peruana; si no se indica el monto de la sanción, esto es, cuando el legislador no indica un límite preciso. Así mismo, si no se prevé la clase de consecuencia jurídica imponible, o ésta no existe; incluso, puede acaecer que su determinación se deje librada al capricho del juzgador.

También, este axioma está ampliamente previsto en el ordenamiento peruano (Cfr. Arts. 2 núm. 24 d de la const.; II del C. P.), pese a que el mismo legislador lo ha quebrantado como se acaba de mostrar.

E. El principio de protección de bienes jurídicos.

Otro postulado fundamental es el de ofensividad, del bien jurídico, de lesividad, o de la objetividad jurídica del delito, gracias al cual no hay delito sin daño, lo cual significa que no existe hecho punible sin amenaza real o potencial para el bien jurídico tutelado. Esta concepción surge como antagónica a la teoría tradicional, que consideraba la infracción como un ataque contra los derechos subjetivos de la persona, acorde con los dictados de la teoría del contrato social, y se trata de otro límite o barrera de contención al poder punitivo del Estado, a fin de evitar la imposición de sanciones penales que no tengan como fundamento la protección de un bien jurídico. Por ello, justamente, se utiliza en codificaciones penales como la peruana el grado de injusto como criterio de tasación de la pena, pues para el legislador no es lo mismo cometer una

conducta típica y antijurídica de hurtar una mercancía en un almacén de cadena que una de asesinar a un grupo de niños con un coche-bomba.

Este apotegma se deriva también de los Arts. 2 núm. 24 b y d, de la Const.; y IV y 46 del C. P

F. El Principio de Culpabilidad.

Otra directiva básica en esta materia es la de la responsabilidad subjetiva, según la cual no hay pena sin culpabilidad, pues la sanción criminal solo debe fundarse en la seguridad de que el hecho puede serle "reprochado" o "exigido" al agente, e implica dos cosas distintas: en primer lugar, no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad, de donde se deriva la exclusión de la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el mero resultado; y, en segundo lugar, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad y su imposición se hace atendiendo al grado de culpabilidad.

Como producto de ello, la sanción debe ser individual o estrictamente personal y sólo puede alcanzar a quien ha transgredido la ley en su calidad de autor o partícipe, mas no a terceros, así se encuentren ligados con el sujeto activo del comportamiento punible por vínculos de amistad, credo político o religioso, sangre, afectos, etc. Naturalmente, se transgrede este axioma si se agrava o fundamenta la pena por el mero resultado, esto es, cuando se castiga al sujeto por lo que ocurre y no por lo que hace; o si se da vía libre al versari in re illicita haciendo responder al autor de todas las consecuencias de su acto —aun las no queridas— siempre y cuando provengan de un obrar ilícito. Así mismo, cuando se condena a penas a un inimputable, o no se le reconoce al agente una causal de inculpabilidad; si se asigna mayor pena a reincidentes, delincuentes de comisión profesional o habitual, más allá del grado de

culpabilidad respectivo. Esto sin olvidar, claro está, eventos en los cuales se deduce responsabilidad penal al agente por el hecho de otro.

Y, para terminar, en la que constituye la consecuencia más importante de cara al tema examinado, se vulnera este axioma cuando no se tiene en cuenta el grado de culpabilidad como criterio de determinación o tasación de la pena, en virtud del cual la culpabilidad sirve como punto de referencia para su medida. (Ziffer, s.f. pág. 60)

Este apotegma tiene amplia consagración en los Arts. 2 núm. 24 d y 139 Inc. 1 tercer párrafo de la Const.; y VII, 12 y 46 del C. P.

G. El Principio de Igualdad ante la Ley Penal.

En virtud de éste postulado todos los ciudadanos deben ser tratados respetándoseles las mismas oportunidades y derechos, sin que las normas jurídicas puedan introducir discriminación alguna a la hora de la imposición y la ejecución de las consecuencias jurídicas dependiendo, claro está, de la entidad del hecho cometido. Dicho axioma tiene asidero constitucional y legal en el ordenamiento peruano, como se desprende de los Arts. 2 núm. 2: "Toda persona tiene derecho: ... 2. A la igualdad ante la ley, nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole" de la Const.; 1 y 10 del C. P.

H. El Principio de la Teleología de las Sanciones Penales.

Según esta directriz cuando el Estado, representado en la persona del juez, impone al transgresor de la ley una sanción criminal (pena o medida de seguridad) lo hace con un objetivo, animado por una finalidad vinculada con el

programa político criminal que la organización estatal se propone llevar a la realidad. Es de tal trascendencia esta exigencia, que, de un lado, si la imposición de las consecuencias juridicopenales se librara al capricho de cada juzgador, las garantías ciudadanas peligrarían y la seguridad jurídica se vería notablemente menoscabada.

Pero, de otro lado, el Estado no puede contentarse con la mera tarea de perseguir los hechos punibles, sino que está compelido a velar por la realización de la justicia material tanto a través de una adecuada ejecución penal como de la imposición y ejecución de sanciones equitativas que se adecuen al hecho cometido. Lo que debe perseguir un Estado de derecho no es la causación de un mal al infractor, sino su readaptación, su resocialización, su reeducación —cuando ella sea posible y no se afecten sus derechos humanos fundamentales—, de tal manera que pueda llevar en el futuro una vida sin cometer delitos y reincorporarse al seno de la sociedad; se trata, pues, no solo de prevenir la comisión de nuevos hechos criminales, sino también de proteger a la sociedad de las conductas que infringen el orden jurídico buscando su desquiciamiento.

Este apotegma emerge de los Arts. 1, 2 núms. 2 a 24, 3, 139 núms. 21 y 22, 162 primer párrafo de la Constitución; I y IX del C. P.; II y III del Código de ejecución penal.

I. El Principio de Proporcionalidad.

También, dentro de las directrices para la imposición de las consecuencias jurídicas derivadas del hecho punible (básicamente la pena) no podía faltar esta pauta, dado que la sanción penal debe corresponderse con la gravedad y entidad del hecho cometido, de tal manera que las sanciones graves se destinen para los hechos punibles más atroces y las más leves para los de menor

entidad; justamente, una de las conquistas del moderno derecho penal, desde la época de C. Beccaria, es el rechazo a la imposición de sanciones iguales a infracciones a la ley penal de diversa gravedad. En otras palabras: la proporcionalidad tiene que ser tanto de índole cualitativa pues a infracciones de diversa naturaleza se les debe castigar con penas diferentes como cuantitativa en tanto que a cada hecho punible le debe corresponder una sanción que se compadezca con su importancia. Desde luego, contra este rasgo de la pena se alzan los castigos draconianos y ejemplarizantes que se imponen con la pretensión de reprimir ciertas formas de delincuencia, olvidando que el canon de proporcionalidad representa un límite lógico al poder punitivo en el Estado de derecho, derivado del concepto retributivo de pena.

El apotegma ha sido entendido, sin embargo, de manera distinta por la doctrina peruana: en primer lugar, se afirma que supone la idoneidad de la sanción para alcanzar el fin perseguido, pues de conformidad con las múltiples funciones asignadas a la pena, ésta ha de ser cualitativa y cuantitativamente adecuada para prevenir la comisión de delitos, proteger a la sociedad y resocializar al delincuente. En segundo lugar, se dice que la proporcionalidad se mide en función de su necesidad que se concreta, principalmente, en las penas privativas de libertad que deben constituir la última ratio de la política criminal. Y finalmente, en tercer lugar, que en sentido estricto limita el uso o la intensidad de una sanción de acuerdo a la gravedad del hecho reprimible cometido y/o de los riesgos objetivos o subjetivos de comisión de una infracción futura.

El axioma está previsto en los Arts. 2 núm. 24 b y d; 43 ("la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana"), y 45 inc. 1° ("el poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con

las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen"); y VIII del C. P.

J. El Principio de Irrevocabilidad.

Igualmente, la pena una vez impuesta debe cumplirse estrictamente sin que en principio sea susceptible de revocación o suspensión; desde luego, esto no significa que en algunas hipótesis previamente señaladas por el legislador no pueda suspenderse o revocarse, atendiendo a diversas situaciones: piénsese en lo que sucede por ejemplo cuando se concede un subrogado penal (suspensión de la ejecución de la pena); la amnistía o el indulto; la prescripción de la pena impuesta; la sentencia de revisión; la pérdida del carácter delictivo de un hecho por presentarse un tránsito de legislaciones. En fin, en los eventos de aplazamiento de su ejecución por parto o enfermedad del procesado (a) o de un pariente, o de rebaja de penas.

K. El Principio de Publicidad

También, las consecuencias jurídicas impuestas deben ser conocidas por todos los ciudadanos, han de ser de carácter público, de tal manera que la opinión se entere del comportamiento de sus jueces; no en vano una de las funciones que se le ha asignado a la pena en sentido estricto es la prevención general (Cfr. Art. I del C. P.) lo cual no significa, por supuesto, que el codificador o el juez estén autorizados a utilizarla para escarmentar al reo o a la comunidad jurídica, cayendo en el terrorismo punitivo.

2.1.3. Delito de Robo Agravado:

El delito de Robo Agravado deriva del tipo básico de robo simple, previsto en el artículo 188, del Código Penal. Por ello cuando se

realiza la subsunción de la conducta es esta clase de delito, no basta únicamente invocar el artículo 189^a del Código sustantivo, pues esta norma no describe conducta alguna, si no contiene únicamente las circunstancias bajo las cuales la conducta básica del delito de robo simple se agrava (Villavicencio, p. 540).

El robo y hurto agravado son delitos patrimoniales, en virtud de los cuales el sindicado ha sustraído un bien de ajena pertenencia, es decir, del patrimonio del agredido, y si la víctima tuviera la facultad de decidir si lo único que desea es que el daño que el sindicado le causó, le sea resarcido, por qué razón no se ha incluido aún dentro de los delitos en los que es aplicable al criterio de oportunidad.

Se considera que desde ningún punto de vista es razonable, que si la víctima desea conciliar y solamente se le restituya el bien que le fue sustraído o de alguna forma se llegue a un acuerdo con el sindicado, el proceso deba continuar.

Si se toma en cuenta, los beneficios que traería al sistema de justicia penal guatemalteco la aplicación del criterio de oportunidad en los delitos patrimoniales de robo y hurto agravado por medio de la reparación del daño, empezando por el descongestionamiento de casos en los que el Ministerio Público se podría abstener de ejercitar la acción penal, solamente con eso, el Ministerio Público y otros operadores de justicia contarían con más capacidad para atender causas de mayor trascendencia.

Si el Ministerio Público se descongestiona de este tipo de casos, consecuentemente los órganos jurisdiccionales también lo harían así como la Defensa Pública, y el sistema penitenciario. Y en virtud de esto, se estaría aplicando el principio de economía procesal, focalizando de manera más eficaz y eficiente los escasos recursos con los que cuenta el Ministerio Público y el sistema de justicia penal en general.

El delito de robo “es un delito que atenta contra el patrimonio, concretamente los derechos reales amparados en el ordenamiento jurídico, cuya sustantividad radica en la forma o, mejor dicho los medios que emplea el agente para apoderarse del bien mueble, esto

es la violencia y/o la amenaza de peligro inminente para la vida e integridad física del sujeto pasivo de la acción típica. Lo que revela un mayor contenido del injusto típico, dando lugar a una reacción punitiva más severa”, (Peña 2008, pág. 2017) este delito en su figura agravada se ha incrementado bastante en los últimos tiempos y estos se cometen con mucha frecuencia haciendo uso de diversas clases de armas, entre ellas las de fuego y al ser denunciadas estas personas, se les investiga y juzga por el mencionado delito contra el patrimonio en su figura de Robo agravado, debido a que el artículo 188 del C.P. que es el tipo base tiene un agravante previsto en el artículo 189 inciso 3 cuando el robo es cometido a mano armada, existiendo sentencias emitidas por diversos órganos jurisdiccionales del país pronunciándose por condenar el delito de robo agravado solamente, pero cabe preguntarse ¿Qué pasó respecto al delito de Contra la Seguridad Pública en su figura de Tenencia ilegal de arma de fuego?, la respuesta que se da es que el Robo agravado subsume a la tenencia ilegal de arma de fuego, pues se ha cometido el robo a mano armada y por ello es que es agravado.

En Diálogo con la jurisprudencia número 126, marzo, año 14, en las páginas 234 a 236 se transcriben las tendencias jurisprudenciales al respecto, así se tiene “el empleo de un arma de fuego para cometer un delito de robo constituye una circunstancia agravante de este delito, puesto que el delito de tenencia ilegal de armas se subsume en el de Robo agravado” (exp. 2602-2003 El Santa del 01-06-2004; “De conformidad con lo establecido por esta Suprema Sala Penal en numerosas ejecutorias, el delito de Robo agravado con utilización de arma de fuego como instrumento para ejecutarlo subsume al delito de Tenencia ilegal de arma de fuego, no pudiendo ser consideradas ambas figuras penales como delitos independientes” (RN N° 4081-1998 La Libertad, del 19/11/1998.), precisándose que “La jurisprudencia ha sido uniforme en señalar que el apoderamiento de un bien, utilizando un arma que se portaba sin contar con la licencia respectiva, configura sólo el delito de Robo agravado previsto en el artículo 189 inciso 3 del Código sustantivo. Es así que el delito de

tenencia ilegal de armas queda subsumido en el delito de Robo agravado y sólo queda la persecución de éste último” delito mencionado.

El razonamiento antes mencionado tiene bastante sentido y es respetado, ya que fundamentalmente atenta contra el patrimonio, pero no puede perderse de vista su naturaleza pluriofensiva de este proceder delictivo (ya que atenta además contra la vida, cuerpo y salud), pero cuando es cometido dicho delito haciendo uso de arma de fuego, no compartimos el criterio de subsunción, ya que en propiedad nos encontramos ante un concurso real de delitos, en el robo se protege el bien jurídico antes mencionado, pero, en el caso del delito de Tenencia ilegal de arma de fuego, el bien jurídico protegido es la seguridad pública y así aparece de la ejecutoria que se transcribe “en el delito de Tenencia ilegal de armas, el bien jurídico tutelado es la seguridad pública, esto es, el normal y pacífico desenvolvimiento de la sociedad” RN. N° 63-1999 Cañete del 10/12/1999, y por ello antes de que se transcriba las ejecutorias precisa “el delito de tenencia ilegal de armas es calificado jurisprudencialmente como un delito de peligro abstracto y de mera actividad, entendiéndose que para su consumación no es necesaria la lesión efectiva del bien jurídico protegido, bastando su puesta en peligro; es decir, la sola realización de la actividad descrita en el tipo, configura el ilícito, pese a no existir un resultado dañoso. Es comúnmente aceptado que el bien jurídico que protege la tipificación del delito de tenencia ilegal de armas es la seguridad pública”, en consecuencia estimo que no todos los casos de portar arma de fuego es lo mismo, al respecto se tiene que el tema “de mano armada”, no se refiere exclusivamente al hecho cometido con arma de fuego, pues como dice Bramont Arias las armas pueden ser en sentido amplio o en sentido estricto, además de las aparentes; “el concepto arma no necesariamente alude al arma de fuego, sino que dicho concepto debe comprenderse a aquel instrumento capaz de ejercer un efecto intimidante sobre la víctima, al punto de vulnerar su libre voluntad, despertando en ésta un sentimiento de miedo, desasosiego e

indefensión, bajo cuyo influjo hace entrega de sus pertenencias a sus atacantes” (Rojas, s. f. Pag. 262) (Ejecutoria Suprema del 10-7-98, Lima, Rojas Vargas, Fidel, Jurisprudencia Penal comentada, Lima. Gaceta Jurídica, 1999 p. 196), el caso concreto del robo agravado, así como puede cometerse haciendo uso de arma de fuego, puede también cometerse usando un palo, un verdugillo una piedra u otra clase de armas, en todos esos casos nos encontramos ante el tipo penal agravado que es el ya citado inciso 3 del artículo 189 que contiene conductas gravadas del tipo base previsto en el artículo 188 del Código Penal, entonces, digo el portar un verdugillo, un cuchillo, no es delito, en consecuencia no se me puede hacer ninguna imputación penal si sólo se me encuentra con alguno de esos objetos citados, pero el portar arma de fuego sí lo es y se me puede procesar y llegar a condenar incluso, entonces, como se puede dar el mismo trato al subsumir la conducta en el robo a mano armada, cuando una clase de arma el solo poseerla y ser idónea para causar un daño, la ley la ha tipificado como conducta delictiva, con el hecho de poseer otra arma cuya sola posesión no me hace desarrollar un tipo penal, siendo así las consecuencias tienen que ser diferentes, además para cometer el delito de robo con uso de arma de fuego, se ha tenido primero que premunir de dicha arma de fuego que al estar abastecida ya se incurrió en delito, pues ahí estamos ante un delito de peligro abstracto, el sólo hecho de portar un arma de fuego con idoneidad para causar un perjuicio, sin contar con la licencia respectiva hace que se desarrolle el tipo penal, por lo que al cometer el robo agravado se ha desarrollado otra conducta que está prevista como delito y que amerita también una pena, ello es importante, pues según el criterio a adoptarse va a incidir en la pena a imponerse conforme al artículo 50 del Código Penal, es verdad que cualquier clase de armas que se utilice en la comisión de un delito si se trata de una persona diestra en el uso de ese tipo de armas, la puede convertir en mortal, sin embargo la diferencia la hace el principio de legalidad previsto en el artículo II del título preliminar del Código Penal, de otro lado cabe preguntarse si se procede a investigar sólo el robo agravado porque la Tenencia

Illegal de Arma de Fuego se subsume en el primer delito, en caso de no acreditarse responsabilidad penal en el robo, se tendría que hacer nueva investigación relacionada a la tenencia ilegal del arma de fuego, lo que no ocurriría si la investigación es por ambos delitos que se encontrarse responsabilidad en ambos se aplicaría las respectivas penas y de sólo acreditarse uno de ellos se condena por el hecho delictivo acreditado.

Como he sostenido líneas arriba, en el caso del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, al ser un delito de peligro, basta que exista lo necesario para poner en peligro el bien jurídico para que pueda ser penado, esto es que en cada caso debe hacerse el debido análisis para determinar si la conducta desarrollada fue capaz y suficiente para poner en peligro dicho bien jurídico, pues si porta un arma de fuego que puede estar en buen estado de funcionamiento, pero para el robo que va a cometer no la lleva abastecida, significa que la lleva para cometer el delito bajo amenaza o bien puede utilizarla como un objeto contundente, en tal caso no hay responsabilidad penal por la tenencia del arma y en tal situación si cabe únicamente condenar por delito de robo agravado a mano armada porque con esa arma de fuego desabastecida no es idónea para considerar en peligro el bien jurídico "seguridad pública", pero no en el caso en que el arma se encuentra en normal estado de funcionamiento y conservación, debidamente abastecida y la utilice para cometer el robo, en este último caso asumo la posición de que no cabe la subsunción ya que se trata de 2 conductas desarrolladas en forma independiente y en momentos diferentes que al ser descubierto en posesión del arma de fuego, antes de cometer el robo, ya desarrolló una conducta prohibida, en consecuencia debe condenarse por ambos delitos, pues como se ha visto no sólo se atenta contra bienes jurídicos distintos, sino además se consuman en dos momentos diferentes, en conclusión nos encontramos ante un concurso real de delitos, que conforme al artículo 50 del Código Penal deben sumarse las penas, caso contrario queda impune la comisión de un delito que en estos tiempos se está convirtiendo en un delito muy frecuente.

A. La Consumación del Delito de Robo Agravado

En el caso de los delitos contra la propiedad, específicamente los supuestos de hurto y robo (que es su especie calificada por el empleo de fuerza o violencia para lograr el apoderamiento, incluido los supuestos agravados), donde el objeto material del delito son los bienes muebles, han existido muchas teorías respecto al momento consumativo de estas figuras delictivas, porque para unos se consumaba el delito con el mero desapoderamiento del bien sin importar si inmediatamente se lograra recuperar; sin embargo, la sola exigencia del desapoderamiento, pronto generó dificultad es porque la afirmación de que se haya o no producido el desapoderamiento, dependía de las variadas formas en que pueda realizarse la exclusión del propietario y la ocupación de la cosa por el ladrón, para lo cual tenía que considerarse no sólo el ánimo de apoderamiento, sino también el hecho de poder hacer actos dispositivos, toda vez que mientras ello no ocurriera, no se podría hablar de hurto o robo consumado.

Esta discusión, incluso surgía desde el momento de la determinación del bien jurídico protegido, ya que para algunos este podía ser el patrimonio, pero como sabemos un concepto amplio de este, incluye también las deudas de una persona. Mientras que para otros, estaba constituido por la propiedad y por la posesión de las cosas; el derecho de dominio de las cosas muebles en sentido estricto; la propiedad y la custodia; o finalmente la propiedad por medio de la posesión. Aunque no se puede dejar de mencionar que algunos consideraron que el bien jurídico protegido era la “incolumidad del vínculo de poder efectivo que liga a las personas con las cosas que tienen consigo” que llevaría a la persona a ejercer sobre el bien actos de disposición física, o gozar de su disponibilidad material.

Estos aspectos llevaron a fijar una posición respecto a la consumación ya sea en el “apoderamiento” o en el

“desapoderamiento”, generándose así teorías como la “amotio” (remoción de una cosa, moverla de su sitio normal o posesión precedente para apoderarse de la misma), la “illatio” (el logro del ladrón de poner la cosa a buen resguardo), “ablatoirei” (traslado de la cosa o alejamiento de la cosa hurtada de la custodia de la víctima), la “apprehensioi” (simple captación material del objeto o cosa), la “locupletatio” (aprovechamiento de la cosa por parte del sujeto agente) o “contrectatio o attrectatio” (hace hincapié en el mero tocamiento de la cosa).

Como quiera que el verbo rector “apoderar” ha sido utilizado por las diferentes legislaciones para construir los tipos penales de hurto y robo, es justamente la adecuada interpretación de este verbo, el que nos permitirá determinar el momento consumativo de estos delitos. Para Carlos Creus-quien comenta el tipo penal de hurto del Código argentino, que utiliza el mismo verbo para la construcción de los tipos penales de hurto y robo- el término apoderamiento se construye en base a un concepto compuesto, objetivo y subjetivo.

El aspecto subjetivo, implica que el agente tiene la voluntad de someter el bien objeto de delito a su poder de disposición; mientras que “objetivamente requiere, en primer lugar, el desapoderamiento de quien ejercía la tenencia de la cosa, lo cual implica quitarla de la llamada esfera de custodia, que no es otra cosa que la esfera dentro de la que el tenedor puede disponer de ella; no se trata pues de una noción necesariamente referida a un determinado lugar, sino a una determinada situación de la cosa, que permite el ejercicio del poder de disposición de ella: hay desapoderamiento cuando la acción del agente, al quitar la cosa de aquella esfera de custodia, impide que el tenedor ejerza sobre la misma sus poderes de disposición”; y continúa señalando que “justamente esa posibilidad de disposición es lo que define la esfera de custodia, que se extiende hasta donde el tenedor pueda hacer efectivas sus facultades sobre la cosa...”. En tanto el apoderamiento, se

caracteriza por la posibilidad de que el agente pueda realizar sobre la cosa actos materiales de disposición y que haya tenido su origen en la propia acción, por haber acrecido antes de ella, situación que nos lleva a sostener que el desapoderamiento no necesariamente implica por si mismo el apoderamiento, porque el desapoderamiento –como lo refiere el mismo Carlos Creus- sin apoderamiento puede dar lugar a una simple tentativa.

Alfonso Serrano Gomez, si bien no es muy claro al señalar el momento de la consumación del delito de robo -al comentar el supuesto español- toda vez que se limita a sostener que la consumación se produce en el momento –que el agente- consigue el objeto material del delito; sin embargo, cuando se refiere a la posibilidad de la tentativa, coincide con lo señalado por Carlos Creus, toda vez que señala que la tentativa se daría en el supuesto de que el autor luego de apoderarse del bien objeto de delito “no llega a poder disponer del mismo, aunque sea por un corto espacio de tiempo”, esclareciéndose más aún su posición al respecto cuando se tiene en cuenta la cita que hace a una sentencia española cuyo texto es el siguiente: “El recurrente, después de apoderarse del dinero del establecimiento bancario, logró alejarse de él, conforme lo dice la sentencia recurrida, y tener momentáneamente la posibilidad de disponer del dinero sustraído, que ocultó sobre su persona, siendo el dinero tan solo recuperado, cuando, posteriormente fue detenido”.

En nuestro país, la Corte Suprema, con voto singular del magistrado Balcazar Zelada, estableció como doctrina legal, respecto a los delitos de robo agravado, que el momento consumativo requiere la disponibilidad de la cosa sustraída por el agente, disponibilidad, más que real y efectiva debe ser potencial, esto es entendida como posibilidad material de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída, para lo cual considero que según nuestra legislación desde la perspectiva objetiva exige: a).- El desplazamiento físico

de la cosa del ámbito del poder patrimonial del tenedor -desde su esfera de posesión- a la del sujeto activo y; b).- La realización material de actos posesorios, de disposición sobre la misma. La acción de apoderarse-señala el criterio de la Corte Suprema- implica que el agente no sólo desapodere a la víctima de la cosa –adquiriendo poder sobre ella- sino también, como correlato, la pérdida actual sobre la misma, por parte de quien la tuviera, situación que permite diferenciar o situar en un momento distinto la desposesión del desapoderamiento.

Siendo en tal sentido que el criterio rector para identificar la consumación se sitúa en el momento en que el titular o poseedor de la cosa deja de tener a éste en el ámbito de protección dominical y, por consiguiente, cuando el agente pone la cosa bajo su poder de hecho; siendo este poder de hecho –resultado típico- el que permite la posibilidad de realizar sobre la cosa actos de disposición, aún cuando sólo sea por un breve tiempo, es decir cuando tiene el potencial ejercicio de facultades dominicales, siendo ese el momento en que es posible sostener que el autor consumó el delito. Es decir, nuestra Corte Suprema, desestimó –y así lo dice el acuerdo plenario- la teoría de la “aprehensio” o “contrectatio”, según la cual el momento consumativo está dado por el momento en que se toma la cosa; la “illatio”, la cual exige que la cosa haya quedado fuera del patrimonio del dueño y a la entera disposición del autor; ubicándose en un criterio intermedio que podría ser compatible con la “ablatio” que implica sacar la cosa de la esfera de custodia, de la vigilancia, o de la actividad del tenedor, efectivo dominio sobre la cosa; precisando además dicha sentencia, que el desplazamiento de la cosa en el espacio no es el elemento definitorio del hurto, sino el desplazamiento del sujeto que puede realizar actos de disposición; es decir la disponibilidad potencial, y por tanto la consumación del delito se produciría en los siguientes casos: a).- Si hubo posibilidad de disposición y pese a ello se detuvo al autor y recuperó en su integridad el botín, la

consumación ya se produjo; b).- Si el agente es sorprendido in fraganti o in situ y perseguido inmediatamente y sin interrupción es capturado con el íntegro del botín, así como en el curso de la persecución abandona el botín y este es recuperado, el delito quedó en grado de tentativa; y c) Si perseguidos los participantes en el hecho, es detenido uno o más de ellos pero otro u otros lograron escapar con el producto del robo, el delito se consumó para todos. Establecidos los criterios de la doctrina y de nuestra Corte Suprema sobre el momento consumativo del robo, es obvio que en el caso materia de análisis, no se puede sostener que estamos ante un supuesto de Robo agravado en grado de tentativa, sino en un supuesto consumado, por las siguientes razones: a).- Porque el objeto del robo no sólo está constituido por el vehículo que conducía el agraviado, sino otras pertenencias, las cuales no se lograron recuperar; b).- Cometido el desapoderamiento de las pertenencias personales del agraviado –entiéndase dinero obtenido de su actividad de taxista y otros- y del vehículo no se produjo ninguna persecución a los autores del hecho, por lo que no se puede sostener que el caso bajo análisis se ubique en el punto b) del párrafo precedente; c).- La captura de los sujetos que cometieron el delito se produce por un hecho circunstancial que la policía decide intervenir, sin conocer que dicho vehículo había sido robado y; d).- Porque desde el momento del robo hasta el momento de la intervención policial habían transcurrido un promedio de quince minutos, tiempo suficiente para que dentro de una ciudad los delincuentes hayan tenido la posibilidad de realizar sobre los bienes objeto de delito actos de disposición; y si bien alguien puede pensar que siendo el bien objeto de delito un vehículo, tal situación no resulta sencilla; sin embargo, la disposición del bien abarca una serie de posibilidades que va desde la sustracción de parte del bien (equipo, llantas, batería, etc.), su desmantelamiento en cualquier local destinado para esos fines, hasta la desaparición total del bien.

Es decir, resulta claro que en este caso se presentan los supuestos necesarios para sostener que estamos no sólo ante un desapoderamiento del bien al agraviado, y un consecuente apoderamiento por parte de los sujetos activos del delito, sino que los autores del hecho claramente han tenido la posibilidad de disposición; por lo que la Sala al declarar procedente la recalificación del Ministerio Público bajo el argumento del respeto del principio de correlación entre acusación y sentencia, ha convalidado de un modo sumamente facilista un error en la calificación del supuesto fáctico materia de juicio.

B. Descripción Legal.

El delito investigado se encuentra tipificado en el Código Penal exactamente en el **Art. 189°** en el cual expresamente se establece:

1. En casa Habitada.
2. Durante la noche y en lugar desolado.
3. A mano armada.
4. Con el concurso de dos o más personas
5. En cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajero de carga, terminales terrestres, ferroviarios, lacustres y fluviales, puertos, aeropuertos, restaurantes y afines, establecimiento de hospedaje, y lugares de alojamiento, áreas naturales protegidas, fuentes de agua minero - medicinales con fines turísticos, bienes inmuebles, integrantes del patrimonio cultural de la nación y museos.
6. Fingiendo de ser autoridad o servidor público trabajador del sector privado o mostrando mandamiento falso de autoridad.
7. En agravio de menores de edad, discapacitados, mujeres en estado de gravidez o ancianos.
8. Sobre vehículo automotor.

La pena será menor de veinte años, ni mayor de treinta años si el robo es cometido:

1. Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima.
2. Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o el empleo de drogas, insumos químicos o fármacos contra la víctima.
3. Colocando a la víctima a su familia en grave situación económica.
4. Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la nación.

La pena será de cadena perpetua cuando el agente actué en calidad de integrante de una organización delictiva o banda, o si como consecuencia del hecho se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental (Jurista Editores, 2011)

C. Tipificación del Delito: Análisis Sustantivo del Delito

a. Bien Jurídico Protegido

El bien jurídico protegido en este delito de Robo agravado es el: Patrimonio. Este a su vez, de acuerdo a la Real Academia de la Lengua Española (2001) es conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica.

b. Tipicidad Objetivo

Según Salinas (2010), el robo agravado exige la verificación de la concurrencia de todos los elementos objetivos y subjetivos de la figura del robo simple, luego debe verificarse la concurrencia de una de las agravante específica caso contrario es imposible hablar de robo agravado.

c. Tipicidad Subjetiva

En el dolo el agente es consciente de que quiere dañar el bien jurídico y lo hace. Los delitos dolosos de comisión se

caracterizan en la culpa, el sujeto no busca ni pretende lesionar el bien jurídico pero por su forma de actuar arriesgada y descuidada produce la lesión (Juristas Editores, 2011)

d. Grados de Desarrollo del Delito (Tentativa y Consumación)

En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena (Juristas Editores, 2011)

e. Agravantes

Los delitos contra el patrimonio están recogidos bajo la denominación genérica de delitos contra la propiedad, pero no debe entenderse en un sentido estricto, pues estos delitos también se refieren a la posesión y a otros derechos reales y obligaciones. Por eso, es preferible el término más amplio de delitos contra el patrimonio, aunque no todas las figuras recogidas en este Título se dirigen exclusivamente contra el patrimonio. Junto a los intereses patrimoniales vienen en juego otros como la vida, la libertad, etc. (Juristas Editores, 2011)

f. La pena

La pena que está prevista para este delito está contemplada en el Art. 189 que a la dice: no menor de doce ni mayor de veinte años (Jurista Editores, 2011)

D. Medios Impugnatorios

• **Recurso de Apelación**

Es un medio impugnatorio aplicable en el caso de los procesos penales sumarios de conformidad con el Decreto Legislativo N° 124. Se interpone contra los autos y la Sentencia. En el caso concreto se ha utilizado este medio impugnatorio contra la sentencia y lo ha interpuesto el

sentenciado, de conformidad con el Art. 7 del decreto antes citado.

- **Recurso de Nulidad**

Es el medio impugnatorio aplicable en el caso de los procesos penales Ordinarios, conforme es el caso en estudio, se encuentra regulado en el Art. 292 del Código de Procedimientos Penales que a la letra expone:

El recurso de nulidad procede contra:

- Las sentencias en los procesos ordinarios
- Los autos expedidos por la Sala Penal Superior, que en primera instancia revoquen la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio, la pena de multa, o las penas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres.
- Los autos definitivos dictados por la Sala Penal Superior, que en primera instancia, extingan la acción o impongan fin al procedimiento o a la instancia.
- Los autos emitidos por la Sala Penal Superior que, en primera instancia se pronuncien sobre la refundición de penas o la sustitución de penas por la retroactividad benigna o que limiten el derecho fundamental a la libertad personal y,
- Las resoluciones expresamente por la Ley.

E. La Determinación Judicial de la Pena en el Delito de Robo Agravado

El Derecho Penal peruano, a través del catálogo establecido en la parte especial del Código Penal, ha tipificado como uno de los delitos más recurrentes de nuestra realidad social: el robo agravado, el cual es recurrente debido al deficiente cuadro de valores que gran parte de la ciudadanía preserva, la cual se ha venido incrementando conforme al crecimiento económico que desde hace unos veinte años atrás aproximadamente viene teniendo el Perú, lo que ha traído consigo un alza en la

criminalidad en lo que a delitos patrimoniales. La combinación de estos aspectos, sumados a la coyuntura nacional, tales como los niveles de corrupción de las agencias estatales encargadas de la persecución delictual ha permitido que ciertos tipos de ilícitos penales tengan mayor incidencia en nuestra realidad peruana. El delito de robo agravado es uno de ellos, sino el más frecuente.

En esta línea directriz, evaluaremos si es que las penas impuestas en nuestra realidad judicial a sujetos que han cometido el delito de Robo agravado con escasa antijuricidad resultan ser proporcionales y justas a la luz de los principios de proporcionalidad y razonabilidad tantas veces pregonados por nuestro Tribunal Constitucional, siendo que en caso la respuesta sea negativa, trataremos de proponer un proyecto de modificación del Código Penal, pues creemos que con los criterios establecidos en los artículos 45º y 46º del Código Penal no se puede alcanzar una respuesta penal justa al delito cometido.

F. La Antijuricidad

Casi siempre, al considerar a la antijuricidad como una categoría del delito se nos viene la idea su definición relacionada a la contrariedad al ordenamiento jurídico, es decir, percibimos a la conducta antijurídica como aquella que es frontalmente opuesta al ordenamiento jurídico-penal vigente. Si bien ello es correcto desde una perspectiva formal (antijuricidad formal), ésta no es la única perspectiva desde que debemos analizar dicha categoría de la dogmática penal. También debemos comprender a la antijuricidad en términos materiales.

Haciendo un repaso histórico de la antijuricidad como elemento estructural del delito, el profesor Percy García Caveró refiere que: “la antijuricidad se determinó en un primer momento con criterios formales, por lo que una conducta típica era además antijurídica si contravenía una norma de prohibición o de

mandato. Así, mientras que la tipicidad tenía lugar en la subsunción de la conducta concreta en el tipo penal, la antijuricidad requería que esa conducta no contase con una norma permisiva que levantase excepcionalmente la prohibición o el mandato general. La concepción formal presentó, sin embargo, ciertas limitaciones, pues era incapaz de permitir una graduación de la gravedad del injusto. Desde el punto de vista de la infracción de la norma, no resulta posible diferenciar si las infracciones son más o menos graves. Estas limitaciones dieron pie a que la antijuricidad material se complementase con una antijuricidad material sustentada en el resultado lesivo de la conducta. En este orden de ideas, para que una conducta pudiese considerarse antijurídica resultaba necesario no sólo que constituyese una infracción no permitida de la norma penal, sino que tuviese lugar una lesión al bien jurídico. Si la conducta concreta tenía una escasa entidad de daño, no podía considerarse antijurídica, aun cuando hubiese sido formalmente una infracción a la ley penal.

Para los fines del presente trabajo de investigación la comprensión que sobre la antijuricidad material se tenga será esencial. Como vemos, si la antijuricidad en su acepción formal viene materializada como la contradicción al ordenamiento jurídico-penal, en términos materiales debe entenderse como aquellas conductas que afectan y lesionan considerablemente los bienes jurídicos penalmente protegidos.

Creemos que al enfatizar la idea de la antijuricidad material como la que afecta a los bienes jurídicos con grave entidad al daño causado, la misma debe analizarse a la luz de los principios de lesividad y proporcionalidad establecidos en los artículos IV y VIII del título preliminar del Código Penal.

G. Robo Agravado Realizado con Medios Típicos Particularmente Leves y Escaso Valor Económico del Objeto Material del Delito.

Como podemos observar del tipo base del delito de robo (Art. 188º del C.P.), el mismo a diferencia del hurto, debe ser cometido con violencia física o amenazas contra la víctima. En este sentido, puede encausarse a través de dos medios típicos: violencia física (vis absoluta) y/o amenazas (vis compulsiva).

El profesor Alonso Peña Cabrera Freyre, invocando al maestro Raúl Peña Cabrera refiere, respecto a la violencia, que: se habla entonces, en primera línea, de una violencia física, del despliegue de una energía muscular lo suficientemente intensa como para vencer la resistencia de la víctima o, los mecanismos de defensa que pueda anteponer para conjurar la agresión ilegítima. Atar, amordaza, golpear, empujar, apretar, o utilizar cualquier mecanismo, es emplear violencia material.

En el caso de las amenazas, estas significan “el anuncio de causar un mal posible, verosímil e inminente para la vida o integridad física de la víctima, descartándose cualquier amenaza que represente peligro para cualquier otro bien jurídico, como cuando se amenaza con destruir algún objeto valioso (vis in rebus), o difundir algunos aspectos íntimos de la víctima (este podría configurar el delito de chantaje previsto en el art. 201 del C.P.). La amenaza debe representar un peligro inminente, esto es, que el mal debe ser de realización inmediata”.

Existen supuestos fácticos en los cuales la concurrencia de alguno de estos medios típicos resultan ser de tal poca entidad que la concurrencia de las agravantes consistentes en “el concurso de dos o más personas” o “durante la noche o en lugar desolado” no pueden justificar de por sí penas tan graves como las previstas en el primer párrafo del artículo 189º del Código

Penal, cuyo extremo mínimo es de doce años de pena privativa de libertad.

Nos encontramos por ejemplo en el caso de aquel sujeto que arrebatara un bolso o monedero que contiene unos cuantos soles adentro, utilizando leve violencia como un jalón de cabellos, un manotazo en los brazos a fin de que evitar o vencer la resistencia de su víctima, o quizá empujándola levemente, o jalando del lazo del bolso ocasionando cierto dolor en el hombro de la agraviada. En estos casos, en los que incluso el examen médico legal practicado a la víctima puede no arrojar lesión alguna, resulta desproporcionado aplicar una pena concreta de doce años de pena privativa de libertad como mínimo, si es que se quiere ser benigno en la aplicación judicial de la pena.

Como se observa, en estos casos, además de utilizarse una violencia física mínima, el objeto material del delito resulta tener poco valor pecuniario, imaginémonos que además de dar un jalón de cabellos, peñizcon o empujón a la víctima, el agente se apodera de sus sandalias o gorro. Nos parece que la problemática esgrimida líneas arriba también puede aquí tener incidencia.

Para este tipo de supuestos resulta excesiva una sanción cuya penalidad conminada oscile entre los doce y veinte años de pena privativa de libertad, pues la poca entidad de los medios típicos utilizados por el agente para el apoderamiento del bien ajeno, aunado al escaso valor económico del objeto material del delito debe permitir aplicar una sanción acorde con la antijuricidad material de la acción desplegada, sanción que en términos concretos debe estar muy por debajo del mínimo legal establecido.

El problema radica en que, una vez detectado estos supuestos, podemos colegir que nuestro Código Penal no tiene las herramientas positivizadas que puedan dar una respuesta proporcional y justa para estos casos. Ello es así pues si aplicáramos los criterios para individualizar la pena establecidos en los artículos 45º y 46º del Código Penal no podríamos poner una pena por debajo del mínimo legal, es decir, menor a doce años de pena privativa de libertad, pues como sabemos, estos criterios sirven para definir una pena concreta siempre que esté dentro de los márgenes de la pena conminada para el delito en concreto, para el caso del delito de robo agravado establecido en el primer párrafo del artículo 189º del C.P., tales criterios servirán para establecer una pena que sea igual o mayor a doce y hasta veinte años de pena privativa de libertad, salvo que concurra alguna otra atenuante genérica que autorice disminuir la pena concreta por debajo del mínimo, como podrían ser los casos en los que concurran una causa de justificación imperfecta (artículo 21º del C.P.).

2.2. Fundamentos de Hecho y de Derecho

2.2.1. Fundamentos de Hecho

A. Valoración de las Pruebas

Las pruebas citadas llevan al convencimiento del juzgador, de que:

1. El quince de agosto del año dos mil siete los acusados Juan José Vega Carhuancho, Félix Iván Alejandro Ramos y el testigo WILSON INOCENTE PINEDO RECUAY, estuvieron bebiendo licor (calientes) en el local Piso Dos a inmediaciones del ovalo del distrito de San Agustín de Cajas, de la carretera central margen izquierda; aproximadamente entre las siete de la noche y las doce de la noche. Que si bien estuvieron en el mismo local, Vega Carhuancho se encontraba con otras personas, entre

varones y mujeres, en otra mesa y solo unos momentos compartieron unos vasos de bebidas. Que Vega Carhuacho salió primero del local con los integrantes de su grupo; después salieron Félix Iván Alejandro Ramos y el testigo WILSON INOCENTE PINEDO RECUAY y ellos dos se dirigieron hacia el ovalo de San Agustín de Cajas, a donde continuaron bebiendo. Vega Carhuacho también estuvo por inmediaciones del Ovalo en mención. No se ha determinado que Vega Carhuacho haya estado bebiendo junto con Félix Iván Alejandro Ramos y el testigo WILSON INOCENTE PINEDO RECUAY en dicho lugar.

2. Que ese mismo día quince de agosto del año dos mil siete el agraviado ALEXANDER JOSUÉ TITO GARCÍA, llegó al ovalo de Cajas aproximadamente a las once y treinta de la noche a bordo de una camioneta rural dedicada al transporte público de pasajeros, (una combi); se bajó en dicho lugar para ir a su domicilio que esta ubicado cerca al lugar de los hechos.
3. Que el día quince de agosto del año dos mil siete, aproximadamente a las once y treinta de la noche, en el paradero del óvalo del distrito de San Agustín de Cajas Alexander Josué Tito García fue atacado y agredido, a consecuencia de ello quedo lesionado, según se describe en el Certificado Médico Legal N° 009197, que describe: tumefacción equimosis de 3 cm de dm en cuero cabelludo de región frontal, excoriación de arrastre de 3 cm de dm en región frontal derecha, otra igual de 2cm de dm en región frontal izquierda, bilateral con tumefacción en región orbitaria derecha, hemorragia subconjuntival bilateral de 1 cm de dm Aprox. tumefacción mas excoriación de y tenue equimosis violácea en dorso de pirámide nasal, equimosis de 1 cm de dm en región geniana derecha, equimosis violácea de 2.5 cm de dm en mucosa de labio superior, otra igual de 2 cm de dm en mucosa de labio inferior, equimosis

violácea discontinua de 3 x 2 cm en región de hemicara izquierda, equimosis violácea discontinua de 4 cm de dm en cara lateral derecha de cuello. **Conclusiones: ocasionado por agente contundente duro y rose por superficie rugosa, atención facultativa de 03, incapacidad médico legal de 10 días.**

4. Que entre los atacantes estuvo JUAN JOSÉ VEGA CARHUANCHO, quien fue reconocido por el agraviado; hecho que se acredita con el Acta de Reconocimiento de persona en presencia física en la cual ALEXANDER JOSUÉ TITO GARCÍA reconoce a JUAN JOSÉ VEGA CARHUANCHO como una de las personas que lo agredió y robo el día 15AGO07. Que, por lo demás, esta declaración reúne los requisitos para tener mérito probatorio, según lo dispone el acuerdo del Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema Nro. 2-2005/CJ-116, décimo considerando, exige: "Que, tratándose de las declaraciones de un agraviado, aún cuando sea el único testigo de los hechos, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo, y por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. La garantía de una certeza serían las siguientes: a) Ausencia de incredibilidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado y imputado basadas en el odio, resentimiento, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza, b) Verosimilitud, que no solo incide en la coherencia solidez de la propia declaración, sino debe estar rodeadas de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que adoten de aptitud probatoria, c) **Persistencia en la incriminación (...)**". Pues es persistente, verosímil y coherente; además esta

corroborado por el dicho del acusado VEGA CARHUANCHO quien ha reconocido su participación en los hechos, quien a fojas catorce declara (pregunta y respuesta 11), que el agraviado tuvo un roce con su amigo "Iván" y que por ello se produjo una gresca en la cual patearon al agraviado en la cabeza y cuando lo dejaron tirado en el suelo, uno de los amigos de "Iván" le quito la mochila y se retiraron, que cruzaron la pista y se repartieron el contenido de la mochila que constaba de un radiador y cuadernos, pero como estaba mareado él no recuerda que otros objetos habían en la mochila, y que se ha llevado la mochila. sin embargo posteriormente, el acusado VEGA CARHUANCHO se desdice de este reconocimiento de cargos, argumentando no haber contado con un abogado, ni haber estado presente el fiscal al momento de su declaración, versión que se corrobora con su declaración primigenia pues no se encuentra consignado en dicha acta el señor abogado de su libre elección o abogado defensor público, máxime no obra firma alguna de abogado defensor

5. Después de la agresión al agraviado le sustraen sus pertenencias: un DVD portátil marca Phillips, documentos personales, un celular marca Motorola y unos le objetos cuya preexistencia se ha comprobado con las facturas y boletas de venta según lo ordena el artículo 245 del Código Procesal Penal de 1991, articulado vigente. cambio no se ha acreditado la preexistencia de una pulsera marca Casio una casaca con la que se encontraba vestido, un polón con cierre, y la suma de trescientos nuevos soles; respecto de esta suma de dinero, sólo existe una declaración jurada de la madre del agraviado quien dice haberle para que pague la pensión del SENATI.
6. Que existen suficientes medios de prueba para que este colegiado se forme convicción más allá de toda duda razonable, de la comisión del hecho y de la responsabilidad

del acusado JUAN JOSÉ VEGA CARHUANCHO, quien actuó con otros sujetos no identificados. Sin embargo debe atenderse que este acusado al momento de los hechos se encontraba en estado de ebriedad; sin haberse determinado el grado por la negligente actuación del titular de la carga de la prueba; circunstancia que ha de tenerse en cuenta al momento de determinarse judicialmente la pena.

7. Que respecto a la responsabilidad del acusado Félix Iván Alejandro Ramos, existe solo la sindicación de parte de su coimputado JUAN JOSÉ VEGA CARHUANCHO expuesta en su versión de los hechos a fojas catorce. Sin embargo los testigos WILSON INOCENTE PINEDA RECUAY, en su manifestación ha expresado que ha estado únicamente en compañía de Félix Iván Alejandro Ramos y que han estado libando en los alrededores del ovalo y que no han presenciado ningún acto ilícito y que un amigo mototaxista los ha llevado a casa de Félix Iván; también la declaración del testigo VÍCTOR ALFONSO DAVILA FABIÁN dijo que recogió a Iván y a WILSON en las inmediaciones del óvalo y que no ha presenciado los hechos materia de investigación y que tampoco ha visto en el lugar al procesado Juan Vega Carhuancho. Que en todo caso, la declaración del imputado Vega Carhuancho no reúnen las calidades exigidas por el acuerdo de Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema Nro. 2-2005/CJ-116, para ser considerado como prueba.

Por lo demás, el procesado FÉLIX IVAN ALEJANDRO RAMOS ha negado los cargos persistentemente, y su versión se corrobora con las versiones de los testigos ya mencionados. En cuanto a este acusado, la presunción de inocencia que le favorece no fue puesta en cuestión, pues el material probatorio es manifiestamente insuficiente, por lo que corresponde absolverlo.

2.3. Fundamentos de Derecho

2.3.1. Juicio de Tipicidad

El colegiado advierte que la Acusación Fiscal no ha precisado a que incisos se refiere, teniendo en cuenta que el texto normativo vigente al momento de cometido el hecho incriminado, contenía dos partes y en ambas se encuentran inciso 1) y 4); sin embargo, atendiendo al margen de pena indicada en la acusación, (quince años, esta es compatible con la pena de la primera parte del artículo 189; consecuentemente corresponde evaluar si concurren las circunstancias agravantes de los inciso 1) y 4).

"Artículo 188.- Robo.- El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

"Artículo 189.- Robo Agravado.- La pena será no menor de diez ni mayor de veinte años, si el robo es cometido: 1) En casa habitada. 4) Con el concurso de dos o más personas."

Que, al análisis dogmático jurídico penal, a nivel del tipo legal objetivo, el comportamiento del acusado se subsume a la descripción del tipo penal contenido en el artículo **ciento ochenta y nueve inciso cuatro del Código Penal**, que configura el tipo legal específico de **ROBO AGRAVADO** tanto en su aspecto objetivo como subjetivo; pues está acreditado la intervención de dos o más personas, aunque no estén identificadas, esto no obsta de afirmar que la concurrencia de esta circunstancia agravante. Hecho que ocurrió en vía pública, por lo que no está probada la circunstancia agravante de casa habitada.

Juicio de Antijuricidad

La conducta del acusado no está justificada.

Juicio de Imputación Personal

El injusto personal verificado, no obstante requiere ser imputado al autor y se requiere que este sea culpable, esto es responsable, porque se le puede exigir el comportamiento conforme a las normas. Aunque corresponde evaluar que si bien el acusado Vega Carhuacho supuestamente se encontraba en estado de ebriedad, esta no anulaba su conciencia de modo tal que pueda determinarse la concurrencia de causa exculpante de responsabilidad; en todo caso esta fue imperfecta, contrario sensu no obra en el expediente del presente caso documento idoneo que corrobore que el imputado Juan José Vega Carhuacho se encontraba en estado de ebriedad.

2.4. Aspectos del Código Penal Aplicables

2.4.1. Imposición de la Pena

Conforme prescriben el artículo cuarto del Título Preliminar del Código Penal la realización de derecho a sancionar del Estado sólo está justificada cuando se ha lesionado o se pone en peligro bienes jurídicos. Así mismo, según lo prescribe el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, sólo hay responsabilidad penal si existe vinculación personal del sujeto con el hecho y que las formas de vinculación admitida son dolo o culpa; y comprobada esta vinculación es exigible responsabilidad por la realización de tal hecho; es decir, el injusto tiene carácter personal. Se advierte de autos el actuar doloso del acusado, para cometer el hecho y haberlo consumado.

2.4.2. La Determinación Judicial de la Pena

Establecida la culpabilidad y por tanto la vinculación de los acusado con el hecho, será el principio político criminal de necesidad de pena. Principio de Proporcionalidad, la medida de la culpabilidad; proporcionalidad determinada por la jerarquía de los bienes jurídicos y el principio de dignidad de la persona. Por tanto la realización de la proporcionalidad se hará teniendo en cuenta la intensidad del ataque al bien jurídico, el grado de afectación y de vinculación de los acusados con el hecho punible realizado; de igual modo, la dignidad

atiende a las circunstancias personales, desigualdades, edad y la calidad de sujeto como fin que piden su utilización como un medio mediante la imposición de penas emplazadoras.

Así como para la determinación de la pena se deben tener en cuenta la responsabilidad y la gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificadorio de la responsabilidad, considerando especialmente, que en el presente caso resultan pertinentes: a.- Que el acusado, no registran antecedentes penales, b.- Que el acusado al momento del hecho se encontraban en estado de ebriedad, por lo que es de aplicación el artículo 21 concordante con el artículo 20 inciso 1) del Código Penal, por lo que corresponderá rebajar la pena por límites inferiores al mínimo legal.

2.4.3. Los Fines de la Pena.

Conforme prescribe el artículo noveno del Título Preliminar del Código Penal, la pena como último recurso del sistema de control social cumple una función preventiva, protectora y resocializadora. Finalidad que debe perseguirse por disposición constitucional, según lo prescribe el artículo 139 inciso 22; y lo afirma el Tribunal Constitucional: *"El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad"*. (Constitución Política, Artículo 139)

Capítulo III

Análisis del Caso

3.1. Análisis Detallado del Proceso seguido en el Caso

3.1.1. Primera Instancia

A. Fundamento

En la Sala de Audiencias de la Tercera Sala Penal de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, a los **NUEVE** días del mes de **MARZO** del año dos mil once,-siendo las **DIEZ** de la **mañana**, se **INSTALO** la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín, Presidida por el señor Juez Superior **IVÁN GUERRERO LÓPEZ** é integrada por los señores Jueces Superiores **CRISTÓBAL RODRÍGUEZ HUAMANI** quien actúa como director del debates **y EDUARDO TORRES GONZALES**; por impedimento del señor Juez superior MIGUEL ÁNGEL ARIAS ALFARO, se dio inicio a la Audiencia Oral a efectos del juzgamiento del acusado JUAN JOSÉ VEGA CARHUANCHO y FÉLIX IVAN ALEJANDRO RAMOS, por el delito de ROBO AGRAVADO en agravio de Alexander Josué Tito García.

En éste acto se encuentran presentes el señor Representante del Ministerio Público doctor **FRANK ROBERT ALMANZA ALTAMIRANO**, Secretario de Sala; quien da cuenta de la concurrencia a Juicio Oral de;

JUAN JOSÉ VEGA CARHUANCHO; quien se encuentra asesorado por su abogado; VIDAL MATEO COTARATE, con CAJ N° 1307.

ALEJANDRO RAMOS FÉLIX IVAN; quien se encuentra asesorado por su abogado; BARZOLA CÁRDENAS JOHN OSWALDO con CAJ N° 2398.

De conformidad a lo previsto en el artículo doscientos treinta y cuatro del Código de Procedimientos Penales, el Señor Presidente de la Sala DECLARA abiertala Audiencia Privada.

B. Pretensión Punitiva

Según la acusación fiscal de fojas doscientos setenta a doscientos setenta y tres, se le incrimina a los acusados:

"Que el día quince de agosto del 2007 horas 23:30 aproximadamente el agraviado Alexander Josué Tito García bajó de un vehículo combi en el paradero el óvalo del distrito de San Agustín de Cajas; quien se encontraba solo, momentos en que fue interceptado por cuatro personas dos de las cuales son el denunciado Juan José Vega Carhuancho y el denunciado Félix Iván Alejandro Ramos; los mismos que lo redujeron a golpes al agraviado hasta quedar en el suelo el mismo en el ínterin el agraviado reconoce a uno de ellos (al primero de los denunciados) donde le refiere "Yo te conozco" hecho que enardeció más a los agresores donde le comenzaron a tirar patadas en la cabeza hasta quedarse inconsciente donde proceden a robarle un DVD portátil marca Phillips, documentos personales, una pulsera marca Casio, una casaca con la que se encontraba vestido, un polon con cierre, unos lentes, un celular marca Motorola y la suma de trescientos nuevos soles. Tal como se encuentra acreditado la preexistencia de dichos bienes con las facturas y boletas de venta de dichos enceres las mismas que obran a Fs. 38/41. Por otro lado las lesiones que le ocasionaron dichos denunciados al agraviado se encuentran acreditadas con el certificado médico legal de fs. 10 que demuestran las agresiones sufridas por el agraviado. La participación de los denunciados se encuentra acreditada en la manifestación de la del denunciado Juan José Vega Carhuancho, obrante a fs. 15 de agosto respectivamente en la pregunta N° 11, donde el denunciado reconoce que el día de la fecha quince de agosto del años dos mil siete; a horas once y treinta de la noche aproximadamente se dirigió con rumbo al óvalo del distrito de San Agustín de Cajas, "momentos en que apareció el agraviado Alexander Josué Tito García donde tuvo un roce con uno de mis amigos y en ese momento es que se

produjo una gresca y en compañía de mis amigos lo agredimos físicamente con patadas y puñetes hasta tumbarle al suelo y en esos momentos mi amigo Ivan agarró la mochila del agraviado cuando estaba tirado en el suelo y se cargo en el brazo y después nos retiramos del lugar, para luego cruzar la pista y repartirnos las cosas de la mochila".

C. Alegatos de la Defensa

La manifestación de JUAN JOSÉ VEGA CARHUANCHO de fojas catorce en la cual dice: Que es cobrador de combi en la ruta de SAC - Ocopilla hace aprox. 4 años, que también trabaja como vigilante en el video Pub "el Riachuelo", que vive en compañía de sus padres, hermanos y menor hija. Que durante el 15 AGO 07 desde las hasta las 13: 45 estuvo en su casa y que a las 2.00 p.m. se dirigió al video pub ubicado en el óvalo de San Agustín de Cajas hasta las 21.30 p.m que después se dirigió a su casa en mototaxi. Que desconoce del delito cometido en agravio de ALEXANDER JOSUÉ TITO GARCÍA, y que se encuentra en la comisaría para rendir su declaración por haber sido citado, que desconoce el motivo por el cual se le sindicó como autor de este hecho. Que si ha participado en los hechos, que se encontraba en compañía de cuatro personas y que uno de ellos era la persona de IVÁN, que no recuerda su apellido, pero si su domicilio que está ubicado en el Jr. Bolognesi de San Agustín de Cajas y que las otra tres personas eran amigos de IVÁN y no conoce sus nombres y domicilios. Que a las 21:50 horas salió de su domicilio y se dirigió al óvalo de SAC y se encontró con cuatro de sus amigos, que estaban libando licor y entre ellos estaba IVAN y que a las 23.30 p m salieron del local llamado "casa amarilla" con dirección hacia el óvalo de San Agustín de Cajas momentos en ¹que apareció ALEXANDER JOSUÉ TITO GARCÍA, y tuvo un roce con uno de sus amigos cuando estaba miccionando y en ese momento comenzó la gresca, y que en compañía de las cuatro personas le agredieron

físicamente con patadas y puñetes hasta tumbarle al suelo y en esos momentos uno de los amigos de IVÁN agarro la mochila del agraviado cuando estaba tirado en el piso y se la puso en el brazo y se retiraron del lugar, quedándose el agraviado en el piso, que todos ellos cruzaron la pista y revisaron lo que tenía en la mochila y se repartieron las cosas como cuadernos y lapiceros y un pequeño transformador, que él se llevo la mochila. Que su amigo IVÁN es de contextura delgada y mide aprox. 1.70 m y es de cara redonda y tiene los cabellos ondeados y el segundo es de contextura delgada de 1.68 m y que los otros dos son morenos y delgados y de 1.60.1x1, que no ha sido COACCIONADO Y AMENAZADO de alguna manera para rendir la presente manifestación.

Declaración instructiva de fojas 56 y continuación a fojas 62, dice que se ratifica en su manifestación brindada ante la fiscalía. Que a las nueve y cincuenta salió de su casa con dirección al óvalo, sin embargo previo a ello estaba libando licor con sus amigos en el video pub "El riachuelo" esto es desde las seis y treinta de la noche, en el óvalo se encontró con sus amigos a quienes saludo y pregunto por sus otros amigos con quienes estaba tomando licor, le dijeron que no los habían visto, de allí se dirigió al video la Casa Amarilla y tampoco los ubico, de allí regresó al óvalo y se encontró con otro grupo de amigos y entre ellos estaba Iván, que estaban tomando licor durante un buen rato, no recordando el tiempo exacto, luego dos personas del grupo se fueron a miccionar, y luego paso un joven que ahora es el agraviado, que parecía también estar mareado y que en ese momento paso la gresca, participando todos los que estaban incluido el recurrente, que le tiraron puñetes, y patadas y cuando termino la gresca el declarante le pregunto a su amigo con quien estaba libando licor y este le dijo que este joven le había empujado y se ha mojado todo el pantalón y observo que uno de sus amigos agarro la mochila que llevaba el joven y empezó a tirar sus cosas en el parque y es allí donde empezaron a recoger sus cosas y a

llevárselas por lo que el declarante se llevó la mochila que estaba en el suelo. Que ha ido a la casa del agraviado a fin de solucionar el problema pero no aceptaron.

La manifestación de FÉLIX IVAN ALEJANDRO RAMOS, de fojas dieciocho, dice: Que es chofer de mototaxi en el distrito de San Agustín de Cajas hace dos años y vive en compañía de sus padres y su conviviente y dos menores hijos, que el día quince de agosto del año dos mil siete ha estado en su domicilio hasta las 15:00 Aprox. y después se fue a ensayar música, ya que participa de un pequeño grupo musical conformado por amigos y que estuvo en la casa de su amigo Vico y del cual no recuerda su apellido y que a las 18:00 Aprox. se dirigió hacia el óvalo de San Agustín de Cajas en compañía de su amigo Wilson Pinedo, después de estar un lapso de 50 minutos se dirigió al local llamado Piso Dos se encontró con unos amigos que conoce de vista, pero de los cuales no sabe sus nombres, y a horas 20.00 Aprox. ingreso al local el señor JUAN JOSÉ VEGA CARHUANCHO cuyo apelativo es CHOLA, quien se encontraba en compañía de un joven y dos mujeres una de ellas su prima RUTH, cuyos apellidos no recuerda, y como se conocían VEGA CARHUANCHO se le acercó y libaron licor (aguardiente) y a horas 22.50 se retiraron del lugar VEGA CARHUANCHO, su prima, amigo WILSON PNEDO y este regreso al local después de cinco minutos y le dijo que ya se habían ido los demás y que a las 22:30 horas Aprox. salió del local con su amigo Pinedo y como se encontraba mareado compró un caliente y se puso a tomar en el paradero Ovalo San Agustín de Cajas con sus amigos del mototaxi no recordando sus nombres. Que no se explica porque JUAN JOSÉ VEGA CARHUANCHO lo sindicó como cómplice de los hechos en agravio de ALEXANDER JOSUÉ TITO GARCÍA, pero de repente él habrá tenido problemas y como él estaba libando licor en el óvalo de San Agustín de Cajas lo estará sindicando como su cómplice ya que él ha estado hasta las 00:00 horas Aprox. en ese lugar y que no

recuerda incluso como ha llegado a su casa ya que se encontraba en total estado de ebriedad, que no sabe porque lo sindicaron como autor de este hecho, que si ha estado en el óvalo a las 23.30 Aprox. pero que ha estado en completo estado de ebriedad.

D. Declaración de la Parte Agraviada.

DE ALEXANDER JOSUÉ TITO GARCÍA de fojas diez, declara: se dedica a sus estudios, que está cursando el quinto ciclo de mecánica automotriz en la SENATI HYO, en el turno nocturno desde las 16:30 horas hasta las 22:00 y vive en compañía de sus padres DOMINGA GARCÍA y FLORENTINO TITO en la dirección ya indicada; que el día quince de agosto lo agarraron cuatro personas y que ha podido reconocer a uno de ellos que responde al nombre de JUAN VEGA CARHUANCHO y que vive en la Calle Huancayo Nro. 464 del Distrito de San Agustín de Cajas, se ratifica en todos los extremos de su denuncia fiscal, que el día de los hechos estaba regresando de su centro de estudios por lo que el vehículo que lo transportaba lo dejó en el óvalo de San Agustín de Cajas y que al descender del vehículo se agachó para ponerse la mochila al hombro momentos en que le forcejearon para quitarle la mochila y que fue JUAN JOSÉ VEGA CARHUANCHO y que en ese momento aparece un sujeto llamado FÉLIX IVAN ALEJANDRO RAMOS, y que ambos le llevaron a jalones hacia al canchón del paradero, que lo tumban al suelo y aman a otras dos personas que se encuentran en etapa de identificación, que le golpean la cabeza y que dicho lugar no es iluminado y que por los golpes se quedó inconsciente y se queda tirado en el suelo y que por ello llega a las dos de la mañana a su casa, que cuando despierta habían logrado arrebatarse la mochila, la misma que contenía libros, bombas de inyección, un DVD portátil, una calculadora y otros útiles de estudio, asimismo que le arrebataron de su bolsillo su celular y trescientos soles los mismos que era para pagar su pensión del

Instituto, que sus agresores estaban totalmente conscientes de sus acciones y que no les ha sentido olor a alcohol y que en la actualidad producto de la agresión sufre cefalea, y que en varias oportunidades las acusados han ido a su casa a amenazarle de que retire su denuncia.

E. Descripción de las Pruebas

Acta de Reconocimiento de persona en presencia física en la cual ALEXANDER JOSUÉ TITO GARCÍA RECONOCE A JUAN JOSÉ VEGA CARHUANCHO como una de la persona que lo agredió y robo el día 15AGOS07 y que lo conoce por este motivo y antes no lo ha visto. A fojas veintiuno.

Copia de TOMOGRAFÍA del cráneo de ALEXANDER JOSUÉ TITO GARCÍA, cuyas conclusiones son: **VENTRÍCULOS LATERALES MEDIANAMENTE COLAPSADOS, EVALUAR EDEMA CEREBRAL** realizado por PAUL BELSUZARRI RETAMOZO de la clínica Ortega a fojas 44.

Tres fotografías a colores, dos de perfil y una de frente, donde aparece el rostro de una persona varón, con diversos hematomas en el rostro, debajo de los ojos, frente pómulos, de fojas 45, se dice que es el agraviado.

Copia de Boleta de Venta TITO GARCÍA a fojas 46 de la Botica El Carmen a nombre de ALEXANDER.

- Copia de la Prescripción Médica de Alexander Josué Tito García, a fojas 48.

COPIA de FACTURA de PORTABLE DVD PLAYER, valorizado en \$250.00 dólares americanos, donde no aparece el nombre del comprador, a fojas 41.

Copia de boleta de Venta N 003140 de telefonía celular de la Empresa MOVICEL marca MOTOROLA, modelo V177 por el precio de s/. 199.00, a nombre de la compradora Libna García Javier, de fojas

Copia de medida de lentes de la Óptica Santa Lucia a nombre de LEXANDER JOSUÉ TITO GARCÍA, por el monto S/160.00 nuevos soles, de fojas 47.

Boleta de venta ORIGINAL de los anteojos por un monto de s/. 78.00 nuevos soles a fojas 221.

Declaración Jurada de DOMINGA GARCIA JAVIER en la cual la señora declara haber entregado la suma de S. / 300.00 nuevos soles a su hijo ALEXANDER JOSUÉ TITO GARCÍA para pagar su pensión de estudios superiores el día 15 de agosto del 2007 fojas 223.

Copia de Boleta de Pago por DUPLICADO de carnet DUAL, T INDUSTRIALES, A INDUSTRIALES por el monto de s/. 11.00 nuevos soles a favor de TITO GARCÍA ALEXANDER JOSUÉ. A fojas 226.

CONSTANCIA DE PARTICIPACIÓN de Sr. FÉLIX IVAN ALEJANDRO RAMOS como integrante del CUERPO DE SERENAZGO DE LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN AGUSTÍN DE CAJAS en la cual se señala que el interesado ha laborado el día 09/08/2010 por estar de turno y no ha podido ser relevado por faltar personal a fojas 308.

CERTIFICADO DE TRABAJO de VEGA CARHUANCHO JUAN JOSÉ emitido por la empresa de Transportes MUNICIPAL CAJAS S.A. Quien labora desde el 10/10/2010 hasta el presente, emitido el 21.12.2010.

Certificado de Antecedentes Penales de VEGA CARHUANCHO JUAN JOSÉ, en el cual se detalla que NO REGISTRA ANTECEDENTES PENALES, a fojas 91.

Certificado de Antecedentes Penales de ALEJANDRO RAMOS FÉLIX IVAN, en el cual se detalla que NO REGISTRA ANTECEDENTES PENALES. A fojas 92.

Pericias

El Certificado Médico Legal N° 009197- L a fojas 38 realizado a Tito García Alexander Josué, cuya descripción es: tumefacción equimosis de 3 cm de dm en cuero cabelludo de región frontal,

excoriación de arrastre de 3 cm de dm en región frontal derecha, otra igual de 2cm de dm en región frontal izquierda, equimosis bipalpebral, bilateral m con tumefacción en región orbitaria derecha, hemorragia subconjuntival bilateral de 1 cm de dm aprox. tumefacción mas excoriación de y tenue equimosis violácea en dorso de pirámide nasal, equimosis de 1 cm de dm en región geniana derecha, equimosis violácea de 2.5 cm de dm en mucosa de labio superior, otra igual de 2 cm de dm en mucosa de labio inferior, equimosis violácea discontinua de 3 x 2 cm en región de hemicara izquierda, equimosis violácea discontinua de 4 cm de dm en cara lateral derecha de cuello.

Conclusiones". Ocasionado por agente contundente duro y rose por superficie rugosa, atención facultativa de 03, incapacidad médico legal de 10 días, realizado por Neil Luis Ordaya Meléndez y Liliana Jesús Huamán reyes. Ratificado por Liliana Jesús Huamán Reyes a fojas 112.

Copia de la ULTRASONOGRAFÍA de ALEXANDER JOSUÉ TITO GARCÍA, realizada en la Clínica Ortega, de fojas cuarenta y tres a cuarenta y cinco, en la cual se INFORMA: examen de tomografía computarizada realizada mediante cortes de 5 mm. y 10 mm. Contraste realizado de la base hacia el ápex del cráneo o muestra: **tronco, bulbo, protuberancia:** de morfología y densidad tomo gráfica normales. **Corona radiada, cisuras, cisternas: presenta contenido hemático en poca cantidad.** Se aprecia hematoma intraparenquimal occipital derecho de 19.06mm x 11.2 mm. **Núcleos de la base:** Tálamo e hipotálamo de morfología y densidad tomo gráfica normales. **Ventrículos laterales:** medianamente colapsados. No se aprecia desplazamiento **de la línea media,** Estructuras óseas: presenta morfología y densidad tomo gráfica normal.

- Copia de Certificado Médico, en la cual se detallan la lesiones sufridas por el agraviado ALEXANDER JOUSE TITO GARCÍA de 27 años. Suscrito por Vladimir Roy Cerrón Rojas en la cual le

recomienda reposo de dos meses y mantener tratamiento especializado, a fojas 84.

Testigos

TESTIGO DIANA EMILIA GUZMÁN AQUINO, dice que no conoce a los dos señores que están presentes en esta sala de audiencias y no tiene ningún parentesco, que no sabe de qué le están hablando, que no sabe qué ha pasado el día 15 de Agosto del 2011. Que en el año 2007 domiciliaba en el distrito de Cajas y en la actualidad también, su dirección es Carretea Central 206 SAN AGUSTÍN DE CAJAS, que en el 15/08/2007 no ha presenciado ningún acto delictivo, no ha visto nada, que no conoce al señor ALEJANDRO JOSÉ TITO GARCÍA, el 15 de agosto del 2007 no sabe que ha ocurrido aproximadamente a las once y media de la noche no sabe de un robo, ya descansa a las nueve porque sale temprano, porque generalmente trabaja a las seis de la mañana y no sabe nada. Que no sabe si en el año del 2007 laboraba un vigilante de la zona por el óvalo y eso es del Municipio de que pueda haber cantidad de vigilantes y no va a estar cuidando, y no sabe nada.

TESTIGO VÍCTOR ALFONSO DAVILA FABIÁN, dice que es moto taxista en San Agustín de Cajas, aproximadamente cinco años, que es amigo de Félix Iván Alejandro, que son amigos y se dedican a la música y por la música nos conocimos y en una oportunidad tocaron en un concierto, que él también se dedicó en una oportunidad a la actividad de mototaxista en los años 2006 o 2007, que conoce de los hechos que se suscitaron el 15 de agosto dei dos mil siete pero no estaba atento, que el día de los hechos estaba ensayando en su casa de IVAN desde las tres a cinco y medio de la tarde; después IVÁN se fue con su amigo WILSON, y se puso a abajar eso cerca a las diez de la noche vio a IVÁN a partir de las once bien mareado en compañía de tres sujetos, reconociendo a Iván y a Wilson porque son sus amigos Y que al tercer sujeto no los reconoció, como es su amigo como trabaja con la moto lo recogió y lo llevo a su casa, y que esa vez

estaba viviendo en casa de su abuela de la Comisaría en la esquina entre LEONCIO PRADO Y BOLOGNESI. Que estaba con WILSON PINEDA, y que los dos no más estaban, que no vio ningún incidente.

F. Valoración de las Pruebas

Las pruebas citadas llevan al convencimiento del juzgador, de que:

1. El quince de agosto del 2007 los acusados Juan José Vega Carhuancho, Félix Iván Alejandro Ramos y el testigo WILSON INOCENTE PINEDO RECUAY, estuvieron bebiendo licor (calientes) en el local Piso Dos a inmediaciones del óvalo del distrito de San Agustín de Cajas, de la Carretera Central margen izquierda; aproximadamente entre las siete de la noche y las doce de la noche. Que si bien estuvieron en el mismo local, Vega Carhuancho se encontraba con otras personas, entre varones y mujeres, en otra mesa y solo unos momentos compartieron unos vasos de bebidas. Que Vega Carhuancho salió primero del local con los integrantes de su grupo; después salieron Félix Iván Alejandro Ramos y el testigo WILSON INOCENTE PINEDO RECUAY y ellos dos se dirigieron hacia el ovalo de San Agustín de Cajas, a donde continuaron bebiendo. Vega Carhuancho también estuvo por inmediaciones del Ovalo en mención. No se ha determinado que Vega Carhuancho haya estado bebiendo junto con Félix Iván Alejandro Ramos y el testigo WILSON INOCENTE PINEDO RECUAY en dicho lugar.
2. Que ese mismo quince de agosto del año dos mil siete el agraviado ALEXANDER JOSUÉ TITO GARCÍA, llegó al óvalo de Cajas aproximadamente a las once y treinta de la noche a bordo de una camioneta rural dedicada al transporte público de pasajeros, (una combi); se bajó en

dicho lugar para ir a su domicilio que ubicado cerca al lugar de los hechos.

3. Que el quince de agosto de dos mil siete, aproximadamente 23:30 de la noche, en el paradero del Ovalo del Distrito de San Agustín de Cajas Alexander Josué Tito García fue atacado y agredido, a consecuencia de ello quedo lesionado, según se describe en el Certificado Médico Legal N° 009197, que describe; tumefacción equimosis de 3 ele dm en cuero cabelludo de región frontal, excoriación de arrastre de 3 cm de dm en región frontal derecha, otra igual de 2cro de dm en región frontal izquierda, equimosis bipaiebral, bilateral con tumefacción en región orbitaria derecha, hemorragia subconjuntival bilateral de 1 cm de dm Aprox. tumefacción mas excoriación de y tenue equimosis violácea en dorso de pirámide nasal, equimosis de 1 cm de dm en región geniana derecha, equimosis violácea de 2.5 cm de dm en mucosa de labio superior, otra igual de 2 cm de dm en mucosa de labio inferior, equimosis violácea discontinua de 3 x 2 cm en región de hemicara izquierda, equimosis violácea discontinua de 4 cm de dm en cara lateral derecha de cuello. **Conclusiones: ocasionado por agente contundente duro y rose por superficie rugosa, atención facultativa de 03, incapacidad médico legal de 10 días.**
4. Que entre los atacantes estuvo JUAN JOSÉ VEGA CARHUANCHO, quien fue reconocido por el agraviado; hecho que se acredita con el Acta de Reconocimiento de persona en presencia física en la cual ALEXANDER JOSUÉ TITO GARCÍA reconoce a JUAN JOSÉ VEGA CARHUANCHO como una de las personas que lo agredió y robo el día 15AGO07. Que, por lo demás, esta declaración reúne los requisitos para tener mérito probatorio, según lo dispone el acuerdo del Pleno

Jurisdiccional de la Corte Suprema Nro. 2-2005/CJ-116, décimo considerando, exige: "*Que, tratándose de las declaraciones de un agraviado, aun cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico testis unus testis nullus, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo, y por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. La garantía de una certeza serían las siguientes: a) Ausencia de incredulidad subjetiva.- Es decir, que no existan relaciones entre agraviado y imputado basadas en el odio, resentimiento, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza, b) Verosimilitud, que no solo incide en la coherencia solidez de la propia declaración, sino debe estar rodeadas de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que la doten de aptitud probatoria, c) Persistencia en la incriminación (...)*". Pues es persistente, verosímil y coherente; además esta corroborado por el dicho del acusado VEGA CARHUANCHO quien ha reconocido su participación en los hechos, quien a fojas catorce declara (pregunta y respuesta 11), que el agraviado tuvo un roce con su amigo "Iván" y que por ello se produjo una gresca en la cual patearon al agraviado en la cabeza y cuando lo dejaron tirado en el suelo, uno de los amigos de "Iván" le quito la mochila y se retiraron, que cruzaron la pista y se repartieron el contenido de la mochila que constaba de un radiador y cuadernos, pero como estaba mareado él no recuerda que otros objetos abían en la mochila, y que se ha llevado la mochila.

5. Sin embargo posteriormente, el acusado VEGA CARHUANCHO se desdice de este reconocimiento de cargos, argumentando no haber contado con un abogado,

ni haber estado presente el fiscal al momento de su declaración, versión creíble en parte, pues su declaración primigenia está firmada por la representante del Ministerio Público.

G. Pretensión Penal

En la Acusación Fiscal se pide que se imponga a los acusados **quince años de pena privativa de libertad.**

Pretensión civil.

En la acusación fiscal, se solicita que se les imponga el pago de reparación civil por la **suma de dos mil nuevos soles.**

El agraviado a fojas ochenta se apersona al proceso y se constituye en parte civil pero no postulan una pretensión económica; se le da por constituidos en parte civil a fojas ochenta. No obstante la parte civil no ha hecho uso de la facultad que le reconoce el artículo 227 del Código de Procedimientos Penales ante el monto de ésta pretensión postulada por el Fiscal.

3.2. Segunda Instancia: Sala Penal de la Corte Superior.

3.2.1. Argumentos de la Apelación:

Fundamento el recurso de nulidad con los argumentos que a continuación paso a detallar:

Al expedir sentencia no se ha tomado en cuenta que:

El delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado se encuentra tipificado en el art. 189° inc. 1 y 4 del Código Penal (vigente al momento de los hechos) con una pena que oscila entre 10 a 20 años de pena privativa de libertad.

Al sentenciado Juan José Vega Carhuacho, se le ha impuesto cuatro años de pena privativa de libertad suspendida, sin embargo, el argumento esgrimido en la sentencia de que se habría encontrado en estado de ebriedad (no acreditándose el quantum de la misma), no justifica que se le haya impuesto una pena muy por debajo del mínimo legal.

Se ha probado que el día 15 de agosto del 2007 a horas 23.30 aproximadamente, en circunstancias en que el agraviado Alexander Josué Tito García bajaba de un vehículo combi en el paradero del ovalo del distrito de San Agustín de Cajas retornando de su centro de estudios, fue interceptado por los acusados Juan José Vega Carhuancho y Félix Iván Alejandro Ramos quienes participaron en los presentes hechos en compañía de otras personas no identificadas, siendo que el acusado Juan José Vega Carhuancho (según lo señalado por el agraviado), fue el que le arrebató su mochila, para junto con el acusado Félix Iván Alejandro Ramos (según lo señalado también por el propio agraviado), llevarlo a jalones a un canchón que queda al costado del paradero donde, llamando a otros dos sujetos mas donde todos le golpearon en la cabeza y diferentes partes del cuerpo hasta dejarlo inconsciente, conforme se acredita con el certificado médico legal de fs. 38, quitándole sus pertenencias: un DVD portátil marca Phillips, una pulsera marca Casio, una casaca, unos lentes, un celular marca Motorola, y la suma de 300.00 nuevos soles, que tenía en su mochila, y cuya preexistencia se acredita con las boletas y facturas de fs. 39/48 y 220/223, así como se prueba las imputaciones con el acta de reconocimiento de fs. 21/22.

Se ha probado con el acta de inspección judicial de fs. 118/120 y el acta de I.T.P de fs. 27, que el lugar hacia donde dice el agraviado fue arrastrado por los acusados y que esta al costado del paradero del óvalo del distrito de San Agustín de Cajas, es un área verde de regular extensión, lugar donde los acusados planificaron llevar al agraviado para quitarle sus pertenencias.

Se ha probado la participación de los acusados Juan José Vega Carhuancho y Félix Iván Alejandro Ramos en los presentes hechos, con la propia versión del acusado Juan José Vega Carhuancho brindada a nivel preliminar en presencia del Representante del Ministerio Público y que obra a fs. 14/17, donde ha señalado que estuvo tomando licor con su coacusado Félix Iván Alejandro Ramos y otras personas, y que uno de sus amigos tuvo un roce con el agraviado por lo cual todos lo agredieron físicamente y luego se

repartieron las cosas del agraviado, y que él (Vega Carhuanchu) se llevo su mochila.

3.2.2. Fallo:

PRIMERO.- Los mandatos judiciales se cumplen conforme a sus términos, tal y conforme así lo establece el inciso 2 del artículo 139 ° de la Constitución Política del Perú, concordante con lo previsto en el artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial. **SEGUNDO.-** Conforme a la sentencia de fecha 14 de junio del 2011 se condena JUAN JOSÉ VEGA CARHUANCHO por el delito contra el Patrimonio en la modalidad de Robo Agravado en agravio de Alexander Josué Tito García, y que conforme a la Ejecutoria Suprema que en copias certificadas corren a folios 455/462 declararon entre otro haber nulidaden la misma sentencia en el extremo que se impuso cuatro años de pena privativa de libertad, suspendido por el plazo de un año el período de prueba, reformándola le impusieron ocho años de pena privativa de libertad, la misma que se computará a partir de su recaptura e intemamiento en el establecimiento penal que corresponda". **TERCERO.-** Siendo así, debe reiterarse los oficios de captura e intemamiento al establecimiento penitenciario de Huamancaca Chico: sin perjuicio, debe remitirse los actuados al Primer Juzgado Penal de Huancayo, para el efectivo cumplimiento de la sentencia.

3.3. Análisis Crítico de la Actuación Formal de las Partes

3.3.1. Policía

Se sabe que a nivel de la doctrina y la jurisprudencia comparada, que los atestados de la policía tienen el genérico valor de "denuncia", por lo que, en sí mismos, no son medios, sino objeto de prueba.

Por esta razón, los hechos en ellos afirmados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios, como lo es la declaración testifical del funcionario de policía que intervino en el

atestado, medio probatorio este último a través del cual se ha de introducir necesariamente la declaración policial del detenido, pues nadie puede ser condenado con su solo dicho en el ámbito policial.

A la Policía judicial, más que realizar actos de prueba, lo que en realidad le compete es la "averiguación del delito y descubrimiento del delincuente", esto es, la realización de los actos de investigación pertinentes para acreditar el hecho punible y su autoría (fin probatorio e individualizador).

Esta facultad de investigación se desprende claramente del art. 166º de la Constitución, pues allí se le atribuye la potestad de "prevenir, investigar y combatir la delincuencia".

Sin embargo, junto a esta facultad investigadora también se le faculta excepcionalmente, y sin que ello contradiga lo dispuesto en la Constitución (art. 166º), a asumir una función aseguradora del cuerpo del delito, así como acreditar su preexistencia mediante los pertinentes actos de constancia (las actas policiales de incautación, inmovilización, de intervención, etc.).

La doctrina al igual que la jurisprudencia constitucional admiten, que tales actos de constancia tienen el valor de prueba preconstituida al igual que a todas aquellas diligencias que, como las fotografías, croquis, resultados de las pruebas alcoholométricas, etc., se limiten a reflejar fielmente determinados datos o elementos fácticos de la realidad externa que tienen que ser asegurados urgentemente en el momento de la intervención policial, caso contrario, dicha evidencia corre el riesgo de que se pierda, y el delito no pueda ser probado y su autor quede impune.

En resumen, la Policía generalmente realiza actos de investigación, y excepcionalmente actos de prueba, que reciben el nombre de prueba preconstituida, la misma que tendrá eficacia, siempre que sea urgente y necesaria, o que no pueda ser asegurada por el Juez a través de la prueba anticipada. Así, por ejemplo, no pueden constituir prueba preconstituida.

En nuestro país no está adecuadamente legislado, y tampoco delineado jurisprudencialmente, y mucho menos difundido, los

criterios por los cuales la Policía debe realizar los actos de investigación, y, de otro lado, los actos de aseguramiento probatorio (prueba de urgencia).

En la praxis, los jueces otorgan de la manera más diversa, valor a los medios de investigación que a los actos de prueba, razón por la cual, se puede seguir afirmando que en el Perú, se sigue condenando a las personas por el solo mérito del atestado policial.

El artículo 62º del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo 126, señala que la "...investigación policial previa que se hubiera llevado a cabo con intervención del Ministerio Público constituye elemento probatorio que deberá ser apreciado en su oportunidad por los jueces y tribunales, conforme lo dispuesto por el art. 283º de este Código...". Respecto a esta tenemos que dejar en claro lo siguiente: aun cuando la investigación policial se realice en presencia del Ministerio Público, ello no deja de referirse a los actos de investigación; y cuando menciona que "deberá" valorarse conforme el art. 283º de la Constitución se refiere a la valoración que con discrecionalidad se realizará de los actos de investigación obtenidos por la Policía, durante la fase preliminar, luego de que hayan sido introducidos al juicio oral, y convertidos así en actos de prueba.

3.3.2. Fiscalía

Mediante resolución S/N, de fecha 14 de junio del 2011, la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Junín (Tercera Sala Penal de Huancayo), absolvió de la acusación fiscal a FELIX IVAN ALEJANDRO RAMOS por insuficiencia de pruebas y/o presunción de inocencia; encontrando como responsable a la persona de JUAN JOSE VEGA CARHUANCHO por el delito referido imponiéndole la pena de cuatro años de pena privativa de libertad cuya ejecución se suspende bajo reglas de conducta por el periodo de un año de prueba.

3.3.3. Juez y Tribunal

El Juzgador enfrente un déficit probatorio, que por la naturaleza del delito, sólo pueda contar con la versión de la parte agraviada, consiguientemente, cuál debe ser la solución: darle valor probatorio a la versión de la víctima y condenar al acusado, o por otro lado, absolverlo. Sin duda, que esta situación crea un riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia, pues enfrenta como única prueba de cargo, a la declaración de la supuesta víctima del delito. Y este riesgo se hace extremo si la supuesta víctima es precisamente quien inició el proceso, mediante la correspondiente denuncia, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación.

El problema constitucional que genera este supuesto límite radica, en que basta con formular la acusación y sostenerla personalmente en el juicio, para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia, frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien le acusa.

3.4. Análisis de las Consideraciones Fundamentales

3.4.1. Policía

En nuestra legislación procesal penal, al no existir una definición legal de la flagrancia, se posibilita su práctica en muchos casos abusiva de parte de la Policía, y que tiene que ver directamente con el proceso de Hábeas Corpus, pues si se ampara dicha acción contra una detención policial, ello significa que no hubo flagrancia y que la detención policial fue ilegal.

Líneas arriba habíamos mencionado que la doctrina desarrolla tres (03) supuestos de flagrancia, pero cuál debe ser amparada según la Constitución?.

Consideramos, que en tanto la Ley no defina la flagrancia (para respetar el párrafo b del inciso 24 del art.2 de la Constitución), la interpretación válida nos debe conducir a ser entendida como un

estado de flagrancia strictu sensu, es decir, "el momento mismo de la comisión del delito", porque además, por ser la flagrancia un concepto que restringe el derecho fundamental de la libertad personal, su interpretación debe ser restringida y no extensiva.

El otro aspecto problemático, y que tiene que ver con la eficacia de la labor investigatoria, es el plazo de la detención policial. Para ello tenemos que acudir a los criterios de razonabilidad y necesidad a la inversa.

Es decir, preguntarnos si el plazo actual de la detención para los delitos comunes razonablemente permite una investigación mínimamente eficaz o no. Si es o no necesario ampliar el plazo de la detención policial para los delitos comunes, a fin de garantizar mínimamente su eficacia. Problema que ya se encuentra resuelto con la última reforma constitucional por el Congreso de la República, pues amplía el plazo de detención preliminar de 24 a 48 horas

3.4.2. Juez y Tribunal

En la praxis, los jueces otorgan de la manera más diversa, valor a los medios de investigación que a los actos de prueba, razón por la cual, se puede seguir afirmando que en el Perú, se sigue condenando a las personas por el solo mérito del atestado policial.

El art. 62º del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo 126, señala que la "...investigación policial previa que se hubiera llevado a cabo con intervención del Ministerio Público constituye elemento probatorio que deberá ser apreciado en su oportunidad por los jueces y tribunales, conforme lo dispuesto por el art. 283º de este Código...". Respecto a esta tenemos que dejar en claro lo siguiente: aun cuando la investigación policial se realice en presencia del Ministerio Público, ello no deja de referirse a los actos de investigación; y cuando menciona que "deberá" valorarse conforme el art. 283º de la Constitución se refiere a la valoración que con discrecionalidad se realizará de los actos de investigación obtenidos por la Policía, durante la fase preliminar, luego de que

hayan sido introducidos al juicio oral, y convertidos así en actos de prueba.

3.4.3. Abogados

El Derecho de Defensa incorpora dentro de sí dos principios fundamentales del proceso penal. el de contradicción, de carácter estructural al igual que la igualdad, y el acusatorio, vinculado al objeto del proceso al igual que los de legalidad-oportunidad.

El Derecho de defensa como derecho fundamental esta reconocido en el inciso 14 del artículo 139 de nuestra Constitución: (... El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad). Como derecho constitucional, garantiza a toda persona que es inculpada con un hecho punible, a ser informado absolutamente de la inculcación y que desde el inicio de la investigación hasta su culminación debe ser asistido por un defensor libremente elegido ; en virtud de este derecho se garantiza también a las personas, que en la determinación de sus derechos y obligaciones, sean estas de naturaleza civil, mercantil, penal o laboral, no queden en estado de indefensión. (Gimeno, 1998, Pág. 89).

3.4.4. Agraviado

Cuando el juicio versa sobre delincuencia organizada, es muy frecuente la presencia de este tipo de prueba testimonial, ya que constituye uno de los actos de prueba que los Jueces pueden tener en consideración para fundar la condena, pues no se excluye su validez y eficacia.

Sin embargo, la prueba testifical indirecta no puede llegar a desplazar o sustituir totalmente a la prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de

comparecencia del testigo presencial a la llamada del juicio oral, pues cuando existan testigos presenciales de los hechos el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos.

Esta doctrina tiene su antecedente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha declarado como contraria a lo dispuesto en el art. 6 del convenio Europeo de Derechos Humanos, la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral.

3.4.5. Imputados

No se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales cuando, de las diligencias practicadas, pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, bien por figurar así en cualquier medio de iniciación del proceso penal, por deducirse del estado de las actuaciones o por haber sido sometido a cualquier tipo de medida cautelar o acto de imputación formal ya que la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues, estando ligado el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación, se ha de ocasionar la frustración de aquel derecho fundamental si el juez de instrucción retrasa arbitrariamente la puesta en conocimiento de la imputación, razón por la cual dicha actuación procesal habría de estimarse contraria al art. 24 CE y, por ende, acreedora de la sanción procesal de la "prueba prohibida"

Lo anterior no hace sino insistir en la necesidad de modificar la legislación contra reos ausentes, y también demandar al Poder Judicial, la implementación de un eficaz mecanismo de emplazamiento en materia penal.

Sobre lo primero, la prohibición de condena en ausencia, debe extenderse al momento de la acusación, de tal manera que el ausente o no emplazado adecuadamente, no pueda ser acusado ni condenado

a sus espaldas. De esta manera se estará garantizado mejor el derecho de defensa del imputado durante la etapa instructoria.

3.4.6. Terceros

Lamentablemente en nuestra legislación, el Juez Penal encargado de probar el delito y la responsabilidad del imputado, es el mismo que tiene que decidir la adopción de medidas coercitivas contra el imputado y los terceros durante la fase instructoria, por lo que su posición procesal viola flagrantemente la garantía de la imparcialidad, y por ende, el debido proceso, al momento de decidir la medida coercitiva.

Es altamente probable, que el juez en su ánimo inquisidor, pueda haber amparado su juicio al decretar la detención, en aspectos distorsionados por la carga de prueba que se le impone, y no en criterios objetivos e imparciales. Recordemos, que la detención es excepcional y absolutamente necesaria, pero por la falta de imparcialidad objetiva, estos criterios son desechados, así como también se influye negativamente, en los juicios de prueba suficiente, pena probable y peligro procesal.

3.5. Análisis Crítico Específico de los Dictámenes Fiscales y de las Sentencias según corresponda recaídos en el Caso.

- En el caso bajo análisis, estamos ante un hecho donde no se trataba una desvinculación de un tipo penal a otro, sino de una recalificación respecto del grado de consumación del delito de robo agravado, por lo que la aplicación del artículo 397.2 del Código Procesal Penal tiene que efectuarse con las reservas del caso, porque se supone que el tema casi siempre va a entrar al debate, más aún cuando en casos como el materia de análisis las propias partes lo hicieron.
- Que en el caso donde las partes han podido debatir sobre el sentido de aplicación de la norma, no se produce afectación al derecho de defensa de las partes si el órgano jurisdiccional se desvincula de la acusación y aplica adecuadamente la ley, porque en tal supuesto, el principio acusatorio tiene que ceder al respeto o control de legalidad que le

corresponde al juez por estar ante un ámbito propio de su función, como es el de “decir” el derecho, y además porque ante cualquier error de las partes tiene que prevalecer el “iuranovit curia”.

- Lo que corresponde a los jueces ante la existencia de error en la acusación - específicamente en la calificación jurídica- donde no tenga la posibilidad de una recalificación de conformidad con el artículo 397.2 del Código Procesal Penal, es respetar estrictamente el principio de correlación y sentencia, lo que casi siempre lleva a la absolución del acusado al no haberse puesto al debate dicha recalificación.
- Los jueces no pueden bajo el principio de correlación y sentencia - especialmente a la luz del artículo 397.2 del Código Procesal Penal- convalidar un error del Ministerio Público y permitir la aplicación incorrecta de la ley penal, como sucede en el caso bajo análisis, donde ante un supuesto de delito consumado, convalidan la calificación de la existencia de un delito en grado de tentativa.
- En virtud de un error generado por el ente acusador de un delito, el órgano jurisdiccional no sólo está impedido de admitir el error, sino que vulnera la propia ley penal cuando en base a ese error otorga beneficios al acusado como en el caso materia de análisis donde aplica una pena menor a la que le hubiera correspondido si la norma hubiera sido aplicada correctamente.

Conclusiones

- En el nuevo modelo procesal penal se le exige al fiscal, en algunas instituciones jurídico-procesales, un especial deber, que es realizar un adecuado proceso para la determinación de la pena a solicitar, que si bien siempre existió en el anterior sistema inquisitivo mediante la acusación fiscal teniendo en cuenta la causa materia de investigación en el presente caso, se ha vulnerado el irrestricto derecho de defensa del imputado Juan José Vega Carhuancho, toda vez que a nivel preliminar al momento de recibirse la declaración del referido denunciado, no se encontraba presente su señor abogado defensor de libre elección contrario sensu abogado defensor público adscrito al Ministerio de Justicia, tal como se aprecia en su respectiva declaración la misma que se anexa a la presente. El artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos en el numeral 2), literales d) y e) textualmente se señala: “ d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor. e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;”. Se debe entender el término defenderse personalmente, cuando el inculpado fuere una persona de profesión abogado, quien no se encontraría impedido de realizar su auto defensa por ser un letrado, y siendo el objetivo genrral de la presente investigación el de determinar los criterios jurídicos y doctrinarios utilizados por los jueces de todas las instancias de la Corte Superios de Justicia de Junín es importante ser consientes de que estamos ahora dentro de un sistema garantista que hara que los magistrados realicen una correcta aplicación de la determinación judicial de la pena en aplicación de la legislación penal vigente.
- Consecuentemente ante la vulneración del derecho de defensa que le asistía al imputado Juan José Vega Carhuancho, y no habiendo advertido tal error material tanto por el juez de primera y segunda instancia, así como de los jueces supremos, toda vez que el presente caso fue elevado a la Corte Suprema en recurso de nulidad, por lo que en el caso materia de tesis, también se vulneró el derecho de debido proceso que le asistía al sentenciado antes señalado, por lo

tanto llegamos a la conclusión que la determinación de la pena trae consigo, necesariamente, la sistematización de todas las normas penales que a ella se refieran.

- Estando a lo señalado líneas precedentes, y tomándose en cuenta la vulneración del derecho de defensa y del debido proceso que le asistía al sentenciado Juan José Vega Carhuacho, consecuentemente los señores jueces de la Corte Suprema de la República del Perú, debieron de declarar la nulidad de todo lo actuado y disponer una nueva investigación y juicio oral, contrario sensu absolver de los cargos formulados por el representante del Ministerio Público al ahora sentenciado Juan José Vega Carhuacho, habiéndose hecho notar con la resolución que emitieron que no tuvieron en cuenta las tendencias jurisprudenciales y dogmáticas para efectuar una toma de posición.
- Por otra parte advertimos una carencia de motivación a la sentencia sin número de fecha catorce de junio del año dos mil once, emitido por la Tercera Sala Penal de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, en el extremo a la determinación judicial de la pena al acusado Juan José Vega Carhuacho, toda vez que impuso una pena muy benigna por debajo del mínimo legal es decir por debajo de los diez años de pena privativa de libertad, precisando que al acusado Juan José Vega Carhuacho la sala penal en referencia lo condenó a CUATRO AÑOS de pena privativa de libertad cuya ejecución se suspendió bajo ciertas reglas de conductas. El fundamento de la determinación judicial de la pena al presente caso fue que el acusado no registraba antecedentes penales y que el acusado al momento del hecho se encontraba en estado de ebriedad; definitivamente mal valorado toda vez que al acusado en referencia a nivel preliminar no se le practicó la pericia correspondiente a fin de determinar si se encontraba o no en estado de ebriedad, pues no obra documento idóneo en el expediente número 2801-2007, que corrobore si el acusado Juan José Vega Carhuacho al momento de los hechos se encontraba en estado de ebriedad. Creemos que el punto de partida es definir dos conceptos que desde nuestro punto de vista son diferentes. Estos son “determinación” e “individualización” de la pena, en el presente caso es evidente que los jueces superiores no han

diferenciado los términos, dado que precisan que para individualizar la pena habrá que determinarla.

- La Corte Suprema de la República, mediante recurso de nulidad, corrigió el error de la Tercera Sala Penal de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín en cuanto a la determinación judicial de la pena impuesta al acusado Juan José Vega Carhuancho, toda vez que en su séptimo considerando señala que la pena para el presente caso va entre una sanción penal no menor de diez ni mayor de veinte años de pena privativa de libertad, por tanto es en este rango que se debe basar la pena a imponer, estableciéndose que si en un determinado proceso, existen figuras premiales, estas deben ser aplicadas de acuerdo a ley, situación que en el presente caso no se anota, ya que, el encausado Juan José Vega Carhuancho negó los hechos materia de imputación, consecuentemente no se evidencia que haya tenido otro beneficio premial, como la confesión sincera o la conclusión anticipada. Por ello, no es aplicable en el presente caso la disminución de la pena de manera tan desproporcional como la impuesta por la Sala Penal aludida. Por estos fundamentos es que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, declara haber nulidad en la sentencia aludida en el extremo que impuso a Juan José Vega Carhuancho, cuatro años de pena privativa de libertad, suspendido por el plazo de un año el periodo de prueba, reformándola le IMPUSIERON ocho años de pena privativa de libertad, lo que nos hace concluir que la determinación de la pena aplicable al caso concreto no se satisface solo con esbozar la subsunción de los hechos al Derecho para que, en definitiva, se posibilite la determinación numérica del quantum o intensidad de la sanción. Por el contrario, para la aplicabilidad práctica de la pena sobre efectivamente un realce garantista, ha de adscribirse e interrelacionarse en un terreno mixto o ecléctico, en el que inciden no solo argumentos relativos al hecho delictivo cometido y que se encuentran vinculados a las normas tradicionales de imputación objetiva, sino que, además, han de tener injerencia una serie de elementos argumentativos, sustentados en base a reglas y principios que tengan relación directa con las diversas teorías sobre los denominados fines de la pena.

Recomendaciones

- Como una de nuestras recomendaciones, es que la presidencia de la Corte Superior de Justicia de Junín, deberá fomentar la capacitación en temas de derecho penal, procesal penal entre otros, en forma permanente y de participación obligatoria de todos los jueces que la integran en sus diferentes niveles, teniendo en cuenta que todo cambio en la conminación penal es una decisión política del legislador que corresponde a los que en la teoría da las consecuencias jurídicas del delito se denomina la “individualización legal o legislativa de la pena”. En ese sentido sus efectos retroactivos sobre una pena concreta o individualizada judicialmente son directos y objetivos.
- Cada juez de la Corte Superior de Justicia de Junín, en sus diferentes instancias, por cada año judicial, deben participar entre cuatro a cinco actividades académicas en forma obligatoria, la mismas que tendran un mínimo de ciento diez horas académicas y certificadas por la Academia de la Magistratura, la misma que deberán ser presentadas ante el Consejo Nacional de la Magistratura al final de cada año judicial.
- El Consejo Nacional de la Magistratura, para la evaluación de ratificación de los jueces en sus diferentes instancias del Poder Judicial, deberá tener en cuenta la capacitación en la especialidad al cargo que ostenta cada magistrado durante su periodo de nombramiento, es decir durante los siete años, debiendo de tomar en cuenta los grados académicos, post grados, diplomados presenciales, cursos y seminarios presenciales con más de ciento diez horas académicas, llevados ante la Academia de la Magistratura.
- El Colegiado Superior o en su defecto los integrantes de las salas penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, cuando emitan sus fallos deben de tener en cuenta la jurisprudencia, mas aun si para aquel entonces se habia llevado acabo el Pleno Jurisdiccional de Trujillo llevado a cabo el año 2004 donde se tomo en consideración que los efectos de la ley penal mas favorable sobre sentencias condenatorias en ejecución, a los que alude el parrafo in fine del

artículo 6 del Código Penal, deben evaluarse y definirse en cada caso concreto con arreglo a las exigencias del principio de legalidad y proporcionalidad.

- Los magistrados de los Juzgados y Salas Penales de la Corte Superior de Justicia de Junín al emitir sus resoluciones deben tener en cuenta que el delito de robo agravado es un delito pruriofensivo, en el cual el comportamiento delictivo vulnera varios bienes jurídicos tales como la libertad, integridad física y patrimonio; que siendo esto así, en el caso de autos, resulta ser agraviado Alexander Josué Tito Ramos, contra quien el agente desplegó su actividad delictiva, la cual debió tener una sanción ejemplar.

Bibliográfica

- Alzamora, L. (s.f.). *Derecho Constitucional Privado y del Perú*, Lima: Universitaria.
- Bramont, A (1998). *Código penal*, Lima: Editora San Marcos.
- Cobo, D. R. y Vives A. (1999). *Derecho penal*, España: Tirant lo Blanch.
- García, P. (2008). *Lecciones de Derecho Penal*, Lima: Grijley.
- Galvez, T. (2011). *Derecho Penal, Parte Especial*, Lima: Jurista Editores.
- Gimeno, V. (1998). *Constitución y proceso*, Madrid: Tecnos.
- Hurtado, J (s.f.). *Responsabilidad y culpabilidad*, Lima: Jakobs Estudios.
- Muñoz, C. y García, A. (s.f.). *Derecho Penal*, Barcelona: Editorial Tirant Lo Blanch, pág. 581.
- Mir, P., (s. f). *Derecho Penal*, Barcelona: Editorial Tirant Lo Blanch, pág. 743
- Peña, A. (2010). *Derecho Penal, Parte Especial*, Lima: IDEMSA.
- Prado (s.f.). *Comentarios*, pág. 21 y ss.; para el Anteproyecto de 1.986, Velásquez.
- Prado (s.f.). *Comentarios*, pág. 15, aunque afirmando cosa que ningún jurista democrático debería hacer— que los Arts. I y IX "están de más" en el C. P. peruano (Cfr. pág. 16).
- Quintero, O. (s.f.). *Determinación de la Pena*, págs. 54 y ss.
- Quintero, O.; Morales, P. (s.f.) *Manual*, pág. 708.
- Rojas, F. (s.f.). *Derecho Penal*, tomo II, parte especial, Tercera edición. IDEMSA, pág. 262.
- Roxin,(s.f). *En Culpabilidad y Prevención*, pág. 103.
- Salinas, R. (2007). *Derecho Penal, Parte Especial*, Lima: Grijley.
- Villavicencio (s.f.). *Código penal*, Peña Cabrera, Tratado, tomo I, 526. págs. 193 y ss.
- Von, H. (s.f.) *Censurar y castigar*, con prólogo de LARRAURI, págs, 11 y ss.
- Zaffaroni (s.f.). *Comentando el Art. 41 del Código argentino*, tratado, tomo V, pág. 312
- Zaffaroni (s.f.). *La referencia puede identificarse con lo que actualmente se denomina, co-culpabilidad*, Tratado, tomo V, pág. 314.
- Zaffaroni, (s.f.). *Tratado*, tomo V, págs. 276 y 277; también Hurtado Pozo: "Responsabilidad y culpabilidad", pág. 54.

Zaffaroni, (s.f.). *Tratado*, tomo V, págs. 275 y ss. Una clasificación distinta en Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canut (Cfr. Manual, págs. 706 y 707)

Anexos

1. Se adjunta a la presente, copia de la declaración preliminar del agraviado Alexander Josue Tito Garcia, derivado del caso 2801-2007, seguida contra Juan José Vega Carhuancho, por el delito de Robo agravado en agravio de Alexander Josue Tito Garcia.
2. Copia de la declaración premilinar del sentenciado Juan José Vega Carhuancho, derivado del caso 2801-2007, seguida contra Juan José Vega Carhuancho, por el delito de Robo agravado en agravio de Alexander Josue Tito Garcia.
3. Copia del acta de la diligencia de continuación de declaración instructiva del inculpado Juan José Vega Carhuancho, derivado del caso 2801-2007, seguida contra Juan José Vega Carhuancho, por el delito de Robo agravado en agravio de Alexander Josue Tito Garcia.
4. Copia del acta de continuación de juicio oral, de fecha diez de marzo del año dos mil once, derivado del expediente 2801-2007, director de debates Dr. Rodriguez Huamaní.
5. Copia de la sentencia S/N de fecha catorce de junio de dos mil once, emitida por la Tercera Sala Penal de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, derivado del expediente 2801-2007, seguida contra Juan José Vega Carhuancho, por el delito de Robo agravado en agravio de Alexander Josue Tito Garcia.
6. Copia del fundamento de recurso de nulidad contra la sentencia de fecha catorce de junio del año dos mil once, presentada por el fiscal adjunto superior de la Tercera Fiscalía Superior Penal de Junín, derivado del expediente 2801-2007, seguida contra Juan José Vega Carhuancho, por el delito de Robo agravado en agravio de Alexander Josue Tito Garcia.
7. Copia de la Ejecutoria Suprema, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, recaída en el Recurso de Nulidad número 2995-2011,

derivado del expediente 2801-2007, seguida contra Juan José Vega Carhuacho, por el delito de Robo agravado en agravio de Alexander Josue Tito Garcia.