



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE DERECHO

**"LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CIRCUNSTANCIAS
ESPECÍFICAS Y ATENUANTES PRIVILEGIADAS EN LA
DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL DISTRITO
JUDICIAL LIMA SUR"**

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

AUTOR:

Christopher Efrain Ramos Muñante

ASESOR TEMÁTICO:

Dr. César Augusto Israel Ballena

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

Derecho Penal

LIMA- PERÚ

2017

DEDICATORIA

A mi abuelos Teresa Mejía y Miguel Angulo, quienes me amaron y cuidaron sin hacer distinción alguna.

A mis padres, Walter Muñante, Flavia Angulo, Lucy Muñante y Ricardo Ramos, por el apoyo incondicional, por resultar mi mayor inspiración en mis aspiraciones personales, por la inquebrantable fe que mostraron siempre en cualquiera de mis proyectos.

A mis hermanos, Karint, Gerson y Efrain Muñante Angulo, Jordano y Jamir Ramos Muñante, otorgándome amor en los días más difíciles, cariño cuando había historias tristes que contar, y quienes celebraron las victorias que humildemente pude alcanzar.

A Karint Jhinnet Álvarez Muñante y Leonardo Gabriel Álvarez Muñante, mis dos más grandes razones para hacerle frente a la vida, a quienes me enseñaron a sentir diversas formas de amor.

A Evelyn Yessenia Rujel Coronado, por ser mi más leal compañera, por lo complejo de nuestras vidas en la tormentosa espera, por la perpetuidad del sentir.

AGRADECIMIENTO

Al Dr. Danny Fernando Campana Añasco, mi maestro y amigo, por el aliento en esta travesía universitaria, por sus enseñanzas desde la más temprana etapa estudiantil, sin quien no me habría resultado posible llegar hasta aquí.

A mi asesor César Augusto Israel Ballena por poner a mi disposición su experticia como profesional del Derecho y absolver las dudas planteadas sin importar el momento.

A Christopher Chávez Goicochea y Susana Burga Vizcarra, quienes siempre me prestaron apoyo incondicional, siendo el soporte de esta investigación.

Señores miembros del Jurado:

En cumplimiento del Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad César Vallejo presento ante ustedes la Tesis titulada “Las naturaleza jurídica de las circunstancias específicas y atenuantes privilegiadas en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Lima Sur”, la misma que someto a vuestra consideración y espero que cumpla con los requisitos de aprobación para obtener el título Profesional de Derecho.

Christopher Efraín Ramos Muñante.

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Yo, Christopher Efrain Ramos Muñante, con DNI N° 46308096, a efecto de cumplir con las disposiciones vigentes consideradas en el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad César Vallejo, Facultad de Derecho, Escuela de Derecho, declaro bajo juramento que toda la documentación que acompaño es veraz y auténtica.

Así mismo, declaro también bajo juramento que todos los datos e información que se presenta en la presente tesis son auténticos y veraces.

En tal sentido asumo la responsabilidad que corresponda ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión tanto de los documentos como de información aportada por lo cual me someto a lo dispuesto en las normas académicas de la Universidad César Vallejo.

Lima, 16 de octubre de 2017

Christopher Efrain Ramos Muñante

ÍNDICE

RESUMEN	viii
ABSTRACT	ix
GENERALIDADES.....	x
I. INTRODUCCIÓN	xi
I.1 Aproximación temática.....	12
I.2 Trabajos previos o antecedentes	18
I.3 Teorías relacionadas al tema.....	20
I.3.1 Principio de legalidad.....	20
I.3.2 Principio de lesividad y principio de protección de bienes jurídicos...	22
I.3.3 Principio de necesidad.....	23
I.3.4 Principio de proporcionalidad de las penas.....	24
I.3.5 Teorías referentes a los fines de la pena	25
I.3.6 Determinación judicial de la pena	32
I.4 Justificación del Estudio.....	44
I.5 Objetivos.....	44
I.6 Supuestos.....	45
II.- MÉTODO	48
II.1 Tipo de Investigación	49
II.2 Diseño de investigación	49
II.3 Caracterización de sujetos.....	49
II.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez	50
II.5 Técnicas de recolección de datos	50
II.6 Instrumentos de recolección de datos.....	50
II.7 Métodos de Análisis de Datos.....	51
II.8 Unidad de análisis: categorización.....	51
III.- RESULTADOS.....	52

III.1 Descripción de resultados	53
III. 2 De la técnica entrevista	53
III.3 Descripción de resultados de la técnica de análisis documental	57
IV. DISCUSIÓN.....	65
V. CONCLUSIONES	85
VI. RECOMENDACIONES.....	90
VII. REFERENCIAS	93
VIII. ANEXOS.....	96
Anexo 1: Matriz de Consistencia	
Anexo 2: Validación de Instrumentos	
Anexo 3: Entrevista a especialistas	
Anexo 4: Resoluciones judiciales	

RESUMEN

La presente investigación abordó uno de los temas más cruciales en el actuar judicial, la determinación de la sanción a imponerse al acusado, en específico se estudió la naturaleza jurídica de las circunstancias específicas y las circunstancias atenuantes privilegiadas en la determinación judicial de la pena, cómo fue que estas se entendieron y aplicaron en el distrito judicial de Lima Sur.

La razón fue fundamental, la incorporación de un nuevo sistema por la Ley N° 30076 trajo consigo la esperanza de un orden y control en la labor judicial, pero también la ausencia de regulación en aspectos sustanciales y con ello los disímiles pronunciamientos judiciales a raíz de la ausencia de un marco normativo que explicará, detenidamente, cuáles es la naturaleza jurídica de las circunstancias específicas y atenuantes privilegiadas, en qué ámbito del sistema de tercios operarían y más aún si resultaban compatible con esta, lo que constituye los objetivos de la presente.

Se procedió a entrevistar a los magistrados de las Fiscalías Superiores Penales del distrito judicial de Lima Sur, a fin de analizar cómo es que venían tratando a dichas figuras, lo cual permitió ofrecer un margen de actuación, y recojo de criterios, a fin de contrastarlo con la doctrina para delimitar los alcances de dichas instituciones y ofrecer pautas directrices a fin de alcanzar pronunciamientos uniformes o con la mayor predictibilidad posible, como garantía constitucional.

Palabras claves: sanción punitiva, circunstancias específicas, circunstancias atenuantes privilegiadas, determinación judicial de la pena.

ABSTRACT

The present research addressed one of the most crucial issues in judicial action, the determination of the penalty to be imposed on the accused, specifically the legal nature of the specific circumstances and mitigating circumstances privileged in the judicial determination of the sentence, how was that these were understood and applied in the judicial district of North Lima.

The reason was fundamental, the incorporation of a new system by Law No. 30076 brought with it the hope of order and control in the judicial work, but also the absence of regulation in substantial aspects and with it the dissimilar judicial pronouncements as a result of the lack of a legal framework that will explain in detail the legal nature of the specific circumstances and privileged attenuating circumstances in which area of the system of thirds would operate and even more if they were compatible with it, which is the objectives of the present.

The judges of the Criminal Chambers of the Superior Criminal Prosecutors district of Lima Sur, in order to analyze how they were treating these figures, which allowed to offer a margin of action, and criteria, in order to contrast it with the doctrine to delimit the scope of said institutions and to offer guidelines in order to reach uniform pronouncements or with the highest possible predictability, as a constitutional guarantee.

Key words: Punitive sanction, specific circumstances, privileged mitigating circumstances, judicial determination of punishment.

GENERALIDADES

Título:

La naturaleza jurídica de las circunstancias específicas y atenuantes privilegiadas en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial Lima Sur.

Autor:

Christopher Efrain Ramos Muñante.

Asesor:

Dr. César Augusto Israel Ballena.

Tipo de investigación:

El tipo de investigación es básica.

Línea de investigación:

Derecho Penal

Localidad:

Lima sur.

I. INTRODUCCIÓN

I.1 Aproximación temática

Conforma parte importante en la labor judicial el ámbito final, tal vez la etapa última, de imponer una sanción punitiva a quien, luego de haberse actuado las pruebas de cargo y de descargo, se estima comprobada su responsabilidad penal en los hechos imputados. En este ámbito se ingresa de pleno a la determinación judicial de la pena como un sistema que permite determinar el *quantum* de pena a imponerse contra el procesado.

Así pues, puede entenderse a la determinación judicial de la pena como el procedimiento dirigido a definir de modo cualitativo y cuantitativo qué sanción corresponde aplicar al autor o partícipe de un hecho punible, por lo que a través de ella el juez decide el tipo de pena, su extensión y la forma en que será ejecutada, apreciando la gravedad del delito y el grado de responsabilidad del autor o partícipe (Academia de la Magistratura, 2015, p. 38).

Con fines a desarrollar esta institución del Derecho Penal, fueron los propios magistrados de la Corte Suprema quienes mediante el Proyecto de Ley N° 1627/2012-PJ, promovieron una modificatoria de los términos en que se llevará a cabo, instaurando un nuevo procedimiento de carácter imperativo e ineludible para los jueces de nuestra nación al momento de imponer una sanción punitiva, así pues entraría en vigor la Ley N° 30076, del 25 de julio de 2013.

La novedad normativa, en su época, vino integrada por la incorporación de un nuevo texto penal contenido en el artículo 45-A del Código Penal, que estableció un conjunto de reglas que permiten facilitar, enmarcar y controlar la labor judicial al momento de determinar el *quantum* de la pena impuesta, en el entendido que la referencia a los artículos 45° y 46° del Código Penal antecesores, si bien contenía criterios importantes no significaba ni contenía pautas técnicas para la imposición de una sanción punitiva.

Incorporó este artículo 45-A del Código Penal a nuestra doctrina normativa, el denominado sistema de tercios, mediante el cual, considerado previamente el tipo penal a imponerse, se advertirá el margen de pena legal, tipo, abstracta o conminada para dividirse en tres partes, que bien podríamos entender como tres nuevos márgenes pertenecientes al anterior, llamados por la propia ley

como “tercios”, en específico: tercio inferior (o primer tercio en nuestros términos), tercio medio (o segundo tercio en nuestros términos) y tercio superior (o tercer tercio en nuestros términos).

Estos espacios punitivos (tercios) representan los márgenes que en primer momento deberá considerar el juez al imponer la sanción correspondiente. La determinación de cuál será el tercio que deberá ser elegido por el juez viene condicionado por la concurrencia de las circunstancias calificadas por la misma norma como “circunstancias agravantes o atenuantes”, las cuales por cierto están enumeradas en el artículo 46° del Código Penal, modificado también por esta norma. Así, entonces, ante la falta de concurrencia de alguna circunstancia, o ante la concurrencia sólo de circunstancias atenuantes, el juez deberá imponer una pena dentro del margen expresado por el tercio inferior (o primer tercio). Ante la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes se deberá imponer una pena dentro del margen expresado por el tercio medio (o segundo tercio). Por último, ante la presencia única de circunstancias agravantes el margen a elegir por el juez será el tercio superior (o tercer tercio).

Dichas circunstancias agravantes o atenuantes enumeradas por el artículo 46° del Código Penal (denominadas por nosotros como circunstancias genéricas¹ en adelante), se desenvuelven solo dentro del ámbito de los tercios, no obstante, el propio artículo 45-A del Código Penal, consideró además otro tipo de circunstancias, denominadas “agravantes calificadas y circunstancias agravantes privilegiadas”. Las mismas, que en nada afectan la elección del tercio adecuado (inferior, medio o superior), sino que -adelantando nuestra posición- producirían un nuevo margen punitivo, siempre ligado a la pena tipo o legal, sea como punto de partida o sea como punto final, y cuyo desenvolvimiento se reguló con el mismo criterio utilizado para las circunstancias agravantes y atenuantes genéricas.

Estableció este apartado textualmente: *“Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes calificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera: a. Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior; b. Tratándose de*

¹ Denominaremos genéricas siguiendo la lógica de la doctrina al fundamentar que las mismas se encuentran reguladas en la Parte General del Código Penal.

circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y c. En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito”.

Nótese, tal cual lo habíamos adelantado, cómo es que dicha modificatoria incorpora parámetros obligatorios que el juez deberá tener en cuenta a fin de efectuar el cálculo del *quantum* punitivo. Con esto, entonces, se pretendió alcanzar un esquema simplificado que permitiría una mayor certeza al momento de la imposición de la pena y que ofrecería, en términos del Proyecto de Ley N° 1627/2012-PJ, notables ventajas en la tarea de control.

Al respecto, a modo de observación previa, conviene en esta etapa procurar advertir que dichas circunstancias agravantes o atenuantes genéricas, están contenidas en un listado de supuestos, artículo 46° del Código Penal, que constituye un sistema de *numerus clausus* sin que se estime ni se permita algún otro supuesto posible fuera del regulado por la norma penal. De manera distinta ocurre con las circunstancias agravantes calificadas o atenuantes privilegiadas, pues de éstas no se conformó o reguló relación de supuestos alguna, ni se hizo referencia de cuáles serían las circunstancias que podrían catalogarse como tal.

Empero, si bien resulta cierto que no existe un listado de instituciones que permitan identificar, sin espacio a dudas, cuáles serían las circunstancias agravantes calificadas, por la misma características descriptivas que recoge el Código Penal en su artículo 45-A, podremos inferir con criterio razonable la identidad de las instituciones que pertenezcan a este grupo de circunstancias.

Ya habíamos señalado con anterioridad, que dichas circunstancias, como característica distintiva excluyente, crean un espacio punitivo nuevo diferente, pero siempre ligado, al tipo penal materia del proceso, de ahí la razón que se le permita al juez imponer penas por encima del máximo legal (o tercio superior, como indicaría el artículo 45-A del Código Penal). De tal forma que, las instituciones que contengan dicha característica en su sintaxis normativa sería plausible y razonable considerarlas como circunstancias agravantes calificadas, véase a manera de ejemplo el artículo 46-B: “(...) *En estos casos,*

el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal (...)”.

Ahora bien, esta ausencia de pronunciamiento normativo sobre cuáles serían las circunstancias agravantes cualificadas, también acontece en el caso de las circunstancias atenuantes privilegiadas, no existe ni en la Ley N° 30076, ni en el Proyecto de Ley N° 1627/2012-PJ, referencia alguna. En *prima facie* pareciera suficiente extender la misma lógica de identificación utilizada en este apartado para el caso de las circunstancias agravantes cualificadas, no obstante, podemos adelantar, que en el Código Penal no existen instituciones que, tal como la reincidencia en su caso, recojan plenamente las características distintiva que poseen las circunstancias atenuantes privilegiadas, lo que necesariamente constituye un vacío normativo que requiere atención inminente.

Además de lo anterior, pese a los esfuerzos puestos en un desarrollo doctrinario de la institución de la determinación judicial de la pena, la exposición de motivos del referido Proyecto de Ley N° 1627/2012-PJ, nada contuvo ni se refirió a otras instituciones que se encontraban reguladas en el Código Penal y que importaba al juez observancia obligatoria al momento de emitir una sentencia pues naturalmente tenían incidencia en la determinación judicial de la pena, hacemos referencia a la omisión impropia (artículo 13° *in fine* del Código Penal), error de prohibición vencible (artículo 14° del Código Penal), error de comprensión culturalmente condicionado (artículo 15 del Código Penal), tentativa (artículo 16° del Código Penal), eximentes incompletas (artículo 21° del Código Penal), imputabilidad restringida (artículo 22° del Código Penal), complicidad secundaria (artículo 25° del Código Penal), en la misma situación se emitió la Ley N° 30076 sin referencia alguna a estas figuras.

Dicho lo anterior, queda en sobremesa, puesto en evidencia, el vacío respecto a cuáles son las circunstancias que debería estimar el juez como circunstancias atenuantes privilegiadas, por un lado, y a qué categorías pertenecen estas últimas figuras (tentativa, complicidad primaria y demás mencionadas), si acaso representan circunstancias agravantes o atenuantes genéricas o si por el contrario debería ser considerado por los operadores

jurídicos como circunstancias agravantes cualificadas o circunstancias atenuantes privilegiadas.

Ahora bien, éste no sería el único aspecto que resulta fundamental atender con la vigencia de esta nueva Ley N° 30076 y su incorporación a nuestro sistema judicial; a raíz pues del tratamiento dogmático que se ha originado respecto a esta norma, se ha conformado un sector de la doctrina, encabezada tal vez por el jurista y magistrado Víctor Prado Saldarriaga, quien en una interesante exposición brindada a miembros del Poder Judicial, sostuvo una particular posición respecto de la naturaleza jurídica de las circunstancias genéricas específicas y su tratamiento en post de la determinación judicial de la pena.

Al respecto, y en lo cual guardamos plena conformidad, no sólo se puede estimar existente dentro del sistema de tercios a las circunstancias genéricas, al que hace referencia el artículo 46° del Código Penal, sino además existen determinados factores que inciden necesariamente en la determinación judicial de la pena, los mismos que se encuentran regulados, ya no en la Parte General del Código Penal, como sí ocurre con las circunstancias genéricas -de ahí el porqué de su denominación-, sino que éste grupo de factores se encuentran descritos en la Parte Especial del Código Penal, en apartado específico, gráficamente podemos hacer referencia a los artículos 186° y 189° del Código Penal.

Ahora bien, dicho sector de la doctrina otorga una particular atención a dichas circunstancias específicas, anotando que a ellas corresponde otorgarle un tratamiento especial, si bien dentro del sistema de tercios, sostienen que éstas tendrán una actuación en la determinación de la pena concreta, y no en la fijación del marco punitivo general, como supondría a primera vista una interpretación literal de su relevancia.

Antes de continuar, a efectos de generar claridad en este apartado, conviene reseñar que el artículo 45-A del Código Penal establece dos etapas para la individualización de la pena, a decir: i) la identificación del espacio punitivo determinado por la ley o por la verificación de circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas -incisos 1 y 3-, y ii) la determinación de

la pena concreta mediante la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes -inciso 2-.

Fijado lo anterior, particularmente, podemos adelantar que entender la actuación de las circunstancias específicas en la identificación de espacio punitivo no sólo se condice a una interpretación literal, como sostiene dicho sector, sino que además bien podría sostenerse dicha posición en lo establecido por el Acuerdo Plenario 2-2010/CJ-116, donde se fijó textualmente:

“En estos casos la circunstancia (específica) de mayor grado absorberá el potencial y eficacia agravante de las de grado inferior. Por consiguiente, ella operará como pena básica a partir de la cual el juez determinará la pena concreta a imponer”² (el agregado es nuestro).

En dicho instrumento judicial se expone la posibilidad de concurrencia de dos circunstancias específicas con grado punitivo disímil, estableciéndose que el de mayor gravedad absorbe al de menor gravedad (principio de especialidad), pero lo relevante a nuestro interés viene siendo lo establecido a continuación, en donde literalmente los magistrados establecieron que dicha circunstancia específica operará como una pena básica y a raíz de ésta se determinará la pena concreta a imponer.

Nos encontramos, por tanto, ante dos posiciones frontalmente opuestas, por un lado, se tiene la tesis que sostiene que las circunstancias específicas poseen características propias las cuales tienen actuación plena y exclusiva en la determinación de la pena concreta, y por otro lado, la posición incluso judicial que afirma su actuación en la identificación del marco general de pena.

Sin embargo, cabe referir sobre ésta posición adoptada por la Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario N° 2-20/CJ-116 antes mencionado, que la misma data de fecha anterior a la entrada en vigencia de la Ley N° 30076, es decir antes de la incorporación del sistema de tercios en nuestra legislación y sistema judicial actual, lo que bien podía suponer un desfase en la lógica fundamental que integra los argumentos de dicho acuerdo plenario, máxime si el sistema antecesor al de la Ley, era totalmente distinto al actual.

² Fundamento jurídico décimo segundo del Acuerdo Plenario N° 2-2010/CJ-116, de fecha 16 de noviembre de dos mil diez.

Siendo así, entonces, resulta prudente abordar el tema desde una perspectiva moderna, integrando y concatenando los principales fundamentos que integran este nuevo sistema de determinación judicial de la pena, principalmente: otorgar mayor predictibilidad al justiciable, respecto del *quantum* de pena a imponerse en el caso concreto, obviando fundamentos insuficientes y automatizados en la función judicial, reemplazados por una motivación acorde a las garantías que recoge la Constitución Política del Perú.

I.2 Trabajos previos o antecedentes

Fundamentalmente se tiene el trabajo de investigación, informe de tesis para obtener el Título de Abogado, elaborado en la Universidad Nacional de Trujillo, por las coautoras Angélica María Aguilar Silva y Carolan Milena Cango Miranda titulado “La determinación judicial de la pena por debajo del mínimo legal en la tentativa de delitos”, elaborado en el año dos mil quince.

Ambas autoras estudian la institución jurídica de la tentativa, como parte conformante del *iter criminis*, y su impacto dentro de la determinación judicial de la pena, asumiendo como punto de partida que dicha figura permite al juez imponer penas por debajo del mínimo legal, asimismo se preocupan por establecer cuantitativamente una proporción que servirá como criterio reductor de la pena, siempre en busca de los fines preventivos.

Resuelven su problemática del trabajo de investigación en los pilares que se detallan a continuación. En el primero de ellos, las autoras determinan que la tentativa al ser un hecho de carácter imperfecto permite ser sancionadas con una pena especial siempre en respuesta al contexto en el que se comete el acto ilícito; asimismo, encuentran que los supuestos de hechos de un tipo penal sólo sancionan la realización perfecta o completa del acto punible, por lo que resulta razonable imponer penas distintas cuando se trate de realización fáctica imperfecta.

Como tercer elemento de resolución recurren al sistema normativo español donde encuentra que frente a la concurrencia de la tentativa se reduce la pena en uno o dos grados respecto de la pena para el delito consumado; esto, les

permite paralelamente identificar que tanto la tentativa como las circunstancias atenuantes privilegiadas permiten establecer penas por debajo del mínimo legal, sin embargo, acusan que el artículo 45-A no especifica de manera precisa cuál es la proporción reductora que se deberá aplicar por la concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas.

Basado en tales fundamentos, dicho informe de tesis arriba a las siguientes conclusiones: a) La tentativa debe ser sancionada con una pena especial toda vez que es un hecho de carácter imperfecto; b) ante la concurrencia de una tentativa acabada se deberá reducir la pena un tercio por debajo del mínimo legal, mientras que frente a una tentativa inacabada se faculta al juez a reducir en dos tercios siempre por debajo del tercio inferior; c) debe rescatarse la regulación española donde se establece los criterios que debe atender el juzgador para la imposición de la penal; d) existen dificultades de técnica legislativa en la regulación del artículo 45-A del Código Penal ya que no se establece en qué proporción deberá reducirse la pena en caso de circunstancias atenuantes privilegiadas.

Asimismo, se tiene la investigación efectuada por la autora María Teresa Castañeda Deza, informe de tesis para obtener el Título de Abogado, presentado ante la Universidad Privada Antenor Orrego en el año dos mil dieciséis, titulada “El principio de seguridad jurídica en la determinación judicial de la pena en las circunstancias atenuantes privilegiadas del Código Penal Peruano”.

Investigación dirigida a fin de determinar si la ausencia de límite mínimo en la determinación de la pena de las circunstancias atenuantes privilegiadas del Código Penal afectaría el Principio de Seguridad Jurídica, así como verificar qué criterios son utilizados ante la ausencia de regulación normativa a efectos de determinar los límites mínimos.

Luego de recabado los resultados y puestos en discusión, la autora determinó que la ausencia de límites mínimos en las circunstancias atenuantes privilegiadas vulneraría el principio de seguridad jurídica, *lex certa*, así también observó que los juzgados penales de Trujillo no utilizaron, ni expusieron criterios suficientes para determinar los límites mínimos, recurriendo

únicamente a señalar que el espacio de reducción se encontraron sustentados con referencia genérica a los artículos 45, 46 y 47 del Código Penal.

Finalmente, tenemos como antecedente la investigación llevada a cabo por Jhonny Carlos García Aquino, titulada “La determinación judicial de la pena en el proceso penal peruano; a propósito de la inoperatividad funcional del esquema de determinación de la pena establecida en el Código Penal de 1991”, tesis realizada para optar el grado académico de Magister, presentada ante la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en el presente año.

Frente a esta investigación, el autor tuvo a bien analizar sentencias emitidas en los juzgados penales del distrito judicial de Lima a fin de observar si en tales resoluciones existían en efecto una adecuada graduación o determinación de la pena que imponían contra los acusados, así como analizar las consecuencias que traía consigo la ausencia de motivación en dichas resoluciones citadas anteriormente.

Bajo este esquema, y lo que resulta fundamental a nuestro interés, es que el autor en su quinta conclusión determinó que los órganos jurisdiccionales que sirvieron de muestra a su investigación no evaluaría ni contrastaría los criterios y circunstancias, sean éstas genéricas y/o específicas, cualificadas o no, pese a que tienen efectos penológicos disímiles, determinándose una graduación inadecuada en todo sus efectos.

I.3 Teorías relacionadas al tema

Dentro de las instituciones jurídicas que modifican el cómputo de la pena en su determinación judicial, produciendo una disminución en la cantidad a imponerse, existen principios inmersos en el Código Penal que cobran vital relevancia al momento de determinar la sanción punitiva.

I.3.1 Principio de legalidad

Este principio sustenta sus bases en la primera idea siguiente: «No hay delito, no hay pena sin ley escrita» (*lex scripta*), la misma que se encuentra respaldada normativamente por el artículo II del Título Preliminar del Código Penal que señala lo siguiente: “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”.

Declarándose bajo este postulado normativo la necesidad que tantos delitos como faltas se encuentren previstos en la ley vigente en el momento de su comisión, de otro lado deja establecido que sólo será la ley donde se consigne las penas y medidas de seguridad aplicable a las conductas criminales, de tal forma que es la ley la única base de incriminación de conductas y del establecimiento de sanciones penales a las mismas.

En segunda prescripción en el que se sustenta el principio de legalidad, reza: «No hay delito, no hay pena sin ley cierta» (*lex certa*) bajo esta idea, siendo la ley la única creadora de delitos y de penas, será esta la única fuente que tendrá el juzgador, proscribiéndose, por tanto la aplicación de leyes penales por analogía, esto ha sido recogido por el artículo III del Título Preliminar del Código Penal donde se establece: “No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde”.

Una tercera idea reposa bajo la siguiente premisa: «No hay delito, no hay pena sin ley precisa» buscándose a partir de esto la claridad en la redacción y sintaxis normativa de las leyes penales, debiendo obtener en su integridad la mayor claridad posible de tal forma que los destinatarios de la norma conozcan con exactitud qué tipo de comportamientos están proscritos por el ordenamiento jurídicos y cuál es la consecuencia jurídica o sanción que corresponde por su ocurrencia.

Finalmente, una cuarta idea que sustenta este principio determina que: «No hay delito, no hay pena sin ley previa» en línea el primero de los supuestos referidos, si se tiene que los delitos y las penas se deben recoger en una ley, por consecuencia lógica y sentido de justicia deberá proscribirse aquellas sanciones contra comportamientos que al momento de su ocurrencia no haya

estado determinado por una ley como delito, lo que se conocen en doctrina como la irretroactividad de la ley penal, contenido en la carta magna en el segundo párrafo del artículo 103 que establece: “Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo”.

I.3.2 Principio de lesividad y principio de protección de bienes jurídicos

De acuerdo a este principio a efectos de considerar una conducta como delito no sólo resulta de una consideración o realización formal, sino que además resulta necesario que tal conducta haya significado la puesta en peligro o lesionado a un determinado bien jurídico, así se ha concebido normativamente en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal: “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.

Este principio dota de trascendencia en la valoración de las conductas a ser consideradas punibles, si se obviara este principio el de intervención mínima sería un límite demasiado vago, por el contrario, con su existencia se debe precisar qué es lo protegido, y con ello, el Estado intervendría limitando su función punitiva Villavicencio (2007, p. 95).

Para tener una comprensión de este principio, debe enlazarse de inmediato con el principio de fragmentariedad y subsidiariedad, toda vez que el Derecho Penal no interviene, o no debería intervenir, ante la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos sin distinción, sino que dicha protección se dirige a los bienes de mayor trascendencia.

Esto último ha sido manifiesto por el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el expediente número 1010-2012-HC, en su fundamento jurídico quinto expuso: “No obstante, si se reconoce que, en razón del principio de lesividad, el derecho penal tipifica atentados contra bienes de relevancia constitucional y, singularmente, contra derechos fundamentales, procurando su protección (STC 0019-2005-PI/TC, fundamento 35)”.

Tales consideraciones resultan fundamental e importante en línea a la determinación judicial de la pena, toda vez que genera una obligación de

imponer penas, no sólo considerando el propio de hecho de comisión de un ilícito penal, sino que también exige la valoración respecto de la trascendencia en línea a la lesión del bien jurídico que la norma penal procura proteger.

I.3.3 Principio de necesidad

Bajo este principio el estado únicamente podrá imponer penas si resulta necesario para la convivencia social, su orden democrático y social establecido en el artículo 43° de la Constitución Política del Perú (Villavicencio, 2007, p. 92).

Ligada dicha apreciación íntimamente al carácter utilitario de la pena, dado que el Estado podrá imponerlas sólo si resultan útiles para resguardar a la sociedad, caso contrario, pierde su justificación y por tanto no será necesario recurrir a la pena como medio de control social.

El Derecho Penal sólo debe permitir la intervención punitiva estatal en la vida del ciudadano en aquellos casos donde los ataques revisten de especial gravedad dirigidos contra los bienes jurídicos de mayor trascendencia (Villavicencio, 2007, p. 93).

Bajo ésta lógica se desarrolla el principio de subsidiariedad que postula que el Derecho Penal es uno de *última ratio o extrema ratio*, es decir que su actuación está justificada siempre que los demás medios de control social no resulten suficiente, y por tanto resulta necesario la actuación del Derecho Penal y sus mecanismos de control.

Y así mismo se desarrolla en esta lógica el principio de fragmentariedad, según el cual el Derecho Penal no puede prohibir todas las conductas existentes, sino aquellas que revisten e impliquen una especial gravedad.

Para determinar esta fragmentariedad, los fundamentos se rigen bajo lo expresado por Villavicencio (2007):

Primero, defendiendo al bien jurídico sólo contra aquellos ataques que impliquen una especial gravedad, exigiendo además, determinadas circunstancias y elementos subjetivos. Segundo, tipificando sólo una

parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico. Tercero, dejando, en principio, sin castigo las acciones inmorales.

I.3.4 Principio de proporcionalidad de las penas

Como central referencia normativa de este principio encontramos al artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, donde se estatuye: “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...) La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes”.

Es esta la principal fuente que nos permite entender a este principio que vincula íntimamente a la sanción punitiva con la responsabilidad que el autor adquiere única y exclusivamente por el hecho punible. Dicho de modo más gráfico Binder (2004) afirma: “La intervención del poder penal no puede generar más «daño» - entiéndase pena- que el hecho concreto al cual responde. La ilicitud puede reflejarse bajo la relación del hecho concreto (delito) y la respuesta punitiva estatal (pena), y esta relación sólo se admite como admisible si es proporcionada” (p.192).

Estamos haciendo referencia puntualmente a un equilibrio, un punto de balance suficiente entre el poder punitivo estatal y el imputado, no obstante, resulta relevante señalar que dicho punto de equilibrio no puede ni debe significar un punto de equivalencia automática, esto es, recurrir al principio de proporcionalidad no significa la travesía judicial de buscar una sanción que otorgue el mismo daño al imputado.

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de mencionarse respecto este principio como mandato directo al legislador, señalando en su sentencia recaída en el expediente 10-2002-AI-TC, fundamento jurídico 197: “Se impone al legislador que al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer”.

Este principio se encuentra íntimamente vinculado al principio de culpabilidad, toda vez que es preciso imponer penas al autor del hecho ilícito, siempre

resultando consecuente y proporcional al daño causado, siendo además necesario valorar y estimar la nocividad social que significa el ataque a los bienes jurídicos estatales.

I.3.5 Teorías referentes a los fines de la pena

I.3.5.1. Teoría absoluta de la pena

Inspirada en los pensamientos de justicia del filósofo Inmanuel Kant, quien refería que el principio de justicia pública no puede ser otro que la equivalencia entre el daño causado y mal sufrido como consecuencia, lo que significaba que sólo el derecho retributivo puede determinar la cantidad y la cualidad de la pena, cualquier otro principio sería inadecuado a la pura y estricta justicia (p. 3).

Así, el filósofo prusiano entendía a la justicia como el valor primordial que debía proteger la pena, rechazando alguna otra utilidad que se le debiera asignar a ésta, pues si el hombre es un fin en sí mismo no era lícito instrumentalizarlo en beneficio de la sociedad de ahí que se afirme que una pena útil, pero no justa, carece de legitimidad.

Castigar al culpable es una exigencia esencial de la moral, un “imperativo categórico” que no debía ser mancillado por ningún materialismo. Recuérdese, además, que uno de los alcances del imperativo categórico de Kant señalaba que nunca debe tratarse nadie a sí mismo ni a los demás como simple medio, sino como fin en sí mismo.

Aunado a lo anterior, esta teoría también recibiría la influencia del filósofo alemán Hegel quien asumía una perspectiva jurídica de la pena entendiéndola como la negación de la negación del derecho. Es decir, en la medida que la negación de la negación es una afirmación, con la pena se trata de afirmar el derecho que ha sido negado con la realización del delito (Bustos, 1997, p. 45). Resultaba entonces que la pena tendría como fin restituir la vigencia de la norma que fuera violentada por el sujeto.

Por ello, si Kant invocaba de alguna forma la ley del talión -entendida en su más sintética expresión como: «ojo por ojo, diente por diente»-, Hegel prefiere referirse a la equivalencia entre la gravedad del delito y la severidad de la pena. Sin embargo, es innegable que ambos coinciden en negar a la pena otro fin que el de la retribución (Hurtado, 2011, p. 29)

Para esta teoría, en consecuencia, la pena se entendía como la retribución del delito cometido produciéndole un mal a un individuo que compense el mal que ha causado en ejercicio de su libertad. Por esto, y a diferencia de la teoría preventiva, la pena atiende o mira al pasado, al hecho que se cometió, para causar el mismo mal causado.

Sin embargo, esto último constituye también una de sus principales críticas, la imposición de un mal al responsable constituye una ficción, puesto que, en realidad, los efectos negativos se acumulan, en lugar de que el segundo haga desaparecer el primero (Hurtado, 2011, p. 30). Dicho de otra forma, constituiría una suma de males, pues que el mal de la pena se estaría sumando al mal del delito.

Por otro lado, estas teorías no pueden ser acogidas en la actualidad ya que la consideración de un orden social “racional” que puede ser restaurado con la pena, o la idea de Justicia fundada en razones morales o religiosas, no se concilian con una realidad histórica que ha superado las bases del liberalismo decimonónico y con una concepción del Estado que marca la distancia entre moral y Derecho (Bacigalupo, 2010, p. 24).

Y es que sin lugar a discusiones esta teoría se fundó sobre dichas bases, recuérdese que en la Edad Media se desarrolló la idea de que la pena era una respuesta a la culpabilidad moral, concibiéndose la realización de la justicia, como un mandato de Dios. En palabras de Villavicencio (2007):

Siendo el libre albedrío (el hombre tiende a escoger entre el bien y el mal) una concepción cristiana, se ha identificado al delito como pecado y se ha dado a la pena un carácter expiatorio. Por ello, en el plano religioso, el sentido de la pena viene a ser la expiación del pecado. La expurgación del mal a través del dolor otorgó sentido a la pena que de esta manera redimía al hombre (p.49).

I.3.5.2 Teoría preventiva de la pena

Esta teoría, en clara diferencia de la teoría desarrollada en el apartado anterior, entendía que la pena tenía una utilidad social, traducida en prevención. Por el siglo XVIII, el derecho penal se convirtió en un derecho penal de defensa social, es decir un derecho penal que, si fuera necesario, estará legitimado para utilizar la persona del autor como medio para mantener la seguridad de la sociedad (Bacigalupo, 2010, p. 24).

A diferencia de la Teoría Absoluta, ésta teoría “mira” al futuro en tanto que se preocupa por evitar la comisión de delitos en el futuro, asignando a la pena fines de prevención que depende de la aseguración del bienestar colectivo mediante la intimidación, destinada a evitar la futura comisión de ilícitos (prevención general) y, a su vez, motivar la supresión del ánimo delictivo en el infractor de la norma (prevención especial).

I.3.5.2.1 Teoría preventiva general negativa

Platón (y con él Protágoras) manifestaba que se castiga para “disuadir”. Ideas similares se manejaron con posterioridad. En algunos casos se llegó a afirmar que la pena buscaba el terror de los hombres o que el efecto intimidante tenía que darse independientemente de la aplicación de la pena real, mediante el uso de solemnidades que causen impresión (Abanto, 2013, p.48).

Para esta teoría la pena busca prevenir la realización de hechos delictivos concibiéndose como un instrumento de intimidación, como mecanismo de coacción psicológica que pesa sobre los ciudadanos para que se abstengan de cometer un delito, traducido en palabras sencillas: la pena debe asustar y disuadir a los que no delinquieron.

Adviértase que Feuerbach, quien tuvo como contexto la época de la Ilustración, sustentó su apreciación respecto de esta finalidad de la pena en la Teoría de la coacción psicológica, en donde exige que el Estado a fin de evitar las lesiones de bienes jurídicos requiera de instituciones que se utilicen no sólo a través de

la coerción física, sino que, junto a ella, debe haber también a través de la coacción psicológica (Oré, 2009, p.73)

Dicha prevención general de la pena se encuentra en tres etapas de realización: Primero, en la amenaza generalizada de la pena; segundo, mediante el dictado de la sentencia; tercero, en la ejecución de la pena.

No obstante, sus defensores, la mencionada teoría no se encuentra libre de críticas. Se ha cuestionado que desde una perspectiva de garantías el planteamiento preventivo general tiene a graduar la pena no por el hecho cometido, sino conforme al fin sociopolítico de evitar futuras infracciones, ello puede llevar a una inflación de la pena y al terror penal, hacia el autoritarismo y la arbitrariedad (Bustos, 1997, p. 49).

Además se le critica a esta teoría que a la intimidación al delincuente carece de legitimación axiológica, gráficamente Hegel, citado por Silva Sánchez, señalaba que:

La fundamentación de la pena de esto modo se equipara al acto de levantar el palo frente a un perro, con lo que el hombre no es tratado según su honor y libertad, sino precisamente como un perro (Silva, 2010, p.344)

I.3.5.2.2 Prevención general positiva

Abandonándose el carácter instrumental de la meta como intimidación, esta teoría manifestaría ahora que la pena cumpliría con una labor pedagógica a fin que el ciudadano respete los bienes jurídicos que el Estado tutela, así también como la plena convicción del mandato normativo en que se sustenta. Dicho de otra manera, la pena deberá reforzar la confianza en el sistema haciéndole creer a la gente en la prevención general negativa (Zaffaroni, 2010, p.21).

El profesor alemán Roxin (1997) destaca tres fines y efectos distintos, imbricados entre sí:

“El efecto de aprendizaje, motivado social pedagógicamente, el ejercicio en la confianza del Derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que surge

cuando el ciudadano observa que el Derecho se aplica; y, finalmente el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor” (p. 92).

Esta teoría, al igual que las demás, no está libre de objeciones. Se tiene una objeción, que en todo caso es de carácter extendido por su factibilidad de ser enfrentada a la mayoría de teorías de la pena, la cual refiere que: “La existencia empírica de un efecto de preventivo-general de las penas ejecutadas no ha sido hasta comprobada convincentemente y, además, es difícil que pueda serlo en algún momento” (Bacigalupo, 1999, p. 33).

Por otro lado, como indica García (2013):

“Se le ha cuestionado realizar una labor pedagógica y educativa que penetra indebidamente en la esfera de autonomía atribuida jurídicamente al ciudadano. En este sentido, esta teoría tendría cierto corte autoritario, al imponer a los ciudadanos ciertos valores éticos-sociales de carácter elemental” (p. 7).

Es pues impensable, y más aún incorrecto, que el Derecho Penal se inmiscuya en el fuero interno del ciudadano, en su libre convicción, por más inconvenientes que éstos sean. Con esto, no descartamos la función motivadora del Derecho Penal, empero esto no puede significar una suerte de propaganda ideológica en sus destinatarios.

Piénsese por ejemplo en los delitos de aborto o eutanasia; en los delitos de rebelión, sedición y conspiración, o en los de ultraje a los símbolos de la patria. La motivación de la norma sólo puede estar encaminada a evitar estos comportamientos por no deseados, pero no puede, ciertamente, incidir en las convicciones, morales, políticas o culturales de cada ciudadano.

1.3.5.3 Teoría de la prevención especial

En sentido contrario a la prevención general, si esta dirige los fines de la pena a la colectividad, la prevención especial circunscribe la finalidad de la pena en el sujeto que recibe la sanción punitiva estatal; aunque coincidencia con la teoría mencionada, evidentemente, en que ambas se preocuparán por la prevención de la comisión del ilícito penal.

1.3.5.3.1 Teoría de la prevención especial positiva

Esta teoría asignaría a la pena la función reeducadora, resocializadora e integradora del delincuente a la comunidad, ésta modalidad de función punitiva se debió a causa de la constatación elevadísima de la tasa de reincidencia, agregado al entendimiento que el delito responde a la personalidad del autor (Silva, 2010, p. 26).

La presente teoría también ha sido susceptible de críticas. Una de las cuales responde al contexto de su aplicación originaria, refería que ésta teoría conducía a penas indeterminadas o muy severa, en la medida que la liberación del delincuente sólo podría tener lugar si se le ha conseguido resocializar, lo cual, en la situación actual de las cárceles, resulta casi un milagro (García, 2013, p. 11).

Además de ello, dirigido a su concretización, ésta teoría se ha visto condicionada a cuestionamientos debido al sistema penitenciario en que se somete ésta doctrina. El propio sistema carcelario que constituye el paso final de la imposición es por demás cuestionado en nuestro país, que la finalidad de la pena sea la resocialización y esto sea otorgado a dicho sistema arrastra una crítica a la idea primigenia.

1.3.5.3.2 Teoría de la prevención especial negativa

A través de esta teoría se entiende que la pena deberá mantener una función neutralizante, en el sentido que se deberá mantener alejado al delincuente de

las demás personas, manteniendo a la sociedad libre de peligro, en otras palabras se buscará inocuizarlo con su internamiento en las cárceles, de tal forma que se vea neutralizado en todo su futuro accionar ilícito.

En la actualidad estas ideas que se sustentan en la posición de Garófalo han sido abandonadas si no es por todos los juristas, por la gran mayoría -se desconoce de algún seguidor en particular-, pues estas ideas se olvidan de la condición de humanidad del condenado, y se le estaría cosificándolo, es decir considerándolo como un objeto del cual la sociedad debe deshacerse para protegerse del inminente daño que podría producir al interior de la sociedad (amenaza a la existencia del Estado). Esta ideología es propia de los Estados Totalitarios que en el mundo cada vez son menos, y que por supuesto nuestro país está alejado de ello, aun cuando esté latente el ideal de algunos (que son los menos) de quererlo instaurar.

1.3.5.4 Teoría mixta de la pena

El propio nombre es sugerente. Esta teoría intenta sintetizar todas las características de las teorías desarrolladas anteriormente, buscando en la pena los dos valores que protegían la teoría absoluta y preventiva, esto es: la justicia y la utilidad de la pena.

A simple vista, entonces, esta teoría absorbería los elementos más “fructíferos” de las teorías que pretende sintetizar, debiendo en consecuencia ser la más adecuada a efectos de establecer la tan discutida finalidad de la pena. Sin embargo, y en busca de ambas finalidades, lo cuestionable es la preponderación a la discrecionalidad a la que invita esta teoría. Y es que el uso indistinto de los fines retributivos o preventivos es desde su génesis cuestionable.

Respecto a lo anterior, nos atrevemos trasladar un ejemplo que grafica lo expresado “si se desea establecer una pena severa se podría recurrir a la prevención general negativa, mientras que para sustentar la falta de necesidad de imponer una pena privativa de libertad a un delincuente podría tenerse en consideración el fin de resocialización del reo. De esta forma, cualquier pena podría ser utilizada en el

sistema penal, recurriendo para su legitimación a la teoría que mejor se ajuste a la pena deseada” (Espinal, 2013, p.11).

1.3.6. Fines de la pena según la Constitución Política Peruana

Luego de revisada las teorías de la pena, sus atributos y defectos, es prudente ahora analizar cuál de las teorías asume el Tribunal Constitucional, en su calidad de máximo intérprete de la Constitución.

En distintas sentencias, el Tribunal Constitucional ha determinado que en el ordenamiento jurídico peruano la pena cumple una función preventiva –aspecto que desarrollaremos más adelante-, específicamente una función preventiva especial, dado que así lo prevé la Constitución Política del Perú, interpretando, según señala, el artículo 139° numeral 22 (aunque desde nuestra óptica sería un mandato taxativo, y no sólo por nuestra Constitución sino también por normas internacionales).

1.3.6 Determinación judicial de la pena

Una de las definiciones más certeras sobre determinación judicial de la pena la brinda Prado (2017) cuando señala que se trata, por tanto, de un procedimiento técnico y valorativo de individualización de sanciones penales (p. 199), en sentido similar ha sido expuesto en el Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116.

Dicho procedimiento ha sido materia de evolución legislativa, a nuestro entender, a raíz de la puesta en vigencia de la Ley N° 30076, de fecha 18 de agosto del año 2013, incorporándose un nuevo sistema de determinación judicial de la pena que no había encontrado antecesores remotos.

Tal regulación normativa, entre otros aspectos, incorporó el artículo 45-A del Código Penal y modificó sustancialmente el artículo 46° del mismo cuerpo de leyes, integrando y dando nacimiento a este nuevo sistema de determinación judicial de la pena, detallando en su regulación hasta cuatro circunstancias que es menester detallar:

I.3.6.1 Circunstancias atenuantes y agravantes genéricas

Reciben la denominación de “genéricas” debido a su ubicación sistemática en la Parte General del Código Penal, bajo el listado del *numerus clausus* establecido en el artículo 46° de dicho cuerpo de leyes.

Siendo las ocho circunstancias genéricas reguladas por el legislador, las siguientes:

Carencia de antecedentes penales: El legislador ha valorado que la inexistencia de antecedentes penales, esto es, la ausencia de comisión de conductas criminales implica una circunstancia plausible de considerar al momento de la imposición de la pena.

Éstas pues, tienen un valor criminológico al indicar una personalidad proclive al delito o que denuncia el fracaso de un proceso de resocialización, por tanto, la ausencia de condenas penales anteriores coloca al autor o partícipe de un delito en una condición más propicia a la búsqueda de efectos preventivos especiales que indican una menor necesidad punitiva (Prado, 2017, p. 207).

Obrar por móviles nobles o altruistas: Esta atenuante según Velásquez (2009) demanda la necesidad de indagar aquellas motivaciones que demuestren nobleza y altruismo por parte del agente, todo lo que permite fundarlo en un menor desvalor de acto por tratarse de un injusto menos grave (p. 128).

Así pues, esta clase de circunstancia reducirá el grado de reproche que corresponde formular al autor del naturaleza, dada el móvil noble o altruista que lo condujo a cometer el ilícito penal.

Obrar en estado de emoción o de temor excusables: Opera esta circunstancia cuando la emoción ha sido tal que disminuye las capacidades de raciocinio del sujeto activo, esta circunstancia ha sido ya referida en el artículo 109° del Código Penal, cuando se regula el delito de homicidio por emoción violenta.

La misma lógica aplicaría al supuesto de temor excusable, sin que este sentimiento de inseguridad sea tal que alcance los límites del miedo

insuperable, al que hace referencia el inciso 7 del artículo 20° del Código Penal, en tanto y en cuanto este constituye una presunción exculpante (Prado, 2017, p. 210).

La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en ejecución de la conducta punible: La casuística al respecto alude a casos como la urgencia de atender el tratamiento de la enfermedad que afecta a un familiar cercano o la de proveer alimentos para sí o para los hijos menores y que pueden determinar al agente a cometer un hurto o robo en la medida que no se configure una justificante por estado de necesidad (Prado, 2017, p. 211).

Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias: Que no es otra cosa que una circunstancia de arrepentimiento posterior lo que supone una menor peligrosidad en torno a los bienes jurídicos.

Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado: Lo cual supone una actuación posterior a la puesta en peligro o lesión del bien jurídico, disminuyendo las consecuencias de su acontecer, siempre que esta reparación se origine de forma voluntaria como expresa el propio texto penal y naturalmente anterior al mandato que se origina en la sentencia penal.

Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad: Supone una conducta del sujeto activo de colaborar con la justicia y asumiendo el reconocimiento pleno de la responsabilidad sobre el ilícito penal, lo que podrá entenderse como una autodenuncia

La edad del imputado en tanto que ella hubiese influido en la conducta punible: Este supuesto está íntimamente relacionado al prescrito en el artículo 22° del Código Penal, sobre responsabilidad restringida, sin que signifique su plena correspondencia, pues este último supone una regulación aislada, sin que quedo claro cuál es el factor diferenciador.

De la misma manera se ha hecho expresión en el texto penal sobre las circunstancias agravantes genéricas, las mismas que en número son catorce y aluden a las siguientes:

Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad: Esta circunstancia está ligada a la característica del objeto de delito, siempre que estas sean destinadas para el beneficio o satisfacción de necesidades comunes de la población, regulación de estas pero como otras categorías se advierte en el delito de daños en su inciso 4 del artículo 204° del Código Penal.

Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos: Tiene la misma lógica que la comentada en el párrafo anterior siempre relacionada a la característica del objeto de delito que en este caso supone un bien o un recurso público.

Ejecutar la conducta punible por motivo, abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria: En este supuesto se relaciona la motivación que ha tenido el agente para la comisión del ilícito penal, significando para el legislador un mayor reproche penal.

Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole: En el mismo sentido anterior, aunque esta vez se dirige a establecer mayor reproche en la intolerancia o discriminación, ambos con un acento sociológico, cultural y valorativo que toma en cuenta una forma negativa de valorar, especial referencia a los delitos de odio (Prado, 2017, p. 217).

Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común: Esta circunstancia hace referencia a la potencialidad destructiva o catastrófica de los medios utilizados por el agente para cometer el accionar delictivo, bastando sólo la posibilidad de este daño superior el elemento justificador para un mayor reproche penal.

Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancia de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la

identificación del autor o partícipe: Son varias circunstancias que a decir del legislador resultan de la misma trascendencia, pues no es lo mismo realizar una conducta mediante ocultamiento, ni tampoco aprovechando la condición de superioridad, o dada las circunstancias de modo tiempo o lugar.

Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumir el delito: Aquí estamos frente a una sobre extensión del daño producido, que en sentido opuesto a una reducción del daño (como categoría de circunstancia atenuante genérica) supone un mayor reproche penal).

Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función: Se origina una conducta que supone una posición que favorece a la comisión del ilícito penal, el *modus operandi* cobra vital relevancia para el legislador en línea a establecer un mayor reproche penal.

La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito: Esta circunstancia implica una sobredimensión respecto del número de personas que ejecutan la actividad delictiva, dado que está dirigida a facilitar la comisión del ilícito y supone mayor lesividad.

Ejecutar la conducta valiéndose de un inimputable: El legislador aquí tuvo en cuenta a la instrumentalización de sujetos que no se pueden valer de sí mismo para hacer un juicio de valor sobre la conducta criminal, y en tal circunstancia el sujeto activo del delito toma ventaja para alcanzar sus intereses delictivos. No obstante, cabe hacer referencia que esta circunstancia ya ha sido regulado en el artículo 46-D como una circunstancia agravante cualificada por lo que perdería efectividad como circunstancia genérica.

Cuando la conducta es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional: Mediante esta circunstancia se procura disminuir la comisión de eventos delictivos dirigidos o acontecidos al interior de los establecimientos penitenciarios, creemos que esto con la finalidad de dotar de eficacia a estos establecimientos los cuales están

concebidos para lograr la resocialización del sujeto, quien sin tener en cuenta esto y desvalorando esta finalidad genera la comisión de ilícitos penales.

Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales: Esta circunstancia tiene una proyección específica y restringida a partir de los daños graves y permanentes que el delito produce en el ecosistema y sus componentes naturales (Prado, 2017, p. 228).

Cuando en la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva: Esta agravante se refiere al medio empleado por el agente, que suponen el uso de determinados medios que suponen especial gravedad dando la repercusión destructiva que pudiesen tener. En opinión de Prado (2017) esta circunstancia no puede acaparar las armas denominadas como “cortas”, pistolas o revólveres, sino que debe poseer eficacia destructiva, por ejemplo un lanzallamas (p. 230).

Si la víctima es niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad, adulto mayor conforme al ordenamiento jurídico vigente en la materia o tuviera deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente o si padeciera de enfermedad en estado terminal o persona perteneciente a un pueblo indígena en situación de aislamiento y contacto inicial: A esta agravante se le ha criticado su innecesaria incorporación, puesto que el inciso 2 del artículo 46° ya ha regulado agravantes basados en la superioridad del agente sobre la víctima, por lo que su finalidad debe estar considerada en este mismo plano.

I.3.6.1.1 Etapa operativa de las circunstancias genéricas

Tales circunstancias genéricas por prescripción normativa del artículo 45-A° del Código Penal, actúan dentro de la ii) etapa de individualización de la pena concreta, siempre estableciendo tercios que el juez ha establecido luego de sectorizar en tres partes el margen punitivo abstracto que se corresponde directamente a la i) etapa de identificación del espacio punitivo.

El establecimiento de los tercios dependerá siempre de la concurrencia de las circunstancias genéricas. Así pues, ante la concurrencia de circunstancias atenuantes, el juez deberá imponer una pena dentro del margen expresado por el tercio inferior (o primer tercio), ante la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes se deberá imponer una pena dentro del margen expresado por el tercio medio (o segundo tercio), y ante la presencia única de circunstancias agravantes el margen a elegir por el juez será el tercio superior (o tercer tercio), como habíamos referido en la aproximación temática de esta investigación.

I.3.6.2 Circunstancias atenuantes privilegiadas y circunstancias agravantes cualificadas

Además de las circunstancias genéricas, la Ley N° 30076 reguló otras dos circunstancias que tienen incidencia en la determinación judicial de la pena, estas son: las circunstancias atenuantes privilegiadas y las circunstancias agravantes cualificadas.

Ambas poseyendo la característica inmediata de establecer nuevos márgenes punitivos por encima del máximo legal, en el caso de las circunstancias agravantes cualificadas, o por debajo del mínimo legal, en el caso de las circunstancias atenuantes privilegiadas.

Ahora bien, estatuimos que la propia sintaxis normativa de las instituciones factibles de estimarse como cualquiera de estas dos circunstancias, resulta de vital importancia toda vez que en ella se integrará el límite que supone el incremento o disminución del nuevo margen punitivo que crearán.

Fuera de estas no es posible concebir a una institución como circunstancia agravante cualificada o circunstancia atenuante privilegiada, esto es así, porque este es el elemento característico que el legislador posee para identificarlas, sin esto se libraría al arbitrio de juzgador de considerar cualquier institución como una de estas dos materia de estudio.

I.3.6.2.1 Etapa operativa de las circunstancias agravantes calificadas y atenuantes privilegiadas

Tales circunstancias tendrán desenvolvimiento a nivel de la identificación de los espacios punitivos, si bien en *prima facie* debe recurrirse al margen abstracto del tipo penal que se trata, añadido a esta labor debe tener la consideración de estas agravantes, porque será bajo este nuevo margen en el que se desenvuelvan luego la determinación de la pena concreta.

Esto es, una vez establecido el margen punitivo por la concurrencia de una circunstancia gravante calificada o una circunstancia atenuante privilegiada, se procederá a la individualización de la pena concreta, estableciendo los tercios correspondientes por el mandato legislativo y seleccionándose el tercio aplicable según la concurrencia o no de las circunstancias genéricas sean estas atenuantes o agravantes.

I.4 Formulación del problema

En una exposición que con abundante solvencia brindó el juez supremo Víctor Prado Saldarriaga anotaba a su público expectante los momentos de suma relevancia al ejercer la judicatura, uno de ellos, la última etapa sin ser la menos importante, se representaba por la imposición de una sanción penal de quien, luego de los filtros propios de un proceso, se tenía plena seguridad de la necesidad de una reacción punitiva; este es el escenario de la determinación judicial de la pena.

Al mismo escenario hace referencia el Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116, de fecha dieciocho de julio del año dos mil ocho, en su fundamento jurídico sexto, describiendo a esta etapa (en términos de Prado Saldarriaga) como el tercer juicio o individualización de la sanción, al cual se conceptualizó, en el mismo acuerdo, como el procedimiento técnico y valorativo que se relaciona con aquella tercera decisión que debe adoptar un Juez Penal.

Ambas referencias, por tanto, otorgan, en sentido común indiscutible, vital relevancia a esta labor jurisdiccional de imponer una sanción punitiva, aunque ello, sea en voz de un juez autorizado o en consenso de jueces en un acuerdo plenario, no sea suficiente para advertirlo en la *praxis* judicial o en el desenvolvimiento práctico y efectivo en los tribunales judiciales.

No falta razón al jurista Prado (2013) al señalar:

Si evocamos las sentencias penales, es frecuente que el operador desarrolle una especie de muletilla o un concepto preestablecido al momento de referirse a la pena y generalmente haga valer todo su razonamiento y toda su consecuencia final en un sólo artículo del Código Penal, que diga “se gradúa la pena de conformidad con el artículo 46º” (...) este es un listado de circunstancias, no es un procedimiento que deriva a un resultado definitorio de la sanción, sino que habilita mecanismos justamente para poder instrumentalizar un procedimiento que nos lleve a esa consecuencia (p.29).

A la luz de la referencia expuesta, se deja en evidencia, por tanto, un distanciamiento entre el rigor que exige la conceptualización de la determinación judicial de la pena y el mecánico (tal vez con mayor exactitud: instintivo) desenvolvimiento de los jueces al momento de emitir una sentencia, haciendo referencias descontextualizadas del articulado normativo obviándose la particularidad de los casos, e individualidad de los procesados, que se someten a sus autoridades al momento de sentenciar.

Contrario de lo que pudiera pensarse, este no es un problema exclusivo de nuestra realidad judicial, mucho menos esporádica, pues de manera gráfica, décadas atrás, en opinión del profesor alemán Jescheck (1978) se reclamaba:

“La *praxis* de la determinación de la pena en los tribunales alemanes vive, a causa de la falta de una teoría desarrollada de la determinación de la pena, en una situación de crisis permanente, que con su rápida sucesión y sus extremas oscilaciones pendulares han contribuido no poco a dañar la confianza de la comunidad en la administración de la justicia” (p. 1190).

Pone de relieve el maestro alemán un problema que, sin discusión alguna, se encuentra siempre latente también en nuestra realidad nacional: la confianza sobre la administración de justicia. El Instituto de Opinión Pública, en su boletín N° 142 del año 2015, expuso una estadística en la que se deja de manifiesto que entre el 80% y 70% de encuestados declararon no confiar en el Poder Judicial Peruano (Instituto de Opinión Pública, 2016), teniendo como principal causa la lentitud en el trámite de los procesos y, lo que resulta de nuestro interés, sus polémicos fallos, lo que nos ubicaría en el segundo país de América Latina con mayor desconfianza ciudadana en su sistema judicial (Proyecto de Opinión Pública, 2015).

Aunado a ello, corresponde anotar que, en términos del Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116, antes referido, el sistema legal de determinación de la pena adoptado por nuestro país es de tipo intermedio o ecléctico, es decir, el legislador señala el mínimo y el máximo de pena que corresponde a cada delito, dejando al juez un arbitrio relativo que debe incidir en la tarea funcional de individualizar, en el caso concreto, la pena aplicable.

Siendo así, a esta problemática poco ayuda si, teniendo participación importante el legislador en este sistema, la técnica legislativa puesta en vigencia crea espacios de incertidumbre que en nada facilitan o controlan el arbitrio judicial cuestionado anteriormente. Pues debe advertirse que no sólo el legislador participa en este sistema instaurando los mínimos y máximos aplicables de la pena abstracta o conminada, sino que además participa en la regulación de las normas aplicativas de este sistema (y en efecto así lo hizo mediante la Ley N° 30076).

De tal forma que, hasta este apartado hemos puesto en relieve que tanto la labor judicial como la legislativa juegan roles indisolubles en la temática de la determinación judicial de la pena, en términos sencillos: la arbitrariedad judicial se va acrecentada con la ausencia de normas claras y suficientes que en rigor constituyan y otorguen seguridad jurídica a los justiciables. Parámetros que conformen fuentes suficientes que permitan al juzgador establecer el *quantum* de la pena concreta de manera, sino precisa, al menos predecible.

Ya habíamos mencionado, en materia, lo que constituía: a) la dación de la Ley N° 30076 con la instauración del sistema de tercios, b) la ausencia de pronunciamiento sobre cuáles serían las circunstancias atenuantes privilegiadas al que hace referencia el numeral 3 del artículo 45-A del Código Penal, y c) a qué categoría pertenecería la omisión impropia (artículo 13° in fine del Código Penal); el error de prohibición vencible (artículo 14° del Código Penal); el error de comprensión culturalmente condicionado (artículo 15° del Código Penal); tentativa (artículo 16° del Código Penal); las eximentes incompletas (artículo 21° del Código Penal); la imputabilidad restringida (artículo 22° del Código Penal); y la complicidad secundaria (artículo 25° del Código Penal).

Precisamente, constituye parte del arbitrio judicial estimar a la tentativa, por ejemplo, como una circunstancia que les permite establecer penas concretas incluso por debajo del mínimo legal: resulta frecuente observar sentencias por la comisión del delito de Robo Agravado imponiendo sanciones de 8 años de pena privativa de la libertad, aun cuando el mínimo legal es de 12 años. Esta labor metódica con su sola referencia inmediata a la norma -artículo 16° del Código Penal- (método deficiente expuesto por el profesor Prado Saldarriaga al que hicimos referencia), es el mayor y más arraigado fundamento para que en la actualidad se siga asumiendo dicho criterio en el sistema de tercios.

Pero ¿cómo es que la sola referencia a una norma jurídica resulta ser suficiente en un novedoso sistema que exige mayor rigurosidad en la imposición de la pena? Resulta exiguo pensar que esa costumbre judicial constituye suficiente razón para continuar aplicándose aun en un cambio de sistema, o esta actividad programática puede entenderse como una costumbre con las características propias de una fuente de derecho o es sólo una justificación de la ausencia de motivación del juez en el recurso a disminuir la pena a su libre arbitrio.

Aunque la respuesta cae por su propio peso, no es baladí formular la interrogante si a partir de ella podría “profundizarse” demás argumentos a favor pues, en esta lógica, correspondería pensar que ante la omisión del legislador al calificar a la omisión impropia (artículo 13 in fine del Código Penal); el error de prohibición vencible (artículo 14); el error de comprensión culturalmente

condicionado (artículo 15 del Código Penal); tentativa (artículo 16 del Código Penal); las eximentes incompletas (artículo 21 del Código Penal); la imputabilidad restringida (artículo 22 del Código Penal); y la complicidad secundaria (artículo 25 del Código Penal) dentro del sistema de tercios, el órgano judicial estaría cumpliendo su función integradora que le concede el numeral 8 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú³, y recurriendo a la *praxis judicial* impone las penas a su albedrío.

Uno consecuente del anterior, pero ambos argumentos reposan sobre la misma base, permitiendo validar la pregunta ¿es creación de derecho la sola remisión de las normas sin la valoración global de las bases que sustentan el nuevo sistema de tercios o es que acaso se está justificando una indebida motivación y con ello vulnerando las garantías que le asiste al justiciable? Y en su caso, siendo la problemática fuente ¿cómo es que debe considerarse a dichas categorías jurídicas penales dentro del sistema de tercios?

Por su parte, y aquello que también constituye punto central de discusión en esta nueva lógica sistemática de determinación judicial de la pena, incorporada por la Ley N° 30076 ¿cuál es la naturaleza de aquellas circunstancias que, sin estar reguladas en el artículo 46° del Código Penal, inciden fundamentalmente en la determinación de la pena? ¿Resulta suficiente recurrir a las respuestas que nos ofrece el Acuerdo Plenario N° 2-2010/CJ-116 sobre este tema, aun cuando se haya emitido en fecha anterior a la puesta en vigencia de este nuevo sistema?

Resuelto ello, corresponde también meditar sobre su posibilidad de integración dentro del sistema de tercios, el lugar que ocupará dentro de las etapas, y la especial valoración que merece o no en una posible concurrencia con circunstancias genéricas, todo ello con el afán de alcanzar los fines que motivaron la incorporación de este nuevo sistema.

No son pocas las cuestiones que el problema materia de investigación trae a colación, posiblemente estemos frente a fundamentos judiciales que se alejarían de un sistema de tercios incorporados al sistema penal, y la

³ “Artículo 139° inciso 8:

Son principios y garantías de la función jurisdiccional:

(...) 8.- El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.”

afectación que a los derechos del justiciable supone. Además de un impacto directo a la estructura que compone este nuevo sistema de tercios, al recurrirse a lógicas que bien podrían no estar acorde a éste y que sin lugar a dudas merece la pena estudiar.

I.4 Justificación del Estudio

La presente investigación tiene tres aristas que justifican su razón de ser:

I.4.1 Justificación teórica: La presente investigación busca determinar las características diferenciadoras de las circunstancias específicas, ante el silencio del legislador y la regulación de instituciones que en poco ayudan, realizando lo propio con las circunstancias atenuantes privilegiadas, al otorgar y resaltar su naturaleza jurídica como un categoría especial de la determinación judicial de la pena.

I.4.2 Justificación práctica: Mediante la presente investigación los operadores jurídicos podrán identificar y diferenciar a las circunstancias específicas aun cuando el legislador desista en su labor de regularlas, de igual forma advertirá cómo es la sintaxis normativa de las circunstancias atenuantes privilegiadas, teniendo una fuente de fundamentos que acompañan a su correcta aplicación, alejándose de la vieja praxis judicial que únicamente solucionaba mediante simple referencias a las normas.

I.4.3 Justificación metodológica: Dado el ajuste a los parámetros científicos que exige tanto el método, como el procedimiento, así como el respaldo de los instrumentos que se utilizan la presente investigación significará un primer paso para la ampliación de la discusión a nivel doctrinal que origina estos temas, pudiendo otorgar bases para una investigación a nivel de maestría.

I.5 Objetivos

I.5.1 Primer objetivo principal:

- Determinar la naturaleza jurídica de las circunstancias específicas en la determinación judicial de la pena.

I.5.2 Objetivos secundarios:

- Describir el procedimiento que seguirán las circunstancias específicas para la determinación judicial de la pena.
- Verificar la posibilidad de concurrencia de las circunstancias genéricas y específicas en la determinación judicial de la pena.

I.5.3 Segundo objetivo principal:

- Determinar la naturaleza jurídica de las circunstancias atenuantes privilegiadas en la determinación judicial de la pena.

I.5.4 Objetivos secundarios:

- Identificar cuáles son las instituciones jurídicas que pertenecen al grupo de circunstancias atenuantes privilegiadas.
- Describir el procedimiento que siguen las circunstancias atenuantes privilegiadas para la determinación judicial de la pena.

I.6 Supuestos

I.6.1 Primer supuesto jurídico principal:

- Las circunstancias específicas son factores establecidos por el legislador a efectos de otorgar un mayor reproche de la conducta punible, conformando parte de tipos penales específicos, de ahí su

denominación, y estableciendo márgenes de pena autónomos y disímiles en comparación a otros delitos.

I.6.2 Supuestos jurídicos secundarios:

- Las circunstancias específicas en tanto suponen factores que conforman un tipo penal específico, estableciendo márgenes de pena, dentro del sistema de individualización de la pena, identifica el espacio punitivo. Asimismo, en la etapa de determinación de la pena concreta procura únicamente una pena con mayor cercanía al límite mínimo o máximo del tercio en el que se encuentre, según la mayor o menor convergencia de circunstancias específicas.
- En la etapa de identificación del espacio punitivo, resulta imposible su concurrencia con las circunstancias genéricas, en tanto éstas actúan exclusivamente en la etapa de determinación de la pena concreta estableciendo el tercio aplicable. En esta etapa de determinación de la pena tampoco es posible que ambas circunstancias concurren dado que las circunstancias genéricas actúan en *prima facie* determinando el tercio aplicable y posterior a ello se valora el número de circunstancias específicas que concurren para estimar la mayor cercanía al límite mínimo o máximo del tercio en el que se encuentre.

I.6.3 Segundo supuesto jurídico principal:

- Las circunstancias atenuantes privilegiadas son factores introducidos por el legislador en cuya característica crea nuevo márgenes de pena, estableciendo en su sintaxis normativa el nuevo mínimo aplicable de la pena abstracta.

I.6.4 Supuesto jurídico secundario:

- Conforme a nuestra legislación actual, no existen instituciones jurídicas que posean las características distintivas de las circunstancias atenuantes privilegiadas.
- Las circunstancias atenuantes privilegiadas intervienen en la identificación del espacio punitivo permitiendo al juzgador imponer una pena por debajo del tercio inferior, estatuyendo un nuevo límite inferior en la sintaxis normativa de la circunstancia atenuante del que se trate, para que luego el operador determina la pena concreta recurriendo al tercio que previamente las circunstancias genéricas han determinado.

II.- Método

II.1 Tipo de Investigación

El tipo de investigación desarrollado es de tipo cualitativo, según las variables que conforman el supuesto jurídico.

Es de tipo básica en tanto parte del marco teórico expuesto, permaneciendo en este, y procurando formular una nueva apreciación o teoría respecto de las variables identificadas, incrementando así los conocimientos científicos, sin que se haya contrastado con algún aspecto práctico.

II.2 Diseño de investigación

Entre los tipos de diseños, se encuentra a la teoría fundamentada la cual utiliza un procedimiento sistemático cualitativo para generar una teoría que explique en un nivel conceptual una acción, una interacción o un área específica. Esta teoría es denominada sustantiva o de rango medio y se aplica a un contexto más concreto (Hernández, Fernández y Baptista, 2010, p. 493).

El diseño de esta tesis se rige bajo uno del tipo teoría fundamentada dado que las actuales teorías no explican con suficiencia, ni se detienen en analizar, la problemática que en este trabajo de investigación se advierte, por lo que a través de un método inductivo se ha generado la teoría explicativa del fenómeno.

II.3 Caracterización de sujetos

A fin de llevar a cabo las entrevistas se tomó en consideración la experticia de los entrevistados por ello fue aplicada a fiscales superiores especializados en materia penal, pues son ellos quienes intervienen directamente con la determinación de la pena, asimismo se extendió a asistentes de la misma especialidad, dado que son los encargados de proyectar el requerimiento de la sanción punitiva contra los acusados, debiendo sustentar con suficiencia su pretensión.

II.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez

Para esta investigación se utilizó las técnicas más típicas y que son aplicables a la ciencia del Derecho, entre las cuales podemos mencionar:

II.5 Técnicas de recolección de datos

- **Entrevista:** Este instrumento se ha elaborado en función del problema planteado y las hipótesis, para lo cual se han precisado las preguntas más adecuadas en el instrumento entrevista, acudiendo a magistrados que acuden a las diversas teorías en sus pronunciamientos judiciales.
- **Análisis Micro Comparativo de sistemas jurídicos extranjeros:** Para el mejor cumplimiento de esta técnica hemos visto por conveniente elegir adecuadamente cuáles van a ser los sistemas jurídicos extranjeros que van a ser objeto de comparación y confrontación, a fin de determinar las semejanzas y diferencias que pudieran existir entre ellas.

II.6 Instrumentos de recolección de datos

Se utilizó los siguientes instrumentos:

Fichas de Información Jurídica: Considerando los criterios metodológicos al momento de recolectar la información hemos trabajado con fichas a fin de almacenar y procesarla en la elaboración de la tesina final.

Guía de preguntas entrevista: Se formuló 12 preguntas para recoger las opiniones respecto a la problemática del tema de investigación, procediéndose a su evaluación.

II.7 Métodos de Análisis de Datos

Entre los métodos que se han utilizado en la presente investigación, se encuentran los métodos inductivo y deductivo, ambos utilizados en la presente investigación, toda vez que en base a determinadas premisas particulares arribamos a conclusiones generales, asimismo, en base a datos generales arribamos a conclusiones particulares.

Además tenemos al método sistemático, toda vez que a raíz de hechos aislados unificándolos, alcanzamos proposiciones teóricas genéricas.

II.8 Unidad de análisis: categorización

“LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS Y ATENUANTES PRIVILEGIADAS EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL DISTRITO JUDICIAL LIMA SUR”	
Categorización	Sub categorías
Circunstancias específicas	Principio de proporcionalidad Protección de bienes jurídicos Pena abstracta Pena concreta
Circunstancias atenuantes privilegiadas	Principio de lesividad Fin de la pena Principio de legalidad
Determinación judicial de la pena	Sistema de tercios Circunstancias modificativas Principio de pena justa Conducta punible

II.- Resultados

III.1 Descripción de resultados

La descripción de los resultados viene orientada en esta investigación, en primer lugar por los obtenidos de la técnica de entrevista, en segundo lugar se hace referencia a los resultados obtenidos en el análisis de derecho comparado, para finalmente recoger lo que establece la doctrina en específico respecto de nuestros objetivos.

III. 2 De la técnica entrevista

Los resultados obtenidos de las entrevistas respecto al **Objetivo General número uno**, el mismo que responde a “Determinar la naturaleza jurídica de las circunstancias específicas en el procedimiento de determinación judicial de la pena”, son los siguientes:

Camargo (2017) sostiene que las circunstancias específicas inciden en la determinación de la pena porque permitirán encuadrar la pena que corresponde al caso particular, siendo esta su característica diferenciadora en tanto permitirán estimarse como atenuantes o agravantes para la consideración de la pena.

Burga (2017) identificó a las circunstancias específicas como aquellas descritas en tipos penales, ayudando al operador a determinar la imposición de la pena dentro del espacio punitivo establecido, mientras que las agravantes cualificadas y las atenuantes privilegiadas crean espacio punitivos por encima o debajo de los límites preestablecidos en cada tipo penal.

Vilca (2017) señala que las circunstancias específicas inciden en la determinación de la pena para graduarle dentro del mínimo o máximo que corresponda según el tercio, teniendo las mencionadas como característica particular la de coadyuvar a determinar la gravedad con la que se lesionó el bien jurídico, a diferencia de las circunstancias genéricas que ayudan a determinar el tercio aplicable, mientras que las circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas sirven para ubicar un espacio punitivo.

Mejía (2017) manifestó que las circunstancias específicas son más puntualizadas al tipo penal, mientras que las circunstancias del artículo 45-A tienen una clara amplitud; así, las circunstancias específicas permiten identificar el espacio punitivo que posteriormente es mutuado a una pena concreta ya valorado por el artículo 45-A.

De otro lado, los entrevistados respecto del **Objetivo específico 1** “Describir el procedimiento que seguirán las circunstancias específicas para la determinación judicial de la pena” los entrevistados han señalado:

Camargo (2017) que las circunstancias específicas operan dentro de la determinación de los tercios aplicable, según sea la concurrencia de cada circunstancia.

Burga (2017) manifestó que las circunstancias específicas van a actuar en dos momentos, identificando una pena, por ejemplo en el robo agravado establece un margen de pena de 12 a 20 años, y también en la determinación de la pena concreta, indicando que a mayor concurrencia de circunstancias específicas se deberá imponer o requerir más pena dentro del tercio que corresponda.

Vilca (2017) señaló que las circunstancias específicas operan dentro de la individualización de la pena, por cuanto permite graduar la pena concreta dentro del espacio (tercio) establecido, según el 45-A, dependiendo de la cantidad de circunstancias que opere cada tipo penal.

Mejía (2017) señaló que las circunstancias específicas actúan en la señalización de creación del espacio punitivo, permitiendo identificar la gravedad y por tanto una pena específica, en comparación a la simple. Agregando que en ningún caso las circunstancias específicas podrían actuar en la individualización de la pena concreta por la existencia de la prohibición de la doble valoración.

Respecto del **Objetivo específico 2** “Verificar la posibilidad de concurrencia de las circunstancias genéricas y específicas en la determinación judicial de la pena”, los entrevistados manifestaron:

Camargo (2017) que tanto las circunstancias genéricas y las circunstancias específicas pueden concurrir para la determinación de la pena.

Burga (2017) manifestó que sí resulta posible la concurrencia de circunstancias genéricas y circunstancias específicas, ya que a fin de establecer dentro de qué tercio se impondrá la pena se utiliza las circunstancias genéricas y luego a fin de establecer qué pena a imponer dentro del tercio seleccionado se utiliza las circunstancias específicas.

Vilca (2017) señaló que sí resulta posible la concurrencia de las circunstancias genéricas y las circunstancias específicas, sin embargo, en primer lugar deben establecerse los tercios utilizando circunstancias genéricas y posteriormente se utilizarán las circunstancias específicas para graduar la pena dentro del mínimo al máximo al tercio correspondiente.

Mejía (2017) comentó que sí resulta posible la concurrencia de las circunstancias específicas con las circunstancias genéricas, esto es así, porque el Código Penal regula un análisis concatenado, siendo primero materia de valoración las circunstancias específicas para posteriormente proceder a valorar los supuestos del artículo 45-A, circunstancias genéricas.

Por su parte, sobre el **Objetivo General 2** “Determinar la naturaleza jurídica de las circunstancias atenuantes privilegiadas en el procedimiento de determinación judicial de la pena”, los entrevistados señalaron:

Camargo (2017) describió que la responsabilidad restringida, es un tipo de circunstancia atenuante privilegiada, considerando que no se requiere de un mínimo legal como características.

Burga (2017) señaló que las circunstancias atenuantes privilegiadas crean nuevos espacios punitivos por debajo del tercio inferior, resultando necesario establecer límites de reducción para proteger el principio de proporcionalidad de las penas, de lo contrario tendría que recurrirse al artículo 29° del Código Penal, lo cual es contraproducente.

Vilca (2017) manifestó que las circunstancias atenuantes privilegiadas son beneficios premiales que se le otorga al sujeto activo del delito por cuanto la afectación al bien jurídico es en mínima intensidad, debiendo ser menor el reproche penal, siendo necesario contener un límite legal de la reducción de pena.

Mejía (2017) refirió que las circunstancias atenuantes privilegiadas son disminuciones de penas fuera del tipo penal, establecen márgenes de penas, a diferencia de las circunstancias genéricas que son parámetros regulados en el artículo 45-A para establecer la pena concreta, debiendo tener un límite de reducción.

Sobre el **Objetivo Específico 3** “Identificar cuáles son las instituciones jurídicas que pertenecen al grupo de circunstancias atenuantes privilegiadas”, los entrevistados indicaron:

Camargo (2017) señaló que la tentativa, la responsabilidad restringida, la complicidad secundaria y toda institución jurídica que permita al juez reducir prudencialmente la pena son formas de circunstancias atenuantes privilegiadas.

Burga (2017) estableció que el Código Penal no regula las circunstancias atenuantes privilegiadas, lo cual es muy diferente a los beneficios premiales según el caso. Agregando que existe la posibilidad de ser regulados ya que permiten establecer un nuevo espacio punitivo, sin embargo actualmente son solo causales de disminución de la punibilidad.

Vilca (2017) determinó que la posesión de droga no punible, la responsabilidad restringida por la edad y complicidad primaria son formas de circunstancias atenuantes privilegiadas.

Mejía (2017) identificó a la imputabilidad restringida y a la complicidad secundaria como formas de circunstancias atenuantes privilegiadas.

Sobre el **Objetivo específico 4** “Describir el procedimiento que siguen las circunstancias atenuantes privilegiadas para la determinación judicial de la pena”, los entrevistados señalaron:

Camargo (2017) no ha solicitado penas por debajo del mínimo legal en tanto y en cuanto ello sólo es función del Poder Judicial.

Burga (2017) comentó que en el ejercicio de la profesión ha solicitado penas por debajo del mínimo legal en casos de que el delito imputado sea en grado de tentativa, ya que es una causal de disminución de la punibilidad.

Vilca (2017) indicó que ha solicitado penas por debajo del mínimo legal en los casos de delitos quedado en grado de tentativa, al no haberse lesionado el bien jurídico.

Mejía (2017) señaló que ha solicitado penas por debajo del mínimo legal, en casos que el imputado presentaba responsabilidad restringida por la edad, reduciendo hasta en un tercio del mínimo de la pena por imperio del artículo 45-A del Código Penal.

III.3 Descripción de resultados de la técnica de análisis documental

Derecho comparado

A efectos de alcanzar los fines de la presente investigación, se procedió a analizar la regulación que sobre la materia ofrece el Código Penal Colombiano vigente, habida cuenta que constituye fuente inmediata de la regulación de nuestra norma penal.

Dicho documento analizado respecto del **Objetivo general 1** de “Determinar la naturaleza jurídica de las circunstancias específicas en el procedimiento de determinación judicial de la pena” brindó los siguientes resultados:

“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. (...)

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 241. Circunstancias de agravación punitiva. La pena imponible de acuerdo con los artículos anteriores se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes, si la conducta se cometiere:

- 1. Aprovechando calamidad, infortunio o peligro común.*
- 2. Aprovechando la confianza depositada por el dueño, poseedor o tenedor de la cosa en el agente.*
- 3. Valiéndose de la actividad de inimputable.*
- 4. Por persona disfrazada, o aduciendo calidad supuesta, o simulando autoridad o invocando falsa orden de la misma.*
- 5. Sobre equipaje de viajeros en el transcurso del viaje o en hoteles, aeropuertos, muelles, terminales de transporte terrestre u otros lugares similares.*
- 6. Numeral derogado por el artículo 1º de la Ley 813 de 2003.*
- 7. Sobre objeto expuesto a la confianza pública por necesidad, costumbre o destinación.*
- 8. Sobre cerca de predio rural, sementera, productos separados del suelo, máquina o instrumento de trabajo dejado en el campo, o sobre cabeza de ganado mayor o menor.*
- 9. En lugar despoblado o solitario.*
- 10. Con destreza, o arrebatando cosas u objetos que las personas lleven consigo; o por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto.*
- 11. En establecimiento público o abierto al público, o en medio de transporte público.*
- 12. Sobre efectos y armas destinados a la seguridad y defensa nacionales.*
- 13. Sobre los bienes que conforman el patrimonio cultural de la Nación.*
- 14. Sobre petróleo o sus derivados cuando se sustraigan de un oleoducto, gasoducto, poliducto o fuentes inmediatas de abastecimiento.*

15. *Sobre materiales nucleares o elementos radiactivos*”.

“Artículo 242. Circunstancias de atenuación punitiva. La pena será de multa cuando:

1. El apoderamiento se cometiere con el fin de hacer uso de la cosa y se restituyere en término no mayor de veinticuatro (24) horas. Cuando la cosa se restituyere con daño o deterioro grave, la pena sólo se reducirá hasta en una tercera parte, sin que pueda ser inferior a una (1) unidad multa.

2. La conducta se cometiere por socio, copropietario, comunero o heredero, o sobre cosa común indivisible o común divisible, excediendo su cuota parte”.

En primer término, el Código Penal colombiano regula dos etapas, a la par que la normativa peruana, para la identificación de la pena a imponerse, así en su artículo 60 regula un proceso de individualización de la pena, mientras que en su artículo 62 regula el procedimiento para establecer la pena concreta.

Ambos de forma sistemática y simultánea, a fin de generar un orden en la lógica proposicional de la norma penal, la regulación colombiana establece diferencias en las naturalezas de cada circunstancia según se trate, existirán así, de conformidad con el artículo 60° de Código Penal Colombiano, circunstancias que afecten al proceso de individualización, mientras que otras afectarán, en lectura del artículo 62, circunstancias que incidan en la pena concreta, esto mediante el sistema de cuartos.

Así pues, en los artículos 55 y 58 describe e identifica cuáles son las circunstancias de agravación y atenuación, que por lógica actuaran en el marco de la identificación de la pena concreta, dejando a lo demás regulado en identificación del marco punitivo general.

Textualmente no señala cuáles son las circunstancias específicas, objeto de estudio, no obstante, tampoco denomina a las circunstancias reguladas en los artículos 55 y 58 como genéricas, la referencia tampoco está expuesta en el artículo 62, empero, es en la parte especial del Código Colombiano, donde hace su aparición dichas figuras, de ahí que los artículos 241 y 242 tengan un *nomen iuris* descriptivo.

Lográndose advertir que la naturaleza, por razones obvias, va a estar condicionadas a su posición, sean estas agravantes o atenuantes, para el primer caso significarán un mayor endurecimiento de la pena, y para el segundo una causa de disminución, sea que en cualquiera de ambos casos crea un marco punitivo, dado que ellas deben interpretarse a la postre de los señalado en el artículo 60°, numerales 1, 4 y 5.

La misma normativa penal colombiana analizada, respecto del **Objetivo específico 1** sobre “Describir el procedimiento que seguirán las circunstancias específicas para la determinación judicial de la pena” brindó los siguientes resultados:

“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.

El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y la defensa”.

“Artículo 54. Mayor y menor punibilidad. Además de las atenuantes y agravantes consagradas en otras disposiciones, regirán las siguientes”.

“Artículo 55. Circunstancias de menor punibilidad. Son circunstancias de menor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera: 1. La carencia de antecedentes penales. 2. El obrar por motivos nobles o altruistas. 3. El obrar en estado de emoción, pasión excusables, o de temor intenso. 4. La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible. 5. Procurar voluntariamente después de cometida la conducta, anular o disminuir sus consecuencias. 6. Reparar voluntariamente el daño ocasionado aunque no sea en forma total. Así mismo, si se ha procedido a indemnizar a las personas afectadas con el hecho punible. 7. Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible o evitar la injusta sindicación de terceros. 8. La indigencia o la falta de ilustración, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible. 9. Las condiciones de inferioridad psíquica determinadas por la edad o por circunstancias orgánicas, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible. 10. Cualquier circunstancia de análoga significación a las anteriores”.

“Artículo 58. Circunstancias de mayor punibilidad. Son circunstancias de mayor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:

1. Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad.

2. Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria.

3. Que la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima.

4. Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común”.

El Código Penal colombiano en su artículo 61, antes referido, establece la funcionalidad de las circunstancias genéricas, como elementos a considerarse para la determinación de los cuartos aplicables una vez que se haya logrado establecerse el marco punitivo general.

De manera que, logra distanciar a las circunstancias específicas de esta funcionalidad otorgada en exclusividad a las circunstancias genéricas de identificación del tercio a aplicarse, la norma colombiana no otorga posibilidad alguna de considerarse las circunstancias específicas en el momento de la imposición de la pena concreta.

Tal es así que, estatuye un artículo especializado para la identificación y operacionalización de las circunstancias específicas, como para las circunstancias genéricas. En efecto, su artículo 54° establece que son circunstancias genéricas las textualmente descritas en el artículo 55° y artículo 58°.

Por tanto, el procedimiento que deberá seguir las circunstancias específica, viene determinada por la propia lectura de su contenido penal, concatenada con los incisos 1, 4 y 5 del artículo 60, según se traten, ello a fin de estimar un marco punitivo general, para dar pase a la actuación de las circunstancias genéricas, en tanto son éstas las que determinarán la pena concreta con el recurso que les otorga el sistema de cuartos colombiano.

La misma normativa penal colombiana analizada, respecto del **Objetivo general 2** de “Establecer la naturaleza jurídica de las circunstancias atenuantes privilegiadas en el procedimiento de determinación judicial de la pena” brindó los siguientes resultados:

“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:

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*”.

Al igual que nuestra regulación, el Código Penal colombiano regula circunstancias que van a incidir tanto en la determinación de lo que se denomina “mínimos y máximos”, en nuestros términos sería el espacio punitivo general, y en la individualización de la pena, en nuestros términos corresponde a pena concreta.

En este espacio normativo el legislador colombiano estatuye una identificación plena del margen abstracto mediante el que establezca el tipo penal, como primera referencia, o los que vengan establecidos por circunstancias modificatorias también de dichos límites, de ahí que la redacción sea de conjunción, léase textualmente: “(...) *en primer término, los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover. Para ello, Y cuando hubiere circunstancias modificatorias de dichos límites, aplicará las siguientes reglas (...)*” (el énfasis es nuestro).

En este ámbito de actuación, ingresa a tallar en una creación de margen punitivo que alcanza penas superiores o por debajo de los extremos máximos y mínimos respectivamente, lo que supone actuación dentro del cómputo del marco general de la pena abstracta.

Respecto del **Objetivo específico 4** en referencia a “Describir el procedimiento que siguen las circunstancias atenuantes privilegiadas para la determinación judicial de la pena”, aquí también se permite identificar a los artículos 60 y 61, mediante los cuales se advertirá la forma en que intervienen las circunstancias atenuantes privilegiadas en el sistema colombiano, describiendo para el primero de ellos el momento antecesor de identificación del marco punitivo, para dar paso a la actuación dentro del marco genérico abstracto identificado a fin de alcanzar la pena concreta. Será el primero de los mencionados el margen de actuación de las circunstancias atenuantes privilegiadas.

Doctrina

El profesor Ávalos (2015) en su obra “Determinación Judicial de la pena. Nuevos Criterios” respecto del **Objetivo específico 3** de “Identificar cuáles son las instituciones jurídicas que pertenecen al grupo de circunstancias atenuantes privilegiadas” brindó los siguientes resultados:

“Estamos totalmente de acuerdo en la valoración negativa que hace de la no contemplación en la Ley N° 30076 -o, en realidad, en el nuevo sistema de determinación de pena- de un artículo dedicado a la descripción de las agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas, del mismo modo que con su afirmación de que en la actualidad no existen circunstancias atenuantes privilegiadas en nuestro ordenamiento jurídico” (p. 184).

El profesor Prado (2016) en su obra “Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal” respecto del **Objetivo específico 3** de “Identificar cuáles son las instituciones jurídicas que pertenecen al grupo de circunstancias atenuantes privilegiadas” brindó los siguientes resultados:

“Como ya lo hemos aclarado, no existe, de momento, en la legislación vigente, ninguna circunstancia atenuante privilegiada. Esta carencia ha sido un grave defecto de las reformas que en el dominio de la determinación judicial de la pena ha proveído un nuevo marco legal y que no ha sido tomado en cuenta ni superado por el torrente legislativo penal producido luego de la ley 30076”.

IV. Discusión

IV.1 Respecto al primer objetivo general

La presente investigación tiene como objetivo general número uno el de “Determinar la naturaleza jurídica de las circunstancias específicas en la determinación judicial de la pena”.

La dación de la Ley n° 30076, de fecha 25 de julio de 2013, en específico la incorporación del artículo 45-A y modificación del artículo 46° ambos pertenecientes al Código Penal, trajo consigo la incorporación de un novedoso sistema de determinación judicial de la pena, el mismo que se encuentra directamente relacionado a la lógica regulativa de instituciones que nacieron y se desarrollaron con el propio Código Penal, antecesora, naturalmente, de dicha ley.

Esto es, visto el espacio temporal entre la vigencia del Código Penal en el año 1991, y la promulgación de la Ley N° 30076, 22 años después, origina naturalmente una confrontación directa entre las instituciones reguladas con anterioridad a la incorporación de un nuevo sistema de determinación judicial de la pena, lo que consideramos fundamental al momento de observar la regulación de tipos penales y el *nomen juris* que el legislador otorga a cada una de los artículo de la ley penal.

Antes de la dación de la Ley N° 30076, difícilmente o con algo de timidez podría hacerse referencia a la existencia de las circunstancias específicas como categoría jurídica, lo que suponía regulación de tipos penales esparcidos en las leyes penales sin congruencia directa con la categorías que deben suponer en miras a la incorporación del sistema de tercios.

Así se observó en el estudio de la normativa penal, de manera gráfica se tendría al Decreto Legislativo N° 1106, regulando en su artículo 4° circunstancias específicas, mientras que el artículo 189° del Código Penal, regula Robo Agravado, regulando también circunstancias específicas, pero sin otorgarle esta categoría en el *nomen juris*.

Luego, se aprecia que se tiene unanimidad en reconocer la existencia de circunstancias específicas como factores que importan e inciden directamente

en la determinación judicial de la pena, estando dentro de la regulación de la Parte Especial del Código Penal, de ahí su denominación.

Ahora bien, existe también coincidencia plena entre los entrevistados al momento de señalar que tales circunstancias específicas difieren radicalmente de las cuatro circunstancias que reguló los artículos 45-A y 46 del Código Penal, a decir: circunstancias genéricas (atenuantes y agravantes), circunstancias atenuantes privilegiadas y circunstancias agravantes cualificada.

Los elementos característicos de estas circunstancias específicas, va más allá de su sola ubicación normativamente, pues ya reconocido la existencia de tales circunstancias específicas, la respuesta inmediata es catalogarlas a las mismas por la ubicación en el Código Penal.

Existe también plena coincidencia entre los entrevistados cuando se señala que tales circunstancias específicas afectan directamente al *quantum* de pena que se aplicará al sujeto, pues a decir de Vilca (2017) el legislador las regula con margen de pena propio en tanto y en cuanto suponen una lesión grave a los bienes jurídicos tutelados y por tanto merecen un tratamiento diferenciado en su composición al señalar márgenes de pena.

La misma lógica proposicional normativa ha incidido en la regulación Colombiana, no obstante, la diferenciación en la técnica legislativa al momento de normarlas es frontalmente diferente en comparación de nuestra realidad normativa, pues el Código Penal Colombiano, también las ubica en su Parte Especial -Delitos- al igual que el Código Penal peruano, pero además en la composición de su *nomen juris* supone su denominación plena como circunstancias de agravación punitiva.

Ahora bien, queda claro que es más fácil identificar a las circunstancias específicas en el Código Penal Colombiano dado la especificidad del *nomen juris*, no obstante, existe plena correspondencia con la forma en las que son reguladas, pues en ambos Códigos se ubican tanto en la parte especial y las mismas poseen espacios punitivos propios, disimiles a otros tipos penales.

Las mismas luces de identificación nos brinda el Acuerdo Plenario 08-2009/CJ-116 señalando en su fundamento jurídico octavo que las circunstancias especiales o específicas son aquellas que estarían señaladas para un delito determinado o un grupo de delitos solamente, esta sería el factor que dicho acuerdo estimaría como elemento característico de las circunstancias específicas.

Siendo así, por tanto, no erramos al considerar precisamente estas dos características que nos permitirá identificar y calificar a una determinada circunstancia como una específica, a decir: son factores que se encuentran ubicados en la Parte Especial de los Códigos Penales y además suponen márgenes de pena autónomos, diferentes y disímiles en comparación de otros tipos penales, tal cual habíamos adelantado en nuestro supuesto jurídico general número uno.

IV.2 Respecto al primer objetivo específico

La presente investigación tiene como objetivo específico primero el de “Describir el procedimiento que seguirán las circunstancias específicas para la determinación judicial de la pena”.

Sobre este aspecto, primero debemos destacar la respuesta ofrecida por Mejía (2017), particular en comparación a las demás. El entrevistado señaló que el campo de actuación de las circunstancias específicas permite alcanzar un margen de pena abstracto regulado en cada tipo específico, siendo el punto de partida para la determinación judicial de la pena.

En este apartado hay plena unanimidad en los entrevistados, así también en el Código Penal Colombiano, pues la propia norma penal extranjera permite observar los márgenes de pena que vienen acompañando a estas circunstancias en su regulación.

No obstante, conviene señalar un punto que creemos de vital importancia a este efecto, pues Mejía (2017), en voz aislada, comentó que en ningún caso podrían ingresar a valorarse las circunstancias específicas en la determinación

de la pena concreta, y las razones de tal imposibilidad, desde esta posición reposa en el principio de no valorar dos veces una misma circunstancia.

El razonamiento que realiza Mejía (2017) no deja de ser sumamente interesante, dado que, en efecto, señalar o pretender que las circunstancias específicas actúen también en la determinación de la pena concreta, implicaría una doble valoración, por un lado, una primera valoración al momento de recurrir a ellas para identificar el espacio punitivo donde se anclaran los tercios, y un segundo momento las mismas circunstancias servirían para la determinación de la pena concreta, dos momentos de actuación que atentaría hipotéticamente al principio que proscribire la doble valoración de una misma circunstancia.

El principio de doble valoración se dirige a proscribir las repetitivas valoraciones que se haga de una misma circunstancia al momento de determinar la pena judicialmente, la principal manifestación de este principio viene determinado por el artículo 46 del Código Penal al regular: “constituye circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible”.

Entendemos correcta la regulación antes descrita, no obstante, nuestra posición difiere radicalmente de aquella asumida por Mejía (2017), pues de la propia lectura de dicho articulado, se está haciendo referencia a una valoración múltiple que permite otorgarle categorías diferentes a una misma circunstancia, lo cual resulta un contrasentido evidente o un exceso de sobrecriminalización de la conducta. Si esto es así, por tanto, nuestra lectura sobre el principio de la doble valoración es fundamentalmente diferente y opuesta a dicha posición del Fiscal antes referida.

A nuestro juicio, la doble valoración alcanza únicamente para la consideración de una misma institución a nivel de dos categorías de circunstancias. Es decir, esta proscribido considerar una misma circunstancia como genérica y específica a la vez, empero, nada prohíbe, además por parámetros razonables, que dichas circunstancias sean valoradas como fuente de cercanía o proximidad a los extremos del tercio correspondiente.

Piénsese por ejemplo en la concurrencia de un delito con seis circunstancias agravantes genéricas y una circunstancia atenuante genérica, no cabe duda que estando en el tercio medio, la pena concreta será razonable que se aproxime más al límite máximo de dicho tercio, en comparación a un delito con una circunstancia agravante genérica y siete circunstancias atenuantes genéricas.

Como podrá observarse en este supuesto se estaría realizando una doble valoración en sentido estricto, se otorga un valor a las circunstancias para encontrar el tercio correspondiente y para determinar su cercanía al extremo de uno de los tercios, no obstante, en nada afecta al principio de doble valoración, sino que por el contrario se trata de buscar parámetros razonables de fundamentación, pues en cualquier caso dicho razonamiento estaría acorde y en línea al principio de lesividad: resulta más lesivo a un bien jurídico el primer caso que el segundo caso, siguiendo el ejemplo citado.

Ahora bien, ocurre lo mismo con las circunstancias específicas, pues si bien como lo han corroborado los entrevistados en unanimidad, éstas operan para determinar el espacio punitivo abstracto, no es menos inválido que las mismas ingresen a tallar en la valoración del espacio punitivo concreto.

Otra vez gráficamente, piénsese en un delito de robo agravado configurado en los hechos con siete agravantes, en comparación al mismo delito de robo agravado pero ocasionado a raíz de la concurrencia de una sola agravante, por parámetros razonables, el primer caso merece una mayor desvaloración de la conducta del sujeto, y ello genera mayor lesividad al bien jurídico, lo que supondrá la cercanía (también) al tercio determinado que previamente las circunstancias genéricas permitieron identificar.

Todo esto sin vulnerar el principio que proscribe la doble valoración, en tanto y en cuanto, no se está frente a un caso de traspaso de un mismo factor a diferentes circunstancias, sino que se está valorando dicho factor otorgándole una real trascendencia desde el punto de vista de la lesión al bien jurídico, que dicho sea de paso, no resulta una actividad novedosa, ni tampoco atentatoria contra este sistema de determinación de la pena que busca precisamente mayor valoración al momento de resolver.

Lo contrario supondría, obviar la mayor o menor concurrencia de circunstancias genéricas y circunstancias específicas, por un simple capricho y lectura parcial del principio que proscribiera la doble valoración. Lo cual es perjudicial para el desarrollo de este nuevo sistema de determinación de la pena.

Siendo, por tanto, que conforme se señaló en el supuesto jurídico, las circunstancias específicas tendrán dos momentos de actuación, en primer lugar, identificando el espacio punitivo y en segundo lugar permitiendo al juzgador aproximarse a uno de los extremos, sea máximo o mínimo, que previamente se ha identificado con las circunstancias genéricas.

De esto, no tiene que renunciarse a lo estipulado por el artículo 45-A, en tanto y en cuanto cada etapa que allí se describe puede ser plenamente ocupada por cada circunstancia, debiendo, por tanto, operar en primer momento la circunstancia específica, brindando al juzgador el margen punitivo abstracto, el cual procederá a dividir en tres tercios, cuya concurrencia de las circunstancias genéricas permitirá elegir uno de ellos, para finalmente determinar la pena concreta según la concurrencia de un mayor o menor número de circunstancias genéricas y específicas.

IV.3 Respecto al tercer objetivo específico

La presente investigación tiene como segundo objetivo específico el “Verificar la posibilidad de concurrencia de las circunstancias genéricas y específicas en la determinación judicial de la pena”.

Sin lugar a dudas, debe traerse a acotación lo señalado en doctrina por una de las voces más autorizadas en estos temas, así indica Prado (2017):

“Esto es, sólo puede haber concurrencia entre circunstancias genéricas o entre circunstancias específicas, sean estas agravantes o atenuantes. No cabe, pues, la concurrencia entre circunstancias genéricas y circunstancias específicas, ya que ambas son incompatibles entre sí” (p. 242)

Frente a esta posición, se tiene la hallada por los entrevistados quienes coincidieron en su totalidad al estimar que la concurrencia entre circunstancias

genéricas y circunstancias específicas es posible al momento de determinar la pena.

La forma en la que concurren, y el espacio de coincidencia, vienen determinado por el momento en que se va a calcular la pena concreta aplicable al caso concreto, no termina siendo una concurrencia plena, sino que ésta se halla de manera secuencial, primero actuarían las circunstancias genéricas para luego entrar en campo las circunstancias específicas.

Esto desde ya significa una posición distinta y frontal a lo que el doctor Prado entendería por concurrencia, pues éste entendería que la sola existencia de circunstancias específicas excluiría sin más a las circunstancias genéricas en la valoración de la pena, no cabría hacer mención o someter a consideración éstas últimas, bajo la premisa que lo general sigue la suerte de lo especial (Prado, 2017, p. 240).

No sólo ello, sino que además Prado le otorgaría un tratamiento de cómputo de la pena especial a las circunstancias específicas, a decir:

“Ahora bien, cuando se trata de catálogos compuestos únicamente por circunstancias agravantes específicas de un mismo nivel, cada circunstancia representa un porcentaje cuantitativo del espacio punitivo o pena básica. Por tanto, en estos supuestos, la pena concreta debe representar siempre el total porcentual acumulado correspondiente a las agravantes detectadas en el caso, las cuales irán integrando sus efectos a partir del mínimo hacia el extremo máximo” (p. 234).

Supone para Prado (2017) otorgar una valoración porcentual punitiva a cada circunstancia agravante específica y partir de allí llegar hacia el extremo máximo, piénsese por ejemplo en el delito de Robo Agravado, el mismo que en su primer párrafo presenta ocho circunstancias específicas, y el espacio punitivo (no menor de 12 años ni mayor de 20 años) también es de ocho años, desde la fórmula que propone el jurista en mención, tendría que asignarse un valor de un año a cada una de las circunstancias partiendo del mínimo, por lo que si concurriera una sola agravante la pena atribuible sería de doce años, si hubiera dos agravantes sería de trece años, para tres agravantes la pena sería de 14 años, y así progresivamente.

Este es un método de cálculo que no resulta compatible a decir de los entrevistados porque se aleja del sistema de determinación judicial de la pena que precisamente la Ley N° 30076 incorporó.

Pero además de este parecer debemos señalar que no nos parece correcto estimarle un valor exacto a cada una de las circunstancias pues estaríamos ingresando en un espacio de pena tasada, cuya lógica estructural está alejada de nuestra realidad normativa, además de esto, las circunstancias que regula el código no tiene por qué tener una equidad punitiva en sí mismo.

Y aquí frontalmente podemos oponer la imposibilidad de otorgarle un mismo valor a todas las circunstancias que expone el mismo artículo 189° del Código Penal que tomamos como ejemplo, no es lo mismo o por lo menos no merece tener el mismo grado de gravedad dirigir la acción criminal contra una autoparte de un vehículo, que realizar la actividad ilícito en un inmueble habitado, naturalmente hay mayor trascendencia de gravedad en este último, o también pudiese ser que la acción criminal se despliegue contra un vehículo automotor y que en otro caso signifique el desapoderamiento de un celular en horas de la noche, que no necesariamente tendría que significar una equivalencia plena punitiva como sustenta el profesor Prado.

Desarrollando el parecer de los entrevistados, no existe mayor justificación que nos alejemos de un sistema de tercios sólo por la concurrencia de circunstancias específicas, dando cabida al principio de especialidad. Estimamos correcta la posición que se ha sostenido en el supuesto jurídico y que en puridad ha sido corroborado por los entrevistados, en tanto que manteniendo una lógica del sistema de determinación de la pena podrían coexistir perfectamente las circunstancias genéricas y específicas al mismo tiempo, sin tener que excluirse o añadirse entre ellas, sino que sin mayor complejidad podrían complementarse a efectos de alcanzar una pena proporcional a la realidad de los hechos.

IV.4 Respecto al segundo objetivo general

La presente investigación tiene como segundo objetivo general “Determinar la naturaleza jurídica de las circunstancias atenuantes privilegiadas en la determinación judicial de la pena”.

Respecto a este objetivo, encontramos que el punto coincidente o característica principal para diferenciar a las circunstancias atenuantes privilegiadas de las demás reguladas por el Código Penal, viene condicionado por la creación de un marco punitivo por debajo del mínimo legal, y esto es así porque el propio artículo 45-A establece ese tipo de operacionalización, empero, el criterio diferenciador viene también determinado por el límite legal de reducción como condicionante.

Los entrevistados en su mayoría encontraron que resulta necesario establecer un mínimo legal exacto de reducción cuando se trate de circunstancias atenuantes privilegiadas, a fin de evitar que la judicatura reduzca penas desproporcionalmente y sin tener en consideración márgenes de razonabilidad, además de ello sino existiese ello, supone recurrir al artículo 29° del Código Penal con lo que se crearía un margen de pena abstracto bastante amplio.

En efecto, el artículo 29° del Código Penal regula “La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años”, es este artículo el que establece los mínimos y máximos permisibles que debe contener una pena privativa de la libertad, esto cuando el tipo penal en su configuración no contenga cuanto será el mínimo o el máximo de la pena.

Claro ejemplo de este resulta el artículo 108° del Código Penal, cuando regula: “Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de quince años (...)” sin contener en su sintaxis normativa el máximo de pena aplicable, y en cuya aplicación del artículo 29° antes referido supone un máximo de treinta y cinco años de pena privativa de la libertad.

Ahora bien, lo mismo supone hacer cuando se está frente a creaciones de espacios punitivos, pues resulta exactamente lo mismo al establecer márgenes de penas, si las circunstancias atenuantes privilegiadas no contuvieran un

mínimo legal aplicable, supletoriamente deberá recurrirse al artículo 29° del Código Penal para a partir de ello sostener que el límite inferior del primer tercio es de dos días y el límite del tercer tercio es de 20 años, para el supuesto de Homicidio calificado, por ejemplo, habilitando y condicionando incluso a estimarse penas que no supongan privación de libertad efectiva necesariamente.

Pero no solo es el criterio de utilidad que permite estimar como necesario dicho límite legal de reducción, sino que debe observarse, además, la forma en la que el legislador ha configurado a estas dos instituciones creadoras de márgenes punitivos distintos a los regulados en los tipos penales.

De inmediato, es necesario apreciar cómo es que las circunstancias agravantes cualificadas contienen en su sintaxis normativa los márgenes máximos aplicables en su labor de crear nuevos márgenes de pena, piénsese por ejemplo en la reincidencia, regulado en el artículo 46-B del Código Penal, dicha institución regula máximos de pena aplicable de una mitad por encima del máximo o dos tercios por encima del máximo dependiendo del tipo penal del que se trate.

Este factor fundamental también debe ser trasladado a las circunstancias atenuantes privilegiadas porque éstas también poseen la labor creadora de espacios punitivos. En este espacio piénsese la característica común de las circunstancias genéricas agravantes y atenuantes, ellas tendrán como punto de coincidencia que establecerán el tercio aplicable al momento de estimar la pena concreta.

El punto de coincidencia para las circunstancias agravantes cualificadas y circunstancias atenuantes privilegiadas será la labor creadora de espacios punitivos, y en ello debe seguirse la misma lógica normativa que se estructuró en tales condiciones, de tal forma que resulta imprescindible que las instituciones jurídicas plausibles de identificarse como circunstancias atenuantes privilegiadas contengan en su sintaxis normativa, el mínimo legal aplicable al momento de la reducción.

Serán estos dos factores los que permiten establecer las características de las circunstancias atenuantes privilegiadas, no sirve por sí sola o no resulta

suficiente observar la lesión del bien jurídico. Esto es, no basta con decir que será circunstancia atenuante privilegiada toda institución que suponga una lesión al bien jurídico con menor intensidad, sin dejar de ser cierto y parte integrante este factor, no abarca la totalidad de la sintaxis normativa que debiera integrar estas circunstancias atenuantes privilegiadas.

Y esto es así porque este nuevo sistema de determinación judicial de la pena prevé mayor predictibilidad al momento de la individualización, cuya exigencia se incrementa al tratarse de disminuciones por debajo del margen que ofrecen los tipos penales.

Esta consideración ya ha sido reflejado en propuestas legislativas que dada la coyuntura no ha sido posible recoger o expresar en una ley penal vigente. La Comisión Especial Revisora del Código Penal, presidida por el legislador Torres Caro, en el año 2010, antes de la promulgación de la actual Ley n° 30076, propuso la dación de un nuevo Código Penal que integraba normas penales establecidas en leyes especiales para conformarlo en un solo catálogo normativo, pero además de esto, supuso la primera propuesta oficial de integración de este sistema judicial de determinación de la pena.

Al regular las circunstancias atenuantes específicas, propuso la integración del artículo 47° que señalaba textualmente: “La pena se atenuará hasta en una mitad por debajo del mínimo legal cuando la afectación del bien jurídico sea leve”. Así pues, integraba un criterio de circunstancia atenuante privilegiada que describía directamente su característica diferenciadora -atentar con menor gravedad a los bienes jurídicos- y estatuyendo un mínimo legal para su configuración, hasta en una mitad por debajo del mínimo legal.

Nótese que la sintaxis normativas dista mucho de nuestra forma de regulación actual, en tal propuesta legislativa se reguló la consecuencia jurídica a un determinada afectación a bienes jurídicos como elemento característico, pero en este catálogo normativo, no existió una descripción semejante al momento de regular las circunstancias agravantes cualificadas, de hecho, sobre estas no se dio mayor énfasis normativo, lo que suponía para ese contexto identificar cuáles serían estas figuras.

Nuestra realidad normativa es frontalmente opuesta, sobre la circunstancias agravantes cualificadas se tiene los elementos característicos, que en coincidencia con la potestad creativa de espacios punitivos, se debe trasladar a las circunstancias atenuantes privilegiadas, empero, en cualquier caso, resulta necesario establecer o regular a las atenuantes privilegiadas con los mínimos legales de reducción como elemento característico.

De ahí por tanto, podemos coincidir con los entrevistados plenamente que las circunstancias agravantes cualificadas poseen una potestad creadora de espacios punitivos por fuera de los márgenes ofrecidos por los tipos penales, y en cuya sintaxis normativa, se hace imprescindible contener el mínimo de reducción legal para habilitar eficazmente dicha facultad otorgado por el legislador.

IV.5 Respecto al tercer objetivo específico

La presente investigación tiene como tercer objetivo específico “Identificar cuáles son las instituciones jurídicas que pertenecen al grupo de circunstancias atenuantes privilegiadas”.

En este espacio de discusión, encontramos un menor nivel de coincidencia en las respuestas de los entrevistados, pues en su mayoría habrían identificado como elementos característicos de las circunstancias atenuantes privilegiadas, una menor lesión al bien jurídico y un límite legal en su sintaxis, empero identificaron diversas instituciones que pese a no poseer tales características suponen ser atenuantes privilegiadas

Así pues coincidieron en señalar que la responsabilidad restringida, complicidad sumaria y tentativa son categorías que se califican como circunstancia atenuante privilegiada.

A este tenor, y por coherencia en los fundamentos que se ha expuesto, debemos señalar nuestra discrepancia con tal posición hallada a nivel de las entrevistas, debiendo reposar nuestra posición en lo que a nivel de doctrina se ha señalado, así pues, Prado (2017) es de la posición que en la actual

regulación del Código Penal no existe institución que sea plausible de considerar circunstancia atenuante privilegiada (p. 246).

En la misma línea y en voz expresa, Avalos (2015):

“Estamos totalmente de acuerdo en la valoración negativa que hace de la no contemplación en la Ley N° 30076 -o, en realidad, en el nuevo sistema de determinación de pena- de un artículo dedicado a la descripción de las agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas, del mismo modo que con su afirmación de que en la actualidad no existen circunstancias atenuantes privilegiadas en nuestro ordenamiento jurídico” (p. 184).

Siendo consecuentes con las características diferenciadoras que hemos desarrollado en el segundo objetivo general, hemos de identificar y encontrar plena coincidencia con los juristas antes citados, de tal forma que nuestro supuesto jurídico si bien no se condice con lo señalado en las entrevistas, encuentra respaldo a nivel doctrinal.

A lo anterior, debe adicionarse una consideración que compartimos en plenitud y que lo encontramos en la doctrina en la voz de Ávalos (2015) al señalar que la preminencia temporal de la ley en mención (Ley n° 30076) es otro criterio para descartar que los preceptos como el artículo 22° del Código Penal hayan sido concebido como circunstancias atenuantes privilegiadas (p. 186).

Ya habíamos adelantado en otro punto de discusión que, en efecto, la fecha en que se originan la dación de las instituciones jurídica y con mucha posterioridad la dación de la Ley que integraría el nuevo sistema de determinación judicial de la pena, tiene incidencia dentro del complejo normativo que supone esta última, y en esto no se equivoca el profesor Ávalos al estimar que el factor temporal también incide en la inexistencia de circunstancias atenuantes privilegiadas.

Cabe añadir, además, que el afán de darles tratamiento a determinadas instituciones no puede compararse ni significar su adecuación inmediata sin recurrir a criterios dogmáticos que otorguen respaldo teórico a dicha fundamentación.

Esta última referencia la hacemos en especial atención a la respuesta que brindó Burga (2017) frente a la pregunta planteada respecto si determinadas

instituciones que implican una disminución de la punibilidad (tales como: error de prohibición vencible, imputabilidad restringida, tentativa, etc), podrían ser consideradas e identificadas como circunstancias atenuantes, ante ello respondió la especialista: “Podrían ser reguladas ya que estas permiten establecer un nuevo espacio punitivo; sin embargo, actualmente son solo causales de disminución de la punibilidad”.

Aquí pues yace la diferencia del ser y del deber ser, no encontramos instituciones que estrictamente se adecuen a las características particulares de las circunstancias atenuantes genéricas, y ello frontal y radicalmente por la ausencia de límites legales como elemento integrante de la cualidad normativa creadora de espacios punitivos, pero nada impide para que en el futuro, el legislador tenga a bien establecer límites legales y con ello salvar la estructura normativa que compone tanto a las circunstancias atenuantes privilegiadas como a las circunstancias agravantes cualificadas, pertenecientes a un mismo grupo de circunstancias respecto de este sistema.

Lo mismo, pero visto de otra forma, supone el jurista Ávalos (2015) al señalar:

“Hemos dejado ya en claro que la regulación de los efectos de las circunstancias atenuantes privilegiadas en el artículo 45-A debió haberse acompañado por una cláusula que señalara de modo taxativo cuáles eran éstas, además de las agravantes cualificadas” (p. 186).

Dejando en las manos del legislador la labor de identificación de estas circunstancias atenuantes privilegiadas, el profesor Ávalos encuentra una solución plausible en la posibilidad de creación de una lista de circunstancias que el legislador convenga como atenuantes privilegiadas.

Luego, tendrá que añadirse que estas deberán significar siempre un menor reproche de punibilidad en tanto y en cuanto es el génesis característicos de las circunstancias atenuantes privilegiadas, por lo que, aquellas instituciones que tengan o posean esta característica como elemento resaltante, no cabe duda que es muy latente su conversión a circunstancias atenuantes privilegiadas, termina siendo, finalmente, parte de la decisión político-criminal que asuma nuestro legislador peruano al momento de regular.

IV.6 Respecto al cuarto objetivo específico

La presente investigación tiene como tercer objetivo específico “Describir el procedimiento que siguen las circunstancias atenuantes privilegiadas para la determinación judicial de la pena”.

En este apartado recurrimos al tratamiento en el ejercicio de los cargos de los entrevistados a fin de advertir, en qué casos y cómo es que se dio tratamiento a determinadas instituciones permitiéndoles solicitar o imponer penas por debajo del tercio inferior (característica propia de las circunstancias atenuantes privilegiadas).

Lo primero que podemos observar es que la mayoría de imputados si ha solicitado penas por debajo del mínimo legal, a excepción de la magistrada Camargo, quien señaló que ello no resultaba posible, toda vez que la Ley Orgánica del Ministerio Público así lo prohíbe, dejando en potestad judicial la imposición de penas atenuadas.

Frente a ello, no compartimos ni creemos correcta la posición asumida, de hecho no hay ninguna referencia normativa que en estricto impida al Fiscal solicitar penas por debajo del mínimo legal, siempre con suficiente motivación. Si bien las instituciones hacen referencia a descripciones como “el juez podrá reducir prudencialmente la pena” (en el caso de la tentativa), esto no implica *per se* que dicha labora sea encomendada únicamente a la judicatura nacional.

Si por mandato constitucional el Ministerio Público es el persecutor del delito y quien finalmente tiene la potestad exclusiva de proponer imposición de penas privativas de la libertad, cómo es que podría impedírsele la propuesta de penas fuera de los márgenes establecidos por el tipo penal, siempre que se encuentra debidamente fundamentado.

Más aún, el no solicitar penas por debajo del mínimo legal, obvia a la labor fiscal de meditar y valorar la concurrencia de factores que inciden en la determinación judicial de la pena. Si seguimos la lógica de la Fiscal en mención, el Ministerio Público al no poder solicitar penas por debajo del mínimo

legal, tampoco podría analizar la concurrencia del tercio adecuado para el caso.

Piénsese, cómo podría el Fiscal analizar el tercio aplicable, si a esto precede la labor de determinar el espacio punitivo, y esto lo otorga precisamente la circunstancia atenuante privilegiada. Pero, bajo esta lógica, al estar proscrito para el Ministerio Público solicitar penas por debajo del mínimo legal, no podría pensarse en el análisis de una pretensión punitiva con un margen de pena abstracta menor a las que establecen los tipos penales, pues, quedaría la pregunta sobre la base de qué margen de pena abstracta se estaría trabajando entonces.

Solicitar única y automáticamente la pena del extremo mínimo, en nada soluciona este conflicto, más aún lo empeora, pues en tal medida estamos recurriendo a una pena tasada, y a claras desproporciones porque esa pena del extremo mínimo, en realidad es el extremo máximo del tercio superior si se considerase el margen punitivo por debajo del mínimo legal, como ordena las circunstancias atenuantes privilegiadas.

Por estas consideraciones, reiteramos, encontrarnos en total discrepancia con la posición asumida por la magistrada Camargo, que no hace más que limitar las funciones del Ministerio Público y recurrir a imposición de penas por parte del juez, sin tener pretensiones punitivas absolutamente válidas, toda vez que no estarían conformadas por una debida motivación, más aún si se encuentra de espaldas a la regulación del nuevo sistema de determinación judicial de la pena.

Por otro lado, si bien hemos encontrado posiciones que reconocían al mínimo legal reductor como elemento característico de las circunstancias atenuantes privilegiadas, al momento de considerar la existencia o no de instituciones que puedan ser consideradas como tales, encontramos que los magistrados en efecto mencionaban y reconocían a determinadas instituciones como circunstancias atenuantes privilegiadas, aun cuando no cumplen con la propia característica que ellos identificaron.

Esto se ve traducido en la *praxis jurídica* y de ahí resulta de vital importancia este espacio de discusión, advertimos a nivel de nuestra realidad problemática

y lo comprobamos en este apartado, resulta ser la tentativa una de las instituciones que mayor tratamiento se le otorga al reducir la pena por fuera de los extremos de los tipos penales.

Pero, no sólo esto es lo relevante en este espacio, sino que no deja de sorprender el procedimiento que se utilizó y la fundamentación acompañada para imponer penas por debajo del mínimo legal.

En primera instancia, ninguno de los profesionales entrevistados sostiene con tal claridad cuál es el extremo mínimo aplicable en caso de reducción de pena por debajo del mínimo legal, o en otros casos encontramos que el margen lo obtuvieron erróneamente de la regulación del artículo 45-A del Código Penal.

Así pues, citando de manera gráfica, Burga (2017) señaló que solicitó penas por debajo del mínimo legal ante la concurrencia de un delito en grado de tentativa, aunque no la identificó como causal de circunstancia atenuante privilegiada.

Empero, la reducción de la imposición de la pena, que en su caso memorable solicitó 10 años de pena privativa de la libertad por un delito de Robo Agravado cuya texto penal regula 12 años como pena mínima, no se logró fundamentar en estricto por qué se reduciría dos años, por qué no tres o por qué no cuatro.

Pareciese más una labor de tanteo matemático o parecer del día, el hecho de solicitar una pena reducida en dos años por debajo del mínimo legal, pues no se encuentra mayor fundamento dogmático o normativo que avale y sustente estos requerimientos de pena privativa.

Claro, esta forma de tratar a las reducciones de las penas, adelantamos en la realidad problemática, no significaba ninguna sorpresa en el pasado judicial, podíamos encontrar incluso penas de 8 años, o hasta penas suspendidas en caso de Robo Agravado, y la fundamentación que se tenía de esto redundaba en ser paupérrima.

Pero esta suerte de costumbre judicial, no puede ser admitida en el desarrollo de un nuevo sistema de determinación judicial de la pena, pues no es coherente con los pilares que este sistema trae consigo, más aún recurrir a la dicha práctica judicial no hace más que desconocer la vigencia de esta ley,

pues mientras el artículo 45-A ordena establecer un margen punitivo para luego interactuar con los tercios, esta práctica judicial se olvida de esta operacionalización y sin fundamento alguno calcula una pretensión punitiva más antojadiza que motivada, reposada únicamente en el parecer del juez o fiscal que trate el caso.

¿Por qué el legislador habría de introducir un sistema que luego no se ha de cumplir? Resultaría más “apropiado” que en todo caso dicha causa de disminución de la punibilidad interactue con el artículo 29° del Código Penal, y en esa lógica establezca tercios aplicables, pero naturalmente ello no se hace ni se hará, porque teniendo en el extremo mínimo el tiempo de 2 días de privación de la libertad, podría suponer imponer penas dentro del tercio inferior e incluso con suspensión en su ejecución, lo cual no resulta en ninguna forma plausible dada la realidad que vive nuestra sociedad.

Esto, creemos, lo tienen plenamente reconocido los operadores jurídicos y antes de recurrir al artículo 29° del Código Penal, que resulta en todo caso lo más consecuente con este sistema de tercios, se prefiere solicitar penas ajustadas al parecer o azar del magistrado que la convoque. Por eso creemos imprescindible este apartado, porque nos refleja el tratamiento con circunstancias que significan una menor punibilidad y nos muestra la ausencia de fundamentación debida.

En un esfuerzo más consecuente al anterior se encuentra el tratamiento que sobre este tema ofrece el magistrado Mejía (2017) quien ha solicitado penas por debajo del mínimo legal en casos de imputabilidad restringida y obteniendo como mínimo del margen punitivo, un tercio por debajo del mínimo de la pena abstracta, teniendo como fundamento la regulación del artículo 45-A del Código Penal.

Si bien esto resulta un esfuerzo valioso para desarrollar y otorgarle el espacio que el sistema de determinación judicial exige en la praxis judicial, lamentamos señalar que aquello no se ajusta en forma alguna a la regulación del artículo 45-A del Código Penal: “Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior”.

Este artículo 45-A del Código Penal no establece una proporción de reducción de la pena, lo que hace es referenciar la palabra tercio, no como factor matemático de proporción sino como espacio punitivo aplicable de la pena concreta. Es decir, el legislador no está señalando que el nuevo mínimo ante la concurrencia de esta circunstancia se determina por el tercio del mínimo legal, lo que intenta decir el legislador en general es que el marco punitivo se va a construir por debajo del tercio inferior (como espacio punitivo no como proporción geométrica, insistimos).

Por lo que, necesariamente debemos apartarnos de esta consideración expuesta del magistrado Mejía, porque no se condice directamente con la voluntad legislativa ni la *ratio juris* del artículo materia de estudio.

Es pues en tal circunstancia que nos cabe decir, que si bien se reconoce una necesidad de imponer penas por debajo del mínimo legal, la construcción fundamentadora debe ser consecuente con lo que la regulación del nuevo sistema judicial de determinación de la pena trae consigo.

V. CONCLUSIONES

PRIMERO

La dación de la Ley N° 30076, trajo consigo la incorporación de un novedoso sistema de determinación de la pena, regulando cuatro circunstancias integrantes de este nuevo modelo, obviando referenciar de forma alguna a otras circunstancias que antecedian su existencia a esta regulación. Aquellas que en doctrina se concibieron como circunstancias específicas. Al no haber exactitud en su identificación del *nomen juris*, pues la norma penal no señala expresamente cuáles son las circunstancias específicas, resulta necesario hallar su naturaleza jurídica. Y en esta labor hemos obtenido y advertido que las circunstancias específicas constituyen factores que inciden en la determinación judicial de la pena, construyendo una sintaxis normativa distinta de los tipos penales, conteniendo un margen de pena punitivo autónomo, que permitirá identificar en primera instancia cuál es el margen que obtendrá el operador para hallar en posterioridad el tercio aplicable.

SEGUNDO

No solo la sintaxis normativa permite advertir cuál es el campo de actuación de las circunstancias específicas, pues de plano esto nos invita a asumir que, en línea a lo regulado en el artículo 45-A del Código Penal, las circunstancias específicas actúan al momento de la identificación del espacio punitivo (numeral 1 del mencionado artículo), sino que además cobra vital relevancia al momento de la determinación de la pena concreta. Esto es así, porque las circunstancias intervienen, no al momento de determinar el tercio aplicable, porque esto representa labor de las circunstancias genéricas, sino al momento de determinar la mayor o menor cercanía a los extremos del tercio aplicable. Así pues, a mayor concurrencia de circunstancias específicas no cabe duda que la pena a imponerse deberá estar más cerca al extremo máximo del tercio, lo propio ocurrirá si se trata de un número reducido de circunstancias específicas, en tanto aquí sería prudente imponer penas más cercanas al extremo mínimo del tercio que se trate. Finalmente, estas consideraciones en lo absoluto atentan contra el principio de la doble valoración, pues ésta sólo

actúa cuando un mismo factor es valorado como dos circunstancias a la vez, pero no causa mayor agravio si tales factores no traspasan su ámbito de valoración en el mismo núcleo de la circunstancia que se trate.

TERCERO

Como quiera que las circunstancias específicas actúan dentro de la determinación concreta de la pena, resulta plausible la concurrencia conjunta con las circunstancias genéricas, pero las mismas no resultan excluyentes, es decir, no podría interpretarse que una circunstancia específica se resta con una circunstancia genérica, pues ambas tienen concepciones y apreciaciones distintas, pero si otorga parámetros de medición para el juzgador, más allá de eso no puede regularse, pues se estaría reduciendo en exceso el ámbito discrecional del juez y además podría obtenerse como consecuencia nefasta la imposición de penas tasadas involuntariamente. Siendo así los esfuerzos normativos sólo pueden llegar hasta este sector, otorgando pautas de valoración al juez, sin que condicione o secuestre su propio juicio en el caso concreto.

CUARTO

Las circunstancias atenuantes privilegiadas pertenecen al grupo de instituciones que trajo consigo y reguló la Ley n° 30076, no es por ello casualidad que se regule en el numeral 3, del artículo 45-A. Esta ubicación sistemática responde a que dicha institución conjuntamente con las circunstancias agravantes calificadas poseen una característica propia que permite diferenciar y personalizar a las mismas, nos referimos a la creación de nuevos márgenes punitivos. De ahí que deba observarse cómo es que se regulan las circunstancias agravantes calificadas, quienes permitiendo sobresalir de los márgenes que propone el tipo penal, crea nuevos márgenes de pena que tienen su límite legal en la regulación que el propio texto de la institución regule. Al pertenecer a la misma categoría, lo mismo deberá ocurrir con las circunstancias atenuantes privilegiadas, ellas, por tanto, crearán nuevos

márgenes de pena que permitirán identificar el espacio punitivo abstracto, siendo los límites legales que las instituciones regulen en específico el factor que permite construir estos espacios, sin los cuales no podría hablarse de circunstancias atenuantes privilegiadas. De tal forma que, son tres los elementos diferenciadores de una circunstancia atenuante privilegiada: la primera, supone una lesión menor al bien jurídico o un menor reproche penal, la segunda, permite la creación de un espacio punitivo, y la tercera, la creación del espacio punitivo siempre está íntimamente ligada a los márgenes de pena que limite el legislador en la regulación de la institución jurídica que se trate.

QUINTO

Siendo las anteriores las características excluyentes de las circunstancias atenuantes privilegiadas, nos permite sostener que a la fecha en la legislación penal no se advierte la existencia de alguna institución jurídica que pueda ser calificada como tal. Si bien es cierto, existen circunstancias que suponen un menor reproche de punibilidad, en cuanto a la precisión de la creación del espacio punitivo, adolecen de márgenes de pena que puedan ofrecer exactitud al legislador para establecer los tercios. Pues el recurso inmediato de suplir tal característica por la regulación del artículo 29° del Código Penal, que regula que la pena mínima aplicable es de dos días, no resulta prudente, pues se obtendría desproporciones al momento de imponer la pena, y en muchos casos encontraríamos la concurrencia de delitos graves, como el de Robo Agravado, que además es el de mayor ocasión, con penas que se encuentren en la calidad de suspendidas o con reserva del fallo condenatorio, etc. Lo que a todas luces resulta perjudicial en una sociedad donde la criminalidad avanza a pasos agigantados.

SEXTO

Finalmente, el procedimiento que deberá seguirse cuando nos encontremos frente a la existencia de una circunstancia atenuante privilegiada, será recurrir estrictamente a la identificación del espacio punitivo que la propia institución

jurídica calificada como tal advierta, para luego proceder a identificar el tercio aplicable, con la concurrencia de las circunstancias genéricas, para finalmente interpretar la determinación concreta según la mayor o menor concurrencia de circunstancias genéricas y específicas. Será este procedimiento en línea a la lógica del sistema de determinación judicial de la pena la que permitirá en mayor medida ofrecer las garantías de motivación que dicha Ley N° 30076 tuvo como finalidad.

VI. RECOMENDACIONES

PRIMERO

Se sugiere ofrecer a los operadores identificar los criterios diferenciadores que se recoge en la presente investigación al cabo de reconocer plenamente la concurrencia de una circunstancia específica en el caso concreto. La labor legislativa no es ajena a esta actividad, y en la medida de lo posible se sugiere al Legislador poder especificar en el *nomen juris* de los tipos penales, cuáles son los factores que suponen ser circunstancias específicas a fin de facilitar la complejidad de determinación judicial de la pena.

SEGUNDO

El operador jurídico no debe olvidar la doble función que se le ha encargado a las circunstancias específicas, pues ha quedado claro y comprobado que existe unanimidad al considerar la característica de identificar el espacio punitivo, empero no existe la misma coincidencia si se trata de determinar la pena concreta. Aquí pues juega un rol fundamental que el aparato judicial, mediante acuerdos plenarios u otros, deje en claro cómo es que en efecto las circunstancias específicas juegan un rol al momento de determinar la pena concreta, lo cual no puede ser desconocido por los operadores jurídicos.

TERCERO

Finalmente, haciendo el llamado a la necesidad de conformar un acuerdo plenario, corresponde comunicar la necesidad de actuar en línea al espíritu de la norma -Ley N° 30076- el cual supone un sistema de mayor predictibilidad, por lo que todas las circunstancias sin discusión deben ajustar a este sistema, y en ello no es ajeno las circunstancias específicas, debiendo recibir igual tratamiento por parte de los operadores jurídicos, y una vez visto ello, advertir que en la etapa de concreción de la pena a imponerse no resulta incorrecto sostener la concurrencia de las circunstancias específicas conjuntamente con las circunstancias genéricas, sino que las mismas juegan un rol complementario como pautas que deberá advertir el juez al momento de resolver.

CUARTO

Concientizar a los operadores jurídicos, informándoles los elementos característicos de las circunstancias atenuantes privilegiadas, siendo esto fundamental el de creación de un nuevo margen punitivo. Debiendo el legislador cerrar este círculo de confusión con el establecimiento claro de las instituciones que puedan considerarse como tales circunstancias.

QUINTO

Requerir o proponer al legislador la modificación de las instituciones que considera ser susceptibles de catalogarse como circunstancias atenuantes privilegiadas, o en su caso hacer un listado de las mismas. En cualquiera de los dos casos, deberá construir mínimos legales de reducción, dado que la sola remisión al artículo 29° producirá imposición de penas no razonables, y la abstención del recurso de este artículo produce imposición de penas sin motivación normativa alguna.

SEXTO

Finalmente, deberá señalarse claramente mediante plenario que las circunstancias atenuantes privilegiadas requieren de un tratamiento pormenorizado y concatenado según las prescripciones del artículo 45-A, así pues deberá actuar como margen punitivo abstracto, para que a partir de ello se identifique un tercio correspondiente, y su mayor o menor cercanía a uno de los extremos según la concurrencia de circunstancias genéricas y específicas.

VII. REFERENCIAS

Referencias bibliográficas sobre la materia:

- Abanto, M., Caro, J., Diez, J., García, P., Gómez, J. Kindhäuser, U. Zuñiga, L (2013). *Libro Homenaje al profesor José Hurtado Poso*. Lima: Idemsa.
- Ávalos, C. (2015). *Determinación judicial de la pena. Nuevos criterios*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Binder, A. (2004). *Introducción al Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad hoc.
- Bustos, J. (2004). *Obras completas. Control Social y otros estudios*. Lima: Editorial Santa Rosa.
- Hurtado, J. (2011). *Manual de Derecho Penal Parte General (Vols. 1-2)* Lima: Idemsa.
- Jakobs, G. (1991). *Derecho Penal Parte General (2da. edición)*. Madrid: Marcial Pons.
- Jescheck, H. (1978). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Bosch.
- Meini, I (2014). *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Oré, E. (2009). *Temas de Derecho Penal*. Lima: Reforma.
- Prado (2017). *Consecuencias jurídicas del delito. Giro Punitivo y nuevo marco legal*. Lima: Idemsa.
- Polaino, M. (2008). *Introducción al Derecho Penal*. Lima: Grijley.
- Reátegui, J. (2009). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (2013). *Teoría del delito en la discusión actual*. Lima: Grijely.
- Silva, J. (2010). *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Buenos Aires: Euros.
- Villavicencio, F (2007). *Derecho Penal Parte General (2da. edición)*. Lima: Grijley.

- Zaffaroni, E. (2010). *Estructura básica del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.

Referencias bibliográficas sobre Metodología:

- Hernandez, R. Fernández, C., Baptista, M (2010) *Metodología de la investigación* (5ed.) México D.F.: Mac Graw Hill / Interamericana editores S.A.C.

Referencias de documentos virtuales:

- Academia de la Magistratura (2015). *Derecho Penal y Procesal Penal*: Lima: Perú. Página web de la AMAG. Recuperado de:
http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere_pen_proce_penal/aplica_pena/29-38.pdf

- Bacigalupo (2010). *Filosofía e ideología de las teorías de las penas*. Recuperado de:
<http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/16000/16517>

- Instituto de Opinión Pública (Mayo, 2016). *Inseguridad ciudadana, confianza interpersonal y la confianza en las instituciones* [fichero de datos]. Recuperado de: <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/70540>

- Prado Saldarriaga, V. (2013). *Exposición*: Lima, Perú. Página web del Poder Judicial. Recuperado de:
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/01999a8046ed23428cfbec199c310be6/T1-la+determinacion+judicial+de+la+pena.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=01999a8046ed23428cfbec199c310be6>

- Prado Saldarriaga, V. (2017). *Exposición Dr. Victor Roberto Prado Saldarriaga Parte 1*: Lima, Perú: YouTube. Recuperado de:
https://www.youtube.com/watch?v=vvJzPt_pPEY

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA PARA ELABORACIÓN DE INFORME DE TESIS

<p>TÍTULO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN</p>	<p>“La naturaleza jurídica de las circunstancias específicas y atenuantes privilegiadas en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial Lima Sur”.</p>
<p>PROBLEMA GENERAL</p>	<p>Problema general N° 1: ¿Cuál es la naturaleza jurídica de las circunstancias específica en el sistema de determinación judicial de la pena?</p> <p>Problema general N° 2: ¿Cuál es la naturaleza jurídica de las circunstancias atenuantes privilegiadas en el sistema de determinación judicial de la pena?</p>
<p>PROBLEMAS ESPECÍFICOS</p>	<p>Problema específico N° 1: ¿Cuál es el tipo de procedimiento que deberá seguir las circunstancias específicas para alcanzar la determinación judicial de la pena?</p> <p>Problema específico N° 2: ¿Es posible la concurrencia de las circunstancias específicas y circunstancias genéricas en la individualización de la pena?</p> <p>Problema específico N° 3: ¿Cuál es el tipo de procedimiento que siguen las circunstancias específicas para alcanzar la determinación judicial de la pena?</p> <p>Problema específico N° 4: ¿Cuáles son las instituciones jurídicas que poseen las características suficientes para ser estimadas como circunstancias atenuantes privilegiadas?</p>
<p>SUPUESTOS</p>	<p>Supuesto 1: Las circunstancias específicas son factores establecidos por el legislador a efectos de otorgar un mayor reproche de la conducta punible, conformando parte de tipos penales específicos, de ahí su denominación, y estableciendo márgenes de pena autónomos</p>

	<p>y disímiles en comparación a otros delitos.</p> <p>Supuesto 2: Las circunstancias atenuantes privilegiadas son factores introducidos por el legislador en cuya característica crea nuevo márgenes de pena, estableciendo en su sintaxis normativa el nuevo mínimo aplicable de la pena abstracta.</p>
<p>SUPUESTOS ESPECÍFICOS</p>	<p>Supuesto Especifico 1: Las circunstancias específicas en tanto suponen factores que conforman un tipo penal específico, estableciendo márgenes de pena, dentro del sistema de individualización de la pena, identifica el espacio punitivo. Asimismo, en la etapa de determinación de la pena concreta procura únicamente una pena con mayor cercanía al límite mínimo o máximo del tercio en el que se encuentre, según la mayor o menor convergencia de circunstancias específicas.</p> <p>Supuesto Especifico 2: En la etapa de identificación del espacio punitivo, resulta imposible su concurrencia con las circunstancias genéricas, en tanto éstas actúan exclusivamente en la etapa de determinación de la pena concreta estableciendo el tercio aplicable. En esta etapa de determinación de la pena tampoco es posible que ambas circunstancias concurren dado que las circunstancias genéricas actúan en <i>prima facie</i> determinando el tercio aplicable y posterior a ello se valora el número de circunstancias específicas que concurren para estimar la mayor cercanía al límite mínimo o máximo del tercio en el que se encuentre.</p> <p>Supuesto específico 3: Conforme a nuestra legislación actual, no existen instituciones jurídicas que posean las características distintivas de las circunstancias atenuantes privilegiadas.</p>

	<p>Supuesto específico 4:</p> <p>De conformidad con el artículo 46-A, las circunstancias atenuantes privilegiadas permite al juzgador imponer una pena por debajo del tercio inferior, estatuyendo un nuevo límite inferior en la sintaxis normativa de la circunstancia atenuante del que se trate, para luego determinar la pena concreta recurriendo al tercio que previamente las circunstancias genéricas han determinado.</p>
OBJETIVO GENERAL	<p>Objetivo 1:</p> <p>Determinar la naturaleza jurídica de las circunstancias específicas en la determinación judicial de la pena.</p> <p>Objetivo 2:</p> <p>Determinar la naturaleza jurídica de las circunstancias atenuantes privilegiadas en la determinación judicial de la pena.</p>
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	<p>Específico 1:</p> <p>Describir el procedimiento que seguirán las circunstancias específicas para la determinación judicial de la pena.</p> <p>Específico 2:</p> <p>Verificar la posibilidad de concurrencia de las circunstancias genéricas y específicas en la determinación judicial de la pena.</p> <p>Específico 3:</p> <p>Identificar cuáles son las instituciones jurídicas que pertenecen al grupo de circunstancias atenuantes privilegiadas</p> <p>Específico 4:</p> <p>Describir el procedimiento que siguen las circunstancias atenuantes privilegiadas para la determinación judicial de la pena.</p>
DISEÑO DEL ESTUDIO	Teoría fundamentada.
TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS	<p>Análisis documentario.</p> <p>Entrevista.</p>
POBLACIÓN ESCENARIO DE ESTUDIO	Jueces y Fiscales Superiores del distrito judicial de Lima Sur.
CATEGORIAS	<p>Circunstancias específicas.</p> <p>Circunstancias atenuantes privilegiadas.</p>

	<p>Circunstancias genéricas.</p> <p>Sistema de tercios.</p> <p>Determinación judicial de la pena.</p> <p>Fin de la pena.</p> <p>Proporcionalidad.</p>
--	---



GUÍA DE ENTREVISTA

La naturaleza jurídica de las circunstancias específicas y atenuantes privilegiadas en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Lima Sur

Entrevistado:

Cargo:

La presente investigación tiene como finalidad determinar cuál es la naturaleza jurídica de las circunstancias específicas y atenuantes privilegiadas, y su tratamiento operativo para la determinación judicial de la pena.

Objetivo general N° 1: Determinar la naturaleza jurídica de las circunstancias específicas en el procedimiento de determinación judicial de la pena.

1. Conforme a la regulación de los ilícitos penales vigentes ¿usted considera que las causales expuestas en tipos penales específicos -en adelante circunstancias específicas- (gráficamente podría mencionarse a los artículos 108° -Homicidio calificado- y 189° -Robo Agravado- del Código Penal) podrán considerarse como circunstancias que inciden en la determinación judicial de la pena? ¿Por qué?

2. Explique Ud. cuál(es) es(son) la(s) característica(s) que poseen las circunstancias específicas que permiten diferenciarlas de las circunstancias reguladas en el artículo 45-A del Código Penal:

Objetivo específico 1: Describir el procedimiento que seguirán las circunstancias específicas para la determinación judicial de la pena.

3. Según su experiencia, comente, si dichas circunstancias expuestas en tipos penales específicos deben operar dentro de la individualización de la pena, y conforme a lo regulado por el artículo 45-A -sistema de tercios- ¿Por qué?

4. En caso de ser negativa su respuesta anterior, señale, en su caso, qué tipo de tratamiento deberá recibir dichas circunstancias específicas en línea a la determinación judicial de la pena.

5. En caso de ser afirmativa su respuesta de la pregunta dos, señale en qué etapa de la individualización de la pena intervienen las circunstancias específicas (entiéndase por etapas a la identificación del espacio punitivo y a la determinación de la pena concreta, numeral 1 y 2 del artículo 45-A del Código Penal) y explique cómo operan.

Objetivo específico 2: Verificar la posibilidad de concurrencia de las circunstancias genéricas y específicas en la determinación judicial de la pena.

6. Atento a su respuesta anterior, sea que las circunstancias específicas operen en la identificación del espacio punitivo, en la determinación de la pena concreta, o en ambas, señale si en su opinión es posible la concurrencia de dichas circunstancias específicas con las circunstancias genéricas para la determinación de la pena, y en su caso cómo opera dicha concurrencia

Objetivo general N° 2: Determinar la naturaleza jurídica de las circunstancias atenuantes privilegiadas en el procedimiento de determinación judicial de la pena.

7. Explique Ud. cuál(es) es(son) la(s) característica(s) que poseen las circunstancias atenuantes privilegiadas que permiten diferenciarlas de las circunstancias atenuantes genéricas.

8. Habida cuenta que, conforme a la regulación del artículo 45-A del Código Penal, las circunstancias atenuantes privilegiadas permiten reducir penas por debajo del mínimo legal, diga Ud. si en su opinión debe establecerse un límite legal para dicha reducción ¿por qué?

Objetivo específico 3: Identificar cuáles son las instituciones jurídicas que pertenecen al grupo de circunstancias atenuantes privilegiadas

9. En su opinión cuáles son las instituciones jurídicas reguladas por el Código Penal que pueden ser catalogadas como circunstancias atenuantes privilegiadas:

10. Señale Ud. si en su opinión la omisión impropia; el error de prohibición vencible; el error de comprensión culturalmente condicionado; la tentativa; las eximentes incompletas; la imputabilidad restringida; y la complicidad secundaria, permiten reducir la pena por debajo del mínimo legal e identificarlas como circunstancias atenuantes privilegiadas ¿por qué?

Objetivo específico 4: Describir el procedimiento que siguen las circunstancias atenuantes privilegiadas para la determinación judicial de la pena.

11. Diga Ud. si en su experiencia ha impuesto o solicitado penas por debajo del mínimo legal, en qué casos, y cuáles fueron las circunstancias que consideró para establecer el quantum de pena proporcional (límite mínimo, proporcionalidad, etc)

12. ¿Tiene usted algún aporte adicional a la presente investigación? Si fuera afirmativa ¿Cuál?

Firma y sello

Yo, **José Jorge Rodríguez Figueroa**, docente de la Facultad de Derecho y Escuela Profesional de Derecho de la Universidad César Vallejo - Lima Norte, revisor (a) de la tesis titulada

“LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS Y ATENUANTES PRIVILEGIADAS EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA SUR”, del estudiante **CHRISTOPHER EFRAIN RAMOS MUÑANTE**, constato que la investigación tiene un índice de similitud de **24%** verificable en el reporte de originalidad del programa Turnitin.

El suscrito analizó dicho reporte y concluyó que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio. A mi leal saber y entender la tesis cumple con todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas por la Universidad César Vallejo.

Lima, 20 de junio de 2018



Firma

José Jorge Rodríguez Figueroa

DNI: 10729462

Elaboró	Dirección de Investigación	Revisó	Representante de la Dirección / Vicerrectorado de Investigación y Calidad	Aprobó	Rectorado
---------	----------------------------	--------	---	--------	-----------



**AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN DE
TESIS EN REPOSITORIO INSTITUCIONAL
UCV**

Código : F08-PP-PR-02.02
Versión : 07
Fecha : 31-03-2017
Página : 1 de 1

Yo Christopher Efrain Ramos Muñante, identificado con DNI N° 46308096, egresado de la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad César Vallejo, autorizo (x) , No autorizo () la divulgación y comunicación pública de mi trabajo de investigación titulado "LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS Y ATENUANTES PRIVILEGIADAS EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA SUR"; en el Repositorio Institucional de la UCV (<http://repositorio.ucv.edu.pe/>), según lo estipulado en el Decreto Legislativo 822, Ley sobre Derecho de Autor, Art. 23 y Art. 33

Fundamentación en caso de no autorización:

.....




 FIRMA

DNI: 46308096

FECHA: ..19. de JUNIO... del 2018.

Elaboró	Dirección de Investigación	Revisó	Representante de la Dirección / Vicerrectorado de Investigación y Calidad	Aprobó	Rectorado
---------	----------------------------	--------	---	--------	-----------

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE DERECHO

"LA NATURALEZA JURIDICA DE LAS CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS Y ATENUANTES PROMERAS EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL DISTRITO JUDICIAL LIMA SUR"

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR:
Christopher Efraín Ramos Muñante



ASESOR TEMÁTICO:

24%

1	...	2%
2	...	1%
3	...	1%
4	...	1%
5	...	1%
6	...	1%
7	...	1%
8	...	1%
9	...	1%
10	...	1%
11	...	1%
12	...	1%



FORMATO DE SOLICITUD

Sumilla: Visto bueno digitalización
de Tesis

Señor:
Mg. ESAÚ VARGAS HUAMÁN
Coordinador de la Escuela Profesional de Derecho
Universidad César Vallejo – Filial Lima
Presente.-

Yo, CHRISTOPHER GERARD DAZA MORALES, identificado(a) con D.N.I. N°
46308096, código de matrícula N° 7000345523, y con correo electrónico
cramosmu@gmail.com y celular 926030774, en mi
condición de estudiante del ____ ciclo de la Escuela Profesional de Derecho, recorro a su
despacho para solicitarle lo siguiente:

VISTO BUENO PARA DIGITALIZACIÓN DE TESIS



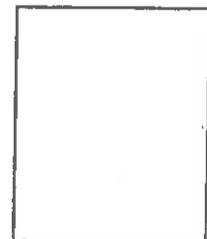
Agradeceré se atienda mi petición.

NOTA:
AUTORIZO QUE SE ME NOTIFIQUE AL CORREO ELECTRÓNICO CONSIGNADO LÍNEAS ARRIBA Y/O AL CORREO INSTITUCIONAL DE LA UCV, SOBRE EL TRÁMITE Y RESULTADO DE LA PRESENTE SOLICITUD.

Los Olivos, 20 de Junio del 2018

Adjunto:

- 1.- _____
- 2.- _____
- 3.- _____



Huella

[Handwritten Signature]

Firma del/de la Solicitante