

UNIVERSIDAD NACIONAL JOSÉ FAUSTINO SANCHEZ CARRIÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS

**DEBIDA MOTIVACIÓN DE LOS FINES DE LA PENA POR EL JUEZ AL
SENTENCIAR PARA GARANTIZAR LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA
(HUAURA, 2017-2018)**

PRESENTADO POR:

Bach. CARLOS COCA ANDRE ROBERT

PARA OPTAR EL TÍTULO DE:

ABOGADO

ASESOR:

Mtro. Miguel Hernán Yengle Ruiz

Mg. MIGUEL H. YENGLERUIZ
ABOGADO
CALL 1828

HUACHO-2019

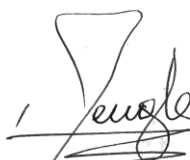
DEBIDA MOTIVACIÓN DE LOS FINES DE LA PENAPOR EL JUEZ AL
SENTENCIAR PARA GARANTIZAR LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA

(HUAURA, 2017-2018)

Elaborado por:

Bach. CARLOS COCA ANDRE ROBERT

TESISTA

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Miguel Yengle', is written over a horizontal line. The signature is stylized and includes a large, sweeping flourish that extends downwards and to the left.

Mtro. MIGUEL HERNÁN YENGLERUIZ

ASESOR

Presentado a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional José

Faustino Sánchez Carrión, para optar el Título Profesional de: ABOGADO.

Aprobado por:

Dr. SILVIO MIGUEL RIVERA JIMENEZ

PRESIDENTE

Mtro. NICANOR DARIO ARANDA BAZALAR

SECRETARIO

Mtro. MARIA ROSARIO MEZA AGUIRRE

VOCAL

DEDICATORIA

A Dios.

Por la oportunidad de darme la vida, por acompañarme en cada momento y en cada paso que doy, por hacerme fuerte de corazón e iluminar mi mente, y por hacer posible andar los logros que me eh trazado en lo espiritual y profesional.

A mi madre Victoria Isabel.

Por ser la base de mi vida, por su apoyo y amor incondicional en todo momento, por los consejos y valores que me transmitió, los mismos que han permitido ser cada día una mejor persona.

AGRADECIMIENTO

A mis docentes Universitarios, por ser los forjadores de mi vida profesional.

Tabla de Contenido

RESUMEN.....	17
ABSTRACT	18
INTRODUCCIÓN.....	19
Capítulo I	21
Planteamiento del Problema.....	21
Descripción de la Realidad Problemática	21
Formulación del problema	23
Problema General.....	23
Problemas Específicos.....	23
Objetivos de la investigación	23
Objetivo General	23
Objetivos Específicos.....	23
Justificación de la investigación.....	24
Delimitaciones del estudio	25
Delimitación Temática:	25
Delimitación Espacial:	25
Delimitación Temporal:	26
Delimitación Social:	26

Delimitación Cuantitativa:.....	26
Delimitación Cualitativa:.....	26
Viabilidad del estudio	26
Capitulo II.....	27
Marco Teórico	27
Antecedentes de la investigación.....	27
Investigación a Nivel Internacional	27
Investigación a Nivel Nacional.....	29
Bases teóricas	31
Subcapítulo I: Rol Social De La Pena.....	31
Posición Social.....	31
Rol Social	33
Status.....	34
La Búsqueda de la Unidad Mínima: Estructura Lógica del Rol.....	35
La Teoría del Rol Social.....	42
El Rol Como Producto de la Sociedad	48
Los Grupos de Referencia que Influyen en el Rol.....	50
Roles y Organizaciones.....	52
Roles e Interacciones.....	53

El Proceso de Institucionalización	60
Las Expectativas en el Fortalecimiento de los Roles	60
Subcapítulo II: La Pena y su Determinación	61
La Pena	61
Justificación, Fundamento y Fines de la Pena	63
Las teorías absolutas o retributivas	64
Las teorías relativas o preventivas	66
Teoría Mixta o de la Unión	68
La Pena en el Código Penal Peruano	70
Determinación Judicial de la Pena	71
Características	76
Personal	76
Proporcionada	77
Determinada	77
Flexible	77
Pronta e Ineludible	78
Individualizada	78
Determinación Judicial de la Pena y la Reforma Procesal Penal	79

La Determinación de la Pena en el Proyecto de la Comisión Especial Revisora del Código Penal 2008/2009	84
Estructura de Legitimación Formal y Material	91
Principio de Humanidad	91
El principio de igualdad	94
Derecho Constitucional	95
Derecho Internacional	97
La declaración Universal de los Derechos Humanos.....	97
El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.	100
La Carta De La Organización De Estados Americanos.	104
Declaración de las Naciones Unidas.	105
El Principio de Igualdad en el Derecho Penal	106
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	108
Tribunal Constitucional – Igualdad ante la Ley e Igualdad en la Ley. ..	111
El principio de Legalidad	112
La Individualización Judicial de la Pena y el Principio de Proporcionalidad.	119
El Principio de Confianza.....	124
La Generalización del Ámbito de Aplicación del Principio de Confianza	126

El Principio de Confianza en el Ámbito de la Medicina	127
El Principio de Confianza en los Accidentes Laborales	129
El Principio de Confianza en el Marco de la Responsabilidad Penal por el Producto	131
El Principio de Confianza como Instrumento Dogmático de Carácter General.	133
El Principio de Lesividad	135
Delitos de Peligro.....	136
La Prohibición de Regreso	138
Posición de Roxin	141
Posición de Frisch.....	143
Posición de Jakobs	144
La Posición de Garantía	150
En el Derecho Comparado	153
Definiciones de términos.....	157
Formulación de hipótesis.....	158
Hipótesis General.....	158
Hipótesis Especificas	158
Variables.....	159

Capítulo III.....	160
Metodología	160
Diseño metodológico	160
Tipo de investigación	160
Nivel de investigación.....	160
Diseño de investigación.....	160
Aplicada.....	160
Enfoque de investigación	160
Cualitativa.....	160
Población y muestra.....	161
Población	161
Muestra.....	161
Operacionalización de las variables e indicadores	163
Técnicas de Recolección de Datos	165
Técnicas a emplear	165
Descripción de los instrumentos	165
Técnicas para el Procesamiento de Información.....	166
Recolección de datos.....	166
Codificación.....	166

Tabulación	166
Registro de datos.....	167
Presentación de datos	167
CAPÍTULO IV	168
RESULTADOS	168
Presentación de cuadros, figuras e interpretaciones	168
Contrastacion de la Hipotesis	175
Capitulo V	178
Discusión, Conclusiones y Recomendaciones	178
Discusión.....	178
Conclusiones	182
Recomendaciones	184
Capitulo VI.....	187
Fuentes de Información	187
Fuentes Bibliográficas	187
Fuentes hemerográficas	191
Fuentes documentales	192
Fuentes electrónicas.....	193
INSTRUMENTO PARA LA TOMA DE DATOS	197

Tema de investigación 197

INSTRUCCIONES:..... 197

ÍNDICE DE TABLAS Y FIGURAS

TABLAS

Tabla	
1.....	127
Tabla	
2.....	128
Tabla	
3.....	129

GRÁFICOS

Figura	
1.....	128
Figura	
2.....	129
Figura	
3.....	130

RESUMEN

Determinar como la debida motivación de los fines de las penas contenidas en las resoluciones judiciales suscritas por el juez al momento de sentenciar para garantizar el principio de proporcionalidad de la pena (Huaura, 2017-2018). **Métodos:** La población de estudio fue 823 abogados colegiados y habilitados en el colegio de Abogados de Huaura y como muestra a 86 abogados. Esta investigación es de tipo básica, enfoque mixto, diseño no experimental y el nivel de la investigación es explicativo y de corte trasversal porque los datos se recolectaron en un único momento, su propósito es describir la variable y las dimensiones de cada una de ellas respecto a la debida motivación de los fines de la pena en la emisión de una sentencia. **Resultados:** Para obtener nuestros resultados se utilizó la técnica de encuesta y como instrumento se utilizó un cuestionario que fue elaborado en base a las dimensiones e indicadores de nuestras variables. Después de ser aplicado el cuestionario, los resultados fueron procesados en tablas y figuras, los que posteriormente fueron adecuadamente analizados con miras a una correcta discusión de los resultados. **Conclusión:** De la ejecución del trabajo de investigación se ha concluido que la debida motivación de los fines de las penas contenidas en las resoluciones judiciales suscritas por el juez al momento de sentenciar permitirá garantizar el principio de proporcionalidad de la pena

Palabras claves: La pena, debida motivación, proporcionalidad, juzgador y sentencia.

ABSTRACT

To determine how the due motivation of the purposes of the sentences contained in the judicial resolutions signed by the judge at the time of sentencing to guarantee the principle of proportionality of the penalty (Huaura, 2017-2018). **Methods:** The study population was 823 lawyers registered and authorized in the Bar Association of Huaura and as shown to 86 lawyers. This research is of a basic type, mixed approach, non-experimental design and the level of research is explanatory and cross-cutting because the data was collected in a single moment, its purpose is to describe the variable and the dimensions of each of them with respect to to the due motivation of the purposes of the sentence in the issuance of a sentence. **Results:** To obtain our results, the survey technique was used and as a tool a questionnaire was used based on the dimensions and indicators of our variables. After the questionnaire was applied, the results were processed in tables and figures, which were subsequently properly analyzed with a view to a correct discussion of the results. **Conclusion:** From the execution of the investigation work it has been concluded that the due motivation of the purposes of the sentences contained in the judicial resolutions signed by the judge at the time of sentencing will guarantee the principle of proportionality of the penalty

Keywords: The penalty, due motivation, proportionality, judge and sentence.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se intenta demostrar la necesidad de poder tener un derecho con identidad social, refiriendo esto a la perspectiva que se tiene sobre lo que se espera del derecho penal y que este sea un derecho que no pierda su dinámica social, asimismo esto se puede lograr a través de una mejor aplicación del código penal por parte de los administradores de justicia al momento de la determinación de la pena, y que estos actores al momento de su determinación tengan presente los principios del derecho penal y más aún el principio de humanidad como el Bien Jurídico Protegido por nuestro subsistema jurídico, el mismo que debe de trabajar con los demás subsistemas sociales.

El rol social como teoría necesaria para la vigencia del derecho penal en su dinámica, nos da muestras de cuáles son los factores técnicos jurídicos que hacen que el derecho en general, y más aún el derecho penal, en su aceptación social, se vean mermados por la aplicación errónea o una falta de conocimiento de la aplicación de una pena frente a un factor dinámicamente social, como lo es el imputado. La determinación de la pena es la forma como el Estado, hace control de su poder coercitivo, y que los operadores de justicia traten de llegar a una pena que sea aceptada equidistantemente por la sociedad y las partes del proceso penal. Este trabajo no intenta socializar el derecho al clamor popular, efervescido por los medios de comunicación, sino tener una evolución que esté acorde a los cambios sociales, y que la norma penal no pierda su vigencia en el mundo actual, asimismo no es necesario el incremento de normas, sino que se estructure la necesidad de observar todos los vértices que determinan situaciones agravantes y atenuantes en un hecho

delictivo, y que no solo se aplique el artículo 46° del código penal, como mero atenuador de penas.

Asimismo dentro de la apreciación general de las sentencias relativas, en la que en casos similares como el que hemos apreciado sobre las ya conocidas sentencias emitidas por el Distrito Judicial de Ayacucho y el Distrito Judicial de Lima Norte, podemos ver que estos casos tienen actores, perspectivas y acciones similares, pero raramente vemos que tengan fallo similares, es posible tener un derecho con criterios de aplicación diferente en Ayacucho y en la ciudad de Lima; es allí en donde se es necesario poder estructurar una forma más técnica de poder determinar la pena de un imputado, y que la motivación sea el principal trabajo del administrador de justicia para sustentar el porque del quantum de una pena.

Por consiguiente este trabajo mostrara la necesidad de ver porque el derecho penal debería sistematizar la forma de determinar una pena frente a situaciones objetivas, que ya existen, y que el legislador ha otorgado, pero a la vez poder mantener una dinámica social que se circunscriba no desde el ámbito positivista del derecho sino de la perspectiva social que se tiene de un individuo, teniendo en cuenta aquellos roles que este ha ido adquiriendo no solo por el sistema jurídico, sino también por otros sistemas sociales, por lo que hacen que los individuos en general sean estructuras socialmente cambiantes en su dinámica.

Capítulo I

Planteamiento del Problema

Descripción de la Realidad Problemática

En nuestra sociedad actualmente se viene desarrollando un sinnúmero de cambios, entre los que más han calado en la sociedad es el aumento de la criminalidad, debido a ello, la sociedad persigue constantemente con sed de justicia que la imposición de las penas sean las más drásticas; ello sumado a que, los medios de comunicación se han convertido hoy en un gran manipulador de los operadores de justicia, quienes en sedes jurisdiccionales se dejan llevar por el populismo tan arraigado.

Todo ello, dejando entrever la falta de discrecionalidad por parte de los entes jurisdiccionales, así como la falta de valoración de los principios y finalidades de los procesos penales, entre los que es necesario recalcar la finalidad que tiene la imposición de las penas, lo que en el artículo 9º del Título Preliminar del Código Penal encontramos como: “preventiva, protectora y resocializadora”, fines que en la práctica no se llevan a cabo, debido no solo a los escasos recursos del Estado para los centros penitenciarios, sino además, por la excesiva utilización y dación de la pena privativa de la libertad, y su falta de motivación, pese a que esta pena debería ser aplicada solamente a los casos que se consideren más graves y acorde con los fines que se persiguen, situación que no se fundamenta en las sentencias.

Por lo que, el problema radica no solo en la dación de este tipo de penas, sino en su fundamentación, ya que en la actualidad no se realiza una valoración adecuada de las penas

y el cumplimiento de los fines de la pena en sí. Si bien la motivación judicial la encontramos regulada en el artículo 139° inciso 5 de la Constitución Política del Perú, en el Proceso Penal específicamente, concentra sus mayores esfuerzos en motivar la absolución o condena del imputado según sea el caso, dejando de lado muchas veces la motivación de la pena, otorgando por parte de los juzgados argumentos simples sin ningún fundamento adecuado, sin mencionar las agravantes o atenuantes específicos que permitan llegar a un consenso sobre la pena que debería purgar el condenado en los años porvenir. A simple vista este problema parecería irrisorio y sin una trascendencia especial, pero si nos acercamos a casos en concreto un año o más hacen la diferencia entre lograr o no el objeto del régimen penitenciario como son la reeducación, rehabilitación y reincorporación del Penado a la sociedad hacen la diferencia.

No debemos dejar de mencionar que, los fundamentos que se utilizan para determinar la pena están basados en el artículo 45 y 46° del Código penal, donde encontramos las circunstancias agravantes y atenuantes, pero ¿Acaso no es necesaria la valoración del fin que cumple cada pena al ser impuesta en cada caso en concreto?

Recordando, además, que la población carcelaria excede no solo los límites permisibles, sino que además, da paso al hacinamiento carcelario, lo que impide no solo que no tengan una vida digna, sino que además no se lleve a cabo los fines de la pena, y que peor aún, se desnaturalice los fines, provocando que los reclusos salgan en libertad o bien más especializados en los delitos o imposibilitados a reintegrarse a la sociedad.

Por lo que, nuestra propuesta está basada en la necesaria fundamentación por parte del juez, tanto de los presupuestos para la dación de determinadas penas, así como la

motivación de cómo esta pena cumplirá con los fines propuestos según contenidos normativos para ella, y su impacto tanto en la sociedad como en el individuo que se encontrará sujeto a un internamiento.

Formulación del problema

Problema General

- ¿De qué manera la debida motivación de los fines de las penas al sentenciar garantiza la proporcionalidad de la pena (Huaura, 2017-2018)?

Problemas Específicos

- ¿Cómo el grado de valoración de los fines de las penas garantiza la proporcionalidad de la pena?
- ¿De qué manera la defensa de la sociedad al sentenciar garantiza la proporcionalidad de la pena?

Objetivos de la investigación

Objetivo General

- Determinar como la debida motivación de los fines de las penas al sentenciar garantiza la proporcionalidad de la pena (Huaura, 2017-2018).

Objetivos Específicos

Los objetivos específicos para poder arribar al objetivo principal son los siguientes:

- Establecer como el grado de valoración de los fines de la pena garantiza la proporcionalidad de la pena.
- Determinar de qué manera la defensa de la sociedad al sentenciar garantiza la proporcionalidad de la pena.

Justificación de la investigación

El desarrollo de este apartado se lleva a cabo explicando aspectos relacionados con la importancia, relevancia social, implicancias prácticas de necesidad, valor teórico y utilidad metodológica que amerita el estudio de un determinado tema, en nuestro tema son los siguientes:

En cuanto a la importancia, esta se encuentra basada en alcanzar un Derecho Penal que sea real, en donde se pueda aplacar el clamor de justicia en los actores procesales, es por ello que, es necesario no solo tal vez en el Derecho Penal sino también en otras ramas del derecho, que se evalúe la necesidad de motivar y fundamentar la aplicación de las penas en las sentencias.

En cuanto a la relevancia social, radica en el impacto social que tiene la aplicación de las penas, así como sus consecuencias extramuros de los reos, debido a la imposibilidad de reintegrarse a la sociedad, así como a conseguir un trabajo digno que permita su desarrollo y sustento.

Respecto a las implicancias prácticas del tema, se encuentra relacionado con la resolución del problema planteado, lo cual no solo permitirá que procesalmente exista una

adecuada motivación, sino que además socialmente se aperturarían posibilidad de garantizar los fines de la pena.

El valor teórico de la investigación, será introducir la presente obra en la discusión académica y enriquecer el contenido temático de esta parte del derecho penal que se encuentra vinculado con la debida motivación de las sentencias en el extremo de las penas que se dictan.

Finalmente la utilidad metodológica está presente en la medida que los instrumentos, métodos, técnicas y procedimientos una vez validados puedan ser empleados en otras investigaciones similares, como lo referido a las referencias doctrinarias tomadas en cuenta para sustentar el trabajo investigativo, debido a la escasa doctrina actual, hemos considerado necesario referenciar doctrina que si bien supera el tiempo de antigüedad permitido, pero que nos permite detallar doctrinariamente el contenido del presente trabajo investigativo.

Delimitaciones del estudio

Delimitación Temática:

Derecho Penal.

Delimitación Espacial:

La investigación se desarrollará en el distrito de Huacho, provincia de Huaura, departamento de Lima, jurisdicción y competencia del Distrito Judicial de Huaura.

Delimitación Temporal:

Año 2017-2018

Delimitación Social:

Serán los operadores jurídicos del Colegio de Abogados de Huaura.

Delimitación Cuantitativa:

La presente investigación se determina en función al número de Abogados colegiados inscritos ante el Colegio de Abogados de Huaura, a diciembre del 2018.

Delimitación Cualitativa:

La investigación se desarrollará en torno a las merituaciones y valoraciones de los diversos aspectos, facticos y normativos, que han de deducirse presentarse de la percepción que sobre el tema en consulta tengan los Abogados del Colegio de Abogados de Huaura.

Viabilidad del estudio

El desarrollo del presente trabajo investigativo viene a ser viable debido a que se cuenta con los recursos necesarios que amerita la ejecución de la propuesta, tanto en material bibliográfico para el desarrollo de las teorías que sustenten nuestra propuesta, así como el apoyo metodológico necesario en base a la asesoría de un profesional metodólogo, y de profesionales de la rama a tratar.

De otro lado, la ejecución de la propuesta no amerita gastos significativos, por lo que se encuentra al alcance del tesista, contando también con el tiempo para su desarrollo y ejecución.

Capítulo II

Marco Teórico

Antecedentes de la investigación

Investigación a Nivel Internacional

Sotomayor (2016) con su tesis que lleva por título “*Fines de la pena y derecho a la reinserción social en el sistema constitucional*”, presentada para optar por el Título de Máster en Derecho Penal ante la Universidad EAFIT.

Del desarrollo del trabajo investigativo del tesista en mención, llega a la siguiente conclusión:

- Si bien es cierto, al momento de la dación de las penas es necesario valorar y acreditar su legitimidad, también es importante valorar la legitimación externa de la imposición de las penas, puesto que la reinserción del imputado en una sociedad que soslaya su integridad en base a sus antecedentes, requiere que la reinserción sea o pueda ser garantizada, teniendo en cuenta que ella es parte de la finalidad de la penas, pues las penas no deberían pervertir aun mas al reo, ya que si bien no se podrá reeducar, debemos evitar que se deseduque, y si bien el internamiento no cumplirá con el fin correctivo, se debe evitar que se corrompa aun mas, tal vez los recursos de las administraciones penitenciarias no permitirán que el reo mejore en su internamiento, pero debemos trabajar para que no lo empeore (p. 32).

Espinoza (2011) en su tesis titulada “La pena privativa de la libertad y su fin rehabilitador en Costa Rica” sustentada para optar por el título de licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica.

La tesista formula la siguiente conclusión:

- La política criminal está siendo mal entendida en su aplicación, debido a que solo se crean políticas de represión, las cuales surgen a raíz de las presiones coyunturales que devienen de la labor especulativa y muchas veces sentenciadora de los medios de comunicación social, los cuales lo único que hacen es crear conmoción en la población generando de esta forma alarma en la opinión pública, y ocasionando con

ello la presión de los órganos jurisdiccionales y mayor preponderancia a que se generalice la dación de la prisión privativa de la libertad. (p. 272)

Investigación a Nivel Nacional

Chávez (2017) con su tesis titulada *“El trabajo comunitario como alternativa para la conversión de las penas en el delito de omisión a la asistencia familiar para los fines de resocialización del imputado”*, sustentada para optar el Título Profesional de abogada ante la Universidad Andina de Cusco.

Quien formula la siguiente conclusión:

El abuso excesivo de la aplicación de la pena privativa de la libertad no permite garantizar la vigencia de los fines de las penas, por lo que, es necesario la conversión de las penas, por penas que garanticen dichos fines, por lo que la propuesta planteada esta en base a la pena alternativa de trabajos comunitarios, mediante la cual se permitirá hacer más efectivo el cumplimiento de la rehabilitación y la resocialización, mas aun en los casos en los que el delito no sea considerado como grave.

Peñaloza (2018) en su tesis titulada *“La indebida motivación de las penas en las sentencias, por la falta de presupuestos para fundamentar la pena y circunstancias de atenuación y agravación de la pena en juzgados unipersonales y colegiados en Tacna, 2016”* presentada para optar el Título Profesional de Abogada ante la Universidad Privada de Tacna.

En base a un análisis exhaustivo de la tesis en mención se llegó a la siguiente conclusión:

La motivación de las penas que se imponen resulta ser escasa e insuficiente, pese a que ante la imposición de las penas se limitan y/o restringen derechos constitucionalmente protegidos, habiendo una mayor posibilidad de que no se esté fundamentando adecuadamente los fines que persiguen las penas que se dictan, tanto la reeducación, la rehabilitación, así como la reincorporación, así como la posibilidad de que no se esté aplicando adecuadamente además el principio de proporcionalidad de la pena.

García (2017) en su tesis 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”* presentada para optar el grado académico de magister de derecho con mención en ciencias penales ante la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Quien concluye que:

El órgano jurisdiccional teniendo como representante al juez no lleva a cabo una valoración y fundamentación adecuada sobre la aplicación de la pena, la cual debe estar acorde tanto con la realidad judicial, así como con la realidad penitenciaria, debido a que muchas son las veces en las que no se toma en consideración una valoración adecuada de la pena, ni mucho menos su fundamentación en las resoluciones que contienen las sentencias condenatorias.

Valderrama (2016) en su tesis titulada *“La determinación judicial de la pena de acuerdo al artículo 45-A del Código Penal y el principio de proporcionalidad”* presentada para optar el título profesional de Abogada ante la Universidad Andina del Cusco.

Quien después del desarrollo y ejecución de su trabajo de investigación plantea las siguientes conclusiones:

La Corte Suprema se ha mencionado en reiteradas jurisprudencia en donde en aplicación del principio de proporcionalidad se h desvirtuado muchas veces penas que eran mayores a las que hubieran podido aplicar tomando en consideración dicho principio, mas aun cuando al aplicar penas lo que se restringe son derechos que muchas veces se encuentran constitucionalmente reconocidos.

Bases teóricas

Para lograr los objetivos propuestos en la presente investigación jurídica, se elaborará el marco teórico teniendo en cuenta los diversos aspectos relacionados, en primer término, lo relacionado a la pena, así como su necesaria motivación por parte del juez competente, a fin de acreditar su proporcionalidad, entre otros temas que resulten necesarios.

Subcapítulo I: Rol Social De La Pena

Posición Social. Es el lugar que ocupa una persona en la red de relaciones sociales. Una sociedad está formada por un grupo de individuos. Una sociedad no es una masa sin

forma sino una estructura jerarquizada en la que existe un orden porque cada persona ocupa un rol concreto, es decir, una posición. A pesar de que la diferencia de clases sociales propia de la Edad Media etapa en la que la sociedad estaba estructurada en forma de pirámide y en lo alto de dicha pirámide se encontraban las clases acomodadas, en la actualidad, aunque ya no existe ese esquema la realidad es que existen países en los que todavía existen notables diferencias de clases; diferencias marcadas por la economía de ricos y pobres.

La posición social que ocupa una persona está vinculada hoy en día con el trabajo que tiene. Una persona que tiene un buen trabajo y con el que gana un sueldo alto tiene una posición acomodada. Desarrollando un estilo de vida acorde a sus posibilidades. La posición que surge del desempeño de un trabajo en concreto también está vinculada con el estilo de vida que tiene una persona. Alguien que tiene una posición acomodada puede permitirse lujos que son impensables para quien gana un sueldo modesto.

- La posición social remite al plano del tener y no del ser.
- En realidad, el verdadero valor de una persona reside en quién es y no en aquello que tiene.

Es decir, desde una posición de poder también es más fácil establecer relaciones de conveniencia y de interés. Uno siempre es la misma persona, aunque su posición puede cambiar. Mientras que una persona es la misma de acuerdo a su ser a lo largo de toda la vida, de acuerdo al plano de la posición social puede variar su papel. Por ejemplo, una persona de una posición baja puede mejorar su fortuna si tiene la suerte de que le toque la

lotería. Del mismo modo, una persona rica se puede arruinar al hacer malas inversiones. La posición es variable y cambiante

Rol Social. El termino francés *role*, llegó al inglés como *role*, y luego derivó en nuestra lengua, en *rol*. El rol se trata de la función o el papel que desempeña alguien en un cierto contexto social, por su parte es aquello que está vinculado a la sociedad; Y Sociedad, como la comunidad de individuos que comparten una cultura entre sí.

Es el conjunto de expectativas asociadas a una posición. Por lo que el rol es un constructo que aglutina un haz de expectativas sociales que se vinculan en una sociedad dada al comportamiento de los portadores de decisiones. La sociedad reconoce en cada individuo una serie de posiciones de las que emanan expectativas sociales; El cumulo de esas expectativas sociales constituyen el rol social. Así, el cumplimiento o defraudación de esas expectativas por parte del individuo, no es sino la adecuación o desviación del rol social que le corresponde. El rol es un cumulo de orientaciones de conducta. La aceptación del rol es una especie de abandono de la individualidad, mediante el cual se obtiene el beneplácito de la sociedad en la que se vive. Por lo cual quien no se comporta conforme a su rol, será socialmente considerado como un “desviado”. Hasta tal punto son vinculantes los roles para sus portadores, que en determinados casos, la sociedad puede exigirlos compulsivamente sanciones; de las cuales pueden oscilar entre las sanciones penales hasta la mera antipatía social. (Piña Rochefort, Juan Ignacio, *Rol Social y Sistema de Imputación*, 2008, pp 180-183)

El rol no emana de la acción individual, sino que representa una objetiva condición previa de la acción social. Por lo que podemos tener una noción de rol social, como la expresión en el ámbito de la Sociología, que se refiere a las pautas de comportamiento que la sociedad espera de una persona. Puede decirle que el rol social es aquello que debe representar a un individuo en su comunidad. El ROL SOCIAL, es una imposición de la sociedad al sujeto. El entorno aguarda que la persona cumpla con su rol social: es decir, que brinde las respuestas esperadas a su condición sea esta profesional, económica y/o cultural. La imposición del rol social se desarrolla a partir de la actuación de las principales instituciones sociales, como la familia, el Estado y la religión. Hay un comportamiento que se le exige a la persona en el marco de su rol social. *Se espera de un docente por ejemplo, respete las normas establecidas, ya que su función en la sociedad es un instruir a los demás y debe dar el ejemplo.* Otros comportamientos no son exigidos aunque si permitidos, mientras que también existen los comportamientos prohibidos. Cabe destacar que, cuando una persona viola alguna de las normas impuestas por su rol social, puede ser excluida de su grupo de pertenencia.

Status. El estatus es la posición, la escala social y económica a la cual pertenece un individuo dentro de una comunidad. El estatus social indica la posición social que un individuo X ocupa dentro de una sociedad o de un grupo social. En tanto, el estatus social presenta cuatro tipos: estatus adscrito o asignado (es aquel que resulta de factores sociales anteriores, tal es el caso de la raza, el género, la edad, el ciclo de vida, la clase, la casta, entre otros), estatus adquirido (resulta de la asignación a un individuo basándose en méritos, prestigio o en acciones, tal es el caso de actores, músicos, científicos y también un

padre, una madre, el jefe, es decir, las posiciones que el individuo va adquiriendo a lo largo de su vida y no proceden del nacimiento; este tipo lo determina la sociedad y es variable en el tiempo), estatus objetivo (asignado por la sociedad, el grupo particular o la cultura del individuo en cuestión y se adquiere cumpliendo algunos de los criterios que lo han determinado: riqueza, ocupación, características físicas, entre otros) y estatus subjetivo (aquel que el individuo cree poseer y que no necesariamente resulta de una concreta aprobación social o cultural). Y por su lado, el estatus civil es la situación de las personas físicas determinada especialmente por las relaciones de familia que ostenta, provenientes, ya sea del matrimonio o del parentesco, y que determina ciertos deberes y derechos. Cada nación lleva un registro público con los datos personales básicos de los ciudadanos entre los que por supuesto figura el estatus civil. En tanto, los estados civiles más corrientes, aunque pueden diferir de un estado a otro, son: soltero/a, casado/a, viudo/a, divorciado/a, separado/a, unión libre. Cabe destacar, que hay ordenamientos jurídicos que realizan distinciones en los estados civiles, por ejemplo, hay comunidades que no aceptan el divorcio y hay otras que admiten una condición intermedia entre el casado y divorciado, que es el separado de hecho.

La Búsqueda de la Unidad Mínima: Estructura Lógica del Rol. La pregunta ineludible al intentar fundar una teoría de sistemas con pretensiones de generalidad es: ¿Cuál es la unidad mínima de la que estos están compuestos? Esta pregunta, que se aparece como tan obvia, no ha recibido una respuesta uniforme, y en muchas oportunidades ha quedado sin responder. LUHMANN dice que ‘ha distinguido los componentes básicos de los diferentes sistemas (o de aquellos de los que se ha ocupado) según el tipo de sistema de

que se trate. Así, en los sistemas sociales la unidad mínima de la que se está formando el sistema serán las comunicaciones y en los sistemas psíquicos serán los pensamientos. En esta misma línea, podríamos decir que los sistemas orgánicos estarían formados por células y las maquinas por piezas'' (pp. 141-142 y 191-193).

Detrás de todo esto, sin duda, sigue presente la idea de que los sistemas están integrados por partes que trabajan e interactúan para permitir la subsistencia del sistema. Un sistema estará compuesto por un conjunto de partes interdependientes. Naturalmente esas "partes" variaran según los diferentes sistemas, pero como siempre será necesario la existencia de "partes" y "relaciones".

Sin embargo, este problema también puede reconducirse al ámbito de la complejidad o a lo que es lo mismo, al de aquel fenómeno que no puede reducirse a los modelos de pensamiento simple del observador. Todo conocimiento implica un proceso de simplificación (de reducción de complejidad), por medio del que se prescinde de un determinado número de características y propiedades del fenómeno observado. Sin embargo existen determinadas formas de conocimiento, o más propiamente, ciertos fenómenos a conocer, que parecen requerir de una construcción más compleja que el propio fenómeno conocido. De este modo, la tendencia de descomponer la estructura en elementos y relaciones adolece de un error inicial, cual es el de considerar que determinados "elementos" forman parte de la estructura. Si ello fuera así, en primer término, la estructura debería atender a todas las propiedades y elementos que la integran, pero ya hay un somero análisis de muestra a la estructura solo interesan determinadas cualidades de dichos elementos. Esto hace concluir, inmediatamente, que no es el elemento

como tal el que forma la estructura, sino una determinada dimensión de él. En un sistema los principios son idénticos, el todo posee cualidades y propiedades que no pueden encontrarse en las partes aisladamente consideradas y, respectivamente, las partes poseen cualidades y propiedades que desaparecen, resultados de las limitaciones “organizacionales” del sistema. Esto reafirma que no son los elementos los que forman parte del sistema, puesto que ellos, en sí mismos, no pierden ninguna cualidad ni propiedad, sino que solo las pierden respecto de la estructura (o sistema) de la que forman parte.

En definitiva, esto da cuenta de que forman el sistema determinado elemento solo en cuanto algunas de sus dimensiones están relacionadas con algunas de las dimensiones de otros. Dicha relación será un elemento constitutivo que hará que cobre sentido decir que la parte en sí, lo que ya es, resulta irrelevante para el sistema. A este solo le importa la parte en cuanto es capaz de cumplir las funciones que el sistema tiene asignada. Desde esta perspectiva, una teoría sistemática no es coherente al hablar de parte o elemento, porque el resulta, como tal, irrelevante para el sistema.

Esto no quiere decir que el sistema puede desentenderse completamente de la realidad (y por ende de las limitaciones) de los elementos que lo forman. Por el contrario, es requisito indispensable su consideración para poder tener expectativas razonables de su desempeño. Sin embargo, lo que se afirma aquí es que no es esa realidad la que resulta relevante al sistema, sino determinada dimensión de ella.

Es preciso descartar que los sistemas estén compuestos por elementos o partes, pues ello no es capaz de explicar porque cuando dos elementos forman conjuntamente parte de

dos sistemas diferentes puede actualizarse un sistema u otro o incluso ambos (interpenetrados) dependiendo de la dimensión de ellos que se actualice. Por ejemplo, no es capaz de explicar por qué cuando A, B y C, entre quienes existe una relación laboral, ponen en marcha un sistema organizacional cuando se encuentran en la oficina, pero no cuando se encuentran a azarosamente en el corte inglés. Tampoco como pueden esos mismos actualizar el sistema organizacional a partir de ese encuentro fortuito, y realizar una reunión de trabajo en el lugar en donde se ha encontrado, no son los elementos los que forman el sistema. Sino ellos en cuanto están (actual o latentemente) desempeñando la función que el sistema les tiene asignado.

Así, es preciso que el observador que escruta el sistema para encontrar la unidad mínima, que deba sacar los ojos de los elementos integrantes y ponerlos en un constructo que acople elementos y funciones. Para esto nos serviremos de un concepto que desde hace bastantes años se maneja en sociología, y muchos más en la dramaturgia: el concepto del rol.

Para formar parte de un sistema es preciso que los elementos que los integran se les puedan asignar un determinado número de funciones y ellas sean operativas para el sistema. Esto implica que para incorporar elementos al sistema es preciso que tengan un papel que desempeñar en él. Ese papel asignado es la puerta de entrada al sistema, mientras no lo tengan, solo se forma parte del entorno.

A modo de ejemplo, durante la crisis económica rusa de principios de los noventa, un paquete de tabaco Marlboro llegó a tener el status de tipo de moneda. La gente los aceptaba como un medio de pago, con independencia de ser o no fumadores. Antes de la

asignación de esa función, dichos bienes no formaban parte (de este modo, porque naturalmente se vendían o compraban) del sistema económico de cambio. Las comunicaciones del sistema económico le asignaron la función “ser medio de intercambio”, permitiéndole el ingreso aunque fuese transitoriamente, a un sistema del que previamente no formaban parte. Baste por ahora entender por la función de un elemento a la serie de prestaciones asignadas cuyo objeto es satisfacer las necesidades del sistema. No en cuanto a una determinada prestación, sino en cuanto esquema comparativo que permite tener presentes a otras posibilidades que también podrían satisfacer dicha necesidad. Los elementos del sistema, en este sentido, se organizan del modo que puedan satisfacer esas necesidades y por eso se puede hablar de una organización funcional. Las relaciones de los componentes responden a imperativos funcionales.

El rol es entonces un binomio formado por el elemento y la(s) función(s) que desempeña en el sistema. Solo este es relevante para el sistema. Solo este es operativo y contribuye a su mantenimiento. Es posible decir que dentro del sistema las relaciones entre los elementos son relaciones de dependencia. Sin embargo, esa dependencia no es ontológica, es decir, no es necesariamente la existencia del elemento la pende de los demás, sino su funcionalidad dentro del sistema. Lo que pende, en otras palabras, es la relevancia del elemento para el sistema. Tal vez por ello sea mejor hablar de dependencia intrasistémica y consignar que esa dependencia condiciona el funcionamiento del sistema y no el ser de los elementos.

Estas relaciones de dependencia no son unívocas, sino que, por el contrario tiene un entero dominio de representaciones concretas que las implican. En efecto, al indicar una

relación estamos haciendo abstracción de los modos concretos de interrelacionarse de los elementos, cualitativamente variables.

Sin embargo, hemos hecho una equiparación sin las debidas explicaciones, la equiparación entre relación y función. Para demostrar que dicha equiparación no es arbitraria, es necesario seguir dos caminos diferentes. En primer lugar, es necesario constatar que dentro de un sistema las relaciones entre los elementos son funcionales y se sustentan en la necesidad y la limitación. Esto quiere decir que para que exista un sistema es necesario que existan dos o más elementos que cumplan funciones diferentes; si cumplen funciones idénticas, no tienen sentido que coexistan en el interior del sistema. Es preciso que ambos sean necesarios para el sistema y que suplan mutuamente las limitaciones de los otros elementos del sistema (no todas las limitaciones, sino aquellas que sean relevantes para el sistema). Las limitaciones son del mismo modo inherentes, pues sin ellas no habría necesidad de formar parte de sistema alguno. Esto implica que, así como la limitación es inherente a cada elemento del sistema, la función llamada a suplir esa carencia es también inherente a otro elemento de él. Ello implica que las relaciones de dependencia intrasistema sean relaciones funcionales en las que unos elementos suplen las limitaciones de los otros que sean relevantes para el sistema.

Si hemos afirmado entonces que tanto las limitaciones como las funciones son inherente a cada elemento del sistema, en tanto relevante para esta, es necesario reformular nuestro concepto de sistema, diciendo que ya no son relevantes los elementos y las relaciones para la formación de un sistema, sino que ahora serán los binomios (elemento,

función) a los que hemos denominado Rol. Ellos serán la mínima unidad integrante del sistema.

Desde esta perspectiva el sistema jamás trata con “partes”, sino con roles. En términos de complejidad, las formaciones de los roles constituyen un mecanismo de reducción de complejidad interna del sistema. Mediante el, el sistema se abstiene de tratar con realidades ontológicas altamente complejas. Si no que selecciona determinadas características de ellas a las que considera relevantes. Podemos ver que al sistema solo interesa que el policía cumpla sus funciones, no si lo hace si lo hace de buena o mala gana, ni si lleva bien sus relaciones familiares, ni si educa bien a sus hijos, ni si es un hombre religioso.

De este modo se obtiene la pluralidad de expectativas dirigidas a un determinado rol y las diferentes relaciones que se deben actualizar respecto de diferentes interactuantes (subordinación con el superior jerárquico, igualdad con el quien detenta una misma posición, superioridad con el subordinado, etc.).

En definitiva, la formación (o diferenciación) de un rol consiste en fundir la distinción entre el elemento y función. Se incorpora definitivamente la función del elemento en el elemento mismo, ya no hay elementos y funciones (relaciones) sino (elemento, funciones), roles. Esto puede parecer a primera vista una decisión arbitraria que solo crea un constructo funcional útil para la exposición pero sin asidero en la realidad. Sin embargo, aunque en parte cierto, es algo más que eso. La incorporación de la función al elemento que la realiza es mucho más “natural” de lo que parece. Resulta claro que en aquellas realidades que tienen una existencia

natural, de incorporación del rol es solo un constructo ficticio, sin embargo, cuando esas realidades se incorporan a un determinado sistema, no es “su realidad intrínseca” la que es relevante para el sistema, sino la función que a esa realidad corresponde. Otro tanto puede decirse de todas aquellas realidades “creadas”, ya que en ellas la incorporación de la función es evidente: han sido creadas “para algo”, de modo que ese algo forma parte integrante de su propia definición (Piña, 2008, pp 166 - 171).

La Teoría del Rol Social. Aun sin haber llegado a formular el concepto, las bases del rol como la unidad mínima y relevante para el estudio de los fenómenos sociales ya pueden encontrarse en la obra clásica de *Durkheim, Les regles de la methode sociologique de 1895*. La búsqueda inicial y el posterior desarrollo del concepto se fundan en la necesidad de encontrar el verdadero objeto de estudio de la sociología. En la medida en que esta se institucionaliza y adopta carácter científico, surge la necesidad de elaborar teorías que expliquen el comportamiento social y, en definitiva, de encontrar un objeto propio al que dirigir la investigación. Naturalmente, a la sociología no interesa el hombre en cuanto individuo, ni en cuanto organismo, para ello ya existen disciplinas con bastante más bagaje como la filosofía, la antropología o la biología. Por el contrario, le interesa al hombre en cuanto ser social, en cuanto ser inserto en un contexto de interrelación con otros seres. Por otro lado no es difícil vislumbrar que dentro de la sociedad no solo actúan individuos, sino además una serie de otros grupos supraindividuales que también forman parte del objeto de las ciencias sociales.

Desde la perspectiva, la clásica y radical pregunta acerca de la relación entre hombre y la sociedad puede reconducirse a: que hace que el individuo se transforme en objeto de estudio social. Si naturalmente el individuo no es apto para ser objeto de estudio, y sin embargo es su comportamiento en sociedad el que se pretende explicar, resulta evidente que aunque no sea él el objeto de investigación, por lo menos debe ser algo muy cercano. Parsons puso sobre el tapete este problema en los siguientes términos: “Una sociedad (...) no es solamente un sistema social, que desde luego lo es, sino también una red muy compleja de subsistemas interdependientes y entremezclados, cada uno de los cuales es auténticamente un sistema social. Una consecuencia surge de inmediato de esta perspectiva. Si el problema es el del individuo es la unidad de la sociedad. Sin embargo, si uno se ocupa del subsistema, de lo que es tratado a veces como el grupo, entonces el individuo concreto no puede ser la unidad, y esto por el simple hecho de que participa como miembro en una multiplicidad de entidades”.

De considerar al hombre como la unidad mínima integrante de la sociedad. En ella interactúan no solo una serie de individuos sino además una serie de actores diferentes, personas jurídicas, asociaciones de hecho, e incluso otros entes cuya propia conformación tiene extrañas características, como “el mercado”, “la banca” o “los consumidores”.

Sin embargo sea cual sea el subsistema del que se trate, siempre el fantasma del individuo se cernirá detrás. Siempre esa “banca” estará conformada por hombres, lo mismo “el mercado”, las asociaciones gremiales, los clubes deportivos, los partidos políticos, etc. Es más, como hace notar Parsons, suele suceder que un mismo individuo sea a la vez director de un banco, consumidor, asociado a un colegio de

economistas, presidente de un partido político y socio emérito de un club de fútbol. Ello implica que desde la perspectiva social no resulta relevante quien sea el sujeto, sino los papeles o roles que le toca representar al interactuar en sociedad. De hecho, poco importa al accionista del banco quien sea el director, mientras “la dirección” cumpla con las expectativas que sobre ellos se han forjado (Parsons, p. 70)

Para explicar este tipo de fenómenos sociales, usualmente se ha recurrido al concepto de rol social. Si el hombre solo es relevante para la sociología en cuanto ser que se relaciona con otros y con la sociedad, quiere decir que para la sociología solo es en cuanto ser que actúa en la sociedad. Así, por ejemplo, para Parsons la unidad analítica básica no es el individuo sino el “actor en el rol” ese es el primer foco de articulación entre el sistema social y las personalidades individuales. En el desempeño del rol social se une la motivación individual de las personas concretas con las expectativas sociales bajo la forma de normas. El rol será una especie de intersección de la realidad individual y la sociedad. De modo que el rol que toca desempeñar al individuo estará fundado en expectativas normativas emanadas del sistema social. La acción social se orientara en su desarrollo con relaciona normas o expectativas sociales, especialmente respecto de aquellas que hacen referencia al lugar que ocupa el individuo en el nexo de las relaciones sociales. Actuar para Parsons es actuar en un rol.

El comienzo de la discusión europea acerca del rol social como concepto superador de la dicotomía entre el individuo y la sociedad puede situarse en la obra de Dahrendorf, de 1958. En ella se caracterizó esta unidad mínima de los sistemas sociales haciendo un símil

con la dramaturgia que ya se había propuesto en la sociología norteamericana. Esta unidad mínima, a la que se denominó el *homo sociologicus*, se presenta como la solución del dilema que desde siempre había atormentado a la sociología. Desde esta perspectiva el rol será *un constructo que aglutina un haz de expectativas sociales que se vinculan en una sociedad dada al comportamiento de los portadores de posiciones (posición o status)*. La sociedad reconoce en cada individuo una serie de posiciones de las que emanan expectativas sociales. El cumulo de esas expectativas sociales constituyen el rol social. Así, el cumplimiento o defraudación de esas expectativas por parte del individuo no es sino la adecuación o desviación del rol social que le corresponde. Así, del presidente de un partido político (posición), la sociedad espera una serie de conductas, seriedad, probidad, honradez, etc. (expectativas). Ese conjunto de expectativas constituyen el rol social “presidente de un partido político”. Estos roles se caracterizan por cinco notas distintivas:

1. Todos se refieren a algo previamente dado, o impuesto a su portado
2. Consisten en un cumulo de orientaciones de conducta
3. Se armonizan con otros modos de conducta para formar un todo (por eso en el teatro se habla de representar su parte).
4. Como todos los modos de conducta prescritos, deben ser aprendidos por el actor.
5. Desde la perspectiva del autor, ningún rol lo agota, puede desempeñar una multiplicidad de roles.

Estas ideas nos dan algunas conclusiones, como hace notar Dharendorf que *si bien el rol es un constructo, no solo es un constructo*. Esto quiere decir que el rol tiene un

sustrato previamente dado, no es una mera construcción del observador social. Ese sustrato es un conjunto de regularidades de conducta observables. Solo a partir de él puede construirse, un rol operativo para la descripción de la sociedad.

Además, el rol es el cumulo de orientaciones de conducta. Aunque en un inicio se había hablado de cumulo de expectativas, se puede hablar de orientaciones de conducta puesto que; al igual como las estructuras de expectativas, el comportamiento se orienta a partir de las expectativas identificables que se le dirigen. Ese cumulo de orientaciones, igual que el guion de una obra de teatro, han de ser aprehendidos por el destinatario. En otros términos, se requiere la existencia de un proceso comunicativo previo que de acceso al destinatario al cumulo de expectativas que se le dirigen. De este modo, la aceptación del rol es una especie de abandono de la individualidad, mediante el cual se obtiene el beneplácito de la sociedad en que se vive. De hecho, quien no se comporta conforme a su rol será socialmente considerado como un desviado. Hasta tal punto son vinculantes los roles para sus portadores que, en determinados casos, la sociedad puede exigirlos compulsivamente mediante sanciones para el caso de contravención. Según de qué clase de rol se trate las sanciones oscilaran desde sanciones penales hasta la mera antipatía social.

En palabras del profesor, Piña (2008) “Sin duda, en este punto aparece un problema imposible de abordar aquí; el problema de la libertad del hombre como ser social. Hasta qué punto existe equilibrio entre el comportamiento exigido por el rol y la autonomía del individuo. En este punto, incluso parece dudoso que el rol social, sea capaz de solucionar la dicotomía entre individuo y sociedad, pues simplemente parece desplazarla a otro sector.

En este caso, se produce la separación entre el individuo en el rol y las prescripciones del rol”.

El rol se considera una especie de realidad aislada, separada tajantemente del individuo, en lugar de introducirlo como conducta variable, a la que la acción social hace y renueva. Ello conduce a una separación entre individuo y rol, como si fuera “dos desconocidos enfrentados”. Todos los roles requieren algún grado de identificación del individuo con el rol, aparezca esta como una disposición del sentimiento, representación o aspiración, que se mezclan en la situación típica de un modo espontáneo (y no una mera expectativa de premio o castigo). Solo de este modo se hace posible la acción del rol.

A eso hay que agregar que cada rol tiene un determinado lugar en la estructura de los roles, y se relaciona con otros roles. El rol se deduce, entonces, de la normatividad y diferenciación social. No emana de la acción individual, sino que presenta una objetiva condición previa de la acción social. Para la conformación de los roles es preciso considerar la heterogeneidad social y así distinguir conductas de determinadas clases de individuos. Esto por la estructura de las desigualdades sociales tiene un núcleo de existencia normativo. Así como hay normas sociales válidas para todos los miembros de la sociedad, hay otras que solo rigen para determinadas clases de individuos.

De acuerdo a esto solo hay consolidación de una posición social cuando pueden percibirse su ausencia. La formación del rol es un mecanismo de reducción de complejidad interna del sistema. La formación de estructuras puede apreciarse en la constitución de los roles sociales. El individuo como un ente espontáneo o impredecible, es portador de complejidad tan alta que a la sociedad le resulta imposible reducirla. Son tantas sus

posibilidades de acción que considerarlo en todo su cumulo de posibilidades resulta imposible. En otros términos a tal punto es contingente en su conducta, que la sociedad es incapaz de estructurarse frente a él, en tanto individuo.

La sociedad recubre al individuo de una serie de expectativas tipificadas. Estas expectativas son tipificadas desde una doble perspectiva, tanto respecto de las propias expectativas, como de los destinatarios de dichas expectativas.

Este recubrimiento es la asignación del rol y tiene, naturalmente, dos dimensiones: la primera es eminentemente social, y consisten en la tipificación, asignación, y comunicación de las expectativas que conforman el rol. La segunda corresponde a la incorporación del rol como sistema de expectativas orientadoras de la conducta del portado del rol. Esto es conocido por proceso de socialización, en que se produce la incorporación interna del rol en el individuo. Esta relación interna entre rol e individuo no deja indemne al individuo simplemente orientando su conducta. Por el contrario tiene carácter constituyente. Solo mediante ella el individuo se conoce a sí mismo.

Es un mecanismo que responde a la propia naturaleza social del hombre y a la necesidad de contar con orientaciones para desarrollar la conducta libre. La vida en sociedad solo puede llevarse a cabo mediante la tipificación y comunicación de roles.

El Rol Como Producto de la Sociedad: La pregunta que surge entonces es: de donde emanan esos roles. Hasta ahora se ha hablado del individuo, de la sociedad y del rol como aquel segmento social del individuo, de la sociedad. Pero al mismo tiempo se ha dicho que el rol es un conjunto de expectativas que se dirigen al individuo.

Parsons hacía notar que el individuo no podía ser la unidad mínima de la sociedad porque bastaba mirarla para darnos cuenta de que no solo el individuo actúa en ella. La sociedad es un sistema social integrado por un conjunto de sistemas y/o subsistemas sociales en los que los agentes sociales interactúan. Desde esta perspectiva no basta afirmar que la sociedad asigna roles a los actores, puesto que ella está integrada por una serie de otros sistemas sociales menores en los que el individuo interactúa y de los que emanan normas de comportamiento que orientaran las acciones del actor. En un ejemplo sencillo, aun cuando la sociedad estime que la democracia directa sea la mejor manera de elegir a sus dirigentes, nada impide que en un club deportivo se opte por elegirlos por medio de un sorteo entre los socios mayores de sesenta años. Desde esta perspectiva el rol “presidente de un club” será asignado a una persona según las normas del club, aun cuando según las normas de la sociedad debiera haberse asignado a otra (o al menos de otro modo). Lo mismo puede decirse respecto del contenido del rol “presidente del club” que, fijado por el propio estatuto del club, no tiene necesidad de coincidir con lo que la sociedad suele esperar de un rol de esas características.

Sin embargo, la negación de que es la sociedad la que asigna los roles a los individuos debe aceptarse solo parcialmente. Es cierto que no es la sociedad, actuando como un todo, la que los asigna. Pero ello se explica sencillamente porque la sociedad nunca actúa como un todo. La evolución social ha forzado a la sociedad de diferenciar subsistemas en su interior para reducir parcelas de complejidad, pero ello no implica que dichos subsistemas no sean, también, la sociedad.

Los Grupos de Referencia que Influyen en el Rol. En cualquier caso, hasta ahora solo se ha despejado una parte del problema, puesto que aún no se ha resuelto quienes son capaces de dirigir expectativas vinculantes a un individuo. En la búsqueda de una solución Merton formuló la teoría de los grupos de referencia. Por ellos se entenderán aquellos grupos a los que el actor dirige la mirada antes de actuar. Desde esta perspectiva, los grupos de referencia serían subsistemas de la sociedad que orientan el comportamiento del individuo asignándole un rol. La característica más propia de la relación entre estos grupos y el individuo que es orientan las conductas de aquellos que no pertenecen a ellos. En otras palabras, asignan un rol puesto que el actor orienta su conducta pensando en la anuencia o rechazo del grupo de referencia. Naturalmente puede apreciarse en esta teoría una visión psicologizante en que la vinculatoriedad del rol está dada por la propia psicología del actor y no por una presión directamente social.

Aunque sin duda la formulación de Merton abre una serie de nuevas preguntas sobre la real presión psicológica del actor en la conducta “que el estima socialmente conveniente” o al menos “socialmente deseada por el grupo de referencia”, parece que una adecuada formulación del rol se aleja de esta línea, para volver a una orientación hacia los imperativos funcionales de la sociedad. En otros términos, aun cuando sea muy importante para comprender la conducta de individuo el considerar estas “presiones auto-infligidas”, para la configuración de un rol se necesita atender a las necesidades funcionales de quien lo asigna. En otras palabras las expectativas sociales cumplen también una función en el sistema que asigna cual es delimitar el desempeño de sus componentes.

Así, no debe buscarse la referencia en aquellos grupos extraños al individuo, pero debe reconocerse que actúan como escalas de valor de acciones individuales y que constituyen un sistema de referencia por medio del cual el individuo valora su comportamiento y el de los demás. Por el contrario, es necesario buscar dicha vinculación en aquellos grupos con los que este entra necesariamente en relación debido a las posiciones que ocupa en el entramado de relaciones sociales. No es posible desprender vinculatoriedad de las expectativas que dirige un grupo de referencia aunque el actor se sienta psicológicamente aún más compelido que si la defraudación estuviera conminada con una pena. De este modo, y en términos muy generales, el rol es el modo de vinculación entre el individuo y un determinado grupo que forma parte.

Roles y Sub Sistemas Sociales. En términos de teoría de sistemas, hemos visto que el sistema social no puede operar fuera de sus propias fronteras. Esto implica que la estructura jerárquica de una de una organización no existe fuera de la operación de dicha organización. Del mismo modo, de un grupo de referencia no pueden emanar expectativas vinculantes para quien no forma parte de él, aun cuando su conducta se oriente según esas expectativas.

Para apreciar esto con claridad es preciso volver a la tipología sistémico-social, reconociendo la existencia de tres tipos de sistemas sociales: interacciones, organizaciones y sociedades. Si se afirma que los roles sociales emanan de los diferentes sistemas sociales, ello implica que tanto de la sociedad, en cuanto sistema social, como de las organizaciones y de las interacciones emanan roles sociales. A decir verdad, no es difícil afirmar que de la sociedad emanan roles sociales. Si la sociedad es un marco es un marco estructurador de

complejidad para el resto de los subsistemas y/o sistemas sociales y la operación de esos sistemas no es sino la operación de la sociedad misma, basta con detenerse en el resto de los sistemas sociales que la integran para poder afirmar que de la sociedad emanan roles sociales. Es por ello que por ahora debemos centrar nuestra atención en las organizaciones y en las interacciones.

Roles y Organizaciones.

Demostrar que las organizaciones emanan roles sociales es extremadamente simple. Hemos afirmado que ante la precariedad de las interacciones, en las organizaciones se reemplaza la presencia como elemento detonante de la comunicación por la filiación. Del mismo modo, estabilidad de esta filiación permite la ausencia sin que el sistema desaparezca.

Cuando hablamos de afiliación, nos referimos a proceso por medio del cual un agente social que formaba parte del entorno del sistema social se incorpora a este de modo que dicha incorporación permanece en virtud de un estatuto diferente al de su presencia. Su calidad de “parte” del sistema descansa en las reglas de su propia afiliación. Esta incorporación exige una determinada pauta de acción por parte del afiliado: quien ingresa en un club deportivo debe seguir ciertas normas, lo mismo quien se incorpora a un partido político o quien es contratado para trabajar en la administración pública. La afiliación, por tanto, viene aparejada con un conjunto de normas sociales, contrapartida de los derechos

que la incorporación supone. Desde esta perspectiva hemos hablado de una represión de la espontaneidad inherente a la filiación, puesto que desde el momento en que ella se verifica, ya no será posible llevar a cabo las conductas contrarias a este estatuto organizativo sin ser acreedor de sanciones o incluso de la expulsión de la organización.

Por otro lado el ingreso a una organización, se produce conjuntamente con una ubicación dentro de dicha organización (status): se ingresa en el club en calidad de socio, se es contratado como administrador, se es designado consejero, etc. Nunca se es contratado como tal persona, ni designado como tal otra (aun cuando se haya sido contratado como administrador por ser tal persona o designado como consejero por ser la otra). Con estos dos puntos ya es preciso afirmar que es en la organización en el sistema social en que con mayor facilidad se puede afirmar la presencia de roles. En ellas pueden distinguirse sin problemas diferentes posiciones (consejeros, administradores, asesores, empleados, etc.) a las que se reconocen diversas funciones, de modo que quienes las desempeñan son destinatarios de determinadas expectativas.

Las organizaciones, más que ningún otro sistema social, o mejor, más visiblemente que los otros, están integradas por los roles. En ellas el proceso comunicativo de asignación de roles, además, extremadamente simple, pues se incorpora en el estatuto de la afiliación. Si en otros sistemas sociales es posible que la comunicación de las expectativas que se le dirigen este afecte a una mayor posibilidad de fallos comunicativos, en las organizaciones esa posibilidad se reduce. En el contrato de trabajo se indica que se espera del trabajador, lo mismo en los formularios para asociarse a un club deportivo, etc.

Roles e Interacciones

La interacción, por el contrario, por sus especiales características, genera mayores problemas. Si la interacción es un sistema social que se detona por la presencia y su existencia es extremadamente precaria, es difícil sostener que de ella emana un rol a seguir. En otros términos, no parece ser la interacción la que nos comunica que si hay varias personas esperando ser atendidas en una tienda, es el orden de llegada el que se cristaliza en una fila y da la prelación en la atención (*prior in tempore potior iure*). Por el contrario, todo ello ya lo sabemos antes de entrar a la tienda. No parece ser ese sistema social el que nos indica que se espera de nosotros.

La percepción recíproca hace partícipes a los presentes de un sistema social precario, en el que la complejidad aun es alta. Estas interacciones se dan cotidianamente, por ejemplo cuando se compra un periódico o se hace una fila en el metro. La mera presencia es la que comunica y forma el sistema social. Del mismo modo, es la mera presencia la que hace que el resto de los concurrentes se forme expectativas respecto del comportamiento ajeno. Tal como este sistema social es precario, del mismo modo son precarias las expectativas que se dirigen los partícipes. Sin embargo la presencia de ellas es innegable. En otros términos, cuando alguien se pone en una fila del almacén no puede asegurar que el tipo que tiene adelante comprara pan, jamón, queso o todos los anteriores, pero si puede esperar razonablemente que el tipo no se voltee y le muerda. En efecto, el mero hecho de verlo haciendo una fila sin intentar “colarse” por el costado, ya comunica ciertas características acerca de su urbanidad.

La pregunta que surge inmediatamente, y que es fácil de despejar respecto del resto de los sistemas sociales, es si de estos tan precarios sistemas emanan roles vinculantes para los partícipes.

En primer lugar es preciso tomar en consideración que la precariedad de las expectativas nada indica respecto de la existencia de estas. La precariedad está dada por la posibilidad de quebrantamiento y ella se presenta en todos los sistemas sociales, sean estas interacciones, organizaciones o sociedades. Esto quiere decir que existen expectativas aun cuando ellas pueden ser quebrantadas.

Es preciso también tener presente, que siempre que existan expectativas existirá un papel atribuido al destinatario de estas expectativas. Cada vez que existe un rol social lo que hay es un precipitado de expectativas dirigidas a un determinado destinatario. Siempre que se espere algo de alguien, ese alguien tendrá un rol que desempeñar.

Estas expectativas operan como normas orientadoras de conducta, pues ya hemos visto que la orientación del comportamiento no solo se produce según estructuras de expectativas, sino principalmente de expectativas de expectativas. No es posible pensar en rol si no existe una norma a seguir. Lo contrario equivaldría a exigir una determinada actuación en el escenario sin proporcionar un guion. La norma de conducta orientadora de la acción no solo debe existir previamente sino que además debe comunicarse al destinatario.

La precariedad de las interacciones, en cualquier caso, no está dada por la precariedad de las expectativas (en el plano material), sino por la precariedad de su

permanencia (en el plano temporal). Si el sistema descansa en la comunicación producto de la presencia y dura mientras lo haga esta, su subsistencia es precaria. La posibilidad de ausentarse siempre existe y ella consiste, por así decirlo, en la muerte natural de la interacción.

De las interacciones emanan roles igual como en cualquier otro sistema social. Y esos roles duran, lo mismo que en todos mientras el sistema social del que emanen permanecen. Por lo tanto se puede afirmar que toda presencia ya es una fuente de comunicación e información que permite dirigir expectativas y conformar el rol.

Por concretizar lo antes mencionado, es preciso tener presente dos cosas. En primer lugar la formación de estructuras de expectativas opera como limitación de abanico de posibilidades de selección. De esta manera, al formarse dichas estructuras se espera que, ante determinados acontecimientos, se reaccione de una determinada forma, o dentro de una determinada (y reducida) cantidad de posibilidades. La formación de estas estructuras es la que permite que ante determinadas interacciones, los partícipes tengan pautas de orientación y no deban enfrentarse a ellas como si estuvieran en el punto cero de evolución social. Desde esta perspectiva, es posible que no sea la interacción misma la que crea el rol, puesto que ya ha sido creado por interacciones anteriores, pero, y eso es lo importante, cada vez que se actualiza la estructura de conducta se está reforzando la selección, se está recreando el rol.

En segundo término, la existencia de estructuras de expectativas no implica que un determinado sistema social no reconozca otras estructuras para un mismo caso. Si ello ocurre, se comunicaran la diferentes expectativas imperantes y habrá que suspender la

estructuras previamente construidas para aplicarlas en aquellos sistemas en los que sí operan. Desde esta perspectiva, es perfectamente sostenible que de las interacciones emanen roles vinculantes para quienes participan en ellas. Sean estos nuevos roles, o sea la validación o confirmación de roles fundados en estructuras generadas con anterioridad. Lo que es evidente es que dichos roles, mientras no se institucionalizan, y no se forman estructuras permanentes que los actualicen para otras interacciones, son tan precarios como la interacción misma.

Desde esta perspectiva, para la formación o validación de roles, las interacciones operan igual que los “juegos de lenguaje”. De hecho, aunque sea imposible desarrollar esta idea aquí, no sería absurdo sostener que las interacciones son juegos de lenguaje.

WITTGENSTEIN nunca tuvo la intención de precisar el alcance del concepto, y por ello todas las nociones que entrega carecen de excesivo rigor. Sostuvo, sin embargo, que los juegos de lenguaje eran “lenguajes completos en sí mismo (...) sistemas completos de comunicación humana”. Reconoció, de esta manera, que el lenguaje no podía caracterizarse inequívocamente, no era un fenómeno ordenado capaz de ser generalizado infaliblemente. Por el contrario, el lenguaje está constituido sobre la base de un sinnúmero de callejuelas que corren en diversos sentidos. Las reglas que lo rigen no siempre serán las mismas. El lenguaje es una familia de estructuras emparentadas, con sus respectivas gramáticas particulares, un sinnúmero de juegos que solo a partir de sí mismos pueden ser comprendidos. No hay, por tanto, una normatividad exterior al juego de lenguaje, lo único relevante es su gramática interna.

Si el lenguaje está compuesto de un número infinito de juegos de lenguaje, en cada uno de ellos, las palabras tienen un sentido y significado propios. El error de toda la filosofía tradicional, de acuerdo a este postulado, se pueden resumir en querer jugar un juego con las reglas de otro, el científico, con las reglas del metafísico. Sin embargo, esto no quiere decir que los juegos de lenguaje se encuentren completamente aislados unos de otros; por el contrario; tienen entre ellos una vinculación. Esa vinculación no se puede entender como formar un lenguaje ideal, ni tampoco como parte de un juego transcendental. Por el contrario WITTGENSTEIN califico la relación entre unos y otros como un “aire de familia”.

Las interacciones, y el resto de los sistemas sociales, operan del mismo modo. Una vez que se detona una interacción, por el hecho de la presencia, el resto de las comunicaciones se originan y mantienen según el desarrollo de la propia interacción, según su gramática interna. Esto no quiere decir que de cada interacción deban emanar todas las normas que han de estar vigentes en ellas, pues ello podría ocurrir solamente en el punto cero de evolución social. Sin perjuicio de que ella pueda alterar todas las normas en principios vigente. Esta gramática interna no necesariamente se ocupa de generar normas y generar con ellas roles, sino que puede validar normas pre-existentes, rescatarlas de otros sistemas sociales y hacerlas validas dentro de su propia operación. Sin embargo, esto no debe llevar a concluir que las normas emanadas de otros sistemas sociales valen por sí mismos en un sistema diverso. Por el contrario, siempre se precisa una revalidación, por medio de la cual se les reconoce vinculatoriedad para el sistema en que actualmente se les está reconociendo.

De esta manera el rol emanado de un sistema social mantiene su validez dentro de este sistema, y solo pueden hacerse validos en otro si ese otro así lo determina, y solo pueden hacerse validos en otro si ese otro así lo determina. Que el presidente del Gobierno Peruano concurra a una panadería no implica que en ella se le dará el trato de “Presidente de la Republica” aun cuando todos los concurrentes tengan muy claro y presente que lo es. Sin embargo, mientras el sistema no actualice y reconozca como valido el rol, el señor presidente deberá hacer la fila como cualquier ciudadano y no será acreedor de ningún trato preferente.

Como esta formulación, puede sortearse una crítica formulada a los juegos de lenguaje y que puede, por consiguiente, extrapolarse a las interacciones. SEARLE ha puesto de manifiesto que el error de WITTIGENSTEIN consistió en creer que siempre podían formarse nuevos juegos de lenguaje, que su capacidad de multiplicación era infinita. Ello, argumenta, no es posible porque tarde o temprano se incurre en meras variaciones de juegos lenguajes anteriores. Dos consideraciones pueden rebatir, o al menos dar justo alcance, a esta crítica. Desde la perspectiva de los propios juegos de lenguaje, al igual que de las interacciones, no es necesario que todas las reglas del juego sean nuevas, sino que pueden validarse reglas de otros juegos y dicha validación puede operar tacita o expresamente.

Desde esta perspectiva, las interacciones no solo son capaces de generar roles, sino que son las validadoras de roles por excelencia. Todos y cada uno de los roles requieren de la validación continua mediante interacciones. De nada sirve a alguien ser el jefe si en ninguna de las interacciones en la que participa se reconoce esa categoría. Es cierto que

este proceso suele pasar desapercibido por razones ambientales. En otros términos, lo más normal es que dentro del trabajo de una ofician no sea necesario validar a cada instante el status que se tiene. Por el contrario, generalmente esas relaciones se presumen. Sin embargo, esa presunción no es sino una validación tacita, que se manifiesta del mismo modo que el contexto extra-lingüístico. Lo que se produce es que se forma una determinada estructura de comportamiento, detonada implícitamente por el entorno en que opera el sistema, pero, como toda estructura, ella puede estar sujeta a variaciones e, incluso, se mantiene viva exclusivamente sobre la base de las validaciones que se dirijan.

El Proceso de Institucionalización

Las Expectativas en el Fortalecimiento de los Roles

Como ya hemos podido apreciar, sabemos que los roles sociales emanan de los sistemas sociales en los que el individuo participa y solo son válidos respecto de ellos, nos enfrentamos al problema de determinar cómo se configuran esos roles dentro del sistema. Como produce el sistema social los roles, sobre qué base. Que hace que el sistema asigne a uno de los sus elementos un rol y no otro. LUHMAN pensaba que los sistemas sociales estaban compuestos por y solo por comunicaciones. Para el, un sistema era un cumulo de comunicaciones y los individuos quedaban fuera de ellos formando parte de su entorno. Hasta aquí ya nos hemos apartado bastante de sus postulados, afirmando que los sistemas sociales, como cualquier otro sistema están integrados por roles.

Subcapítulo II: La Pena y su Determinación

La Pena

La palabra pena proviene del latín *poena*, que significa castigo, tormento físico, padecimiento, sufrimiento. Para el desarrollo del presente trabajo, el concepto de pena se plantea como un concepto formal del derecho, en tal sentido, la pena es la sanción jurídica aplicable a quien viola la norma jurídica prohibitiva. Es un “mal” que debe imponerse al culpable o responsable de la comisión de un delito. Es una figura previamente creada por el legislador, en forma escrita y estricta, al amparo del “principio de legalidad”, donde toda persona debe ser castigada si el hecho está previsto en la ley como delito con anterioridad a la comisión del mismo. Este principio, es el pilar del Derecho Penal, representado por el apotegma latino: *nullum crime, nulla poena sine lege*.

En tal sentido, la pena “es un castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien tras un debido proceso, aparece como responsable de una infracción del Derecho y a causa de dicha infracción”. El Código Penal vigente desde 1991, implanta un sistema dualista, ya que mantiene como consecuencias personales del delito, las penas y medidas de seguridad, aplicándolas alternativamente. Si el sujeto es imputable se aplica la pena; y, si el sujeto adolece de algún trastorno casual de inimputabilidad se aplican las medidas de seguridad.

Sin embargo, sobre cuál es la naturaleza de la pena o por qué o para qué se impone, es cuestión de amplios debates que se han dado a través de la historia del derecho penal,

desbordando incluso los límites jurídicos, para convertirse en un tema de interés general para otras ciencias.

Así, la sanción nace debido a que, las relaciones entre los miembros de la sociedad no siempre son pacíficas; en toda sociedad existe la cuota necesaria de violencia entre los individuos que no pueden ser controladas con medios de control natural. Entonces, es necesaria la intervención de un orden jurídico “violento” como lo es el Derecho Penal; que, luego de haber señalado como delitos ciertas conductas proscritas en la sociedad, sanciona a su autor con la imposición de una pena o medida de seguridad. No es otra cosa que un medio de “control social” que emplea la violencia sometida a ciertas normas jurídicas y constitucionales.

Todo sistema social, incluso toda relación humana, necesita de instrumentos de control para evitar que los abusos de unos afecten o frustren las expectativas o los derechos de otros. Esto resulta lógico, ya que todo grupo social aspira a una mínima homogeneización que haga posible la convivencia y se logre una paz social. En este contexto aparece la sanción como medio de control, que es aplicado a los que atentan los intereses establecido por la sociedad o el orden social.

“El derecho penal moderno ha humanizado sus penas, desapareciendo con ello la afectación de la integridad corporal (torturas, azotes, mutilaciones), o las pena infrahumanas como la de la picota (el rollo) del sentenciado, y ha reemplazando este tipo de penas, por la de privación de la libertad personal, para delitos graves y fórmulas alternativas de punición a la privación de la libertad, como multas u otras privativas de variados derechos, para delitos menores o faltas”. En el derecho penal moderno, como

hemos visto, existe una reserva del uso legítimo de la violencia en los poderes públicos, ya que el Estado es el único que utiliza las penas como un medio de control social legítimo. Es un instrumento de control formalizado que debe ser aplicado a la persona en forma proporcional y legal.

La pena, entonces, es el medio tradicional y más importante, dada su gravedad, de los que utiliza el derecho. La pena existe para mantener el orden jurídico que ha establecido la sociedad como indispensable para desarrollarse armónicamente en un ambiente de paz social. “Aplicar una pena implica disminuir la capacidad de actuación dentro de la sociedad e incluso pueden darse casos que se anula totalmente. La pena es la disminución o anulación del bien jurídico libertad perteneciente a una persona; en otras palabras, la pena ataca el bien jurídico máspreciado por el hombre -su libertad- pero, esto sólo se puede dar cuando la sociedad se siente amenazada o lesionada por el comportamiento del individuo.”

Justificación, Fundamento y Fines de la Pena.

Para entender con claridad este asunto, es necesario distinguir tres aspectos importantes de la pena: su justificación, su fundamento y su fin; desarrollo que nos ocupa a continuación.

La pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad. Sin la pena, la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible. Su justificación no es, por consiguiente, una cuestión religiosa ni filosófica, sino una amarga necesidad. Más discutidos son los problemas sobre el fundamento y fines de la pena. Estos

han constituido el objeto de la llamada "lucha de Escuelas", que durante muchos años ha sido el punto de quiebre de discusiones y polémicas en la Ciencia del Derecho Penal. Aquí expondré sucintamente los tres puntos de vista principalmente mantenidos, distinguiéndose tradicionalmente, las teorías absolutas, teorías relativas y teorías eclécticas o de la unión.

Las teorías absolutas o retributivas

Las teorías absolutas o también reconocidas como retributivas, tienen como sus máximos representantes a Kant y Hegel. Para ellos, el fundamento de la pena radica en la mera retribución. Es la imposición de un mal, por el mal cometido. En esto se agota y termina la función y fin de la pena. A través de la retribución se hace justicia al culpable de un delito. Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el antiguo principio del talión – ojo por ojo, diente por diente-.

Kant, en su ejemplo consistente en que, “si todos los miembros de una comunidad acordaran por unanimidad disolverla, antes de ello se llevara a cabo, debería ejecutarse al último asesino que estuviera en prisión, para que todo el mundo supiera el trato que merece sus hechos”. Encuentra que la pena sólo tiene sentido si es retribución de la culpabilidad y, en consecuencia, no puede imponerse simplemente como medio para conseguir otro bien para el delincuente mismo o para la sociedad. Es decir, que la pena únicamente se justifica para sancionar un mal cometido por el delincuente, ya que si existiera otro fin, ello constituiría una afrenta a la dignidad de la persona.

Posteriormente Hegel, basándose en la dialéctica, concibe al delito como la “negación del derecho”, y a la pena, como la “negación de la negación”. Afirmando que la

pena según el ordenamiento jurídico representa la voluntad general y niega con la pena la voluntad especial del delincuente expresado en la lesión jurídica que queda anulada por la superioridad moral de la comunidad, descalificando la persecución de fines distintos a la mera retribución del derecho lesionado mediante la pena.

Roxin, afirma que: "...la teoría de la retribución hoy ya no es sostenible científicamente. Si tal como se mostró..., la misión del derecho penal consiste en la protección subsidiaria de los bienes jurídicos, entonces para el cumplimiento de esa tarea, no puede servirse de una pena que prescinda de toda finalidad social. Dicho de otro modo, el Estado como institución humana, no está capacitado ni legitimado para realizar la idea metafísica de justicia. La idea de que puede compensar o eliminar un mal mediante la imposición de otro mal (el sufrimiento de la pena) sólo es accesible a una creencia a la cual el Estado no puede obligar a nadie, a partir de que él ya no deriva su poder de Dios sino del pueblo."

Sin embargo, la idea retribucionista de algún modo todavía tiene fuerte arraigo en la sociedad, que reacciona frente a los más graves delitos exigiendo el castigo de sus culpables "el que la hace, la paga" y en las concepciones religiosas, que ven la pena como la expiación necesaria del mal (delito) cometido. También las ideas de "venganza" y de "castigo" se basan en una concepción retributiva de la pena.

Para concluir con el análisis de estas teorías, cabe destacar el llamado de alerta que hace Raúl Zaffaroni, respecto de que, si bien ellas implicaron en su tiempo una limitación al poder absoluto del Estado, ello no trajo aparejado una proporcional reducción de la

crueldad. Y recuerda a *Nietzsche*, para quien este mundo de los conceptos morales nunca perdió del todo “un cierto olor a sangre y tortura”.

Las teorías relativas o preventivas

Estas teorías atienden al fin que se persigue con la pena. Se opone completamente a las teorías absolutas. Para ellas la pena no tiene que realizar la justicia en la tierra, sino proteger a la sociedad. La pena no constituye un fin en sí misma sino un medio de prevención.

La concepción de las teorías de prevención, se remonta a los inicios de la historia del derecho, Platón decía: *nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccet*; ningún hombre prudente pena porque se ha pecado, sino para que no se peque. Entonces a diferencia de la concepción de la pena retributiva, la teoría de la prevención, es teoría “relativa”. Pues, encuentra su fundamento y fin en la disuasión futura de una infracción penal.

Las teorías de la prevención se pueden dividir en teorías de la prevención general y teorías de la prevención especial.

Las teorías de la prevención general ven el fin de la pena en la intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para que se aparten de la comisión de delitos. Su principal representante fue el penalista alemán de principios de siglo XIX, Feuerbach. Para él, la finalidad de la imposición de una pena reside en la fundamentación de la efectividad de la amenaza penal, ya que sin esta amenaza quedaría inefectiva. Dado que la ley debe intimidar a todos los ciudadanos, pero la ejecución debe dar efecto a la ley. Entonces la

pena es como una “coacción psicológica” que se ejercía en todos los ciudadanos para que omitieran la comisión de delitos.

Las teorías de la prevención especial, ven el fin de la pena, en apartar al que ya ha delinquir de la comisión de futuros delitos, bien a través de su corrección o intimidación, o a través de su aseguramiento, apartándolo de la vida social en libertad. Su principal representante fue el penalista alemán, Franz Von Liszt, que consideraba al delincuente como el objeto central del Derecho Penal, y a la pena como una institución que se dirige a su corrección, intimidación o aseguramiento. El delincuente no debe volver a delinquir, para ello se hace necesario observar una triple dimensión de la pena: intimidación, resocialización e inocuización. Fundamenta la primera en el sentido que está dirigida al delincuente como un aviso de la sanción que puede ser objeto al cometer un acto atribuido como delito. Luego, fundamenta la resocialización, en que el delincuente es susceptible de corrección mediante la educación durante el tiempo que cumple la sanción y por último precisa que la inocuización está dirigida a la anulación del delincuente habitual, con una sanción penal por tiempo indeterminado e incluso la pena de muerte.

Al respecto, Luis Miguel Bramont-Arias, dice: “...las penas buscan la prevención del delito respecto del autor que cometió el ilícito penal, es decir la prevención de la pena consiste en hacer que el sujeto no vuelva a delinquir. Se trata de prevenir el delito resocializando o rehabilitando al delincuente -Artículo IX del Título Preliminar del Código Penal”.

En tal sentido cabe mencionar que, “lo incorrecto y peligroso para la seguridad jurídica es pensar que el fundamento de la pena es uno de los dos criterios indicados. No se

impone una pena porque es necesario intimidar a delincuentes en potencia o porque se estime que es necesario someter a tratamiento al agente. Se le castiga porque culpablemente ha cometido una infracción. El “para que” se castiga, puede determinar una disminución o suspensión de la sanción; pero no sobrepasar en intensidad los límites de la culpabilidad”.

Teoría Mixta o de la Unión

Las teorías mixtas, eclécticas o de la unión tratan de mediar entre las teorías absolutas y relativas como una solución en la lucha de Escuelas. Pero como toda solución de compromiso desemboca en un eclecticismo, adoptando posturas medias; es decir, recogen de una y otra lo mejor y no llegan a satisfacer totalmente a nadie. Esto se debe a que las teorías de retribución y prevención resultan antípodas, por lo tanto, no pueden subordinarse el uno al otro, sino coordinarse mutuamente. La retribución mira al pasado, al delito cometido; la prevención, al futuro, a evitar que se vuelva delinquir.

Las teorías de la unión, en sus distintas variantes tienen, sin embargo el mérito de haber superado la parcialidad, tanto de las teorías absolutas como de las relativas. Ninguna de estas dos teorías, puede comprender el fenómeno de la pena en su totalidad, ya que, sólo fijan su atención en partes de ese fenómeno.

Precisamente en esto fracasan también las teorías de la unión. Para éstas lo fundamental sigue siendo la pura retribución del delito culpablemente cometido y sólo dentro de ese marco retributivo y, por vía de excepción, admiten que con el castigo se busquen fines preventivos. Roxin, manifiesta que la retribución no es el único efecto de la

pena, sino uno más de sus diversos caracteres que incluso no se agota en sí mismo, sino que, al demostrar la superioridad de la norma jurídica sobre la voluntad del delincuente que la infringió, tiene un efecto preventivo general en la comunidad. Se habla en este sentido de prevención general positiva que más que la intimidación general, persigue el reforzamiento de la confianza social en el Derecho.

En tal sentido, no se puede afirmar que existe función única en la pena, ni mucho menos asignar a la pena un fin exclusivo. La pena es un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes funciones en cada uno de los momentos en que aparece, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general negativa, pues, se intimida a los miembros de la comunidad, para que se abstengan de realizar la conducta prohibida. Pero si, a pesar de esa amenaza e intimidación general, se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena la idea de retribución o de prevención general positiva, aunque no se excluyan aspectos preventivos especiales.

Finalmente, durante la ejecución de la pena, prevalece, sobre todo si se trata de una pena privativa de libertad, la idea de prevención especial. Ello debido a que, el delincuente estando recluido en prisión, debe recibir la educación y socialización suficiente para alcanzar un grado evolutivo que al devolverlo a la vida en comunidad no vuelva a delinquir.

La Pena en el Código Penal Peruano

Cuando se hace referencia al aspecto teleológico de la pena, nos referimos a la finalidad de la misma; en tal sentido, tenemos que el Código Penal de 1991, en su artículo IX del Título Preliminar señala que la pena tiene fines de prevención, protección y resocialización.

Esto se debe a la humanización de las penas, que a lo largo de los años ha evolucionado, desde la perspectiva que el delincuente ya no es visto como un individuo, culpable y sin derechos, que luego de haber quebrantado la ley debe espiar su culpa. Por el contrario, las nuevas tendencias del Derecho Penal lo consideran como una persona a la cual pese haber cometido un acto antijurídico, debe tener las posibilidades necesarias de tomar conciencia de su acto, y en cuanto esto suceda, alcanzar una resocialización que le permita una vez cumplida su sanción integrarse a la sociedad como un elemento de bien.

Aquí hay que distinguir que, el sistema de penas preponderante, durante la vigencia del abrogado Código Penal de 1924, contemplaba una diversidad de sanciones, de las cuales la más privilegiada era la privación de la libertad (prisión, relegación, internamiento o penitenciaria). Sin embargo, el avance contemporáneo de la ciencia penal, influido con criterios garantistas, democráticos y humanitarios, determinaron un replanteamiento del sistema punitivo, que, privilegia las penas alternativas a la privación de la libertad. Estos sustitutos constituyen un acierto útil, desde una perspectiva previsionista y resocializadora, donde existe –en teoría- un total respeto a los derechos fundamentales de la persona.

El sistema penal en el Perú, determina que los fines de la pena, deben de cumplirse en diferentes esferas (Policía Nacional, Ministerio Público, Poder Judicial, INPE) sin embargo por cuestiones de presupuesto, ineficacia, burocracias y demás defectos del sistema esto no se cumple a cabalidad. Es por ello que la prevención no debe quedar en un aspecto romántico, sino que debe existir una buena política criminal que incluya medidas legislativas acertadas con el objetivo de realizar un buen programa preventivo sostenido en el tiempo.

En conclusión, la finalidad de la pena en el sistema penal peruano, específicamente lo plasmado en el Código sustantivo de 1991, resulta la prevención, ya sea de manera general o especial conforme se ha mencionado.

Determinación Judicial de la Pena

El órgano jurisdiccional en una sentencia penal emite hasta tres juicios importantes. En un primer momento él se pronuncia sobre la tipicidad de la conducta atribuida al procesado (juicio de subsunción). Luego, a la luz de la evidencia existente decide sobre la inocencia o culpabilidad de este (declaración de certeza). Y, finalmente, si declaro la responsabilidad penal deberá definir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar al autor o partícipe de la infracción penal cometida (individualización de la sanción).

La determinación judicial de la pena tiene relación con esta última decisión judicial. Su función, por tanto, es identificar y medir las dimensiones cualitativas y cuantitativas de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar al autor o partícipe de un delito. Se

trata, por tanto, de un procedimiento técnico y valorativo de individualización de sanciones penales.

Por consiguiente, pues, en términos concretos podríamos señalar que la expresión *determinación judicial de la pena*, alude a toda la actividad que desarrolla el operador jurisdiccional para identificar de modo cualitativo y cuantitativo la sanción a imponer en el caso sub iudice. Esto es, mediante él se procede a evaluar y decidir sobre el tipo, la extensión y el modo de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que resulten aplicables.

Al respecto desde un enfoque más general, Jescheck (2014) precisa que:

“La Determinación Judicial de la pena es la determinación de las consecuencias jurídicas de hecho punible llevada a cabo por el juez conforme a su naturaleza, gravedad y forma de ejecución, eligiendo una de las diversas posibilidades previstas legalmente. La determinación judicial de la pena no comprende como su nombre parece indicar, solamente la fijación de la pena aplicable, sino también su suspensión condicional con imposición de obligaciones e instrucciones, la amonestación con reserva de pena, la dispensa de pena, la declaración de impunidad, la imposición de medidas de seguridad, la imposición del comiso y de la confiscación, así como la de la consecuencia accesorias” (pp. 1189)

En el siguiente ejemplo, podemos esquematizar esta actividad judicial. Se trata de un caso de auto aborto que conforme al artículo 114° del Código Penal puede ser reprimido con “pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio

comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas”. Para determinar la pena aplicable a la autora culpable del delito el Juez deberá de examinar y decidir sobre varios aspectos:

- a) Primero, si aplica una pena privativa de libertad o una pena de prestación de servicios a la comunidad.
- b) Segundo, la extensión que tendrá la sanción elegida sea como tiempo de privación de libertad o como número de jornadas de servicios comunitarios a cumplir.
- c) Finalmente, deberá concretizar si la pena privativa de libertad se cumplirá de modo efectivo o si cabe la suspensión condicional de su ejecución. O, en su defecto, señalar el lugar y modalidad del cumplimiento de los servicios comunitarios que fuesen asignados.

Ahora bien, para considerar y justificar el resultado correspondiente a casa una de estas decisiones el Juez tendrá que apreciar los distintos factores objetivos y subjetivos que estuvieron presentes en el caso, para, luego, relacionarlos con aquellas reglas de métrica penal que establece la ley. De esta manera podrá identificar la gravedad del delito (antijurídica del hecho) y el grado de responsabilidad del autor o partícipe (culpabilidad del agente). Es de señalar que en el desarrollo operativo de este procedimiento de la autoridad judicial va incorporando un elemento ideológico que vincula los diferentes objetivos y funciones que se atribuyen a la pena y que se detallan en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal de 1991 (prevención general, resocialización, proporcionalidad).

En la legislación y en la doctrina especializada esta actividad judicial también recibe otras denominaciones como aplicación de la pena, individualización judicial de la pena o dosificación de la pena.

El órgano jurisdiccional tiene que determinar la pena correspondiente al caso por una razón de técnica legislativa. Efectivamente, la conminación abstracta que tiene la pena en la ley se expresa, generalmente, en magnitudes abiertas o semiabiertas donde solo se consigna una extensión mínima o máxima. En el caso de nuestra legislación penal esa es la técnica legislativa utilizada. Por tanto, cada delito tipificado en la Parte Especial del Código Penal o en Leyes Especiales o Accesorias a él tiene señalaba una o más penas a partir de extremos de duración o realización mínimas o máximos. Así, por ejemplo, el homicidio simple que tipifica el artículo 106° de nuestro código sustantivo tiene como sanción conminada una pena privativa de libertad cuyo mínimo es de seis años y cuyo máximo es de veinte años. En consecuencia, pues, la realización culpable y comprobada judicialmente de un homicidio simple, conlleva a que el juez competente deba determinar entre ambos límites punitivos la extensión concreta de pena privativa de libertad que corresponde imponer al autor o participe de dicho delito.

Identificamos que hay tres momentos esenciales dentro de este proceso de determinación judicial de la pena, estos tres momentos esenciales están desarrollados de modo esquemático como:

1. Identificación de la pena básica
2. La búsqueda o individualización de la pena concreta y,

3. El punto intermedio; (aunque aparece ahí como el número tres, pero creo es correlativo a los otros), que es la verificación de la presencia de las circunstancias que concurren en el caso.

El problema para el Perú, para los jueces peruanos, es que no tenemos un marco normativo que nos permita organizar sistemáticamente este procedimiento, a fin de darle una construcción de sustento formal y normativo al paso que desarrollamos. Otros sistemas jurídicos han desarrollado un esfuerzo bastante detallado en resultados, para poder justamente organizar este esquema. Es el caso típico del Derecho Penal Español, donde el legislador ha procurado que sus jueces encuentren en la ley todo un camino, bastante preciso, de manera que la posibilidad de organizar un resultado, resulte en gran medida predecible; es decir, que si cualquier persona u operador realiza el iter que realizó el operador jurisdiccional –en función de esas normas– se va a aproximar a un resultado punitivo muy similar; y por qué esa preocupación del legislador español en hacer esto; es, porque en España a diferencia de nuestro país, la pena puede ser discutida constitucionalmente, esto es, la pena que impone un órgano jurisdiccional puede dar lugar a lo que aquí llamaríamos un proceso constitucional de hábeas corpus, y debatir la legitimidad de la sanción aplicada; algo que para nosotros puede sonar en este momento– peligroso en líneas de estabilidad o seguridad jurídica; en cambio en España, es un criterio que se ha afirmado ya desde hace muchos años; nosotros no tenemos ese marco normativo.

Resumiendo, entonces, podemos precisar que la determinación judicial de la pena comprende todo el procedimiento que permite evaluar, decidir y justificar el tipo, extensión

y, en determinadas circunstancias, la modalidad de ejecución de la pena que resulta aplicable. Sin embargo, como sostiene García Caveró (2012) afirmo lo siguiente:

Este proceso no está desprovisto de ciertas líneas de orientación legalmente previstas, de manera que no puede considerarse una cuestión propia de la discrecionalidad judicial. La individualización de la pena está sometida al principio constitucional de la proporcionalidad, el cual se encuentra concretado en un conjunto de criterios específicos establecidos en el código penal que el juez penal debe observar de manera especial (pp. 709-710).

Características

Personal.

Con respecto a esta característica se entiende que solamente debe de imponerse la pena al autor culpable, atendiendo de esta manera al principio de culpabilidad; por consiguiente, nadie puede ser castigado por ilícitos cometidos por otros, la responsabilidad se entiende que es personal porque va ser aplica a la persona que resulte culpable después de haber llevado a cabo un juicio previo; no obstante, no podemos negar que el sufrimiento del condenado pueda extenderse a su familia o a terceras personas, es decir, que a pesar de que es personal tiene trascendencia social.

Un efecto secundario lo encontramos en las repercusiones negativas que la ejecución de la pena pueda tener en la familia del condenado, un claro ejemplo lo encontramos en el alto índice de adicción a las drogas de niños y adolescentes, la desintegración familiar, la prostitución etc. Que son la consecuencia de la aplicación de una

pena a algún familiar; de esta manera se provoca así la existencia de auténticas víctimas indirectas del delito por ser víctimas directas de la pena.

Proporcionada

La pena debe ser proporcionada a la naturaleza y a la gravedad del delito, atendiendo a los caracteres de la personalidad del delincuente, valorados objetiva y subjetivamente por el juzgador en el momento de dictar sentencia condenatoria. Esta proporcionalidad que debe existir entre la pena y el delito es tarea primordial del juzgador, quien debe ser objetivo a la hora de aplicar una pena, basándose en los medios probatorios que se produzcan durante el debate; sería ilógico pensar que una persona que se le encuentre culpable de un hurto de una cadena de oro se le imponga una pena máxima.

Determinada

En cuanto a esta característica considero que la pena debe de estar determinada e la legislación penal, el condenado no debe de tener más sufrimiento que el que la ley señala, esta característica va íntimamente relacionada con el principio de legalidad puesto que el juzgador no debe de aplicar una pena que no esté previamente establecida en la ley.

Flexible

A la anterior característica le sumamos la de flexibilidad, en el entendido que debe ser fijada la pena dentro del mínimo y máximo que señala la ley, en el artículo 65 del Código Penal se establece que "*el juez o tribunal determinará en la sentencia, la pena que corresponda, dentro de un mínimo y una máximo señalado por la ley, para cada delito*". Esta característica se extiende a que debe ser flexible también en cuanto a una impugnación

para reparar un error judicial; como dice Sebastián Soler, Citado por De León Velasco y De Mata Vela, *"la pena es elaborada y aplicada por el hombre, por el cual supone siempre una posibilidad de equivocación .*

Pronta e Ineludible

Una administración de justicia ineficaz consigue con su lentitud que el poder intimidante de la pena desaparezca, la conciencia social perturbada por el crimen quede insatisfecha al ver que los culpables siguen sin castigo y la ejemplaridad de este desaparece con el tiempo, ejemplo latente en estos tiempos son los linchamientos, ya que las personas optan por hacer justicia con su propia mano.

De todo lo anterior, se puede afirmar que la pena debe ser aplicada con la mayor brevedad posible, por la incidencia negativa de los retrasos en la aplicación de justicia que es latente cuando el sujeto se encuentre en prisión preventiva.

Individualizada

Teniendo en cuenta que todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos, la ley penal, como toda ley, responde a los principios de generalidad e igualdad. El legislador al tipificar los hechos constitutivos del delito, no lo hace para alguna persona en particular, lo hace en forma abstracta, de manera de que a la hora de que alguna persona trasgreda la ley exige que debe de individualizar al infractor para poder aplicar la pena.

Como señala Mapelli Caffarena: "La ley penal, como toda ley, responde a los principios de generalidad e igualdad. El legislador tipifica hechos; no puede tener a la vista

personalidades concretas. Pero como la pena no se impone a hechos sino a personas, y no a personas en abstracto, sino a individuos concretos, se exige su individualización”.

Por supuesto, la individualización, que supone acercamiento de la norma general al caso concreto, no puede hacerse atendiendo a rasgos específicos que no justifiquen un tratamiento penal diferenciado.

Determinación Judicial de la Pena y la Reforma Procesal Penal

Todavía la doctrina nacional que viene comentando el articulado e instituciones del Código Procesal Penal de 2004, no ha tomado mayor interés por desarrollar dogmáticamente la relación de la sentencia penal con el procedimiento de determinación judicial de la Pena (TALAVERA ELGUERA, pp. 83 - 84).

Sin embargo, esta actitud pasiva frente a un tema esencial del quehacer final del proceso penal, sobre todo del juzgamiento, se refleja también en los distintos intentos institucionales de establecer pautas o guías metodológicas para la elaboración de sentencias penales. Lo cual parece indicar que aun para los especialistas nacionales, las pautas normativas, así como las precisiones teóricas sobre el particular, deben ser planteadas y debatidas exclusivamente en el ámbito del derecho penal sustantivo. (CESAR, pp. 42 - 43)

Ahora bien, en gran medida tal omisión y percepción resultan coherentes con el estilo restrictivo y lacónico mediante el cual nuestra legislación procesal penal trata de la determinación de la pena, al regular los contenidos y formas de construcción de una sentencia condenatoria. Efectivamente, el Código de Procedimiento Penales

de 1940 no estableció reglas detalladas para la configuración o el resultado de las decisiones punitivas que debía adoptar el juez en un fallo condenatorio. Sin embargo, en el artículo 282°, con bastante pragmatismo, se establecieron algunas reglas operativas para posibilitar la elección judicial de la pena concreta, cuando entre los magistrados a cargo del fallo se plantearán posturas discrepantes en torno a la naturaleza y extensión de dicha sanción. Al respecto, la norma citada señalaba lo siguiente: “cuando hubiere disconformidad entre los tres miembros del tribunal respecto de la pena, se volverán a discutir y votar los puntos en que se haya disentido. Si en esta segunda votación continua la disconformidad, se impondrá la pena intermedia, esto es, la pena por la que voto el miembro del tribunal en disentimiento con los que votaron por pena superior o inferior”. Según la exposición de motivos ello era lo más razonable ya que aseguraba, cuando menos, el acuerdo tácito de dos votos por dicha pena intermedia: “Mas fundado es aplicar la pena intermedia, respecto la cual puede afirmarse que hay mayoría”. (GUZMAN, p 481)

Cabe reconocer que en el derecho extranjero de la Región, una opción de técnica legislativa similar a la peruana fue asumida también por el Código de Procedimiento Penal de Colombia de 2000. Este sistema normativo, al igual que el nacional, no da mayores detalles en torno a reglas para la definición de la pena a imponer (art. 410° y 412°). Ello, quizás, sea coherente por la existencia de disposiciones precisas al respecto en el Código Penal colombiano del mismo año (art. 60° y 61°). Situación que, lamentablemente, no ocurre en el derecho penal nacional como hemos destacado anteriormente.

En cambio, otros sistemas procesales optaron por un patrón diferente en el cual se fijaban criterios específicos de determinación judicial de la pena. Así, por ejemplo, en el Código Procesal Penal de Chile de 2001 se desarrollaron pautas de operatividad judicial para los casos de delito continuado o concurso real de delitos. En efecto, en el artículo 351°, sobre “reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie”, se regulo el siguiente proceder judicial para la decisión punitiva en tales supuestos: “en los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie se impondrá la pena correspondiente a diferentes infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados. Si por la naturaleza de las diversas infracciones, estas no pudieres estimarse como un solo delito, el tribunal aplicara la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados, según fuere el número de los delitos. Podrá, con todo, aplicarse las penas en la forma establecida en el artículo 74 del Código Penal si, de seguirse este procedimiento, hubiere de corresponder al condenado una pena menor. Para efectos de este artículo, se considerara delitos de una misma especie aquellos que afectaren el mismo bien jurídico”.

El CODIGO PROCESAL PENAL DE 2004 mantuvo igual orientación legislativa que su antecesor de 1940. Lo cual se advierte al realizar una revisión sistemática y analítica, de los once artículo que integran el Título VI sobre La Deliberación y la Sentencia (art. 392° a 403°) en el Libro Tercero que regula el Proceso Común. En efecto de estas disposiciones solo tres guardan relación directa con la deliberación y determinación

de la pena en una sentencia condenatoria. Se trata de los artículos 392°, 393° y 397°. A continuación, haremos un breve comentario dogmático de los contenidos pertinentes a ello.

En relación al artículo 392° lo relevante se encuentra en el inciso 4. En el se ratifica la elección del “termino medio” ante la discordia que tengan los jueces al pronunciarse sobre la extensión de la pena concreta a imponer.

Por su parte el artículo 393° en su literal e, del inciso 3, precisa que una cuestión específica sobre la que deben deliberar y votar los Magistrados al elaborar un fallo de condena tiene que ser la “La Individualización de la Pena Aplicable y, de ser el caso, de la medida de seguridad que la sustituya o concurra con ella”. Aquí se detecta un error técnico, pues conforme al Código Penal vigente ninguna medida de seguridad, sea la internación o el tratamiento ambulatorio, pueden sustituir penas.

Pero al margen de este yerro dogmático lo interesante es que la Ley obliga al juez a determinar la pena aplicable en atención a las circunstancias del caso. Esto es, se deben debatir y valorar tales indicadores de punibilidad. Sin embargo, la norma ha omitido indicar cual debe ser la metodología o procedimiento a seguir, con lo que se deja abierta la oportunidad al empirismo y la incertidumbre dada las limitaciones y generalidad de las reglas que para ello coexisten en el Código Penal Vigente.

En este dominio, en cambio, resulto oportuna e inédita, para la experiencia procesal penal nacional, la propuesta que sobre esta materia hizo el denominado “Proyecto Huanchaco”. Esta interesante y poco difundida iniciativa legislativa, elaborada por juristas nacionales y argentinos, incorporo la posibilidad de realizar un juicio sobre la pena. El

cual, junto al denominado juicio de culpabilidad, sería también una base y finalidad fundamental del desarrollo operativo de la audiencia o juzgamiento según el modelo adoptado por dicha propuesta legislativa.

En tal sentido, el artículo 255° del Proyecto de Huanchaco señalaba lo siguiente: “El juicio sobre la pena comenzara con la recepción de la prueba que se haya ofrecido para individualizarla, hasta antes del inicio de la segunda parte del juicio, prosiguiendo de allí en adelante, según las normas comunes.

Al finalizar el debate, el juzgador mencionara oralmente la pena y demás consecuencias jurídicas de delito que corresponde aplicar al caso concreto, lo que constara en el acta de cierre de la audiencia” (Centro de Estudios para la Reforma de la Justicia, Democracia y Libertad-CERJUDEL. Reforma del Proceso Penal en el Perú. p. 346).

Por último, el artículo 397°, inciso 3, del Código Procesal Penal de 2004, respetando la primacía del acusatorio y la legalidad de las circunstancias, prohíbe al Juez “Aplicar pena mas grave que la requerida por el Fiscal, salvo que se solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación”. Debemos entender que la parte in fine de dicha disposición alude, entre otros supuestos, a una falta de circunstancias atenuantes privilegiadas; o de aquellas causales imperfectas de justificación o exculpación que producen la efectividad punitiva regulada en el artículo 21° del Código Penal, según Brousett Salas nos afirma que:

Es el único supuesto en el cual el juez puede apartarse, y habría que ver en que sentido podría apartarse para fijar la pena en el extremo mínimo; esto es, subsanar

la irregularidad, se bajó del mínimo, entiéndase en todo caso que el juez podrá imponer el mínimo; pero eso no lo habilitaría tampoco para graduar la pena en un tercio mayor, en un intermedio o en el extremo máximo quizá (p. 116).

La Determinación de la Pena en el Proyecto de la Comisión Especial Revisora del Código Penal 2008/2009

Al parecer las oportunidades inmediatas para dar mejor operatividad a la determinación judicial de la pena, se encuentran, de momento, vinculadas a la revisión oficial del Código Penal de 1991. Ello porque el proceso de implementación de Nuevo Código Procesal Penal de 2004, actualmente en los últimos procesos de ejecución a nivel nacional, no aconseja realizar, por ahora, modificaciones sustanciales a las normas relacionadas con la deliberación punitiva de una sentencia condenatoria.

Ahora bien, al respecto cabe destacar que la Comisión Especial Revisora del Código Penal, creada por ley 29153, aprobó, entre el 4 y 11 de noviembre de 2008, un nuevo modelo regulador del procedimiento de determinación de la pena. El texto aprobado tuvo como fuente la propuesta presentada al pleno de la comisión por el representante del poder judicial, Dr. Víctor Prado Saldarriaga.

En concreto se modifican los contenidos de los artículos 45° y 46° del Código Penal de 1991. Además, se incluyen nuevos contenidos para los numerales 47°, 48° y 49°.

Sistemáticamente, el nuevo sistema regulador de la determinación judicial de la pena tiene la siguiente estructura morfológica:

- El artículo 45° define los presupuestos de fundamentación y determinación de la pena.

Se incorpora como contenido adicional al texto original del inciso 1: “la posición preeminente que ocupe en la sociedad”. De esta manera, se incluye este nuevo criterio de fundamentación y determinación de la pena como alternativo al preexistente, que únicamente alude a las “carencias que hubiere sufrido del agente”. Con ello se pretende que el Juez tenga en cuenta para su decisión punitiva la situación del poderoso que delinque usufructuando su posición de privilegio. También la reforma del artículo que analizamos modifica el inciso 3, sustituyendo el término “intereses” por el de “derechos”, que se estima es más amplio, pues comprende tanto aspectos patrimoniales como no patrimoniales.

- El artículo 46° regula el procedimiento judicial de individualización de la pena.

Este artículo contiene los cambios más trascendentes. En primer lugar, dispone expresamente que toda condena debe fundamentar de modo suficiente y explícito los “motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena”. De esta manera se impone desde la ley, como deber del juez, el de justificar su decisión punitiva y, por ende, de desarrollar un procedimiento coherente y técnico para individualizar la sanción aplicable al caso. En segundo lugar, se describen con precisión las etapas que deberá de transitar el órgano jurisdiccional para determinar la pena. Al respecto el citado artículo precisa lo siguiente:

- 1) Se ratifica lo ya previsto en el texto original de 1991, en el sentido de que los factores centrales para la individualización de la pena se relacionan con el grado de irreprochabilidad que cabe hacer al agente por su proceder antijurídico (culpabilidad del agente); y con el grado de desvalor que merece la conducta antijurídica realizada (antijuridicidad del hecho). Asimismo, se advierte que los indicadores que sirvan para todo ello (circunstancias) no deben ser componentes típicos ni circunstancias específicas. Con ello se evita la doble valoración de un mismo indicador o circunstancia (incompatibilidad).
- 2) Se esquematiza el procedimiento operativo que debe seguir el Juez de la siguiente manera:
 - a. Identificar la pena básica como espacio punitivo en base a la pena fijada en la ley para el delito (pena conminada).
 - b. Determinar la pena concreta, aplicable al condenado, evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes.
 - c. Dividir el espacio punitivo de la pena básica en tres partes.
 - d. Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta deberá determinarse dentro del tercio inferior.

- e. Cuando concurren circunstancias de agravación y atenuación, la pena concreta deberá determinarse dentro del tercio intermedio.
- f. Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes la pena concreta deberá determinarse dentro del tercio superior.

También en la nueva redacción del artículo 46 se describe un procedimiento operativo especial, para el caso de presencia de circunstancias atenuantes o agravantes cualificadas. En tales supuestos se procederá del modo siguiente:

- Tratándose solo de circunstancias atenuantes la pena concreta se determinará por debajo del tercio inferior.
- Tratándose solo de circunstancias agravantes la pena concreta se determinará por encima del tercio superior.
- Tratándose de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes la pena concreta se determinará dentro de los límites de la pena básica.
- El artículo 47° sistematiza las circunstancias atenuantes genéricas de atenuación.

El presente artículo reproduce el catálogo de circunstancias atenuantes genéricas. El legislador ha considerado que se consideren 8 supuestos de atenuación que son los siguientes:

1. Carencia de antecedentes penales

2. Obrar por móviles nobles o altruistas
 3. Obrar en estado de emoción, pasión o temor excusables
 4. Influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares
 5. Procurar voluntariamente la disminución de las consecuencias del delito.
 6. Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado.
 7. Presentarse voluntariamente a las autoridades admitiendo responsabilidad.
 8. La edad del imputado si ello influyo en su conducta.
- El artículo 48° enuncia el catálogo de circunstancias agravantes genéricas

En este artículo se han insertado 13 circunstancias agravantes genéricas que son las que se detallan a continuación:

1. Que la acción recaiga sobre bienes de utilidad social o recursos necesarios para la satisfacción de necesidades básicas de la colectividad.
2. Que la acción incida sobre bienes o recursos públicos.
3. Que concurren móviles abyectos o fútiles; o mediando precio, recompensa o promesa remuneratoria.
4. Que concurren móviles de intolerancia y discriminación social, étnica, ideológica, religiosa; o a las creencias, sexo, enfermedad o discapacidad de la víctima.

5. Que se empleen medios cuyo uso puede generar peligro común.
 6. Que se actué con prevaliendo, alevosía o de modo subrepticio.
 7. Que se intensifique innecesariamente las consecuencias nocivas del delito.
 8. Que de abusos del cargo, posición económica, formación, poder, oficio o profesión.
 9. Que haya pluralidad de agentes.
 10. Valerse de inimputables.
 11. Que se dirija o ejecute total o parcialmente el delito, desde un centro carcelario o desde fuera del territorio nacional.
 12. Que se afecte gravemente el equilibrio de los ecosistemas naturales.
 13. Que se emplee explosión, veneno u otro medio de similar eficacia destructiva.
- El artículo 49° está referido a las circunstancias calificadas de atenuación y agravación.

Finalmente el artículo presente regula las circunstancias privilegiadas de atenuación y calificadas de agravación. Además, en esta disposición se precisa cuáles son sus efectos punitivos. Veamos:

El primer párrafo describe como circunstancia privilegiada atenuante la afectación leve del bien jurídico. Para este caso la pena se atenuara hasta una mitad por debajo del mínimo legal.

En el segundo párrafo se definen dos circunstancias agravantes cualificadas: la calidad de funcionario público y el abuso de tal condición para la comisión del delito; y la reincidencia. Para ambos supuestos la pena se incrementara hasta un tercio por encima del máximo legal del delito cometido, pero sin exceder del límite temporal máximo de 35 años de pena privativa de libertad. Se mantienen, pues, las circunstancias que actualmente contienen los artículos 4° A y 46° B del Código Penal, pero se suprime la relativa a la habitualidad que señala el artículo 46° C. ahora bien, la agravante cualificada de la reincidencia, según el inciso 2 del artículo 49°, se configura: “cuando después de haber cumplido en todo o en parte una condena a pena privativa de libertad efectiva se incurre en nuevo delito doloso dentro de los 05 años siguientes”.

Como se puede inferir el nuevo modelo de determinación judicial de la pena, que ha aprobado el proyecto de reforma del código penal de 2008/2009, procura hacer menos complejo y arbitrario dicho proceso decisorio del órgano jurisdiccional. Además, promueve la fundamentación y justificación del resultado punitivo, a la vez que orienta al juez hacia la solución de casos límites como los que regula el artículo 45°.

Esperamos que esta reforma se formalice pronto, quizás con una enmienda parcial del código penal, ya que ello permitirá mejorar la individualización judicial de la pena al momento de la deliberación de la sentencia, a la vez que hará más comprensible el resultado de ese procedimiento para el condenado, su defensa y la sociedad.

Estructura de Legitimación Formal y Material

Principio de Humanidad

El principio de humanidad, como estructura penal, pende exclusivamente de la diferenciación social del concepto de Dignidad Humana, esto no implica que no exista una dignidad humana, sino da cuenta de que mientras dicha dignidad no sea reconocida socialmente, este no tiene existencia social, y este no puede delimitar la operación de un sistema social como el del derecho.

El artículo N° 1 de la constitución, otorga a la persona la más alta jerarquía política, económica, legal y moral; inclusive sobre el Estado y la propia sociedad. Todos sin ningún tipo de excepción, tienen la obligación de respetarla y protegerla. Identificamos en este artículo un principio general del derecho que permite una interpretación sistemática de la normatividad constitucional, así como también, la aplicación de métodos de integración para dar soluciones de índole hermenéutica en ausencia o deficiencia normativa. La defensa y el respeto de la dignidad de la persona humana contenida en una declaración genérica constitucionalizada, conlleva a elevar esta máxima a la categoría del valor supremo de sociedad: “El Rol Central del ser humano como protagonista del quehacer social y jurídico”. Por tanto la conformación de la sociedad y la vigencia del Estado Peruano está en función de este fin, para facilitar la plenitud de sus derechos se debe garantizar, sin restricciones, las libertades dentro del Estado de Derecho, como al honor, a su intimidad personal, a su libertad de conciencia, a su libertad de opinión e información, a su libertad de creación, entre otros derechos. Al lado de esta

libertades la persona humana, posee el derecho de fijar a su libre albedrío.

(Chamane, 2008, pp. 102-103)

Junto con el Principio de Legalidad el Principio de Humanidad fue un importante aporte del iluminismo. Él “garantiza que las sanciones penales no sobrepasen los niveles de incidencia sobre los ciudadanos que son admisibles en el marco de las condiciones de aceptación del contrato social” (Diez, p. 560).

Este principio sostiene que el Estado no puede diseñar, aplicar ni ejecutar sanciones penales que afecten la dignidad de la persona, ni que dañen la constitución psicofísica de los condenados. Por tanto, mucho menos se pueden incluir penas que destruyan la vida de las personas. En ese sentido afirma Castillo Alva: *“El principal cometido del Principio de Humanidad es reducir la violencia estatal, conduciendo la configuración y aplicación de las penas, según criterios razonables. No sólo se busca, con ello, reducir el quantum o marco penal de las sanciones, sino además, determinar la clase de pena a crear e imponer, adecuándola a la humanidad del hombre. En base al principio de humanidad es cruel toda pena que resulte brutal en sus consecuencias, como las que comprometen la vida del sujeto”* (José Luis Castillo Alva. Principios de Derecho Penal. Ob. Cit., p. 348).

Asimismo, este principio demanda que los centros de reclusión y detención así como el procesamiento penal no constituyan riesgos de deterioro o de lesión para el interno o detenido.

Materialmente el Principio de Humanidad es, pues, un límite a las penas crueles o a las penas de muerte y de prisión indeterminada o perpetua. Él además, impone al Estado la

obligación de esforzarse por dotar a su infraestructura carcelaria de los medios y recursos mínimos que impidan que el interno sufra vejámenes o que se des-socialice paulatinamente.

Está claro que en nuestro país y en la concreta coyuntura que hoy vivimos, la política de humanidad del control no es acatada plenamente. Por ejemplo, se ha implantado en el Código Penal y, por ende, con efecto general, la prisión de por vida o cadena perpetua. Al respecto cabe señalar que por sentencia del Tribunal Constitucional (Sentencia 010-2002-AI/TC del 3 de enero de 2003) y en consonancia con las reglas del principio de humanidad, se ha establecido un límite mínimo de duración para dicha pena intemporal (35 años) a fin de habilitar un procedimiento excepcional de revisión para la excarcelación del condenado que regula el Código de Ejecución Penal (Artículo 59°-A).

Es más, conforme a nuestra Constitución subsiste la pena de muerte aunque limitada al delito de traición a la patria en caso de guerra exterior y por delito de terrorismo (Artículo 140°). Sin embargo, se han presentado diferentes propuestas-felizmente frustradas- para ampliar la posibilidad de dicha pena para otros delitos como el de violación de menores (Cfr. Proyecto de Ley N° 282/2006-CR de reforma constitucional, que modifica el artículo 140° de la Constitución, e impone la pena de muerte en caso de violación sexual de menor de siete años de edad seguida de muerte; Proyecto de Ley N° 281/2006-PE de reforma constitucional del artículo 140° de la Constitución Política; Proyecto de Ley N° 164/2006-CR que propone modificar el artículo 140° de la Constitución).

El Principio de Humanidad se encuentra reconocido formalmente en los literales g y h del inciso 24 del Artículo 2º; incisos 21 y 22 del artículo 139º de la Constitución de 1993. Él se refleja también en el Título Preliminar del Código de Ejecución Penal.

El principio de igualdad

En nuestra Constitución podemos señalar que el principio de igualdad, opera como una estructura estabilizadora de las expectativas dirigidas al sistema jurídico. La conformación del concepto de dignidad humana, incluye la igualdad de todos aquellos que comparten dicho carácter; es decir una vez que la sociedad ha determinado que entiende por dignidad humana y quien, en definitiva, goza de tal calidad, se compromete a entregar una igual protección a todos ellos; por lo que toda operación contraria a esta estructura resulta perturbadora. En un estado democrático y social de derecho la igualdad ante la ley constituye un principio básico, en tanto su vigencia permite que todos los ciudadanos vivan en condiciones de libertad, igualdad y bienestar. En el ámbito penal y/o punitivo la igualdad ante la ley busca establecer el máximo de garantías posibles y un mínimo y si es posible su desaparición de desigualdad y discriminación frente a la ley procesal penal. Para ello, habrá de tomarse en cuenta no solo el reconocimiento formal de un principio de igualdad inherente todo derecho penal democrático, sino también la realidad material de cada país en que se va a aplicar la ley. En tal contexto. Las exigencias del principio de igualdad ante la ley penal obligan a que se considere la existencia de grupos culturales total y socialmente diferenciados, como es el caso de las culturas indígenas, campesinas y nativas.

Derecho Constitucional. El inciso 2 del artículo 2 de la constitución de 1993 señala: “Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición, economía o de cualquier otra índole”. El texto constitucional referido al principio de igualdad ante la Ley tiene que entenderse en un sentido formal y material, esto es, que su vigencia abarca tanto al momento legislativo como el momento de su aplicación.

La consagración formal significa que el legislador se encuentra vinculado a tratar a todos los ciudadanos en el momento que elabora el texto legal. Ello, implica que el legislador está obligado a emitir leyes (y en general cualquier tipo de normas) generales y abstractas, de modo que tengan un alcance universal, pues se trata de proteger, fundamentalmente, la igualdad entre todos los hombres. En este contexto, la igualdad ante la ley se entiende como una consecuencia de la generalidad y abstracción de la norma, con una eficacia *erga omnes*, que implica el sometimiento igual de todos los ciudadanos al ordenamiento jurídico, así como el derecho que todos tenemos a recibir la protección de los derechos que dicho ordenamiento nos reconoce. Ahora bien, lo expuesto no significa que los legisladores, al momento de legislar, deban dejar de lado las particularidades sustanciales de la realidad social; por el contrario, están obligados a realizar el valor igualdad, mediante la distinción de los rasgos o características de los ámbitos que son objeto de regulación normativa. Para ello, debe conocer la realidad social, y a partir de ello, dar normas con carácter general y abstracto.

Por su parte, el principio de igualdad ante la ley en su sentido material significa que las autoridades y en general todos aquellos que tienen competencia de aplicar la ley, hagan

todo lo posible para conseguir que quienes estén en distinta situación jurídica, sean tratados de manera semejante. El criterio de análisis de una desigualdad como razonable comporta una ponderación sustantiva de las situaciones sociales a las que se aplica las normas. Y es que, como ya se ha mencionado el principio de igualdad en su ámbito aplicativo no se entiende, únicamente, en sentido formal como igualdad de todos los hombres ante todas las normas, sino como una institución que protege las diferencias reales entre grupos sociales y personas. Por esta razón, es *conditio sine qua non* que exista un trato uniforme pero diferente, y, con ello, una justicia igualitaria real y efectiva.

De lo estipulado por el inciso 2 del artículo 2 se extrae que el contenido de este precepto es una cláusula abierta, en tanto que prohíbe la discriminación no solo por razones que aparecen allí mencionadas de manera expresa, sino en todos aquellos supuestos que implique un trato desigual y arbitrario la ley. A la luz del texto literal del artículo 2, no es posible tratar discriminatoriamente a las personas por razones que están vinculadas a sus diferencias raciales, de sexo, idiomáticas, religiosas, económicas, etc. Ello, significa que para el precepto constitucional aludido es irrelevante que unas personas respecto de otras tengan o no la solvencia económica, que cultiven diferentes religiones, que hablen de distintos idiomas, etc. El trato igualitario ante la ley no depende de mayor o menor capacidad económica que ostente una persona, tampoco está sujeto al cultivo de una determina religión, si es varón o mujer, si habla español u otro idioma. El principio de igualdad ante la ley está vinculado a la situación jurídica en que se encuentra esta frente al Derecho (en este caso, frente a la ley). En este contexto, puede suceder que una persona tenga mayor solvencia económica que otra, pero ello no implica que quien tiene mayor

solvencia económica goce de privilegios del menos pudiente. En el mismo sentido, puede ocurrir que quien aplica la ley sea un sujeto católico, y a quien se aplica sea musulmán o judío, sin embargo, ello no implica que le judío o musulmán deban ser tratados de manera desigual (de forma peyorativa) respecto del católico, por el simple hecho de que quien aplica la ley y justiciable cultivan la misma religión. Por su parte, atendiendo al sentido teleológico, aunque no está consagrado literalmente del precepto constitucional referido se infiere que también se prohíbe el trato desigual por razón de que las personas tienen distinta orientación sexual, esto es, no se puede, aplicar de manera desigual solo porque quienes se aplica son homosexuales o heterosexuales. Pues bien, de la misma manera que esta situación no se encuentra regulada de manera expresa en la Constitución existe otras que, pese a no estar reguladas de forma taxativa, sí están protegidas constitucionalmente e incluso por normas internacionales de las cuales el Perú es parte. Entre estas se encuentran la no discriminación por motivos de nacionalidad, nacimiento, procedencia social, etc.

Derecho Internacional. El principio de igualdad ante la ley se encuentra regulado en varios instrumentos internacionales de los cuales el Perú es parte. Entre estos instrumentos se puede mencionar a la declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, las diversas Declaraciones de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de Estados Americanos, entre otros. Veamos brevemente cada uno de ellos.

La declaración Universal de los Derechos Humanos.

Esta declaración consagra el principio de igualdad ante la ley tanto en el Preámbulo como en los artículos 2 y 10. En el preámbulo se prescribe que “(...) los pueblos de las Naciones

Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre (...) y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”. Como se puede observar, el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra la institución jurídica de igualdad ante la ley como principio general que fundamenta la organización política y jurídica del estado y de la sociedad, pues se postula que la igualdad ante la ley es imprescindible no solo para el progreso social, sino también para la existencia y desarrollo de la libertad. En otras palabras, conforme a lo establecido por el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la igualdad ante la ley es una piedra angular del estado y la sociedad civil, pues representa la liberación del hombre de la barbarie, del temor y la miseria. En síntesis, la igualdad ante la ley constituye un presupuesto de la paz, la justicia y la libertad de los hombres que viven en la sociedad.

El artículo 2 contempla la igualdad ante la ley bajo la fórmula de no discriminación por motivo de raza, color, sexo, etc. De forma similar al texto constitucional peruano prescribe que: “ Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, religión, sexo, idioma, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país

independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.

Como ya hemos referido, de manera idéntica a la Constitución Peruana este texto legal proscribire que en el ámbito penal y en general en todos los ámbitos se realice un trato discriminatorio o desigual a las personas que poseen un mismo status jurídico. En el ámbito penal, prohíbe que los jueces, fiscales, miembros de la Policía Nacional, funcionarios y trabajadores del sistema penitenciario, y en general todos aquellos que aplican la ley en materia punitiva, traten con prerrogativas o discriminatoriamente a determinadas personas por razón de su raza, religión, opinión, color, sexo, idioma, etc.

En tal sentido, por ejemplo, no se podrán solicitar (en el caso del fiscal) y dictar (en el caso del juez) mandatos de detención o penas que estén vinculados con las cualidades personales antes descritas. Si se hacen, se quebrantará el principio de igualdad (y otros principios) y, de forma paralela, el juez y el fiscal posiblemente habrán cometido, entre otros, el delito de prevaricato.

Por su parte el artículo 10 establece que: “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. Sobre este texto normativo, cabe precisar dos cuestiones. En primer lugar, a diferencia de lo que sucede con el preámbulo, el artículo 10 ya no regula la igualdad de las personas ante la ley como un principio, sino como derecho fundamental, lo cual significa que los ciudadanos tienen la

facultad de exigir a quienes aplican la ley que no se les trate con privilegios o de manera discriminatoria respecto de sus pares que se encuentran en la misma situación jurídica.

En segundo lugar, el artículo 10 regula la igualdad ante la ley de forma más específica: lo enmarca en el ámbito de los tribunales de justicia a efectos de que los justiciables puedan ser escuchados sin discriminación por los miembros del tribunal, de modo que la determinación de los derechos u obligaciones en el derecho civil, administrativo, tributario, entre otros, y la responsabilidad penal o absolución en el derecho penal estén impregnados de legalidad y justicia. Sin embargo, como lo indica el propio nombre del instrumento jurídico analizado (Declaración Universal de los Derechos Humanos), lo regulado aquí solo tiene carácter declarativo, lo cual implica que si bien la igualdad ante la ley es regulada en relación al derecho de ser escuchado, no existe inconveniente para que se aplique respecto de los demás derechos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Los artículos 2 y 3 regulan la igualdad ante la ley como un principio en la cual se basa el fundamento de un Estado y de la sociedad de libertades, esto es, como principio que fundamenta el Estado Social y Democrático de Derecho. Así, el primero de los preceptos citados, en su inciso 1, señala que: “Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En el mismo sentido, el artículo 3, establece que: “Los estados Partes en el Presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres a la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en este Pacto”. Es evidente, que estos artículo tienen el mismo tenor del Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es decir, trata al instituto de la igualdad ante la ley no solo como un principio que estructura el sistema penal, son todo el andamiaje del sistema penal, sino todo el andamiaje del sistema jurídico político del Estado Social y Democrático de Derecho. Con ello, se deja sentado que todos los estados integrantes están obligados a crear las condiciones necesarias de igualdad a efectos de que todos los ciudadanos puedan ejercer sus derechos fundamentales (y demás derechos) sin restricciones arbitrarias. Ello, implica que el principio de igualdad ante la ley vincula a todas las instituciones que estructura el Estado. A partir de aquí, quedan a salvo la igualdad en el ejercicio de los derechos políticos y los derechos civiles.

Ahora bien, no se puede dejar de mencionar el énfasis que ha puesto el artículo 2 a la no discriminación o trato desigual a las personas. A diferencia de la Constitución y de conformidad con el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, señala en forma expresa que “no se puede privar a las personas de sus derechos civiles y políticos por motivos relacionados con el color, origen nacional o social, nacimiento o cualquier otra condición social”. Esta prohibición de discriminación que se basa en las razones expuestas, implica que, en el ámbito del sistema punitivo, está prohibido.

De manera más precisa, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe que se califiquen como delincuentes a las personas y, en consecuencia, se restrinja

su libertad solo porque tiene procedencia extranjera, si pertenece a familias de pobre condición económica, se es descendientes de padres que han delinquido, se ha nacido en la cárcel, y es que, las imputaciones penales en el Derecho Penal democrático lo cual ha sido recogido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no se fundamenta en la personalidad del sujeto, en las carencias económicas, en la relación de sangre, en el origen, entre otros., sino en procesos comunicativos concretos que crean riesgos prohibidos para la Paz social. Por su parte, siguiendo la misma orientación del artículo 10 de la Declaración de los derechos Humanos, el artículo 14 (inciso 01) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia.

Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

En torno al inciso 1 de este dispositivo, es pertinente desarrollar dos cuestiones. La primera, está referida a que este cuerpo normativo supra nacional consagra el principio de igualdad ante la ley en el mismo sentido del artículo 10 de la Declaración Universal, es decir, le otorga la calidad de derecho fundamental. Pues bien, haciendo una interpretación sistemática de este precepto y del artículo 2, se infiere que, conforme a este instrumento jurídico, los ciudadanos también tienen la potestad de exigir a los funcionarios o autoridades aplicadores de la ley que sus funciones (aplicar la ley) las lleven a cabo sin tomar en consideración los aspectos religiosos, raciales, ideológicos, económicos, entre

otros, de las personas a quienes aplican la ley. Por lo que concierne a la segunda cuestión, esta se encuentra relacionada con la regulación específica que se hace de la igualdad ante la ley: pone énfasis en la administración de justicia; por tal razón, basta con señalar que esta posee la misma naturaleza y alcances que el artículo 10 de la Declaración Universal, lo que nos exime de referirnos nuevamente en este punto.

Mención aparte merece el inciso 3 del artículo 14, debido a que en este inciso se establecen de forma clara e indubitable los derechos fundamentales que tienen todas las personas a las cuales se les imputa algún delito. A decir de este dispositivo: “ Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas; d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste tenerlo, y, siempre que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la comparecencia de los testigos de cargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado por el tribunal.; g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

No menos importante es el artículo 26. En aquella disposición se prescribe que: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Queda claro, que por mandato de este imperativo, todas las personas gozan de igual protección en todos los ámbitos del sistema jurídico y político. En materia punitiva, en virtud de este precepto todas las personas, sin distinción alguna, tienen la garantía de que no se les someterá a situaciones discriminatorias de ninguna índole. Esto, implica que las medidas que se apliquen a una persona en todos los niveles del sistema punitivo (policial, judicial, penitenciario, legislativo, entre otros) tienen que sujetarse a solo a la ley, lo demás es arbitrariedad.

La Carta De La Organización De Estados Americanos.

Este documento en su artículo 45 prescribe que: “(...) todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica”. Sobre este instrumento internacional, solo cabe indicar que consagra la igualdad ante la ley como un derecho básico, cuya radio de acción pertenece a todo el sistema jurídico-político. De este modo, los estados partes integran la OEA, y, por añadidura sus autoridades están obligados a viabilizar la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos que se encuentran en su jurisdicción, pues es la única forma en que

se pueden materializar los derechos fundamentales que consagran diversas constituciones. En tal sentido, la Carta de Organización de los Estados Americanos también vincula a que la ley (penal, civil, administrativo, tributaria, entre otros) se aplique por igual a todas las personas, por encima de sus diferencias religiosas económicas, de sexo, nacionalidad, entre otros.

Declaración de las Naciones Unidas.

El principio de igualdad ante la ley, también se encuentra reconocido en diversas Declaraciones de las Naciones Unidas. Así por ejemplo, el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Ginebra en 1955 redactó un documento sobre “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos”. Este instrumento Jurídico, en su ítem 6.1 de la Primera Parte, señala que es un principio fundamental “(...) no hacer diferencias de trato fundadas en perjuicios, principalmente de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o cualquier otra opinión, de origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra situación cualquiera (...) Por el contrario, importa respetar las creencias religiosas y los preceptos morales del grupo al que pertenezca el recluso”.

Este mismo instrumento jurídico, a través de su apartado 38.2 regula el principio de igualdad ante la ley bajo la fórmula siguiente: “Los reclusos que sean nacionales de estados que no tengan representación diplomática ni consular en el país, así como los refugiados y apátridas, gozarán de las mismas facilidades para dirigirse al representante diplomático del estado encargado de sus intereses o a cualquier autoridad nacional o internacional que tenga la misión de protegerlos”.

El Principio de Igualdad en el Derecho Penal. A continuación desarrollaremos del principio de igualdad ante la ley en el sistema punitivo. Dicho esto, cabe señalar que el principio constitucional de igualdad ante la ley tiene aplicación directa, inmediata y obligatoria en las tres ramas del ordenamiento jurídico-penal: en el derecho Penal material, en el derecho Procesal Penal y en el Derecho penitenciario.

La vigencia en el Derecho Penal material significa que, por imperio de la Constitución y de las normas internacionales, los legisladores y quienes aplican la ley (por ejemplo, jueces y fiscales) tienen, respectivamente, el deber de elaborar y aplicar la ley, sin atender a las consideraciones personales de índole racial, económica, sexual, religiosa, entre otros. En este sentido, el legislador está en la obligación de elaborar leyes penales de carácter general, mas no de carácter personal. Así, por ejemplo, no se pueden crear delitos religiosos, cuyo desvalor jurídico penal radique en la práctica de una religión distinta a la católica; de la misma manera, el legislador tampoco puede crear injustos penales cuyo fundamento exprese la censura de las opiniones; así mismo, no se pueden criminalizar la homosexualidad, entre otros.

En todos estos supuestos, la prohibición de crear este tipo de delitos radica no solo en que estaría violando el principio de igualdad ante la ley, según el cual todas las personas independientemente de sus diferencias raciales, religiosas, de opinión, orientación sexual, entre otros, se encuentran protegidas por el Derecho, sino también la violación de sendos derechos constitucionales. A saber, los delitos religiosos violarían el derecho a la libertad de culto, así como los delitos de homosexualidad quebrantarían el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Pero como decíamos, el principio de igualdad ante la ley en

el Derecho Penal material también tiene carácter vinculante a nivel de su aplicación. Esto significa que los jueces fiscales están impedidos de tratar discriminatoriamente a las personas por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, entre otros., por el contrario, tienen que aplicar la ley de manera igual.

Veamos lo expuesto en un ejemplo: dos personas (una homosexual y otra heterosexual) cometen la misma clase de delitos: contra la indemnidad sexual de menores de edad. El sujeto homosexual (de sexo masculino) violenta la indemnidad sexual de un niño; mientras que el sujeto heterosexual (también de sexo masculino) lesiona la indemnidad sexual de una niña. En este supuesto, las autoridades competentes que aplican la ley (el Juez y fiscal) no tienen por qué imponer medidas procesales o penas más grave a la persona homosexual, en virtud de que son homofóbicos. La opción homosexual no constituye razón jurídico-penal para que se trate más gravemente a quienes cultivan tendencias sexual diferente, pues el ser homosexual no es una agravante en los tipos penales contra la indemnidad sexual y, en general, en ninguna clase de delitos.

Del mismo modo ser homosexual tampoco representa una amenaza contra la administración de justicia, por lo que tampoco pueden endurecerse las medidas procesales (privación preventiva de la libertad) por razones que se fundamentan en cuestiones homofóbicas. De esta manera, en los supuestos referidos, el juez y el fiscal se encontrarán obligados a tratar de manera igual a los dos sujetos activos que agredieron a la indemnidad sexual de los menores de edad, pues de lo contrario estarían infringiendo el principio constitucional de igualdad ante la ley.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional del Perú se ha referido al principio de igualdad ante la ley en diversas ocasiones. Entre las cuestiones más importantes resaltan: a) La naturaleza; b) Ámbito de aplicación; y c) Sus formas de manifestación.

a) La naturaleza

Sobre la naturaleza de la igualdad ante la ley, el Tribunal Constitucional postula que es un principio-derecho, en virtud de que la idea de la igualdad se desprende de la dignidad y naturaleza de los seres humanos, por eso, no se violaría el principio de igualdad ante la ley en tanto el trato igual o desigual de las personas no afecte la dignidad. De manera más específica, el Tribunal Constitucional postula que la igualdad ante la ley es un principio y es un derecho. En el primero, aparecería como un principio rector de la organización y actuación del Estado Democrático de Derecho, mientras que en el segundo, se presentaría como un derecho fundamental de la persona. A partir de aquí, la vigencia del principio de igualdad ante la ley, en palabras del Tribunal Constitucional, “(...) supone por definición dos o más hechos, situaciones y relaciones jurídicas que sean comparables entre sí, para determinar la regulación coexistencial y la generación de un trato igual o diferenciado para las personas involucradas”

b) Ámbito de aplicación

Respecto al ámbito de vigencia del principio de igualdad ante la ley, el Tribunal Constitucional consagra que este irradia su carácter vinculante tanto en el ámbito legislativo, como en el ámbito de quienes aplican el derecho. Así, establece que: “El

principio de Igualdad en el Estado constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora. La vinculación negativa está referida a la exigencia de “tratar igual a los que son iguales” y “distinto a los que son distintos”, de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole. De otro lado, la vinculación positiva implicaría que el legislador legisle en función del respeto de los derechos fundamentales, “de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales”. En el mismo sentido de lo apuntado, en el ámbito de los aplicadores de la ley, el principio de igualdad ante la ley aplicaría dos cosas: por un lado, que, a través del control difuso, no se apliquen leyes cuyo contenido en sí mismo discrimina a las personas y, por otro, que las leyes que gozan de legitimidad material y formal no sean aplicadas en forma desigual por motivos arbitrarios.

c) Sus formas de manifestación.

En cuanto a la manifestación del principio-derecho de igualdad ante la ley, el Tribunal Constitucional se adhiere a la concepción que considera que tal institución se expresa mediante dos formas: mediante el trato igual a los iguales y el trato desigual (diferente) a los desiguales o diferentes. Es decir, plasma las ideas de quienes se encuentran en idéntica posición jurídica frente a la ley deben ser tratados de la misma manera, mientras que quienes se encuentran en distinta situación jurídica sean tratados diferente.

Siguiendo esta orientación, el Tribunal Constitucional sostiene que la primera manifestación de la igualdad ante la ley implica que las personas situadas en idéntica condición, están sujetas a un trato legal equivalente. Por eso, el Tribunal Constitucional ha establecido que la igualdad ante la ley “(...) involucra una identidad por razones de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de tal modo que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se le conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones”. En otras palabras, para el Tribunal Constitucional, las personas que se encuentran inversas en las condiciones descritas se rigen por los mismos baremos cualitativos y cuantitativos que establece la ley, esto es no pueden ser perjudicadas o beneficiadas en el ejercicio de sus derechos fundamentales en base a motivos arbitrarios, que pueden relacionarse con las condiciones económicas, religiosas de opinión, de color, entre otros. (STC N° 9617-2006-PA/TC, 0261-2003-AA/TC, 010-2002-AI/TC).

Pero como ya hemos adelantado, en la perspectiva del Tribunal Constitucional, la igualdad ante la ley también se expresa mediante la fórmula “tratar diferente a las personas que se encuentran en distinta situación jurídica”. En efecto, reiteradamente el Tribunal Constitucional ha señalado que el principio de igualdad también implica que el operador del derecho deba determinar, entre las personas distinciones que expresamente obedezcan a las diferencias que las mismas circunstancias prácticas establecen de manera indubitable. Así, por ejemplo la STC. N° 0018-2003-AI/TC, señala que el principio de igualdad ante la ley reconoce que el operador del derecho debe ejercer la diferencia de trato entre las personas, cuando se cumplen ciertos requisitos, los cuales se “(...) sustenten en una base

objetiva, razonable, racional y proporcional”. En el mismo sentido, la STC N° 0261-2003-AA/TC establece que “(...) el principio de igualdad no se encuentra reñido con el reconocimiento legal de la diferencia de trato, en tanto esta tuviere fundad en una base objetiva, razonable, racional y proporcional”.

De manera más específica, el Tribunal Constitucional señala que el trato diferenciado de las personas por exigencia del principio de igualdad ante la ley está sujeto a los siguientes requisitos:” a) La existencia de una norma diferenciadora; b) La existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación; c) Una finalidad específica, según la cual el establecimiento de una diferenciación jurídica legitimo a la luz moral y los valores del derecho”. Dicho en términos distintos: “La diferenciación debe perseguir una intencionalidad legitima, determinada, concreta y específica, cuyo fin sea la consecución o aseguramiento de un bien o valor constitucionalmente aceptable; d) Razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la respectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales; e) Racionalidad, es decir, coherencia entre los supuestos de hecho y la finalidad que se persigue, esto es, “ (...) la necesidad de acreditar la adecuación del medio empleado por la ley con los fines perseguidos por ella. Esto implica la existencia de una conexión o vinculo eficaz entre el trato diferenciado que se legaliza, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que se pretende alcanzar”; y f) Proporcionalidad, es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y finalidad.

Tribunal Constitucional – Igualdad ante la Ley e Igualdad en la Ley.

En tribunal constitucional, en la sentencia N° 02835-2010-PA/TC - Lima, de fecha 13 de diciembre del 2011, seguido por la Corporación Pesquera Inca S.A.C, ha realizado en su fundamento 39, un gran diferencia entre lo que se denomina el derecho a la igualdad, expresando lo siguiente: “Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable; es decir, tiene que motivar su resolución donde decide cambiar su criterio, y aplicar lo que se denomina el principio Constitucional de la interdicción de la arbitrariedad, que consiste, en que no sola basta motivar, sino también explicar”.

En la actualidad, los operadores de Justicia, no aplican este criterio, ya sea por desconocimiento o por desidia, cualquiera que sea la razón suficiente, este principio-derecho, es muy importantísimo, pues su aplicación abarca aún hasta la mismísima Corte Suprema, y se puede declarar la nulidad de una sentencia casatoria a través del proceso constitucional de amparo, si se advierte que estos mismos violan el principio acotado.

El principio de Legalidad

En la constitución de 1993 se consagra en el artículo 139°, inciso 10, “*el principio a no ser penado sin proceso judicial*”. La ley orgánica del Poder Judicial establece en su

artículo 6º: “todo proceso judicial, cualquiera sea su denominación o especialidad, debe ser sustanciado bajo los principios de legalidad, inmediación, concentración...”.

El CPP 2004 en su artículo VI del Título Preliminar prescribe que, “las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la constitución, solo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad”.

Indiscutiblemente el principio de legalidad rige para todo el Derecho en nuestro ordenamiento jurídico. Este principio nace recién con el Estado de Derecho, cuyo itinerario ha tenido que ir desbrozando una serie de dificultades. Ya en el medioevo las Monarquías absolutas europeas, del Ancien Regime, se caracterizaron por una marcada irregularidad en el sistema jurisdiccional (mezcolanza de leyes, infundados privilegios), que como es de verse en este ambiente sería incauto creer el origen del principio de legalidad. Fue a mediados del siglo XVII, que filósofos, magistrados, juristas y políticos inician sus críticas a tan descollado sistema arbitrario e irregular, desprovisto de las más mínimas garantías que salvaguardan los derechos de los justiciables.

El principio de legalidad tiene, en razón a su naturaleza y alcance, diversos fundamentos según la perspectiva jurídica de que se parta o la posición filosófica que se asuma. Debe quedar claro que no se trata de un problema puramente dogmático o, como a veces se lo plantea, de una cuestión que compete de manera exclusiva al Derecho Penal. En

realidad, el fundamento del principio de legalidad de los delitos y de las penas no puede dejar de compartir, aunque con matices y ligeras variaciones, el fundamento del principio de legalidad de los delitos y de las penas no puede dejar de compartir, aunque con matices y ligeras variaciones, el fundamento del principio de legalidad común a la base y a la estructura de nuestro sistema jurídico. No se puede sustentar, si se quiere lograr una mínima coherencia, que el fundamento del principio de legalidad general inherente al resto del ordenamiento jurídico, pues ello supondría desconocer que el Derecho Penal es parte de ese ordenamiento. Sin embargo, ello no consta para que se enfatice en la mayor expresividad e importancia del principio de legalidad en el Derecho Penal respecto a otras áreas del ordenamiento jurídico, situación que se deriva tanto de la trascendencia de los bienes jurídicos que protege como de los derechos personalísimos que afecta con la imposición de una pena o medida de seguridad (URQUIZO OLAECHEA, El Principio de Legalidad, p.27).

Este principio, a la luz de las nuevas concepciones, se consagra en Norteamérica en las Constituciones de Filadelfia del 1774, de Virginia de 12 junio de 1776 (art. 8º), y la de Maryland de 11 de noviembre de 1776 (art. 16º dice: “las Leyes retroactivas, que declaran criminales o castigan actos cometidos antes de la existencia de dichas leyes, son injustas e incompatibles con la libertad. En lo sucesivo no deberán dictarse leyes ex post facto”). Posteriormente, la fuente más precisa del principio de intervención legalizada la encontramos en la Revolución Francesa a través de la célebre Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de Agosto de 1789 (art. 8º dice: “La Ley no

debe establecer más que penas estrictas y nadie puede ser castigado sino en virtud de una Ley establecida con anterioridad al delito y legalmente aplicada”).

Se debe a FEUERBACH la formulación jurídico-penal del precepto: “Nullum crimen, nulla poena sine lege” (no hay delito ni pena sin ley que así lo establezca). En el ámbito procesal penal se expresa a través del “nullum crimen nulla poena sine iudicio” (no hay delito ni pena sin previo juicio); o, “nemo iudex sine lege, nemo demnetur nisi per legale iudicium” según la cual la ley solo puede ser aplicada por los órganos instituidos por ley para esa función y nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio legal.

El principio de legalidad controla el poder punitivo del Estado, poniendo un límite al Poder Ejecutivo del Estado y una garantía a la libertad de las personas, que excluya toda arbitrariedad y exceso por parte de quienes las detentan.

Son básicamente tres las denominaciones que ha recibido este principio el de legalidad, estableciendo que la intervención punitiva del Estado, tanto al configurar los hechos punibles (delitos y faltas) como al determinar las consecuencias jurídicas (penas y medidas de seguridad), debe regirse por el imperio de la ley de la voluntad general, acorde con las directrices democráticas y liberales que la inspiran. Por otro lado, también se le conoce como principio de reserva, puesto que desde un punto de vista técnico-formal equivale a una reserva de la ley en materia de los hechos punibles, las penas y medidas de seguridad. Finalmente el principio de la intervención legalizada, tocando de lleno con la intervención del poder punitivo estatal, el cual limita y controla con miras a lograr los cometidos del derecho mismo (VELASQUEZ VELASQUEZ, Las normas rectoras del Proyecto de Código Penal peruano de 1986, p.16).

El principio de legalidad expresa cuestiones esenciales:

- 1). Como garantías legales que inciden en el contenido de las leyes penales que deben ser claras, precisas e irretroactivas, excepto las benignas.
- 2). Comporta garantías procesales, en cuanto se precisan los órganos encargados de aplicar las leyes penales.
- 3). Garantías en la ejecución de las penas, y se dice: “nulla poena sine regimine legale, nulla poena sine humanitae, nulla poena sine resocializatione, nulla mensura sine humanitae”, según el cual no hay pena sin régimen legal, sin tratamiento, sin resocialización, no hay medida de seguridad sin tratamiento humanitario.

Las características del principio de legalidad son:

- 1). Constituyen el soporte de la seguridad jurídica, propia de un Estado Social y Democrático de Derecho, en cuanto permite al ciudadano conocer lo que está proscrito y que está prescrito, es decir, que puede y que no puede hacer.
- 2). Limita el poder omnímodo del Juez al sujetarlo exclusivamente al imperio de la Ley escrita.
- 3). Obliga al legislador a evitar, con leyes claras, un margen hermenéutico amplísimo y desmesurado en manos del órgano judicial.

En una apretada tesis don LUIS BRAMONT ARIAS (El principio de Legalidad de la represión y la nueva Constitución Política del Perú, p 33-34) señala las consecuencias del principio de legalidad:

1.- La exclusividad de la ley penal, esto es, solo la ley penal es fuente creadora de delitos y penas, por lo que se excluyen, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y la analogía;

2.- La prohibición de delegar la facultad legislativa penal; sin embargo, el Poder Legislativo puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa (art. 104º, Constitución de 1993);

3.- Las leyes penales en blanco, empleando por vez primera por Carlos Binding para referirse a aquellas leyes penales en las que está determinada la sanción pero el precepto será definido por un reglamento o ley presente o futura.

4.4.- El principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad vincula las conminaciones penales o las penas efectivamente impuestas con la valoración global del hecho juzgado, por parte de la sociedad.

También se le conoce como *principio de prohibición de exceso o de la pena justa*. Esta política penal de origen retribucionista, y muy ligada a la noción clásica de culpabilidad, demanda que la pena debe guardar relación con el grado de responsabilidad del agente, con la magnitud del daño ocasionado y con la trascendencia del bien jurídico lesionado. Por consiguiente, la definición y aplicación de sanciones penales debe guardar una equivalencia razonable, en sus dimensiones cualitativas o cuantitativas, con el tipo de

delito cometido, con las circunstancias de su realización y con la intensidad del reproche que cabe formular a su autor.

Sobre sus efectos ha señalado Castillo Alva afirma que:

Para el Derecho penal la proporcionalidad supone la correspondencia valorativa entre el delito y la sanción respectiva (pena o medida de seguridad) o entre el injusto y la sanción que se le asocia. En sentido negativo el principio de proporcionalidad supone el rechazo del establecimiento de conminaciones y la imposición de penas que carezcan de toda relación valorativa con el hecho delictivo, ya sea cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos es groseramente desproporcionada respecto a la lesividad del conflicto (p. 280).

En consecuencia, pues, del Principio de Proporcionalidad se desprende, como contenido esencial, que toda imposición desmedida o innecesaria de sanciones, sean penas, medidas de seguridad o consecuencias accesorias, representará siempre una restricción o privación abusiva y arbitraria de derechos. Además de él también se deriva como regla para el legislador la necesidad de establecer límites claros y tolerables para cada pena. Esto es, en la praxis legislativa o judicial debe afanarse la materialidad de una pena justa.

Nuestro sistema punitivo ha demostrado en su evolución histórica una vocación sobre criminalizadora y preventivo general negativa. La pena, en ese contexto, pues, ha sido y sigue siendo un medio simbólico de apaciguamiento y de terror social. En este contexto cierto sector de la judicatura ha recurrido con frecuencia al principio de

proporcionalidad para imponer sanciones por debajo del mínimo legal sin expresar ninguna razón atenuante específica o privilegiada. Y sin argumentar de modo sistemático el exceso penal aludido. Esta praxis deviene en ilegal y arbitraria cuando no desarrolla una motivación suficiente. Al respecto es de advertir que la mera invocación de proporcionalidad no configura, por si misma, una pena justa ni legal.

El Principio de Proporcionalidad no está regulado de modos expreso en nuestra legislación. Sin embargo, su aceptación como política reguladora del control penal surge del artículo 3° de la Constitución, del artículo VIII del Título Preliminar, pero, sobre todo, de una equilibrada y razonada aplicación judicial de los criterios de determinación de la pena que regulan, entre otras disposiciones, los artículos 45° y 46° del Código Penal. Como destaca Polaino Navarrete (2008) la coherencia de este principio deriva de que *“es un límite normativo, tanto para el legislador –en el momento de configurar la norma penal-, como para el juez – en el momento de aplicar la norma-“*(p. 194).

La Individualización Judicial de la Pena y el Principio de Proporcionalidad.

Para ubicar el origen del proceso de determinación de la pena tal como se conoce en la actualidad, frente al antiguo régimen que lo confiaba prácticamente por entero a los jueces, dotándoles para ello de unos poderes tan amplios que no era infrecuente que pudieran acabar en un ejercicio de pura arbitrariedad.

Hacia nuestros días se ha consolidado el sistema legalista en la determinación de la pena, a pesar de que el mismo se ha ido abriendo también paulatinamente hacia la concesión de un mayor arbitrio judicial en la individualización de la pena. No obstante si

alguna necesidad se deriva del proceso de individualización de la pena es precisamente la de la existencia de ciertos márgenes en los que con o sin auxilio legal pueda moverse la decisión judicial, porque la ley al prever un hecho sancionable como delito no puede tener en cuenta todos los datos particulares del hecho concreto, de los que sí va a poder disponer el Tribunal, las nuevas tendencias político criminales apuestan, por ello, por dar mayor importancia al arbitrio judicial para adecuar la pena al hecho y al autor puntuales, claro está que teniendo siempre presente el principio de legalidad. En un sistema de penas relativamente determinadas, dice Gallego, el proceso de determinación de la pena ha de venir configurado necesariamente a través del equilibrio de funciones que en el mismo han de atribuirse a las instancias de la ley y del juez. La búsqueda de la pena justa señala Quintero, se transforma en el objetivo prioritario del sistema penal una vez que se vea obligado a intervenir y lo justo no será lo que se acomode externamente al Derecho positivo, pues la necesaria generalización de este impide una correcta individualización de cada puesto.

El camino a recorrer por los Tribunales hasta llegar a la imposición de una pena ya concretada transcurre, como se sabe, a través de tres momentos esenciales.

En primer lugar, el de determinación del marco legal abstracto o genérico fase en la que el juez se limita a subsumir los hechos en el precepto que entiende aplicable, en un proceso imperativo de éste, y en la que lo que es en sí la determinación de la pena se encuentra todavía en la etapa de previsión legal del marco genérico corresponde a cada conducta delictiva, que ya debe recoger la pena proporcionada al hecho plenamente antijurídico y plenamente responsable. Este es un primer estadio en el que el legislador

describe en abstracto las penas que corresponden a cada delito, poniendo a disposición del Juez un espacio de juego al que tiene que acudir para concretar las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar a un sujeto criminalmente responsable por la comisión de cada uno de esos delitos, atendándose en abstracto y legalmente a criterios de proporcionalidad.

En segundo lugar, el de concreción legal de la pena que corresponde imponer en función de las variables previstas legalmente en torno a la ejecución delictiva, la diferente participación, la concurrencia de circunstancias modificativas, etc., fase judicial de concreción legal de aquel marco de función de las previsiones normativas establecidas más o menos taxativamente la individualización legislativa de la pena o determinación del marco legal de la individualización judicial, en diferentes terminologías, y aunque, como a menudo se señala estamos en realidad en un estadio de determinación legal de la pena en que se delimita normativamente un marco penal concreto, dada su vinculación con el de la posterior fase de individualización judicial puede denominarse fase de la determinación judicial de la pena, téngase en cuenta por otro parte que en esa selección a menudo la previsión legal permite un mayor o menor ámbito de actuación discrecional que solo al Juez corresponde llevar a cabo.

Y, en tercer lugar, la tercera fase de ya “casi” estricta individualización judicial de la pena absolutamente concreta o definitiva, exacta que ha de imponerse – dentro de ese marco legal ofrecido por el legislador y seleccionado con base en los criterios legales por el Juzgador - por ser la más adecuada al puesto puntual, tarea que se encomienda a los Tribunales, si bien a partir de criterios que también se pueden fijar normativamente y que, aunque se insiste no puede suponer la doble valoración de una misma circunstancia, ningún

problema entiendo existirá en que se fijen atendiendo a aspectos y a considerados en fases anteriores que puedan, no obstante, modularse. En esta fase se distingue en ocasiones entre medición o determinación de la pena en sentido estricto, consistente en la individualización de la concreta cuantía de pena que dentro del marco penal corresponde aplicar a un autor por la trasgresión culpable de un precepto penal y medición o determinación de la pena de sentido amplio, que junto a lo anterior incluye la posibilidad alternativa de la suspensión de su ejecución o la elección de un sustitutivo penal así como la elección de la clase de pena a aplicar.

En el momento judicial el ámbito de proyección del principio de proporcionalidad se manifiesta claramente tanto en la fase judicial de concreción de la pena legalmente prevista – si se prefiere, de determinación judicial de la pena- como en la individualización en sentido específico. Se dice incluso que la denominada aritmética penal que no es sino la completa técnica que tiene que llevar a cabo el Tribunal para la determinación de la pena que corresponde al autor, está inspirada en el principio de proporcionalidad.

En primer lugar el Código establece determinadas reglas vinculadas a la determinación judicial de la pena en relación, por ejemplo, al grado de ejecución del delito, la participación, el error de la prohibición, la concurrencia de eximentes incompletas, de atenuantes y agravantes o aspectos concursales, modulándose la respuesta penal en base a la diferente gravedad del hecho y la culpabilidad del autor en supuestos concretos. En esta fase de determinación el marco penal aplicable a un delito ya concreto ha de especificarse cuál es el marco en que puede moverse el Tribunal, que no queda definido en el momento previo de determinación legal de la pena, aunque la Ley si establece las reglas para esa

concreción-, antes de entrar en la fase de individualización judicial propiamente dicha, y en ella el principio despliega todos sus efectos, primero, en cuanto a la necesidad de distinción de supuestos en función de las circunstancias que se establecen legalmente y condicionan la actuación judicial, y después, en cuanto al ejército del margen de discrecionalidad que normativamente se concede al Juez para la determinación exacta del marco aplicable.

En segundo lugar, al Juez siempre le queda un margen de arbitrio, más o menos amplio, en la determinación cuantitativa de la pena, o incluso cuando el precepto penal contemple penas alternativas, penas de imposición protestativa o la posibilidad de aplicar sustitutivos penales, que permiten un mejor ajuste entre la gravedad del hecho- en toda su complejidad- y la gravedad de la pena, que tiene que aplicar –de modo proporcionado- atendiendo el conjunto de circunstancias objetivas y subjetivas del delito cometido, tal y como acostumbra a exigir por otra parte la propia normativa penal.

Aquella primera función judicial, aunque próxima a esta de individualización judicial propiamente dicha, se entiende conceptualmente en separable de la verdadera función autónoma individualizadora del Juez, que no procede de una delegación del legislador, se dice, sino que se presenta con competencia exclusiva de la jurisdicción en cuanto se trata de determinar una pena en función de las peculiaridades de cada caso y de cada autor, bien es cierto que condicionada también normativamente cuando se fijen determinados criterios orientativos de actuación como hace nuestro propio Código por ello precisamente se califica este acto de individualización judicial como discrecionalidad jurídicamente vinculada, pues el Juez puede moverse libremente en principio dentro del marco legal, previamente determinado por el legislador para un determinado delito –que

aquel concreta- pero orientado por principios que habrán de extraerse bien de las declaraciones expresas de la ley, cuando existan bien de los fines del derecho penal en su conjunto, bien de los fines de la pena partiendo de la función de límites del Derecho Penal.

En ambos supuestos pueden plantearse la vulneración del principio de proporcionalidad en el ejercicio de la actividad judicial con independencia de que pueda producirse también una infracción del principio de legalidad cuando no se respeten los marcos, los criterios que condicionaría dicha imposición.

Interesa destacar la vinculación al principio de proporcionalidad de los Tribunales también ya en el primer momento de lo que son las fases de determinación de la pena en el que se ha de seleccionar la norma a aplicar, norma que conlleva un abstracto, pero definido marco de pena y que, por tanto, ya permite un primer análisis judicial de proporcionalidad de dicha pena en relación con el supuesto concreto al que va a aplicarse.

El Principio de Confianza

Si bien el principio de confianza se circunscribe en los delitos cometidos por el tráfico en las ciudades, podemos ver una clara apreciación del comportamiento social intrínseco de las personas, en la cual las personas se suponen en un estado de respeto de las normas de comportamiento social, de la cual evoca este principio; y es por ello que no puedo dejar de lado su estudio y su necesaria explicación en esta presente tesis.

En primer lugar, se hará una descripción del modo en el que el principio de confianza ha ido extendiendo su ámbito de aplicación más allá del tráfico viario para acabar presentándose como un criterio de carácter general. Seguidamente, se centrará la

atención en el alcance de este principio, explicando cuáles son, según la doctrina y la jurisprudencia, sus presupuestos de aplicación y su papel dentro de la teoría jurídica del delito. Finalmente, se analizarán las diferentes teorías con las que se ha querido fundamentar su existencia para, a partir de ahí, intentar identificar y comprender los principales problemas que plantea su tratamiento como instrumento dogmático de carácter general.

El principio de confianza es un principio de creación jurisprudencial que surgió a mediados del pasado siglo XX en el ámbito del tráfico viario. Mediante este principio, se les reconocía a los conductores la posibilidad de confiar en la conducta correcta de los demás participantes del tráfico, siempre que las circunstancias del caso concreto no hicieran pensar lo contrario. De esta forma, se pretendía limitar su deber de cuidado, eximiéndoles de la obligación de estar pendientes en todo momento de las posibles o previsibles actuaciones incorrectas de los terceros.

Con el tiempo, la doctrina y la jurisprudencia han ido extendiendo el ámbito de aplicación de este principio y han llegado a definirlo como un criterio general con el que delimitar el deber de cuidado en todos aquellos casos en los que la producción del resultado lesivo puede verse condicionado por la actuación incorrecta de un tercero.

A medida que el principio de confianza se ha ido extendiendo a otros ámbitos de actuación distintos del tráfico viario, la doctrina ha ido destacando la necesidad de limitar la aplicación de este principio en aquellos ámbitos en los que, en atención a la especial relación entre los distintos intervinientes, puede apreciarse la existencia de un deber de cuidado sobre la conducta de los terceros; así, fundamentalmente, en ámbitos en los que se

produce una división vertical del trabajo y se imponen al superior jerárquico ciertos deberes de dirección y supervisión sobre la conducta de sus subordinados.

La Generalización del Ámbito de Aplicación del Principio de Confianza

El principio de confianza desarrollado por la jurisprudencia en el ámbito del tráfico viario establece, como se ha visto, que los conductores, por regla general, pueden confiar en que los demás participantes del tráfico se comporten correctamente. Eso significa que no están obligados a adaptar su comportamiento a las posibles conductas incorrectas de los terceros y que, por tanto, no son responsables de los resultados lesivos que puedan ocasionar esas conductas incorrectas de los terceros. Desde este punto de vista, puede decirse que el principio de confianza surge como un principio destinado, fundamentalmente, a determinar la responsabilidad de un sujeto cuando la producción del resultado lesivo se encuentra condicionada por la intervención de terceras personas. No es extraño, por tanto, que una vez admitida la validez de este principio en el contexto del tráfico viario, tanto la doctrina como la jurisprudencia hayan procurado extender su ámbito de aplicación a otros contextos de actuación en los que la producción del resultado lesivo suele verse igualmente condicionada por la intervención de terceras personas. Así, por ejemplo, en la actividad médica, en los accidentes laborales o en la elaboración y distribución de productos destinados al consumo.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la cuestión de en qué medida la responsabilidad penal de un sujeto puede resultar afectada por la intervención de terceras personas es una cuestión que, desde hace tiempo, se viene planteando con carácter general. Ya antes de que la jurisprudencia desarrollara el principio de confianza en el tráfico viario,

algunos autores habían llamado la atención sobre la especial relevancia que puede llegar a tener la intervención de un tercero a la hora de establecer la relación entre la conducta y el resultado lesivo. Con el reconocimiento del principio de confianza, la jurisprudencia conseguía, por tanto, dar un nuevo impulso a esta cuestión: para determinar la responsabilidad del sujeto renunciaba a una solución indiferenciada basada en la previsibilidad y concedía una especial relevancia a la intervención de terceras personas. Por esa razón, a medida que el principio de confianza se iba consolidando en el ámbito del tráfico viario, se empezaba a plantear la posibilidad de convertirlo en un instrumento dogmático con el que determinar la responsabilidad penal de un sujeto cuando otras personas contribuyen a la producción del resultado lesivo, generalizando así por completo su ámbito de aplicación.

El Principio de Confianza en el Ámbito de la Medicina

Como es sabido, hace mucho tiempo que la actividad médica ha dejado de ser una actividad marcada por la relación directa y exclusiva entre el médico y el paciente. Incluso en los tratamientos más sencillos, lo normal es que el médico se sirva de la ayuda de una tercera persona, ya sea otro médico, un farmacéutico, un enfermero o cualquier otro tipo de personal auxiliar. El desarrollo técnico y científico experimentado por la medicina, así como el alto grado de especialización que este desarrollo lleva unido, ha hecho necesario un *reparto de tareas* o una *división del trabajo*. Actualmente, la actividad médica es realizada por una pluralidad de personas que actúan conjuntamente de manera sucesiva o simultánea; se caracteriza, en definitiva, por ser un *trabajo en equipo*.

Esta situación implica que, por lo general, al igual que ocurre en el tráfico viario, se vean involucradas varias personas en la producción del resultado lesivo, lo que obliga a valorar en qué medida la responsabilidad de cada una de esas personas puede depender de lo que hagan las demás.

Ello fue puesto de manifiesto por EXNER a principios del pasado siglo XX, al percatarse de que en el ámbito de la medicina, así como en el del tráfico viario, empezaba a ser frecuente que los resultados lesivos se produjeran por la actuación conjunta de varias personas. Al analizar en estos casos la responsabilidad por imprudencia, EXNER llegaba a la conclusión de que –al margen del supuesto en el que existe un acuerdo entre los intervinientes y se puede apreciar, por tanto, una coautoría imprudente– lo importante es saber en qué medida la conducta del sujeto es capaz de producir el resultado por sí sola. Si, desde un punto de vista *ex ante*, la conducta del sujeto constituye un riesgo que se sale de lo normal y no requiere la intervención del tercero para producir el resultado lesivo, podrá castigarse por imprudencia con independencia de la responsabilidad en la que incurra a su vez el tercero. En cambio, si la conducta del sujeto representa un riesgo normal o típico y sólo resulta peligrosa en la medida en que se produzca la conducta imprudente de un tercero, se podrá limitar el deber del sujeto de prever esa conducta del tercero, admitiendo que *el sujeto que se comporta correctamente puede contar con que los demás hagan también lo mismo*. De esta forma, ya antes de que la jurisprudencia alemana empezara a aplicar el principio de confianza, EXNER proponía un criterio de solución basado en la confianza que pretendía tener validez general y que debía operar por igual en el contexto del tráfico viario y en el contexto de la medicina.

El Principio de Confianza en los Accidentes Laborales

La actividad realizada en el seno de una empresa, sobre todo en el ámbito de la construcción, suele ser también una actividad especialmente peligrosa en la que la producción del resultado lesivo puede verse condicionada por la intervención de varias personas. Normalmente, debido a la complejidad de la actividad y al alto grado de especialización necesario para llevarla a cabo, el empresario, el constructor, por ejemplo, se sirve de la actuación de una pluralidad de personas dando lugar a una *división de trabajo* como la que se produce en el ámbito de la medicina. Los riesgos, en este caso, se generan principalmente sobre las propias personas que realizan la actividad; más concretamente, sobre las que actúan en un nivel jerárquico más bajo ejecutando materialmente las indicaciones del empresario o de su encargado. Por esa razón, uno de los problemas que se plantean en los accidentes laborales es el de determinar la responsabilidad del empresario por las lesiones que se pueden ocasionar a sí mismas las personas que trabajan para él. Para resolver este problema, es necesario averiguar si el deber de cuidado del empresario se limita a los «riesgos propios» que provoca él mismo de manera inmediata o abarca también los «riesgos ajenos» ocasionados por las demás personas que participan en su empresa.

Uno de los primeros autores que abordó esta cuestión, centrándose en el ámbito de la construcción, fue GALLAS. A mediados del pasado siglo XX, GALLAS se preguntaba si el promotor o dueño de la obra es penalmente responsable de los resultados lesivos que no ha dominado de manera inmediata. Después de reconocer que este sujeto, por dar origen a la actividad, ostenta una posición de garante que le obliga a controlar o evitar los riesgos que se produzcan sobre la vida o la integridad de las personas, llegaba a la conclusión de

que su deber de cuidado no puede incluir, sin embargo, un deber de supervisión de las tareas realizadas por la empresa constructora: dado que el promotor, normalmente, ni es un especialista ni realiza la obra por sí mismo, no tiene el deber de adoptar personalmente las medidas de cuidado necesarias para evitar los riesgos³⁶. A partir de ahí, en una línea parecida a la que había apuntado SCHMIDT con relación al médico, GALLAS manifestaba que el promotor cumple con su deber de cuidado desde el momento en que contrata con un arquitecto y una empresa constructora que, en principio, resultan fiables; es decir, *no está obligado a supervisar la ejecución de la obra en la medida en que pueda confiar en su profesionalidad*. Sólo excepcionalmente tiene un deber de supervisión o de intervención cuando, casualmente, sin necesidad de una previa indagación, encuentra motivos para dudar de la cuidadosa actuación del arquitecto o de la empresa ejecutora. Por otra parte, en cuanto a la responsabilidad del arquitecto ante los errores cometidos por la empresa constructora, GALLAS consideraba que, dado que el rol del arquitecto a estos efectos es equiparable al del promotor o dueño de la obra, se puede defender una tesis parecida: *el arquitecto puede «confiar» en la correcta actuación de la empresa constructora en la medida en que no haya motivos para dudar de ello*. La diferencia radica, no obstante, en que el arquitecto, gracias a sus conocimientos técnicos, tiene una mayor posibilidad de conocer los errores de los terceros. Finalmente, GALLAS analizaba los deberes del encargado de la obra. Reconocía que en este caso también es necesario limitar el deber de supervisión en atención a lo que, según las circunstancias, pueda ser razonablemente esperado, pero entendía que, por regla general, *el encargado de la obra está obligado no sólo a dar las indicaciones oportunas para asegurar los riesgos de la obra, sino también a supervisar su correcto cumplimiento*.

Algo más detallado es el estudio realizado tiempo después por ARROYO ZAPATERO. Con respecto a la responsabilidad del constructor o dueño de la obra, este autor llega a resultados parecidos a los de GALLAS, reconociendo que en estos casos el empresario deja normalmente la realización de la actividad en manos de la empresa contratista: al no tener una relación de señorío o un dominio material sobre la actividad y no ejercer, por tanto, la «dirección empresarial», el constructor no es penalmente responsable de las actuaciones realizadas por el contratista o por el encargado de la obra.

El Principio de Confianza en el Marco de la Responsabilidad Penal por el Producto

La responsabilidad penal por el producto hace referencia a la responsabilidad penal de las personas que participan en el sistema productivo fundamentalmente, productores y distribuidores, por los riesgos o lesiones que ocasionan los productos destinados al consumo. Algunos de esos problemas tienen que ver, precisamente, con el hecho de que en el curso lesivo intervenga una gran variedad de personas. Ello hace necesario estudiar la forma en la que la responsabilidad de cada una de esas personas puede verse afectada por la conducta de las demás. *Por una parte*, dado que, normalmente, el correcto uso o disfrute del producto requiere del consumidor la adopción de ciertas medidas de cuidado, es importante analizar hasta qué punto los sujetos que toman parte en el proceso productivo deben adaptar su comportamiento a la posibilidad de que el consumidor, haciendo un uso incorrecto del producto, contribuya a la causación de un resultado lesivo sobre sí mismo o sobre un tercero. *Por otra parte*, en la medida en que dentro del proceso productivo se reconoce la existencia de un reparto de tareas o una división del trabajo (por ejemplo, entre

fabricantes, transportistas y comerciantes), hay que determinar también si el sujeto que se ocupa de una concreta tarea tiene el deber de controlar o evitar los riesgos que pueden generarse por la incorrecta actuación de quienes se encargan de otra tarea distinta. Estas cuestiones son las que han llevado a los autores que se han centrado en el tema de la responsabilidad penal por el producto a proponer en este ámbito la aplicación del principio de confianza.

Así, por ejemplo, KUHLEN propone aplicar el principio de confianza para limitar el deber del productor de prever la conducta incorrecta del consumidor. Aunque reconoce que en este ámbito, a diferencia de lo ocurre en el tráfico viario, la relación entre los sujetos es claramente asimétrica, por ser el productor el principal responsable de que el consumidor no sufra ningún daño, entiende que es necesario descargar al productor del deber de prever cualquier conducta incorrecta del consumidor. Para favorecer el desarrollo del sistema de producción, dice KUHLEN, *se debe permitir al productor «confiar» en que el consumidor no hará mal uso del producto de manera dolosa o gravemente imprudente*⁶⁵. Por otra parte, con respecto a la relación entre los distintos intervinientes en el proceso productivo, KUHLEN también se muestra partidario de aplicar el principio de confianza para limitar los deberes de cuidado tanto de los fabricantes como de los comerciantes. Sostiene, en este sentido, que *los fabricantes pueden «confiar» en que los comerciantes almacenen y conserven correctamente los productos*, del mismo modo que *estos últimos pueden «confiar» en que los fabricantes hayan elaborado correctamente esos productos*⁶⁶. KUHLEN considera que si bien se debe ser cauteloso a la hora de trasladar aquí automáticamente el principio de confianza desarrollado en otros ámbitos de actuación,

se puede llegar a reconocer su aplicación partiendo de una ponderación de intereses basada en las necesidades propias del sistema de producción.

En un sentido parecido se pronuncia PAREDES CASTAÑÓN, quien defiende igualmente la aplicación del principio de confianza para valorar la conducta de los distintos participantes en el sistema productivo. En su opinión, aunque en este contexto puede decirse que las conductas de los sujetos son *conjuntas* y no meramente *concurrentes* como sucede en el tráfico viario, se debe aplicar también el principio de confianza porque las situaciones que se producen en el ejercicio de una actividad con *división del trabajo* son estructuralmente idénticas a las situaciones que tienen lugar en el tráfico viario: en ambos casos, el sujeto es responsable, principalmente, de su propia actuación. El hecho de que las conductas de los distintos intervinientes estén integradas en un plan común y respondan a un determinado programa de actuación puede favorecer, ciertamente, que los sujetos tengan una mayor posibilidad de conocer los riesgos que encierra la actividad, pero no ha de conducir necesariamente a un deber de prever y evitar los riesgos ocasionados por las conductas incorrectas de los demás intervinientes en el proceso.

El Principio de Confianza como Instrumento Dogmático de Carácter General.

En el plano doctrinal, muchas de las propuestas relativas a la aplicación del principio de confianza en determinados contextos de actuación han ido acompañadas, desde un primer momento, de manifestaciones favorables al reconocimiento de este principio como criterio general para valorar la responsabilidad por imprudencia en los casos en los que terceras personas contribuyen a la producción del resultado lesivo.

De hecho, cuando el propio EXNER, antes de que se reconociera expresamente el principio de confianza, se preguntaba *en qué medida puede ser contrario al deber confiar en la conducta correcta de los terceros*, lo que pretendía no era simplemente resolver los problemas que empezaban a plantearse en ámbitos específicos como el del tráfico viario. Aunque centraba la atención en supuestos relacionados con el tráfico viario, realizaba sus consideraciones en el marco de un estudio general sobre la responsabilidad por imprudencia. Su propósito, efectivamente, era limitar la responsabilidad en aquellos casos en los que la conducta imprudente de un tercero contribuye a la producción del resultado lesivo.

Cuando la jurisprudencia empezó a aplicar el principio de confianza para limitar el deber de prever la conducta incorrecta de los terceros, buen parte de la doctrina quiso encontrar en el principio de confianza un criterio dogmático destinado a reconocer la especial relevancia que, con carácter general, pueden tener las conductas incorrectas de los terceros en el estudio de la imprudencia. De esta forma, el principio de confianza poco a poco dejaba de vincularse a las necesidades o particularidades propias de un determinado contexto de actuación, como, por ejemplo, el tráfico viario—, para convertirse en un criterio general basado directamente en la intervención de terceras personas. Con ello se conseguía no sólo justificar su extensión a otros contextos de actuación, sino también generalizar por completo su ámbito de aplicación.

Puede observarse, en este sentido, cómo los primeros autores que propusieron la aplicación del principio de confianza en el ámbito de la medicina consideraban que este principio debe operar en todos los contextos en los que es necesaria una división del trabajo

o, incluso, en todo el contexto en los que se produce una relación entre varias personas. A partir de ahí, otros muchos autores, siguiendo distintas vías de fundamentación, se han expresado en términos parecidos y han definido este principio como un criterio general con el que determinar el deber de cuidado o la imputación objetiva del resultado cuando intervienen terceras personas, con independencia de las particularidades que puedan existir según el tipo de actividad o según las circunstancias de cada caso concreto. La jurisprudencia también ha terminado aplicando el principio de confianza para limitar el deber de prever las conductas incorrectas de los terceros en toda clase de contextos de actuación y, al igual que la doctrina mayoritaria, ha llegado a definirlo como un criterio general con el que determinar el deber de cuidado o la imputación objetiva del resultado ante la intervención de terceras personas.

El Principio de Lesividad

Principio de lesividad o de protección exclusiva de bienes jurídicos guarda relación con la moral. Tanto del derecho como la moral son ordenamiento normativo, aunque diferenciados por su ámbito práctico. La filosofía del derecho explica que la relación de los dos ordenamientos puede ser de dos tipos:

- Contingente: no es necesario que derecho y moral estén relacionados.
Las coincidencias son casuales.
- Necesaria: no puede hablarse de derecho sin hacer referencia a la moral.
El derecho se basa (depende) de la moral y es inseparable de ésta.

Existen varias posturas sobre esta relación, que pueden agruparse en la tesis de la conexión necesaria y la tesis de la separabilidad, según si el derecho depende o no (o si debe depender o no) de la moral. Pero también debe tenerse en cuenta de qué moral se está hablando:

- Moral positiva o convencional: hace referencia a la moral de una determinada sociedad o de un grupo de individuos; es el conjunto de principios y valores de un determinado colectivo. En este sentido, ofrece una visión descriptiva de esa sociedad: lo que esas personas creen que es moralmente correcto.
- Moral crítica: hace referencia a lo que es moralmente correcto, más allá de lo que la sociedad o el grupo de individuos piensen que lo es. Ofrece una perspectiva para justificar moralmente ciertas conductas y criticar otras.

Dejando de lado estas cuestiones jurídico-filosóficas, el principio de lesividad exige que el derecho penal sólo regule aquellas conductas humanas que sean socialmente relevantes. Por tanto, han de ser acciones que tengan un impacto social, que no se circunscriban únicamente a la esfera privada. En este sentido, debe existir un “tercer” afectado por la conducta, otra persona independiente del autor que padezca las consecuencias lesivas o peligrosas del acto; ello no quiere decir que deba ser una persona identificada, sino que este “tercero” puede ser la colectividad, como en el caso de los delitos de peligro:

Delitos de Peligro

Aquellos tipos penales que no requieren la lesión de un bien jurídico, sino que basta con que la conducta sea ponerlo en peligro (ej: delitos contra la seguridad del tráfico). Como se ha dicho, quedan fuera las conductas que quedan dentro de la esfera privada; pero por ámbito privado no debe entenderse que el delito sea cometido en la intimidad, en el domicilio del autor y que, por eso, no deba regularse por el derecho penal. El delito de violencia contra la mujer pareja (la “violencia de género”) puede cometerse en el domicilio de los cónyuges y no por ello debe quedar fuera del ámbito penal. Además, en este caso existe un “tercer” afectado, que es la mujer víctima de los malos tratos. En definitiva, el principio de lesividad exige que las consecuencias y repercusiones del hecho sean socialmente relevantes, que se proyecten en la sociedad.

Trayendo a colación las cuestiones filosóficas sobre la moral explicada anteriormente, el derecho penal no debe regular todas las conductas que la moral positiva considera reprochables: es posible que una conducta moralmente incorrecta (desde la perspectiva de la moral convencional) no pueda ser objeto de regulación por el derecho penal porque no existe lesión alguna de intereses ajenos. El consumo “consciente” de drogas (no su tráfico) es una conducta moralmente reprochable, pero que el derecho penal no puede regular por considerarse que no existe un “tercero” lesionado; el suicidio o las lesiones provocadas por uno mismo o consentidas (intervenciones quirúrgicas...) son otros ejemplos.

Implica que ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación

de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo (Zaffaroni, Eugenio R, 2005, p. 128).

La Prohibición de Regreso

La prohibición de regreso trata de determinar la responsabilidad penal de quien realiza un comportamiento estereotipado inocuo que favorece al hecho delictivo de otro. Originalmente esta teoría se consideraba como una interrupción del curso causal en casos en los que con posterioridad a una conducta imprudente se produce un comportamiento doloso de un sujeto plenamente responsable.

La prohibición de regreso tuvo su primera versión en Frank como una expresión de las objeciones planteadas a la teoría de la “interrupción del nexo causal” constituyéndose como una teoría normativa o valorativa alejada de consideraciones basadas en la causalidad. Señalaba Frank que todo favorecimiento imprudente de una conducta dolosa y culpable es impune. Esta conclusión emana de la idea de que no se podía considerar causa del resultado típico a una condición previa de una condición que se dirige libre y conscientemente (de forma dolosa y culpable) a la producción de un resultado. En estos casos existe relación de causalidad, pero las condiciones en cuestión no son causas. “Según este autor, quien crea una precondition de esta especie solo puede responder como partícipe en caso de que se den los presupuestos legales de la participación”. “Las consecuencias a la que llega esta teoría son admisibles, por ejemplo, para aquellos autores que consideran que todo supuesto de participación imprudente es impune con independencia de que el hecho principal sea doloso o imprudente. En Alemania se ha

manifestado en este sentido un sector minoritario de la doctrina: Lampe, H. Mayer, Naucke, Otto, Spindel, Stratenwerth y Welp”.

“A esta teoría cabe objetarle que no parece lógico, en principio, equiparar valorativamente una conducta de participación socialmente inadecuada con una conducta socialmente adecuada. El problema de la “prohibición de regreso” es que “regala” impunidad sin que el beneficiario se lo merezca, ya que, en principio, ha infringido una norma penal. Simplemente se le “regala” porque otra u otras personas también se han comportado defectuosamente. Además, la idea político- criminal de que la pena aplicada al autor ya satisface las necesidades preventivo- generales y de intervención del Derecho penal, puede ser aplicada a todos los supuestos de participación, también a los dolosos. En estos supuestos se puede decir también que “la acción del primer actuante está tan lejos de la producción de la muerte en sentido estricto, que difícilmente nadie podría pensar que esa acción puede estar prohibida penalmente como causación de la muerte”.

La teoría de la “prohibición de regreso” al igual que todas las teorías que parten de una visión causal del tipo objetivo, intenta solucionar problemas de imputación que no se pueden resolver con meras consideraciones causales (interrupción del nexo de causalidad) e intenta resolverlas mediante criterios subjetivos. Pero si se parte de un tipo objetivo más rico que la pura causalidad como hace la moderna “teoría de la imputación objetiva”, los problemas se pueden solucionar sin tener que hacer referencia al carácter doloso o imprudente del hecho”.

Siguiendo a Feijoo Sánchez se puede concluir que “la teoría de la prohibición de regreso, tal y como la formuló Frank carece de fundamentos sólidos como criterio general. Por un lado, puede que en un determinado Código penal el favorecimiento imprudente de un delito esté tipificado como participación imprudente o autoría imprudente. Al final todo depende, pues, de la interpretación de la regulación de cada ordenamiento jurídico, pero no existe un límite normativo con validez general. Por otro lado, esta teoría no ofrece ninguna ayuda para limitar la participación cuando se favorece un delito dolosamente. No establece límites normativos válidos en general para la participación criminal, reduciéndose las posibles soluciones a una cuestión sobre el aspecto subjetivo del favorecimiento del delito”.

“La prohibición de regreso de Frank se ha de distinguir por consiguiente de otras prohibiciones de regreso, en particular de la que expone Jakobs, que no se refiere a los presupuestos conceptuales de la categoría de “inducción”, sino a un punto de vista genérico de carácter normativo que impide recurrir a ciertas condiciones de una determinada acción. A pesar de recibir el mismo nombre y de referirse en parte a los mismos casos, tienen ambas prohibiciones de regreso una impronta absolutamente diferente”.

A la teoría de la prohibición de regreso un grupo de la doctrina ha preferido denominarla de la “teoría de la previsibilidad objetiva” y entenderla como un sustituto de ella, con los consecuentes problemas que esta acarrea, como es el de sostener que por un lado, “absolutamente todo puede ser previsible, incluso las conductas delictivas de otros, y, por otro lado, no se tienen en cuenta consideraciones o criterios normativos que pueden

limitar la responsabilidad más allá de lo objetivamente previsible. Además, este recurso a la previsibilidad nos indica otra cosa: el “fin de protección de la norma” no se refiere en este caso al alcance del tipo objetivo, sino al fin de protección del deber de cuidado (“previsibilidad objetiva” como elemento de determinación del deber objetivo de cuidado). Por tanto, estos autores no radican la solución de la cuestión en el tipo objetivo, sino en aspectos subjetivos”. En el delito doloso no existirían límites objetivos para la imputación a título de participación, dando lugar a un regreso infinito de responsabilidad, siempre que concorra dolo y causalidad” (Hruschka, Joachim, 2009, Pág. 218).

Posición de Roxin

Roxin y otros autores alemanes introduce como excepción a la imputación fundada en la previsibilidad objetiva el criterio de la “inclinación o predisposición al hecho de un autor doloso potencial que es cognoscible para el autor” ya que existiría una conducta penalmente relevante en caso de “favorecimiento de alguien resuelto a realizar el hecho cognoscible para el autor” en cuanto se trata de acciones que en el caso concreto no pueden tener otro sentido que servir a la comisión de un delito.

Así, sostiene Roxin que “entre resolución hacia el hecho y la propiedad objetiva de vinculación al fin radica una característica que posibilita una clara delimitación y evita las debilidades de ambas: la inclinación reconocible hacia el hecho. Basándose en la inclinación hacia el hecho el criterio considera, por un lado, que una primera acción no puede ser interpretada como intolerablemente peligrosa por ella misma, sino solamente a partir del contexto reconocible de las intenciones del potencial autor doloso. Por otro lado, este criterio escapa a las dificultades que resultan de la estrechez y de la incapacidad de

determinación de una resolución fija hacia el hecho. Quien ve a dos hombres, ejemplifica Roxin, envueltos en una riña sin cuartel, que va a desembocar en daños considerables para ambas partes, y alcanza a uno de ellos (que quizás es amigo suyo) un arma, puede ser que con ello no preste una complicidad dolosa, sino solamente querrá facilitarle su defensa. Entonces, aunque la finalidad objetiva de su acción no está dirigida necesariamente a la comisión del delito y todavía no está dada una “resolución reconocible” del receptor de emplear el arma para cometer un delito doloso, sin embargo, debe bastar la inclinación hacia el hecho, que se puede reconocer en la situación dada, para impedir que extraños ejecuten acciones que puedan conducir a una escalada peligrosa para la vida. Por ello, si ocurre una grave lesión dolosa o un homicidio, es apropiado imputar el resultado al primer actuante como hecho culposo”.

No estamos de acuerdo con la posición de Roxin a este respecto por cuanto para la imputación no es suficiente cualquier condición puesta por un tercero aunque, en palabras del propio Roxin, manifieste una reconocible tendencia hacia el hecho. “A la posición inicial de Roxin cabe objetarle que la mera posibilidad de conocer no puede convertir una conducta en típica. No se puede asumir una “presunción de regreso” basada en la mera posibilidad de conocer las inclinaciones del potencial autor doloso...El criterio de la “inclinación o predisposición al hecho de un autor doloso potencial que es cognoscible para el autor” es tan amplio y flexible que no sirve para limitar razonablemente el alcance de las modalidades de participación ni ofrece un mínimo de seguridad jurídica” (Roxin, Claus, 2007, p. 130).

Posición de Frisch

Critica este autor las construcciones más recientes que conllevan una excesiva responsabilidad penal y tienen una visión demasiado restrictiva, en su opinión, de los límites objetivos en estos supuestos. Sobre todo critica el recurso a la previsibilidad como criterio, ya que el hecho de que una persona ya hubiera realizado un hecho penal similar o que la realización de un hecho delictivo estuviera “más cercana” o sea algo más que una mera posibilidad teórica en virtud de determinadas circunstancias específicas que concurren en el caso concreto no es razón suficiente para desvalorar una conducta”. “Posteriormente Frisch desarrolla en profundidad los argumentos que le hacen llegar a la conclusión de que la “teoría de la prohibición de regreso” es correcta en líneas generales salvo excepciones como los supuestos en que existe una posición de garante. Para Frisch, al igual que Jakobs, si bien han aportado a crear la moderna teoría de la prohibición de regreso, también restringen los beneficios que otorgaba la teoría tradicional, “en especial cuando el que favorece, facilita o motiva la actividad delictiva de un tercero tiene una posición de garantía. Para estos autores el garante ya no puede recurrir a la “prohibición de regreso” si se dan los requisitos de la comisión por omisión”.

Frisch señala que “la idea de que la posibilidad de que un tercero pueda cometer un delito con cualesquiera objetos que se dejen a su alcance, no se guarden debidamente o se le entreguen, o bien basándose en informaciones o en prestaciones que se le den, casi siempre existe en el terreno puramente teórico. Si, para prevenir estos riesgos, se pretendiera prohibir todas esas acciones, ello comportaría una restricción insoportable de la

libertad de acción. En particular, las conductas que forman parte de un proceder más amplio en división del trabajo se convertirían así en prácticamente imposibles; dado que siempre es previsible contar con que otros completen la obra conjunta mediante conducta dolosa o imprudente. En definitiva, sostiene Frisch, con una prohibición así (penalmente reforzada), al servicio de los bienes jurídicos, se vería afectado incluso aquel cuya protección en realidad se pretende, pues multitud de actividades (si han de desarrollarse de modo óptimo para los bienes jurídicos) requieren conceptualmente que determinadas cosas se entreguen a otros para resolver asuntos”.. Frisch (2004) ha propuesto:

Recurrir al criterio del “contenido de sentido” de la conducta del autor. Desde esta perspectiva solo si la conducta del autor muestra el específico sentido de ser un favorecimiento o una incitación a un comportamiento delictivo o a una conducta arriesgada de un sujeto que carece de los conocimientos relativos al riesgo, podrá hablarse, en principio, de una conducta típica del primero” (p. 260).

Posición de Jakobs

Jakobs reformuló la teoría de la prohibición de regreso al invocar el principio de la irresponsabilidad por los hechos de terceros y la exclusiva responsabilidad sobre hechos propios. Jakobs considera que la problemática de la que se ocupa la “prohibición de regreso” tiene plena vigencia en la vida actual, debido a la estrecha interrelación de la vida en sociedad, cualquiera puede “estirar” o para aprovecharse de la conducta correcta de otros para cometer hechos típicos, dándole un sentido delictivo a la conducta de otro del que carecía anteriormente”.

Jakobs critica las soluciones anteriores fundadas en la causalidad. Así por ejemplo, respecto de la teoría de la “adecuación social” de Welzel señala que “es imposible determinar cuáles son las “modalidades de comportamiento que rompen gravemente el marco de los órdenes históricamente generados de la vida social” (Welzel) sin fijar la medida en la que tenerse en cuenta el respectivo contexto al interpretar el comportamiento. Si el comportamiento se contempla de manera aislada, en la mayoría de los casos deberá considerarse socialmente adecuado, por la simple razón de que en el ámbito de los delitos de resultado, el comportamiento, si se le priva de su referencia al resultado, carece de toda vinculación a algo delictivo, esto es, no resulta posible constatar que esté prohibido, y también es completamente insulso en relación con el criterio de los “órdenes históricamente generados”. Si, por el contrario, se amplía el contexto a tener en cuenta al menos hasta las circunstancias de cuya presencia cabe deducir la producción del resultado (y solo entonces tiene interés jurídico-penal el concepto de adecuación social), en los casos que no están estereotipados (y por tanto no pueden ser resueltos a través del riesgo permitido) falta toda concreción mínimamente clara de dicho orden, de modo que en este contexto, el concepto de adecuación social no aporta nada a la averiguación de los principios de imputación, pero tampoco impide llegar a una determinada conclusión”.

En cuanto a la teoría tradicional de la “prohibición de regreso”, esta pretende recortar ya en el tipo objetivo (de autoría) las ampliaciones que la teoría de la equivalencia de las condiciones introdujo en el tipo objetivo de los delitos de resultado, mientras que sus detractores consideran precisamente que tal proceder es incompatible con la “esencia de la teoría de la equivalencia de las condiciones”. Para hacer la crítica a la teoría tradicional de

la prohibición de regreso, sostiene Jakobs que “lo único decisivo es determinar si esta limitación es útil desde la perspectiva de la imputación, y no si puede llevarse a cabo sin modificar la teoría de la equivalencia de las condiciones, ya que la teoría de la equivalencia es un vehículo de la imputación sin valor propio”. Jakobs señala que conforme a ella, “debe renunciarse a los resultados que se obtengan con la teoría de la equivalencia respecto de aquellas condiciones en las que para la producción del resultado haya mediado la actuación dolosa y culpable de un tercero. Dichas condiciones no cumplen ningún tipo de objetivo de autoría: por consiguiente, en el caso de imprudencia, su creación es impune, y habiendo dolo, quedan abarcadas por las ampliaciones del tipo de autoría: los preceptos relativos a la participación.

Desde ese punto de vista concluye Jakobs señalando que “es imposible fundamentar de esta manera que todo autor imprudente detrás de un autor doloso deba ser impune, como tampoco puede fundamentarse el lado opuesto, esto es, la punibilidad de todo comportamiento doloso detrás de un hecho imprudente”.

En otro punto de este mismo tema, Jakobs se hace parte en la discusión de la tesis de que la exclusiva punición del autor doloso puede satisfacer el fin de la pena, señalando que a esta se le puede formular objeciones, como por ejemplo la de Roxin que indica que “la punición de uno de los autores por “ambos hechos” infringe el principio de responsabilidad individual, sin embargo, lo que se sostiene a través de este argumento no es que uno responda por los dos, sino que la situación queda resuelta respondiendo el autor doloso exclusivamente por su hecho.” El argumento ha de entenderse, sostiene Jakobs, en el sentido de que la pena impuesta al autor doloso es al menos una causa de exclusión de la

pena respecto del autor imprudente; por consiguiente rige un estricto principio de absorción respecto de hechos de autores diferentes. Pero si la pena al autor doloso puede zanjar todo el suceso, ello se debe exclusivamente a que todo el asunto queda liquidado con esa pena. Así, la interpretación correcta, según Jakobs es que “el argumento de que la pena impuesta al autor doloso puede satisfacer ya plenamente el fin de la pena, es sólido solamente en la medida en que se trate de que la pena impuesta a quien (dolosamente) actúa en último lugar satisface el fin de la pena, y ello solo en algunos casos, ya que algunos otros deben quedar para la participación y, por consiguiente, también para la participación imprudente; en todo caso, el beneficio de la prohibición de regreso, si se pretende que sea algo más que un gesto bastante extraño de generosidad frente al autor con culpabilidad imprudente, no puede quedar limitado a los casos de imprudencia”.

Más adelante Jakobs distingue entre el “principio de confianza” y la prohibición de regreso en tanto ambas instituciones se encuentran estrechamente vinculadas. Señala que:

Bien es cierto que el principio de confianza puede concebirse también como caso especial de riesgo permitido, y con ello como descendiente del estado de necesidad justificante, pero solo prima facie parece indiferente que se trate, por ejemplo, del porcentaje de errores de una máquina, o de seres humanos...Sin embargo, tratándose del comportamiento defectuoso de seres humanos, existe además la posibilidad de liquidación consistente en imputar a quien ha defraudado la confianza. Por consiguiente, el principio de confianza es algo más que una magnitud estadística...Solamente el hecho de que el otro reviste el carácter de ser una persona responsable es lo que justifica la expectativa de que vaya a actuar conforme a su

responsabilidad, esto es, de que vaya a cumplir con sus deberes de cuidado”

(Gunther, 2006; p. 354 - 365).

En cuanto a la “teoría del fin de la norma” señala Jakobs que “en este caso hay un grupo de casos en los que el resultado puede imputarse a quien resulta lesionado, de modo que resulta superflua la solución jurídico-penal. Se trata del ámbito tratado especialmente por Roxin, de la sanción consciente de un peligro de autolesión para salvar bienes que el autor ha puesto en peligro de manera imputable”. El ejemplo tratado es el de un autor que causa imprudentemente una infección con viruela de algunas personas, contagiándose, como era previsible, el personal sanitario que lo trata. Acá se señala que la ayuda se hace con base en una disposición legal o en base a la propia responsabilidad de quien la presta. Esta es la idea, señala Jakobs de la prohibición de regreso –la separación de imputación y causación (evitable)- pero aplicada respecto del deber legal y del riesgo profesional a casos en los que el destinatario de la imputación de la acción lesiva directa (la víctima) solo acepta la imputación en tránsito para transmitírsela a quien ha puesto en marcha el mecanismo establecido en la ley o en las características de la profesión: al autor. “Quien crea una situación en la que terceros pueden ponerse a sí mismos en peligro, no responde de las consecuencias que el libre arbitrio de éstos (¡que son imputables!) genere en ellos mismos: tales consecuencias quedan suficientemente explicadas al ser reconducidas al arbitrio, y la génesis de este arbitrio es asunto exclusivo de quien lo ejerce; no puede, por tanto, trasladarse. Nadie aceptaría la pretensión de que respondan quienes desencadenan el arbitrio ajeno”.

Finalmente podemos señalar que “la versión de la “prohibición de regreso” en la postura de Jakobs “no tiene prácticamente nada en común –en cuanto a la formulación dogmática- con la antigua idea de prohibición de regreso como interrupción del curso causal, en casos en los que con posterioridad a una conducta imprudente se produce un comportamiento doloso”.

Lo que pretende esta teoría, en la versión moderna, es enmarcar de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva. Desde esta perspectiva, la prohibición de regreso satisface la necesidad de limitar el ámbito de la participación punible, tanto para comportamientos imprudentes como dolosos, con base en criterios objetivo-normativos, de este modo, la prohibición de regreso se presenta en cierto modo como el reverso de la participación punible. Para Jakobs (1996) nos dice que:

La prohibición de regreso se refiere a aquellos casos en los que un comportamiento que favorece la comisión de un delito por parte de otro sujeto no pertenece en su significado objetivo a ese delito, es decir, que puede ser “distanciado” de él. El carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral-arbitrario. Por tanto, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano, aunque el otro incardine dicho vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente, existe una prohibición de regreso cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida. (Gunther, 1996, pp. 129 - 135 y p. 208)

La prohibición de regreso excluye, entonces, la imputación objetiva del comportamiento. Por otra parte, la prohibición de regreso debe diferenciarse de los otros institutos, como lo son el riesgo permitido y el principio de confianza. “El ámbito de la prohibición de regreso queda diferenciado del correspondiente al riesgo permitido-principio de confianza por el hecho de que –una vez determinado el ámbito en el que existe un significado unívoco no delictivo de la conducta del autor- la conducta del autor, como se ha visto, queda desvinculada del posterior desarrollo lesivo con independencia de la cognoscibilidad o conocimiento por parte del autor del mismo, es decir, que opera de modo completamente contrafáctico”.

En síntesis, en relación a la institución dogmática de la prohibición de regreso se han formulado numerosas opiniones, desde aquella que en un primer momento vinculada a la contribución culposa en el hecho doloso de un sujeto plenamente responsable y su exclusión de responsabilidad fundado, entre otras razones por la negación de la relación de causalidad, la impunidad general de la participación culposa (cómplice e instigador) o la ausencia de una mediación de la voluntad. Actualmente el problema se encuentra centrado en la teoría de la imputación objetiva, lo que ha motivado no solo que se amplíen los supuestos comprometidos, sino también que se desarrollen nuevos criterios de solución de este antiguo problema jurídico-penal. (Cancio, pág. 81)

La Posición de Garantía

Posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable.

Cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandona la posición de garante.

En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. Es el concepto que vincula el fenómeno estudiado con los denominados delitos de comisión por omisión, impropios de omisión o impuros de omisión.

En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas.

Existe posición de garante en todos aquellos eventos en los cuales, frente a cualquier bien jurídico, la persona tiene la obligación constitucional o legal de actuar y no lo hace, pudiendo y debiendo hacerlo (primera hipótesis); y existe posición de garante en los casos en que, frente a los bienes jurídicos particularmente mencionados, la persona asume voluntariamente la protección real de otra o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio; mantiene una estrecha comunidad de vida con otras; emprende la realización de una actividad riesgosa con otros individuos; o crea con antelación una situación antijurídica de riesgo cercano para el bien jurídico correspondiente.

Sobre esto ha dicho la Corte Constitucional: “La solidaridad es un valor constitucional que sirve de pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las

personas en determinadas situaciones”. “Los deberes constitucionales son patrones de conducta social impuestos por el Constituyente a todo ciudadano, mas no exigibles, en principio, como consecuencia de su mera consagración en la Carta Política, sino en virtud de una ley que los desarrolle. En esta medida, los deberes constitucionales constituyen una facultad otorgada al Legislador para imponer determinada prestación, pero su exigibilidad depende de la voluntad legislativa de actualizar, mediante la consagración de sanciones legales, su potencialidad jurídica”. “El deber de solidaridad del Estado ha de ser entendido como derivación de su carácter social y de la adopción de la dignidad humana como principio fundante del mismo... Pero el deber de solidaridad no se limita al Estado: corresponde también a los particulares, de quienes dicho deber es exigible en los términos de la ley, y de manera excepcional, sin mediación legislativa, cuando su desconocimiento comporta la violación de un derecho fundamental” (Segunda Instancia 25.536. Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2006).

“Frente a la resignación manifestada por aquellas posturas que consideran imposible una expresión por parte de la ley de las situaciones que originan ese deber de garantía, en virtud de la consideración de que semejante tipificación anquilosaría el desarrollo de nuevas posiciones de garantía engendradas por la movilidad social, debe recordarse que esta manera de pensar favorece el crecimiento desaforado y caótico de este elemento como fruto de una creación judicial incontrolada. ¿Qué es, entonces, preferible: quedarse corto o pasarse, cuando esto último implica, además, utilización de analogía contra reo?” (Huerta, 1987, p. 138).

En el Derecho Comparado

Desde otro ángulo, para concluir con la argumentación, el derecho comparado permite arribar a la conclusión aquí obtenida en cuanto la primera parte del Código Penal no constriñe su alcance a determinados bienes jurídicos. Así, como vemos a continuación:

El artículo 13 del Código Penal alemán, dispone: “Comisión por omisión. Quien omita evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, solo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produzca, y cuando la omisión es equivalente a la realización del tipo legal mediante una acción”.

El número 2 del artículo 40 del Código Penal de Italia, país de larga y profunda influencia en el pensamiento penal peruano, dice: “No impedir un resultado, que se tiene la obligación jurídica de evitar, equivale a ocasionarlo”.

El artículo 11 del Código Penal de España, país que también ha sido bien recibido por nuestros estudiosos y legisladores del tema penal, expresa: “Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción:

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar, y
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

El numeral 2° del artículo 10 del Código Penal de Portugal, explica: “La realización de un evento mediante omisión es punible solo cuando sobre el omitente recae la obligación personal de evitar tal resultado”.

El artículo 8° del Código Penal de Eslovenia de 1995, manifiesta:

1. El delito puede ser cometido mediante acción o mediante omisión.
2. Se incurre en delito omisivo solamente cuando el autor no ha desplegado una acción que tenía el deber jurídico de cumplir.
3. También se comete delito por omisión cuando, ante la ausencia de un tipo omisivo expreso, el autor no impide la producción de un resultado prohibido. En tal caso el autor es punible solo si jurídicamente está obligado a impedir el resultado y si la omisión corresponde a la realización del tipo legal mediante una conducta activa”.

El reciente Código Penal de Croacia (1997) también desarrolla el punto en el numeral (2) de su artículo 25: “El delito es cometido mediante omisión, cuando el autor, que está obligado jurídicamente a impedir el resultado del ilícito previsto en la ley, omite hacerlo y tal omisión por efectos y significado es igual a la comisión del delito por medio de una conducta activa”.

En línea similar, se pronuncia el inciso 2° del artículo 18 del Código Penal de Costa Rica (1970): “Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo”.

El Código Penal del Ecuador de 1938 asumía el tema de la siguiente forma: “ART. 12. No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo”.

Y el artículo 3° del Código Penal del Uruguay (1889-1934), afirma: “Nadie puede ser castigado por un hecho previsto por la ley como delito, si el daño o el peligro del cual depende la existencia del delito, no resulta ser la consecuencia de su acción o de su omisión. No impedir un resultado que se tiene la obligación de evitar, equivale a producirlo”.

La muestra atendida permite inferir que por lo menos en muchísimas legislaciones, si no en todas, se ha plasmado una disposición que en materia de delitos de comisión por omisión pune a quien teniendo el deber jurídico de impedir un resultado evitable se abstiene hacerlo. Y nótese en esa muestra que ninguna de las normatividades restringe la comisión por omisión a ciertos y expresamente determinados bienes jurídicos.

En cuanto al artículo 13 del Código Penal Peruano (de 1991) es del siguiente tenor: “El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:

1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuere propio para producirlo; y

2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer. La pena del omiso podrá ser atenuada”.

El límite de una concepción de la posición de garante como esta, está dada por la punición de una omisión expresamente determinada en la ley (omisión propia) "Una

posición de garante, al contrario, no puede deducirse de la situación típica de los delitos propios de omisión, porque en ellos, el deber jurídico, corresponde a todo el mundo".

Lo que importa, entonces, es la posición del actor respecto del bien jurídico, y en este sentido los casos de injerencia quedaran reducidos a una subespecie dentro de la clase más amplia del "cuidado de una fuente de peligros frente a daños que de ella puedan derivarse". En este sentido, lo importante será si el autor tiene el dominio del ámbito dentro del que se ha producido el resultado típico. Es decir, si el daño causado o, mejor dicho, si el daño que amenaza producirse se ha desprendido de la fuente de peligro que debe custodiar o encausar el actor, y tiene lugar en su ámbito especial de dominio del peligro. Esto implica una respuesta, también, a la pregunta formulada por WELP relativa a saber si es posible un "dominio" social de un determinado ámbito de vida que fundamente un deber de evitar el resultado, independientemente de su causalidad". En efecto, aunque en el caso concreto del "dominio social de un ámbito determinado" sea requisito la subyacencia de un nexo causal, Como indica el mismo WELP, ello no interfiere en la utilidad que representa aquel concepto, pues, de cualquier manera, de ello no podrá deducirse la limitación que este autor propone respecto de la función de protección del bien jurídico. En este sentido, no resulta admisible que quien usurpa una función de garante carezca del deber de desempeñar la protección que le corresponde al titular, como lo sostiene WELD; pues la tarea de defensa se impone por el hecho de ocupar socialmente una posición, sin consideración a la legitimidad del actor en esa posición. Esto es claro si se tiene en cuenta que la injerencia se refiere precisamente a intervenciones de hecho, por oposición a los casos que tradicionalmente se agrupan bajo el rubro de libre aceptación de una función de protección,

que siempre estuvieron ligados a la concreción de un negocio jurídico, o a una concreta manifestación de voluntad (Bacigalupo, p. 10).

"La custodia de una fuente de peligro" se puede conceptualizar con el hecho que no es el dominio efectivo lo que determina la responsabilidad, sino la actividad omitida tendiente a impedir que de la fuente que debe custodiar el actor se derive a un resultado mayor.

Definiciones de términos

- **Conversión de penas:** La conversión de penas es una forma de conmutación de sanciones. En tal sentido, pertenece a aquellas medidas alternativas que se conocen específicamente como sustitutivos penales. Consiste esencialmente en reemplazar una pena privativa de libertad, conminada o impuesta judicialmente, por otra sanción de distinta naturaleza (Saldarriaga, 1999, s/p.)
- **Fundamentación:** Plasmar por escrito las razones en virtud de las cuales se toma una decisión determinada, sirve como un mecanismo interno para que los tribunales superiores puedan ejercer un control (aunque sea mínimo) de los alegatos esgrimidos por los tribunales de instancias inferiores.
- **Pena:** La pena viene a ser o a darse mediante una privación o restricción de los derechos o bienes que se encuentren jurídicamente tutelados, pero que dicha privación se lleva a cabo por orden sustentada en una ley y debidamente motivada por el órgano jurisdiccional competente. Enciclopedia Jurídica (2019).
- **Resocialización:** La resocialización del condenado es un principio integrado por tres subprincipios: reeducación, rehabilitación y reincorporación. En esta línea, la

“reeducación” hace referencia al proceso por el cual la persona adquiere determinadas actitudes que le permitirán desarrollar su vida en comunidad; la “reincorporación” hace alusión a la recuperación social de la persona condenada a determinada pena; y, finalmente, la “rehabilitación” representa la renovación jurídica del status del ciudadano que cumple determinada pena. De esta forma, la rehabilitación hace referencia a un proceso a través del cual se reeduca, reincorpora y, finalmente, se rehabilita al condenado.

- Sentencia: Las sentencias son las resoluciones judiciales que contienen una decisión fundamentada en derecho en base al desarrollo de un proceso penal que es dirigido en audiencia por el juez y que debe ser fundamentada y firmada por él. Enciclopedia Jurídica (2019).

Formulación de hipótesis

Hipótesis General

Si, se llevara a cabo una debida motivación de los fines de las penas en las resoluciones judiciales suscritas por el juez al momento de sentenciar; entonces, se permitirá garantizar el principio de proporcionalidad de la pena (Huaura, 2017-2018).

Hipótesis Específicas

- Si, se estudiara cuál es el grado de valoración de los fines de la pena al momento de la determinación de la responsabilidad del imputado (investigación preparatoria); y al momento de la determinación de la Pena (Etapa de Juzgamiento); entonces, la determinación de la pena estaría acorde con los fines que persigue.

- Si, se detallara cuáles deberían ser los fundamentos que sustenten adecuadamente la procedencia una pena; entonces, esta sería proporcional.
- Si, se analizará cuál es la afectación que se genera por omitir la fundamentación adecuada de los fines de la pena; entonces, el dictado de las sentencias condenatorias por parte del juez cumpliría con dichos fines.

Variables

- Variable independiente

Debida motivación de los fines de las penas en las Resoluciones judiciales suscritas por el juez al momento de sentenciar

- Variable dependiente

El principio de proporcionalidad de la pena

Capítulo III

Metodología

Diseño metodológico

Tipo de investigación

La investigación es de tipo explicativa, porque no solo describe el problema o fenómeno observado sino que se basa en el porqué y el para qué de un fenómeno, en nuestro caso referido a la debida motivación de los fines de la pena en la emisión de una sentencia.

Nivel de investigación

El nivel de la investigación es descriptivo porque los datos se recolectaron en un único momento, su propósito es describir la variable y las dimensiones de cada una de ellas respecto a la debida motivación de los fines de la pena en la emisión de una sentencia.

Diseño de investigación

Aplicada. Porque analizando el alcance de la debida motivación de los fines de la pena en la emisión de una sentencia, se puede determinar la correspondencia entre la doctrina y la práctica; lo cual permitirá sustentar la propuesta que la investigación propugna.

Enfoque de investigación

Cualitativa. A través de la aplicación de encuestas a las unidades de análisis bajo estudio se permitirá identificar si es necesaria la debida motivación de los fines de la pena en la emisión de una sentencia.

Población y muestra

Población

Para la presente investigación se tendrá como población a los abogados del distrito judicial de Huaura, con especial precisión a los 823 abogados colegiados y habilitados en el Colegio de Abogados de Huaura.

Muestra

La muestra será calculada teniendo en cuenta la población de los encuestados (abogados del distrito judicial de Huaura), para lo cual se tendrá en cuenta la siguiente fórmula estadística:

$$n = \frac{p \times q \times Z^2 \times N}{Z^2 \times p \times q + e^2 (N - 1)}$$

Leyenda:

n = Tamaño de la muestra

N = Tamaño de la población

p y q = desviación estándar de la población que, generalmente cuando no se tiene su valor, suele utilizarse un valor constante de 0,5. (Valor estándar = 0.5)

Z = valor obtenido mediante niveles de confianza. Es un valor constante que, si no se tiene su valor, se lo toma en relación al 95% de confianza equivalente a 1,96 (como más usual) o en relación al 99% de confianza equivale 2,58, valor que queda a criterio del investigador.

e = limite aceptable de error muestral que, generalmente cuando no se tiene su valor, suele utilizarse un valor que varía entre el 1% (0,01) y 10% (0,10), valor que queda a criterio del encuestador.

$$n_l = \frac{0.5 \times 0.5 \times (1.96)^2 \times 823}{1.96^2 \times 0.5 \times 0.5 + (0.10)^2 (823-1)}$$

$$n_l = 86.10 = 86.10$$

n_l = el tamaño de muestra poblacional es de 86 personas

Operacionalización de las variables e indicadores

HIPOTESIS	VARIABLES	DE	DIMENSIÓN	INDICADOR	ITEM	TECNICA DE RECOJO DE DATOS	INSTRUMENTO Y UNIDAD DE ANALISIS	
		FINICION	OPERACIONAL					
La debida motivación de los fines de las penas al sentenciar garantiza la proporcionalidad de la pena (Huaura, 2017-2018).	Debida motivación de los fines de las penas al sentenciar.	Razones en base a los fines de la pena, que sustenten la tomas de una decisión de carácter judicial.	Razones en base a la finalidad de la pena	Preventiva	Defensa de la sociedad	Si	Encuesta	Cuestionario A ser aplicados en los operadores del derecho del distrito judicial de Huaura.
						No		
					Grado de valoración	Si		
						No		
				Protectora	Por parte del Estado	Si		
						No		
				Resocializadora	Reeducación	Si		
						No		
					Rehabilitación	Si		
						No		
					Reincorporación	Si		
						No		
	Proporcionalidad de la pena	Con el cual se evita la utilización o aplicación	Evita utilización desmedida	En sentido amplio	Adecuación a fin	Si		
						No		

		desmedida de sanciones a los procesados.			Necesidad de la pena	Si		
						No		
					Mínima intervención	Si		
						No		
				En sentido estricto	Ponderación de la pena	Si		
						No		
					Finalidad que persigue la pena	Si		
						No		

Técnicas de Recolección de Datos

Técnicas a emplear

Para recolectar la información y los datos pertinentes de las variables de investigación, es necesario requerir técnicas destinadas para esta causa, siendo las principales el fichaje, la observación y el cuestionario.

La técnica del cuestionario es aquel método donde se utiliza un formulario impreso con diferentes preguntas y respuestas sobre el tema a investigar, este formulario tiene por finalidad obtener respuestas del problema identificado en nuestra investigación el cual deberá ser contestado por la población muestral delimitada.

Descripción de los instrumentos

Los instrumentos que se utilizarán en la presente investigación, los mismos que permitirán obtener la información de la muestra, son los cuestionarios. Tales instrumentos son los idóneos para los fines de la investigación, toda vez que se requiere conocer la idea que tienen los operadores del derecho en el distrito judicial de justicia de Huaura respecto del problema planteado.

Técnicas para el Procesamiento de Información

Recolección de datos

La recolección de datos es una técnica para procesar información útil los cuales van a ser evaluados, ordenados y discutidos por el investigador; a través, de esta información recopilada éste pueda tomar decisiones y desplegar acciones pertinentes en la investigación, por lo tanto se debe tener en cuenta lo siguiente:

- La entrada
- El proceso
- Salida

Codificación

En cuanto a la codificación se les asigna valores basados en los porcentajes numéricos de los datos obtenidos a fin de proceder a una interpretación que refleje de forma verdadera los datos recolectados.

Tabulación

Con respecto a la tabulación que se lleva a cabo, consiste en un conteo de las respuestas que hayan sido obtenidas en la aplicación de los instrumentos de recolección de datos, los cuales serán descargados en medios electrónicos que han sido recomendados los cuales sirven para procesar de forma electrónica.

Registro de datos

Todo registro o inventario es un plexo de columnas que contienen los datos que forman parte de los caracteres repetitivos de una entidad. Cuando se realice un registro de forma automática se debe de asignar un número de registro que a veces es denominado índice.

En un sistema informático, un registro es denominado fila o columna que vas detallar los datos de un determinado objeto que se encuentran estructurados en una tabla, la cual contendrá filas y columnas que también pueden ser diferenciados como campos

Presentación de datos

En cuanto a la presentación de los datos obtenidos de la aplicación de los instrumentos requeridos en esta investigación, se podrá dar bajo dos modalidades; por un lado, de forma escrita, a través de las cuales se expondrá un análisis exhaustivo de los datos obtenidos; y, por otro lado, de forma tabular, es decir, a través de la aplicación de programas informáticos que nos permite ordenar la información.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

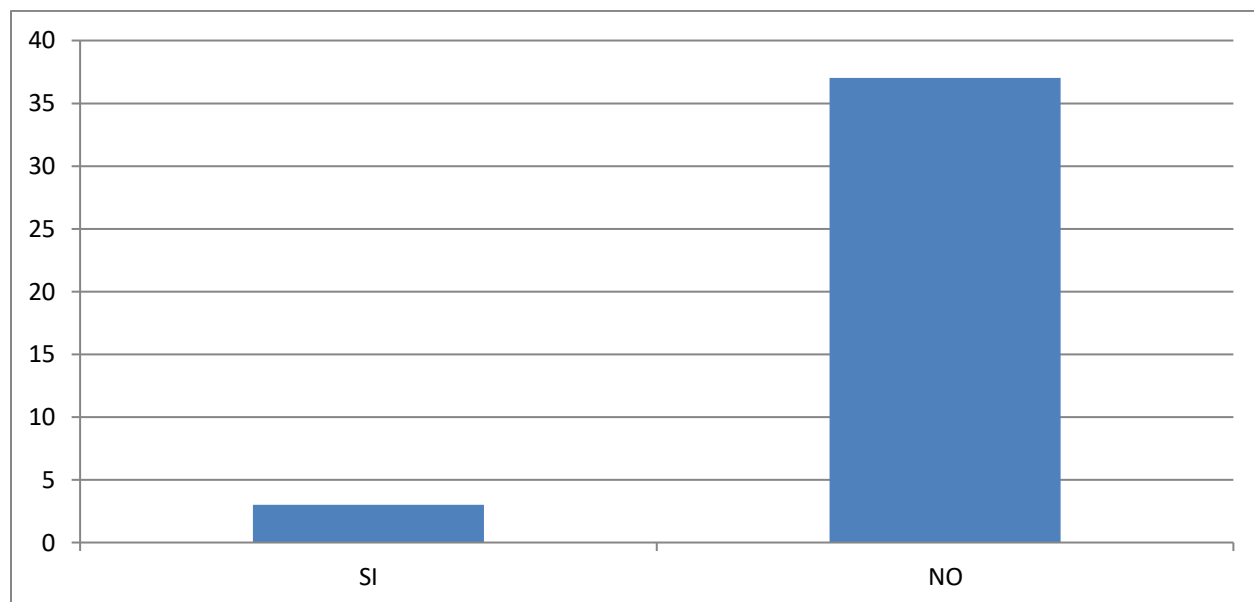
Presentación de cuadros, figuras e interpretaciones

Para la verificación de nuestra hipótesis planteadas, hemos aplicado un cuestionario de preguntas a nuestra muestra de estudio, basadas en 03 preguntas, ejecutada a personas con conocimiento en el Derecho como Magistrados, fiscales, abogados de la defensa publica penal, abogados particulares, estudiantes del último ciclo de derecho y ciencias políticas, todos ellos a un total de 40 encuestados a fin de obtener una apreciación concreta sobre su posición en referencia al tema de investigación en los juzgados penales de Huaura, y la información obtenida ha sido debidamente analizada y discutida, cuyos resultados se ve reflejado en los gráficos que a continuación presentaremos.

Tabla 1*Aplicación de la Descripción Social ante el Sujeto Activo del Delito*

¿Usualmente los Administradores de Justicia al momento de la determinación de la Pena, en alguno de sus fundamentos, aplican la descripción social del sujeto activo del delito (Etapa del Juzgamiento)?	Frecuencia	Porcentaje
Si	3	7.50%
No	37	92.50%
TOTAL	40	100%

Fuente: elaboración propia.

Grafico 1

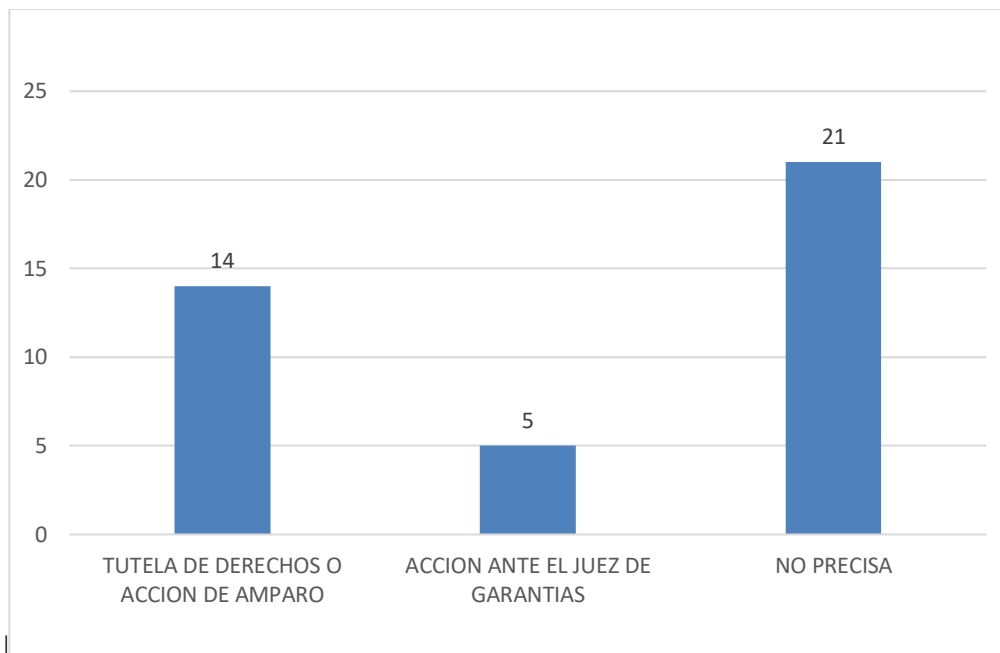
Fuente: elaboración propia.

Nota. De la figura 01, a la pregunta ¿Usualmente los Administradores de Justicia al momento de la determinación de la Pena, en alguno de sus fundamentos, aplican la descripción social del sujeto activo del delito (Etapa del Juzgamiento)? Indicaron: un 7.5 % que sí; y un 92.5 % que, no.

Tabla 2*Instituciones Procesales que recurren las partes procesales*

¿A qué institución procesal recurren las partes procesales cuando el Juez a cargo omite la motivación de poder determinar la descripción social, del sujeto activo del delito, la misma que debería ser objeto también de la investigación preparatoria propiamente dicha?	Frecuencia	Porcentaje
Tutela de Derechos o Acción de Amparo	14	35%
Acción ante el Juez de Garantías	5	12.5%
No Precisa	21	52.5%
TOTAL	40	100%

Fuente: elaboración propia

Grafico 2

Fuente: elaboración propia

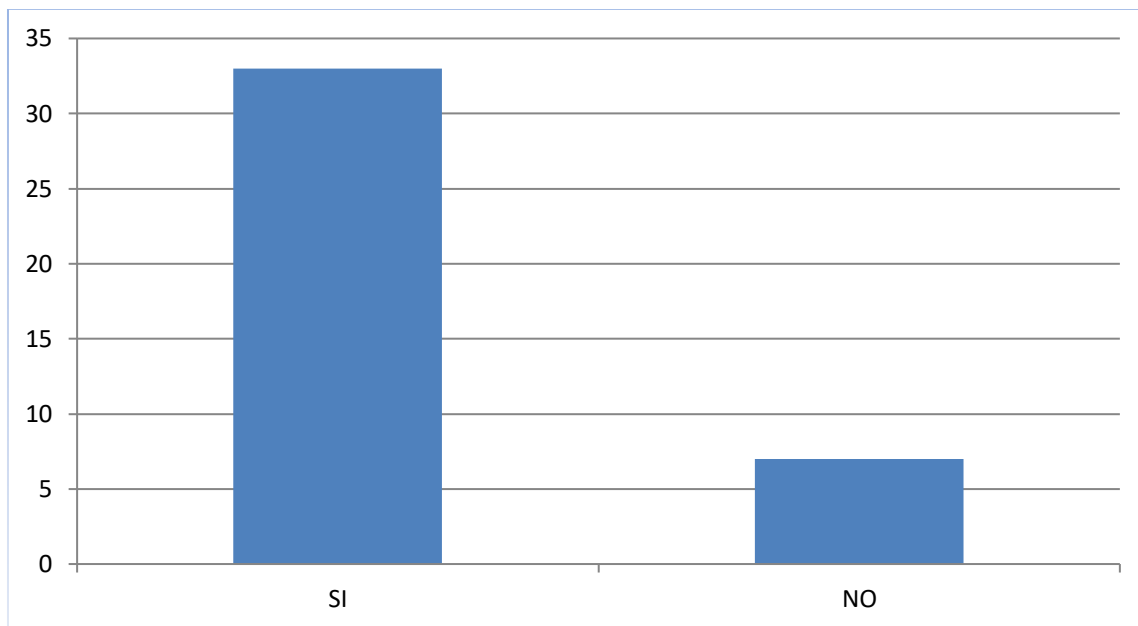
Nota. De la figura 02, a la pregunta ¿A qué institución procesal recurren los sujetos procesales cuando el Fiscal a cargo omite la motivación de poder determinar la descripción social, del sujeto activo del delito, la misma que es objeto de la investigación preparatoria propiamente dicha? Indicaron: Tutela de Derechos o Acción de Amparo un 35%, Acción ante el Juez de Garantías un 12.5%, y No Precisa un 52.5%.

Tabla 3

Diligencias útiles y pertinentes para mayor enfoque sobre el sujeto activo del delito

¿Considera usted que el Ministerio Público debe de realizar las diligencias útiles y pertinentes para poder tener una imagen no solo psicológica y física, sino también social del sujeto activo del delito, y que este aspecto sea valorada por el juez (Etapa de Juzgamiento)?	Frecuencia	Porcentaje
Si	33	82.50%
No	7	17.50%
TOTAL	40	100%

Fuente: elaboración propia

Grafico3

Fuente: elaboración propia

Nota. De la figura 03, a la pregunta ¿Considera usted que el Ministerio Público debe de realizar las diligencias útiles y pertinentes para poder tener una imagen no solo psicológica y física, sino también social del sujeto activo del delito, y que este aspecto sea valorada por el juez (Etapa de Juzgamiento)? Indicaron: SI un 82.5% y NO un 17.5%.

Contrastacion de la Hipotesis

En cuanto a la contrastación, también conocida como control empírico, nos otorga la combinación del razonamiento lógico y la observación empírica, entendido estos como la deducción, la observación de fenómenos y su análisis estadísticos; por lo que podemos afinar en palabras de Giuseppe Bettiol: *“El Derecho Penal es antes que nada filosofía, porque, tanto en una concepción espiritista como una materialista, tanto bajo un perfil indeterminista como determinista, las soluciones formuladas reflejan una determinada actitud mental respecto de los máximos problemas de la vida, y por consiguiente una filosofía. El Derecho Penal compromete justamente aquellos: naturaleza del hombre, la existencia o inexistencia de una libertad, la idea de una culpa moral, la del castigo, la posibilidad de una redención, la pena de muerte y así sucesivamente.”*; por lo que podemos ver que existe ya de por sí una vértice que otorga la independencia del individualismo, frente a la obligación de otorgar a las acciones por sí solas una traducción objetiva a una norma en específica; sin otorgarle el individualismo necesario, un ejemplo sencillo apartándonos del derecho y acoplando una teoría del estudio de la lengua y los dialectos, en la cual la traducción no debe entenderse como la palabra propiamente dicha, sino más ligada a la interpretación, puesto que el espíritu de la lengua castellana que es la que está escrita en nuestra norma, y esta no se puede interpretar con la misma acepción por parte de los quechua o aymara hablantes, otorgándoles así una diferente interpretación de la norma al momento de dicha traducción al idioma, puesto que no existe un determinismo de palabras objetivamente, sino una interpretación de las mismas en cuanto al modo o

circunstancia en que esta se puede expresar y con el sentido de necesidad de la interpretación de la norma, por lo cual se debe otorgar el espíritu necesario para enmarcarla como una interpretación mental, y la misma que puede generar abuso, oposición, inconformidad, o una falta de acoplamiento a la realidad de la norma penal a la interpretación del individuo.

Por lo que en cuanto a que los sujetos procesales deberían solicitar ante los administradores de justicia, la necesidad de implementar en sus actos procesales, un sustento que determine la posición y el rol social objetivamente de un imputado. Con el fin de aproximarse a la función social del derecho penal y a una pena Jurídica-Socialmente determinada. Por lo que la diversidad de idiosincrasia de nuestra nación hace que el derecho tenga que ser necesariamente acoplable, interpretable y adaptable a la tipo de usos, costumbres, lengua, perspectiva y otros indicadores de un determinado lugar, región o comunidad.

En cuanto a la omisión injustificada de la determinación de la posición del rol social del imputado por parte del Ministerio Público, o en la fundamentación por parte del Poder Judicial; por lo cual deberían realizar actos o diligencias que sean pertinentes y útiles para el proceso, tanto en la etapa de investigación propiamente dicha, como ante el juez, para que este opte por fundamentar un pronunciamiento judicial cerca a la realidad social; la misma que debería ser debatida en audiencia, enmarcando los principios constitucionales del sistema acusatorio adversarial que se hayan en el NCPP, tal como es oral, público y contradictorio; por el principio de humanidad como ya hemos referido engloba el humanismo, la moral, el desarrollo, los derechos humanos, y la seguridad de las personas;

por lo que constituye una de las principales fuentes del derecho internacional en general y del derecho internacional humanitario en particular; y disgregando su rango de protección de derechos tomamos, aquellos que se adquirieron a través de la dinámica social las mismas que son la moral y el desarrollo, entendida esta como el factor intrínseco y extrínseco del individuo, por el cual adquiere capacidad para evaluar acciones, y otórgales valor a los bienes jurídicos, los mismos que se enmarcan en el contexto social en que se desenvuelven, por lo que en algunos o muchos casos es un valor distinto a otorgado por la norma penal.

Capítulo V

Discusión, Conclusiones y Recomendaciones

Discusión

Del resultado mecánico de la observación de los hechos nos permitió obtener características peculiares de los datos obtenidos, los que se ven expresados contextualmente en la presente discusión de resultados, significando que no existen estudios previos sobre el particular que hayan sido desarrollados en el Distrito Judicial de Huaura.

De los resultados obtenidos del Trabajo de campo podemos apreciar una necesidad de hacer del Derecho Penal, un derecho más humano acorde a las características sociales que enmarcan el actuar, usos, costumbres y creencias, así como las instituciones que limitan funciones y obligaciones dentro de la sociedad, las mismas que otorgan al individuo la creación y apreciación de un sinnúmero de acciones; y la valoración de estas acciones en cuanto a sus preceptos sociales; es por ello que al poner en valor el resultado de la apreciación de los estándares jurídicos se puede apreciar una necesidad de admitir a proceso la necesidad de los determinismos sociales que enmarcan las acciones de los individuos; como vemos en la tabla N° 1, se aprecia una confirmación de la no determinación de la descripción del sujeto activo del delito; eximiéndose u otorgándole poca relevancia a la pericia psicológica, entendida esta como una imagen del sujeto activo del delito al momento del proceso; asimismo en la tabla N°2, podemos observar en cuanto a la pregunta a que institución procesal recurren las partes procesales, podemos observar

que la tutela de derecho o la acción de amparo, en la etapa de investigación preparatoria o diligencias preliminares un 35% de los procesos observan afectación de sus derechos, asimismo realizar alguna acción ante el juez de garantías, solo contempla un 12.5% de posibilidades de poder accionar frente a una falta de determinación de la responsabilidad, y un mayoritario 52.5 % no precisa que tipo de institución acudir cuando existe la omisión de la descripción social del sujeto activo del delito; en cuanto a la Tabla N° 3, frente a la necesidad de realizar las diligencias que se avoquen a la descripción social del sujeto al momento de la comisión del delito y que esta sea valorada y motivada al momento de la determinación de la pena en la etapa de juzgamiento, podemos visualizar que un 82% señala que es necesario tener el perfil psicológico y social del sujeto al momento de la comisión del delito; por lo que es visible la que no existe valoración a la descripción social en alguna etapa del proceso penal, así como las instituciones que protejan el derecho de individualidad, y la necesidad de valorar la descripción social de sujeto activo del delito.

El análisis de estos materiales arrojó conclusiones e información que nos otorga la percepción de los actores respecto de la estructura, forma y dinámica de la pena en el Perú que es una institución jurídica que debería resguardar los derechos del imputado en caso de que el representante del Ministerio Público, se rehúse sustentar la posición social de un sujeto activo del proceso, asimismo que el juez al momento de su determinación otorga a la pena un mero análisis, siendo este un factor determinante al momento de la sustentación del quantum de la misma.

1. Podemos ver que ante la primera pregunta ¿Usualmente los Administradores de Justicia al momento de la determinación de la Pena, en alguno de sus fundamentos,

aplican la descripción social del sujeto activo del delito (Etapa del Juzgamiento)?

Indicaron: un 7.5 % que sí, que los jueces en sus fundamentos aplican una descripción social del imputado; y un 92.5% que No, que los Jueces al momento de realizar la determinación de la pena no valoran ni fundamentan la descripción social del imputado. Asimismo podemos ver que el código procesal penal faculta al imputado y a los demás intervinientes del proceso a solicitar al Fiscal todas las diligencias que considere pertinentes y útiles, con la finalidad de esclarecer los hechos, esto lo describe el artículo 337.4 del código adjetivo.

2. A la segunda pregunta ¿A qué institución procesal recurren los sujetos procesales cuando el Fiscal a cargo omite la motivación de poder determinar la descripción social, del sujeto activo del delito, la misma que es objeto de la investigación preparatoria propiamente dicha? Indicaron: un 35% que recurrirían a la Tutela de Derechos o a la Acción de Amparo, un 12.5% a la Acción del Juez de Garantías y un 52.5% no precisaba si era legal o procedimental, realizar la descripción social de un imputado. Se puede decir que la Tutela de Derechos del imputado tiene su fundamento en el artículo 71 del código procesal penal, el cual en su primer inciso señala que *“el imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su abogado defensor, los derechos que la constitución y las leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso”*; el mismo artículo continúa indicando un catálogo de derechos que le competen al imputado y que cuando el imputado considere que durante la diligencia preliminar o en la investigación preparatoria no se ha dado cumplimiento a esas disposiciones, o

no se hayan respetado sus derechos o cualquier otra causa que indique el inciso 4 del artículo en mención el mismo que señala “*cuando el imputado considere que durante las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al juez de la investigación preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan*”, puede acudir en vía tutela al juez. Sin embargo, de ellos se colige que la Tutela de Derechos está enmarcada únicamente a lo establecido en el artículo 71, el cual podría fundamentarse en el primer párrafo del artículo en mención. Por otro lado, la Acción de Amparo, procede en resguardo de los derechos fundamentales a excepción de los protegidos por el habeas corpus y el habeas data, entre los derechos protegidos por la acción constitucional de amparo aparece la tutela procesal efectiva, la misma que se consagra en el artículo 139.3 de nuestra Constitución, no sin antes poder mencionar que, para la procedibilidad de este proceso se requiere poder agotar las vías previas, conforme está establecido en el artículo 45 del Código Procesal Constitucional. Sabiendo que el mencionado proceso constitucional requiere el agotamiento de vías previas, también se tiene la alternativa señalada por el artículo 337 del NCPP, que es la *Audiencia de Garantías*. Siendo esta última la institución a la cual podemos acudir en caso de que el representante del ministerio público se rehúse injustificadamente a realizar los

actos de investigación necesarios y que sean de necesarios para que al momento de la determinación de la pena, al imputado se evalué la perspectiva social acogida.

3. Y por consiguiente a la última pregunta sobre si ¿Considera usted que el Ministerio Público debe de realizar las diligencias útiles y pertinentes para poder tener una imagen no solo psicológica y física, sino también social del sujeto activo del delito, y que este aspecto sea valorado por el juez (Etapa de Juzgamiento)? Indicaron: SI un 82.5% y NO un 17.5%. lo que nos deslumbra el hecho de que el juez y el fiscal en sus actuaciones deberías tener como marco principal eh hecho de valorar la perspectiva de los sujeto activo del delito, sin embargo, un 10% ha señalado que el Ministerio Público no tiene este deber de realizar las diligencias solicitadas, desconociendo, tal vez, que para que una persona sea declarada responsable de la comisión de un delito, se requiere de suficiencia probatoria, la cual debe ser de cargo y de descargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales, que al no ser un sistema acusatorio puro este no permite a la defensa la realización de diligencias preliminares, por el contrario, la defensa debe solicitarlas al Ministerio Público; y es por ello que al momento de solicitar una descripción del imputado en ninguna sentencia de la corte superior de justicia de Huaura, revisada por el redactor del presente trabajo , tiene una descripción objetiva del rol social del imputado.

Conclusiones

Bien sabemos que el Ministerio Público investiga el delito y es el titular de la acción penal a través de la formulación de la acusación; el abogado defensor tiene el deber

de preservar los intereses del investigado y del acusado; y que el juez, es quien dirime la causa con imparcialidad y por tal función, se le compete la dirección del proceso penal, teniendo la función fundamental de determinar no solo la función de los hechos suscitados, sino también las circunstancias y que estas no solo se limitan meramente a el lugar de los hechos; sino que se extrapolan a circunstancias socialmente determinantes en el actuar del objeto dinámico de la sociedad y el ser del derecho en general.

Entonces, podemos concluir en base a lo expuesto y a las cifras arrojadas, que los administradores de justicia (juez), en su mayoría, no optan por solicitar al Ministerio Público la realización de diligencias de tipo social que el juez necesitaría para determinar el perfil social y el rol que tiene al momento de cometerse un delio, por parte del imputado. Asimismo, algunos sugieren que el Ministerio Público no tiene el deber de realizar estas diligencias solicitadas por más que ellas sean útiles y pertinentes para que al momento de la determinación de la pena el juez (Etapa de Juzgamiento) pueda hacer de esta una más socialmente comprometida con el ser social de la persona y no con el ser ideal de la legislación.

Por otro lado, tenemos que los sujetos procesales desconocen la vía idónea para defender su derecho a solicitar al Ministerio Público la realización de diligencias necesarias para el esclarecimiento de la situación social del imputado, este debería ser parte necesaria no solo para atenuar penas sino también poder ser un agravante en algunas, puesto que la descripción del rol social que tiene una persona al momento de la comisión de un delito, se basa en factores externos de la comisión misma del delito, pero que esta a su vez tiene una

injerencia sobresaliente sobre el hecho delictivo, por el mismo hecho que el constructo social del imputado es predeterminado por la norma.

Asimismo se puede señalar que en la etapa de la investigación preparatoria, y en la etapa de juzgamiento, a diez años de la reforma, sigue existiendo desconocimiento de todas las bondades que nos ofrece este Nuevo Código Procesal Penal, que se fundamenta no solo en la garantía de los derechos fundamentales del agraviado, sino también del imputado, pero que a la vez otorga una necesidad de generar un constructo social del sujeto activo del delito, y ya no extralimitándose a normas objetivas sino al mantenimiento de la dinámica del derecho.

Recomendaciones

Se recomienda a los sujetos procesales hacer mayor y mejor énfasis en el uso de las instituciones jurídicas del Nuevo Código Procesal Penal, como bien sabemos, no es ajeno que no es una herramienta jurídica perfecta, pero se constituye como un modelo para poder garantizar los derechos del agraviado, actor civil, de la sociedad y, claro está, del imputado.

Sabemos que la finalidad del proceso penal es la búsqueda de la verdad material, desde un concepto no objetivístamente puro del hecho, por lo que resulta pertinente exhortar a los abogados tanto defensores como del agraviado a solicitar al fiscal que realice diligencias que sean útiles, pertinentes y necesarias, pues de ello ya no solo depende la libertad de vuestro patrocinado sino de un derecho que no agrede socialmente el sistema y que al momento de la emisión de una sentencia; y la objetividad de esta como sabemos se expresa mediante la pena en sus diferentes clases, como lo son la Privativa de libertad,

Restriictiva de Derechos, Limitativas de Derechos y la Multa; se pueda deslumbrar la responsabilidad de un imputado, mediante una real suficiencia probatoria, y que estas pueden ser de cargo y/o descargo, las cuales deberán ser obtenidas y actuadas observando las debidas garantías no solamente procesales sino que exista un respeto a la vigencia del derecho, en su protección dinámica de la Persona Humana.

Si bien el código procesal penal no es claro al señalar objetivamente, de qué forma se podría solicitar al Juez de la Investigación preparatoria, realizar actos de determinación de la situación social del Imputado al momento de la comisión del hecho delictivo, este no es ajeno a que exista necesariamente una pericia social, o que el juez fundamente los hechos solo ha procedimientos que parecen de tipo mecánico, sino a instar al juez a que realice el trabajo encomendado constitucionalmente, que es el de administrar justicia al amparo de la no defraudación de nuestra Carta Marga, y su fin, que es el la defensa de la persona y el respeto de su dignidad.

Por lo que es necesario dar una forma de solución, la cual es tener un pronunciamiento respecto a la necesidad de tener una descripción social del imputado al momento de la Formalización de la demanda y que esta, a su vez sea evaluada por el juez al momento de la determinación de la pena; en cuando a la mayoría de los sujetos procesal, por la razón de que el Código no es claro al señalar de qué forma se podría instar al Juez de la Investigación preparatoria para que dirima sobre la negativa del Ministerio Público, en cuanto a realizar una diligencia que determine la situación social, puesto que esto tendría que darse como diligencias útil y pertinente, que podrían llevar a determinar atenuantes o

agravantes, logrando así una equidad de la sanción que devendrían a una aceptación social del derecho en general.

Capítulo VI

Fuentes de Información

Fuentes Bibliográficas

Angulo Arana, P (2007). La función del fiscal. Estudio comparado y aplicación al caso peruano. Jurista Editores.

Bajo Fernández, M (1991). Manual De Derecho Penal, Ceura.

Binder, A (1993). Introducción al Derecho Procesal Penal. Ad – Hoc.

Binder, A (2002). Introducción Al Derecho Procesal Penal, 2da Edición, Ad - Hoc.

Bonnio, N (1993). Igualdad Y Libertad, Paidós.

Caceres Julca, R (2005). Código Procesal Penal comentado, Jurista Editores.

Cuello Calon, E. (1953). Derecho Penal. Editorial BOSCH.

Demetrio Crespo, E. (2008). Culpabilidad y fines de la pena. Editorial Grijley.

Ferrajoli, L (2001). Los Fundamentos De Los Derechos Fundamentales. Trotta.

Ferrajoli, Luigi (2005). Derecho y Razón: Teoría Del Garantismo Penal, 7ma Edición, Trotta.

Frisch Wolfgang (2004). Comportamiento Típico e Imputación del Resultado.

Freyre, P. C. (1999). Derecho Penal Parte General. Editora Córdoba.

Gálvez Villegas, T, RABANAL PALACIOS, William & CASTRO TRIGOSO, Hamilton (2008). El Código Procesal Penal, Jurista Editores.

Garduño Garmendia, J (1991). El Ministerio Público En La Investigación De Delitos, México D. F.

García Cavero, P. (2012). Derecho Penal Parte General. Lima: IDEMSA.

Heinrich Jescheck, H. (2014). Tratado de Derecho Penal Parte General. Editorial Instituto Pacifico.

Horvitz lennon, M & López Masle, J. Derecho Procesal Penal chileno. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile.

Hruschka, Joachim. (2009). Imputación y Derecho penal.

Jakobs, Gunther. (1996). Fundamentos del Derecho Penal.

Jakobs, Gunther. (2006). La Prohibición de Regreso en los Delitos de Resultado; en Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados.

Lucchini, Luigi. (1995). Elementos Del Proceso Penal, Barbera.

Lesch, H. H. (1999). La función de la pena. Traducción de Javier Sanchez Vera.

Mir Puig, S. (2008). Derecho Penal. Parte General. Editorial Reppertor.

Neyra Flores, J. (2010). Manual Del Nuevo Proceso Penal Y De Litigación Oral, 1ra Edición, Idemsa.

Palermo, O. (2006). La Legítima Defensa-Una Revisión Normativa. Editorial Hammurabi SRL.

Peña Cabrera Freyre, A. (2009). Exégesis: Nuevo Código Procesal Penal, 2ª edición, Tomo I, Editorial Rodhas.

Peña Cabrera Freyre, A. (2012). Derecho Procesal Penal: Sistema Acusatorio Teoría Del Caso Técnica De Litigación Oral. Tomo I, Editorial Rodhas.

Piña Rochefort, J. (2008). Rol Social Y Sistema De Imputación Objetiva-Una Aproximación Sociológica a la Función del Derecho Penal-Teoría de Sistemas y Sistema Jurídico. Ara Editores - Primera Edición Peruana.

Ramos Bohorquez, M. (2009). Constitución Política del Perú.

Rosas Yataco, J. Manual de Derecho Procesal Penal – Con aplicación al Nuevo Proceso Penal. Jurista Editores - Primera Edición..

Rosas Yataco, J. (2013). Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo VI, 1era edición.

Roxin, C. (2007). Observaciones a la Prohibición de Regreso, en La Teoría del delito en la Discusión Actual.

Roy Freyre, L. (1975). Derecho Penal Peruano - Parte Especial, Tomo II.

San Martín Castro, C. (2005). Introducción general al estudio del Nuevo Código Procesal Penal en el Nuevo Proceso Penal – Estudios fundamentales, Palestra.

San Martín Castro, César (2012). Estudios De Derecho Procesal Penal, Grijley.

San Martín castro, César (2003). Derecho Procesal Penal, Tomo I, 2da Edición,
Grijley.

Sánchez Velarde, Pablo (2005). Introducción Al Nuevo Proceso Penal, Idemsa,.

Sachez Velarde, Pablo (2004). Manual De Derecho Procesal Penal. Editorial
Moreno SA.-Mayo 2004.

Huerta Tocildo, S. (1987). Problemas Fundamentales de los Delitos de Omisión.

Villa Stein, J. (2014). Derecho Penal Parte General. Lima: ARA Editores.

Villavicencio Terreros, F. (2009). Derecho Penal Parte General. Lima: Grijley.

Villaviicencio Terreroa, F. (2006). Derecho Penal. Parte General. Lima: Editorial
Grijley.

Zaffaroni, E. R. (1997). Sentido y justificación de la pena. Buenos Aires: Editores
del Puerto.

Fuentes hemerográficas

Lesch, H. H. (1999). La función de la pena. Bogotá: Universidad Extremado de Colombia.

Sotomayor. (2016). “Fines de la pena y derecho a la reinserción social en el sistema constitucional”. Universidad EAFIT.

Espinoza (2011). “La pena privativa de la libertad y su fin rehabilitador en Costa Rica”. Universidad de Costa Rica.

Chávez. (2017). “El trabajo comunitario como alternativa para la conversión de las penas en el delito de omisión a la asistencia familiar para los fines de resocialización del imputado”. Universidad Andina de Cusco.

Peñaloza. (2018). “La indebida motivación de las penas en las sentencias, por la falta de presupuestos para fundamentar la pena y circunstancias de atenuación y agravación de la pena en juzgados unipersonales y colegiados en Tacna, 2016”. Universidad Privada de Tacna.

García (2017). “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”. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Valderrama (2016). “La determinación judicial de la pena de acuerdo al artículo 45-A del Código Penal y el principio de proporcionalidad”. Universidad Andina del Cusco.

Fuentes documentales

INSTITUTO PERUANO DE CRIMINOLOGIA. Programa de Actualización y Especialización en Derecho y Ciencias Jurídicas. Derecho Procesal Penal I. Enero - 2006.

INSTITUTO PERUANO DE CRIMINOLOGIA. Programa de Actualización y Especialización en Derecho y Ciencias Jurídicas. Derecho Procesal Penal II. Junio - 2006.

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DEL CALLAO. Criminalística, Medicina Legal y Ciencias Forenses en el Nuevo Código Procesal Penal: Innovaciones y Recomendaciones Normativas. Setiembre -2011.

ESCUELA DE CAPACITACION ECAPREV. Delitos de Corrupción de Funcionarios en el Nuevo Código Procesal Penal. 2014.

MEDINA FRISANCHO, José Luis. La Teoría de la Imputación Objetiva en el sistema Funcional del Derecho Penal. 2009.

Fuentes electrónicas

https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_35.pdf

<http://www.rae.es/>

<http://www.tc.gob.pe/tc/resolucion/pubwebmes/ultimo>

<http://sitios.poderjudicial.go.cr/salaconstitucional/Constitucion%20Politica/Principios%20Constitucionales/HUMANIDAD.htm>

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TITULO	PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES
Debida motivación de los fines de la pena por el juez al sentenciar para garantizar la proporcionalidad de la pena	Problema General ¿De qué manera la debida motivación de los fines de las penas al sentenciar garantiza la proporcionalidad de la pena (Huaura, 2017-2018)? Problemas específicos	Objetivo General Determinar como la debida motivación de los fines de las penas al sentenciar garantiza la proporcionalidad de la pena (Huaura, 2017-2018). Objetivos Específicos 1. Establecer como el grado de valoración de los fines de la pena	Hipótesis General: La debida motivación de los fines de las penas al sentenciar garantiza la proporcionalidad de la pena (Huaura, 2017-2018). Hipótesis Específicas: 1. El grado de valoración de los fines de la pena garantiza la proporcionalidad de la pena.	Variable independiente: Debida motivación de los fines de las penas en las sentencias Variable dependiente:

(Huaaura, 2017-2018)	<p>1. Cómo el grado de valoración de los fines de la pena garantiza la proporcionalidad de la pena?</p> <p>2. ¿De qué manera la defensa de la sociedad garantiza la proporcionalidad de la pena?</p>	<p>garantiza la proporcionalidad de la pena.</p> <p>2. Determinar de que manera la defensa de la sociedad al sentenciar garantiza la proporcionalidad de la pena.</p>	<p>2. La defensa de la sociedad al sentenciar garantiza la proporcionalidad de la pena.</p>	<p>Proporciona lidad de la pena</p>
----------------------	--	---	---	-------------------------------------

INSTRUMENTO PARA LA TOMA DE DATOS

Tema de investigación

“DEBIDA MOTIVACIÓN DE LOS FINES DE LAS PENAS POR EL JUEZ AL SENTENCIAR PARA GARANTIZAR LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA (HUAURA, 2017-2018)”.

INSTRUCCIONES:

- a) A continuación se le otorgara un conjunto de preguntas para que responda con veracidad.
- b) La información que usted nos brinda es personal y anónima.
- c) Marque con “x”, solo una de las respuestas de cada pregunta, que usted considere la opción correcta. De ello depende la objetividad de la presente investigación.

1.- ¿Usualmente los Administradores de Justicia al momento de la determinación de la Pena, en alguno de sus fundamentos, aplican la descripción social del sujeto activo del delito (Etapa del Juzgamiento)?

- SI
- NO

2.- ¿A qué institución procesal recurren los sujetos procesales cuando el Fiscal a cargo omite la motivación de poder determinar la descripción social, del sujeto activo del delito, la misma que debería ser objeto también de la investigación preparatoria propiamente dicha?

- Tutela de derecho, Acción de Amparo
- Acción ante el Juez de Garantía
- No precisa

3.- ¿Considera usted que el Ministerio Público debe de realizar las diligencias útiles y pertinentes para poder tener una imagen no solo psicológica y física, sino también social del sujeto activo del delito, y que este aspecto sea valorada por el juez (Etapa de Juzgamiento)?

- SI
- NO