



FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

**“APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE
PROPORCIONALIDAD AL MARGEN PRIVATIVO
PARA SERVICIOS COMUNITARIOS DEL AGENTE
SIN AGRAVANTES CUALIFICADAS POR ROBO
AGRAVADO CHICLAYO”**

PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Autor:

Bach. Díaz Vargas, Oscar Benicio

<https://orcid.org/0000-0002-2956-4016>

Asesora:

Mg. Delgado Fernández, Rosa Elizabeth

<https://orcid.org/0000-0002-4719-6640>

Línea de Investigación:

Ciencias Jurídicas

Chiclayo – Perú

2022

“APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD AL MARGEN
PRIVATIVO PARA SERVICIOS COMUNITARIOS DEL AGENTE SIN
AGRAVANTES CUALIFICADAS POR ROBO AGRAVADO CHICLAYO”

Aprobación de Jurado:

Bach. Díaz Vargas, Oscar Benicio
Autor

Mg. Delgado Fernández, Rosa Elizabeth
Asesora

Dr. Barrio de Mendoza Vásquez, Robinson
Presidente

Mg. Delgado Fernández, Rosa Elizabeth
Secretaria

Mg. Rodas Quintana, Carlos Andree
Vocal

Dedicatoria:

Esta tesis lo dedico primordialmente a Dios por darme salud e iluminarme con sabiduría; además con gran consideración a mí mamá, hermanas, sobrino, hermano político, por su aprecio y estima a mi persona; asimismo a mis abuelos y papá por haberme enseñado a lograr los objetivos e inculcarme en el mar de los valores, un abrazo hasta el cielo.

Autor: Oscar Benicio Díaz Vargas

Agradecimiento:

En primer lugar agradecer a Dios, por haberme permitido la realización de la investigación, la cual es una de mis metas personales. A los Docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad Señor de Sipán, por ser los verdaderos paradigmas en la formación académica de la profesión, máxime a los de investigación por ser ilustrativos para desarrollar la Tesis. Además, agradecer a mi familia por su apoyo incondicional.

Autor: Oscar Benicio Díaz Vargas

Resumen

La presente investigación está dirigida a toda la comunidad jurídica de la investigación que tengan interés en conocer la nueva exégesis de los criterios para la aplicación del Principio de Proporcionalidad en agente sin agravantes cualificadas, en el delito de robo agravado, máxime para los Legisladores, motivo que se propone propuesta de lege ferenda, ya que son los comisionados de legislar o abrogar las normas para regular el Sistema Judicial Penal; en ese sentido las normas van a permitir la conversión de la pena privativa de la libertad a una de prestación de servicios a la comunidad, para que los Magistrados apliquen en el caso que amerite, bajo la mínima entidad de afectación al agraviado y este catalogado al derecho fundamental de la libertad del agente primario.

Palabras Claves: Agente primario, conversión de la pena, prestación de servicios a la comunidad, principio de proporcionalidad, sin agravantes cualificadas.

Abstract

This research is aimed at the entire legal research community who are interested in knowing the new exegesis of the criteria for the application of the Principle of Proportionality in qualified agents without aggravating circumstances, in the crime of aggravated robbery, especially for the Legislators, reason that a lege ferenda proposal is proposed, since they are the commissioners to legislate or repeal the norms to regulate the Criminal Justice System; In this sense, the regulations will allow the conversion of the custodial sentence to one of rendering services to the community, so that the Magistrates apply in the case that merits, under the minimum entity of affectation to the aggrieved and this cataloged to the fundamental right of freedom of the primary agent.

Keywords: Primary agent, conversion of sentence, provision of services to the community, principle of proportionality, without qualified aggravations.

ÍNDICE

| | |
|---|-----|
| Aprobación de Jurado:..... | II |
| Dedicatoria: | III |
| Agradecimiento: | IV |
| Resumen: | V |
| Abstract: | VI |
| Índice..... | VII |
| I. INTRODUCCIÓN..... | 11 |
| 1.1. Realidad problemática..... | 12 |
| 1.1.1. Nivel internacional..... | 12 |
| 1.1.2. Nivel nacional..... | 13 |
| 1.1.3. Nivel local..... | 15 |
| 1.2. Antecedentes de estudio..... | 16 |
| 1.2.1. Nivel internacional..... | 16 |
| 1.2.2. Nivel nacional..... | 17 |
| 1.2.3. Nivel local..... | 19 |
| 1.3. Teorías relacionadas al tema..... | 21 |
| 1.3.1. Derecho penal objetivo y subjetivo..... | 21 |
| 1.3.1.1. <i>El derecho penal objetivo – Ius Poenale</i> | 21 |
| 1.3.1.2. <i>Derecho penal subjetivo - Ius Puniendi</i> | 22 |
| 1.3.1.3. <i>Derecho a penar - Ius Puniendi</i> | 23 |
| 1.3.1.4. <i>El fundamento del Ius Puniendi</i> | 23 |
| 1.3.1.5. <i>Límites del Ius Puniendi</i> | 23 |
| 1.3.1.6. <i>Principios limitadores del poder punitivo estatal</i> | 24 |
| 1.3.1.7. <i>Principio limitador de legalidad del derecho penal subjetivo</i> | 24 |
| 1.3.1.8. <i>Principio limitador de última ratio del derecho penal subjetivo</i> | 25 |
| 1.3.1.8.1. <i>Principio limitador de fragmentariedad</i> | 25 |
| 1.3.1.8.2. <i>Principio limitador de intervención mínima</i> | 26 |
| 1.3.1.8.3. <i>Principio limitador de humanidad</i> | 26 |
| 1.3.1.8.4. <i>Principio limitador de proporcionalidad</i> | 27 |
| 1.3.1.8.5. <i>Principio limitador de subsidiariedad</i> | 27 |

| | |
|--|----|
| 1.3.1.8.6. Principio limitador de ultima ratio..... | 28 |
| 1.3.1.9. Principio limitador de protección de bienes jurídicos del derecho penal subjetivo..... | 28 |
| 1.3.1.10.Principios limitadores en el código penal de 1991..... | 30 |
| 1.3.1.10.1. Principio limitador de responsabilidad subjetivo | 30 |
| 1.3.1.10.2. Principio limitador de la pena privativa catalogada a la resocialización..... | 30 |
| 1.3.1.10.3. Principio limitador de presunción de inocencia. | 30 |
| 1.3.1.10.4. Principio limitador de legalidad. | 30 |
| 1.3.1.10.5. Principio limitador de protección respecto a bienes jurídicos. | 31 |
| 1.3.1.10.6. Principio limitador de intervención mínima catalogado a la fragmentariedad y subsidiariedad. | 31 |
| 1.3.1.10.7. Principio limitador de culpabilidad. | 31 |
| 1.3.1.10.8. Principio limitador de proporcionalidad. | 32 |
| 1.3.2. Fundamentos en la aplicación del Principio de Proporcionalidad..... | 32 |
| 1.3.2.1. El principio de proporcionalidad - S.T.C. (2003) Exp. 010–2000 –AI/TC..... | 32 |
| 1.3.2.1.1. Subprincipio de idoneidad o adecuación. | 33 |
| 1.3.2.1.2. Subprincipio de necesidad: denominado también de subsidiariedad. | 33 |
| 1.3.2.1.3. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. | 33 |
| 1.3.2.2. Razonabilidad y proporcionalidad - S.T.C. (2004) Exp. N° 2192-2004-AA/TC.. | 34 |
| 1.3.2.3. Desarrollo de los subprincipios de la proporcionalidad - S.T.C. (2004) Exp. N° 045-2004-PI/TC..... | 35 |
| 1.3.2.4. Conversión de la pena privativa en el robo agravado..... | 36 |
| 1.3.2.5. La pena de trabajos en favor ante la comunidad en los ordenamientos jurídicos de España y Brasil..... | 41 |
| 1.3.2.6. Fundamentos del Principio de Proporcionalidad..... | 43 |
| 1.3.2.6.1. La Ponderación del Principio de Proporcionalidad conocido en dos sentidos según Robert Alexy..... | 45 |
| 1.3.2.6.2. Son Sub Principios del Principio de Proporcionalidad de acuerdo a Robert Alexy los siguientes: | 45 |
| 1.3.2.6.3. La Estructura de ponderación tiene tres elementos según Alexy:..... | 46 |
| 1.3.2.7. Análisis al Tribunal Constitucional referido al Principio de Proporcionalidad.. | 49 |
| 1.3.3. La Pena. | 49 |
| 1.3.3.1. Concepto de pena. | 49 |

| | |
|--|----|
| 1.3.3.2. <i>Fin o finalidad de la pena</i> | 50 |
| 1.3.3.3. <i>Características o peculiaridades de la pena</i> | 53 |
| 1.3.3.3.1. <i>Singularidad personal</i> | 53 |
| 1.3.3.3.2. <i>Singularidad proporcionada</i> | 54 |
| 1.3.3.3.3. <i>Singularidad determinada</i> | 54 |
| 1.3.3.3.4. <i>Singularidad flexible</i> | 54 |
| 1.3.3.3.5. <i>Singularidad pronta e ineludible</i> | 54 |
| 1.3.3.3.6. <i>Singularidad individualizada</i> | 55 |
| 1.3.3.4. <i>La agravación de la pena</i> | 55 |
| 1.3.3.5. <i>Teorías absolutas de la pena</i> | 56 |
| 1.3.3.6. <i>Teorías relativas o preventivas de la pena</i> | 57 |
| 1.3.3.6.1. <i>Teoría de prevención general</i> | 58 |
| 1.3.3.6.2. <i>Teoría de prevención especial</i> | 59 |
| 1.3.3.7. <i>Las teorías sintetizadoras o de la unión de la pena – mixtas</i> | 60 |
| 1.3.3.8. <i>Criterios que determinan la pena en nuestro código penal</i> | 60 |
| 1.3.3.9. <i>Individualización de la pena o sistema de tercios</i> | 61 |
| 1.3.3.10. <i>Circunstancias de atenuación genéricas (ART. 46 del CP)</i> | 62 |
| 1.3.4. <i>El delito de robo</i> | 64 |
| 1.3.4.1. <i>Referencias históricas</i> | 64 |
| 1.3.4.2. <i>Definición del delito de robo</i> | 64 |
| 1.3.4.3. <i>Bien jurídico protegido</i> | 65 |
| 1.3.4.4. <i>Tipicidad objetiva</i> | 65 |
| 1.3.4.5. <i>Conducta típica</i> | 65 |
| 1.3.4.6. <i>Tipicidad subjetiva</i> | 66 |
| 1.3.4.7. <i>Robo agravado Art. 189 CP</i> | 66 |
| 1.4. <i>Formulación del problema</i> | 67 |
| 1.4.1. <i>Problema general</i> | 67 |
| 1.4.2. <i>Problemas específicos</i> | 67 |
| 1.5. <i>Justificación e importancia del estudio</i> | 67 |
| 1.6. <i>Hipótesis</i> | 69 |
| 1.7. <i>Objetivos</i> | 69 |
| 1.7.1. <i>Objetivo general</i> | 69 |
| 1.7.2. <i>Objetivos específicos</i> | 69 |

| | |
|--|----|
| 1.8. Limitaciones..... | 70 |
| II. MATERIAL Y MÉTODO..... | 71 |
| 2.1. Tipo y diseño de investigación..... | 71 |
| 2.1.1. Tipo de estudio. | 71 |
| 2.1.2. Diseño de la investigación. | 71 |
| 2.2. Escenario de estudios | 72 |
| 2.3. Caracterización de Sujetos | 72 |
| 2.3.1. Población. | 73 |
| 2.3.2. Muestra. | 73 |
| 2.4. Variables, operacionalización | 73 |
| 2.5. Técnicas e instrumentos de datos, validez y confiabilidad | 74 |
| 2.5.1. Técnicas de investigación. | 74 |
| 2.5.1.1. <i>Técnica de la investigación del análisis documental.</i> | 74 |
| 2.5.1.2. <i>Técnica de investigación en cuanto a la observación.</i> | 74 |
| 2.5.2. Instrumentos de recolección de datos. | 74 |
| 2.5.2.1. <i>Guía de observación y fuentes de información.</i> | 74 |
| 2.6. Procedimientos para la obtención de datos | 75 |
| 2.7. Procedimiento de análisis de datos | 75 |
| 2.8. Aspectos éticos..... | 76 |
| 2.9. Criterios de rigor científico | 76 |
| III. RESULTADOS | 78 |
| 3.1. Análisis y discusión de resultados..... | 78 |
| 3.2. Aporte científico..... | 84 |
| 3.2.1. Propuesta de lege ferenda. | 85 |
| 3.2.2. Propuesta de derogación. | 86 |
| IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES | 87 |
| 4.1. Conclusiones | 87 |
| 4.2. Recomendaciones..... | 89 |
| REFERENCIAS | 91 |
| ANEXOS..... | 97 |

I. INTRODUCCIÓN

El poder represor del Estado a través del Sistema Jurídico Penal ha sido visto como un arma eficaz en la lucha contra el crimen con la privación de la libertad, también ha sido de alguna manera diferente combatido por la sociedad. Así, la pérdida de libertad se instituyó como una pena, para todo aquél que cometiera un delito, lógicamente grave, que transgrede los pilares fundamentales de un Estado y que implique una situación de peligrosidad para la población.

Es razonable que toda política criminal debe respetar también un Estado Constitucional de Derechos, por lo que se debe analizar los hechos en la consumación del delito catalogándolo al injusto penal si es simple o gravoso, motivo que la privación de libertad con la pena no solamente prive de la libertad, sino que busque la tan anhelada resocialización que es el fin que persigue la pena, como se puede apreciar contra el patrimonio en el delito de robo en su circunstancia agravada, en agentes sin agravantes calificadas, tras las elevadas penas.

El presente trabajo de investigación además ha buscado sustentar los objetivos de la pena en busca de resultados positivos para el país; sin tener que ofrecer el desarrollo de las teorías de la pena en profundidad, se ha realizado la investigación sobre la pena final para saber con qué consideraciones se ha determinado y si se ha catalogado al Principio de Proporcionalidad en atención a las circunstancias de los hechos, del agente sin agravantes calificadas que ha infringido en el delito de robo en su circunstancia agravada.

1.1. Realidad problemática

1.1.1. Nivel internacional.

En la legislación penal de Colombia se han evidenciado notas discordantes en cuanto a la respuesta del Estado contra la criminalidad. Según Cita y González (2016) en cuanto a la proporcionalidad de las penas, se registra una variación de algunos tipos penales descritos en el Código Penal que están en evaluación todo lo referido a la forma de punición que el sistema penal tiene dentro de su catálogo normativo vigente.

En su segundo apartado podemos concluir que de este estudio se tendrán datos importantes que serán de gran contribución en la forma antes señalada, motivo por el cual queda una serie de observaciones y parámetros generales por desarrollar.

En su tercer apartado, denominado de irreductibilidad cuantitativa, en ese sentido se analiza que, por no haber aplicado el referido Principio de Proporcionalidad del poder punitivo, se torna la no posible determinación exacta del quantum de la pena que le corresponde a cada delito. No se puede establecer criterios de validez de aplicación general que fijen límites ante el cálculo de la pena y cuál deberá ser el criterio por falta de la aplicación de la proporcionalidad que haya llevado hasta tal análisis en cada caso particular, una sanción replicable en cuanto a tiempo de la punibilidad.

Entonces la respuesta estatal frente a la criminalidad debería tener ciertos criterios evaluadores en los que se establezcan sistemas, en el que el idóneo sería la aplicación del Principio de Proporcionalidad para que se imponga la pena privativa por la de prestación de servicios comunitarios, con la finalidad que se determine a racionalidad las medidas, catalogada con la garantía de no vulneración de derechos en ciertos casos que corresponda, en ese sentido se centre un requisito en razonabilidad de todos los agentes intervinientes en los mecanismos de respuesta estatal frente a la criminalidad, jueces, legisladores, fiscales y ciudadanía. IBIDEM.

En el cuarto punto de análisis, consideramos como un resultado de la cuantificación en cuanto a la proporcionalidad de las penas que se deben entender, en la esfera jurídica como el perfecto balance entre delito y consecuencia del delito, el mismo que no debería ser un valor inmutable de los fundamentos penales del derecho penal, siendo que nuestra

Constitución Política establece los bienes jurídicos que necesiten defensa, sobre todo los más urgentes y necesarios, los que serán de mucha ayuda para poder proteger a todos los ciudadanos. IBIDEM.

El Principio de Proporcionalidad, es el que debe aplicarse en sus tres dimensiones para controlar el accionar del poder estatal cuando hay una interferencia en los derechos fundamentales, midiendo el impacto de una medida del Estado que emana del poder correspondiente y si es la más adecuada para solucionar la disyuntiva del análisis constitucional. IBIDEM.

Si se condice con el grado de afectación a los derechos fundamentales, siempre bajo el prisma constitucional, llamándose a la primera dimensión “prueba de idoneidad”, resulta pertinente también asegurarse de que no existe algún otro mecanismo que resulte necesario para conseguir el mismo fin siendo la “prueba de necesidad”, y el tercer subprincipio se desarrolla si para el logro de la medida planteada para resolver determinado conflicto no se habría resuelto con los dos primeros, por lo que se desarrolla la “prueba de la ponderación o proporcionalidad stricto sensu”. IBIDEM.

En esa orientación en lo referente a la proporcionalidad, se incrementó la validez de los fallos emitidos en sede constitucional para su aplicación en el caso específico. Roxin (1997) plantea que los operadores del derecho complementen con la ponderación para una pena proporcional y razonable de acuerdo a los actos en el que se consumó el hecho delictivo. En ese sentido alude que, en las constituciones africanas, latinoamericanas, europeas, está explícitamente regulado el Principio de Proporcionalidad.

1.1.2. Nivel nacional.

El Principio de Proporcionalidad en nuestra Constitución Política, se evidencia expresamente en el párrafo último del artículo 200°; en forma de principio, su incidencia no se reduce únicamente a la evaluación del acto que restringe un derecho, en cuanto es similar a un Estado de excepción, sino que podemos utilizar la misma medida para evaluar otros actos que restringen atributos subjetivos de la persona, aun cuando esta haya rendido alguna declaración o no.

Nuestro país, en materia de imponer penas, impone penas graves frente a la comisión de una gama de delitos, entre ellos los atentados contra el patrimonio, es el caso del delito de robo en sus circunstancias agravadas, de gran incidente en nuestro país y que es severamente castigado con penas, no sólo por el ataque al patrimonio de los sujetos pasivos, sino porque es pluriofensivo motivo que lesiona varios bienes jurídicos, entre los que podemos mencionar la integridad física, la libertad, incluso la vida, de manera que en muchos casos el propósito lucrativo de los agentes es tal que se pierde todo aprecio por la vida humana.

Nuestra realidad en las cárceles, como la de en otros países no está dando los resultados que se espera para alcanzar la resocialización de quien es condenado por haber delinuido; en ese orden diferentes críticos afirman que quien entra en una cárcel, por las influencias negativas este ahonda la conducta rebelde y sale a delinquir mucho más, motivo que se debe no sólo a las pésimas condiciones en las que viven y los actos de corrupción interna que afectan la eficacia de la pena por estudio o trabajo, sino también porque cohabitan en sus recintos agentes reincidentes y habituales.

Uno de los problemas secundarios es la sobrepoblación en el penal, que se ha generado con el delito de robo en su figura agravada y el mismo tiene una elevada pena de privación de la libertad, siendo esta una exigencia para delimitar los subprincipios del Principio de Proporcionalidad para que se analice el injusto penal de mínima entidad al momento de la aplicación de la pena en agentes sin agravantes cualificadas.

Como es entendible, a la fecha uno de los problemas es la vulneración del patrimonio del sujeto pasivo, en el delito de robo, mediante el uso de la violencia, en su circunstancia agravada; estipulado en el Código Penal actual, no solo por su aplicación de la pena que restringe la libertad, sino que en su circunstancia agravada está establecido con penas severas, ya que debe ser proporcional y razonable para los fines que busca el Derecho Penal.

En el tenor del anterior párrafo y desde la lógica jurídica, si un agente primario que no ha infringido durante su vida en el que genera lesiones leves con mínimas acciones en un momento circunstancial sin arma de fuego en el robo y el injusto penal es de mínima entidad, es decir los hechos que cometió el agente primario no involucra un elevado grado de intensidad al afectársele la libertad momentáneamente o integridad física mínima, pues el

agente pasivo puede continuar con la normalidad de su vida, siendo que hasta el patrimonio de la víctima se recupera; en ese sentido será proporcional y razonable para que se trate al agente primario e igual que al agente criminal i/o habitual y reincidente, en los que se le recluye en un penal, por el mismo hecho que comparten juntos las celdas, lógicamente la respuesta es no.

1.1.3. Nivel local.

La finalidad de la investigación ha sido analizar e identificar las consideraciones normativas en las sentencias judiciales del Colegiado en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque – distrito Chiclayo, así como determinar criterios normativos para la propuesta de lege ferenda, catalogado al desarrollo del Principio de Proporcionalidad, con la finalidad que se permita convertir la pena privativa de la libertad a una de servicios comunitarios, en el delito de robo en su circunstancia agravada en un agente primario.

Habiendo considerado lo del párrafo anterior, tenemos los criterios determinados en el Código Penal como es: las atenuantes, agravantes, atenuantes privilegiadas, agravantes cualificadas, la condición social, económica y cultural del condenado, así como el artículo 52° sobre la conversión de la pena privativa de libertad, también los demás requisitos que el Código Penal exige y la jurisprudencia, circunstancias que inciden indefectiblemente en el momento de determinar o establecer judicialmente la pena.

Se debe determinar en el juzgamiento penal los motivos que lo conllevaron a cometer el ilícito a un agente sin agravantes cualificadas, muy independientemente del móvil del delito de robo en su circunstancia agravada, que posiblemente podrían haber consumado el delito por salvaguardar otro bien jurídico protegido como la salud entre otros, se admite que no es parte de la investigación, por lo que se ha considerado para su observación, motivo que existe un escenario político sobre criminalizador, basado en fines disuasivos menoscabando la libertad del imputado en un penal donde hay criminales de alto rango delincuencia, hace que sea un trato desproporcionado; por la pena elevada que solo ha servido como una institución disuasiva para la población, que no denota el decrecimiento de la ola de delitos, que a diario se genera en nuestro país.

Por tanto, debemos tener de conocimiento que los agentes que cometen delito por primera vez, es decir agentes sin agravantes cualificadas, que es la esquematización de no ser habituales o reincidentes se le debe dar un trato diferente para su pronta resocialización, en tal sentido convirtiendo la pena privativa por la de servicios a la comunidad, que sería como ejemplo en los casos que el agente todavía no ha trabajado, para que se acostumbre a trabajar y para los que teniendo un trabajo e infringieran para que no volvieran a cometer actos ilícitos.

1.2. Antecedentes de estudio

1.2.1. Nivel internacional.

Alfaro (2017), presentó la tesis de título “El Principio de Proporcionalidad en la Interpretación de los Derechos Fundamentales: Un estudio sobre su aplicación en la jurisprudencia constitucional de Costa Rica”, ante la Universidad Autónoma de Madrid, a fin de conseguir el grado o distinción académica de Doctor en Derecho y Ciencia Política, sostiene como conclusión que:

La determinación acerca de la forma de utilizar y medir la relevancia de esta aplicación, por los pronunciamientos en sede Constitucional, aplicados para solucionar los casos en los cuales se limita de manera efectiva y contundente algunos derechos fundamentales por parte estatal. En su segunda conclusión apunta a que no se evidencia alguna constante específica y clara en lo referido a la clasificación del principio de oportunidad, pues como se puede apreciar, en la etapa preliminar se le consideró como el “Principio de derecho de los derechos humanos”, siendo que por eso se esgrime que en casi todas las sentencias no se consideró categorizar, aunque para inicios del 2015, se percibe el expreso reconocimiento de la Sala de un protocolo que tiene por finalidad objetivar desde el análisis constitucional. Es así que ya se habla del Principio de Proporcionalidad como integrante de cierta estructura, del examen o juicio, en lo que el autor llama como la posición que más predomina en la doctrina y jurisprudencia evidenciable en los tribunales europeos.

Riofrio (2016), en la revista chilena de derecho titulada “*Alcance y Límites del Principio de Proporcionalidad*”, en la parte conclusiva expresa que la adecuada aplicación del Principio de Proporcionalidad se debe tener en cuenta a la concurrencia de los supuestos siguientes:

Que exista una autoridad pública, además que exista un mandato imperativo, también un agente que deba cumplir el mandato imperativo, un orden de razón jurídica y así también la posibilidad de controlar de manera posterior. Entonces, es aconsejable seguir el control de la proporcionalidad de manera conjunta y en consenso con los demás, es decir, argumenta que pese a tener fórmulas matemáticas se debe valorar la proporcionalidad de alguna sanción impuesta. Por lo que primeramente, la identificación de variables de contenido que distinguen la posibilidad del uso de fórmulas matemáticas estrictas es la valoración de un medio de prueba. En ese sentido se exige el principio de razonabilidad, siendo que este se evidencia cuando es aplicado por Jueces con gran preparación, eso quiere decir que se precisa de un Juez preparado intelectual y éticamente para poder hacer lo correcto, pudiendo existir limitaciones únicamente propias de las capacidades.

Villacreses (2018), en la revista San Gregorio titulada “*El Principio Constitucional de Proporcionalidad y la Actividad Legislativa Penal Ecuatoria*”, en su desarrollo número veinte sostiene que:

Alemania es el país que destaca, al ser el creador de la doctrina que luego es extendida por el resto del mundo; las decisiones en sede constitucional, en la utilización y estudio del Principio de Proporcionalidad, lo utiliza para regular la actuación del poder público que pongan en riesgo los derechos primordiales.

1.2.2. Nivel nacional.

Valderrama (2016), quien presentó la tesis titulada “*La Determinación Judicial de la Pena de acuerdo al artículo 45-A del Código de remembranza Penal y el Principio conocido de Proporcionalidad*”, ante la Universidad Andina del Cusco, a fin de optar el título de abogado, en la cual consideró como primer objetivo que:

Al demostrar si al momento de determinar la pena siguiendo como parámetro el art. 45-A del Código de remembranza Penal, se lesiona de alguna manera el Principio conocido de Proporcionalidad, teniendo como objetivo específico

considerar que el primer término debe determinar cómo se regula esta individualización de la sanción penal en la normativa vigente en nuestro país. Además, como segundo objetivo, establecer qué otras situaciones son consecuencia de la determinación de acuerdo al parámetro antes señalado.

Flores (2017), presentó la tesis titulada *“Expediente Penal”, con línea de investigación “Delito contra el Patrimonio - Robo Agravado”,* ante la Universidad Peruana de las Américas, a fin de obtener el título de abogado, en su resumen considera que:

El Expediente Penal N°01117-2012, materia de Investigación contra el Patrimonio – Robo en su circunstancia agravada, proceso ordinario. Se le imputa en compañía de 2 sujetos, por el arrebato de la cartera de la agraviada, que contenía un radio teléfono Nextel, cargador, DNI y la cantidad dineraria de quinientos soles. En el proceso, se determinó en primera instancia la responsabilidad penal del acusado, por el delito de robo con circunstancia agravada, siendo este condenado a una sanción de privación de libertad de diez años, se determinó una reparación civil de S/. 1000 soles. Se interpuso recurso de nulidad, lográndose ante la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, precisamente que se declare nula, se reformuló y se absolvió al sentenciado. Como hechos de esta reforma se citan que la sentencia de primera instancia solo se basó en sindicación de la agraviada, surgiendo incluso en juicio muchas contradicciones, este fundamento de opinión, se usó de base para una sentencia condenatoria.

El caso aludido lo encontramos descrito en el art. 189 del Código de remembranza Penal de la Patria, robo agravado, el tipo penal en mención tiene dos peculiaridades - que lo diferencia del Hurto Simple - el cual primero mencionamos la violencia (bis absoluta) y en segundo orden, la amenaza (bis compulsiva) contra la persona. Se toma como fundamento de la sentencia judicial de la declaración de la agraviada, y, de lo dispuesto o considerado en el Acuerdo Plenario N°02-2005-CJ-116, del que debió analizarse en cuanto a la garantía de certeza de esta declaración de la víctima, lo que conllevaría a sobrepasar y vencer la presunción constitucional de la no culpable del imputado o la inocencia del mismo, hecho que sí realizó la Corte Suprema.

Limay (2019), presentó la tesis titulada “Calidad de las sentencias de primera y segunda instancia sobre robo agravado, en el Exp. N° 00256-2014-0-2601-jr-pe-04, del distrito judicial de Tumbes – Lima 2019”, ante la Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote, a fin de licenciarse como abogado; en la misma sostiene que:

El objetivo principal, es establecer la calidad de las resoluciones judiciales emitidas en las dos instancias ordinarias, referidas al delito contra el patrimonio, en su figura de robo agravado, siendo que el análisis se hará desde la doctrina, jurisprudencial y normatividad vigente. Se tiene como objetivo específico determinar la certeza de los considerandos de la resolución final en apelación, colocando mayor esmero interpretativo en la motivación judicial sobre la reparación civil, la pena, el derecho y los hechos. Además, concluyó que, concordante con los parámetros utilizados en la evaluación y procedimientos aplicados por el investigador, tanto sentencias de primera como de segunda instancia judiciales, tenía un rango muy alto de idoneidad, las de segunda incluso más que las otras.

1.2.3. Nivel local.

Chanamé (2018), en su investigación titulada “Tratamiento del agente primario, sin agravantes cualificadas, en el delito de robo agravado y la imposición de una pena por debajo del mínimo legal”, ante la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, a fin de alcanzar el Grado Académico de Maestro, Maestría con mención en Ciencias Penales, en sus conclusiones determinó que:

Planteándose como objetivo, establecer en qué medida el agente primario en contra el patrimonio del delito de robo en su circunstancia agravada, en el que sin agravantes cualificadas puede ser un agente válido para imponer una sanción penal graduada debajo del mínimo legal.

Guevara (2018), en su tesis con título “*La sobre penalización del delito de robo agravado vs el homicidio simple*”, para lograr el licenciamiento de abogado, en la Universidad César Vallejo, en su investigación determino que:

Hasta qué punto el Código de remembranza Penal ha sobre penalizado el delito de robo en su modalidad agravada en comparación con la sanción impuesta en el delito de homicidio simple. Concluye que el delito de robo en su modalidad

agravada, está penalizado sobre sus límites, y esto se debe a que en el Código de remembranza Penal, la pena impuesta para este delito resulta exceder los límites del Principio de Proporcionalidad, el cual no es considerado al momento de calificar el hecho. Es decir, no está analizándose la verdadera trasgresión del bien jurídico protegido, resultando esto en una sobre penalización del delito, teniendo como ítem de comparación el delito que extingue la vida que es el homicidio simple, el cual tiene tutelado el bien jurídico protegido vida, siendo este último un bien jurídico de más alto valor, resulta menos sancionable. Consecuentemente, la pena que se impone para el delito de robo en su modalidad agravada, descrita el en art. 189, sobrepasa los límites de la proporcionalidad, y esto se condice con el no cumplimiento de los objetivos de la pena, reincorporación y lograr la reinserción del sentenciado en la sociedad. Penas como las que vienen siendo impuestas, son excesivas, no tiene como consecuencia la disminución de incidencia del delito en mención, siendo por el contrario que esto es la cuna para más violencia, vulnerándose aún más derechos constitucionales.

Torres (2018), en su tesis titulada “Conflicto en la aplicación del principio de legalidad y los principios de lesividad, proporcionalidad y humanidad en la determinación judicial de la pena en el proceso especial de terminación anticipada”, para lograr el licenciamiento de abogado, ante la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, concluyendo que:

Se establece la existencia de un conflicto al momento de aplicar el principio de lesividad y legalidad, humanidad y proporcionalidad al tiempo de la determinación de la sanción penal, refiriéndose específicamente al proceso de terminación anticipada. De las sentencias analizadas, de los períodos agosto 2013 y agosto 2015, resoluciones emitidas por los Jueces de Investigación Preparatoria de Justicia del Distrito de José Leonardo Ortiz, en el que concluye la no evidencia de colisión al momento de aplicar los principios de lesividad y legalidad, frente a los principios de humanidad y proporcionalidad, en el momento procesal de determinación de la sanción penal, observándose la aplicación de una sanción penal por debajo del mínimo legal en los procesos especiales de terminación anticipada; es posible la evidencia de un limitante en cuanto a legalidad, la misma no se ve afectada ya que la decisión se basa en

principios de lesividad, proporcionalidad y humanidad. Es donde se hace alusión a la Ley N° 30076, la que agrega en el art. 45-A del Código de remembranza Penal de la Patria, el sistema de cálculo de la sanción por tercios, lo que no es óbice para la aplicación en un proceso de terminación anticipada, siendo que la referida norma legal tiene justificación en el principio de legalidad, lesividad, humanidad y proporcionalidad, siendo que no hay oposición entre ellos, pero si complementariedad. Es así que, de todos los procesos que se inclinaron por una terminación anticipada, en el total de ellos, la fundamentación jurídica de las sentencias son los principios mencionados y serán su única justificación.

1.3. Teorías relacionadas al tema

1.3.1. Derecho penal objetivo y subjetivo.

El derecho en lo penal objetivo es uno de los primeros contenidos como el cúmulo de normas penales – ius poenale y un segundo contenido que se refiere a la facultad de castigar que es por parte del Estado – ius puniendi. (Villa, 2014).

Sostiene el derecho penal subjetivo y objetivo; en el primer sentido se refiere al derecho a castigar o ius puniendi, aludiendo a la facultad que tiene el Estado en la creación y al momento de aplicar las normas de derecho objetivo, mientras que en el segundo supuesto objetivamente se refiere de manera específica y expresa al cúmulo de normas penales descritas o compiladas, las que luego son aplicadas por el derecho subjetivo. (Mir, 2011).

1.3.1.1. El derecho penal objetivo – Ius Poenale.

Von Liszt (como se citó en Mir, 2011) piensa que el derecho en lo penal es el derecho del conjunto de normas jurídicas a raíz que enlazan al delito con las medidas de seguridad y las penas como castigo jurídico.

Roxin (como se citó en Villa, 2014) al derecho penal objetivo lo considera Derecho Penal Material porque es el que encarga para realizar la justicia penal en la sociedad.

El cúmulo o grupo de normas, principios como los jurídicos, valoraciones que desvalorizan, viene a ser el concepto del Derecho Penal en sus expresiones que no admiten y no sancionan

la actividad contraria a la ley, estos son los que enlazan como requisitos de las penas como alternativas a las medidas de seguridad, siendo consideradas por sustento jurídico. (Mir, 2011).

Welzel (como se citó en Villa, 2014) sostiene que las singularidades o componentes de la acción delictiva y la imposición de sanciones penales como las medidas de seguridad son consideradas como el derecho penal que viene hacer la parte relevante del ordenamiento jurídico.

García (como se citó en Peña Cabrera, 2015) indica que el Derecho Penal Objetivo en la doctrina corresponde al Ius Poenale, en ese sentido analizando una perspectiva diferente a su formal de legitimidad, separada del principio de legalidad, la misma es sustentada por el poder de establecer qué conductas constituyen delito para sancionar, configurada para la legitimación hacia el Estado con penas y medidas de seguridad aplicable; en ese sentido la imposición de la pena privativa por una de servicios comunitarios a los agentes primarios que infringen con el injusto penal de mínima entidad.

1.3.1.2. Derecho penal subjetivo - Ius Puniendi.

La imposición de sanciones por haber realizado un hecho delictivo es sostenida por el derecho penal subjetivo; señala que la punibilidad en la denominación latina es la terminología del Ius Puniendi, en lo que se desarrolla tres consideraciones; en la primera consideración es en cuanto a la comprobación de la base en la sociedad que vivimos para ver la potestad sancionadora; en la segunda consideración sostiene a identificar al principal, referido al que sustenta legítimamente cierta facultad, el considerado Ius Puniendi; la tercera consideración representada en un Estado de derecho democrático en la que no puede ser su potestad punitiva ejercida arbitrariamente, la cual conlleva a determinar las causas para identificar los límites de la imposición de la pena privativa a un agente. (García, 2008).

En esta tercera consideración se alude que el Perú por mantener un Estado social, democrático y de derecho, pudiéndose plantear la utilización del Principio de Proporcionalidad para una pena proporcional y razonable, obviando toda ilegalidad; en ese sentido en un agente primario que infringió circunstancialmente y que el injusto penal es de

mínima entidad, lo correcto sería la conversión de la pena privativa a una de servicios comunitarios, en los casos que ameriten.

Bustos (como se citó en Villa, 2014) enfatiza que el *ius puniendi* es el que permite identificar determinados hechos, para que se permita imponer penas o medidas innovadoras para que el Estado logre la seguridad en la sociedad.

1.3.1.3. *Derecho a penar - Ius Puniendi.*

Lo que entendemos por penar es contrario en sentido puramente formal al derecho penal objetivo; motivo por el que caracterizamos su condición normativa de su legitimidad formal, sostiene que al Estado los ciudadanos le legitiman a través de no infringir, de lo contrario a través de las normas establecidas se realiza el control y estas se formalizan en la intervención de diferentes maneras. (Peña Cabrera, 2015).

El acto de plena soberanía se debe a la facultad para la imposición de sanciones como medidas de seguridad y penas que conciernen al Estado; considera que es irracional acudir a la violencia punitiva de mano propia, el mismo es inaceptable por configurar un delito; la forma racional civilizada para dar solución a la conflictividad social más grave depende de realizar una reingeniería de las penas teniendo en consideración la realidad social de la nación. Así subraya que la violencia es solucionada por razonabilidad e infiere que la Justicia y el Derecho es producto de las máximas de las experiencias para encontrar la razón, por lo que justicia no es venganza sino hacer que se reincorpore a la sociedad al que infringió. (Peña Cabrera, 2015).

1.3.1.4. *El fundamento del Ius Puniendi.*

El objetivo que se le encomiende a la sanción penal es el resultado del *Ius Puniendi*, en sentido de la legitimación del derecho penal por su existencia; aun en la actualidad considera que no hay base para el *Ius Puniendi* motivo que se han manifestado diversas corrientes que sustentan la falta de legitimidad del mismo. (García, 2008).

1.3.1.5. *Límites del Ius Puniendi.*

Las limitaciones del *Ius Puniendi* expresado en el que el Estado debe omitir e optimizar de manera irrestricta el objetivo de la prevención de la pena. García (2008) sostiene que podría

catalogarse en una situación desembroza penalmente, motivo que el castigo a las conductas lesivas de manera reiterativa es imposible; empero, aproximadamente en más de dos siglos de debate de algunos criterios que debe asegurar el Sistema Jurídico Penal, son los principios garantistas o limitadores del poder punitivo atribuidos al Estado.

1.3.1.6. Principios limitadores del poder punitivo estatal.

En nuestra Carta Magna se consagran los principios que ponen límites al poder de punición o sancionador del Estado, en ese sentido observamos el art. 43° de la misma, en lo que estos principios sujetan las actuaciones de gobernantes y gobernados, siendo esta la característica de un Estado social y democrático de derecho.

1.3.1.7. Principio limitador de legalidad del derecho penal subjetivo.

El principio limitador de legalidad se expresa en la reserva de la ley penal, el cual es conocido como proposición de mera legalidad o de corta legalidad. (Villa, 2014).

Nadie puede ser condenado o procesado por omisión o acción que, al ser cometido no estuviera de manera previa establecida en alguna norma legal, de manera indubitable y expresa, ni castigado con alguna otra sanción que no se haya previsto con anterioridad en la ley, lo indicado está contenido en el Art. 2, numeral 24 - D de la Carta Magna de la Patria. (Chanamé, 2011).

Esto se traduce en la imposibilidad de sancionar o condenar a alguna persona por algún hecho, que no se encuentre estipulado como falta o delito al momento de su comisión, y tampoco se podrá establecer medida de seguridad o pena que no esté descrita coetáneamente al desarrollo del acto lesivo, el mismo está catalogado con el Art. II del Título indicado en el epígrafe Preliminar del Código en vigencia Penal.

Para el Derecho Penal la ley es la principal fuente, debiendo cumplir con tres criterios; el primero, de ser estricta (1) "*nullum crimen sine lege certa*" lo que se traduce como, deben ser descritos con claridad las figuras punitivas; el segundo criterio considerada como (2) "*nullum crimen sine lege scripta*" motivo que se deja de lado el derecho por costumbre; el tercer criterio hace referencia que debe ser anterior (3) "*nullum crimen sine lege previa*" por

lo que debe ser precedente a la realización de la acción delictuosa, a raíz que los efectos de las leyes no son retroactivos. (Bramont, 2008).

El razonamiento judicial empieza en la ley, es la única manera de tener certeza que la condena ha sido acorde a derecho, así como establecida por ley previa, por lo que nadie puede acusar con una pena inexistente; el principio de legalidad o *nulla poena lege* ha adquirido reconocimiento en el Derecho Penal, por ser un principio reconocido constitucionalmente, siendo independiente de cualquier otra acepción. En ese sentido el presente principio está dividido en dos, al siguiente tenor: *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, entonces delito y pena deben haberse expresado con anterioridad en una ley. (Bacigalupo, 2004).

De acuerdo al Código vigente Penal de (1991) el principio de legalidad en sus dos fases expresa: del art. 1, *nullum crimen sine lege*, limitando el poder sancionatorio del Estado cuando se encuentra ante omisión o acción que previamente no se encuentre descrito como falta o delito reglamentado; y, del art. 2, *nulla poena sine lege*, existe la prohibición de castigar faltas o delitos con alguna sanción que previamente no se haya establecido por la Ley.

1.3.1.8. Principio limitador de última ratio del derecho penal subjetivo.

Bustos (como se citó en Bramont, 2008) determina que la hegemonía democrática abarca a la intervención penal del Estado y esta se justifica por ser imprescindible en orden de mantener su organización política.

Para sostener el balance y el orden en el sentido social, basta que el Estado sancione una conducta; en el caso, si se tratara contra el patrimonio la sanción que se le impondría sería la medida más idónea por ser proporcional. (Bramont, 2008).

El principio limitador de intervención mínima o última ratio del derecho penal subjetivo, incluye los principios siguientes:

1.3.1.8.1. Principio limitador de fragmentariedad.

La finalidad del derecho penal es para proteger los bienes jurídicos más relevantes, porque si se ocupara de proteger los bienes jurídicos de toda la sociedad se expondría en riesgo la

paralización de las actividades sociales y la economía del país; advirtiéndole que los ciudadanos no deben vivir amenazados por una posible sanción penal, porque más se vería como inseguridad para los ciudadanos, en ese orden, dentro del ordenamiento penal, algunos sectores procedieron con la eliminación de algunas figuras calificadas como delitos, como por ejemplo: el adulterio, así como entre otros. En ese sentido es proporcional que, el delito de robo agravado que sea cometido circunstancialmente debe sancionarse o penarse de acuerdo a la afectación que se le haya generado al agraviado. (Bramont, 2008).

1.3.1.8.2. Principio limitador de intervención mínima.

En nuestro país se está endureciendo los márgenes de las penas en muy altas y que éstas no han sido tomadas en consideración de acuerdo al principio relevante de la intervención mínima del Estado en la sanción penal, motivo que de acuerdo a tal principio las penas deben ser más proporcionales, pero no se está aplicando en nuestra Patria; por lo que se debe aplicar una nueva medida frente a los casos circunstanciales. (Bramont, 2008).

De acuerdo a la opinión de Bramont, es cierto que las penas altas no están dando resultados de resocialización, máxime en agentes sin agravantes cualificadas, en la que han cometido el delito en un momento circunstancial con la mínima entidad del injusto penal, de lo que se deduce del autor la sugerencia para que se aplique una nueva medida de pena frente al aumento desproporcional de la condena.

Muñoz (como se citó en Villa, 2014) destaca que la exageración en la sanción penal de conductas está normada como una prohibición legal, ya que esta está dotada del análisis del principio de mínima intervención necesaria, la misma que al catalogarla con el Principio de Proporcionalidad se obtendría sanciones más razonables.

1.3.1.8.3. Principio limitador de humanidad.

El principio limitador de humanidad de la pena, es el que se debe tomar en un inicio en la determinación de la sanción, porque el fin es que no sea una pena inhumana sino preventiva para resocializar al hombre. (Bramont, 2008).

1.3.1.8.4. Principio limitador de proporcionalidad.

El principio limitador expresado de proporcionalidad, se entiende como la conminación penal orientada a la aplicación de la sanción para que tenga una proporcionalidad catalogada valorativamente con el hecho contrario a la Ley, porque responde al fin de evitar una pena en desmedida que afecta al imputado. Los doctrinarios del derecho penal nacional entienden que, primordialmente el principio en comentario se encuentra contemplado en Título Preliminar del enunciado Código vigente Penal, art. VIII. (García, 2008).

La dimensión del daño ocasionado deberá ser proporcional a la imposición de alguna sanción, en ese sentido el orden jurídico debe mediar proporcionalmente y razonablemente frente a la demanda de los ilícitos; el costo social de la pena es elevado, así como las consecuencias negativas de esta que influyen también en su ámbito social y en la misma sociedad, no solamente quien comete el ilícito sino incorporando a sus familiares también; catalogado con el art. VIII del Título indicado en el epígrafe Preliminar del Código pertinente Penal. En ese sentido es entendible el accionar penal, más que solucionar el problema, con penas severas, se está agudizando problemáticamente. (Bramont, 2008).

En aclaración sobre el tema es que no debe haber espacios para criterios de venganza, con relación a la norma y a la magnitud de la condena, sino debe ser proporcional y debe fijarse la sanción necesaria y suficiente al daño ocasionado, según los actos delictivos. (Villa, 2014).

Nos lleva a concretar que en la imposición de la pena, debe realizarse una evaluación no solamente del móvil del delito, sino que causas influyen para consumarse y si estas se corroboran con la realidad de las circunstancias, por lo que se debe valorar entre la dimensión del hecho y la sanción que es lo que se le debe imponer al agente activo, es lo que contempla el principio del equilibrio y prudencia, catalogado en el Principio de Proporcionalidad.

1.3.1.8.5. Principio limitador de subsidiariedad.

Aun cuando no tenemos la forma de reducir la medida de incidencia con otras formas de poder controlar los ilícitos que dificultan el desenvolvimiento social, que esto podría deberse al principio de subsidiariedad que se manifiesta cualitativamente y cuantitativamente, en el primer plano se tiene a la subsidiariedad que significa que únicamente aquellos bienes

jurídicos de mayor importancia darán paso a la legítima intervención como máxime del Derecho Penal. (Bramont, 2008).

Estas son una de las causas posibles, que han problematizado algunos críticos jurídicos y ha conllevado a sobre penalizar con penas severas; en la actualidad tras el fracaso de penas elevadas se cree que en ciertos casos que ameriten de la problemática tratada, la alternativa de solución es la imposición de la pena privativa por la de servicios comunitarios.

1.3.1.8.6. Principio limitador de ultima ratio.

El principio limitador de última ratio es el recurso final que debe utilizar el Estado, que solo en ese caso se justifica su empleo; es decir el Derecho fundamentado penalmente deberá participar únicamente cuando los demás mecanismos de control social sean formales, que no hayan sido suficientes; en la actualidad es discrepable la privación de la libertad, porque el Juez usa la fuerza penal como primera instantánea de solución y esta la observamos por los medios de comunicación en ciertas ocasiones para solucionar algunos conflictos sociales. (Bramont, 2008).

El ejercicio de la violencia estatal, en la actualidad se le conoce por su aplicación como la imposición que se considera de última ratio, esta es la gravosidad del control penal por el modo tan personal e inmediato contra sus ciudadanos.

1.3.1.9. Principio limitador de protección de bienes jurídicos del derecho penal subjetivo.

Considerado el Derecho Penal vigente, como el que está facultado únicamente para la protección de bienes jurídicos por la importancia demostrada en la sociedad. Mir (2011) en tal sentido justifica como sistema de protecciones de la sociedad al derecho penal de un Estado democrático; este es aplicable en la práctica en la circunstancia política – criminal, con la expresión bien jurídico, razón por la que podrá solicitar amparo jurídico – penal, en contradicción a su noción dogmática que se refiere al fin que tiene de proteger el derecho penal.

De acuerdo al párrafo anterior los especialistas en derecho penal, no se han puesto de acuerdo sobre la posición doctrinaria frente a este instituto, siendo esencial precisar que se debe tener

en cuenta que es un bien jurídico que debe ser protegido penalmente, ya que legitima la intervención penal. (García, 2008).

Continuando con lo tratado en el párrafo anterior, se le determina, al principio limitador de protección de bienes jurídicos del derecho penal subjetivo, como el que es para intervenir en la protección de los bienes justamente jurídicos que necesite principalmente cierta defensa.

De la misma manera, es considerable en cuanto al derecho en sentido penal, que no intervendrá en los problemas sociales que se susciten; empero, sí en los que es imprescindible para la continuidad y el progreso de la sociedad en un derecho penal democrático, en ese sentido concluye que la gran mayoría de bienes jurídicos tutelados tienen amparo penal. (Bramont, 2008).

De lo que es entendible al respecto que se debe a múltiples causas, como podría ser por las mismas perspectivas de innovar nuevas medidas como la imposición de la pena privativa por otra menos gravosa, para que no se vean afectados los derechos fundamentales en ciertos casos que ameriten ser tratados, que sea diferente para los agentes primarios frente a los habituales y reincidentes.

Fernández (como se citó en Bramont, 2008) sostiene que el derecho penal es la herramienta de todos contra todos para la disuasión, en ese sentido se puede salvaguardar una sociedad en paz y en desarrollo; no obstante, el derecho penal brinda diferentes medidas, por lo que la represión lo considera como para última ratio.

En la actualidad en el derecho penal todavía no se ha aplicado como principio rector al Principio de Proporcionalidad, el problema es que en la práctica por los Órganos Judiciales no se viene promoviendo; empero, solamente se está describiendo, por tal motivo, se está afectando los derechos fundamentales en ciertos casos, en agentes sin agravantes cualificadas.

1.3.1.10. Principios limitadores en el código penal de 1991.

1.3.1.10.1. Principio limitador de responsabilidad subjetivo.

En la ley penal vigente se prohíbe de la responsabilidad penal objetiva, porque la responsabilidad relevante para el ámbito penal de un ciudadano, es proveniente de la exteriorización de su voluntad, culpa o imprudencia; la cual está regulado en el Título indicado en el epígrafe Preliminar del Código vigente Penal Art. VII. (Bramont, 2008).

1.3.1.10.2. Principio limitador de la pena privativa catalogada a la resocialización.

La reincorporación a la sociedad de la persona, es el resultado del fin de la pena que priva de la libertad; empero, se soslaya que actualmente con el endurecimiento de las penas no se está logrando, el mismo está descrito en el Título vigente Preliminar del art. IX del Código vigente Penal. Así mismo es considerable subrayar que el mencionado Código fue derogado y se le ha incorporado la pena de cadena de por vida o perpetua, por tal razón es observable para prescindir de un sistema catalogado con penas severas. (Bramont, 2008).

Se concluye que, las sanciones con penas altas son desproporcionadas frente a la resocialización, en ese sentido hay ciertas personas que no pueden ser resocializadas, máxime por la sobrepoblación en los centros penitenciarios, por lo que es otra de las causales que dificultan el fin de la pena.

1.3.1.10.3. Principio limitador de presunción de inocencia.

Dicho principio en nuestro país, no se está aplicando correctamente, aún es un principio constitucional; el presente principio describe que la duda favorece al reo, *Indubio Pro-Reo*. (Bramont, 2008).

Por los medios de comunicación es observable, en los que son sindicados como responsables, aun sin haber sido investigados ciertos casos, por lo que la presunción de inocencia no se cumple.

1.3.1.10.4. Principio limitador de legalidad.

Cuando la acción delictiva está contemplada en la norma previa al desarrollo del hecho, la persona debe ser sancionada puniblemente; el principio de legalidad es un principio primordial, que permite determinar si un hecho es delictivo o no. (Bramont, 2008).

Tal como los límites penales se pueden limitarse, así también el proceso o las etapas y los mecanismos de ejecución deberían ser taxativamente regulados en la norma punitiva al tiempo del desarrollo del hecho; porque el principio de legalidad, además de la necesidad, se manifiestan en la idea de que ciertas conductas serán reprimidas penalmente y estas son de conocimiento con antelación, motivo que están contenidas en la norma. (Peña Cabrera, 2015).

1.3.1.10.5. Principio limitador de protección respecto a bienes jurídicos.

Es de conocimiento que los bienes jurídicos lesionados y por los que se apostan en peligro inminente, son por los que se sancionan; el mismo está descrito en el Art. IV del Título vigente Preliminar del Código pertinente Penal. (Bramont, 2008).

1.3.1.10.6. Principio limitador de intervención mínima catalogado a la fragmentariedad y subsidiariedad.

Cuando se hayan agotado todas las posibilidades para dar la solución al problema, es donde el derecho penal intervendrá para castigar las conductas más gravosas que deterioran los bienes jurídicos y afectan irremediamente a la sociedad. (Bramont, 2008).

1.3.1.10.7. Principio limitador de culpabilidad.

No existirá sanción si no se le identifica al autor conducta ilícita de acuerdo a derecho, razón que el principio se manifiesta como que no existe sanción sin reproche. Constituye de gran relevancia como límites al Ius puniendi del Estado, este para que imponga una pena a un imputado tiene que determinarse que se le pueda culpar y responsabilizar del hecho que se le atribuye en calidad de imputación. (Zaffaroni, 1981).

No se le puede atribuir como acción propia al desvalor del injusto punible, en el cual no se propaga al agente, es así que no se genera la reprochabilidad del hecho por no haber antijuricidad y tipicidad; tal es así poder analizar bajo los dispositivos legales pertinentes, por lo que no recae en el agente o autor a falta de culpabilidad, por no haber participado de manera concreta e individual en el hecho punible.

1.3.1.10.8. Principio limitador de proporcionalidad.

Está regulado constitucionalmente el Principio limitador de Proporcionalidad, es así que se tienen como perceptibles los derechos descritos en la constitución, en ese sentido en nuestra Carta Magna se describe en el Art. 200 último acápite lo siguiente: al interponerse acciones de garantía, referidas a los derechos que han sido restringidos o puestos en suspenso, es la sede judicial la que por competencia evalúa lo razonable y proporcional del acto.

1.3.2. Fundamentos en la aplicación del Principio de Proporcionalidad.

1.3.2.1. El principio universal o de proporcionalidad según la S.T.C. (2003) Exp. 010-2000 -AI/TC.

Nuestros Tribunales como Supremos Intérpretes de la Constitución, han abordado un interpretativo desarrollo con extensidad, en ese sentido han determinado al Principio de Proporcionalidad como un principio universal del derecho que se hizo positivo, y su cumplimiento ha de verse en cualquier rama del derecho; el mismo está establecido en nuestra Carta Magna acápite último del Art. 200, este derecho constitucionalizado y al ser catalogado como principio, su accionar o influencia no solamente debe limitarse al caso bajo análisis, es decir, en estado de excepción, sino que se puede utilizar para examinar cualquier acto que restrinja un atributo subjetivo de cualquier individuo, aún si ha sido declarado o no.

Entonces tenemos que el Principio de Proporcionalidad se integra al derecho como parte fundamental, es decir, dentro de su concepción material. Entonces se puede entender que este principio es consecuencia de la cláusula de Estado de Derecho, no debiendo ser únicamente tomado como garantía en seguridad jurídica, sino que además es de obligatoria exigencia en la justicia. (Llobet, 2016).

Hemos sido muy específicos al resaltar que el Principio de Proporcionalidad, no debe tenerse en cuenta únicamente en la esfera del derecho en sentido penal y en el derecho en sentido procesal penal, sino que este deberá ser considerado como principio del derecho, ya que ha sido admitido en nuestra misma Carta Magna. En ese orden lógico, se mantuvo y se mantiene como un Principio General del Derecho, siendo un guía al momento de aplicar cualquier actividad del Estado, debiendo ejercer un control sobre cualquier facultad de actuación. (De La Mata, 2007).

El Art. VI del Título vigente Preliminar del Código referido Procesal Penal, se manifiesta de la siguiente manera: (...) La ordenanza judicial deberá estar sustentada en convincentes elementos que puedan generar convicción, atendiendo a la naturaleza y fin de la medida y al derecho fundamental que se limitará, catalogado al respeto del Principio Universal o de Proporcionalidad.

Tenemos también el indicado Art. 253 numeral 2 del mismo Código referido Procesal penal, que, cuando se refiere a las medidas de coerción procesal, señala: al restringir el derecho fundamental requerimos autorización expresa e incuestionable legal, y se graduará respetando al Principio en sentido de Proporcionalidad y solo si existen suficientes y fundados registrados elementos de convicción.

Los fundamentales subprincipios del Principio mencionado de Proporcionalidad son identificados como: idoneidad- si es que la medida es idónea, necesidad- si es necesaria dicha medida al no haber otra e igual y la de proporcionalidad en ponderación estricto o en sentido estricto- en ese sentido los fundamentos con apreciación crítica son los juicios para verificar en qué medida se afecta un derecho fundamental, de acuerdo a la proporcionalidad.

1.3.2.1.1. Subprincipio de idoneidad o adecuación.

González (citado por Villegas, 2016) refiere que en toda intervención para que los derechos fundamentales no se vean afectados, será considerado para coadyuvar a la consecución de un fin legítimo y constitucional.

1.3.2.1.2. Subprincipio de necesidad: denominado también de subsidiariedad.

Debe considerarse la opción menos lesiva o la de menor intervención, aun se tenga que considerar el total de las medidas delimitadas que sean las más indicadas para que se le personifique el mínimo nivel de restricción, en tal sentido se proteja los derechos primarios o fundamentales del hombre, por lo que se impondrá la disposición menos perjudicial o menos gravosa. (Villegas, 2016).

1.3.2.1.3. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

Para legitimar la intromisión o limitación en los derechos fundamentales, deberá ser proporcional el valor del objeto, debiendo equipararse proporcionalmente a la vulneración

del derecho a la libertad, siendo que este es un derecho fundamental, teniéndose en cuenta, el objetivo o finalidad de la medida que se tomará y la vulneración al derecho o principio menos perjudicial. (Bernal, 2006).

Lo grave de la acción realizada por el agente sin agravantes cualificadas, debe ser proporcional con la pena; en concordancia con lo descrito en Título vigente Preliminar del art. VIII del Código de remembranza Penal, por lo que la sanción penal no será superior a la responsabilidad específica por el hecho, teniendo como casos excepcionales a la reincidencia y habitualidad del individuo que comete el delito; debiendo tenerse en consideración al momento de la determinación final de la pena privativa para que se convierta por una de servicios a la comunidad.

1.3.2.2. *Razonabilidad y proporcionalidad de acuerdo a la S.T.C. (2004) Exp. N° 2192-2004-AA/TC.*

Nuestros Tribunales como Supremos Intérpretes de la Constitución, han establecido lo siguiente:

En el fundamento quince al determinar el principio de razonabilidad y proporcionalidad ambos conceptos son diferentes, pero tienen convergencias relevantes, aun a que los equipara al derivarlos de los mismos preceptos constitucionales; es ineludible frente al Estado de derecho, social y democrático, el mismo está establecido en nuestra Carta Magna específicamente en los arts. 3° y 43°, además de la mención expresa del art. 200°. A nivel doctrinario existen divergencias entre el principio de razonabilidad versus el de proporcionalidad, cuando se busca sustentar como tamiz para arbitrar un enfrentamiento constitucional, al mismo tiempo de la orientación de la que provee al juzgar para poder decidir de manera justa; se puede afirmar, a primer criterio de coincidencia de ambos principios, que si no se puede proteger el Principio de Proporcionalidad, lo resultante, no será razonable.

La protección constitucional de uso técnico constituye el eje del sistema, la ponderación por la aplicación; los diversos bienes, derechos y valores jurídicos, íntimamente entrelazados

por la Carta Magna y lo demás del Ordenamiento Jurídico, en el esclarecimiento de que el conjunto de normas conforma un sistema unitario. (Barnes, 1998).

Esto viene hacer la ponderación que consiste en el análisis comparativo; la proporcionalidad cuantificada en sentido stricto, es una de sus formas de presentación, debiendo preocuparse únicamente de la relación beneficio y costo.

La significativa proporcionalidad incluye como uno de sus considerandos a la ponderación, motivo que su tercer sub principio es exigible en las intervenciones del derecho primordial, para reportar ciertas ventajas a la atribución constitucional que favorecen para que se concrete la justificación de las desventajas, en esta que la intervención origina al representante del titular del derecho afectado. (Bernal, 2003).

1.3.2.3. *Desarrollo de los subprincipios de la proporcionalidad según la S.T.C. (2004) Exp. N° 045-2004-PI/TC.*

Los Supremos Intérpretes de la Constitución en el fundamento treinta y tres de la indicada han determinado que:

El Principio conocido de Proporcionalidad al ser analizado por la igualdad se debe tener en cuenta a los subprincipios que son tres; de necesidad, idoneidad y así como el de proporcionalidad clasificado en sentido estricto.

De acuerdo a lo establecido según los criterios dados, estas serán las etapas a desarrollar para la determinación de la sanción penal y son:

(...)

a) El tratamiento diferente a considerar en la legislación: la intervención en la no discriminación (...)

b) La precisión del “vigor” de la intervención en la igualdad (...)

c) La exactitud de la visión del procedimiento enmarcada la diferencia - objetivo y fin (...)

d) Análisis de idoneidad (...)

e) Análisis de necesidad (...)

f) Análisis de proporcionalidad de ponderación o en sentido estricto; (...un peso de hasta) la que se proyecta para analizar diferenciadamente la situación,

colocando en ambos lados de la balanza, el cuidado del objetivo constitucional y del otro lado la gradualidad de la interposición en la igualdad.

Es así que se debe desarrollar esta relación, bajo el prisma de la ponderación, lo que concierne de la siguiente manera:

1.3.2.4. *Conversión de la pena privativa en el robo agravado.*

Conversión abordada en el “Recurso interpuesto de Nulidad N°1100-2015- ciudad de Cusco.”, visto por la Sala en lo Penal Permanente de la distinguida Corte Suprema, fecha 07 de julio del 2016, siendo relevantes los criterios siguientes:

II.- Hipótesis táctica de los hechos:

Con base a la acusación fiscal, presente en el expediente, se le atribuyó al acusado Elíseo Daza Bolívar, haber infringido la norma con el delito de robo en su modalidad agravada, agravando a Juan Mendoza Huamaní.

Del relato de los hechos, se extrae, en resumen que este hecho sucedió de noche, al momento que el agraviado caminaba por una avenida en el distrito de Wanchaq, dirigiéndose a un grifo pues tenía la tarea de cambiar billetes a monedas, llevaba consigo una suma de dinero de doscientos cincuenta soles.

En el trayecto fue interceptado por tres sujetos, quienes lo agredieron físicamente, además de amenazar su vida utilizando un arma de característica punzo cortante, logrando su fin de apropiación del dinero, especificando que el sujeto de nombre Edgar lo sujetó de la casaca, y al mismo tiempo Daza Bolívar lo amenazaba con un arma, además el tercer sujeto por nombre Huamán Corrales buscaba y sustraía la plata o el dinero.

III- Fundamentos Justos o Legales y Doctrinarios.

De acuerdo al numeral cuatro, los fundamentos o criterios para que se realice la valoración de la conversión judicial de la pena privativa de libertad a una de servicios a la comunidad; se conoce que los tres primeros criterios son identificados como copulativos y el cuarto es alternante, se describe como es a continuación.

- 1) La no posibilidad de aplicación de reserva de fallo condenatorio o suspensión de ejecución de pena.
- 2) El condenado no debe registrar antecedentes penales, y adicionalmente que las circunstancias personales le orienten al Señor Juez concluir que el individuo no volverá a cometer alguna actividad ilícita, al analizar que no se generaría la reincidencia.
- 3) La violación a la norma o el injusto penal deberá ser de mínima entidad y así se pueda conseguir la variación de la sanción penal, aquellos fines de prevención de la pena efectiva que debió aplicarse.
- 4) Por parte del condenado, el deber de cooperar con naturalidad con la investigación para aportar con la verdad ilícita y la subsunción del hecho expresamente punible.

III- Posición del Tribunal Supremo-

El Supremo Tribunal concluyó que, el Superior Colegiado desarrolló una conversión idónea de pena privativa de la libertad de 4 años efectivos a una de servicios comunitarios, sin motivar adecuadamente esta decisión, no indicando los criterios justificantes de esta, solo enfatizando a indicar la naturaleza y los límites que son establecidos por ley, indicando que la conversión realizada es acorde a derecho porque corresponde con los criterios esgrimidos en la ejecutoria suprema.

3.1) En cuanto a la no posibilidad de determinar la interrupción o suspensión de la realización de la pena o reserva prudencial del fallo condenatorio:

En cuanto a la no posibilidad de emitir una reserva de fallo condenatorio, se advirtió que el robo en su figura agravada, tiene una pena abstracta que va entre los 12 y 20 años de prisión efectiva, esto dificulta tal conversión pues como se advierte del art. 62° del Código de remembranza Penal, la reserva solo procedería cuando los delitos tienen una pena no mayor a los 3 años o pena de multa y no es exigible un quantum obligatoriamente de pena concreta, lo que no se cumplió en el presente caso.

Sobre la no posibilidad de suspender la ejecución de la pena, concordante con lo establecido en el art. 57° del Código vigente Penal, únicamente se podría dar

cuando la pena no es mayor a 4 años, siendo que en el presente caso se le impuso esa pena, adicionando a esto que el agente era primario, es decir no reincidente o habitual.

La suspensión de la ejecución de la pena necesita un razonamiento integral de otros requisitos, teniendo en cuenta la naturaleza del hecho, modalidad, comportamiento en el proceso, y adicionales permitiendo concluir que este agente no volverá a cometer nuevamente un delito y que es primario que quiere decir sin antecedentes penales, requisito que se cumple en el caso de autos, por lo que la conversión de la pena es factible, siendo coherente y conforme, empero, el criterio de la no posibilidad de la suspensión de la pena si cumple.

3.2) El condenado no deberá registrar antecedentes penales y que por circunstancias especiales demostrará al juez que esta persona no buscará problemas o no volverá a infringir la norma, por estar excluido de la inminente reincidencia.

3.3) La violación a la norma o el injusto penal deberá ser de mínima lesividad y así se pueda conseguir aquellos fines de prevención de la sanción penal efectiva que debió utilizarse, por haber convertido la sanción privativa penal en una de servicios.

Del análisis se puede extraer que es cierto que el delito es grave, en la realidad material o materialidad de los hechos, el mismo no ha vulnerado en mayor medida el bien jurídico protegido o que haya afectado la libertad, integridad física, o profundamente el patrimonio de la víctima, es así que podemos concluir que la lesión ha sido de mínima entidad, el acusado no portaba arma exclusiva de fuego, con lo que en ningún momento se expuso en peligrosidad la subsistencia de la vida o integridad física del agraviado y mucho menos se le pudo restringir su libertad.

Así también tenemos que advertir que el dinero fue devuelto al instante, pues recordemos que este es un proceso en grado lógicamente de tentativa, pues

consta en actas policiales la devolución del dinero sustraído al agraviado. Entonces, al no acreditarse lesiones materiales causadas por el acusado hacia la víctima, tampoco una afectación efectiva al patrimonio de la víctima, esto deberá ser valorado como criterio para convertir la pena de efectiva a servicios comunitarios.

3.4) Responsabilidad de cooperar del condenado para coadyuvar a la consecución de la verdad procesal y la alineación o configuración del hecho ilícito.

Aquí debemos señalar que en este análisis si se acreditó la cooperación por parte del acusado, así también tenemos que se amparó al beneficio de conclusión expresamente anticipada, es así que , en concordancia con el Acuerdo Plenario N° 5 - 2008 / CJ - 116, y al mismo tiempo con lo dispuesto en el Art. 5 de la Ley N° 28122, se permite la conclusión del proceso por medio de una decisión unilateral del encausado y de su defensa, reconociendo los hechos material de imputación y aceptando todas las consecuencias jurídicas pertinentes en calidad de acusación de parte de la fiscalía.

3.5) Como análisis final, el Tribunal consideró que se debió tener en cuenta la edad del acusado, que al realizar la acción ilícita tenía una edad de 21 años, y en circunstancias de encontrarse bajo los efectos del alcohol, tomándose en consideración también la confesión sincera, desde el inicio de las investigaciones, además resaltar que el hecho quedó en grado de tentativa, por lo que se acreditó los requisitos que son base para que se determine judicialmente la conversión exclusiva de la pena por una de servicios a la comunidad, de acuerdo a lo descrito en el art. 52° del Código en remembranza Penal, considerando no atendibles los argumentos expuestos por el representante del ministerio público, los que apuntaban al aumento de la pena acusada.

Se decidió no ser factible la NULIDAD explícitamente en la sentencia, de consentimiento de fecha 19/03/2015, de fojas 268, en el que fuera sentenciado DAZA BOLIVAR Eliseo, contra el patrimonio en el delito de robo en su figura

agravada, en nivel de intento o tentativa, en el que fue afectado o agraviado MENDOZA HUAMANI Juan, en consecuencia en la determinada sentencia se le imputó a una pena privativa de 4 años con representación de efectiva, aplicando el art. 52° del Código vigente Penal se impone o convierte en una de servicios a la comunidad, lo que equivale a 205 jornadas, las mismas que serán cumplidas en la institución que el INPE señale para tal fin, de los acuerdos con las diversas entidades que son públicas, teniendo como apercibimiento la revocación de la conversión en caso de incumplimiento o de cometer nuevamente otro delito exclusivamente doloso.

La pena deberá ser aplicada al producirse una lesión o contusión, así como la puesta en peligro efectiva de un bien exclusivo jurídico protegido, en sentido se puede afirmar la pena que es una expresión directa del poder sancionador del Estado, lo que hace con el fin de mantener el orden social. Basándonos en eso, la pena debe ser la menos dañina o gravosa para poder solucionar el conflicto jurídico y reparar el daño social ocasionado por los hechos, es así que se persigue evitar meramente un mayor daño con el que ya se ha infringido o cometido con el hecho ilícito, no importa de dónde se analice la pena, siempre será un mal, aunque necesario en su aplicación para la convivencia en sociedad. (Bramont, 2008).

En este orden correlativo, Bustos (como se citó en Bramont, 2008) manifiesta que es una herramienta para la autoevaluación general o universal del Estado y confirmación de su efectiva existencia, por ser la que priva los bienes o patrimonios jurídicos prevista en la norma para protegerlos, por lo que la pena se aplica por parte de los Magistrados en el agente activo del hecho delincuencia, la misma es perfeccionable en el sentido de la revisión auténtica o crítica del legislador así como del magistrado para proteger los fines del derecho penal.

Asimismo, en ese sentido Jakobs (como se citó en Bramont, 2008) indica que lo más sustancial es la posibilidad de proteger a la norma porque la sanción penal es eficaz para confirmar la importancia de la norma o ley; el propósito es reestructurar el orden y ratificar los valores instituidos en la sociedad, por haberse infringido la norma dispuesta se debe recurrir a la pena, es decir por vulnerar, en el que se cometió un hecho criminal, el cual afecta irreparablemente el ordenamiento jurídico en la sociedad.

Si bien es cierto para que predomine la normalidad para el desarrollo de la sociedad, tiene que aplicarse la pena proporcional de acuerdo al hecho.

1.3.2.5. *La pena de trabajos en favor ante la comunidad en los ordenamientos jurídicos de España y Brasil.*

Para Nunes (2010), la revisión de los objetivos de la pena en los trabajos para el beneficio a la comunidad en los sistemas Jurídicos de España y Brasil, así como en la sanción lo primordial son sus características, es decir, los condicionamientos normativamente que la definen, en lo que refiere en sus conclusiones que:

Desde la perspectiva de la penología, la ventaja de aquella que se indica como trabajo comunitario no podemos decir que se entrelaza con un efecto preventivo explícitamente, sino es intentar preservar al agente primario de las múltiples negativas en el sentido de las atrocidades de los centros penitenciarios, en los que relacionan con altos criminales por la misma sobrepoblación.

La pena de trabajos comunitarios se esgrime como un buen ejemplo en que el derecho penal y la pena se coadyuvan como un mecanismo que comunica a la ciudadanía y al agente que infringe, indicando a este último que recibirá una sanción. Por lo que si alguien delinque asume las consecuencias causadas por su conducta que lógicamente amerita una sanción; dentro de la conversión privativa con la proporcionalidad en agente primario, esta acción estatal resocializa celeremente, por el mismo hecho que se da un trato diferente, por lo que esta medida ayuda a asumir al agente con una actitud auto reflexiva y responsable para futuro.

Entonces podríamos entender que las actividades que realice el imputado, serán tomadas como compensación hacia la víctima y debemos tener presente también que el trabajo que pueda realizar el imputado deberá ser tomada como compensación directa a la sociedad; ya que no debemos dejar de lado las posibilidades reales de recuperación que este tipo de sanciones ofrece, permitiendo que el agente siga en contacto con la comunidad a la que ha puesto en peligro con su actuar, lo que puede reflejar y debe ser entendido como una actitud de cambio a través de lo realizado.

También se puede mencionar el crecimiento espiritual y emocional que recibe la persona que ha sido sancionada a este tipo de trabajos comunitarios, motivo que por el trato menos sancionador lesivo se genera una autoconciencia en el mismo individuo. Concluimos entonces que, progresivamente implementando el inicio reparador del Derecho vigente Penal, se permita imponer penas de trabajo comunitario, realzándose esta como principio y fin reparador en bien del agente primario. En ese sentido en España, al igual que en Brasil, la pena de trabajo comunitario, se ubicó como una pena privativa de derechos, pero como ya hemos establecido, esta no se dirige a restringir privativamente, sino por el contrario a la obligación de retribuir en bien de la sociedad que ha sufrido el daño.

Dicho esto, la pena para agentes sin agravantes cualificadas debería tratarse en una parte totalmente independiente donde se expresen todas aquellas penas que ameriten ser cumplidas en favor de la sociedad, en la que el agente primario se resocialice trabajando. También observamos que, no se puede establecer para su aplicación la conformidad del condenado como requisito formal para eludir el supuesto constitucional del trabajo forzado; siendo que el consentimiento debe darse de acuerdo al principio de humanidad de las penas, para que pueda establecerse de manera correcta e idónea la relación que existe entre lo realizado y la consecuencia, resultando esta última la menos gravosa para el condenado.

Al darse la conversión privativa del condenado se interpretará como el compromiso de realizar la actividad que le sea convertida en lugar de la pena de privación de libertad, siendo que así resulta siendo menos lesiva la pena al agente primario, ya que con la participación verdaderamente activa y positiva con su comunidad le permite resocializarse elocuentemente. En efecto, con la reforma del 2003 en España, incluyó la sanción de trabajos que beneficiaban a la comunidad como una pena principal para algunos delitos, aun cuando esta reforma ha traído grandes cambios positivos en el sistema penal de España, lo que se tiene de su ejecución, es en el plano efectivo todavía continúa siendo poco aplicado.

De acuerdo a su norma legal o ley, solo se puede imponer estas sanciones de trabajos que benefician a la comunidad para 4 delitos y 5 faltas, teniendo esto como consecuencia la vuelta a las penas que privan de la libertad a los individuos y que son de corta duración, además de eso, teniéndose desapariciones como la sanción de arresto de fin de semana, lo que les llevaba a aplicarla de manera poco frecuente y evidenciando los no posibles efectos positivos o la no consecución de los fines necesarios (...).

1.3.2.6. *Fundamentos del Principio de Proporcionalidad.*

Para Stone, et al. (2013) la temática preminente es de la obra Teoría de los Derechos Fundamentales, que se publicó en 1985 por el sello editorial Suhrkamp, se sostiene en la diferenciación entre lo existente: reglas, principios y este último el método para resolver sus constantes colisiones o encuentros.

Alexy (2011), los Derechos Esenciales o Fundamentales y el Principio de Proporcionalidad, se explica en esta obra lo siguiente:

Una doctrina específica sobre derechos fundamentales basados en la Ley Fundamental para la que era la República Federal alemana, pero que a su vez pueda ser utilizada en todo el mundo cuando se refiere a derechos como la igualdad, acciones positivas del Estado y libertades, lo que ahora conocemos como derechos sociales. El autor, en el desarrollo estructural de los derechos antes mencionados, nos explica cómo algunos de estos pueden ser concebidos como reglas, explica así como derechos definitivos, aquí se menciona por ejemplo la no permisión de la tortura, y también otros derechos pueden ser concebidos como principios, esto es, como mandatos a seguir como, la libertad de expresión.

Desde que se empieza a distinguir principios y reglas, el profesor Alexy intentó poder explicar la distinción entre estas dos categorías jurídicas y desde el análisis de los derechos concebidos como principios, que quiere decir optimizar mandatos, como consecuencia el nacimiento del principio universal o de proporcionalidad, el que se usará luego para resolver los problemas que se susciten entre principios. Es así entonces como se consigue la conexión, según

Alexy, entre concebir a los derechos como principios y precisamente el principio universal o de proporcionalidad. IBÍDEM

Alexy logra la descripción de los 3 subprincipios presentes en el examen de proporcionalidad; estos son: necesidad, idoneidad y proporcionalidad stricto sensu; así también da instrucciones para poder hacer realidad la ponderación, donde confluían la fórmula de peso, las cargas de la argumentación y las leyes de choque o de colisión. IBÍDEM

El Principio de Proporcionalidad que desarrolló Alexy, junto a agrupaciones de sus mejores alumnos, actualmente se utiliza por tribunales primordialmente constitucionales y supremos, en la mayor parte de Latinoamérica y definitivamente en España al momento de resolver conflictos entre los derechos precisamente fundamentales y estos al concebir como principios. En ese sentido el Principio de Proporcionalidad ha sido debatido con notables filósofos juristas del derecho y constitucionalistas, en los arduos debates en la teoría de los derechos exclusivamente fundamentales, en la que la obra con más acogida es la de Alexy, de los cuales los criterios o elementos han sido llevadas a la aplicación casi por todas las Cortes del mundo. IBÍDEM

Este filósofo del derecho y jurista alemán, además de Catedrático de Derecho Estatal o Público y Filosofía distinguida del derecho en la Universidad Christian Albrechts de Kiel, aportó a la argumentación jurídica, derechos fundamentales, derechos humanos, filosofía del derecho entre otras, así también como su constante y acérrima crítica al positivismo estrictamente jurídico, se le consideró como uno de los más grandes exponentes de la filosofía en el derecho hasta los tiempos actuales. IBÍDEM

Según el reconocido filósofo además jurista destacado alemán Alexy, considera, lo que entran en colisión son discrepancias o conflictos constitucionales que vienen hacer principios, que en circunstancias se generan conflictos en un caso identificado y hay incompatibilidad. En ese sentido Alexy es reconocido por defender la tesis de los principios que los clasifica como mandatos prioritarios de optimización; porque para él los principios son

consideradas normas que exigen i/u ordenan para que se realice ese algo lo más antes posible, contemplada en la posibilidad de adaptársele a la normatividad vigente. IBÍDEM

El reconocido Alexy, expresa que los principios se resuelven de una manera denominada ponderación, esta se realiza en un balance, en las que las diferentes normas son tomadas o pesadas y el relevante es el principio que tiene mayor peso, ya que es el que inclina la balanza. IBÍDEM

1.3.2.6.1. La Ponderación del Principio de Proporcionalidad conocido en dos sentidos según Robert Alexy.

En un primer sentido como una norma rectora, de la que se irradian mandatos, determinadas disposiciones generales para cumplirlas.

El segundo sentido es por ser un método de trabajo que nos permite verificar si una acción o decisión de los poderes públicos o privados están afectando o no están afectando los derechos fundamentales; por eso la afectación puede ser a través de leyes, normas que pueden dar la administración pública, decretos legislativos; también se pueden afectar a instituciones privadas como el estatuto que puede afectar a una sociedad; en lo privado es con normas corporativas afectando el derecho de una sociedad.

1.3.2.6.2. Son Sub Principios del Principio de Proporcionalidad de acuerdo a Robert Alexy los siguientes:

- *Subprincipio de Idoneidad.*

Su finalidad es para determinar si el fin de una injerencia por parte del Estado en los derechos propiamente dicho fundamentales tiene fundamento constitucional; comprendido que si con dicha medida se logra el orden y la disciplina para evitar que otras personas no hagan lo mismo y no se generalice el problema.

- *Subprincipio de Necesidad.*

Se refiere a la medida, que nos ayuda a saber si la alternativa estatal en los derechos fundamentales es la menos gravosa, es decir la medida más adecuada para no afectar los derechos fundamentales.

En estos dos subprincipios no hay colisión de confrontación de principios, por lo que solo se busca alternativas para no afectar derechos fundamentales, en ese sentido se optimizan posibilidades fácticas o posibilidades reales.

- *El Subprincipio denominado de Proporcionalidad en Sentido Estricto o de Ponderación.*

Sopesa dos principios o derecho con principio, cuando entran en coalición; acá se recoge la teoría conflictivista de los derechos fundamentales. Se analiza el principio en sentido estricto, si la medida o decisión no es idónea y si la misma es necesaria para aplicarla, en ese sentido se pasa al tercer Subprincipio. Hay que ver cuál de los principios pesa más – el más importante domina al otro. Por lo tanto, tenemos un procedimiento de tres fases para desarrollar la ponderación.

1.3.2.6.3. La Estructura de ponderación tiene tres elementos según Alexy:

A. La Ley de Ponderación.

Al incrementarse la restricción o insatisfacción de alguno de los principios, deberá incrementarse positivamente la satisfacción frente al otro principio, lo que tiene como resultado 3 reglas:

- 1) Cuando es mayor el grado de la no satisfacción de un principio o derecho.
- 2) Cuando es mayor la restricción justamente de uno de los principios o derecho.
- 3) Tanto debe ser mayor el grado o valor de importancia de uno de los principios o derecho.

En este elemento se pesa cuál de los principios pesa más, se analiza el derecho o el principio afectado y también se analiza el derecho o el principio que se beneficia por esa decisión.

B. La Fórmula del Peso.

Hay dos premisas básicas – la importancia y el otro el interés público.

El filósofo y jurista alemán Alexy, desarrolla la fórmula del peso de la manera siguiente:

P1 P2 = PC 1 X PA1 X PS1
 PC 2 X PA2 X PS2

P1 Y P2: Principios o derechos en conflicto

PC: Peso concreto:

Es el grado de afectación presente.

PA: Peso abstracto:

Es la importancia que le corresponde al derecho o al principio con base a la norma.

PS: Seguridad de premisas empíricas:

Es el grado de afectación futura.

Niveles:

Peso concreto (PC)

| Clase | Valor |
|-------|-------|
|-------|-------|

| | |
|------|---|
| Alto | 4 |
|------|---|

| | |
|-------|---|
| Medio | 2 |
|-------|---|

| | |
|------|---|
| Bajo | 1 |
|------|---|

Peso abstracto (PA)

| Clase | Valor |
|-------|-------|
|-------|-------|

| | |
|---------|---|
| Intensa | 4 |
|---------|---|

| | |
|-------|---|
| Media | 2 |
|-------|---|

| | |
|------|---|
| Baja | 1 |
|------|---|

Peso empírico (PS)

| Clase | Valor |
|-------|-------|
|-------|-------|

| | |
|--------|---|
| Segura | 1 |
|--------|---|

| | |
|---------------------------|-----|
| Plausible $\frac{1}{2}$ = | 0.5 |
|---------------------------|-----|

| | |
|------|----------------------|
| Bajo | $\frac{1}{4}$ = 0.25 |
|------|----------------------|

Desarrollo:

P1 = Privación de la libertad.

$$P1P2 = \frac{2 \times 2 \times 1}{PC4 \times PA4 \times PS1} = \frac{4}{16} = 0.25$$

PC1: Peso concreto - privación de la libertad.

PC1: 2 (medio)

PA1: Peso abstracto - privación de la libertad.

PA1: 2 (medio)

PS1: Peso empírico - privación de la libertad.

PS1: 1 (plausible)

P2 Conversión de la pena.

$$P2P1 = \frac{4 \times 4 \times 1}{PC2 \times PA2 \times PS1} = \frac{16}{4} = 4$$

PC2: Peso concreto - conversión de la pena.

PC2: 4 (Alto)

PA2: Peso abstracto - conversión de la pena.

PA2: 4 (Intenso)

PS2: Peso empírico - conversión de la pena.

PS2: 1 (Seguro)

C. Las Cargas de la Argumentación.

Se debe buscar determinados criterios para la argumentación, como:

Valores que predominan en la sociedad.

Los derechos que están en conflicto se priorizan.

Cómo ha sucedido los hechos - cuáles son los hechos del caso.

Se toman razones en argumentos – de razonabilidad que debe prevalecer.

➤ Definiciones de Terminología según Robert Alexy.

Reglas. – Son mandatos definitivos que ordenan, permiten o prohíben.

Principios. - Son mandatos de optimización que se cumplen en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas.

Ponderación. - la ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que puedan presentarse entre ellos.

1.3.2.7. Análisis al Tribunal Constitucional referido al Principio de Proporcionalidad.

Actualmente el Tribunal Constitucional aplica ajustadamente el Principio de Proporcionalidad, con fines evaluativos de la constitucionalidad de normas jurídicas y asimismo para renovar las restricciones a los derechos justamente fundamentales, catalogado con los poderes establecidos del Estado.

Por el motivo anterior descrito, el Tribunal Constitucional en cuanto a la ponderación no está desarrollando la aplicación de la fórmula o método del peso completo, empero, solo viene aplicando o desarrollando la Ley de la ponderación, motivo que los derechos constitucionales en cuanto a los bienes fundamentales que han analizado o han examinado hasta el momento poseen el peso mismo abstracto y asimismo la seguridad de los denominados postulados empíricos, razón por la cual ha establecido que no hay necesidad por el momento de desarrollar en su cabalidad.

1.3.3. La Pena.

1.3.3.1. Concepto de pena.

El vocablo o palabra “pena” procede del latín de la expresión *poena*, que significa castigo o punición y sufrimiento; la que se origina al iniciar el desarrollo de la humanidad, estando presente desde el inicio de la raza humana, por ejemplo al atribuírsele este poder a entes máxime supremos, y de la misma manera la facultad o capacidad de sancionar y castigar. (Placencia, S.F.)

La pena se considera como mal de conformidad con la Ley, el Estado decide imponerla quienes con la forma debida son reconocidos como culpables de un delito. (Carrara, 1956).

La pena explícitamente es el sufrimiento impuesto por el Estado, en cumplimiento de un dictamen con la sentencia al culpable de una transgresión penal. (Cuello, 1991).

La pena se puede explicar como la creación y ejecución de un mal, en contra de una persona física, tras la infracción de una norma y que es analizada, basándose en el balance entre la culpabilidad del agente y lo gravoso del hecho. En lo que se refiere a lo observable, esta pena o sanción recae en quien realizó la acción por infringir la norma, una consecuencia de la misma, sirviendo esta sanción para el restablecimiento del orden social que había sido alterado por la comisión de un delito. (Sánchez & Iñigo, 2015).

Para el maestro, Peña Cabrera (2007), parte del análisis naturalístico de la pena, define que:

La punición como un mal con efectos restrictivos para quien recibe la sanción, por lo que estas restricciones caerán sobre sus bienes jurídicos. Entonces, así como entendemos la pena como la imposición de un mal a un individuo, esta resolución o conclusión debe ser producida como consecuencia de un proceso penal, que pueda tener todas las garantías para que los involucrados puedan actuar de acuerdo a lo que su derecho corresponde, partiendo el principio de presunción de inocencia, el que debe ser sobrepasado por la antijuricidad de la acción de una persona, y de imponerse una sanción o pena, deberá tomarse en consideración que esta pena será un ejemplo para el resto de la sociedad, siempre que pueda decirse que es proporcional.

1.3.3.2. *Fin o finalidad de la pena.*

De acuerdo al Código vigente Penal del título evocado preliminar en el Art. IX, describe que el fin o la finalidad de la pena es:

- Preventiva.
- Protectora.
- Resocializadora.

La sanción penal se realiza como reacción de la justicia retributiva al agente que infringió la ley penal. En ese sentido la naturalidad de la punición o de la pena es predominantemente retributiva, motivo que se constituye por la comisión de un mal; ya que la pena posee un carácter retribucionista, razón que el Estado actúa en tal sentido preventivamente; por lo que

es de suma relevancia distinguir entre el rasgo esencial con denominación “retribución” y la finalidad exclusivamente “preventiva” de la pena. (Poma, 2013).

En ese sentido, Carrara (como se citó en Reátegui, 2016) el objetivo primario de la pena es para tener una sociedad en armonía con orden en el que prime el respeto. Un criterio fundamental de la ciencia criminal como segundo orden exclusivamente es la sanción penal, bajo ese análisis la finalidad de la sanción no es que el agente pasivo sea vengado, sino que el que infringe sufra las consecuencias de sus actos, en la que se obtenga su enmienda con la obtención de justicia; además en la apreciación del fin de la pena lo que prevalece es el respeto. El derecho propiamente peruano siguiendo el modelo constitucional, de acuerdo a la Carta Magna Art. 43, es un Estado reconocido como derecho social y democrático, por lo que la pena tiene una transcendencia propiamente política para la regularización en su actividad en su cumplimiento de proteger los bienes legales o jurídicos.

El desarrollo de la intervención penal se da para aquel que infringe la ley, para que este tras la pena o sanción se resocialice, motivo por el cual es de gran importancia la sanción o la pena; por muchos juristas ha sido abordada, así como también por ciertos filósofos, como por las ciencias de los diversos Estados y el propio Derecho Penal, las que han priorizado discernir la legitimación de su criterio, así como la función identificadamente en la intervención penal. (Villegas, 2014).

Aunque, debemos precisar que la Ley primordialmente solo entiende de forma normativa y de manera preventiva lo especialmente positivo o prevención especial en sentido estricto, por lo que es la que prioriza el método de resocialización y presume el tratamiento del internado que ha infringido la ley o norma para que no reitere en el futuro a lesionar la norma; la misma que podría tener mejor eficacia al ser impuesta a servicios comunitarios, porque el fin del Art. 139, inc. veinte y dos de la Carta Magna, describe con claridad que el principio o finalidad de que el régimen i/u sistema penitenciario tiene por objeto o visión es la reeducación, la rehabilitación verás y reincorporación del que infringió a la sociedad.

La finalidad o el fin de la pena es establecer una armonía pacífica entre sus ciudadanos; esta se instituye en concordancia con los criterios establecidos del Estado de Derecho, porque es

deber del Magistrado cumplir con los fines de la prevención general; la cual permite lograr la tranquilidad y la buena armonía en la sociedad. (Peña Cabrera, 2015).

El fin de la pena es para que el sujeto salga de ese contexto social a otro, en el que se dedique a realizar una actividad para estar ocupado y así se abstenga a cometer delitos; en ese orden se logra con la prevención general y especial de acuerdo a la gravedad del hecho, son los objetivos inmediatos para que inexcusablemente la pena logre efectuar su gran función, en la que debe de hallarse dirigida. (Bramont, 2008).

El Código vigente Penal, establece exclusivamente la retribución como primordial fundamento de la pena, este está establecido en el Art. IX del Título enunciadamente Preliminar del Código de remembranza Penal, asimismo el compromiso característicamente establecidos del código en mención Arts. 45, 46 y 46 A; por lo que es de suma importancia la consideración de los principios, máxime el de Proporcionalidad, en el que coadyuve en la determinación de la pena, teniendo como criterio primordial la intensidad gravosa de las acciones del hecho delictivo.

De acuerdo con Anónimo (2019) considerada que es una de las más grandes labores por su complejidad para todos los comisionados operadores del derecho penal, y en particular para los señores Jueces y Tribunales, en razón que:

Es complejo determinar una pena, teniendo en consideración el Ordenamiento Jurídico peruano, este análisis pasa por tener en cuenta lo gravoso de la acción cometida y las circunstancias personales del agente activo. Se enuncia también que la pena no deberá ser una decisión arbitraria, sino que es el resultado de la determinación de la pena en la que concluye el señor Juez, previamente habiendo analizado lo expuesto por las partes, existiendo un mínimo de discrecionalidad en ello.

Analizando desde esta perspectiva, no debe imponérsele la misma sanción que al autor de un delito que llegó hasta su agotamiento, que aquella acción que solo quedó en grado de tentativa, y tampoco pudiendo tratar de la misma manera al autor que al cómplice. También se tiene en cuenta si alguien actuó bajo el error de prohibición o quizá concurrió de manera eximente o por

alteración psíquica, diferente a quien actuó con todas sus potencialidades y capacidades con el único fin de desarrollar todo el tipo penal.

Uno de los criterios para poder determinar de manera razonable y equitativa la pena, es la proporcionalidad (Subprincipio de la interdicción de la desproporción. Lección 2.IV.1); de acuerdo a la S.T.S., del 12/11/2002, exclusivamente el Principio de Proporcionalidad se origina en la jurisprudencia que emanan los tribunales alemanes después de la Segunda Guerra Mundial, enriqueciéndose de una manera potencial por los aportes del Tribunal del continente Europeo de Derechos Humanos; el cual se refiere al ordenamiento exclusivamente al Jurídico español, de las emitidas del Tribunal Supremo, los valores propiamente dicho de justicia y libertad contenido el Art. 1.1. de su C.E., son los reconocidos relevantes pilares fundamentales y básicos de la construcción del Principio de Proporcionalidad.

Dicho de alguna otra manera, aludiendo al Código vigente Penal, la pena o punibilidad de doce a veinte años de prisión, para el autor sin agravantes cualificadas que quebranta la norma, en un robo en circunstancia agravada, el Juez debe dar un tratamiento diferente al autor primario, motivo que fue circunstancial el acto ilícito; o que podría haber realizado el acto ilícito para salvaguardar otro bien jurídico que aun esta última consideración no ha sido parte de investigación por lo que únicamente es de advertir; en ambas consideraciones la proporcional de la medida sería convertir la pena privativa por la de servicios comunitarios en agente primario.

1.3.3.3. Características o peculiaridades de la pena.

De acuerdo a Flores (2005) las peculiaridades o características que se evidencian desde un punto criminal, son las singularidades de la pena identificadas desde lo criminal, tenemos a las siguientes:

1.3.3.3.1. Singularidad personal.

Debe tenerse presente el principio de culpabilidad, imponiéndosele una pena exclusivamente al autor, es decir que no se podrá castigar o sancionar a alguien por el accionar de otro, en ese sentido las consecuencias jurídicas del delito son aplicadas a una persona después de

haber sido declarada culpable como consecuencia de un juicio, entendiendo que el sufrimiento psicológico no solamente se presenta en el condenado, sino también en su entorno familiar, esto quiere decir que si bien la pena es personal pero aun así tiene consecuencias que trascienden a nivel social.

1.3.3.3.2. Singularidad proporcionada.

De León y De Mata (s.f.) expresan que la sanción a imponerse debe estar regida por la proporcionalidad que existe entre la sanción penal acción y la gravedad del delito, teniendo en cuenta las características de las acciones con las cuales interactúa en el ilícito el agente primario, los que deberán ser valorados de manera objetiva y subjetiva por el juzgador para poder emitir una sentencia condenatoria de acuerdo al Principio de Proporcionalidad. La mencionada proporcionalidad se debe evidenciar claramente, debe ser consecuencia exacta entre delito y pena, debiendo aplicarse de esa manera por los juzgadores al instante de determinar la sanción penal, teniendo como base el injusto penal.

1.3.3.3.3. Singularidad determinada.

Claramente concordante con el principio de legalidad, la sanción debe estar incluida en la legislación penal vigente, señalando que el sentenciado no deberá tener más consecuencias que las que se encuentran descritas en la norma o ley.

1.3.3.3.4. Singularidad flexible.

En unión con la anterior característica, la pena debe ser fijada dentro del rango establecido como mínimo y máximo por la legislación penal; esto tiene una interpretación extensiva, se hace también para poder impugnar la misma, ya que, como lo expresa Sebastián Soler, citado por el profesor De León Velasco y De Mata Vela, al ser la pena un producto del hombre, cabe la posibilidad de entender un error en ella.

1.3.3.3.5. Singularidad pronta e ineludible.

Para el cumplimiento de la pena, la justicia deberá proceder de la manera más eficaz y eficiente posible, como lo expresa el político de la época de la Revolución Francesa Robespierre, citado por el profesor Mapelli Caffarena, de manera categórica estima que, si un juicio es lento, puede hablarse entonces de impunidad, siendo que el no poder valorarse una pena de manera cierta, no hace más que estimular positivamente a culpables. Si la justicia es ineficaz, podemos entenderlo como lento; la condición represiva e intimidante de

la pena se desvanece, creando esta una decepción en quienes han creído vivir amparados con las normas o leyes, motivo que con la impunidad pues no se recibe el castigo por la acción que contraviene al orden social, por lo que pudiendo generarse como consecuencia a la opción de justicia por mano propia.

1.3.3.3.6. Singularidad individualizada.

Sostiene el profesor Mapelli Caffarena, que la norma o ley penal tiene a los principios como base tanto al de generalidad como al de igualdad, es decir el señor Juez, al tipificar hechos como delitos, no personifica personalidades; entonces después de haber enunciado estos hechos que serán considerados contrarios al orden social, la sanción se impondrá, no a hechos sino a las personas que los cometen y no a personas en abstracto, es decir, se individualiza la sanción o pena.

El Legislador es el que tipifica las acciones o hechos que constituyen el delito, en ese sentido no se elabora para alguna persona específica, sino en forma abstracta, de manera que, si una persona infringe la norma, se individualice al infractor para determinar o fijar la pena.

1.3.3.4. La agravación de la pena.

Las acciones de mayor desvalor de las conductas ilícitas deben tener mayor intensidad de reproche a los delincuentes habituales, motivo que son las circunstancias agravantes establecidas que determinan diferentes parámetros que agrava el hecho delictivo en la realización del delito; por lo que su eficacia común, es razonable en el aumento de reprochabilidad que se le impone al autor, cómplice, coautor o partícipe del hecho punible; empero, a los agentes primarios la pena debe ser diferente que al de un delincuente habitual. (Prado, 2017).

En ese sentido Gálvez (como se citó en Prado, 2017) al hacer más grave la sanción de la pena es por los daños de gran envergadura como es; de la vida, la vulnerabilidad de la víctima, la integridad de la persona pasiva, los bienes sobre en lo que recae la acción y en lo demás, por lo que las agravantes son determinadas en el lugar y en la manera de la comisión de los hechos.

1.3.3.5. Teorías absolutas de la pena.

Los que infringen las normas del derecho aun todos dispusieran de la misma área social, pero siempre y cuando en sociedades totalmente reales, pero esta no ocurre en ninguna, por lo tanto la pena de prevención general concluye de manera limitada por la culpa del agente. (Zaffaroni, 1998).

Son aquellas que se justifican en la misma pena, no considerándose la pena como un medio para alcanzar un fin, siendo esta teoría sostenida por Kant y Hegel. Empero, la imposición de un mal por el mal cometido se subsume por lo infringido y termina concretándose con la pena, porque el objetivo de la medida prevalece en la retribución. (Muñoz y García, 2010).

Kant y Hegel, sostienen en sentido de las teorías absolutas, que se le sanciona con una pena como retribución al imputado que infringe la ley; al que lesiona un bien jurídico se le compensa con la imposición voluntaria de un mal, que viene hacer la medida de la pena; por lo que sí es negado el delito y este tras la investigación se esclarece la culpabilidad se contesta con otra negación, que viene hacer la medida penal, motivo que la sanción penal es la afirmación del derecho; en ese sentido la sanción legal es la doble negación del derecho penal.

Al respecto Serrano (como se citó en Bramont, 2008) piensa que para justificar la pena debemos indicar que esta es necesaria para poder tutelar de manera eficaz aquellos bienes jurídicos que son indispensables para que nuestra sociedad y el sistema funcionen.

En ese sentido Mir (citado por el profesor Peña Cabrera, 2015) que para las teorías absolutas el fin de la pena es realizar algo por la comunidad a cambio de cubrir las necesidades para la subsistencia de la sociedad, porque en su apreciación preponderante señala que la sanción penal se impondrá como parte de impartir justicia, sin considerar que esta sanción puede tener algunos fines diferentes a eso.

En las teorías absolutas existen dos criterios, criticable y positivo; la primera es porque su determinación es que el mal no debe quedar sin medida de pena en el culpable, por ese sentido es criticable porque no es aplicable la proporcionalidad; mientras que la segunda alude que la justicia para ser razonable debe evaluarse de acuerdo a la gravedad del daño causado del delito, porque tras esta teoría se enmarca una justa retribución de la justicia

sustentada en la proporcionalidad, motivo que no será impuesta la misma medida de pena a un imputado que comete un feminicidio que a otro que robó, esta teoría se sustenta en criterios religiosos, éticos y jurídicos. (Bramont, 2008).

En la presente no tenemos en consideración la libertad de la que goza el inculpado, razón que se sanciona el hecho sin priorizar si ha sido presionado de alguna manera o no el sujeto pasivo en el momento de la consumación del delito, por lo que en la actualidad es criticable por muchos críticos jurídicos en la que señalan que debe tenerse en consideración la acción con cual se infringió la ley para que esta sea analizada para una pena razonable y proporcional.

1.3.3.6. *Teorías relativas o preventivas de la pena.*

En oposición a las absolutas, refieren a la pena como un medio para poder concretizar un fin, siendo aquí que surge además una división, como es en teorías relativas de la prevención general y de prevención en sentido especial. (Zaffaroni, 1998).

Al interior de la prevención general podemos mencionar a la teoría desfasada o antigua de la intimidación, o conocida también como la “Coacción psicológica”, sustentada por Feuerbach.

En cuanto a las teorías relativas o preventivas según Roxin, el fin de la pena es la prevención general, por eso es preventiva y relativa, soslaya que la pena debe motivar tanto para el que infringe como para la población para no lesionar o peligrar a los bienes jurídicos que están establecidos como protegidos punitivamente.

En ese sentido se concluye si una comunidad que está bien organizada y vela por sus miembros con orientación y seguimiento, es promover el respeto como primacía de primer orden, ejemplificando con el departamento de Cajamarca en nuestro país, las rondas campesinas realizan vigilancia y sus ciudadanos de sus pueblos sostienen un respeto mutuo, porque el castigo que se impone es a los servicios de la comunidad.

Las teorías relativas son las que fundamentan el fin que se persigue con la pena tras el delito; estas se clasifican en teorías de la prevención especial y general. (Muñoz y García, 2010).

1.3.3.6.1. Teoría de prevención general.

En cuanto a la teoría de la prevención general, Feuerbach (como se citó en Muñoz y García, 2010) debe ser tratado con coacción psicológica en calidad de pena para que se abstenga en un futuro a reiterar; ya que las teorías exclusivamente de la prevención general solo radicalizan la pena a plenitud en la intimidación de los ciudadanos. Es así que la teoría exclusivamente de la prevención general se sustenta en la afección social y pedagógica o dogmática comunicativa de la norma.

En la sanción punitiva se genera efectos intimidatorios por lo que es razonable el tratar psicológico, en ello se debe adecuar lo establecido en las normas porque sus estructuras son complejas y deben ser contextualizadas hacia el ciudadano con la finalidad que se interioricen en su psique, en la cual se abstengan a delinquir. (Peña Cabrera, 2015).

Al interior de los límites de retribución, Mir (citado por Bramont, 2008) en la determinación de la pena fundamentada de la retribución, es para aquellos que creen en la protección de la ciudadanía; por lo que se concede a los fines de la prevención en una determinada retroalimentación.

❖ La teoría de prevención general se subdivide en dos grupos; positiva i/u integrada y negativa i/u intimidadora.

- Positiva i/u integrada.

El derecho penal está orientado a dar soluciones de las problemáticas de la sociedad; la pena es la que debe prevenir delitos en un futuro, por lo que se debe inculcar valores al imputado, en ese sentido se rescatan los principios positivos como el trabajo en la sociedad, motivo que el fin es descentralizar con concientizar que las personas actúen a derecho, en el que se valida al derecho penal como medida de control social, en ese orden se busca proteger los derechos fundamentales del que infringe la ley. (Bramont, 2008).

- Negativa i/u intimidadora.

De acuerdo a Kant (citado por Bramont, 2008) el imputado al ser tratado con penas severas estas discriminan de alguna manera, las penas altas promueven el terror por lo que el ser humano no debe servir como medio para otro fin, y tampoco considerarlo en el derecho de

cosas; a mayor severidad de las penas debería demostrarse también mayor eficacia de resocialización, empero, en la actualidad es lo contrario.

Es apreciable que en la actualidad no se está logrando la resocialización tras las duras penas, motivo que los internos al cumplir las severas penas como que se adaptan a un mundo esclavizado y en el cual desarrollan mayor agresividad por lo que esta es demostrada por los diferentes medios de comunicación de ciertos casos que son filmados y transmitidos, son agentes que dejan los penales tras las severas penas, de los que se le priva de la libertad; en ese sentido los agentes sin agravantes cualificadas y por el mismo hecho que en el penal comparten espacios con criminales habituales, tienen repercusión de ejemplo criminal, por lo que se les debe de dar un trato diferente de pena, que sería lo lógico la conversión de la pena privativa por una de servicios a la comunidad.

1.3.3.6.2. Teoría de prevención especial.

Von Liszt (citado por Muñoz y García, 2010) al apartarlo del contexto social, el delincuente lograría su resocialización de una manera diferente, porque la pena es la que lo corrige; en ese sentido consideran al imputado como el objeto central del derecho penal.

La pena es la medida idónea para prevenir que el sujeto no vuelva a delinquir; por lo que es sustancial la resocialización con la pena y de tal manera se rehabilite para la incorporación a la sociedad. (Bramont, 2008).

Estas medidas se corroboran en el Título de mención Preliminar de nuestro Código vigente Penal en el Art. IX que contiene los fines de la pena son: la prevención, protección y resocialización; siendo que las medidas de seguridad persiguen la curación, tutela y rehabilitación.

El agente que delinque debe ser impuesto cierta sanción para que no reitere; la finalidad es intimidar con la pena para disuadir actos delictivos y que esta debe ser ejemplar con resultados en las que se perciba, porque las teorías exclusivamente las relativas buscan hacer legítima la sanción mediante la obtención de una determinada finalidad o fin. (Bacigalupo, 2004).

1.3.3.7. *Las teorías sintetizadoras o de la unión de la pena – mixtas.*

Tiene su origen en las teorías conocidas como absolutas, intentando cubrir sus falencias en las teorías relativas, siendo las más difundidas actualmente. (Zaffaroni, 1998).

Estas teorías sintetizadoras o mixtas buscan “combinar” los principios legítimamente de las teorías conocidas como absolutas y de las teorías relativas que se centran en una teoría “unificadora”; son teorías que se alinean en justificar la medida de la pena para poder reprimir o para la retribución, así como prevenir o proteger, por lo que se le considerada legítima la pena para las teorías mencionadas; en la utilidad social solo las teorías relativas se une con las que se está tratando, mientras que en las teorías absolutas precisamente los valores de justicia y los de utilidad resultan excluyentes. (Bacigalupo, 2004).

Según describe Bramont (2008) las teorías conocidas como Sintetizadoras o de la Unión – Mixtas, tienen dos direcciones que es la de prevención en sentido general y la otra de utilidades individuales, tenemos:

La primera dirección se fundamenta en la prevención en sentido general, sostenida en la idea de justicia; tras la afectación se debe retribuir, por lo que podría limitar la imposición de la pena por los principios de la prevención, porque el fin principal es la defensa del bien jurídico.

La segunda dirección, está orientada a la utilidad, es decir individualizada, en la que si el imputado tuviera agravantes, la retribución solo le corresponde servir de frontera máxima a los fines de la pena, no permitiendo que una pena sea mayor, la defensa de la sociedad sería la justificación de la pena.

1.3.3.8. *Criterios que determinan la pena en nuestro código penal.*

En cuanto al primer literal del Art. 45° lo correcto sería que se regule como agravante circunstancial y este sea considerado en el Art. 46° - excepto las carencias sociales, motivo por el que abusar de su formación, oficio, poder, posición económica o cargo, sin duda alguna es merecedor por dichas condiciones en conductas delictivas mayor reprochabilidad.

Así tenemos la determinación descrita en el art. 45°- A numeral 3, la que nos lleva desde el cálculo por debajo del tercio inferior de la pena es para cuando concurren las privilegiadas circunstancias atenuantes, así como nos sitúan por encima del tercio superior de la pena es para cuando concurren calificadas circunstancias agravantes, ante la concurrencia de agravantes y atenuantes se especifica el cálculo de la pena en sentido concreto dentro de los límites de la pena básica.

Así también debemos tener en cuenta que debemos evitar una posible doble valoración de una circunstancia agravante, en argumentación del “Ne bis in ídem”.

Los demás supuestos del Art. 45° que sirven para poder fundar y delimitar la sanción, parecen acertados, teniendo en cuenta las falencias sociales del agente, costumbres y cultura entre otros.

1.3.3.9. Individualización de la pena o sistema de tercios.

De acuerdo al Art. 45-A del Código vigente Penal, es en el que está establecido un procedimiento para la estructuración e individualización de la pena de una manera explícita tanto cualitativa como cuantitativa, además el Juez para determinar la punibilidad tiene en consideración la gravedad y responsabilidad del hecho ilícito cometido, en ese sentido atiende para aplicarla los criterios que a continuación se describe.

- En un inicio la pena o la punibilidad vigente se divide en tres partes.
- En segundo lugar, se determina la pena o punibilidad al agente que ha infringido la norma teniendo en cuenta las atenuantes o agravantes de las que se haya observado las circunstancias para determinar las reglas siguientes:
 - ✓ La pena en sentido concreto se determina dentro del tercio inferior cuando existe solamente circunstancias atenuantes o cuando no existan agravantes ni atenuantes.
 - ✓ Dentro del tercio intermedio se determina la pena concreta cuando haya circunstancias de atenuación y agravación.
 - ✓ Dentro del tercio superior la pena concreta se determina cuando haya concurrencia solamente de circunstancias agravantes.

Además, para poder calcular la pena de acuerdo al tercio, se deberá individualizar la pena, donde se tendrá en cuenta circunstancias atenuantes o agravantes, pero genéricas, es decir, las que se describen en el art. 46 del Código vigente Penal.

Después de haber identificado el tercio en el cual se ubicará la pena, el juzgador hará el análisis de acuerdo al art. 45 del Código vigente Penal, que trata de las carencias como de su cultura, la vulnerabilidad de su familia o la de él, sociales, entre otras.

Sin embargo, al tipificarse la propuesta de lege ferenda, se aplicaría el Principio de Proporcionalidad, para los agentes que hayan infringido la norma sin agravantes calificadas contra el patrimonio en delito de robo en su figura agravada, en el que, si los actos habrían sido de mínima entidad, se convertiría la pena privativa a una de conversión de servicios comunitarios, lógicamente los Magistrados evaluarían los criterios y si es que el caso amerita.

Posiblemente hasta que no se legisle por parte de los legisladores lo propuesto en esta investigación en cuanto a la conversión de la pena privativa en agentes primarios, esta determinación se mantendrá en una escala desproporcionada en ciertos casos; en ese sentido para que se impongan penas privativas convirtiéndolas a servicios comunitarios, los Magistrados deberían ser más analíticos en el análisis si la afectación a la parte agraviada es de mínima entidad, en ese orden lógico, proporcional y razonable sumándose el principio de humanidad, así como la realidad que la conllevó a infringir por primera vez, tenga a bien en aplicarse el Principio de Proporcionalidad, razón por la cual se muestra la propuesta de lege ferenda, para que se determine penas más razonables y proporcionales.

1.3.3.10. Circunstancias de atenuación genéricas (ART. 46 del CP).

Asimismo, los mencionados en el art. 46 del Código Penal vigente, y esto es que lo descritos siguen siendo criterios al momento de determinar la pena, teniendo en cuenta todos estos criterios que se ajustan a las circunstancias genéricas tanto de atenuación como de agravación; en cuanto a la atenuación se constituyen éstas que no sean elementos o criterios para la punibilidad, además se constituyen que no estén específicamente previstas para la punición del delito, a continuación solamente se describirá en cuanto las circunstancias de la atenuación del Inc.1, tenemos a las siguientes:

- a. La carencia en cuanto a los antecedentes en sentido penal.

Se refiere que ésta circunstancia atenuante es para aquel agente sin agravantes cualificadas que es sancionado por primera vez.

En este sentido se presenta la propuesta de lege ferenda, con el propósito que, se permitirá aplicar una pena proporcional de acuerdo al injusto penal, en el caso si es de mínima entidad para que se convierta la pena a servicios comunitarios, en el caso que amerite.

b. El obrar en cuanto a móviles altruistas o nobles.

Si bien admite como elemento subjetivo, pero no constituye en una exigencia del tipo; se aparta de la subjetividad de tipicidad y del dolo, por tratarse de una genérica circunstancia de menor desvalor del injusto.

c. El obrar precisamente en temor excusable o en estado de emoción.

Un miedo insuperable excluye la culpabilidad del sujeto. Por lo que la propia norma establece en nuestro Código vigente Penal en el Art. 20 Inc. 7, el que describe como excusable la conducta de quien actuó bajo temor o miedo insuperable.

d. La influencia precisamente de apremiantes en sentido circunstancial familiar o personal en la ejecución de la punibilidad de la conducta.

De la redacción no se puede asegurar si se trata de situaciones de necesidad económica, como por ejemplo el hurto denominado famélico, o querer adquirir o comprar medicamentos muy costosos, de ser el caso, estaríamos frente al estado de necesidad justificante supuestamente, establecido en el art. 20° Inc. 4 del Código de remembranza Penal.

e. Se disminuye las consecuencias al procurar voluntariamente, después de consumado el delito. (...)

f. Reparación totalmente voluntaria del daño generado o del resultado derivado del peligro realizado.

Se describe como una circunstancia para poder disminuir la sanción penal a imponer, por haber reparado el daño ocasionado de manera voluntaria, esta circunstancia se relaciona con el literal e anterior, el mismo está descrito en el Art. 93 del Código vigente Penal.

g. Presentarse y admitir la responsabilidad ante la autoridad voluntariamente una vez transcurrido la conducta punible.

De acuerdo al Inc. 2 del Art. IX del CPP., que describe sobre el principio de la no autoincriminación, como lo precisa el derecho en defensa, aun no excluye al agente para que acepte o reconozca su responsabilidad por el hecho que ha infringido la norma.

h. La edad que habría influido en la conducta punible del imputado.

De acuerdo al Art. 22° del Código vigente Penal, esta atenuante reduce la pena de manera prudencial, cuando el agente al momento de infringir tiene más de 18 y menos de 21 o también más de 65 años de edad.

1.3.4. El delito de robo.

1.3.4.1. Referencias históricas.

En la antigua Roma, en el derecho diferenciaron el delito de robo del hurto; también realizaron diferencias con *La Lex Cornelia de Sicariis*, la que fue entendida como crimen en sentido público, por el hecho del robo por la violencia y amedrentación que realizaba al exterior de la casa con la finalidad de apropiarse de los bienes de las personas cuando el autor era portador de arma. Los delitos a mano armada contra el patrimonio fueron delitos considerados hacia las personas que cometieran actos ilícitos. Por lo que el delito de robo en siglos pasados fue considerado como delito especial, en razón de considerarlo delito principal en los códigos penales del mundo. En los siglos pasados el patrimonio del prójimo ha sido visto de manera cotidiana lo más práctico para satisfacer las necesidades, así como los enriquecimientos, por lo que regularizaron el delito de robo con sanción, motivo que con dicho delito se exponía en peligro las esferas de la sociedad, porque afecta contra el patrimonio, la integridad física y hasta la vida misma de la víctima. (Reátegui, 2016).

1.3.4.2. Definición del delito de robo.

Prado (2017), refiere que lo que caracteriza al delito de robo es la violencia física y la amenaza por parte del agente que infringe la norma, además podría colocar en peligro la vida; aun sea el valor económico mayor o menor a una mínima vital remuneración, esta no debería afectar al momento de calificar el delito contra el robo en el que se genere el apoderamiento con violencia de los bienes muebles.

Además, Prado considera que el delito contra el patrimonio, como es el de robo, es semejante a la tipificación del hurto; empero, la connotación es distintiva del robo por la amenaza y la

violencia física, las que le permiten lograr el apoderamiento o la sustracción del bien mueble, tanto podría ser parcial como completamente, de procedencia ajena, es lo que impone el agente en el acto delictivo como medio para consumir el delito.

1.3.4.3. *Bien jurídico protegido.*

En el delito de robo, se tiene en consideración que el desvalor se configura con la acción antijurídica, siendo que este se genera con el uso de la amenaza plenamente grave o violencia contra el sujeto pasivo, poniendo en riesgo la salud y el cuerpo, la vida, así mismo la libertad del mismo; siendo esta la razón de la tutela del bien jurídico en este tipo penal. Se concluye entonces que, tanto el delito de hurto como el de robo atentan al patrimonio, es decir, contra los derechos que emanan de la propiedad, que vienen hacer los derechos reales explícitamente inherentes a la propiedad, de la cual con las acciones indicadas de desapoderar el bien mueble se infringe la norma. (Peña Cabrera, 2015).

El objeto de lo protegido por este tipo penal, es el exclusivo derecho que tutela la propiedad de las personas, pudiendo entenderse como el reproche del derecho, como resultado del despojo por la posesión que goza la víctima sobre la cosa mueble, en el cual le está afectando el derecho de propiedad, entonces el propietario se convierte en sujeto pasivo por el robo que se le ha generado. (Gálvez, 2017).

1.3.4.4. *Tipicidad objetiva.*

Dentro de la tipicidad objetiva, se considera al sujeto pasivo y al activo, siendo que para el delito común cualquier persona puede denominarse sujeto activo; empero, para el sujeto pasivo no lo es, el mismo que podría tratarse de una persona natural y también puede ser jurídica, de índole privada, pública o mixta, que bastaría que le pertenezca la titularidad exclusivamente de la cosa denominada mueble para ser considerada desapoderada. (Reátegui, 2016).

1.3.4.5. *Conducta típica.*

La conducta típica es uno de los primordiales elementos del tipo claramente penal objetivo, por lo que al apoderarse ilegítimamente de un bien mueble se configura en una conducta típica, es el resultado del hecho en el que el sujeto activo se haya apoderado o sustraído un bien mueble ajeno imponiendo violencia o amenaza. (Reátegui, 2016).

1.3.4.6. Tipicidad subjetiva.

La tipicidad subjetiva es aquella que se constituye exclusivamente con el dolo – conscientemente con conocimiento y voluntariamente, por tal motivo es reprimible en la figura de punibilidad con el delito contra el robo. (Peña Cabrera, 2015).

1.3.4.7. Robo agravado Art. 189 CP.

El Código vigente Penal peruano, señala en el capítulo III, las circunstancias agravantes para el delito de robo, específicamente en el Art. 189, siendo estas, que se cometa en la descripción siguiente:

1) En un inmueble habitado, 2) en horas de la noche o en algún lugar sin la presencia de personas, 3) utilizando armas, 4) contando con la participación de 2 o más personas, 5) en algún medio de transporte, ya sea privado o público tanto de carga o de pasajeros, restaurantes, entre otros, 6) actuar con fingimiento de autoridad tanto privado como de servidor público o falsificando mandamiento de autoridad, 7) Por agravio en personas menores de edad o con discapacidad y también en estado de gravidez en mujeres o del adulto exclusivamente mayor, 8) además de vehículo conocido como automotor, accesorios o autopartes; al concurrir estas circunstancias, se sancionaría el delito con una pena no menor de 12 ni mayor de 20 años.

La pena en delitos más graves se agrava y está considerada desde los 20 a los 30 años, cuando el robo es cometido cuando; 1) se origine lesiones físicas o mentales a la víctima, 2) se abusa de la incapacidad mental o física de la víctima o concurriendo a la utilización de drogas, fármacos o productos de procedencia química, 3) que la víctima quede en grave situación económica o también su familia, 4) En cuanto a bienes de procedencia científica o patrimoniales culturales de la Nación.

La pena en delitos más severos será de cadena perpetua y esta se configura si el agente es integrante de alguna organización criminal, o por actos concurridos se genera la muerte del agente pasivo o se le produce gravemente lesiones al cuerpo físico o mental.

1.4. Formulación del problema

1.4.1. Problema general.

- ¿De qué manera aplicar el Principio de Proporcionalidad al margen privativo para permitir la conversión de la pena privativa por la de prestación de servicios a la comunidad del agente sin agravantes cualificadas en el delito de robo agravado, en Chiclayo?

1.4.2. Problemas específicos.

- ¿De qué manera ha aplicado el Principio de Proporcionalidad el Colegiado Penal de la Corte Superior de Justicia las sentencias judiciales del 2014 en la pena privativa de la libertad del agente sin agravantes cualificadas por robo agravado, en Chiclayo?
- ¿Cuáles son las consideraciones que permita la aplicación del Principio de Proporcionalidad para convertir la pena privativa a servicios comunitarios del agente sin agravantes cualificadas en el delito de robo agravado, en Chiclayo?
- ¿Cuáles son los artículos del Código Penal que se propondría abrogar para permitir aplicar al Principio de Proporcionalidad con la conversión de la pena privativa a servicios comunitarios del agente sin agravantes cualificadas en el delito de robo agravado, en Chiclayo?

1.5. Justificación e importancia del estudio

Se debe considerar, que el estudio que se ha realizado, tiene temas catalogados en materia de investigación; sin embargo, el presente trabajo tiene su justificación y es de relevancia jurídica, por el motivo que se ha determinado criterios normativos así como el injusto penal, en ese sentido tenemos la propuesta de lege ferenda; en la actualidad es perceptible la problemática que estamos afrontando, por la inaplicación del Principio de Proporcionalidad y los demás principios que se deben optimizar en la determinación de la punibilidad o pena, ya que solo se describen literalmente, en el juzgamiento de agentes sin agravantes cualificadas en el delito de robo en su circunstancia agravada, en las sentencias judiciales del Colegiado en lo Penal del 2014 de la Corte Superior de Justicia de Chiclayo.

Si bien es cierto, que las leyes deben de ser severas para los delincuentes, a razón de todos los casos a nivel nacional que ha causado repudio en la población; no obstante, debemos tener en cuenta que vivimos en un Estado que brinda garantías para resguardar los derechos exclusivos de las personas, y dentro de estos derechos, es el trato que se le debe de dar a los agentes sin agravantes cualificadas.

Se ha determinado el delito de robo en su circunstancia agravada por su altísimo grado de incidencia en nuestro país y a la elevada pena conminada establecida por el Legislador; partiendo de verificar si en función al Principio de Proporcionalidad y teniendo en que no pesan sobre los agentes las duras figuras de la reincidencia o habitualidad, por lo que se ha determinado como criterios normativos que, si un agente primario que no ha infringido durante su vida y genera lesiones leves con mínimas acciones en un momento circunstancial sin arma de fuego en el robo en su circunstancia agravada, en el cual el injusto penal es de mínima entidad, por lo que se le debe dar un trato de sanción diferente.

Además los hechos generados al agente agraviado no tienen en sí mismos un mayor grado de afectación contra la libertad, la integridad corporal o física porque continúa con su vida normal e incluso el patrimonio concreto de la víctima se ha recuperado, razón que debe convertirse la pena como es en el agente primario del Recurso identificado de Nulidad N° 1100-2015 - de Cusco, visto por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Patria, de lugar, Lima, 07/07/2016, siempre cuando se convenga a los demás criterios de la misma y para su ampliación de acuerdo a los criterios de la propuesta que se ha determinado de lege ferenda; en ese sentido para que se eleve el Rango Constitucional del Principio denominado de Proporcionalidad para su aplicación y se obtenga una pena proporcional, en ciertos casos en agentes primarios que ameriten.

La presente tesis de investigación, aporta que se deben optimizar en el juzgamiento del robo en su circunstancia agravada los principios del derecho para la determinación de la punibilidad o de la pena y no solamente realizar la descripción, ya que estos se aplican en el Principio denominado de Proporcionalidad, en el cual el injusto penal es el primordial a tener en consideración para desarrollar la proporcionalidad; la cual ha sido analizada en el Recurso denominado de Nulidad N° 1100-2015 – de Cusco, vista por la Sala Penal Permanente de la

Corte Suprema de Justicia del País, de lugar, Lima 07/07/2016, en el que ha examinado la conversión de la pena privativa de la libertad por la de servicios a la comunidad.

Por lo considerado en el párrafo anterior se ha realizado el aporte propositivo de lege ferenda para que se adicione un artículo (21-A) y se abroge el párrafo segundo del Art. 22° del Código vigente Penal, en ese sentido se ha determinado la posición jurídica, en ese modo se catalogue con el Poder Legislativo, para que se dé mayor énfasis a la necesidad de la tan anhelada aplicación del Principio rector de la determinación de la penalidad, que es el de Proporcionalidad, en el cual se logren optimizar los demás principios, con el fin que se aplique una pena proporcional.

1.6. Hipótesis

La aplicación del principio de proporcionalidad al margen privativo permite la conversión de la pena privativa por la de prestación de servicios a la comunidad del agente sin agravantes cualificadas por robo agravado, en Chiclayo.

1.7. Objetivos

1.7.1. Objetivo general.

- Analizar la manera de aplicar el Principio de Proporcionalidad al margen privativo para permitir la conversión de la pena privativa por la de prestación de servicios a la comunidad del agente sin agravantes cualificadas en el delito de robo agravado, en Chiclayo.

1.7.2. Objetivos específicos.

- Identificar la manera de aplicación del Principio de Proporcionalidad por el Colegiado Penal de la Corte Superior de Justicia en las sentencias judiciales del 2014 en la pena privativa de la libertad del agente sin agravantes cualificadas por robo agravado, en Chiclayo.
- Determinar las consideraciones que permita la aplicación del Principio de Proporcionalidad para convertir la pena privativa a servicios comunitarios del agente sin agravantes cualificadas en el delito de robo agravado, en Chiclayo.

- Explicar los artículos del Código Penal que se propondría abrogar para permitir aplicar al Principio de Proporcionalidad con la conversión de la pena privativa a servicios comunitarios del agente sin agravantes cualificadas en el delito de robo agravado, en Chiclayo.

1.8. Limitaciones

Si bien es cierto de considerar que no existen limitaciones catalogadas al tema planteado en cuanto a la bibliografía, porque existe amplio material de lectura; empero, al haber solicitado sentencias judiciales de los años más recientes ha sido imposible adquirirlas, motivo que gran parte de los casos están en apelación y otras por la carga laboral no están encuadradas, además una vez acentuada la pandemia de la COVID 19 la Corte Superior de justicia de la ciudad de Chiclayo ha limitado el ingreso, solo permitiendo a casos priorizados y a los de flagrancia, de manera que se ha trabajado con sentencias del Juzgado Penal Colegiado del año 2014.

II. MATERIAL Y MÉTODO

2.1. Tipo y diseño de investigación

2.1.1. Tipo de estudio.

Hernández, Fernández y Batista, (2010) han clasificado los datos de la investigación simultáneamente o paralelamente; en ese sentido la investigación exclusivamente que se ha aplicado en el trabajo de la tesis es la “cualitativa”, por el motivo que se ha realizado el análisis, la identificación, la determinación y la explicación.

En esa misma secuencia es una “investigación de tipo documental”, en razón a que no solo se ha descrito el problema en sí, sino máxime se ha determinado los criterios normativos, en el que el injusto penal de mínima entidad es el eje principal que ha generado la investigación; además se tiene la propuesta de lege ferenda, para la aplicación o el desarrollo del Principio rector de la determinación final de la pena conocido como de Proporcionalidad, en el que debería desarrollarse al margen de la pena privativa para la conversión a servicios comunitarios en agentes sin agravantes calificadas en el delito de robo en su circunstancia agravada, estudiado en las sentencias del Colegiado en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Chiclayo, del año 2014; en ese sentido se ha tenido en consideración los objetivos priorizados para direccionar la investigación.

2.1.2. Diseño de la investigación.

El no experimental, retrospectivo y transversal.

No experimental: De acuerdo Hernández et al. (2010) afirma que el fenómeno se estudia de acuerdo a su contexto natural; en consecuencia, los datos obtenidos reflejan la evolución natural de los eventos, completamente lejanos a la voluntad del investigador. En ese sentido es sin la manipulación de variables, debido a que solo se ha observado el acontecer tal cual se desenvuelven en su contexto natural, para proceder a analizarlos luego las sentencias judiciales del Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Chiclayo.

Retrospectivo: Además Hernández et al. (2010) considera que en el texto de los documentos se evidencia el fenómeno perteneciente a una realidad pasada; el motivo que la planificación u organización y recolección en la obtención de datos se ha realizado de búsquedas de registros, documentos como Sentencias exclusivamente Judiciales del Juzgado Penal Colegiado, Recurso como es el de Nulidad N° 1100-2015 - de Cusco, visto por la Permanente Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, de lugar, Lima 07/07/2016 y entre otras, por lo que la participación en la investigación que ha tenido el investigador ha sido restringida en cuanto a las sentencias judiciales por la pandemia COVID 19.

Transeccional o transversal: Hernández et al. (2010) determina que los datos pertenecen a un tiempo anterior en el que se le conoce como fenómeno que sucedió por única vez en el lapso en el tiempo. Por lo que el fenómeno transcurrido con anterioridad queda en documentos registradamente. La investigación abordada son las sentencias judiciales del Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Chiclayo; por este motivo las sentencias son los datos que se han recolectado una seguida de otra, por lo que siempre será de un mismo texto referido al estudio; así como lo demás de la información que fundamenta a la misma.

2.2. Escenario de estudios

Hernández et al. (2010) precisa que la recolección u obtención de datos se desarrolla con un procedimiento; de manera que ha permitido recoger información de forma independiente y unida. La finalidad ha sido analizar, identificar, determinar y explicar los criterios i/o fundamentos de los objetivos. En ese orden lógico ha sido un estudio exhaustivo en el que se ha ubicado la literatura, orientada a identificar los objetivos, un conjunto de peculiaridades o características que determinan su perfil. (Mejía, 2004).

2.3. Caracterización de Sujetos

En cuanto a la caracterización de personas físicas no se ha realizado, porque no ha sido el fin de estudio las entrevistas, sino se ha catalogado con el análisis, identificación, determinación y explicación, por haber estudiado las sentencias judiciales del periodo 2014, del Colegiado en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Chiclayo.

2.3.1. Población.

Se ha considerado el total de casos en el que se caracteriza por proceder de personas físicas, de los que se ha dictado condena a los agentes sin agravantes cualificadas, en el delito contra el patrimonio robo en su figura agravada del año 2014, del Colegiado en lo penal de la Corte Superior de Justicia de Chiclayo.

2.3.2. Muestra.

No es posible determinar con exactitud la cantidad de procesos del mismo tipo; con el método exclusivamente no probabilístico o dirigido se determinó la muestra, por cuanto quedaron los casos seleccionados a criterio característico del investigador, de manera que el estudio realizado de la muestra constituye parte de la población; por lo que pueden ser justamente probabilísticas y no probabilísticas la muestra, en ese sentido para que sean elegidos depende de los elementos de la indicada muestra. Esteban (2009).

El subconjunto o parte de una población conforma una muestra, mayormente distinguida, de la que se analizan, identifican, determinan y se explican los datos; tal como es en la presente investigación por caracterizarse con representación suma su gran importancia, es decir, la conforma una parte representativa de la población, en lo que es relevante de estas es la obtención de las características para que sea significativa la investigación; por lo que en el presente trabajo abordado tenemos un muestreo intencional que busca ser representativa, la misma que se considera suficiente a la considerada, por la complejidad indicada, está constituida por cuatro Sentencias Judiciales del Colegiado en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Chiclayo.

2.4. Variables, operacionalización

Variable Independiente:

La aplicación del principio de proporcionalidad al margen privativo.

Variable dependiente:

La conversión de la pena privativa por la de prestación de servicios a la comunidad del agente sin agravantes cualificadas por robo agravado.

2.5. Técnicas e instrumentos de datos, validez y confiabilidad

2.5.1. Técnicas de investigación.

En la presente investigación, se procedió a realizar las siguientes técnicas e instrumentos de recolección de datos:

2.5.1.1. *Técnica de la investigación del análisis documental.*

Se utilizó el análisis en las diferentes temáticas sustentadas en el marco teórico catalogado al trabajo abordado, con la argumentación en la búsqueda de los dominantes fundamentos doctrinarios de nivel nacional así como extranjera, para que coadyuve se obtuvieron fichas de resumen y textuales, en el que se obtuvo fuentes como libros y documentos; además se ha considerado conceptos, principios del derecho los cuales se optimizan en el Principio denominado de Proporcionalidad, el mismo que es el principio rector para la determinación de la pena final, en ese sentido se ha articulado con nuestra Constitución Política y el Ordenamiento Jurídico Penal; por lo que ha permitido focalizar nuevos argumentos, así como las teorías que han sido base fundamental para enaltecer el trabajo de investigación.

2.5.1.2. *Técnica de investigación en cuanto a la observación.*

La técnica de investigación en cuanto a la observación, ha permitido realizar la compilación de datos; además a través de la observación se ha tomado nota de las sentencias judiciales en la que han fallado condenando en segunda instancia a agentes sin agravantes calificadas, motivo que la actividad se orientó teniendo como premisas los objetivos así como la revisión constante de la literatura, la misma ha permitido extraer el análisis, identificación, determinación y explicación de los resultados.

2.5.2. Instrumentos de recolección de datos.

En el trabajo abordado de investigación se ha considerado como recolección de datos a los instrumentos siguientes:

2.5.2.1. *Guía de observación y fuentes de información.*

En las fuentes de recolección de datos se empleó el instrumento de la guía de observación; teniendo como fuentes de información libros de las universidades, libros de nivel internacional, nacional, revistas y fotos de las sentencias judiciales del Juzgado Penal Colegiado; normas nacionales como la Carta Magna del Perú, Código tanto Penal como el

de Procesal Penal, jurisprudencia, entre otros, son los que han permitido obtener datos de los dominios de los objetivos que están catalogados con las sentencias judiciales, jurisprudencia y con los planteamientos teóricos obtenidos.

2.6. Procedimientos para la obtención de datos

De acuerdo a las técnicas empleadas se ha obtenido la información, por lo que han sido tratadas particularmente, en esa manera se ha desarrollado “mediante un análisis descriptivo”; lográndose obtener propuesta de lege ferenda, en la que sea posible la normativización de normas catalogado con el Principio denominado de Proporcionalidad para la determinación judicial de la pena final, en lo que las atenuantes privilegiadas permitan reducir la pena, así como los principios del derecho se optimicen en el desarrollo de la proporcionalidad; en ese sentido se ha identificado he analizado la muestra del estudio que representa a casos concretos de agentes sin agravantes cualificadas, es decir primarios, que han cometido el delito de robo en su circunstancia agravada, en el que los Magistrados han determinado la pena.

2.7. Procedimiento de análisis de datos

En el trabajo abordado de investigación para realizar el procedimiento de unidad de análisis se utilizó el “procedimiento no probalístico”, motivo que se ha utilizado la técnica conocida como la de conveniencia, en el sentido que el investigador es el que identifica el contexto y los mecanismos para seleccionar la unidad primordial del análisis.

Una vez que los fundamentos se codificaron, se obtuvo la identificación de los criterios, con los cuales han determinado la pena en agentes sin agravantes los Magistrados, en el delito de robo en circunstancia agravada; previamente se aplicó las técnicas e instrumentos, los mismos que han permitido recolectar la información; posteriormente se integró estos datos, formando un conjunto de datos llamados informaciones que se analizaron y se determinaron los criterios normativos para presentarlos en resúmenes, además la explicación de la propuesta de lege ferenda; en ese sentido se concluyó con el análisis cualitativo que integra y sintetiza la información con los datos descritos.

2.8. Aspectos éticos

Según, Belmont (1979) sostiene que, para involucrar al hombre en la investigación, tiene que desarrollar normas y principios éticos, por lo que utilizaremos los criterios siguientes:

Autonomía: Considera que las personas gozan libremente en sus actos y de la capacidad bajo sus propias decisiones para deliberar sobre sus finalidades personales. Las personas que requieran cuidado y protección es un derecho primordial para su subsistencia que poseen, además deben ser tratados con respeto e igual que los individuos autónomos que también poseen de libertad.

Beneficencia: Sostiene que al prójimo se le debe hacer el bien porque la moral obliga en beneficiar a los demás, además al promover el bienestar cura el daño de las personas, aun legalmente no está penado para su cumplimiento porque es de ámbito privado el principio.

Justicia: Razonablemente los beneficios y las cargas distributivas viene hacer la equidad; lo equitativo de los actos de la valoración se genera desde la perspectiva de la justicia en el que la ética es el resultado de los actos si fueron a criterio o no; en el presente estudio relacionado a las causas que se ha buscado determinar la solución de la problemática es de acuerdo a los objetivos que ha sido materia de investigación. En tal sentido es de gran aporte para aquellos agentes sin agravantes cualificadas, porque el motivo es rechazar de alguna manera la discriminación o la desigualdad, desarrollando la proporcionalidad y para su aplicación es primordial su legislación ante el Poder Legislativo.

2.9. Criterios de rigor científico

De acuerdo a Suárez (2007) los razonamientos de rigor científico que se han considerado son los que se ha considerado a continuación:

Credibilidad, se ha hecho uso de material referenciado al tema materia de investigación, en ese sentido se hizo confrontación de información de manera permanente, dando uso a la revisión de la misma.

Transferibilidad, se desarrolló el muestreo teórico, recabándose suficiente información descriptiva, realizando identificaciones de fondo y forma para

determinar las causas de la problemática direccionada por los objetivos priorizados.

Confirmabilidad, el campo de la reflexión epistemológica es la posibilidad de conocer lo social, motivo que esta se obtuvo mediante la confrontación de información, que coadyuvó a confirmar la información recabada; por lo que se ha realizado una reflexión epistemológica; es decir se identificó los motivos de la priorizada problemática para la posible solución.

III. RESULTADOS

3.1. Análisis y discusión de resultados

Lo abordado en la investigación se incursiona en los derechos fundamentales, se ha analizado e identificado las consideraciones normativas en las sentencias judiciales del Colegiado en lo Penal de la Corte Superior de justicia de Lambayeque, en el delito de robo en su circunstancia agravada, en secuencia del análisis e identificación se ha determinado criterios normativos, en ese sentido se propone propuesta de lege ferenda, para que se permita una valoración más amplia del injusto de punibilidad, cuando esta sea de mínima entidad, si es que en los hechos no se ha revestido mayor grado de intensidad de afectación al agente agraviado, en cuanto a la libertad, integridad física - porque continúa con su vida normal.

Siguiendo la idea del anterior párrafo, además el patrimonio de la víctima en el que se recupera íntegramente y queda en grado de tentativa, así como el haber cooperado con la verdad del acto ilícito ante la autoridad y no sea reincidente o habitual, además las circunstancias individuales le permitan sostener al Juez Penal que no delinquirá a futuro por lo que excluye el riesgo de reincidencia; en ese orden se debe desarrollar los subprincipios del Principio conocido de Proporcionalidad, para que se determine una pena final proporcional.

El agente primario podría haber infringido por salvaguardar otro bien jurídico de mayor jerarquía, como es la salud i/u entre otros, se indica que no está descrito en las sentencias del Juzgado Colegiado en lo Penal de la Corte Superior de Justicia, aún no ha sido objeto de la investigación, solo es una observación.

Los derechos fundamentales de la persona son los determinados prioritarios para su existencia, motivo que los Derechos Humanos están reconocidos en la legislación vigente, en un Estado de derecho como el nuestro la sociedad está bajo la protección de la fuerza coactiva; por lo que se considera el reconocimiento de los Derechos Humanos enquistado en el Ordenamiento Jurídico democrático, estos garantizan a través del poder que lo caracteriza y a la vez está suplementada por las leyes admitidas.

Los derechos fundamentales son los pilares primarios que buscan proteger a la persona con seguridad íntegra y en ese sentido permitir su normal desarrollo; no obstante, cuando quebranta las normas jurídicas afectando un bien jurídico protegido en la sociedad y estas pasando a un inminente peligro para otras personas, se procede a aplicar las medidas que son las sanciones o penas de acuerdo a las vigentes de nuestro Ordenamiento Jurídico.

La razonabilidad de la conversión de la punibilidad o pena privativa a una de servicios a la comunidad, en un agente sin agravantes cualificadas que configura el delito de robo en su circunstancia agravada, es por haberse consumado circunstancialmente, en el que, el injusto penal ha sido de mínima entidad, frente a la severa pena de la figura agravada del robo que fluctúan entre los doce y veinte años de privación de libertad, la misma que ha sido criticada por muchos Juristas, que aprecian que es excesiva para agentes sin agravantes cualificadas.

El Principio de Proporcionalidad, al aplicarse el desarrollo con sus tres subprincipios, debe ser catalogado con los hechos, para lograr el fin del Derecho Penal, que es para la exteriorización de que la conversión de la pena consiga los fines de prevención de la misma con carácter de efectiva que debió imponerse, lo que viene a hacer la protección de los bienes jurídicos y el respeto de la dignidad del hombre en la sociedad.

Se considera razonable a aquella pena que no debe sobrepasar las exigencias de necesidad, en el sentido que la reacción punitiva del Estado es de última ratio, entendiéndose que se debe recurrir en los casos penales que no se puede garantizar con una medida menos gravosa, por lo que la medida privativa de la libertad corresponde cuando al haber desarrollado la ponderación y no hay otra opción menos gravosa, en el que el agente peligraría con problematizar el orden social.

El Principio conocido de Proporcionalidad se desarrolla en tres subprincipios para alcanzar la proporcionalidad de la pena, de acuerdo al Tribunal Constitucional tenemos el desarrollo siguiente:

- i) Sub principio propiamente de idoneidad. - tienen que ser idónea la medida porque aquí interviene los derechos propiamente fundamentales en el que si se presenta otro bien jurídico constitucional u otro principio más relevante en el

que se van a optimizar solamente, por lo que el principio o derecho más idóneo que alcance los fines de la pena, es el que se considera.

ii) Sub principio propiamente de necesidad. - La mediación del Juez que realiza en los derechos propiamente fundamentales va valiéndose de la medida de punibilidad penal y se la considera a esta necesaria e idónea ante la ausencia de otros medios alternativos menos gravosos; empero, de haber otras medidas menos lesivas que contengan la misma idoneidad y de necesidad para lograr constitucionalmente el objetivo legítimo con el derecho afectado, sería la que se debe considerar para eso previamente se tendrían que optimizar únicamente principio con principio o derecho con derecho o derecho con principio.

iii) Sub principio propiamente de ponderación o proporcionalidad en sentido explícitamente estricto. – el fin en el grado constitucional debe ser gradualmente igual al derecho afectado de la persona de su libertad, porque no debe sobrepasar la pena al hecho cometido; catalogando en el que el injusto penal es de mínima entidad.

En la determinación de la pena se debe dar mayor énfasis al analizar el Art. 2 inc. 2 de la Carta Magna de la Patria, en el que describe que ante la Ley somos iguales por lo que; ninguna persona debe ser discriminada por motivo de, raza, origen, sexo, idioma, condición económica, religión, opinión o cualquiera otra índole; motivo que en las sentencias judiciales el Colegiado en lo Penal de la Corte Superior de Justicia mencionada, hacen alusión al respecto, pero no se aplica el Principio de remembranza de la Proporcionalidad.

Siguiendo la idea del párrafo anterior, se realice un análisis complementado en la determinación de la pena, es decir, se desarrollen los subprincipios del Principio de Proporcionalidad para que se obtenga la sanción o pena exclusivamente proporcional, motivo que no solamente se le considere literalmente, sino pase al plano analítico y de la ponderación, ya que se aprecia una clara discriminación en los agentes sin agravantes cualificadas, en las que se les ha determinado severas penas, es más son característicos de condición pobre, la cual resulta ser inconstitucional.

Con el test de razonabilidad, tenemos la medida diferenciadora que se sustenta con base de razonabilidad, ya que en un primer momento permite diferenciar si la justificación está prevista; como segundo criterio, es si existiera relación entre la finalidad perseguida y la medida adoptada; si la medida adoptada es la medida determinante, entonces, es por ser la más adecuada o idónea y necesaria, la misma que sostiene el Principio denominado de Proporcionalidad en sus dos primeros subprincipios.

En cuanto a la problemática en contra del patrimonio en el delito de robo en su circunstancia agravada, se le ha reconocido por sus características en diferentes Estados al delito indicado por aquella conducta en el que el agente se apodera de un bien mueble o parcialmente ajeno, en que la consumación se realiza con violencia o amenaza, desposeyéndolo al titular del bien jurídico del ejercicio de sus derechos de custodia o posesión.

En cuanto al agente entre los 18 años y menos de los 21, así como el de más de 65 al momento de trasgredir la ley, el primero sin estudios superiores y sin antecedentes, al ser un adolescente infractor, si tiene conciencia que: herir, robar, violar, matar, entre otras son acciones repudiables, es imputable y reprochable su acción penal, sin embargo, debe ser considerado con responsabilidad restringida toda vez que debe ser tomado en cuenta su madurez psicológica y sociocultural; el segundo por la edad avanzada, se le considera razonable, porque si bien es cierto de acuerdo a estudios científicos, la persona cuando supera dicha edad, pierde reflejos mentales.

Se ha determinado explicar los fundamentos a adicionar como propuesta de lege ferenda en un artículo adicional que sería el Art. 21-A; motivo que el Art. 21° del Código de remembranza Penal debe mantenerse para otros casos que los Magistrados apliquen en su contexto; por lo tanto, el Art. 21-A sería para que se convierta la pena privativa a una de servicios comunitarios en un agente sin agravantes cualificadas, en el que los Magistrados coadyuvando estos con el Principio conocido de Proporcionalidad y con los demás criterios del Ordenamiento Jurídico sopesen la determinación de la pena final, para aplicar una pena razonable y proporcional, de esa manera se corrobora con el recurso de nulidad que a continuación tenemos.

Recurso interpuesto de Nulidad N° 1100-2015- de Cusco, visto por la Sala Permanente en lo Penal de la distinguida Corte Suprema, de fecha 07/07/2016, en el que consolidaron que se deben cumplir los fundamentos o criterios jurídicos para convertir la pena privativa a una de servicios comunitarios, siendo relevantes los criterios siguientes:

III- Fundamentos Legales y Doctrinarios-

De acuerdo al numeral cuatro, los fundamentos o criterios para que se realice la valoración de la conversión judicial de la pena privativa de libertad a una de servicios a la comunidad; se conoce que los tres primeros criterios son identificados como copulativos y el cuarto es alternante, tenemos a continuación.

- 1) La no posibilidad de aplicación de reserva de fallo condenatorio o suspensión de ejecución de pena.
- 2) El condenado no debe registrar antecedentes penales, adicionalmente que las circunstancias personales le orienten al Señor Juez en lo penal concluir que el individuo no volverá a cometer alguna acción ilícita por haber descartado el peligro de la reincidencia.
- 3) La infracción a la norma o el injusto penal deberá ser de mínima entidad de manera que la conversión de la sanción de la punibilidad penal obtenga los fines de la prevención de la pena efectiva que debió aplicarse (en el caso que analizó la Sala Permanente en lo Penal de la Corte Suprema, el agente primario había realizado la amenaza con arma punzo cortante, pero no contó con arma de fuego).
- 4) Por parte del condenado, el deber de cooperar con naturalidad con la investigación para aportar con la verdad ilícita y la subsunción del hecho expresamente punible.

Frente a las consideraciones de los Magistrados de la Corte Suprema descrita anteriormente, se propone a adicionar el Art. 21-A en el Código de remembranza Penal, para que se determine una pena final que sea proporcional, por tal motivo es la propuesta de lege ferenda; en el que al literal “C” del Recurso de Nulidad visto por la Corte Suprema en mención, se le incorpore los criterios al injusto penal de mínima entidad, en el que, si se cometiera lesión

física que no haya afectado a la persona agraviada para continuar con su vida normal en sus actividades, como que no renguea al caminar de por vida.

Además de lo indicado en el párrafo anterior, también, que no se haya generado en la persona agraviada inoperancia de algún órgano o parte del cuerpo, también no haya lesión punzo cortante en el rostro i/u otra parte del cuerpo y sin arma de fuego se haya infringido; por lo que al obtenerse la legislación de la propuesta de lege ferenda, se elevaría el Rango Constitucional del Principio conocido de Proporcionalidad y con los demás criterios del Ordenamiento Jurídico para rebajar la pena a cuatro años, en el que se convierta la punibilidad o pena privativa de la libertad en otra de servicios a la comunidad, en ciertos casos en concreto que concierna.

En relación a la conversión de la punibilidad o pena ha sido vista por la Sala Permanente en lo Penal de la Corte Suprema mencionada, en la que ha fundamentado con el Art. 52° del Código de remembranza Penal la conversión de la punibilidad o pena privativa en otra de servicios a la comunidad; la misma que al estar limitada en cuanto al injusto penal de mínima entidad, es por lo que se ha abordado la investigación y para dar solución se ha realizado propuesta de lege ferenda.

El Art. 22° del Código vigente Penal describe sobre Responsabilidad restringida por la edad; se debe realizar la derogación del segundo párrafo porque excluye a los agentes que cometieran ciertos delitos graves, motivo que en el primer párrafo considera la responsabilidad restringida, la misma que permite la reducción de la punibilidad o pena de manera prudencial hasta por debajo del mínimo legal, para los que infringen la norma o ley en el que sean mayor de 18 y menor de 21 años, así como para los mayores de 65 años, (...), en tal sentido la ley en el segundo párrafo indicado incluye discriminación que constitucionalmente no lo autoriza.

Según el Acuerdo Plenario N.º 4-2016/CIJ-116, X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de fecha 12/06/2017, fundamentos 13 y 14 señalan lo siguiente:

En el fundamento trece, se menciona la necesidad de tomar en cuenta la edad del agente al momento de cometer el delito para poder disminuir la punibilidad o pena, lo que tiene unos parámetros establecidos, el primero entre los 18 y 21

años, así como el de mayor de 65 años de edad; como segundo punto se debe tener en cuenta la capacidad para obrar como elemento constitutivo de la culpabilidad; como tercer elemento, se debe tener presente cuando se está frente a un delito grave, debiendo calcular la mínima entidad del injusto.

¿Es posible una supuesta de discriminación en el Art. 22 del Código de remembranza Penal, porque podría tomarse entonces algún criterio de diferenciación ante un delito cometido? ¿Por el mismo hecho en ese mismo rango de edades la misma persona si infringiera un delito no excluido, a este se le podrá atenuar hasta por debajo del mínimo legal la pena, pero si se tratara de un delito excluido en el que infringiera no será posible la atenuación? ¿El desestimar la atenuación por la entidad del cometido delito, será por relevancia propia o en sí mismo, por lo que se trataría de un factor relevante?

En el fundamento catorce de la resolución en mención, se da respuesta a la pregunta anterior, definitivamente de manera negativa, explicando que la antijuricidad de una acción se tiene por entendida como toda aquella que es contraria a lo normado o regulado por el derecho penal, pudiendo catalogarse como típicas, las que no tienen causa de justificación; por otro lado la culpabilidad es del plano únicamente subjetivo, es decir, del sujeto o agente, de quien se tiene que ha actuado aun sabiendo que existía norma que no le permitía tal comportamiento. En el que la primera se rige al hecho cometido como es a lo gravoso o entidad, mientras que la segunda a lo circunstancial Personal del agente.

Entonces, al referirnos a la edad del agente como expresión de su capacidad penal, no resulta razonable catalogar excepciones a la generalidad teniendo como base criterios que se alejan del elemento en ciertos gravosos delitos. Es de conocimiento que la gravedad del hecho incide en la importancia, en la entidad, en la relevancia social y en la manera de infringir en el que se vulnera al bien jurídico, mientras que, la culpabilidad se genera por la acción que incide en las causas individuales del agente en concreto, paralelo al cometido hecho, que tiene su propia característica de apreciación.

3.2. Aporte científico

3.2.1. Propuesta de lege ferenda.

Artículo 21°. - Responsabilidad atenuada.

En relación al Art. 20° del Código de remembranza Penal, describe que cuando no hay concurrencia de algún requisito de los necesarios para que se haga la desaparición total de la responsabilidad, el señor juez tendrá que disminuir de una manera prudencial la pena que podría ser hasta por límites inferiores del mínimo legal. En la presente observamos que solamente la descripción del indicado Art. permite hasta ciertos límites y al tener la pena tan alta dificulta para reducirla a cuatro años la punibilidad en agente sin agravantes, en el tema tratado de la investigación. En ese sentido es fundamental adicionar un artículo que sería el Art.- 21-A, que se redacta de la manera siguiente:

Art. 21-A.- Responsabilidad de conversión de la pena.

En relación al Art. 20° del Código Penal, cuando no hay concurrencia de algún requisito de los necesarios para que se haga la desaparición total de la responsabilidad, el señor juez podrá convertir la pena final privativa de la libertad a una de servicios de prestación a la comunidad, en el agente sin agravantes cualificadas y cumpla con la valoración judicial, motivo que los tres criterios primeros son copulativos y el criterio último es alternante, de los considerados tenemos a continuación.

- 1) La no posibilidad de aplicación de reserva de fallo condenatorio o suspensión de ejecución de pena.
- 2) El condenado no debe registrar antecedentes penales, adicionalmente que las circunstancias personales le orienten al Señor Juez en lo penal concluir que el individuo no volverá a cometer alguna acción ilícita por haber descartado el peligro de la reincidencia.
- 3) La infracción a la norma o el injusto penal deberá ser de mínima entidad de manera que la conversión de la sanción de la punibilidad penal obtenga los fines de la prevención de la pena efectiva que debió aplicarse; es decir si se ha cometido lesión física que no haya afectado a la persona agraviada para continuar con su vida normal en sus actividades, como que no renguea al caminar de por vida, que no ha generado inoperancia de algún órgano o parte del cuerpo, también no hay lesión punzo cortante en el rostro i/u otra parte del cuerpo y sin arma de fuego en el que se haya infringido.

4) Por parte del condenado, el deber de cooperar con naturalidad con la investigación para aportar con la verdad ilícita y la configuración del hecho de la punibilidad.

3.2.2. Propuesta de derogación.

Proponer la derogación del párrafo segundo del Art. 22° del Código de remembranza Penal, por el hecho de ser inconstitucional al regular una causal por la edad que restringe la responsabilidad, en ese sentido se propone realizar la derogación del segundo párrafo porque excluye a los agentes que cometieran ciertos delitos gravosos, motivo que en el primer párrafo se considera la responsabilidad restringida, la misma que permite la reducción de la punibilidad o pena de manera prudencial hasta por debajo del mínimo legal, para los que infringen la norma o ley en el que sean mayor de 18 y menor de 21 años, así como para los mayores de 65 años, (...), en tal sentido la ley en el segundo párrafo indicado incluye discriminación que constitucionalmente no lo autoriza, por lo tanto debe derogarse el segundo párrafo y permanecer el primer párrafo.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. Conclusiones

Al haber abordado el tema materia de investigación, se analizaron los criterios fijados de la conversión de la pena del delito de robo agravado a una de servicios a la comunidad, en agente sin agravantes cualificadas, por la Sala Permanente en lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Patria, en la que vieron el Recurso de Nulidad 1100-2015- Cusco, de lugar y fecha - Lima siete de julio de 2016; en ese sentido en adición de perspectiva es el injusto penal el cual se ha analizado por lo que se ha determinado que es muy limitado en los criterios definidos, motivo por el cual se ha desarrollado la propuesta de lege ferenda. También, se ha analizado que un agente primario podría haber infringido circunstancialmente por salvaguardar otro bien jurídico protegido de mayor jerarquía, aún no está descrito en las sentencias judiciales, el análisis es tras la identificación que los agentes han sido de escasos recursos, solo es observable ya que no ha sido parte de la investigación.

Al Identificarse los fundamentos normativos en las sentencias judiciales del 2014 por el Colegiado en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, ha aplicado la pena privativa de la libertad a un agente sin agravantes cualificadas sobre robo agravado; se concluye que, están aplicando una pena concreta “literal tal como lo estipula la norma” y no otra, posiblemente en algunos casos se esté discriminando a agentes de condición pobre; nuestra Carta Magna de la Patria, en su Art. 2 inc.2 describe que, la igualdad es ante las normas o Ley, por lo tanto señala que no debemos ser discriminados por nuestro origen, raza, religión, opinión, sexo, idioma, además como por condición económica, así como por cualquier otra situación o índole; en ese sentido no solamente se les considere literalmente tanto a los principios como a los derechos que se vean afectados, sino que se optimicen catalogándolo con el Principio de Proporcionalidad, el cual debe desarrollarse para que se aplique la pena final proporcionalmente.

Se ha determinado como criterios normativos que, si un agente primario que no ha infringido durante su vida y genera lesiones leves con mínimas acciones en un momento circunstancial sin arma de fuego en el delito de robo en su circunstancia agravada, en que el injusto penal es de mínima entidad, es decir los hechos de estos no ha generado grado mayor de intensidad en el que se haya afectado a la libertad, integridad física porque continúa con su vida normal

realizando sus actividades diarias, motivo que se ha cometido lesión física pero no renguea al caminar de por vida, que no ha generado inoperancia de algún órgano o parte del cuerpo, también no hay lesión punzo cortante en el rostro i/u otra parte del cuerpo, por lo que al obtener la legislación de la propuesta de lege ferenda sería aplicable para el agente sin agravantes cualificadas; mientras tanto solamente hay la posibilidad que se determine una pena mínima en limitación en cuanto al injusto penal en agente primario que cometa el delito en mención, que sería la misma que se ha visto en el Recurso de Nulidad por la Sala Permanente en lo Penal de la Corte Suprema, estudiada en la presente investigación.

Ante las consideraciones de los Magistrados de la Corte Suprema descrita anteriormente y al faltar aclarar normativamente en nuestro ordenamiento jurídico el tema abordado de la investigación, se ha determinado realizar propuesta de lege ferenda, en el que se debe adicionar el artículo 21-A y abrogar el segundo párrafo del artículo 22° del Código de remembranza Penal - por contener el supuesto de discriminación; de tal manera se permita desarrollar los subprincipios del Principio de Proporcionalidad y con los demás criterios del Ordenamiento Jurídico, en ese orden razonablemente se rebaje a cuatro años la pena privativa de la libertad, para que se convierta a una de servicios a la comunidad de acuerdo al Art. 52° del Código de remembranza Penal que lo señala.

En razón a lo señalado en el párrafo anterior, aún podrían haberse abstenido los Magistrados por no contar con normas muy específicas para convertir la pena, con la propuesta de lege ferenda van a determinar una pena final proporcional y van a tener mayor certeza por lo que esta señala que el injusto penal se amplió la mínima entidad de limitación y entre otros fundamentos que complementan a los criterios que ha determinado la Sala Permanente en lo Penal de la Corte Suprema de Justicia en mención, motivo que dicha propuesta de lege ferenda permitirá convertir la pena con el injusto penal de mínima entidad ampliada, de tal manera que los agentes sin agravantes cualificadas se resocialicen más celeremente, adaptándose mucho más al trabajo, en tal sentido reciban un tratamiento diferente a lo de un agente criminal que si corresponde estar en un penal con la máxima seguridad para que se consiga los fines de la pena.

4.2. Recomendaciones

Se recomienda a los Órganos Jurisdiccionales, que tengan en consideración los criterios de la pena final que ha sido determinada con la conversión en el agente sin agravantes cualificadas en mención, en la que la Sala Permanente en lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Patria, de lugar y fecha - Lima 07/07/2016, ha visto el Recurso de Nulidad N° 1100-2015 – Cusco; hasta que la propuesta de lege ferenda sea legislada para que se realice una valoración más amplia del injusto penal. Se sugiere también que, en la determinación de la pena que se identifique si es que el agente primario podría haber infringido circunstancialmente por salvaguardar otro bien jurídico de mayor jerarquía, solo es observable ya que no ha sido parte de la investigación.

Al estar imponiendo una pena concreta “literal tal como lo estipula la norma” y no otra, en ese sentido se recomienda, promover el art. 2 inc.2 de la Carta magna de la Patria, describe que, la igualdad es ante las normas o Ley, por lo tanto señala que no debemos ser discriminados por nuestro origen, raza, religión, opinión, sexo, idioma, además como por condición económica, así como por cualquier otra situación o índole; en ese sentido no solamente se les considere literalmente tanto a los principios como el derecho que se vean afectados, sino que se optimicen catalogándolo con el Principio de Proporcionalidad, el cual debe desarrollarse para que se aplique la pena final proporcionalmente, motivo que se aprecia una clara discriminación en los agentes de condición pobre, la cual resulta ser inconstitucional.

Se recomienda que, si un agente primario que no ha infringido durante su vida y genera lesiones leves con mínimas acciones en un momento circunstancial sin arma de fuego en el robo agravado, en que el injusto penal es de mínima entidad, es decir los hechos de estos no se ha generado grado mayor de intensidad en el que se haya afectado a la libertad, integridad física porque continúa con su vida normal realizando sus actividades diarias, motivo que se ha cometido lesión física pero no renguea al caminar de por vida, que no ha generado inoperancia de algún órgano o parte del cuerpo, también no hay lesión punzo cortante en el rostro i/u otra parte del cuerpo o incluso el patrimonio de la víctima se ha recuperado íntegramente, por lo tanto es necesario que se legisle la propuesta de lege ferenda para que se determine una pena final de proporcionalidad, por lo que al obtener la vigencia se aplique el Principio conocido de Proporcionalidad y demás criterios del Ordenamiento Jurídico para

rebajar la pena a cuatro años, en el que se convierta la punibilidad o pena privativa de la libertad en otra de servicios a la comunidad, en agentes sin agravantes cualificadas; además se insta para que tengan a bien en agentes primarios que han accionado con la mismas acciones que del agente primario, visto en el Recurso de Nulidad por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en mención, para que se le dé el mismo tratamiento que es con la conversión de la pena, hasta que entre en vigencia la propuesta de lege ferenda y el injusto penal se amplió la mínima entidad de limitación.

Se recomienda legislar la propuesta de lege ferenda, que es el artículo 21-A° para su incorporación al Código de remembranza Penal y la abrogación del segundo párrafo del artículo 22° del indicado Código - por contener el supuesto de discriminación, en tal sentido para que los Magistrados tengan mayor disposición de elevar el Rango Constitucional del Principio de Proporcionalidad desarrollando sus tres subprincipios, en tal sentido se realice la determinación proporcional de la pena final, que se ajuste a la razonabilidad en la que se rebaje a cuatro años, para convertir la pena privativa de libertad a una de servicios a la comunidad y no solamente de acuerdo al artículo 52° del Código de remembranza Penal.

En cuanto a lo señalado en el párrafo anterior, de lo que se describe es de manera limitativa por no haber más normas que la esclarezcan en su aplicación, por tal motivo con la propuesta de lege ferenda al legislarse, los Magistrados apliquen la conversión de la pena con mayor convencimiento de la indicada, motivo que se considera que el injusto penal se amplió la mínima entidad y entre otros fundamentos que complementan a los criterios que ha determinado la Sala Permanente en lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en un agente primario en el delito de robo agravado.

REFERENCIAS

- Alfaro E. (2017). *El principio de proporcionalidad en la interpretación de los derechos fundamentales: Un estudio sobre su aplicación en la jurisprudencia constitucional de Costa Rica* [Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid]. Archivo digital. <https://repositorio.uam.es>
- Anónimo. (2019). *La Determinación de la Pena*. Recuperado de <https://www.unav.es/penal/iuspoenale/lecciones/2013%209%20Iuspoenale%20Reglas%20de%20determinaci%C3%B3n%20penas.pdf>
- Bacigalupo, E. (2004). *Derecho Penal Parte General*. Perú: Editorial Ara Editores.
- Barnes, J. (s.f.). Introducción al Principio De Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario. *Revista de Administración Pública*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17251.pdf>
- Bernal, C. (Enero del 2006). El Principio de Proporcionalidad de la Legislación Penal. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, 2(03). Lima: Palestra Editores.
- Bernal, P. (2003). *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid.
- Bernal, P. (2003). *Estructura y Límites De La Ponderación*. Bogotá: Editorial Doxa.
- Bramont, L. (2008). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Lima: Cuarta Edición. Editorial EDDILI.
- Carrara, F. (1956). *Programa de Derecho Criminal Parte General*". Bogotá: Editorial Temis.

Chanamé, R. (2011). *La Constitución de todos los peruanos*. Lima: Fondo Editorial Cultura Peruana.

Chanamé, Y. (2018). *Tratamiento del agente primario, sin agravantes cualificadas, en el delito de robo agravado y la imposición de una pena por debajo del mínimo legal* [Tesis de maestría, Universidad Pedro Ruiz Gallo]. Archivo digital. <https://repositorio.unprg.edu.pe>

Cita, R., y Iván, G. (2016). *La Proporcionalidad de las Penas*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Corte Suprema de Justicia, (fecha 07 de julio de 2016). Recurso de Nulidad, N° 1100-2015-Cusco (Ponentes: Villa Stein, Pariona Pastrana, Rodríguez Tineo Y Neyra Flores). Recuperado el 22 de noviembre del 2019, de <https://lpderecho.pe/cuatro-pautas-conversion-pena-efectiva-prestacion-servicios-comunitarios-r-n-1100-2015-cusco/>

Corte Suprema de Justicia, (fecha 12/06/2017). Acuerdo Plenario N° 4-2016/CIJ-116, fundamentos 13, 14 y 15 (Ponentes: San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Hinostroza Pariachi, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Ventura Cueva, Sequeiros Vargas, Figueroa Navarro, Pacheco Huancas, Cevallos Vegas, Chávez Mella y Calderón Castillo). Recuperado el 24 de noviembre del 2019, de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/326181804e445598b1c4f374dabbac10/X+PLENO.+III+PLENO.+I+PLENO+PENAL_+web.pdf?MOD=AJPERES

Cuello, E. (1991). *Derecho Penal parte general*. México: Nacional Edimal.

- De La Mata, N. (2007). Aspectos Nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal- Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. *Revista de libros del Ministerio del Interior*. Madrid: San Bernardo. Recuperado de https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=P_2007&fasc=1
- De Mata Vela, J., y De León Velasco, H. (2015). *Derecho Penal Guatemalteco*. Guatemala: Magna Terra.
- Falconi, J. (2011). *La proporcionalidad o Dosimetría de las Penas*. Quito.
- Flores, P. (2017). *Expediente Penal* [Tesis de pregrado, Universidad Peruana de las Américas]. Archivo digital. <http://repositorio.ulasamericas.edu.pe>
- Gálvez, T. (2011). *Derecho Penal Parte Especial*. Lima: Editorial Jurista editores E.I.R.L.
- Gálvez, T. (2017). *Derecho Penal Parte Especial*. Lima: Editorial Jurista Editores E.I.R.L.
- García, A., y De Molina, P. (2009). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Editorial Juristas Editores.
- García, P. (2008). *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Lima: Editorial Grijley.
- Guevara, M. (2018). *La sobrepenalización del delito de robo agravado vs el homicidio simple* [Tesis de pregrado, Universidad Cesar Vallejo]. Archivo digital. <https://repositorio.ucv.edu.pe/>
- Limay, E. (2019). *Calidad de las sentencias de primera y segunda instancia sobre robo agravado, en el expediente N° 00256-2014-0-2601-JR-PE-04, del distrito judicial de*

- Tumbes-Lima 2019* [Tesis de pregrado, Universidad Católica los Ángeles Chimbote].
Archivo digital. <http://repositorio.uladech.edu.pe>
- Llobet, J. (2016.). *Prisión Preventiva Límites Constitucionales*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Mir, S. (2011). *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Editorial Repertor.
- Muñoz, F., y García, M. (2010). *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Editorial Tirant lo Blanch.
- Nunes, M. (2010). *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad en los sistemas penales de España y Brasil* [Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid]. Archivo digital. <https://repositorio.uam.es/>
- Peña Cabrera, A. (2004). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Editorial Rodhas.
- Peña Cabrera, A. (2008). *Derecho Penal Parte Especial*. Lima: Editorial Moreno S.A.
- Peña Cabrera, A. (2015). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Ideas Solución Editorial S. A.
- Placencia, R. (s.f.). Teoría del Delito.
- Poma, F. (2013). *Individualización judicial de la pena y su relación con la libertad y el debido proceso a la luz de la jurisprudencia en materia penal en las salas penales para reos en cárcel del distrito judicial de Lima* [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor De San Marcos]. Archivo digital. <https://cybertesis.unmsm.edu.pe/>
- Prado, V. (2017). *Delitos y Penas una aproximación a la Parte Especial*. Lima: Primera Edición. Editorial Moreno S. A.

Reátegui, J. (2016). *Tratado de Derecho Penal Parte Especial*. Lima: Primera Editorial. Editorial Legales.

Reátegui, J. (2016). *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Lima: Primera Editorial. Editorial Legales.

Riofrío, J. (abril del 2016). Alcances y Límites del Principio de Proporcionalidad. *Revista Chilena de Derecho*, 43(1), 283 - 309.

Sánchez, P., Iñigo, E., y Ruiz de Erenchun, E. (febrero de 2015). *Concepto y Fundamentos de Derecho Penal*. Recuperado el 29 de noviembre de 2019, de <http://www.unav.es/penal/iuspoenale/>

Sentencia del Tribunal Constitucional, (fecha 03 de enero de 2003). Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, Exp. N° 0010–2002–AI/TC (Ponentes: Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma). Recuperado el 30 de junio de 2019, de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

Sentencia del Tribunal Constitucional, (fecha 11 de octubre de 2004). Costa Gómez y Ojeda Dioses, Exp. N° 2192-2004-AA/TC (Ponentes: Alva Orlandini, Gonzales Ojeda y García Toma). Recuperado el 30 de abril del 2019, de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02192-2004-AA.html>

Sentencia del Tribunal Constitucional, (fecha 29 de octubre de 2005). Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, Exp. N° 045-2004-PI/TC (Ponentes: Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa

Arroyo) Recuperado el 30 de mayo del 2019, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.pdf>

Suárez, M. (2007). *El Carácter Científico de la Investigación*. Recuperado de <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/8922/10CapituloXEElcaracterCientifico delainvestigaciontfc.pdf?sequence=87.txt>

Torres, A. (2018). *Conflicto en la aplicación del principio de legalidad y los principios de lesividad, proporcionalidad y humanidad en la determinación judicial de la pena en el proceso especial de terminación anticipada* [Tesis de pregrado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo]. Archivo digital. <https://tesis.usat.edu.pe/>

Valderrama, V. (2016). *La Determinación Judicial de la Pena de acuerdo al artículo 45-A del Código Penal y el Principio de Proporcionalidad* [Tesis de pregrado, Universidad Andina del Cusco]. Archivo digital. <https://repositorio.uandina.edu.pe/>

Villa, J. (2014). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Editorial Ara Editores.

Villacreses, T. (13 de diciembre de 2018). El Principio Constitucional de Proporcionalidad y la Actividad Legislativa Penal Ecuatoriana. *Revista San Gregorio* (26), 92-101.

Villegas, E. (2014). *La Suspensión de la Pena y la Reserva del Fallo Condenatorio en su Determinación y Ejecución*. Lima: Gaceta Jurídica.

Villegas, E. (julio de 2016). *Límites a la Detención y Prisión Preventiva*. Lima: Gaceta Jurídica.

Zaffaroni, E. (1981). *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Editorial Ediar S. A.

ANEXOS

ANEXO N° 01.- RESOLUCIÓN DE TÍTULO



Pimentel, 08 de julio del 2020

VISTO:

El informe N° 0242-2020/FD-ED-USS de fecha 08 de julio del 2020, presentado por la Escuela Profesional de Derecho, donde solicita se emita la resolución de aprobación de los **Proyectos de Investigación (tesis)**; Y;

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución Política del Perú en su Artículo 18° establece que: *"La educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica (...). Cada universidad es autónoma en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. Las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes."*

Que, acorde con lo establecido en el Artículo 8° de la Ley Universitaria, Ley N° 30220, *"La autonomía inherente a las Universidades se ejerce de conformidad con lo establecido en la Constitución, la presente ley demás normativa aplicable. Esta autonomía se manifiesta en los siguientes regímenes: normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico"*. La Universidad Señor de Sipán desarrolla sus actividades dentro de su autonomía prevista en la Constitución Política del Estado y la Ley Universitaria N° 30220.

Que, acorde con lo establecido en la Ley Universitaria N°30220; indica:

- Artículo N° 6°: Fines de la Universidad, Inciso 6.5) *"Realizar y promover la investigación científica, tecnológica y humanística la creación intelectual y artística"*.

Que, el Reglamento de Investigación de la USS Versión 7, aprobado con Resolución de Directorio N°0199-2019/PD-USS, señala:

- Artículo 36°: *"El comité de investigación de la Escuela Profesional aprueba el tema del proyecto de Investigación y del trabajo de investigación acorde a las líneas de investigación institucional"*.

Que, Reglamento de Grados y Títulos Versión 07 aprobado con resolución de directorio N° 086-2020/PD-USS, señala:

- Artículo 21°: *"Los temas de trabajo de investigación, trabajo académico y tesis son aprobados por el Comité de Investigación y derivados a la facultad o Escuela de Posgrado, según corresponda, para la emisión de la resolución respectiva. El periodo de vigencia de los mismos será de dos años, a partir de su aprobación (...)"*.

- Artículo 24°: *"La tesis, es un estudio que debe denotar rigurosidad metodológica, originalidad, relevancia social, utilidad teórica y/o práctica en el ámbito de la escuela académico profesional (...)"*.

- Artículo 25°: *"El tema debe responder a alguna de las líneas de investigación institucionales de la USS S.A.C."*.

Que, visto el informe N° 0242-2020/FD-ED-USS de fecha 08 de julio del 2020, presentado por la Escuela Profesional de Derecho, donde solicita se emita la resolución de aprobación de los proyectos de Investigación (Tesis) de los estudiantes que llevan el curso de actualización de tesis de la Escuela Profesional de Derecho, quienes cumplen con los requisitos, por lo que se debe proceder a su inscripción respectiva, con fines de sustentación.

Estando a lo expuesto y en uso de las atribuciones conferidas y de conformidad con las normas y reglamentos vigentes.

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: APROBAR los **PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN (TESIS)** de los estudiantes descritos en la lista que forma parte de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: ADJUNTAR a la presente resolución los anexos, que contienen los proyectos de investigación realizados por los estudiantes (17 temas).

ARTÍCULO TERCERO: DISPONER que las áreas competentes tomen conocimiento de la presente resolución con la finalidad de dar las facilidades para la ejecución de la presente Investigación.

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE

Dr. Cabrera Leonardini Daniel Guillermo
Decano Facultad de Derecho y Humanidades

Mg. Paula Elena Delgado Vega
Secretaria Académica Facultad de Derecho y Humanidades
Km. 5, carretera a Pimentel
Chiclayo, Perú

ADMISIÓN E INFORMES

074 481610 - 074 481632

CAMPUS USS

Km. 5, carretera a Pimentel
Chiclayo, Perú

Distribución: Rectorado, Vicerrectorado Académico, Vicerrectorado de Investigación, Decanos de Facultad, Jefes de Oficina, Jefes de Área. Archivo.

| N° | APELLIDOS Y NOMBRES | PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN |
|----|--|---|
| 1 | AYALA ARANIBAR MARIA DEL PILAR | "INFORMACIÓN PÚBLICA EN PORTALES DE TRANSPARENCIA SEGÚN LEY 27806 DE MUNICIPALIDADES PROVINCIALES SAN MARTÍN PRIMER TRIMESTRE ESTADO DE EMERGENCIA COVID-19" |
| 2 | CHICHIPE ROJAS KATTIA MELISSA | "ACTOR PASIVO COMO FACTOR DETERMINANTE PARA LA CONFIGURACION DE LA CONDUCTA PROHIBIDA EN LA PROPAGANDA POLITICA: LEY DE ORGANIZACIONES POLITICAS" |
| 3 | CACERES CARIRE MARGOT LUZGADA | "EFECTOS PERSONALES Y PATRIMONIALES DE LA UNIÓN DE HECHO FRENTE AL MATRIMONIO LIMA 2020" |
| 4 | - CRUZADO VERGARA CAROLINA ELISA - CRUZADO VERGARA MANUEL ANGEL | "CONDUCTA DESHONROSA COMO CAUSAL DE DIVORCIO CONTENCIOSO Y SU TRATAMIENTO EN EL JUZGADO CIVIL DE LA PROVINCIA DE PACASMAYO" |
| 5 | CERCADO GALLARDO JERALDHINE MAYTE | "LA CARGA PROCESAL Y SU INFLUENCIA EN EL DESEMPEÑO LABORAL DEL PERSONAL JURISDICCIONAL EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE – 2019" |
| 6 | DIAZ VARGAS OSCAR BENICIO | "APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD AL MARGEN PRIVATIVO PARA SERVICIOS COMUNITARIOS DEL AGENTE SIN AGRAVANTES CUALIFICADAS POR ROBO AGRAVADO CHICLAYO" |
| 7 | GUIVAR ORTIZ ELKY KEY | "SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN Y LA VULNERACIÓN AL DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE, 2015 – 2020" |
| 8 | HERNANDEZ DOMADOR VIVIANA | "LA SELECCION DE LA RAZA Y EL DELITO DE MANIPULACION GENETICA. 2020" |
| 9 | HUAMÁN CHINCHAY ROSA IRMA | "ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY SERVIR EN LA UNIDAD DE GESTIÓN EDUCATIVA LOCAL 310 HUARMACA-PIURA 2019" |
| 10 | LUQUE LANZA ELIZABETH BELINDA | "SANCIONES RELACIONADAS A LOS DERECHOS CONCLUCADOS POR EL ESTADO A LOS CESANTES Y JUBILADOS DEL SECTOR EDUCACIÓN DURANTE LOS AÑOS 1985 A 1995 EN LA REGIÓN LIMA" |
| 11 | LLONTOP CUSTODIO NATALY YASURI | "ANÁLISIS DEL NIVEL DE CONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS LABORALES POR PARTE DE LOS TRABAJADORES DEL SECTOR PRIVADO DE LA CIUDAD DE CHICLAYO" |
| 12 | QUIROZ MENDOZA ERVIN MANUEL | "CARACTERIZACIÓN Y LA TASA DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR, DURANTE LA ÉPOCA DE AISLAMIENTO SOCIAL POR EL COVID 19 EN LA PROVINCIA DE MAYNAS – LORETO 2020" |
| 13 | - SUAREZ RUIZ JIMMY - ULLOQUE NÚÑEZ MIRIAM ANDREA | "EFICACIA DEL ARBITRAJE COMO MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA CÁMARA DE COMERCIO DE CHICLAYO DURANTE EL AÑO 2019" |
| 14 | TAPIA ALARCON MANUEL AGUINALDO | "LA PRISION PREVENTIVA EN EL DERECHO PENAL PERUANO Y EL PLAZO RAZONABLE EN SU APLICACIÓN EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE" |
| 15 | VALDIVIA NAVARRETE ELENA NICOLASA | "ESTRATEGIAS PREVENTIVAS DEL ESTADO, FRENTE A LA VIOLENCIA FAMILIAR EN UN DISTRITO DE LIMA. 2019" |
| 16 | VASQUEZ AGUILAR LEIDY LISBETH | "EL TELETRABAJO COMO OPORTUNIDAD LABORAL EN LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN CHICLAYO" |
| 17 | VASQUEZ MACHACA MARILU | "DERECHOS DEL CONSUMIDOR POR ALZA DE PRECIOS EN SUPERMERCADOS POR ESTADO DE EMERGENCIA CORONAVIRUS (COVID – 19) LAMBAYEQUE 2020" |

ADMISIÓN E INFORMES

074 481610 - 074 481632

CAMPUS USS

 Km. 5, carretera a Pimentel
Chiclayo, Perú

Distribución: Rectorado, Vicerrectorado Académico, Vicerrectorado de Investigación, Decanos de Facultad, Jefes de Oficina, Jefes de Área. Archivo.

ANEXO N° 02.- FORMATOS DE INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS Y ANÁLISIS

TÍTULO: “APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD AL MARGEN PRIVATIVO PARA SERVICIOS COMUNITARIOS DEL AGENTE SIN AGRAVANTES CUALIFICADAS POR ROBO AGRAVADO CHICLAYO”

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República – de lugar y fecha Lima siete de julio de 2016, se tiene que ha examinado el “Recurso de Nulidad N° 1100-2015 Cusco; en la que declararon por mayoría **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de conformidad de fecha diecinueve de marzo de dos mil quince, de fojas doscientos sesenta y ocho, que condenó a **ELÍSEO DAZA BOLÍVAR** del delito contra el patrimonio - robo agravado en grado de tentativa- en agravio de **JUAN MENDOZA HUAMANI**, y le impusieron cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, la que en aplicación del artículo cincuenta y dos del Código Penal se convierte en prestación de servicios a la comunidad equivalente a doscientos cinco jornadas, que deberá cumplir en cualquier institución que designe el INPE. Reviste una menor exigencia de equivalencias la conversión de la pena, ya que resulta imposible la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena de acuerdo al artículo 57° del CP y la reserva del fallo condenatorio del artículo 62° del CP. En la citada sentencia en los hechos fueron tres sujetos, quienes aprovechando la oscuridad de la noche de las 22:30 pm, lo agredieron físicamente con golpes de puño, para luego reducirlo con arma punzo cortante y sustraerle el dinero; el agente primario que fue detenido por la policía devolvió el dinero sustraído, por lo que quedó en tentativa, solo amenazó a la víctima con arma blanca punzo cortante, identificaron que es excluido el riesgo de reincidencia, se acogió a la conclusión anticipada, contaba con veintiún años de edad y se encontraba en estado de ebriedad, no registraba antecedentes penales; la lesión material de la expectativa normativa o del injusto penal ha sido de mínima entidad por lo que la conversión de la sanción penal consigue los fines preventivos de la pena efectiva que se impuso; también ha cooperado el condenado con la búsqueda de la verdad procesal y la configuración del hecho punible. En ese sentido, se analiza y se determina que, si un agente primario que no ha infringido

| | |
|--|---|
| <p>durante su vida y genera lesiones leves con mínimas acciones en un momento circunstancial sin arma de fuego en el robo en su circunstancia agravada y los motivos que lo conllevaron a infringir como es el caso en mención, es decir los hechos de estos no han revestido mayor grado de intensidad de afectación a la libertad, integridad física porque continúa con su vida normal, por lo que el injusto penal debe ser considerado de mínima entidad, razón que los casos de agentes primarios de la figura en mención a futuro debe ser tratado como el agente primario visto en el Recurso de Nulidad por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema y siempre cuando se convenga a los demás criterios de la misma; por lo tanto elevar el Rango Constitucional del Principio de Proporcionalidad de las penas para una determinación proporcional de la pena, que se ajuste a la razonabilidad en la que se rebaje a cuatro años y se convierta la pena privativa de la libertad a una de prestación de servicios a la comunidad, conforme lo establece el artículo 52° del Código Penal hasta que se apruebe la propuesta de lege ferenda ante el Poder Legislativo.</p> | |
| <p>Objetivo General.- Analizar la manera de aplicar el Principio de Proporcionalidad al margen privativo para permitir la conversión de la pena privativa por la de prestación de servicios a la comunidad del agente sin agravantes cualificadas en el delito de robo agravado, en Chiclayo.</p> | |
| <p>I. Objetivo Específico.- Identificar la manera de aplicación del Principio de Proporcionalidad por el Colegiado Penal de la Corte Superior de Justicia en las sentencias judiciales del 2014 en la pena privativa de la libertad del agente sin agravantes cualificadas por robo agravado, en Chiclayo.</p> | <p>II. Objetivo Específico.- Determinar las consideraciones que permita la aplicación del Principio de Proporcionalidad para convertir la pena privativa a servicios comunitarios del agente sin agravantes cualificadas en el delito de robo agravado, en Chiclayo.</p> |
| <p>JUZGADO PENAL COLEGIADO PERMANENTE. EXP. N° 3944-31-2013. SENTENCIA. RESOLUCIÓN NÚMERO: DOS Picsi, diecisiete de enero del año dos mil catorce. -</p> | <p>1. El representante del Ministerio Público postula (...), parte de la pena base de doce años, que constituye el extremo mínimo de la pena</p> |

Respecto de la pena.

El Ministerio Público postula que este delito se sanciona con una pena no menor de doce ni mayor de veinte años, por lo que parte de la pena base de doce años, que constituye el extremo mínimo de la pena conminada para el delito de robo agravado, por las siguientes razones:

Ha tenido en cuenta lo prescrito por los artículos 45 y 46 del Código Penal, antes de la modificatoria de la ley 30076 de fecha 19 de agosto del año 2003, debido a que los hechos se suscitaron el 14 de julio del año 2013, es decir antes de la modificación de los citados artículos. En cuanto a los bienes han sido recuperados y son bienes de un bajo valor; las lesiones que se causaron a los agraviados no han sido graves, por cuanto a la cuantía que se refiere es un día de atención facultativa y tres a cuatro días de atención médico legal, no habiéndose imposibilitado a los agraviados a que continúen con su vida normal, de las circunstancias los hechos no han sido en un lugar desolado sino han sido realizados en una calle en horas de la tarde y con plena luz solar.

En cuanto al móvil, se tiene que ha sido un móvil económico para continuar libando licor. El acusado carece de antecedentes penales y judiciales; tiene un escaso nivel de educación que es cuarto año de educación secundaria, esta ha sido una educación básica alternativa y está estudiando el quinto año de secundaria. Es una persona semidescapacitada, por cuanto es vidente ha perdido uno de sus ojos en circunstancias cuando ha sido maltratado por su padre en edad infantil, lo cual considera que ha sido en la formación de su personalidad y que ha tenido repercusión en el delito perpetrado por el

conminada para el delito de robo agravado; en cuanto al control de tipicidad, el órgano jurisdiccional considera que está subsumido en el artículo 189. Inciso 7 del CP y finalmente determinándose para el presente caso una pena de diez años, tres meses y trece días; los Magistrados únicamente describen literalmente las normas que permiten reducir la pena que ya están establecidas, pero en cuanto al Principio de Proporcionalidad, lesividad, humanidad y demás criterios no aplican; el problema es que no han catalogado con los hechos para ponderar el Principio de Proporcionalidad, para que este se refleje con la reducción de la pena, motivo que los agraviados han declarado que el acusado habría ingerido licor antes de los hechos básicamente chicha y lo ha reconocido el propio acusado, aun no existe un certificado de dosaje etílico. En ese sentido evaluado el Recurso de Nulidad 1100-2015-Cusco, por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, citada en un inicio, la cual ha

acusado. Aunado ha tenido en cuenta el principio de la determinación de la pena, el principio de humanidad, que garantiza que las sanciones penales no sobrepasen los niveles de incidencia sobre los ciudadanos que son admisibles en el marco de las condiciones de la aceptación del contrato social, principio que se encuentra contenido en el literal g y h del inciso 24 del artículo 2 y de los incisos 21 y 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado y en el caso concreto del acusado, se ha considerado este principio en lo relativo a la vista.

El principio de proporcionalidad, por el cual la pena debe guardar relación con el grado de responsabilidad del agente, con la magnitud del daño causado y con la trascendencia del bien jurídico lesionado y si bien es cierto es reprochable la actitud del acusado. **No existe un certificado de dosaje ético**, que acredite fehacientemente el grado de alcoholemia al que estaba sometido, en el momento de la perpetración del ilícito penal, los agraviados han declarado que el acusado habría ingerido licor antes de los hechos básicamente chicha y lo ha reconocido el propio acusado; la ingesta de alcohol por mínimo pudiera haber sido este, confluente alterando la personalidad del sujeto activo.

En cuanto al Acuerdo plenario 05-2008, por el cual, se le reduce el séptimo de la pena, como beneficio por haber reconocido los cargos, reduciéndosele un año, ocho meses y diecisiete días, quedando como pena acordada una pena privativa de la libertad de Diez años, tres meses y trece días.

En cuanto al control de tipicidad, el órgano jurisdiccional considera que está subsumido en el artículo 189. Inciso 7 del Código Penal; que conforme al hecho aceptado, los

visto la conversión de la pena privativa de la libertad a una de prestación de servicios a la comunidad de acuerdo al artículo 52° del Código Penal, la misma que reviste una menor exigencia de equivalencias de conversión, ya que resulta imposible la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena de acuerdo al artículo 57° del CP y la reserva del fallo condenatorio del artículo 62° del CP. En ese sentido se analiza y determina que, si un agente primario que no ha infringido durante su vida y genera lesiones leves con mínimas acciones en un momento circunstancial sin arma de fuego en el robo y el injusto penal es de mínima entidad se debe ponderar el Principio de Proporcionalidad en sus dimensiones.

En el presente caso el agente primario coincide con el caso del Recurso de Nulidad Cusco, visto por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en cuanto a los criterios de la determinación de la pena; solo por la excepción por haberse producido lesiones leves pero sin

agraviados contaban con 15 años de edad, sexo masculino ambos, fueron golpeados con patadas y en la cual se les sustrajo sus pertenencias (...).

Para la individualización de la concreta pena, deben considerarse las circunstancias genéricas o comunes que se encuentran señaladas en el artículo 46° del Código Penal; en cuanto a las circunstancias atenuantes, el acusado no tiene antecedentes penales, por lo que procesalmente tiene la calidad de agente primario, pues como sostiene Percy García Cavero la agravante o atenuante genérica solo afecta el marco penal abstracto si es que no ha sido considerada como elemento constitutivo del ilícito penal, pues, de lo contrario, se estaría realizando una doble valoración y por tanto, cometiendo una infracción al principio del non bis in ídem.

En lo que respecta al **Principio de Humanidad**, este resulta asociado a la necesidad de conservar al ser humano como persona socialmente adaptable, luego del cumplimiento de la sanción (...).

En cuanto al **Principio de Proporcionalidad** recogido por el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, así como las funciones que cumple la pena dentro del derecho penal, en el caso del Principio de Proporcionalidad, como nos recuerda Percy García Cavero, tal como lo ha señalado “la doctrina constitucional, implica la realización de tres juicios”: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, precisándose que en el primer caso, el marco penal previsto en la ley debe ajustarse a la función asignada al Derecho Penal, en el segundo caso se debe plantear la cuestión de si la pena es “necesaria para alcanzar la protección que se persigue, por no

armas, de acuerdo a los hechos es razonable que se haya generado motivo que se encontraba con alteración de la conciencia, este no ha revestido mayor grado de intensidad de afectación a la libertad, incluso al patrimonio concreto de la víctima, teniendo en cuenta que fue de manera circunstancial en plena luz solar y en la calle; en cuanto al injusto penal habría sido considerado de mínima entidad, ya que las lesiones han sido mínimas, por cuanto a la cuantía que se refiere es un día de atención facultativa y tres a cuatro días de atención médico legal, no habiéndose imposibilitado a los agraviados a que continúen con su vida normal. Asimismo el agente delinque en un momento circunstancial que se encuentra en estado etílico – sin premeditación, reacciona con cólera por los insultos de los menores de edad que lo discriminan diciéndole (virolo), que quiere decir ciego, es una persona con discapacidad, dichas acciones ofenden y humilla a una persona semidiscapacitada, porque es lógico que lucha

existir otras penas menos aflictivas de la libertad”, mientras que en el tercer caso, se tiene que determinar “si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma”. Conforme al juicio de idoneidad, el marco penal punitivo legal debe ajustarse a la función asignada al Derecho Penal, en este sentido debe considerarse que estamos ante un supuesto delictivo que genera una alteración de la paz social. Con respecto al juicio de necesidad, al no existir otros mecanismos de control social posibles de hacer uso en el presente caso, por la propia naturaleza del hecho y dadas las condiciones personales del acusado (agente primario), su situación económica por ser albañil antes de ingresar al Establecimiento Penal, este Colegiado concluye que se encuentra justificada la pena base de doce años, que es la pena mínima para este delito, de la que ha partido la representante del Ministerio Público.

Por último, el Colegiado considera además, que corresponde una reducción de la pena por Conclusión Anticipada, ya que el acusado ha aceptado los cargos, evitando el desarrollo del juicio en su total magnitud y facilitando al órgano jurisdiccional la resolución del caso, de conformidad con los fundamentos 22 y 23 del Acuerdo Plenario número 5-2008/CJ-116, precisando que la rebaja por esta circunstancia será de un séptimo equivalente al de un año, ocho meses y diecisiete días.

(...), determinándose para el presente caso una pena de DIEZ AÑOS, TRES MESES Y TRECE DÍAS.

Según el artículo 47° del Código Penal concordante con el artículo 399°.1 del Código Procesal Penal, es abonable a la pena privativa que haya sufrido el procesado, a razón de

contra la exclusión, máxime porque está embriagado, de manera que estaba con alteración de la conciencia que lo conllevó a actuar con violenta, su actuar es distintivo por la carencia educativa en valores a razón que ha sido maltratado físicamente y psicológicamente por su padre en edad de niño; los Magistrados no ponderan para reducir la pena, tales acciones si bien es cierto no califica para ser recluido en un penal en el que se relacione con criminales; posiblemente se abstienen por los artículos 21° y 22° del CP vigente por la carencia de criterios para poder aplicar el Principio de Proporcionalidad y demás principios, por tal motivo se propone propuesta de lege ferenda; empero, deberían fundamentar con los principios rectores de la pena, máxime el Principio de Proporcionalidad, en la que se habría rebajado la pena privativa de la libertad mucho más de los límites inferiores al mínimo legal.

un día de pena privativa de la libertad por cada día de detención. En el caso de autos, debe computarse la detención sufrida por el acusado desde el catorce de julio del año 2013, fecha que fue detenido (...)

JUZGADO PENAL COLEGIADO PERMANENTE. EXP. N° 2867-2013-65-1706.

DE LAS PROV. DE CHICLAYO Y FERREÑAFE.

SENTENCIA. RESOLUCIÓN NÚMERO: TRES.

Chiclayo, treinta y uno de enero del año dos mil catorce.

Hechos probados-

Al respecto de los hechos objeto de imputación, del debate probatorio se ha llegado acreditar lo siguiente:

Que los hechos han ocurrido el día 23 de mayo del 2013 a las 18:45 horas aproximadamente, en circunstancias que el agraviado Jorge Luis Taboada Zapata transitaba por el sector Conchucos de Pátapo, conduciendo una mototaxi de placa de rodaje N°MG-9719, llevando como pasajera a doña BERTHA PISFIL DE ZAPATA, conforme se ha acreditado con la declaración del agraviado y la declaración de la pasajera realizadas de juicio oral.

Que a la altura del rompemueller que está ubicado en la entrada del sector Conchucos, el agraviado fue interceptado por el acusado RONALD ANTHONY PURIZACA MARREROS en compañía de dos sujetos desconocidos, quienes portaba uno de ellos arma de fuego y los otros dos con armas blancas, siendo que el primero era el que portaba

2. En la presente se ha narrado la responsabilidad de dos coautores que se dieron a la fuga, uno de ellos con arma blanca y el otro un arma de fuego; mientras que el agente primario número tres (Ronald Anthony Purizaca Marreros) fue reducido en estado etílico, con un grado de alcoholemia de alrededor de 2.49 a 2.50 gr de alcohol por litro de sangre, conforme lo ha señalado el perito químico farmacéutico (Percy Valladolib Montenegro), al momento de su examen, quien luego de realizada la regresión a nueve horas del último resultado es de 1.14 gr de alcohol por litro de sangre, realizado a horas 3.50 horas del día 24 de mayo del 2013. Hay incertidumbre por la misma declaración contradictoria e incoherencia del agraviado quien ha manifestado en juicio oral que el acusado lo ha

arma blanca, conforme lo han referido los testigos efectivos policiales ORLANDO TARRILLO VASQUEZ, CLAUDIO OTERO CUMPA y el agraviado al momento de rendir su testimonio en audiencia de juicio oral, corroborando con el acta de registro personal actuada en juicio oral.

Se ha acreditado que el acusado ha sido intervenido cerca del lugar de los hechos, al costado de una acequia conforme lo han requerido los efectivos policiales ORLANDO TARRILLO VASQUEZ Y CLAUDIO OTERO CUMPA, al momento de rendir su testimonio en juicio oral y conforme ha sido corroborado con el acta de intervención policial oralizada en audiencia.

Se ha acreditado que al acusado se le ha encontrado un arma blanca tipo cuchillo de acero inoxidable de 30 cm aproximadamente con mango de plástico color plomo, conforme al acta de registro personal y acta de incautación oralizadas en audiencia, arma que ha sido ingresada como prueba material en juicio oral habiendo sido reconocida por el efectivo policial CLAUDIO OTERO CAMPOS en audiencia de juicio oral.

Se ha acreditado la existencia de mototaxi de placa de rodaje N°MG-9719, en el lugar de los hechos con la declaración del agraviado, de los efectivos policiales ORLANDO TARRILLO VASQUEZ, CLAUDIO OTERO CUMPA y CARLOS ENRIQUE AGUILAR ATOCHE, de la testigo BERTHA PISFIL DE ZAPATA realizados en audiencia de juicio oral y corroborado con el acta de situación vehicular, acta de intervención policial, ingresado a juicio a través de su oralidad.

hincado con un cuchillo y que incluso por el lado derecho le sacó su celular y los cincuenta nuevos soles y que al introducirse su declaración a nivel fiscal al responder la pregunta 02, dijo, que el que estaba al lado izquierdo es quien lo despojó de su celular y los cincuenta soles que tenía en su casaca; en sede fiscal el agraviado al responder la pregunta ocho al ser preguntado ¿quién de los tres sujetos le arrebató el celular y el dinero? Dijo, “que fue uno de los que me apuntaba, pero que no fue el detenido”, por lo que se puede determinar serias contradicciones en la verosimilitud e incriminación.

Conforme a la tabla de alcoholemia incorporada por la Ley N° 27753, de fecha, 23/05/2002, por lo que ha estado vigente para su aplicación, de la que se establecieron cinco periodos de alcoholemia: subclínico, ebriedad, ebriedad absoluta, grave alteración de la conciencia y coma etílico. De este modo, en el rango de 2.5 a 3.5 gr de alcohol por litro de sangre

Se ha acreditado que el acusado RONALD ANTHONY PURIZACA MARREROS el día y la hora de los hechos se encontraba en estado etílico, con un grado de alcoholemia de alrededor de 2.49 a 2.50 gr por litro de alcohol, conforme lo ha señalado el perito químico farmacéutico PERCY VALLADOLIB MONTENEGRO, al momento de su examen, quien luego de realizada la regresión a nueve horas del último resultado de 1.14 gr por litro de alcohol, realizado a horas 3.50 horas del día 24 de mayo del 2013.

Se ha acreditado la existencia de amenaza con peligro inminente para su vida e integridad física del agraviado, con arma blanca, para amedrentarlo con la finalidad de sustraerle la mototaxi, conforme lo ha referido la testigo BERTHA PISFIL DE ZAPATA en su declaración a nivel fiscal ingresada a su oralidad a través de la pregunta número tres.

Hechos no probados.

No se ha probado la existencia del celular con medio de prueba idóneo conforme lo exige el artículo 201 del Código Penal.

No se ha aprobado la existencia del dinero por la cantidad de cincuenta soles señalado por la representante del Ministerio Público, (...) además el agraviado ha indicado en juicio oral que trabaja como mototaxista más de 20 años, en lo que no se ha acreditado con medio de prueba alguno que tenga licencia para conducir mototaxi expedida por autoridad competente para corroborar el hecho que alegado y poder determinar que ese día haya tenido ingresos producto del día de labor.

se encuentra la grave alteración de la conciencia, estado que se caracteriza por estupor, coma, apatía, falta de respuesta a los estímulos, marcada descoordinación muscular y relajación de los esfínteres; como mínimo quiere decir que ha perdido la capacidad de percibir y de darse cuenta de lo que le rodea, por las máximas de las experiencias observadas puede mantenerse de pie pero no entiende lo que está pasando a su alrededor; es observable la opinión del Perito por dar una opinión errónea; el acusado no tenía antecedentes penales y fue en un momento circunstancial en estado etílico, su conciencia estaba alterada por el exceso de alcohol, el presente debería ser exento de responsabilidad penal.

Se analiza, si un agente primario que no ha infringido durante su vida y genera lesiones leves con mínimas acciones en un momento circunstancial sin armas en el robo con alteración grave de la conciencia, por lo que es claro que

| | |
|--|--|
| <p>No se ha acreditado la teoría del abogado defensor que su patrocinado no ha estado en el lugar de los hechos, toda vez que la prueba actuada en juicio vincula al acusado a los hechos.</p> <p>No se ha acreditado que a la hora de los hechos, el acusado se haya encontrado en compañía de JOSÉ HILARIO ZAPATA PISFIL, pues la versión de este testigo no ha sido corroborada con otro medio de prueba idóneo.</p> <p>No se ha acreditado que los hechos materia de juicio hayan ocurrido durante la noche, dado que a las 6.45 pm todavía no puede considerarse noche.</p> <p>No se ha acreditado la violencia física contra el agraviado, entendido como fuerza física para vencer su mecanismo de defensa y resistencia, en todo caso tampoco se ha acreditado lesión física mínima alguna, teniendo en cuenta que el medio empleado por el acusado, consiste en un cuchillo, fue con el propósito de amenazar a la víctima por la forma y circunstancias en que sucedieron los hechos.</p> <p>Que, si bien es cierto en el juicio oral, la representante del Ministerio Público ha postulado DELITO DE ROBO CONSUMADO; también es cierto que luego de la valoración de la prueba actuada para este Colegiado, teniendo en cuenta que solo se ha acreditado la preexistencia del mototaxi, el delito ha quedado en grado de tentativa al no haberse sustraído el mototaxi que conducía el agraviado.</p> <p>Debe expresarse que el juicio de subsunción solo se efectuará por el delito de Robo Agravado previsto en el primer párrafo inciso 3 y 4 del artículo 189° del Código Penal, es</p> | <p>infringe sin comprender el carácter defectuoso de su acto.</p> <p>En el presente caso el agente primario coincide con los criterios evaluados en el Recurso de Nulidad 1100-2015 - Cusco, visto por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, citada en un inicio, porque no se ha acreditado la violencia física contra el agraviado entendida como fuerza física para vencer su mecanismo de defensa y resistencia, no se ha acreditado lesión física mínima alguna, teniendo en cuenta que el medio empleado por el acusado, consiste en un cuchillo - fue con el propósito de amenazar a la víctima por la forma y circunstancias en que sucedieron los hechos, el injusto penal ha sido de mínima entidad, si bien es cierto contaba con un arma blanca de característica cuchillo, pero no contaba con arma de fuego; la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema señala en el fundamento (III), el agente primario no contaba con arma de fuego, le correspondía la conversión de la pena y también</p> |
|--|--|

decir, del delito de robo agravado cometido a mano armada y con el concurso de dos o más personas, siendo el robo en grado de tentativa como se ha indicado.

El abogado de la defensa del acusado también argumenta que se tiene la declaración contradictoria e incoherencia del agraviado quien ha manifestado en juicio oral que su patrocinado lo ha hincado con un cuchillo y que incluso por el lado derecho le sacó su celular y los cincuenta nuevos soles y que al introducirse su declaración a nivel fiscal al responder la pregunta 02, dijo; que el que estaba al lado izquierdo es quien lo despojó de su celular y los cincuenta soles que tenía en su casaca; que en sede fiscal el agraviado al responder la pregunta ocho al ser preguntado ¿quién de los tres sujetos le arrebató el celular y el dinero? Dijo; que fue uno de los que me apuntaba, pero que no fue el detenido, donde se puede advertir serias contradicciones en la verosimilitud e incriminación; al respecto es necesario señalar que el Colegiado en hechos no probados ha manifestado que no se ha acreditado que el acusado haya hincado con el cuchillo al agraviado así como que tampoco se ha acreditado la existencia del celular y cincuenta soles por lo que resulta irrelevante realizar mayor análisis al respecto.

En el juicio de antijuricidad y culpabilidad no se ha justificado causas para negar la antijuricidad.

Con respecto a los hechos el acusado RONALD ANTHONY PURIZACA MARREROS, era una persona mayor de edad, sin embargo ha cometido los mismos cuando se encontraba embriagado con un grado de alcohol de 2.49 a 2.50 gr de alcohol

por los demás criterios descritos en la misma, aún a la fecha no estaba vigente la indicada. Es entendible porque ciertas personas es parte de sus costumbres llevar un cuchillo en la cintura y fue circunstancial, motivo que se encontraba con grave alteración de la conciencia por haber ingerido bebidas alcohólicas. El Colegiado, dice, NO se ha acreditado que el acusado registre antecedentes penales y además se debe tener en cuenta los Principios de Lesividad y Proporcionalidad previstos en los artículos IV VIII del Título Preliminar del Código Penal; pero no aplican dichos principios, aun habiendo contradicción en la declaración del agraviado.

Si bien es cierto, los Magistrados hicieron la dosificación de la pena reduciendo tal como está literalmente en las normas, pero en cuanto a los hechos relacionado a los principios rectores de la pena máxime el Principio de Proporcionalidad solo lo describen y no aplican para reducir la pena por debajo de los límites inferiores al mínimo

por litro de sangre que le produjo una alteración de la conciencia, que no era grave, porque el acusado se dio cuenta de sus actos y de lo que sucedía a su alrededor como era el caso de trató de darse a la fuga en el momento de los hechos, por lo que para el Colegiado considera que es de aplicación del artículo 21 del Código Penal correspondiente de una responsabilidad atenuada.

Que, para efectos de la determinación judicial de la pena al acusado, se debe tenerse en cuenta el marco legal de pena establecido para el delito de Robo Agravado previsto en el primer párrafo incisos 3 y 4 del artículo 189° del Código Penal.

Que, en el presente caso el representante del Ministerio Público está solicitando se imponga al acusado LEANDRO DÍAZ MANAYAY la pena de catorce años de pena privativa de la libertad. (...)

Que, en el presente caso si bien se advierte la concurrencia de las circunstancias de las agravantes de haber sido cometido el delito a mano y con el concurso de dos o más personas, también lo es que NO se ha acreditado que el acusado registre antecedentes penales y además se debe tener en cuenta los Principios de Lesividad y Proporcionalidad previstos en los artículos IV VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal; razón por la cual considera el Colegiado que la pena que le corresponde es de doce años de pena privativa de la libertad que se encuentra dentro del marco de la pena conminada.

Que, sin embargo el Colegiado, teniendo en cuenta que el delito ha quedado en grado de tentativa contemplada en el artículo 16 del Código Penal y la existencia de responsabilidad atenuada prescrita en el artículo 21 del Código Penal, considera que debe

legal, el agente habría sido exento de responsabilidad; deberían fundamentar con los principios rectores de la pena, máxime el Principio de Proporcionalidad, en la que se habría rebajado a cuatro años la pena privativa de la libertad, sucesivamente y convertirla a servicios comunitarios de acuerdo al artículo 52° del Código Penal primer párrafo, “(...) el juez podrá convertir (...), la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años en otra de prestación de servicios a la comunidad (...)”.

El imputado no tenía agravantes cualificadas y el delito ha quedado en grado de tentativa, no se le consideró, se ha acreditado que el injusto penal ha sido de mínima entidad, en los hechos este no ha revestido mayor grado de intensidad de afectación a la libertad, integridad física o incluso al patrimonio concreto de la víctima; es de suma importancia analizar los hechos para aplicar y ponderar con el Principio de Proporcionalidad, para reducir a una pena proporcional.

efectuarse una reducción de pena por debajo del mínimo legal, a razón de tres años y dos años respectivamente. Por estas consideraciones el Colegiado considera que debe efectuar una reducción de la pena privativa de la libertad.

La pena impuesta es de **siete años** de pena privativa de la libertad.

JUZGADO PENAL COLEGIADO VACACIONAL SUPRAPROVINCIAL DE CHICLAYO Y FERREÑAFE. EXP. 04692-2012-71-1706-JR-PE-07

SENTENCIA. RESOLUCIÓN NÚMERO: CINCO.

Chiclayo, veinticuatro de febrero del año dos mil catorce.

Hechos-

Se tiene como hecho que el día 17 de junio del año 2012, a hora 14:10 próximamente en circunstancias que se encontraba caminando por las calles Alfonso Ugarte y Arica – Chiclayo, la ciudadana Días Quevedo Pamela Lizeth, fue víctima de robo en la modalidad de “cogoteo” por parte de dos individuos, siendo que uno de ellos la toma del cuello para posteriormente despojarle de su equipo celular (...). Luego de lograr despojarle de su celular los sujetos se dieron a la fuga, y mientras estos fugaban el personal policial que se encontraba en la zona, logró intervenir a uno de ellos identificando como **Jano Williks Bances Flores**, a quien la agraviada identificó plenamente como la persona que la tomó del cuello siendo la misma que le sustrajera su equipo celular. Al hacerle el careo respectivo se le encontró al intervenido el equipo celular que hacía instantes había sustraído a la agraviada.

3. El control de tipicidad en el presente caso, lo sostiene el Colegiado en el artículo 189° inciso 4, hicieron la dosificación de la pena, pero a pesar que el imputado era una persona de diecinueve años de edad sin agravantes cualificadas, no han realizado un análisis proporcional, motivo que solo han descrito la pena literalmente con las normas, si habrían aplicado los principios rectores de nuestra legislación máxime con el Principio de Proporcionalidad no lo habrían condenado a cinco años con dos meses y ocho días de pena privativa de libertad efectiva. Si estaba vigente los criterios vistos por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, se habría determinado la conversión de la pena privativa de la libertad a una de prestación de servicios a la comunidad de acuerdo al artículo

| | |
|--|---|
| <p>Control de legalidad de la tipicidad</p> <p>El acusado acepta ser autor del delito de robo grabado en grado de tentativa ante lo cual es menester considerar que la Sentencia Plenaria N° 1-2005/DJ-301-A se estableció en el fundamento 10) los criterios para determinar la tentativa o consumación del delito de robo, señalándose en el literal b) que “si el agente es sorprendido in fraganti o in situ y perseguido inmediatamente y sin interrupción es capturado con el íntegro del botín, así como en el curso de la persecución abandona el botín y este es recuperado, el delito queda en grado de tentativa”, y efectivamente esto es lo que ha acontecido en el presente caso por cuanto se advierte que el acusado fue capturado mientras se daba a la fuga lográndose recuperar el íntegro de lo robado, esto es el equipo celular (...).</p> <p>Control de legalidad de la pena</p> <p>El delito de robo agravado realizado en concurso de dos o más personas se encuentra previsto en el artículo 189° inciso 4, y sanciona al autor con pena privativa de la libertad no menor de doce ni mayor de veinte años.</p> <p>Las partes están solicitando se imponga al acusado BANCES FLORES JANOWILLINS, la pena total de cinco años, dos meses y ocho días de pena privativa de la libertad efectiva, atendiendo a la responsabilidad restringida del imputado, el hecho que el delito quedó en grado de tentativa y la reducción de un séptimo de la pena por tratarse de un acuerdo de conclusión anticipada del poseso, en consecuencia, corresponde verificar si la pena propuesta supera el control de legalidad.</p> | <p>52° del Código Penal, ya que reviste una menor exigencia de equivalencias de conversión, por lo que resulta imposible la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena de acuerdo al artículo 57° del CP y la reserva del fallo condenatorio del artículo 62° del CP. En ese sentido, si un agente no ha infringido durante su vida y genera lesiones leves con mínimas acciones en un momento circunstancial sin arma de fuego en el robo en su circunstancia agravada, debe ser analizado con las dimensiones del Principio de Proporcionalidad, máxime si es un agente primario con responsabilidad restringida por la edad. El presente caso coincide con los criterios vistos por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad 1100–2015 - Cusco, excepto por haberla cogido a la agraviada; el injusto penal en el presente caso habría sido considerado de mínima entidad, ya que el hecho ha sido mínimo en grado de intensidad de afectación a la libertad, integridad</p> |
|--|---|

| | |
|--|---|
| <p>En ese orden de ideas en mérito a las circunstancias genéricas previstas en el artículo 46° del Código Penal, y tomando en cuenta que la gente carece de antecedentes penales o judiciales, se justifica que, para efectos de la dosificación de la pena, se tome como pena base en el extremo mínimo previsto en delito de robo agravado.</p> <p>Partiendo de la pena de doce años por el delito de robo agravado, de conformidad con el artículo 16° del código penal, debe hacerse merecedor de una reducción de pena que el Colegiado la establece tres años. En adición que se toma en cuenta también la edad del agente al cometer el delito, esto es que el acusado tenía 19 años de edad, por lo que le asiste la responsabilidad restringida y por ende una reducción de pena de acuerdo al artículo 22° del Código Penal, reducción que este Colegiado estima en tres años.</p> <p>Efectuada la reducción de la pena de acuerdo a los criterios expuestos se tiene una pena concreta de seis años, y al haberse acogido el acusado a una conclusión anticipada del proceso le corresponde también una reducción de la pena no mayor de un séptimo acorde con el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 que resulta aplicable en el presente caso, quedando una pena final de cinco años con dos meses y ocho días de pena privativa de libertad (...).</p> <p>Parte resolutive-</p> <p>Por las consideraciones expuestas evaluando los alegatos preliminares, la aceptación de cargos por el imputado, el acuerdo al que han llegado las partes, y juzgando los hechos en aplicación de los artículos 12°, 16°, 22°, Art. 23°, Art. 29°, Art. 45°, Art. 46°, Art. 92°, y el artículo 189° inciso 4 del Código Penal, (...) falla (...).</p> | <p>física o incluso al patrimonio concreto de la víctima, motivo que actuó solo cogiéndola a la agraviada del cuello y a esa edad todavía no ha desarrollado de manera completa la parte psíquica; en ese sentido se acentúa que debe ser tomado en consideración para atenuar la pena mucho más de los límites inferiores al mínimo legal; al agente primario con responsabilidad restringida no se le debe considerar con la misma medida de la pena de delincuentes habituales y residentes, que es correcto que se le dé todo el peso de la ley penal para cumplir con los fines de la pena privativa de la libertad. Identificaron que el agente primario era de escasos recursos, pero no determinaron lo que le ha conllevado a delinquir que podría ser por salvaguardar otro bien jurídico de mayor jerarquía, aun no es parte de la investigación - es observación.</p> |
|--|---|

JUZGADO PENAL COLEGIADO PERMANENTE. Exp. N° 2829-83-2013

SENTENCIA. RESOLUCIÓN NÚMERO: CUATRO.

Picsi, veintisiete de enero del año dos mil catorce-

Alegatos iniciales- Del Fiscal-

En el presente caso demostraré como el imputado Isac Alejandro Ruíz Coronado, siendo el día 22 de mayo del 2013 a la una con diez de la tarde próximamente, en circunstancias que los agraviados Mariela Cotrina Barboza, Víctor Hugo Castope Camacho y Jordy Elvis Gonzáles Manay, trabajadores de la empresa de movistar, transitaban por la manzana “I” de la avenida Perú en el PPJJ Fanny Abanto de esta ciudad, con la finalidad de visitar a unos clientes, para venderle sus servicios de líneas telefónicas, fueron interceptados por cuatro sujetos, quienes se desplazaban a bordo de una mototaxi color azul, descendiendo de la misma, quienes portaban cuchillos y picos de botella, amenazando a los agraviados, despojando de sus bienes (...), al haber pedido auxilio al personal policial, en una rápida intervención encontraron al acusado Isac Alejandro Ruiz Coronado, en la intersección de las calles Mesones Muro y Luis Heysen del pueblo Jorge Chávez, a quien se le encontró en posesión del celular Sony Ericsson de color blanco número 990304535 de propiedad de la agraviada Mariela Cotrina Barboza, siendo reconocido por los agraviados, uno de los autores del hecho ilícito.

4. El sustento jurídico es el artículo 189° del Código Penal – robo agravado, primer párrafo de los numerales 3 a mano armada y numeral 4 con el concurso de dos o más personas, concordante con el artículo 188° del CP; el acusado solamente amenazó con un pico de botella para sustraer el celular y quedó en tentativa; conforme al control de legalidad de la pena que realizó el Colegiado, aluden que resultaba de haber fijado para el hecho una pena de doce años de pena privativa de libertad, es decir el mínimo de la pena para este delito; en ese sentido describieron que han tenido presente los principios de Proporcionalidad, razonabilidad y necesidad de las penas, además que el acusado es un agente primario, sin antecedentes penales, sus carencias económicas, así como también al haber vivido sin la presencia de su padre y tener en el momento de los hechos diecinueve años de edad, por lo que, a la pena base se le reducen tres años, quedando una pena de

| | |
|--|--|
| <p>Precisando que la participación del acusado en este evento delictivo fue de amenazar con arma blanca (pico de botella) al agraviado Víctor Hugo Castope Camacho, para despojarlo de los objetos que portaba en esos instantes.</p> <p>Su sustento jurídico es el artículo 189 del Código Penal, primer párrafo de los numerales 3 a mano armada y numeral 4 con el concurso de dos o más personas concordante con el artículo 188 del acotado Código. (...)</p> <p>Control de legalidad de la pena.</p> <p>Conforme al acuerdo comunicado por las partes, se está proponiendo la pena concreta de siete años, ocho meses y dieciocho días de pena privativa de la libertad efectiva, la que resultaba de haber fijado para el hecho una pena de doce años de pena privativa de libertad, es decir el mínimo de la pena para este delito, porque se han tenido en cuenta los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad de las penas, además que el acusado es un agente primario, sin antecedentes penales, sus carencias económicas, al haberse criado sin la presencia de su padre; asimismo al contar con responsabilidad restringida, al tener en el momento de los hechos diecinueve años de edad, por lo que, a la pena base se le reducen tres años, quedando una pena de nueve años, que descontándosele el séptimo, por conclusión anticipada del juicio, conforme al Acuerdo Plenario 05-2008, queda la pena de siete años, ocho meses y dieciocho días de pena privativa de libertad.</p> <p>(...), corresponde al fiscal asumir la persecución del delito y por tanto como titular de la acción penal, debe determinar la pena que persigue en ejercicio del principio acusatorio, sin que el órgano jurisdiccional pueda cuestionar las funciones que le tocan asumir al</p> | <p>nueve años; que, descontándosele el séptimo por conclusión anticipada del juicio, al amparo de lo dispuesto en el fundamento 23° del Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116, reducido a un año tres meses y doce días, queda en siete años, ocho meses y dieciocho días de pena privativa de libertad; realizan descripción literal de las normas que están establecidas para la reducción de la pena, pero en cuanto a los principios rectores de la pena como es el principal el Principio de Proporcionalidad lo describen y han olvidado que deben aplicar para reducir la pena, resulta insuficiente para la dosificación de la pena por tener un bebé en grado de gestación con su conviviente, trabajador como vendedor de frutas y máxime sin antecedentes penales, han descrito su carencia económica y ha aceptado los cargos que se le ha imputado, así como ha reconocido su error de infringir la ley, ha devuelto el celular, se ha comprometido a pagar la reparación civil en seis cuotas, en ese sentido no han analizado con</p> |
|--|--|

respecto, de conformidad con el principio de correlación entre acusación y sentencia, previsto en el artículo 397 del Código Procesal Penal; sin embargo, de conformidad con el inciso tres del mismo dispositivo legal, el órgano jurisdiccional no está obligado a respetar dicho principio cuando se solicite una pena por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación, todo ello en virtud del control de legalidad que le corresponde al órgano jurisdiccional.

Respecto a que se parte de la pena de doce años de pena privativa de libertad, se debe tener en cuenta que se encuentra dentro de la pena abstracta fijada para este delito, asimismo se están apelando a los artículos 45 y 46 del Código Penal, siendo el acusado **de escasos recursos económicos**, se ha recuperado el teléfono celular, es agente primario y no tiene antecedentes penales, además debe tenerse en cuenta el principio de **lesividad**, en la medida que el acusado se está comprometiendo a cancelar la reparación civil en seis cuotas, principio de **proporcionalidad** entendido como aquel que permite fijar la pena, teniendo presente la gravedad del hecho e impidiendo sobrepasar la responsabilidad por el mismo, el principio de **humanidad**, que impide que la sanción afecte la propia condición humana, por lo que el ámbito punitivo acordado satisface los fines de la pena previstos en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal.

En ese orden de ideas, considerando lo antes acotado, se justifica que, para efectos de la dosificación de la pena, se tome como pena base el extremo mínimo previsto del tipo penal antes indicado.

amplitud para justificar y reducir la pena por debajo de los límites inferiores al mínimo legal. Sin embargo de acuerdo al Recurso de Nulidad 1100-2015 - Cusco, evaluada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, citada en un inicio, en la que han visto la conversión de la pena privativa de la libertad a una de prestación de servicio a la comunidad de acuerdo al artículo 52° del Código Penal - motivo que reviste una menor exigencia de equivalencias para la conversión de la pena, ya que resulta imposible la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena de acuerdo al artículo 57° del CP y la reserva del fallo condenatorio del artículo 62° del CP; motivo por el cual se ha priorizado propuesta de lege ferenda, en el que sí se generara mínima lesión en el delito indicado por agente sin agravantes cualificadas, se le considere al injusto penal- de mínima entidad. En ese sentido a la fecha no se ha generado iniciativa de los Magistrados para la conversión de la pena, de lo contrario se habría

| | |
|---|--|
| <p>Teniendo en cuenta que el acusado al momento de ocurridos los hechos contaba con diecinueve años de edad, al amparo de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 22° del Código Penal corresponde hacerle merecedor a una reducción de pena por responsabilidad restringida por la edad, que el Colegiado la establece en tres años de pena privativa de la libertad, conforme a la propuesta efectuada, quedando una pena de nueve años.</p> <p>Así mismo, al haberse acogido el acusado a la conclusión anticipada de juzgamiento, evitando el desarrollo del juicio, debe hacerse merecedor de una reducción de pena en no mayor de un séptimo – tomando como referencia la pena concreta de nueve años- al amparo de lo dispuesto en el fundamento 23° del Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 que resulta aplicable al presente caso, reducido que se establecen de un año, tres meses y doce días. (...)</p> <p>Por otra parte, conforme al artículo 47° del Código Penal concordante con el artículo 399°.1 del Código Procesal Penal, es abonable a la pena privativa de libertad impuesta, el tiempo de detención o de prisión preventiva que haya sufrido el procesado a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención. (...)</p> | <p>reducido a cuatro años la pena privativa de la libertad con la aplicación del Principio de Proporcionalidad, sucesivamente se hubiera impuesto a servicios comunitarios de acuerdo al artículo 52° del Código Penal primer párrafo, “(...) el juez podrá convertir (...), la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años en otra de prestación de servicios a la comunidad. En el presente caso el agente primario coincide con los criterios visto por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad 1100-2015 - Cusco</p> |
|---|--|

Anexo N° 03.- AUTORIZACIÓN PARA EL RECOJO DE INFORMACIÓN

Chiclayo, 2020

El que suscribe:

Burga Zamora, Oscar Manuel.

Presidente de la Corte de Justicia de Lambayeque.


AUTORIZA: Permiso para el recojo de información referido de las sentencias de la Corte Superior de Justicia, en cuanto al delito de robo agravado, en función del proyecto de investigación, denominado: "APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD AL MARGEN PRIVATIVO PARA SERVICIOS COMUNITARIOS DEL AGENTE SIN AGRAVANTES CUALIFICADAS POR ROBO AGRAVADO CHICLAYO"

Por el presente el que suscribe, Dr. Burga Zamora, Oscar Manuel. AUTORIZO al alumno: Díaz Vargas, Oscar Benicio, estudiante de la Escuela Profesional de Derecho, con trabajo de investigación para Tesis sobre "APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD AL MARGEN PRIVATIVO PARA SERVICIOS COMUNITARIOS DEL AGENTE SIN AGRAVANTES CUALIFICADAS POR ROBO AGRAVADO CHICLAYO", dicha información es para efectos exclusivamente académicos para elaboración de tesis de pre _ grado de la "Universidad Señor de Sipán", del que solicita tal como se indica líneas arriba.

Se garantiza la absoluta confidencialidad de la información solicitada.

Atentamente,




Dr. OSCAR BURGA ZAMORA
PRESIDENTE
Consejo Ejecutivo Distrital
Corte Superior de Justicia de Lambayeque

ANEXO N° 04.- MATRIZ DE CONSISTENCIA

| Variables | Definición Conceptual | Dimen- sion es | Indica- dores | Íte m / Inst ru- men to |
|---|---|---|--|--------------------------------|
| <p>Variable Independiente</p> <p>Aplicación del principio de proporcionalidad al margen privativo.</p> | <p>Según la S.T.C. (2003) Exp. 0010–2000 –AI/TC; nuestros Tribunales como Supremos Intérpretes de la Constitución, han determinado al Principio de Proporcionalidad como un principio universal del derecho que se hizo positivo, por lo que su cumplimiento ha de verse en cualquier rama del derecho.</p> <p>De acuerdo a la S.T.C. (2004) Exp. N° 045-2004-PI/TC; Los Supremos Intérpretes de la Constitución en el fundamento treinta y tres de la indicada han determinado que, el Principio conocido de Proporcionalidad al ser analizado por la igualdad se debe tener en cuenta a los subprincipios que son tres; de necesidad, idoneidad y así como el de proporcionalidad clasificado en sentido estricto.</p> <p>En ese sentido en la S.T.C. (2004) Exp. N° 2192-2004-AA/TC; han establecido en el fundamento 15, al determinar el principio de razonabilidad y proporcionalidad, en el que ambos conceptos son diferentes, pero tienen convergencias relevantes, aun a que los equipara al derivarlos de los mismos preceptos constitucionales; aún a nivel doctrinario existen divergencias entre el principio de razonabilidad versus el de proporcionalidad,</p> | <p>Norma- tiva</p> <p>garan- tista,</p> <p>re- So- cia- liza- dora</p> | <p>Ley,</p> <p>jurispruden- dencia,</p> <p>principios.</p> <p>protección integral al agente primario que cometió el delito de manera circunstancial.</p> | <p>Análi- sis.</p> |

| | | | | |
|---|--|--|--|-----------------|
| | por lo que para juzgar y poder decidir de manera justa, se puede afirmar, a primer criterio de coincidencia de ambos principios, que, si no se puede proteger el Principio de Proporcionalidad, lo resultante, no será razonable. | | Propuesta de lege ferenda. | |
| <p>Variable Dependiente</p> <p>La conversión de la pena privativa por la de prestación de servicios a la comunidad del agente sin agravantes cualificadas por robo agravado.</p> | <p>La pena de trabajos en favor ante la comunidad en los ordenamientos jurídicos de España y Brasil.- para Nunes (2010) en sus conclusiones determina que, desde la perspectiva de la penología, la ventaja de aquella que se indica como trabajo comunitario no podemos decir que se entrelaza con un efecto preventivo explícitamente, sino es intentar preservar al agente primario de las múltiples negativas en el sentido de las atrocidades de los centros penitenciarios, en los que se relacionan con altos criminales por la misma sobrepoblación (...).</p> <p>La conversión de la pena privativa en el robo agravado. - abordada en el “Recurso interpuesto de Nulidad N°1100-2015- ciudad de Cusco”- visto por la Sala en lo Penal Permanente de la distinguida Corte Suprema, fecha 07 de julio del 2016. Basándonos en ese sentido, la pena debe ser la menos dañina o gravosa para poder solucionar el conflicto jurídico y reparar el daño social ocasionado por los hechos, es así que se persigue evitar meramente un mayor daño con el que ya se ha infringido o cometido con el hecho ilícito, no importa de dónde se analice la pena, siempre será un mal, aunque necesario en su aplicación para la convivencia en sociedad. (Bramont, 2008).</p> | <p>Antijurídica</p> <p>Lesivas</p> <p>Sancionables</p> | <p>Delitos cometidos, detenciones, conversión de la pena Maltrato físico, psicológico, económico. Sentencia de conversión de la pena. Indemnización, resarcir.</p> | <p>Análisis</p> |

ANEXO N° 05 JURISPRUDENCIA



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO DE NULIDAD
N° 1100-2015
CUSCO

Sumilla. Habiéndose acreditado el cumplimiento de los criterios que fundamentan la determinación judicial de la conversión de la pena a una de servicio comunitario, sobre todo, entre ellos: existiendo una ínfima lesión a la norma penal, el nivel de afectación fue en grado de tentativa y la inexistencia de lesión al derecho del patrimonio puesto que el dinero sustraído fue recuperado; excluido el riesgo de reincidencia, tales circunstancias justifican la conversión de la pena privativa de libertad de cuatro años a una de prestación de servicio comunitario, regulada en el artículo cincuenta y dos del Código Penal, ello siempre acorde al principio de proporcionalidad y los fines preventivos de la pena.

Lima, siete de julio de dos mil dieciséis

Visto: el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra la sentencia conformada de fecha diecinueve de marzo de dos mil quince -abrante a fojas doscientos sesenta y ocho- en el extremo que impuso a Eliseo Daza Bolívar cuatro años de pena privativa de libertad efectiva que en aplicación del artículo cincuenta y dos del Código Penal se convierte en prestación de servicios a la comunidad equivalente a doscientos cinco jornadas, que deberá cumplir en cualquier institución que designe el INPE, conforme a los convenios o coordinaciones con diferentes entidades públicas, bajo expreso apercibimiento de revocarse la conversión dispuesta en caso de incumplimiento o en caso de comisión de otro delito doloso, en el proceso que se le siguió por el delito contra el patrimonio robo agravado en grado de tentativa, en agravio de Juan Mendoza Huamani.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tinco.

CONSIDERANDO

I.- Fundamentos del recurso impugnativo

El representante del Ministerio Público en su escrito de fundamentación de agravios -abrante a fojas doscientos sesenta y siete- cuestiona el extremo de la pena impuesta al procesado DAZA BOLIVAR, en tanto que la Sala Penal Superior no debió convertir la pena privativa de libertad efectiva de cuatro años a una de prestación de servicios a la comunidad, por los siguientes fundamentos:



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO DE NULIDAD
N° 1100-2015
CUSCO

1.1) El Colegiado Superior ha inobservado principios y criterios de determinación e individualización judicial de la pena, puesto que no sólo impone una pena íntima de cuatro años de pena privativa de libertad, sino que además la ha convertido en una de prestación de servicios a la comunidad, lo que por sí resulta muy débil.

1.2) En el interín del proceso se ha acreditado de manera indubitable la materialidad del delito, así como la responsabilidad penal del encausado Daza Bolívar como autor del delito de robo agravado, más aún, cuando éste se acogió al procedimiento de conformidad de conclusión anticipada de juicio oral.

1.3) No se ha tomado en cuenta que para la individualización de la pena el artículo cuarenta y seis del Código Penal es imperativo cuando señala: "para determinar la pena dentro de los límites fijados por la Ley, el juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho cometido [...]" en el presente caso correspondía que la pena se fije dentro de los límites fijados por la Ley, situación que no ha sucedido en el presente caso, en tanto que la conversión de la pena debe aplicarse a casos de escasa o poca gravedad y no en casos de mayor gravedad como el delito de robo agravado.

II. Hipótesis fáctica de los hechos:

El representante del Ministerio Público en su acusación fiscal de fojas setenta y dos, atribuye al procesado Eliseo DAZA BOLIVAR, la comisión del delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo agravado, en calidad de autor en agravio de Juan Mendoza Huamari.

Con fecha trece de mayo de dos mil seis, siendo aproximadamente las veintidós horas con treinta minutos de la noche, el agraviado se encontraba transitando por la avenida Tupac Amaru del distrito de Wanchó, con la finalidad de cambiar billetes en monedas por un monto de doscientos cincuenta nuevos soles, dirigiéndose para dicho fin al Grifo de la Av. Infancia, circunstancias en que fue interceptado por tres sujetos, quienes aprovechando la oscuridad de la noche así como la poca atención de peatones lo agredieron físicamente con golpes de puño, para luego reducirlo con arma punza cortante y sustraerle el dinero que llevaba consigo en sus bolsillos, debiéndose indicar que el sujeto conocido como Edgar lo había sujetado de la casaca, mientras que el proceado Daza Bolívar lo había amenazado con arma punza cortante y el procesado Huamán Corales le sustrajo el dinero para luego darse a la fuga.



PODER JUDICIAL
DE LA REPÚBLICA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO DE NULIDAD
N° 1100-2015
CUSCO

III.- Fundamentos Legales y Doctrinarios

El problema a dilucidar está referido a la conversión de penas. En el presente caso, fundamentar la conversión de la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años en otra de prestación de servicios a la comunidad. Antes de analizar si la conversión de pena realizada por la Sala Penal Superior es conforme a derecho, se esbozarán criterios doctrinales con la finalidad de darle un contenido jurídico y legitimar la decisión adoptada por la Sala Penal Superior.

1. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de casación de fecha diecisiete de octubre de dos mil trece, recaído en el Recurso de Casación número trescientos ochenta y dos guion dos mil doce, por mayoría desarrolló doctrina jurisprudencial vinculante, relativo a la correcta interpretación de la institución jurídica de la conversión de la pena a efectos de uniformizar criterios en la jurisprudencia nacional, sin embargo, lo hizo solo en el sentido de cuál es el momento de la conversión de la pena, más no fijó o desarrolló criterios jurídicos para su determinación judicial, es decir, se dejó claro que esta se fija solo al emitirse la sentencia, prohibiendo que si esta se fija en un momento posterior, implicaría que se alteraría la autoridad de cosa juzgada, porque se emitiría pronunciamiento sobre circunstancias no conocidas al momento que se determinó la pena concreta. Ante esta situación y dada la necesidad que el presente caso exige, pasaremos a esbozar los criterios doctrinales para su debida determinación judicial.

2. En principio, el artículo cincuenta y dos del Código Penal establece: "En los casos que no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio, el juez podrá convertir la pena privativa de libertad no mayor de dos años en otra de multa, o la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años en otra de prestación de servicios a la comunidad, o limitación de días libres, a razón de un día de privación de libertad por un día de multa, siete días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o por una jornada de limitación de días libres¹. Igualmente, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, convertir la pena privativa de libertad en pena de vigilancia electrónica personal, a razón de un día de privación de libertad por un día de vigilancia electrónica personal, en concordancia con el inciso tres del artículo veintinueve -A del presente Código."

¹ Lo resaltado en nuestro.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO DE NULIDAD
Nº 1100-2015
CUSCO

3. Del presente dispositivo legal, se advierte que la conversión de penas responde a un esquema subsidiario, es decir, procede en los casos donde no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio. Siendo así, superada las equivalencias que señala esta norma penal, el juez penal procederá con la conversión de la pena. Sin embargo, el punto neurálgico se centra en cuanto nuestra legislación penal no contempla criterios específicos para su disposición por parte del Juez, denotando solamente su naturaleza o carácter subsidiario y sus límites. En este sentido, resulta necesario desarrollar los criterios a tomar en cuenta al momento de su imposición.

4. Los criterios para la valoración judicial de la conversión de la pena privativa de libertad en una de prestación de servicios a la comunidad deben ser los siguientes, teniendo en cuenta que los tres primeros son copulativos, y el último alternativo.

a) Imposibilidad de aplicar la suspensión de la ejecución de la pena o reserva del fallo condenatorio.

La conversión de una pena efectiva a una prestación de servicio a la comunidad, reviste una menor exigencia de equivalencias de conversión con la de suspensión de la ejecución de la pena y la reserva del fallo condenatorio, por esta razón, el Juez Penal al no poder aplicar estas dos últimas, en los casos concretos, recurre a la conversión de la pena efectiva por una de servicio a la comunidad. La razón de la medida es que los criterios para poder determinar judicialmente esta clase de conversión de pena no guardan el mismo rigor cuando el Juez dispone de estas dos últimas. Por ejemplo, en el caso de la reserva del fallo condenatorio, la reserva es dispuesta, entre otras exigencias, cuando el delito está sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa o cuando la pena a imponerse no supere los dos años de inhabilitación. Como es de verse, con relación a la conversión que exige, se exige una valla más alta a efectos de disponerla, entre otras equivalencias, que se trate de pena privativa de libertad no mayor de dos años en otra de multa, o la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años en otra de prestación de servicios a la comunidad, siempre y cuando se trate de penas privativas concretas.

b) Que el condenado no registre antecedentes penales y que las circunstancias individuales le permitan sostener al Juez Penal que éste no cometerá un nuevo delito al haberse excluido el riesgo de reincidencia



PODERA JUDICIAL
DEL PERÚ
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO DE NULIDAD
Nº 1100-2015
CUSCO

Una de los tres fundamentos modernos de la culpabilidad penal siguiendo el concepto funcionalista, es el referido a la fidelidad o al cumplimiento con el ordenamiento jurídico por parte del ciudadano, en tanto que "el rol cuya observación garantiza el derecho penal es el de ciudadano fiel al derecho"². Este postulado significa que los ciudadanos no solo deben comportarse fiel al ordenamiento jurídico sino que además responde como garantía de convivencia social, en tanto que, en un esquema normativo, todos esperan de todos la no defraudación de expectativas normativas para hacer posible la comunicación social. En este sentido, un ciudadano que defrauda por primera vez las expectativas normativas de configuración social jurídico penal si bien ha cuestionado la confianza en la vigencia de la norma penal y por ende ha debilitado esa fidelidad al ordenamiento jurídico cuestionando incluso su status de ciudadano, también es cierto que tal defectuosa forma de organización de su institución negativa no se corresponde con ciudadanos que se organizan conforme a una cultura criminógena, es decir, el grado de infidelidad que expresa el autor con el delito no es el mismo si se trata de un primario que un reincidente o habitual³. En esta línea de análisis, tal situación debe de valorarse al momento de proceder a la conversión de la pena a una de servicio comunitaria, en tanto que esta pueda orientar mejor al ciudadano infractor primario, quien además debe exponer circunstancias fácticas que no volverá a defraudar la norma penal, claro está, en concordancia con los demás exigencias normativas de la operación de la conversión de penas.

c) La lesión material de la expectativa normativa o del injusto penal debe ser de mínima entidad a efectos de que la conversión de la sanción penal consiga los fines preventivos de la pena efectiva que debió imponerse

Toda expectativa normativa garantiza no solo un derecho fundamental del ciudadano, a este aspecto se le denomina el lado formal de norma, sino también la no lesividad material de este derecho, a éste último se le denomina el lado cognitivo de la norma penal. Esta diferenciación permite cuantificar el lado material del hecho punible. Es decir, cuanto mayor es el grado de afectación de este lado cognitivo o la gravedad

² JAKOBS, Günther, "Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional", (Traducción de Manuel Cancio Meza y Bernardo Feijoo Sánchez), Civitas, Madrid, 1996, pág. 64

³ GARCÍA CAVIÑO, Percy, "Derecho penal. Parte general", segunda edición, Jurista Editores, 2012, pág. 875 y ss.



PODERA JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO DE NULIDAD
Nº 1100-2015
CUSCO

socialmente determinada del hecho⁴, mayor será el reproche de cara al injusto penal a efectos de valorar la cuantía de la pena concreta para cumplir los fines preventivos del derecho penal. Claro está, teniendo en cuenta que el fin de la pena es que el dolor que causa la imposición de la misma sirve para la salvaguarda cognitiva de la vigencia de la norma; mientras que su significado es la contradicción de la negación de la vigencia por parte del delincuente⁵.

En este sentido, si la lesión material de la norma penal es de mínima o escasa entidad, subsistiendo naturalmente la infracción del lado formal de los deberes ya sea "negativo o positivo" de configuración típica, el dolor que causará la imposición de la sanción debe ser acorde con la realización del hecho; siendo así, no se requiere un mayor grado de intensidad de sanción concreta para salvaguardar el lado cognitivo de la vigencia de la norma cuando un ciudadano al defraudar una expectativa normativa jurídica penal genera de su defecto organizativo particular una lesión de mínima entidad o se evidencie una ausencia material de la misma. En el presente caso, la conversión de la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años en otra de prestación de servicios a la comunidad, debe tener en cuenta este alcance si es que con ello se quiere llegar a los fines preventivos de la pena, sustituyendo una forma de ejecución más aflictiva por otra menos aflictiva, sin que de ello dé lugar a consecuencia político-criminales indeseables, en este sentido, siguiendo a Silva Sánchez: "Por ello he propuesto la vigencia de un principio que debería definirse como de restricción máxima de la ejecución de las penas privativas de libertad, así como de aflictividad mínima de aquellas que deban ser finalmente ejecutadas"⁶.

d) Deber de cooperación por parte del condenado con la búsqueda de la verdad procesal y la configuración del hecho punible.

En principio, exigir la autoinculpación de hechos delictivos no es de recibo en nuestro sistema de garantías constitucionales que operan en

⁴ GARCÍA CAVERO, Percy, "Derecho penal. Parte general", segunda edición, Jurista Editores, 2012, pág. 866 y ss.

⁵ JACOBS, Günther, "El fundamento del Sistema Jurídico Penal", [traducción de Manuel Cancio Melia, Bernardo Feijoo Sánchez y Javier Sánchez-Vera Gómez-Treñes], Ara Editores, 2000, pág. 47.

⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "¿Hay que ejecutar siempre las penas privativas de libertad?", en "En busca del derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena", Colección: Estudios y Debates en Derecho Penal. Dirigida por Jesús M. Silva Sánchez, reimpresión, Editorial BdeF 2014, pp. 80-82.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE**

RECURSO DE NULIDAD
N° 1100-2015
CUSCO

el debido proceso. Sin embargo, la cooperación voluntaria por parte del sujeto procesal con relación a confesar la configuración de los hechos delictivos sí es de recibo en nuestra doctrina jurisprudencial, tal es así, que el sujeto procesal que se acogió a la confesión sincera o la terminación anticipada o la conclusión anticipada de los debates orales, le corresponde ciertos beneficios de orden premial. En este sentido, el Juez Penal puede valorar estos efectos premiales con fines de convertir la pena a una de servicios comunitarios, claro está, que previamente en la determinación judicial de la pena efectiva, el juez deberá reconocer los efectos premiales de la confesión sincera, de la terminación y conclusión anticipada de los debates orales. En efecto, la cooperación trae consigo la alta probabilidad del inicio de la auto-resocialización del condenado a la sociedad, pues reconoce que no solo ha defraudado la norma penal sino también su status como ciudadano, pero además con ello inicia una nueva fidelidad de alta probabilidad de que no volverá a defraudar la norma penal.

III. Posición de Tribunal Supremo

Este Tribunal Supremo considera que a pesar que el Colegiado Superior procedió a la conversión de la pena efectiva de cuatro años a una de servicio comunitario sin expresar fundamentos sobre la base de cuáles serían esos criterios que la justifiquen jurídicamente, remitiéndose solo a la naturaleza y los límites que la ley señala, consideramos que la conversión de la pena realizada es conforme a derecho en tanto que cumple o se corresponde con los criterios jurídicos esbozados en esta Ejecutoria Suprema, por los siguientes fundamentos:

3.1) Con relación a la imposibilidad de aplicar la suspensión de la ejecución de la pena o reserva del fallo condenatorio:

Respecto a la imposibilidad de la reserva del fallo condenatorio: De autos se advierte que el delito materia de imputación es el de robo agravado y este prevé como pena abstracta una no menor de doce ni mayor de veinte años de pena privativa de la libertad, sin embargo, para que se disponga la reserva del fallo condenatorio regulado en el artículo sesenta y dos del Código Penal, no se exige un quantum de pena concreta, sino se exige, entre otros requisitos, que el delito sea sancionado con una pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa, en esta última exigencia no se cumple en el presente caso en tanto que supera dicho límite. En consecuencia, se cumple con el criterio de la imposibilidad de la reserva del fallo condenatorio.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE**

RECURSO DE NUIDAD
N° 1100-2015
CUSCO

Respecto a la imposibilidad de la suspensión de la ejecución de la pena regulado en el artículo cincuenta y siete del Código Penal, si bien esta pudo haberse dispuesto en tanto que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y en el presente caso se le impuso ese quantum; así como que el agente no tengo la condición de reincidente o habitual; en el presente caso, el procesado no registra antecedentes penales conforme consta del certificado de antecedentes penales obrante a fojas ochenta y cuatro. Si bien es cierto que la suspensión de la ejecución de la pena requiere de una valoración integral con otros requisitos atendiendo a que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y otros que permitan inferir que éste no volverá a cometer un nuevo delito, circunstancias que podrían cumplirse en el caso concreto, empero, para este Tribunal Supremo la conversión de la pena a una comunitaria es la que guarda más coherencia y conformidad. En consecuencia, se cumple con el criterio de la imposibilidad de la suspensión de la ejecución de la pena.

3.2) Que el condenado no registre antecedentes penales y que las circunstancias individuales le permitan sostener al Juez Penal que éste no cometerá un nuevo delito al haberse excluido el riesgo de reincidencia

En el presente caso está acreditado que el condenado es un reo primario en tanto que no registra antecedentes penales conforme consta del certificado obrante a fojas ochenta y cuatro, cumpliéndose de esta manera con tal criterio. Asimismo, no advierte características o circunstancias que pueda volver a cometer un nuevo delito en tanto que ha demostrado ser un ciudadano que ha cursado estudios secundarios conforme consta a fojas ciento veintidós a ciento veintitrés y que se dedica a la construcción civil conforme se desprende del certificado de fojas ciento veinticuatro.

3.3) La lesión material de la expectativa normativa o del injusto penal debe ser de mínima entidad a efectos de que la conversión de la sanción penal consiga los fines preventivos de la pena efectiva que debió imponerse

En autos ha quedado acreditado que que si bien la calificación jurídica del delito que se atribuye es de gravedad, sin embargo, respecto a la materialidad de los hechos este no ha revestido mayor grado de intensidad de afectación a la libertad, integridad física o incluso al patrimonio concreto de la víctima, por el contrario, la lesión ha sido de



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO DE NULIDAD
N° 1100-2015
CUSCO

mínima entidad en tanto que no se acreditó que el procesado portó un arma de fuego que le permita afectar gravemente la libertad o la integridad física de la víctima, así mismo, el dinero que se sustrajo fue devuelto en el instante alcanzando el hecho punible solo el grado de tentativa conforme consta en el acta de entrega de fajas ocho, donde el agraviado deja constancia que recibió del instructor policial la suma de doscientos nuevos soles que fueron objeto de sustracción por parte del encausado Daza Bolívar. En este sentido, no habiéndose acreditado lesiones materiales que hayan sido causadas por el procesado a la víctima, ni mucho menos una afectación concreta al derecho del patrimonio de la víctima, la lesión sólo se limita al lado formal de la defraudación de la expectativa normativa, en consecuencia esta circunstancia se corresponde con uno de los criterios para disponer la conversión de la pena a una de servicio comunitario.

3.4) Deber de cooperación por parte del condenado con la búsqueda de la verdad procesal y la configuración del hecho punible.

Con respecto a este criterio resulta ser alternativo, lo cual significa que no debe cumplirse como una exigencia de rigor para disponer la conversión de la pena, en este sentido, el deber de cooperación por parte del procesado ha quedado acreditado, en tanto que a inicio del juicio oral el encausado DAZA BOLIVAR se acogió a la conclusión anticipada de los debates orales conforme es de apreciarse a fajas doscientos sesenta y uno, situación que conforme con los criterios establecidos en el Acuerdo Plenario número cinco-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, así como por lo dispuesto en el artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós, implica la anticipada culminación del proceso penal, a través de un acto unilateral del acusado y su defensa, de reconocer los hechos descritos en la acusación fiscal, y aceptar las consecuencias jurídicas, penales y civiles que corresponden [principio del consenso].

3.5) Finalmente, este Tribunal considera tener en cuenta también que en el momento de sucedidos los hechos el procesado contaba con veintún años de edad e incluso se encontraba en estado de ebriedad según consta del acta de nacimiento obrante a fajas ciento veintinueve donde aparece que nació el veintinueve de noviembre de mil novecientos ochenta y seis, asimismo, se ha considerado su confesión sincera, habiendo admitido su responsabilidad desde el inicio de las investigaciones, que el nivel de afectación del hecho fue en grado de tentativa, en consecuencia, habiendo quedado acreditado la presencia



PODER JUDICIAL
DE LA UNIÓN

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE**

RECURSO DE NULIDAD
N° 1100-2015
CUSCO

de los criterios que fundamentan la determinación judicial de la conversión de la pena a una de servicio comunitario, regulada en el artículo cincuenta y dos del Código Penal, deviene en inatendibles los argumentos del fiscal para aumentar la pena impuesta.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon por mayoría **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de conformidad de fecha diecinueve de marzo de dos mil quince, de fojas doscientos sesenta y ocho, que condenó a Eliseo DAZA BOLIVAR del delito contra el patrimonio -robo agravado en grado de tentativa- en agravio de Juan MENDOZA HUAMANI, y le impusieron cuatro años de pena privativa de libertad efectiva la que en aplicación del artículo cincuenta y dos del Código Penal se convierte en prestación de servicios a la comunidad equivalente a doscientos cinco jornadas, que deberá cumplir en cualquier institución que designe el INPE, conforme a los convenios o coordinaciones con diferentes entidades públicas, bajo expreso apercibimiento de revocarse la conversión dispuesta en caso de incumplimiento o en caso de comisión de otro delito doloso, con lo demás que contiene y los devolvieron.

Ss.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

RT/rble

SE PUBLICO CONFORME A LEY

[Firma]
Dña. PILAR SALAS GARCÉS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

24 ABR 2017



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO DE NULIDAD
N° 1100-2015
CUSCO

EL VOTO DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO HINOSTROZA PARIACHI ES COMO SIGUE:

1. A diferencia del juicio oral contradictorio, donde se actúa y aprecia la prueba para llegar al convencimiento del juez, en la conclusión anticipada el acusado acepta su responsabilidad, estando de conformidad con los términos de la acusación, lo que autoriza su condena con efecto premial, por ello, el Acuerdo Plenario número cinco-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, señala que en la sentencia conformada no se puede apreciar prueba alguna, pues no existe actividad probatoria, ni contradictorio, así como que el propio alancamiento de la parte acusada no autoriza a valorar los actos de investigación.
2. Pese a ello, la Sala Superior ha reducido la pena variando los hechos de la acusación pues a pesar de que la imputación señala el uso de armas, indica que no se probó ello, lo que es impropio en esta institución y corresponde corregirla en vía recursal.
3. Asimismo, de la revisión del auto de apertura de instrucción y acusación se advierte que se le procesó por las agravantes contenidas en los incisos tres y cuatro del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal: a mano armada y pluralidad de imputados, pero la sentencia materia de grado no se pronuncia por esta última.
4. A la fecha de los hechos el delito tenía una penalidad de diez a veinte años de pena privativa de libertad, para imponer una pena por debajo de este mínimo legal deberían presentarse atenuantes privilegiadas, pero esto no se da, pues poseía veintidós años de edad, por lo que no existe responsabilidad restringida.
5. Tampoco existe tentativa, por cuanto después del robo, el agraviado tuvo que regresar al lugar de los hechos con compañeros del trabajo a buscarlos y apresarlos con ayuda de vecinos y transeúntes, por lo que el acusado tuvo la libre disposición del bien, en un momento determinado. Además, esta circunstancia no fue tomada en cuenta en la denuncia fiscal, en el auto que abre instrucción, en la acusación y en la anterior sentencia, solo se planteó en la que es materia de grado.
6. Por último, no existe confesión sincera, pues esta exige que el acusado desde las primeras declaraciones acepte la totalidad de los hechos, pero



PODER JUDICIAL
del Perú

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE**

RECURSO DE NULIDAD
N° 1100-2015
CUSCO

en su versión preliminar e instructiva, de fojas siete y treinta y tres, respectivamente, refiere que solo estuvo presente, pero no realizó ningún acto típico.

7. En el caso concreto, solo podría aplicarse con restricciones, una causa de inculpabilidad: grave alteración de la conciencia incompleta, de conformidad con el artículo veintinueve del Código Penal, pues como señala el atestado policial a fojas tres, estuvo ibando licar y el propio acusado refirió haber estado ebrio, pero no se acredita que no fuera totalmente capaz de no comprender su conducta o actuar en conformidad.
8. No obstante ello, no son circunstancias privilegiadas, debe tenerse en cuenta que su edad está cercana a la que se exige para aplicar responsabilidad restringida, el agraviado pudo recuperar gran parte de lo sustraído y que no posee antecedentes penales ni judiciales; pero también debe valorarse que la acción ilícita vulnera no solo el bien jurídico patrimonio, sino también la integridad física, pues fue lesionado, incluso con un arma blanca, que podría poner en peligro su vida.
9. En ese sentido, la gravedad del delito y las circunstancias en que se dieron permiten una reducción por debajo del mínimo legal, pero no la aplicación de una medida alternativa a la pena privativa de libertad efectiva mediante su conversión a prestación de servicios a la comunidad, pues, no obstante que la pena tiene por función, de acuerdo con el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, la resocialización del sentenciado; sin embargo, también cumple funciones de prevención general que deben ser concordantes con la culpabilidad del agente, correspondiendo una pena efectiva, lo que no implica una reforma en peor, pues el inciso tres del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales determina que si el recurso de nulidad es interpuesto por el Ministerio Público, la Corte Suprema podrá modificar la pena o medida de seguridad impugnada, aumentándola o disminuyéndola, cuando ésta no corresponda a las circunstancias de la comisión del delito.

Por estos fundamentos, Mi VOTO es por declarar **HABER NULIDAD** en la sentencia conformada de fecha diecinueve de marzo de dos mil quince, de fojas doscientos sesenta y ocho, que impuso a Elseo DAZA BOLIVAR la pena de cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, que en aplicación del artículo cincuenta y dos del Código Penal se convierte en prestación de



Poder Judicial
Del Perú

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE**

RECURSO DE NULIDAD
N° 1100-2015
CUSCO

servicios a la comunidad equivalente a doscientos cinco jornadas, que deberá cumplir en cualquier institución que designe el INPE, conforme a los convenios o coordinaciones con diferentes entidades públicas, bajo expreso apercibimiento de revocarse la conversión dispuesta en caso de incumplimiento o en caso de comisión de otro delito doloso, en el proceso que se le condenó como autor del delito contra el Patrimonio- robo agravado en grado de tentativa- en agravio de Juan MENDOZA HUAMANI Y REFORMÁNDOLA, se le imponga a Eliseo DAZA BOLMAR seis años de pena privativa de libertad, que se computará desde su detención, con el descuento de la carcelería correspondiente; en consecuencia: se ORDENE su inmediata ubicación, captura e internamiento en el establecimiento penitenciario correspondiente, para lo cual deben cursarse los oficios correspondientes a la autoridad policial; con lo demás que sobre el particular contiene, y los devolvieron

S.S.

HINOSTROZA PARIACHI

24 ABR 2017

SE PUBLICO CONFORME A LEY

DR. WILSON BALAS CAMPUS
Secretario de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA