

**UNIVERSIDAD NACIONAL
JOSÉ FAUSTINO SÁNCHEZ CARRIÓN**



ESCUELA DE POSGRADO

TESIS

**PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS
SENTENCIAS CONDENATORIAS EN LA CIUDAD
DE CAJATAMBO EN EL AÑO 2018 Y 2019**

PRESENTADO POR:

UNZUETA PICHILINGUE CHRISTO JAVIER

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO
CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**

ASESOR:

DR. SILVIO ANGEL RIVERA JIMENEZ

HUACHO - 2020

**PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS SENTENCIAS
CONDENATORIAS EN LA CIUDAD DE CAJATAMBO EN EL AÑO
2018 Y 2019**

UNZUETA PICHILINGUE CHRISTO JAVIER

TESIS DE MAESTRÍA

ASESOR: DR. SILVIO ANGEL RIVERA JIMENEZ

**UNIVERSIDAD NACIONAL
JOSÉ FAUSTINO SÁNCHEZ CARRIÓN
ESCUELA DE POSGRADO**

**MAESTRO EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO
HUACHO
2020**

The seal of the Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrion, Huacho, is a circular emblem. It features a central figure, likely a saint or historical figure, surrounded by a blue and yellow border. The text "UNIVERSIDAD NACIONAL JOSÉ FAUSTINO SÁNCHEZ CARRIÓN" is written around the top inner edge, and "HUACHO" is at the bottom. Two small dots separate the top and bottom text.

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación se lo dedico a mis padres quienes con trabajo y dedicación me demostraron la importancia de los estudios y quienes nunca me abandonaron en los momentos más difíciles de mi vida.

Christo Javier Unzueta Pichilingue

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mis compañeros de trabajo que siempre me apoyaron en alguna consulta referente a la redacción de la presente tesis; de igual modo, agradezco a la Corte Superior de Justicia de Huaura, quien me dio la posibilidad de laborar en la Ciudad de Cajatambo, que, motiva la presente investigación científica. De manera significativa y grata, agradezco a mis catedráticos de la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión y a la misma universidad, quienes ampliaron mis conocimientos en este campo tan hermoso que es el Derecho Constitucional y me dieron un panorama distinto para poder evaluar la situación jurídica de nuestro país. A mi mentor, gran amigo y colega, Dr. Walter Sánchez Sánchez, quien, me demostró que la persona tiene que ser perseverante para poder conseguir sus objetivos y me impulsó a seguir con mis estudios en momentos de crisis laboral y nunca me dejó solo en esa travesía. A mis amigos y colegas del básquet de la Corte Superior de Justicia de Huaura, quienes nunca me abandonaron cuando me sentía asustado o presionado, siempre dándome su aliento e impulsándome a seguir mis estudios.

Christo Javier Unzueta Pichilingue

ÍNDICE

DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
RESUMEN	vii
ABSTRACT	viii
CAPÍTULO I	1
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.1 Descripción de la realidad problemática	1
1.2 Formulación del problema	4
1.2.1 Problema general	4
1.2.2 Problemas específicos	4
1.3 Objetivos de la investigación	5
1.3.1 Objetivo general	5
1.4 Justificación de la investigación	5
1.5 Delimitaciones del estudio	6
1.6 Viabilidad del estudio	7
CAPÍTULO II	8
MARCO TEÓRICO	8
2.1 Antecedentes de la investigación	8
2.1.1 Investigaciones internacionales	8
2.1.2 Investigaciones nacionales	9
2.2 Bases teóricas	10
2.3 Bases filosóficas	75
2.4 Definición de términos básicos	78
2.5 Hipótesis de investigación	81
2.5.1 Hipótesis general	81
2.5.2 Hipótesis específicas	81
2.6 Operacionalización de las variables	82
CAPÍTULO III	85
METODOLOGÍA	85
3.1 Diseño metodológico	85
3.2 Población y muestra	86
3.2.1 Población	86

3.2.2	Muestra	86
3.3	Técnicas de recolección de datos	86
3.4	Técnicas para el procesamiento de la información	87
CAPÍTULO IV		88
RESULTADOS		88
4.1	Análisis de resultados	88
4.2	Contrastación de hipótesis	92
CAPÍTULO V		94
DISCUSIÓN		94
5.1	Discusión de resultados	94
CAPÍTULO VI		97
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES		97
6.1	Conclusiones	97
6.2	Recomendaciones	97
REFERENCIAS		99
7.1	Fuentes documentales	99
7.2	Fuentes bibliográficas	99
7.3	Fuentes hemerográficas	100
7.4	Fuentes electrónicas	101
ANEXOS		103

RESUMEN

La proporcionalidad en las penas que se impone a las personas condenadas, es un tema que se encuentra actualmente en boga en el sistema jurídico nacional, toda vez que ésta tiene un alto contenido subjetivo, ello quiere decir, al criterio o evaluación del juez que emite la sentencia condenatoria. No obstante, existen fórmulas adecuadas para poder determinar los pesos y la prevalencia de un derecho sobre otro, en aplicación de la ponderación de derechos fundamentales, y justamente ahí viene la problemática de esta determinación jurídica de la ponderación que conlleva al magistrado a cometer desproporciones al momento de imponer la pena por desconocimiento o no saber aplicar dicha operación jurídica. En la actualidad, son pocos los magistrados que aplican de manera correcta este principio en sus casos al emitir sentencia condenatoria.

Ello conlleva a un problema a largo plazo respecto a la incorrecta aplicación o valoración del principio de proporcionalidad, toda vez que resulta de gran importancia para la correcta imposición de la pena al condenado, debe tenerse en consideración que la libertad es un principio-valor jurídico de vital importancia en un Estado Constitucional de Derecho y que su privación es una medida excepcional y radical que tiene mucha incidencia en el delito, su grado y composición del mismo.

Palabras clave: Principio de Proporcionalidad, Ponderación, Derechos Fundamentales, Estado Constitucional de Derecho, Pena Privativa de Libertad

ABSTRACT

Proportionality in the penalties imposed on convicted persons is a topic that is currently in vogue in the national legal system, since it has a high subjective content, that is, at the discretion or evaluation of the judge who issues the conviction. However, there are adequate formulas to determine the weights and the prevalence of one right over another, in application of the weighting of fundamental rights, and right there comes the problem of this legal determination of the weighting that leads the magistrate to commit disproportions when time to impose the penalty for ignorance or not knowing how to apply said legal operation. Currently, few magistrates correctly apply this principle in their cases when issuing a conviction.

This leads to a long-term problem regarding the incorrect application or assessment of the principle of proportionality, since it is of great importance for the correct imposition of the sentence on the convicted person, it must be taken into account that freedom is a legal principle-value of vital importance in a Constitutional State of Law and that their deprivation is an exceptional and radical measure that has a great impact on crime, its degree and composition.

Keywords: Principle of Proportionality, Weighting, Fundamental Rights, Constitutional State of Law, Deprivation of Liberty

INTRODUCCIÓN

La presente investigación surge de una necesidad, la de advertir la nula o errática aplicación de un principio tan esencial en un Estado Constitucional de Derecho, como es la proporcionalidad en las penas. El Principio de Proporcionalidad consiste en la evaluación de la admisión constitucional de alguna limitación a un derecho fundamental, adoptada por una medida legislativa con el fin de proseguir un interés colectivo o para proteger otro derecho fundamental. Dicha medida legislativa viene a ser la ley justamente, las cuales pueden establecer principios generales o constitucionales, o en su defecto reglas; y son estos principios que se encuentran en leyes o en la misma constitución los cuales deben ser ponderados en el caso de colisión de derechos fundamentales. Y es por ello que en un estado don prime la constitucionalidad de los actos, pues es de remarcar que el Derecho a la Libertad Personal constituye una garantía mínima que el Estado garantiza a su población con la finalidad de dar seguridad jurídica a estos, y que por motivos netamente excepcionales y mediante decisión jurídica argumentada puede ser menoscabada.

La decisión jurídica mediante la cual se puede proceder a privar la libertad de una persona es la sentencia condenatoria emitida por el Poder Judicial, quien se encuentra representado en los procesos penales en la figura del Juez. La sentencia condenatoria es el documento mediante el cual el Juez Penal, evaluando las pruebas y actuaciones realizadas durante el proceso penal determina que la persona que ha sido acusada tiene responsabilidad jurídica **comprobada** de haber cometido dicho ilícito penal. Por lo que ésta (sentencia condenatoria) debe tener en su contenido: **1.** Las pruebas valoradas que generan convicción en el juzgador que el acusado ha cometido el delito; **2.** El grado de ejecución del acto delictivo; **3.** La forma de intervención, de manera individualizada de la persona a condenar; **4.** La naturaleza del delito, ello quiere decir si es doloso o culposo; **5.** La pena a imponer. Esta última es

importante para el estudio de la presente investigación, pues es ahí donde se aprecia la aplicación correcta del Principio de Proporcionalidad en el sentido de la privación de la libertad.

Circunscribiéndonos a nuestro estudio en la ciudad de Cajatambo en los años 2018 hasta el mes de marzo del 2019, respectivamente, notamos una problemática latente en las sentencias condenatorias emitidas en dicha jurisdicción, no se aplica el principio de proporcionalidad o no se explica el porqué de la pena impuesta o qué criterio valorativo se aplica para poder arribar a la conclusión que dicha persona deba ser privada de su libertad. Al principio tal vez no se sientan los efectos de este tipo de condenas, pero a largo plazo se van a poder apreciar las consecuencias de los mismos, la población va a perder la confianza y credibilidad de la administración de justicia en dicha localidad, existirá sobre población penitenciaria con casos que muchas veces no era meritorio a una privación de la libertad pues existen medidas alternativas que contempla el mismo Código Penal y que pueden ser aplicados, la revocación de sentencias en segunda instancia, la existencia de precedentes de juzgado que contraviene este tipos de principios, la existencia de penas desproporcionadas y/o carentes de fundamento jurídico filosófico para la aplicación de la pena privativa de la libertad, entre otros que se pueden desprender. Lo que el autor de este trabajo de investigación pretende es dar un margen de conocimiento amplio y desarrollado para que los magistrados puedan evaluar y aplicar de manera correcta este principio que constituye, como ya se ha manifestado líneas arriba, pilar fundamental en un Estado Constitucional de Derecho y así obtener fallos con una debida motivación jurídica-filosófica para imponer, de manera proporcional penas, según corresponda.

La presente investigación tiene un diseño no experimental descriptiva, porque nuestra función consiste en observar un problema, que, en éste caso, el que se ha detectado corresponde a la deficiencia en la argumentación de resoluciones judiciales debido a la mala

o nula aplicación del Principio de Proporcionalidad en las Sentencias Condenatorias; debido a que éste tipo de estudio se orienta al conocimiento de la realidad tal y como se presenta en una situación espacio-temporal dada: teniendo un enfoque cuantitativo, pues, se evalúa mediante instrumento de recopilación de datos 52 sentencia condenatorias impuestas en la Ciudad de Cajatambo en el año 2018 hasta el mes de marzo del 2019.

Estando a lo antes expuesto es que el autor del presente se planteó como objetivo general Evaluar si se viene aplicando el principio de oportunidad en las sentencias condenatorias en la ciudad de Cajatambo en el año 2018, hasta marzo del 2019 y como objetivos específicos:

1. Demostrar la utilidad que tiene el principio de proporcionalidad en la argumentación jurídica de una sentencia.
2. Establecer los principales conceptos básicos necesarios para poder comprender y aplicar el principio de proporcionalidad en la redacción de sentencias condenatorias.
3. Exhortar a la utilización del principio de proporcionalidad, como medio de argumentación jurídica necesario para poder establecer penas proporcionales en caso de sentencias condenatorias.
4. Poner en conocimiento de las consecuencias posteriores que acarrea la aplicación indebida del principio de proporcionalidad al emitir sentencias condenatorias.

Y para ello se ha elaborado un esquema simple para poder abordar el problema antes enunciado y poder lograr los objetivos trazados. El presente trabajo se dividirá en 3 ítems:

Primer Ítem: En este apartado se abordará el tema del Principio de Proporcionalidad, desarrollándose, su concepto, antecedentes, función en Estado Constitucional de Derecho, importancia en el Estado Constitucional de Derecho, sub principios componentes y su estudio y la ponderación. **Segundo Ítem:** En este segundo capítulo se tocará el tema de la Sentencia Condenatoria, haciéndose énfasis en su definición, importancia, contenido argumentativo (fáctico, jurídico y filosófico) de la sentencia condenatoria, componentes,

argumentación de la sentencia, el estudio de la pena, la pena privativa de libertad y la ejecución de la condena.



CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción de la realidad problemática

En Cajatambo, en el año 2018 y hasta el mes de marzo del 2019, se ha visto un aumento del índice de expedientes de casos en los cuales los justiciables han dejado de lado la justicia por propia mano para poder recurrir al Órgano Jurisdiccional a solucionar su controversia, dejando de lado la autotutela para dar paso a la heterocomposición de la solución de dichas incertidumbres jurídicas, especialmente en lo que respecta a la comisión de ilícitos penales. Tal es así que, en informes estadísticos proporcionados por el Área de Estadística de la Corte Superior de Justicia de Huaura, el incremento de la carga procesal del Juzgado Mixto y Penal Unipersonal de Cajatambo ha aumentado en un 300% a lo que era en el año 2017; de igual modo se aprecia, en porcentajes, un incremento de procesos penales de un 35% de la fracción comprendida hasta el mes de marzo del 2019 a lo que fue la fracción del mes de marzo del 2018 que apenas superó en 10% de la carga del 2017 hasta el mes de marzo. De tal manera ha aumentado la carga procesal, también se viene aumentando la emisión de sentencias condenatorias en su mayoría y en una minoría las sentencias absolutorias, pero, lo cual interesa para nuestro presente estudio.

Las sentencias condenatorias, son pan de cada día en dicha provincia, tal es así que el índice de éstas son de 79% mientras que las sentencias absolutorias son 21 % que representa la minoría de la producción estadística mensual de dicho juzgado, recalcando que ello corresponde al año 2018, no obstante, en el año 2019 se han emitido hasta el mes de marzo

25 sentencias, de las cuales solo una fue absolutoria y las demás todas condenatorias; respecto a las sentencias condenatorias se debe precisar que si bien el magistrado al motivar su sentencia hace un desarrollo y una fundamentación fáctica y de los elementos de convicción que le ha conllevado a tomar la decisión final en ese sentido, éste obvia un paso muy importante para la determinación de la pena a imponer utilizando criterios ponderativos o atenuación de la responsabilidad penal de sentenciado; resulta necesario en un Estado Constitucional de Derecho, realizar una proporcionalidad en las penas como uno de los elementos y garantías mínimas que el acusado, ya sentenciado, tiene a efectos de generar seguridad jurídica al recurrir al Proceso Penal.

El principio de proporcionalidad consiste, no en una erosión de derechos fundamentales, sino en ser un criterio ponderativo con la finalidad de lograr una gradualidad necesaria, en caso exista una colisión de derechos fundamentales, en un determinado contexto histórico y coyuntural, todo ello con la finalidad de llegar a soluciones plausibles de determinado problema, sin llegar a afectar negativamente derechos fundamentales en colisión. Pino (2016) refiere que el principio de proporcionalidad consiste en la evaluación de la admisión constitucional de alguna limitación a un derecho fundamental, adoptada por una medida legislativa con el fin de perseguir un interés colectivo o para proteger otro derecho fundamental. Dicha medida legislativa viene a ser la ley justamente, las cuales pueden establecer principios generales o constitucionales, o en su defecto reglas; y son estos principios que se encuentran en leyes o en la misma constitución los cuales deben ser ponderados en el caso explicado líneas arriba (colisión de derechos fundamentales), que en el presente caso no se muestra en notoriedad en su criterio de juicio.

Este problema en la aplicación del principio de proporcionalidad en sentencias condenatorias en la Provincia de Cajatambo, genera la imposición de penas desproporcionales contra el sujeto activo del delito, arbitrarias e inconstitucionales en contra de éste, desnaturalizando

en este sentido la esencia de la pena privativa de libertad como pena más grave a aplicar en caso de culpabilidad, convirtiendo de esta manera, la excepción en un cotidiano; bien es sabido que el verdadero objetivo de la imposición de las penas privativas de libertad es su carácter preventivo y ejemplarizador; por ello se ha detectado al momento de hacer un estudio de los expedientes en los cuales se ha emitido sentencias condenatorias que no existe un criterio uniforme para determinación de las penas, sustento ello en el hecho que se advierte que no puede tener la misma pena un reincidente que una persona que ha cometido por primera vez un delito, así como no puede tener la misma pena el arrepentido que el que no reconoce su culpa, lo cual sucede en muchas de las sentencias emitidas y estudiadas en éste juzgado. Otras de las desavenencias que se ha encontrado en las sentencias para poder sustentar sobre la uniformidad de criterio y una línea jurisprudencial es que se aplican penas privativas de libertad suspendida para delitos mayores, como por ejemplo el delito de violación, mientras que se aplica penas efectivas para delitos de menor envergadura, por ejemplo, la violación de domicilio.

Se detectó que en las sentencias condenatorias que ha emitido hasta el momento dicho juez se encuentra prácticamente copiado en íntegro el requerimiento que hace el representante del Ministerio Público respecto a la imposición de la pena y la reparación civil, no existiendo ningún criterio de logicidad en la cual se cimiente la argumentación jurídica respecto a la imposición de la pena. De acuerdo a los casos en los cuales se ha emitido sentencias condenatorias, separadas de las que han sido sometidas a conclusión anticipada de juicio en su totalidad no se ha aplicado el test de proporcionalidad para poder aplicar una sanción al hecho punible con respeto a los derechos fundamentales del sentenciado.

En caso que el problema de aplicación del principio de proporcionalidad en sentencias condenatorias se siguiera dando de dicha manera el principal problema a corto plazo va a ser

la sobrepoblación penitenciaria en el país que hoy en día resulta palpable ya; pues los penales en el Perú.

Como siguiente pronóstico se debe tener en consideración que la población de la Ciudad de Cajatambo va a perder la confianza en el aparato de justicia de su localidad y puede que exista una afluencia negativa a querer tomar justicia por propia mano.

La existencia de precedentes de juzgado que vulneren o atenten contra los derechos fundamentales de la persona, toda vez que el Principio de Proporcionalidad se encuentra inmerso en el cotidiano de un Estado Constitucional de Derecho.

La existencia de penas totalmente desproporcionadas y arbitrarias que se les impone a los condenados en esta ciudad.

Para reducir el problema resulta necesario tomar acciones de mitigación del problema y en primer lugar la acción a tomar debe ser la exigencia de una reforma legislativa y establecer como criterio o contenido de la sentencia un ítem que se contemple la aplicación del Principio de Proporcionalidad como criterio de validez del fallo judicial, en caso de que el magistrado desconoce de la aplicación del test de proporcionalidad, iniciar capacitaciones a los magistrados para ilustrar la aplicación de éste test, implementar en la Academia Nacional de la Magistratura cursos relacionados con el tema.

1.2 Formulación del problema

1.2.1 Problema general

¿En qué medida se viene aplicando el Principio de Proporcionalidad en las sentencias penales condenatorias en la ciudad de Cajatambo en el año 2018 hasta el mes de marzo del 2019?

1.2.2 Problemas específicos

Existencia de sentencias condenatorias revocadas debido a la mala argumentación jurídica de los magistrados que aplican deficientemente el Principio de Proporcionalidad.

Existencia de penas desproporcionadas debido a la deficiente aplicación del Principio de Proporcionalidad para la justificación interna de una sentencia condenatoria.

Abuso de la aplicación de la pena privativa de libertad, ante la existencia de otras penas o caminos más adecuados aplicables a un caso.

1.3 Objetivos de la investigación

1.3.1 Objetivo general

Evaluar si se aplicó el principio de oportunidad en las sentencias condenatorias en la provincia de Cajatambo en el año 2018, hasta marzo del 2019.

1.3.2. Objetivos Específicos

Demostrar la utilidad que tiene el Principio de Proporcionalidad en la argumentación jurídica de una sentencia.

Establecer los principales conceptos básicos necesarios para poder comprender y aplicar el Principio de Proporcionalidad en la redacción de sentencias condenatorias.

Exhortar a la utilización del Principio de Proporcionalidad, como medio de argumentación jurídica necesario para poder establecer penas proporcionales, en caso de sentencias condenatorias.

Poner en conocimiento de las consecuencias posteriores que acarrea la aplicación indebida del Principio de Proporcionalidad al emitir sentencias condenatorias.

1.4 Justificación de la investigación

La presente investigación que se presenta tiene un impacto en la población jurídica y civil de nuestro país, pues muestra de una manera sencilla y concreta un tema de realidad nacional

actual y que se encuentra en boga por ser tan preciada su aplicación en Sistema Jurídico Nacional, como es el Principio de Proporcionalidad, ya que esta es una técnica argumentativa imperante en un Estado Constitucional de Derecho para la justificación interna del contenido de una sentencia, que en este caso serán condenatorias. El aporte que quiero llegar con ésta investigación es que exista una conciencia colectiva y que sirva para que todos los magistrados del Poder Judicial apliquen éste principio que constituye un pilar fundamental en la argumentación jurídica en materia penal; consiguiendo así que se emitan fallos que contengan penas proporcionales y adecuadas para un mejor control social, que es el fin del Derecho Penal.

1.5 Delimitaciones del estudio

Para mayor comprensión del estudio, el investigador, ha procedido a disgregar en cuatro ítems:

- a. Delimitación Espacial: La presente investigación se desarrolla en un marco de estudio dentro de la Ciudad de Cajatambo.
- b. Delimitación Temporal: La presente investigación solo se enfoca en el estudio de la realidad problemática dentro del periodo de tiempo comprendido entre el año 2018 hasta el mes de marzo del 2019.
- c. Delimitación de Universo: La presente investigación solo se limita al estudio de sentencias condenatorias emitidas por el Juzgado Penal Unipersonal de Cajatambo en el año 2018 hasta el mes de marzo del 2019, siendo un total de 58 sentencias penales que se ha cogido como universo.
- d. Delimitación del Contenido: La presente investigación solo se centra en el estudio de las dos variables que componen la presente investigación que consiste en el Principio de Proporcionalidad y las Sentencias condenatorias, la interacción entre ambas; culminando con un estudio de las sentencias condenatorias que ha emitido el

Juzgado Penal Unipersonal de Cajatambo en el año 2018 hasta el mes de marzo del 2019.

1.6 Viabilidad del estudio

Para demostrar la viabilidad del estudio, se procederá a dividir de igual forma en los siguientes ítems:

- a. Recursos teóricos: La presente investigación, resulta viable para el investigador porque cuenta con alta gama de material teórico que se encuentra publicado en el ciberespacio, así como libros de doctrina para poder tener un mejor alcance de los temas delimitados.
- b. Recursos humanos: El investigador, para desarrollar la presente investigación, cuenta con el apoyo de dos personas con la finalidad que se le apoye al momento de realizar el llenado de las fichas de evaluación de sentencia que son el instrumento utilizado para poder recopilar la información necesaria para el estudio.
- c. Recursos éticos: El investigador, al momento de realizar la tesis, posee los Recursos Éticos necesarios para la veracidad de los resultados obtenidos, sin alterar ninguno y de manera proba en todo el transcurso de la investigación. Así como también valores como la puntualidad en el cumplimiento del cronograma de actividades planteados, el respeto por las personas que colaboran con él para el desarrollo de la presente investigación, la sinceridad al momento de plantear las observaciones en las fichas de evaluación de sentencias y otros presentes en el desarrollo de la investigación.
- d. Recursos financieros: La presente investigación se financia directamente de los bolsillos del investigador, no existiendo presupuesto de otras personas o instituciones.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de la investigación

Durante años se ha venido investigando el Principio de Proporcionalidad y su implicancia en la motivación de sentencias condenatorias de las cuales tenemos las siguiente:

2.1.1 Investigaciones internacionales

(Martinez Estay & Zuñiga Urbina, 2012) indica que el principio de proporcionalidad desde la perspectiva del Tribunal Federal Alemán pasó de ser un mero declarativo para convertirse en un elemento de protección de los derechos fundamentales, en merito a que prohíbe que las acciones de los poderes públicos sean excesivas y se establece la obligación de que estén contenidas dentro de sus propios límites.

(Carbonell, 2008) indica que El principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. La cuestión que interesa entonces es de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos. El discurso sobre el principio de proporcionalidad no empata ni de lejos con el discurso conservador que quiere ver siempre limitados a los derechos fundamentales; por el contrario, se trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelarlos de mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible.

(Vargas, 2011) El principio de proporcionalidad exige que, en las intervenciones del Estado en la esfera privada defendida por los derechos fundamentales, los medios soberanos utilizados se mantengan en proporción adecuada a los fines perseguidos.

(Tamayo Zuluaga, 2013) indica que los principios de ponderación y necesidad (sub principios dentro de la proporcionalidad) son de aplicación imprescindible tanto por parte del Juez y de la Fiscalía General de la Nación, durante el desarrollo del Proceso Penal. Entonces, la ponderación como herramienta de análisis en la restricción de Derechos Fundamentales, está instituida como un mandato legal expresamente regulador de la conducta de los servidores públicos y su aplicación en la legislación Penal tiene sustento debidamente consagrado en la misma norma jurídica, por la propia del legislador.

2.1.2 Investigaciones nacionales

(Soliz, 2012) quien señala a grandes rasgos las deficiencias en las cuales caen las decisiones de los Juzgados Penales Colegiados de Huaura al momento de emitir sentencias condenatorias en los distintos procesos que tienen a su cargo, debido a que no señala las razones ni fundamentaciones mínimas por las cuales se sustentaría su decisión final; debemos tener en cuenta que como hemos señalado anteriormente, el principio de proporcionalidad constituye una herramienta eficaz para poner limitaciones en el IUS PONENTI de un estado toda vez que evita que se cometan arbitrariedades al momento de emitir una decisión final, y una herramienta importante para la justificación jurídica de la argumentación de la sentencia emitida con la finalidad de garantizar su validez objetiva, sin embargo nos damos cuenta que el problema de aplicación del principio de proporcionalidad para fundamentar la decisión final no es solo un problema de la Provincia de Cajatambo sino que se extiende a lo largo de nuestro territorio y más aún fuera de nuestras fronteras como hemos apreciado anteriormente.

(Suarez, 2013) quien indica que: "El Principio de Proporcionalidad es conocido como "proporcionalidad de injerencia", "prohibición de exceso", "principio de razonabilidad", entre otras calificaciones, en realidad viene a ser un principio de naturaleza constitucional que permite medir, controlar y determinar que aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean compatibles con las normas constitucionales.

(Castillo-Cordova, 2004) quien dice: "Cuando se habla de proporcionalidad, se habla fundamentalmente de justificar la afectación de un derecho constitucional. Se trata de determinar si existe una relación de equilibrio o de adecuada correspondencia entre la restricción que llega a sufrir un derecho constitucional, y la conservación de un bien o interés público que aparece precisamente como causa de la restricción".

(Alegria Patow, Conco Mendez, Córdova , & Herrera López, 2011) quien indica que el principio de proporcionalidad consiste un análisis acerca de la legitimidad del fin legislativo ha sido designado en algunas sentencias del Tribunal Constitucional como "juicio de razonabilidad" de la intervención legislativa en los derechos fundamentales. El objeto de este juicio de razonabilidad consiste en constatar, que la norma legal sub examine no constituye una decisión arbitraria, porque está fundamentada en alguna razón legítima.

2.2 Bases teóricas

2.2.1. El Principio de Proporcionalidad

2.2.1.1. Evolución Histórica

Debemos iniciar el presente apartado indicando que el modelo constitucional peruano proviene del modelo europeo, principalmente el proveniente de Alemania que también tiene

rasgos notorios de intervención española. El Principio de Proporcionalidad tiene una data histórica de surgimiento en Europa como respuesta inmediata a los execrables hechos de la Segunda Guerra Mundial, posterior a la caída de Adolf Hitler en 1945. En un principio, como bien es sabido, a la culminación de la Revolución Francesa surge el Estado de Derecho, como una nueva figura gubernamental que pone fin al Antiguo Régimen Monárquico, pero, ello no fue el fin de las atrocidades que pueda cometer un líder de determinado país, pues como la misma historia lo informa, posterior a ello se inicia el Gobierno del Terror de Robespierre y las guerras mundiales que le siguieron. Es entonces ahí que muchos pensadores vieron la necesidad de crear un nuevo modelo de Estado, donde la Constitución esté por encima de todo y sea considerada como norma fundamental ante todo; con el Estado de Derecho se había conseguido la consideración de una Constitución como norma generatriz de la división de poderes estatales, pero más allá de ello era considerada una carta política sin mayor sentido más el que ordenar y estructurar el Estado; con el nuevo movimiento, cuyo impulsor principal fue Hans Kelsen y su teoría de la supremacía constitucional basada en su famosa pirámide de Kelsen se da inicio en Europa en la necesidad de poner por encima de todo el Sistema Jurídico reconociéndole al pueblo ciertas garantías (derechos) ante la sociedad con la finalidad de provocar la seguridad jurídica ante el actuar del Estado o sus semejantes, el denominado Estado Constitucional de Derecho. El Estado Constitucional de Derecho, reconoce esos derechos en la Carta Magna bajo la figura de los denominados Derechos Fundamentales, los cuales son el meollo del asunto para que surja el Principio de Proporcionalidad que se estudiará en capítulos precedentes. Es pues, en este contexto ya advertido, que el Tribunal Constitucional Federal de Alemania el que mayor impulso le ha dado a este principio constitucional. Resulta necesario mencionar la famosa Sentencia de “Las Farmacias” que fue la pionera en la implementación y aplicación del test de proporcionalidad en las decisiones judiciales.

Los Tribunales Europeos de Justicia, son los que nos llevan la delantera en la utilización del test de Proporcionalidad para la administración de justicia, es tanto así que el Tribunal de Justicia de Comunidades Europeas, emite una sentencia primordial para la consolidación del test de proporcionalidad en el sistema jurídico europeo, es la sentencia *Inernationale Handelgesellschaft*, de 1970 (Asunto 11/70). Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha realizado un aporte importante a partir de la sentencia *Handyside* en 1976 (Sentencia del 7 de diciembre de 1976, *Handyside v. the UK.*), en específico al cumplimiento de condiciones exigidas para la limitación de derechos.

Sin ir tan lejos para la consolidación del principio de proporcionalidad dentro del sistema jurídico, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido aplicando el test de proporcionalidad en muchas sentencias emitidas desde el 2000 a la actualidad, siendo una de las más resaltantes la emitida en el caso *Kimel vs. Argentina*, Al momento de resolver el centro del debate, esto es la legitimidad de la medida (proporcionalidad de la respuesta penal), la Corte realizó explícitamente un juicio de ponderación y estableció los elementos que deben concurrir para realizar dicho proceso.

En nuestro sistema jurídico peruano, el Tribunal Constitucional Peruano ha venido recientemente realizando sentencias con aplicación del test de proporcionalidad, no obstante, aún no hace una precisión exacta y clarificada del panorama para la aplicación de este principio de manera tal que ilustre de manera cierta e instruya para la correcta aplicación de éste en el cotidiano jurídico nacional.

La Corte Suprema de la República, en un enfoque distinto, pero no menos importante ha resaltado la importancia de la Proporcionalidad Penal en sus Casaciones y Acuerdos Plenarios, resultando importante remarcar la Casación N° 335-2015-SANTA y el Acuerdo Plenario N° 1-2016/CIJ-116, los cuales han reconocido la importancia, en un Estado Constitucional de Derecho, la aplicación del Principio de Proporcionalidad en el cotidiano

jurídico y de vital y necesaria aplicación en los casos en que se presente colisión de derechos fundamentales.

Cabe precisar y aclarar que este principio siempre se presenta en casos en los cuales existen colisiones de derecho fundamentales, las colisiones de derechos fundamentales en la cual determinado principio prevalece a otro debido a las posibilidades reales y jurídicas que afectan dicha colisión y hace que un principio tenga mayor peso que otro; por tanto, si las condiciones reales y jurídicas varíen, puede que se resuelva dicho conflicto de manera distinta a la primigenia, pues el otro principio, puede que tenga mayor peso que el que prevaleció en primera instancia (Alexy, 1993). Es pues así que se detecta que en el cotidiano jurídico nacional existe una afuente presencia de este tipo de casos de colisiones de derechos fundamentales y más aún en el caso de los Proceso Penales, qué, de igual modo que el modelo constitucional peruano, han cogido gran parte de su contenido del Modelo Penal Alemán con la incorporación del Nuevo Código Procesal Penal Peruano en el 2004.

2.2.1.2. Los Principios

2.2.1.2.1. Definición

Como primer aspecto para poder entender el Principio de Proporcionalidad y su Test para la ponderación de derechos fundamentales, debemos entender a estos últimos como principios con la finalidad de proceder a su gradualidad, puesto que si se interpreta como regla no apearía la ponderación en dicha situación.

Los principios vienen a ser normas no rígidias, flexibles en extensión y aplicación toda vez que estas dependen mucho de las realidades fácticas y jurídicas para determinar su grado de intervención y/o aplicación en determinado momento; debiendo tenerse en cuenta que éstas deben aplicarse procurando la mayor medida posible del principio atendiendo, como ya se ha advertido, las posibilidades fácticas y jurídicas (Alexy, 1993). Por lo que estos se han

considerado como mandatos de optimización, pues, al ser flexibles permiten la gradualidad en su contenido, dependiendo dicha gradualidad a las circunstancias reales y jurídicas.

Los Principios es pues, la expresión misma de un derecho fundamental reconocido en la Constitución Política del Estado con la finalidad de brindar las garantías mínimas a su población y el reconocimiento de derechos inherentes e inalienables a la persona humana.

Es por ello que anteriormente se indicó que los derechos fundamentales se deben tratar como principios en los Estados Constitucionales de Derecho, toda vez que permite dar una solución óptima a la colisión de derechos fundamentales, procurando que ambos colisionantes sean garantizados, en menor o mayor peso, en un determinado momento.

Es pues, la característica de gradualidad del principio que lo diferencia del otro tipo de norma, el cual es la regla. La regla es un mandato rígido, que no admite cumplimientos parciales, es susceptible de ser cumplida o incumplida, cuyo incumplimiento conlleva consecuencias jurídicas, caso concreto, las normas penales; mientras que los principios que su grado de satisfacción, total o parcial, dependen del contexto jurídico e histórico en el cual se desenvuelve dicho principio.

Pero, hay que tener una cuestión claramente establecida, en su contenido, los principios no indican al aplicador jurídico (jueces) la manera en la que este debe resolver en pro de la mejor manera de resolver el conflicto de estos, sino que dan una pauta a éste con la finalidad que tome las acciones necesarias para llegar a un fin, el cual es el garantizar la prevalencia de los principios. Cabe resaltar que los principios por si solos carecen de un concepto en concreto, sino que se complementan de otros elementos para poder tener una conceptualización exacta de lo que pretende reconocer o proteger este, pues en su percepción óptica, los principios no pretenden una solución a un conflicto entre norma o derechos, más bien lo que hace es aperturar una gama de opciones de solución al problema, y que deben ser evaluados por el aplicador del derecho para su toma de decisión (Odart, 2018).

Por el hecho de ser graduables no le quite en lo más mínimo el carácter de norma que este ostenta, por lo que su carácter general y universal no se encuentra perdido, toda persona tiene el deber de observancia cuando se encuentra frente a un principio; éstas, como toda norma, tienden a regular la actividad humana.

2.2.1.2.2. Colisión de Principios

En el cotidiano jurídico siempre he de apreciarse este tipo de fenómenos, pues justamente, siempre que existen heterocomposiciones para resolver una incertidumbre jurídica existen derechos contrapuestos por operar dos partes contrarias que pretenden un mismo derecho que se encuentra contemplado en una determinada ley. Ambos derechos no pueden ser satisfechos de la misma manera y forma; no obstante, se trata de obtener la solución más óptima ante dicha situación, satisfaciendo en mayor medida al derecho que tenga mayor peso. A la situación anteriormente descrita se le denomina “colisión de principios”, esta colisión de principios se resuelve a través del método ponderativo. Es de reafirmar que los principios son mandatos que permiten gradualidad en su aplicación, ello quiere decir con la finalidad de poder obtener una solución acorde a las necesidades se permite aplicar parcialmente sus efectos jurídicos.

Cuando se presenta este tipo de caso uno de los principios colisionantes tiene que prevalecer sobre otro principio en relación al peso que este presenta en el caso concreto. Ello en ningún sentido involucra que el principio que no prevaleció quede fuera o descartado del sistema jurídico nacional; sino que, para el caso concreto, como se ha manifestado anteriormente se aplicará procurando su máxima extensión sobre el otro derecho.

No obstante, no en todos los casos de colisiones de Derechos Fundamentales se debe preferir la prevalencia de un derecho sobre el otro derecho, sino que ambos derechos se deben aplicar al caso en diferentes medidas. Es inevitable que un derecho tenga mayor peso que otro, pero ello no involucra que se suprima un derecho, en el caso concreto, y se utilice el de mayor

peso para resolver el asunto, se debe buscar en este tipo de casos una relación de precedencia condicionada (Alexy, 1993). La precedencia condicionada no es más que la coexistencia de principios en un determinado caso en medidas distintas pero que se satisfacen para poder resolver la incertidumbre jurídica donde se presenten colisión de derechos fundamentales debiéndose indicar las condiciones por las cuales un principio precede al otro; pues, en determinado momento ello no puede darse y las condiciones varían para que el otro principio de menor intensidad prevalezca sobre el otro. Reafirmando que las medidas en que se aplique los principios deben ser tales que ninguno afecte al otro coexistiendo ambos en armonía.

Suena como una quimera lo antes enunciado por justamente el alto contenido subjetivo y poco ortodoxo para poder hacer coexistir dichos derechos, además que los móviles egoístas del ser humano al recurrir a los tribunales hacen difícil esta labor. A opinión del investigador se debe resaltar que vivir sesgados y limitados a realizar lo que nos dice la norma nos hace robots jurídicos que ni siquiera extrapolamos o interpretamos la norma. El derecho, en sí mismo, como toda ciencia, tiene grandes dosis de subjetividad y es más los que estudiamos la rama del Derecho Constitucional estamos acostumbrados a la interpretación en cualquiera de sus tipos; no podemos pedir que no exista cuestiones subjetivas en el derecho cuando existe razonamiento humano, es cierto que existen métodos más científicos que se encuentran establecidos por la doctrina, pero, ¿La doctrina no es razonamiento e interpretación de un autor? O tal vez exista existan procedimientos que fija una jurisprudencia o una norma ¿Acaso la norma o la jurisprudencia no es dado por la interpretación de la realidad nacional y jurídica de un estado hecha por una persona? Es pues ahí en esas interrogantes que surgen críticas al modelo ponderativo, que será detallado de manera más extensa cuando se aborde el tema de las bases filosófica en la cual se hablará de derechos fundamentales.

2.2.1.3. Definición del Principio de Proporcionalidad en la Legislación Penal Peruana.

Convenía, para los fines de la investigación, hacer el pequeño preámbulo que se hizo respecto a los principios para poder entender de manera ordenada el desarrollo total de la investigación, toda vez que ellos son la base fundamental de toda la investigación jurídica que se está planteando, ya que la base para la aplicación del test es la ponderación.

Según León (2018) indica “Los ordenamientos jurídicos no están agregados únicamente por reglas, sino también por principios. La afirmación de la existencia de principios en un ordenamiento jurídico involucra, a su vez, el reconocimiento de una nueva forma de aplicar el Derecho: la *ponderación*.” Efectivamente, la ponderación surge como una exigencia a las nuevas tendencias de aplicación del derecho y argumentarlo, pues, la ponderación corresponde consustancialmente a la aplicación de manera adecuada y no arbitraria de los derechos fundamentales.

Es bien sabido de la existencia del término donde comienza el derecho de uno termina el derecho de otros. El Estado Constitucional de derecho exige nuevas medidas a la altura para que se dé soluciones a las incertidumbres jurídicas que pudieran suscitarse en el cotidiano en la cual involucre derechos fundamentales contrapuestos. El Principio de Proporcionalidad, no da al operador jurídico la solución exacta, pero si le da a este una gama de posibilidades de solución para que éste pueda elegir una de ellas, teniendo en consideración que debe ser la más adecuada con la finalidad de preservar la protección de la precedencia condicional surgida entre los derechos colisionantes.

En igual sentido ocurre en el Derecho Penal, la ley penal peruana, otorga al operador una gama de soluciones respecto a una pena a imponer, para citar tenemos la pena suspendida, las reservas de fallo condenatorio y las conversiones de pena con la finalidad de que se evite la privación de la libertad de la persona condenada por cualquier tipo de delito.

Pero ¿en qué momento se puede apreciar con claridad el Principio de Proporcionalidad en el Derecho Penal? Justamente en la imposición de la condena, no por el simple hecho de

reservar un fallo, suspender una condena o convertir la misma, sino también en el hecho de la cuantía de la pena a ejemplo mismo una persona que comete un delito de Omisión a la Asistencia Familiar que tiene dieciocho años de edad y que por primera oportunidad afronta problemas legales y el Ministerio Público solicita la imposición de un año de pena privativa de libertad, acogiéndose éste al beneficio de conclusión anticipada del proceso abonando en ese acto la mitad del pago de la deuda, correspondiéndole el descuento del sétimo de la pena solicitada y adicionalmente por el artículo 22 del Código Penal corresponde un descuento por responsabilidad penal restringida por encontrarse dentro de los parámetros de edad establecido en ella que es entre los dieciocho y veintiún años de edad, adicionalmente a ello, el descuento por atenuación de la responsabilidad por ser primera vez que comete delitos, siendo que ésta es considerada en el artículo 21 del Código Penal. Entonces, resulta inevitable que exista una condena, toda vez que el acusado ha reconocido su responsabilidad Penal, la norma penal indica en su artículo 149° primer párrafo “el que omite con su obligación de prestar alimentos que ha sido establecido por resolución judicial con pena privativa de libertad no mayor de tres años”, el Representante del Ministerio Público solicita un año de pena privativa de libertad, acogiéndose a la conclusión anticipada del proceso le corresponde un descuento de dos meses y más la aplicación de los artículos 21 y 22 del Código Penal se tendría que imponer para ese caso una pena de unos 5 meses; he aquí la encrucijada efectiva, suspendida o reserva de fallo. Identifiquemos los derechos en colisión y la norma que establece sanción; en primer término, tenemos a) Principio de Interés Superior del Niño por otro lado b) Derecho de libertad del Sentenciado y c) La ejecución de la norma penal y privar de la libertad de la persona. Los derechos que colisionan en el presente caso el que presenta mayor peso es el de libertad del acusado, puesto que el derecho del niño respecto a su pensión alimenticia ha sido satisfecho en gran parte y cabe la pregunta si lo privo de libertad ¿de dónde el sentenciado tendrá los recursos para poder solventar la

pensión del menor alimentista y así no generar más deudas que perjudiquen a éste? Es pues ahí que teniendo ello concreto, surge otra interrogante ¿es preferible privar de la libertad de alguien a sabiendas que puedo causar el perjuicio de un menor y a la vez un perjuicio al padre puesto que generó que se retrase de las pensiones, que, posteriormente acarrearían otro proceso o es preferible darle las armas necesarias para que pueda este mantener a su hijo trabajando? Pues la respuesta es obvia considero yo vas a preferir a los dos derechos sobre la norma, pero ello no implica que no se aplique, será aplicada en la medida que su objeto aleccionador y protector del bien jurídico protegido se encuentre respaldado, supongamos que se le da una pena suspendida, se le está indicando al joven las consecuencias jurídicas que involucra el incumplimiento de una norma penal y le genera los antecedentes penales. Respecto al bien jurídico, se encuentra garantizado, toda vez que para que se conserve la suspensión de la pena, el sentenciado, debe realizar el pago de la resultante mediante un cronograma de pago establecido, caso contrario, se puede ir a prisión y es así como se constitucionaliza el Derecho Penal Peruano gracias a la aplicación del Principio de Proporcionalidad en su desarrollo.

Nuestro ordenamiento penal tiene positivizado en su contenido el tema de la proporcionalidad en las penas, que es el centro de la investigación, es de indicar que nuestro Código Penal lo ha establecido como garantías que le asiste a aquella persona que comete un delito específicamente en artículo VIII del Título Preliminar que indica: “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...)”. Efectivamente, la pena depende mucho de la condición que ostente el acusado, si es autor directo, mediato, inmediato, instigador, entre otros; y del grado de consumación del delito si es tentativa o consumación total, pues, no sería racional que el cómplice primario tenga la misma pena que el cómplice secundario o que un habitual tenga la misma pena que una persona que ha cometido ilícito por primera vez; esas son las comparaciones que existen en el tema de la Proporcionalidad Penal y que

la diferencia de Proporcionalidad Constitucional, dado que en la Constitucional solo se circunscribe al estudio de los derechos colisionantes en un determinado momento, más no analiza casos similares o semejantes para llegar a un mejor entendimiento; en lo Penal si es viable para referenciar el margen de pena y tenga un criterio univoco de logicidad en la imposición de una condena.

Es de recordar que el Principio de Proporcionalidad se encuentra presente, sin distinción alguna, en casos en que exista intervención estatal en los derechos fundamentales. Como bien es de tener precisado que la protección que brinda el Derecho Penal es a los bienes jurídicos. Los bienes jurídicos no son ni más ni menos que los derechos fundamentales que el legislador ha decidido amparar con leyes represivas (ley penal), por ende, que la proporcionalidad se encuentra siempre presente en la rama del Derecho Penal con la finalidad de prevenir el exceso de poder y las arbitrariedades que pueda cometer el Estado por intervenir en la relación.

En conclusión, cuando nos topamos con el Principio de Proporcionalidad Penal estamos frete a un estado de mediación punitiva, debido a que por un lado tenemos al Estado que realiza la legislación penal, con la finalidad de beneficiar a la sociedad prohibiendo algunas conductas en pro del desarrollo social y las consecuencias jurídicas de su incumplimiento y por otro lado tenemos al procesado el cual éste principio se vuelve una garantía, mediante la cual no se permite la imposición de condena que exceda el daño causado, en pocas palabras, la disminución de la violencia en el ejercicio del Derecho Penal.

2.2.1.4. Los Sub Principios componentes del Principio de Proporcionalidad

2.2.1.4.1. Sub Principio de Idoneidad

2.2.1.4.1.1. Concepto

Más conocido como el Juicio de Idoneidad o adecuación técnica. Bernal(2007) indica: “toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención

de un fin constitucionalmente legítimo” (p. 693). Pero ¿Cuándo se sabe que dicha intervención es adecuada para la obtención del fin legítimamente perseguido? Ello se produce cuando a partir de la relación entre el medio escogido y el fin perseguido surja una relación empírica; y ¿por qué se dice empírica? Por el hecho de simplemente no ser absoluta, como se indicó anteriormente las condiciones reales pueden variar y pues la solución arribada en un primer instante puede variar y ser obsoleta. Después de un análisis de la situación específica, el operador jurídico genera una gama de posibles soluciones, pero, este con el uso de la experiencia y los conocimientos generales, deberá determinar la solución que tenga la capacidad de alcanzar el fin propuesto por la norma legislativa, siempre teniendo en consideración de la constitucionalidad de la sanción que será impuesta respetando los parámetros que la misma Constitución y la Ley impone como criterio para la imposición de una condena.

Hablar de idoneidad, es hablar de medios y fines perseguidos, los medios vienen a ser, sin más, aquellos métodos estatales por los cuales el Estado hacen cumplir sus mandatos, como por ejemplo, penas limitativas de derechos o la pena privativa de libertad y los fines es aquel móvil altruista que tiene el Estado, en su condición de tal, de proteger determinados derechos fundamentales, mediante la figura jurídica de bienes jurídicos protegidos, a quienes lo revisten de cualidades que permiten imponer una sanción en caso se menoscabe estos. Bernal (2007) indica: “ un fin debe ser considerado legítimo cuando no está prohibido explícita o implícitamente por la Constitución” (p. 696). Se debe tener en consideración que los fines deben ser totalmente concretos y determinados con la finalidad de ser alcanzados, caso contrario si ni la misma norma fundamental tiene bien definido el fin ¿Cómo se podría alcanzar tal? De lo contrario si se tratase de meras razones de oportunidad o vagos intereses públicos, dichas situaciones no podrían ser resueltas mediante el test de proporcionalidad (Brage, 2004)

Cuando se tenga bien determinado el fin, se puede identificar los medios por los cuales se puede conseguir la preservación del fin estatal, que tiene la cualidad de ser acorde a la Constitución del Perú. La cualidad imperativa del medio es que tiene que encontrarse regulado en una norma para que sea considerado como válido y con la aplicación de dicho medio se pueda conseguir el fin identificado.

De esta determinación entre medios y fines, ha surgido teorías las cuales se han denominado *teorías fuertes* y *teorías débiles*. La primera teoría postula que este principio no solo se debe circunscribir a la simple realización de la búsqueda de los medios más factibles para cumplir el mandato legal, sino que además de ello se debe conseguir, consustancialmente, que también sean los medios más seguros. Mientras que la postura débil indica que solamente basta que el medio sea idóneo para que sea un medio aplicable (Clerico, 2009).

De las dos posturas antes descritas, la que prepondera, en la actualidad, es la débil; pues, cuando se atiende un caso es imposible prever las circunstancias futura como para poder definir a la denominada *seguridad* que postula dicha teoría respecto a dicho sub principio, por lo que la postura fuerte sobre el presente sub principio se ha considerado como un ideal mas no como algo tangible a realizar.

Son dos puntos importantes en los cuales se sustentan la versión débil: a) El respeto que se le debe tener al legislador para poder elegir los medios, ello en virtud de la legitimidad democrática y b) La posibilidad de poder tener un analisis más amplio y no declarar, de plano, una medida como inconstitucional por una supuesta inidoneidad. Respecto a la justificación fáctica del primer punto de sustento de la tesis debil del Sub Principio de Idoneidad, Bernal (2007) indica: “el respeto a la competencia del legislador impone considerar que un medio idóneo no es el más idóneo, sino el que no carezca absolutamente de idoneidad” (p. 728). Dicha postura es respaldada por Prieto Sanchis quien indica que la

autonomía política que ostenta el legislador en su condición de tal, constituye un valor constitucional dentro de un Estado Constitucional de derecho (Prieto, 2007).

El segundo punto en que se sustenta la versión débil se basa en la idea que, si se aplicase de plano lo planteado por la versión fuerte de este sub principio, nos encontraríamos ante un hecho de declarar la inconstitucionalidad de un medio por el simple hecho que no cumpla con satisfacer un fin perseguido, lo cual impide poder razonar nuevas razones a favor de la constitucionalidad de dicha medida legislativa, las cuales no deben ser desarrolladas en este sub principio, sino que en los posteriores que conforman el Principio de Proporcionalidad.

Se debe tener en consideración que la idoneidad y necesidad se encuentran, aun, llegadas al tema de los principios, por ende, se debe no buscar su realización al 100% sino a un “punto máximo”. Por lo que seguimos buscando la optimización de las medidas a adoptar para la solución de la controversia. Por lo que el Sub Principio de Ideoneidad se desenvuelve en el marco de aplicación de la Teoría del Optimo de Pareto, la cual consiste en mejorar una situación sin que otra empeore (Alexy, 1993). En tal sentido se postula la tesis negativa, la cual consiste en la eliminación del sistema jurídico nacional toda aquella medida que no sea idónea.

De lo expresado, podemos encontrar tres tipos de resultados que surgen en la relación medio-fin, las cuales son:

- a) Que, el medio escogido fomente la realización del fin y por tanto, idóneo. Siendo, ésta, la vía que debe continuar con el examen de necesidad.
- b) Que el medio no tenga relación alguna con el fin y, por tal, es un medio inidóneo, debiendo finalizar el examen de proporcionalidad en esta instancia.

- c) Que el medio escogido guarde alguna relación con el fin, pero que no lo facilite en su concreción. Esto sucede en casos donde el medio no fomenta el fin en todos los sentidos requeridos.

Respecto a este último, se presenta en los denominados casos dudosos, la cual consiste en el hecho de que no se puede determinar de manera correcta cuáles son los medios posibles a utilizar para concretar, debido a la realidad fáctica y jurídica en el que se desenvuelve. En tanto a ello existen dos teorías, la primera indica respecto a la presunción de idoneidad; mientras que otra postura indica que este tipo de casos el Principio de Proporcionalidad no da la solución y que habría recurrir a otros instrumentos para la solución de dicha duda.

2.2.1.4.2. Sub Principio de Necesidad

2.2.1.4.2.1. Concepto

El Principio de Proporcionalidad, en su versión amplia, se encuentra compuesto por tres sub principios, que conforman el denominado test de Proporcionalidad. El segundo paso de dicho test es el denominado examen de necesidad o medio alternativo menos gravoso o requiribilidad, más conocido como Sub Principio de Necesidad. Clerico (2009) nos indica: “ el subprincipio de necesidad consiste básicamente en un examen donde se realiza una comparación de medios, a fin de responder a la pregunta: ¿se puede evitar la restricción del derecho a través de otro medio, o por lo menos, reducir el grado de limitación?” (p. 101). Efectivamente, en el primer filtro, o sea en el examen de idoneidad de las medidas para cumplir los fines, se ha logrado establecer y encontrar las posibles soluciones a la colisión de derechos fundamentales, no obstante, ello no significa que toda esa gama de posibles soluciones sean las adecuadas, pues, lo que se busca con el test es buscar una solución que sea la menos grave para la afectación de los derechos fundamentales. Es pues, en esta etapa, la que nos permite ello, la elección del medio menos gravoso de afectación de los derechos fundamentales de determinada persona y lograr una solución armoniosa en la colisión de

derechos fundamentales, suena a idealismo pero el fin del Principio de Proporcionalidad es conseguir soluciones que favorezcan tanto al derecho dominante, así como también al derecho dominado.

En este sentido, se debe tener en claro dos terminologías que serán necesarias para el estudio del presente sub principio siendo estos el medio establecido y el medio alternativo. El primero trata del medio, establecido mediante norma, para llegar a la concreción de un fin contemplado en la constitución. Por ejemplo, el medio establecido para la salvaguarda de la familia (que es fin supremo del Estado, conforme a lo establecido en el Artículo 4° de la Constitución Política del Perú) en los casos de Omisión a la Asistencia Familiar es la privación de libertad no mayor a tres años en su tipo base; ese vendría a ser el medio establecido, la privación de la libertad. El medio alternativo, es el medio que no lo establece directamente la norma pero surge del análisis de la realidad fáctica y jurídica que rodea el caso. Cabe recalcar que este tipo de medio surge a consecuencia de la comparación como medio posible a recurrir para la solución. A manera de ejemplo el artículo 149° primer párrafo del Código Penal me indica que debo de privar de libertad al acusado en caso que se compruebe su culpabilidad, pero, la norma también me indica que se puede aplicar una suspensión de pena en casos que la condena a imponer sea menor a cuatro años, además de reservar el fallo condenatorio en caso la pena no esté sancionado con más de tres años, entonces ¿Cuál de las soluciones identificadas es menos gravosa para el cumplimiento de la protección de la Familia?, si privo de su libertad al acusado, en caso de responsabilidad, estaría afectando severamente a dicho derecho-principio y también estaría en duda el cumplimiento de la pensión alimentaria, toda vez que el privado de su libertad no tendría los medios necesarios para cubrir las pensiones. Si le suspendo la condena efectiva, entonces le garantizo al acusado el que pueda trabajar y conseguir los recursos necesarios para solventar la obligación alimenticia, de igual manera, pueda conseguir los recursos para su propia

subsistencia y queda en libertad, garantizando el cumplimiento de la obligación alimenticia mediante la imposición de reglas de conducta, siendo una de ellas la de cumplir con la cancelación de la deuda y no incurrir en hechos de similares características, garantizando el bien jurídico protegido. Misma situación con la reserva, a diferencia que no genero antecedentes judiciales que afecten la búsqueda de empleo.

Respecto a los medios alternativos es necesario que cumplan, éstos, dos exigencias consustanciales: a. Que, se encuentre contemplado en una norma, ello quiere decir, idóneo y que se revista, al menos, el mismo grado de idoneidad que la medida legislativa; y b. Que afecte, en menor medida, de manera negativa al derecho fundamental limitado. Siendo que se cumplan los requisitos antes establecido, se puede considerar a la norma como inconstitucional; recordando que es inconstitucional para la realidad fáctica y jurídica que envuelve al caso (Bernal, 2007).

La diferencia sustancial que existe entre el Sub Principio de Necesidad y el Sub Principio de Idoneidad es que este último se dedica al estudio o solo se circunscribe a encontrar la relación medio-fin. Mientras que la necesidad se encarga del estudio de la capacidad de intervención y afectación que tienen los medios con el derecho fundamental, con la finalidad de la identificación del medio menos gravoso.

En esa línea de ideas, Alexy(1993) indica: “Este subprincipio exige que, de dos medios igualmente idóneos, sea escogido el más benigno con el derecho fundamental afectado. (p. 525)

De lo expuesto, podemos arribar a una conclusión que consiste en que el Principio de Necesidad no tiene una finalidad objetiva de la elección del “mejor” de los medios, sino que es un filtro de depuración negativa de medios que sean innecesarios para cumplir los fines (Villaseñor Goyzueta, 2011). Efectivamente todos aquellos medios que sean gravosos, en demasía, se unirán a aquellos que no tienen ningún tipo de relación medio-fin y así

progresivamente ir consolidando las opciones que serán meritadas en la última etapa del Test de Proporcionalidad con la finalidad en qué grado se aplica y en qué grado se afectan los derechos fundamentales que colisionan.

2.2.1.4.2.2. Etapas para su aplicación

El Sub Principio de Necesidad tiene una estructura mucho más compleja que el de idoneidad, toda vez que la determinación de los medios alternativos no es labor sencilla, pues se debe recurrir a cuestiones complementarias para poder identificarlos y comprobar la necesidad de su aplicación al caso, por lo que para la determinación de ello, es que la doctrina ha identificado etapas para la aplicación del principio, las cuales son:

a. La elección de los medios alternativos

Para que exista necesidad, debe necesariamente existir medios probablemente alternativos, o sea, aquellos que no se encuentren en la relación de manera directa al silogismo medio-fin. Si bien es cierto, que en un determinado caso puede concurrir un sin número de medios alternativos para la consecución de un fin, para la elección de los medios alternativo, según Bernal Pulido(2007) se debe considerar lo siguiente: “ el principal criterio para seleccionar los medios alternativos consiste en que estos revistan algún grado de idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo que la medida legislativa se propone” (p. 743). Como ya se ha dicho anteriormente consiste en el método de buscar medios alternos que no se encuentra directamente en el silogismo de consecuencia jurídica de la norma penal, pero que es un camino factible de seguir con la finalidad de conseguir el fin perseguido, debe tenerse en consideración que dichos medios alternativos tienen que encontrarse establecidos en normas jurídicas para que sean considerados idóneos, como ya se ha manifestado anteriormente, caso contrario no tendría sentido su aplicación y mucho menos fundamento jurídico alguno.

b. La revisión de la Idoneidad de los medios alternativos

Identificadas y delimitadas las posibles soluciones alternativas, resulta necesario para que éstos pasen al siguiente filtro que sean considerados idóneos para poder conseguir el fin por los cuales se les ha considerado como medio alternativo. En caso el medio alternativo no fomente tan bien la consecución del fin, como lo hace el medio establecido; entonces, el medio alternativo queda como necesario. Caso contrario ocurre, cuando el medio alternativo fomenta en igual modo que el medio establecido la consecución de un fin, en este caso se debe proceder a probar el medio alternativo, con la finalidad de corroborar si es el menos gravoso. Lopera Mesa (2006) indica: “ las medidas alternativas deben tener una “aptitud” suficiente y no una “igual aptitud”, esto a fin de no llevar la aplicación del principio a extremos estrictos que dificulten su aplicabilidad” (p.33). Analizando lo enunciado por la autora, efectivamente, resulta necesario que para que sean considerados “alternativos” tienen que ser distintos entre sí pero con igual objetivo y tenor cada uno de ellos para que confluyan hacia un mismo punto, que es el garantizar la realización del fin que se ha trazado el legislador, pues si tiene la misma aptitud ¿Qué sentido tendría aplicar el Test de Proporcionalidad? Pues si todas tienen igual aptitud se emplearía el medio-fin establecido y no necesitaría mayor discusión.

c. La determinación del medio alternativo menos gravoso

Clerico(2009) indica: “ si hay medios alternativos y su implementación puede fomentar el fin, y si cada uno de esos medios (o alguno de ellos o por lo menos uno) pueden hacerlo en igual o parecida medida que el medio establecido, y si la implementación de los medios alternativos restringe en menor medida los principios iusfundamentales u otros constitucionales (o carga menos a la persona afectada) que a través del medio establecido, entonces la medida estatal no es proporcional en sentido amplio” (p. 114). Caso contrario ocurriría si las medidas alternativas restringen en mayor o igual medida otros principios iusfundamentales o constitucionales, en ese caso la medida establecida sería la necesaria y

la indicada para que pase al siguiente filtro que es el examen de Proporcionalidad en sentido estricto.

De todo lo antes indicado, respecto al Sub Principio de Necesidad, queda claro que en esta etapa lo que prima es la comparación de los medios para conseguir un fin en específico, pero lo que también resulta palpable es que indirectamente se retoma el tema del estudio de la idoneidad de los medios a comparar, en razón de comparar si es que los medios tienen la idoneidad equivalente, mayor o menor que el medio establecido. Sin embargo se diferencia del Sub Principio de Idoneidad en dos puntos importantes, conforme lo señala Bernal Pulido(2007) quien indica: “(i)se trata de un análisis hipotético, o sea, se puede dar el caso de medidas que nunca han sido llevadas a la práctica y, (ii) el análisis no solo examina la idoneidad de posibles medida alternativas, sino que además las compara con la medida establecida por las autoridades competentes” (p. 744). Efectivamente, el enfoque que se le dá por parte del citado autor es un enfoque constitucional, el cual soporta nuevas ideas de medios alternativos que no se encuentran establecidos en el ordenamiento jurídico, sin embargo, incorporarlo como norma procesal (jurisprudencia); en el caso penal ocurre cosa similar respecto a cánones que se pueden incorporar mediante jurisprudencia; no obstante, la mayoría de medidas alternativas se encuentran expresadas en norma expresa lo cual no permite en muchos casos realizar la hipótesis de una medida alternativa. Del segundo punto que toca Bernal Pulido podemos entender que el medio alternativo sea igual de idoneo que el medio establecido, sino que también corresponde determinar si este medio alternativo afecta en menor grado las restricciones para los principios afectados.

2.2.1.4.3. Sub Principio de Proporcionalidad en Sentido Estricto

2.2.1.4.3.1. Concepto

La etapa más importante y más compleja que afronta el Principio de Proporcionalidad es la tercera o también conocida como “ponderación” siendo ésta la más controversial de las

etapas para la doctrina, pues, como un grupo doctrinal consagra, es aquí donde se realiza la denominada “erosión de derechos fundamentales” a través del método ponderativo.

Es así pues que ésta es la etapa más dificultosa de todo el test de proporcionalidad, pues en este caso responden a las posibilidades fácticas que circulan el caso, pues el este sub principio se nutre de las posibilidades jurídico normativas, los cuales son más aspectos valorativos y argumentativos. Es por ello que se considera que ésta etapa se encuentra inmersa dentro del terreno de los valores (Clerico, 2009).

Alfaro Calderón (2017) indica: “ este examen de proporcionalidad, en sentido estricto, supone cuestionar, valorar y analizar acerca de la intensidad de la limitación del derecho fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por la medida establecida” (p. 45). Efectivamente, en comentario al autor antes indicado, como se manifestó, lo que busca el principio de proporcionalidad, en su aplicación, es la coexistencia de principios y que ambos sean satisfechos en distinta intensidad mediante una precedencia condicionada atendiendo a las realidades fácticas y jurídicas que se presenten en el caso, pero, para llegar a ello hay que determinar en qué grado puedo cumplir dicho principio o a la que se le denomina “intensidad de limitación del principio”, buscando siempre una intensidad positiva buscando la máxima realización del principio, siempre buscando la concreción del fin trasado por el legislador.

Nuestro camino, respecto a la obtención del Óptimo de Pareto, está en su fase final, se tienen medidas legislativas las cuales cumplen con los estándares de los dos primeros sub principios, es adecuada técnicamente y se ha comprobado la idoneidad de la medida con la finalidad de obtener la concreción del fin; pero, ahora se tiene que realizar una labor valorativa de los argumentos a favor y en contra respecto a los medios que han llegado a esta etapa final, un sopeso de los mismos, respecto a la implicancia y alcances de éste en relación con el derecho fundamental (Clerico, 2009).

Mediante el presente sub principio, lo que se busca es una relación de equilibrio entre el lado positivo de la medida establecida y el perjuicio que surgen, debido a su aplicación, en el derecho fundamental. De no encontrarse dicho balance, la medida resulta ser inconstitucional por no ser proporcional en sentido estricto.

Lo anteriormente anotado, es una secuencia de actividades mentales que debe realizar el operador de derecho para arribar a una conclusión, por ende, éste debe tener siempre presente los resultados obtenidos en las primeras dos etapas respecto a las medidas y el cumplimiento del fin trasado, ya que la seguridad de los medios analizados y que han pasado los filtros es clave para conseguir una ponderación adecuada y apegada a la realidad material.

El Sub Principio de Proporcionalidad en Sentido Estricto es similar, en su contenido, a la “ley de ponderación” que sustenta un balance que se puede expresar en el sentido que cuando exista menor grado de satisfacción de un derecho fundamental, mayor debe ser la satisfacción del otro derecho en un determinado caso (Alexy, 1993).

Existe una relación entre el Principio de Proporcionalidad en sentido amplio (Idoneidad, Necesidad y Proporcionalidad en Sentido Estricto) y la ponderación; si bien es cierto, la ponderación es la etapa final del test de proporcionalidad, ella no solo se circunscribe a ella, pues la ponderación también se encuentra presentes en otros aspectos del Principio de Proporcionalidad (Rodríguez de Santiago, 2000). Y se puede constatar ello con un simple ejemplo, las medidas alternativas; pues, ellas implican el estudio de las posibilidades fácticas que posibilitan la utilización de otro medio por considerar que la medida establecida afectaría de manera negativa al derecho fundamental en cuestión.

2.2.1.4.3.2. Etapas para su aplicación

Este sub principio, al igual que el de necesidad se puede disgregar en pasos o etapas a seguir dentro de su composición, con la finalidad de llegar al resultado de la ponderación adecuada y a la solución satisfactoria del caso:

- a. Determinación de los pesos, tanto para el derecho fundamental involucrado como para el fin de la medida establecida (principios a ponderar)

La medida legislativa siempre va acompañada de un fin, como se ha visto en el Sub Principio de Idoneidad, y este fin es lo que el legislador quiere proteger mediante un medio que este establece. El fin viene a constituir un derecho fundamental, que será tratado como principio para poder ser ponderado.

Previo a proceder al análisis que se realizará para la ponderación resulta importante realizar la determinación de la importancia (peso-magnitud) de cada derecho de los objetos normativos que intervienen, siendo estos el derecho fundamental limitado por la medida legislativa y el fin de la medida establecida (legislativa).

En esta suerte de ideas, se puede llegar a diferenciar la existencia de un peso abstracto y un peso concreto. El peso abstracto consiste en el peso que se le otorga a un determinado derecho fundamental a través de la Constitución, la importancia que este tiene dentro del sistema constitucional, siendo ello así, se le da un mayor peso dentro de la ponderación. El peso concreto es el peso que adquiere el derecho fundamental de acuerdo al caso en concreto, ello quiere decir, que mientras más intervenga determinado derecho en el caso, mayor será su peso en dicho caso al momento de la ponderación. En correlación cuanto mayor sea el grado de realización del principio que fundamenta la intervención legislativa (fin), pues este tendrá mayor peso en la ponderación (Bernal Pulido, 2007).

No cabe dudas que realizar una jerarquización de derechos fundamentales es muy cuestionable hoy en día, por ende, dicha situación debe realizarse con la cautela necesaria. Por lo que la doctrina ha establecido en su desarrollo ciertos criterios que pueden ayudar al operador del derecho a poder establecer los pesos de manera correcta:

1. Jerarquía constitucional de los principios

Tendrá mayor peso en la ponderación los principios que se encuentren amparados en la Constitución Política (principios de primer grado) que los que se encuentren contenidos como fines del legislador (principios de segundo grado) (Lopera Mesa, 2006).

2. Prioridad de los principios que expresan derechos individuales frente a los que reconocen bienes colectivos

Tendrá mayor peso aquel derecho fundamental que busque la realización personal, que aquellos que defiendan intereses difusos (colectivos). Pero dicha afirmación debe ser comprendida desde el punto de vista de la ponderación, esto es qué, las razones de restricción de un derecho individual cuenten con un mayor motivo de justificación superior (Lopera Mesa, 2006).

3. La cercanía de la posición afectada o protegida por la intervención al espectro central de aplicaciones del derecho fundamental

Los derechos fundamentales en su contenido siempre se aprecia una ratio de ser de esta, su esencia y lo más medular que esta expresa en su contenido. En caso una medida legislativa se encuentre cercana a la afectación de dicho núcleo, pues mayor será el peso que tiene dicho derecho fundamental en la ponderación (Lopera Mesa, 2006).

4. La vinculación con el principio democrático y la dignidad humana

El Principio democrático consiste en la libertad que tiene el legislador para poder imponer los medios y los fines a través de normas, ya sea de carácter constitucional o de carácter legal; mientras que la dignidad humana, se concibe como el fundamento principal para el surgimiento de los derechos fundamentales, por ende, ambos se relacionan en el sentido que los derechos fundamentales son protegidos por el principio democrático mediante la imposición de fines estatales, ya que el fin es un derecho fundamental jurídicamente

protegido. Cuanto mayor sea el ligamen que tiene determinado derecho fundamental con los aspectos antes citado, mayor peso abstracto tendrá (Lopera Mesa, 2006).

5. Reconocimiento de su prioridad en decisiones precedentes
relativas a casos análogos

Este criterio depende mucho del análisis jurisprudencial que se realice respecto a los derechos en colisión que el Tribunal Constitucional haya resuelto en casos similares al que se va a resolver (Lopera Mesa, 2006).

Para concluir con la comprensión de la presente etapa, podemos indicar que lo que busca ésta es la búsqueda de un argumento de un principio y el grado de afectación del derecho contrapuesto a éste para cada una de las posibles soluciones del conflicto (Rodríguez de Santiago, 2000).

b. Comparación de los pesos del derecho fundamental involucrado con el fin de la medida establecida y construcción de un trato de precedencia condicionada

Ya determinados los pesos de ambos derechos fundamentales que intervienen, se procede a realizar la ponderación en sentido estricto, ello quiere decir, la comparación de los pesos de cada uno de ellos con la finalidad de la determinación de la precedencia condicionada o la relación de coexistencia de derechos; siendo que se compara **a)** El grado de intensidad de intervención en el derecho; y, **b)** El grado de importancia de realización de la medida establecida. Lo cual nos lleva a concluir que cuanto exista un mayor grado de intensidad de la intervención en el derecho fundamental, tanto mayor tiene que ser el grado de intensidad de la realización del principio constitucional que fundamenta la intervención legislativa (Alfaro Calderón, 2017).

Lo que se desprende de lo anteriormente esbozado es que en caso no exista una relación equilibrada entre la medida establecida y la intervención del derecho fundamental, dicha

medida no sería ponderada, por ende, no proporcional en sentido amplio, lo que nos conduce a su inconstitucionalidad.

De ello surge la relación de precedencia condicionada, mediante la cual se expresa las “condiciones” por las cuales un principio prevalece sobre el otro y solo surte efectos para el caso concreto con la finalidad de determinar la proporcionalidad de la medida establecida que afecta el derecho fundamental mediante la jerarquización de los principios en juego.

Lo anteriormente expresado es a consecuencia de la denominada ley de colisión, la cual complementa a la ley de ponderación, las cuales intervienen en el Principio de Proporcionalidad. Dicha ley (colisión) se resuelve mediante la precedencia condicionada, que, como se ha manifestado anteriormente solo se aplica y surte efectos para el caso concreto, no obstante, puede también surtir efectos para casos futuros siempre y cuando sean similares los hechos, aplicándose “la jurisprudencia”. En dicha relación de precedencia condicionada se debe proceder a indicar de manera concisa, las condiciones, mediante las cuales el operador del derecho ha establecido que un principio prevalece sobre el otro (Alexy, 1993).

c. Establecimiento de la Regla de Precedencia Condicionada

Habiendo transcurrido todas las etapas y fases del Test de Proporcionalidad se llega este último paso, donde se expresa los resultados obtenidos después de todas las operaciones que se ha realizado por parte del operador jurídico. Luego de establecer los pesos de la intervención en el derecho y de la finalidad pública que tiene una incidencia directa en dicho derecho y haber comparado dichos pesos, resulta necesario hacer dicha relación para la coexistencia de ambos, en la cual un principio cede ante otro, lo que entendemos como, un principio tiene mayor peso relativo que el otro (Alfaro Calderón, 2017).

A la jerarquización antes indicada, también se le conoce como jerarquía móvil o débil (Rodríguez de Santiago, 2000). Y, ¿por qué? por el hecho que no es prevaleciente,

simplemente dicha jerarquía se aplicó al caso concreto para que luego deje de surtir efectos jurídicos, no obstante, la relación de precedencia condicionada puede utilizarse para casos similares que puedan suscitarse de manera posterior de manera que se utilice como premisa argumentativa del juicio de constitucional.

Como bien se indicó anteriormente en el Test de Proporcionalidad se encuentran presentes dos leyes importantes en su desarrollo las cuales son la “ley de colisión” y la “ley de ponderación”, pero, para el desarrollo de esta parte del test resulta necesario un tercer ingrediente que es la denominada “fórmula del peso” el cual se tocará de manera somera. La característica principal de la fórmula del peso es que expresa la estructura lógica y muestra la forma de conexión que existe entre estos. La finalidad de esta fórmula es la de resumir en una sola magnitud cada peso de cada principio y así se prepara a ambos pesos para su comparación. La fórmula del peso es la siguiente el peso del principio afectado por la intervención en relación con el principio justificante en las circunstancias del caso ($G_{Pi,jC}$), corresponde al cociente de dividir los productos que se obtienen de multiplicar, por una parte, el grado de afectación del principio iusfundamental, por su peso abstracto, por la seguridad de las premisas empíricas ($IPiC$) y, por otra, el grado de satisfacción del principio justificante, por su peso abstracto, por la seguridad de las premisas empíricas ($WPjC$). (Lopera Mesa, 2006, p. 534)

La fórmula del peso se puede expresar de la siguiente manera:

$$G_{Pi,jC} = IPiC / WPjC$$

Luego de haber realizado todo lo antes reseñado, se pueden obtener estos posibles resultados:

- a. Que la medida establecida produzca una restricción desproporcionada del derecho.

Siendo ese el caso la medida es desproporcionada en sentido amplio y estricto; por ende, ello traduce su inconstitucionalidad de la medida, recordando que ello es solo para el caso concreto, por el mismo hecho de la existencia de la precedencia condicionada.

- b.** Que la medida establecida produzca una restricción proporcional del derecho. En este caso finaliza el examen, toda vez que ha sido catalogada como idónea y necesaria su aplicación, resultando ser constitucional.
- c.** Que exista un empate de pesos en los principios materia de ponderación. En este caso se aplicaría la denominada decisión pro legislatore, ello quiere decir, que prevalece el fin sobre el principio contrapuesto (Lopera Mesa, 2006). Pero, no existe una armonía en la doctrina respecto a estos casos, otros indican que debería prevalecer un sistema mixto el cual impulsa que debe prevalecer la decisión pro legislatore, salvo exista una restricción fuerte sobre el derecho, en dichos casos deberá prevalecer una decisión pro libertate del juzgador (Bernal Pulido, 2003).

2.2.2. Sentencias Condenatorias

2.2.2.1. Definición

En primera instancia para poder realizar una definición exacta de lo que es una sentencia condenatoria, se debe partir de saber qué es una sentencia, la sentencia es un documento emanado por el Órgano Jurisdiccional, que, en cumplimiento de su jurisdicción, emite con la finalidad de dar por concluida una incertidumbre jurídica más conocida como proceso. Mediante dicho documento final del proceso, el juzgador crea, extingue o reconoce derechos a las partes procesales que intervienen en dicha Litis. Es así pues que la sentencia viene a ser la concreción de la ideología judicial oficial del Estado tiene fuerza vinculante, por tal motivo debe aplicarse tal cual, pues no tendría razón de ser emitir sentencias y que éstas no se apliquen, como puede apreciarse en países de economía deprimida (Herrera, 2008).

Justamente en el extremo de la parte resolutive de la sentencia es que se reconocen, crea o extinguen derechos a las partes intervinientes, no obstante, dicha parte resolutive debe ser debidamente argumentada y motivada (derecho fundamental de motivación y argumentación

jurídica de la sentencia) para que dichos derechos creados, extintos o reconocidos tengan validez formal; es ahí donde surge el carácter de vinculante y obligatorio el cumplimiento de la sentencia como documento final del proceso.

En este cúmulo de ideas antes expresada se puede abordar con mayor exactitud la definición de sentencia condenatoria la cual no es más ni menos el documento final, dentro del proceso penal, mediante el cual se imponen las consecuencias penales de los hechos delictivos que fueran comprobados mediante el examen probatorio que se realizare durante el desarrollo del proceso, teniendo la convicción necesaria para indicar que ha existido una consumación del acto delictivo y la vinculación del acusado de manera directa; siendo requisito indispensable para este tipo de sentencias la fijación de una “pena”, la cual será abordada en ítems subsiguientes.

Cabe una interrogante, ¿En qué parte de la sentencia penal se reconoce, crea o extingue derechos? En el caso particular, en el proceso penal, no existe extinción de derechos como en el caso civil, por ejemplo, el derecho preferente de propiedad en la cual una persona que se considera propietario concurre con otra que también siente tener el mismo derecho, a una de ellas se le extingue, mediante el reconocimiento, el derecho aparente de propiedad. Caso distinto es en el derecho penal, en el cual, si se crea un vínculo respecto de un derecho, tal como es la reparación civil que se origina ante la necesidad del resarcimiento de los daños causados al agraviado por la comisión del delito.

La sentencia penal, al igual que en cualquier tipo de proceso, tiene que tener una debida motivación y argumentación para que no se vea afectada en su validez; lo que se argumenta y motiva en el caso de las sentencias condenatorias es la pena impuesta y su quantum, mediante la justificación externa (pruebas documentales, personales u otros) e interna (legal), es muy débil el hilo que separa lo correcto de lo arbitrario en este aspecto porque el aspecto valorativo de las pruebas es muy subjetivo a pesar que exista argumentación jurídica.

2.2.2.2. Contenido de la Sentencia Condenatoria

2.2.2.2.1. La Pena

2.2.2.2.1.1. Definición

Nuestro sistema jurídico nacional ha establecido una gama de sanciones en caso de comisión de ilícitos penales a las cuales se le denomina pena, siendo la más usual la pena privativa de la libertad del acusado. La pena es una consecuencia jurídico-penal que se utiliza en caso de comisión u omisión de un hecho punible (delito o falta) por una determinada persona.

La existencia de este instituto jurídico radica en el hecho de que el Estado, en el ejercicio de Ius Ponnendi, necesita imponer un orden jurídico estable que le permita crear seguridad y protección jurídica de quienes lo conforman (Noya, 2003). Esta pena, a lo largo de la historia, ha venido evolucionando de manera constante de acuerdo al ámbito social y cultural de las naciones hasta llegar a las penas actuales. Es de recordarse que en la antigüedad hasta mitades del siglo XVIII recaía en el cuerpo de la persona inculpada, ello quiere decir que eran flagelados, torturados o asesinados en plazas públicas para escarmiento del colectivo por un simple fundamento, haber pecado; es de recordar que en el antiguo régimen se creía que los reyes eran personas bendecidas y elegidas por dios para imponer su voluntad, por ende, ir en contra de su voluntad era un pecado mortal que se pagaba con la vida de quien la cometía. En ese entonces no había surgido las teorías de la pena que hoy existen y que se abordarán posteriormente, siendo que de esa manera se establecía sin criterio penas a goce y disfrute del soberano.

La pena, como bien se puede desprender de su etimología proviene del latín “poena” que se encuentra relacionado a la expresión de castigo y sufrimiento; y, es pues, este castigo el que imponían los reyes y, que, como se ha manifestado ha evolucionado durante la historia universal desde los albores de la humanidad

Es en estas circunstancias que a finales del siglo XIX con la ideología de Beccaria (Cesar Beccaria Bonesana) que crea el primer grito para que inicie la humanización de las penas (Jiménez De Asúa, 1950). Un mal necesario que aún perdura desde tiempos inmemorables hasta la actualidad es la pena privativa de libertad, constituyéndose así, en una herramienta fundamental del Ius Ponnendi estatal y el Derecho Penal, que se ha convertido en la herramienta legal por excelencia para impartir el orden jurídico-social del elemento humano del Estado.

En nuestra legislación, el Perú, ha acogido un sistema binario de sanciones, las cuales consisten por un lado las penas (privativa de libertad limitativas de derechos, multa, restrictiva de libertad y ahora, recientemente incorporado, la vigilancia electrónica) y por el otro extremo las medidas de seguridad (el internamiento y tratamiento ambulatorio), las cuales se imponen mediante proceso especial de Seguridad, conforme a los lineamientos del Nuevo Código Procesal Penal.

En una concepción más actual podemos definir a la pena en un sentido naturalista, que es un mal que priva al penado, de los bienes jurídicos que este ostenta. Toda vez que, en su sentido material, esta pena es un mal que se le impone a la persona culpable; pero, dicha culpabilidad debe estar acompañada previamente de un debido proceso con el reconocimiento de las garantías mínimas, mediante el cual se debe enervar el principio fundamental dentro de un Estado Constitucional de Derecho, nos referimos a la presunción de inocencia y mediante una resolución final o fallo se impondrá una pena que puede variar entre la privación de la libertad o la restricción de un bien jurídico con un alto impacto social (Cabrera Freyre, 2007).

2.2.2.2.1.2. Características de la Pena

Según (Flores, 2005) propone que la pena tiene las siguientes características:

a. Es Personal

Es bien sabido que las consecuencias jurídicas de la comisión del delito solo conllevan a la sanción a la persona culpable de la comisión del hecho delictivo, ello se encuentra establecido en el Ordenamiento Penal Peruano a través de la consagración del Principio de Culpabilidad. Nadie puede ser castigado por hechos que jamás cometió, así como, el culpable no puede ser castigado sin que antes se haya realizado un juicio previo donde se le respete sus derechos y garantías mínimas que ampara la Constitución, la Ley y los Tratados Internacionales.

b. Es Proporcional

La Proporcionalidad en la Pena se encuentra regulada en el Título Preliminar del Código Penal Peruano, específicamente en el artículo VIII que a letras dice: “La Pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...)” ello obedece a que, mayor pena si mayor grado de participación, lesión o gravedad del delito cometido. Pero ello es un tema netamente subjetivo; pues, como se ha visto en la variable estudiada anteriormente, es criterio discrecional del juez fijar la proporción entre la pena y el delito consumado. Muchas veces se puede optar por caminos de mejor resolver y que beneficien a ambas partes, pero, por simplicidad se prefiere encarcelar a las personas halladas culpables.

Algunos criterios para poder proporcionalizar y determinar una pena radica en la determinación de la peligrosidad del penado, sus antecedentes personales y también de la víctima, las consecuencias que ha ocasionado la comisión del delito (el daño), los agentes agravantes y atenuantes que intervienen en el agente que realizó el delito.

c. Determinada

Ello es un aspecto que tiene su origen en el Principio de Legalidad, puesto que, toda pena tiene que estar establecida por ley y su aplicación debe estar especificada en el tipo penal para que se produzca su aplicación.

d. Flexible

Debido a que no es absoluta, permite modificaciones, es de apreciarse ello a través de los recursos y remedios que establece la legislación peruana para contrarrestar la pena, por ejemplo la apelación con la finalidad que se modifique la pena en reducción, aumento o absolución, en caso no se haya valorado correctamente las pruebas actuadas en juicio oral; otra consecuencia de la apelación es la nulidad de la sentencia declarada por el superior jerárquico que se produce ante la advertencia de la existencia de inobservancia de derechos fundamentales. Indicaré a manera de conclusión que errar es humano, y, al ser la pena determinada e impuesta por una persona humana, es susceptible de ser errada, por ello no hay penas absolutas.

e. Pronta e Ineludible

Ello radica en el hecho que, si cometes un hecho delictivo, las consecuencias por dicha comisión del delito no tiene justificación, si aplicará la pena de manera indiscutible a autor de los hechos, salvo exista causal de eximencia de la responsabilidad penal que se encuentren contempladas en el artículo 20° del Código Penal. Ni bien se identifique y vincule directamente al autor del hecho punible, se le deberá imponer la sentencia condenatoria respectiva, previo proceso penal con garantías procesales mínimas amparadas en la constitución. Es en este extremo que surge la famosa palabra “impunidad” la cual consiste en la dilación innecesaria en la imposición de la pena o incluso la decidía de investigar un hecho a pesar de conocer quién es el autor del hecho que hasta incluso puede llevar a la prescripción de la pena, donde se consolida el termino, pues, el hecho queda sin castigo.

f. Individualizada

Ello lo apreciamos mucho más fácilmente en el Nuevo Proceso Penal Peruano, a través de la Acusación Fiscal, los hechos que se le atribuyen a un acusado debe ser un relato

individualizado y por menorizado de los hechos; ello quiere decir, debe indicarse de manera concreta y exacta cuales son los hechos cometidos directamente por el acusado y en base a dichos hechos aplicar una pena individual; lo mismo sucede en caso de pluralidad de acusados, relato sucinto de las conductas que han cometido estos en la consumación del delito, su grado de participación de cada agente, lo cual permitirá determinar una pena distinta para cada uno y de esa manera se tiene identificado al autor y el hecho que ha realizado para la consumación del ilícito y una pena concreta para cada uno.

2.2.2.2.1.3. Fundamento Constitucional de la Pena

Para poder determinar este aspecto dentro de la pena debemos primero conocer el rol que tiene la Constitución Política en determinado Sistema Jurídico Penal. En lo que respecta a su relación con el Sistema Jurídico Penal, el rol de la Constitución Política del Perú se advierte dos dimensiones que se advierte del mero análisis de la Carta Magna, por un lado, establece límites a través del reconocimiento de ciertos principios al Ius Ponnendi estatal, lo cual lo podemos advertir en el artículo 2° y de manera más clara y profunda en el artículo 139° donde se reconocen las garantías procesales; y, por otro lado, considera que dichos principio limitadores son verdaderos fundamentos para la protección y tutela de los valores, bienes y derechos establecidos en la Constitución Política (García Aquino, 2017).

La pena (privativa de libertad) se encontraría legitimada en su aplicación siempre y cuando sea necesario, ello en otras palabras significa que no exista otro medio de control social grave que establezca limitaciones al derecho fundamental de la libertad personal y además de tener una utilidad intrínseca de función, en efecto, el fin de la pena es la reinserción y la concientización al que se la impone con la finalidad de que no vuelva a cometer nuevos ilícitos e inicie una convivencia pacífica dentro de la sociedad. La existencia de esta se justifica en el hecho que el comportamiento que no se encuentra permitido en el ordenamiento jurídico penal, por haber sido considerado como bien jurídico protegido,

acarrea en su comisión un perjuicio a la sociedad en el extremo de poner en zozobra la coexistencia libre y pacífica de la sociedad. Es de recordar que según el artículo 1° de la constitución indica la defensa de la persona humana y su dignidad es fin supremo de la sociedad y del Estado, ello invita a interpretar que con la finalidad de garantizar la convivencia libre y pacífica de las personas en la sociedad, el Estado debe aplicar ciertas restricciones a su componente humano con la finalidad de promover la coexistencia sin caos; pues, de esas limitaciones se encarga el Derecho Penal mediante la imposición de penas a las personas que cometan conductas prohibidas que causen perjuicio a dicha coexistencia y eso lo logra a través de la imposición de penas.

Pero, hemos abordado y aclarado el tema de la relación entre Constitución Política y el Derecho Penal, habiendo establecido dicha relación, nos podemos enfocar en realizar un análisis respecto al fundamento constitucional de la pena la cual la hemos visto de manera somera líneas arriba; y, en este sentido el Tribunal Constitucional Peruano (TC), quien siguiendo a Mir Piug (1994) indican que el fundamento de la pena se encuentra dentro de la concepción de un Estado Social y Democrático de Derecho, debido a que a través del derecho penal va a combatir a la delincuencia y a su vez va a tutelar y salvaguardar los derechos de sus ciudadanos, con respeto irrestricto de los principios y valores constitucionales; ello quiere decir, que el poder del Estado, encargado de impartir justicia (Poder Judicial) deberá imponer la sanción correspondiente al inculpado con una meta de prevención para que no vuelva a incurrir en hechos similares, observando siempre el Principio de Legalidad, de Proporcionalidad, la protección de los bienes jurídicos protegidos, todo ello con el fin de proteger los derechos colectivos de la sociedad (Pleno Jurisdiccional, 2006).

Hemos venido hablando respecto al fundamento constitucional de la pena en un Estado Democrático y Social de Derecho, pero, ¿Qué es este tipo de Estado? ¿El Perú es uno de ellos? El Estado Democrático y Social de Derecho es un modelo estatal en el cual existe una

prevalencia de la ley (Supremacía Absoluta) así como la preeminencia del Poder Legislativo sobre el Poder Judicial y Ejecutivo, siendo que de allí surge como finalidad del Derecho Penal como un instrumento represivo, cuya finalidad es hacer cumplir los lineamientos emanados por el Poder Legislativo (leyes) que conforman el ordenamiento jurídico, pero, dicha funcionalidad del Derecho Penal no debe desvincularse de la función principal del Estado, que es la defensa de la persona y su dignidad. De lo antes descrito podemos advertir que el Estado Peruano no es un Estado Democrático y Social de Derecho; es un Estado Constitucional de Derecho por la prevalencia de la Constitución sobre la ley y la supremacía de las garantías constitucionales reconocidas por esta en su contenido argumentativo e interpretativo. Además de ello, lo que consagra al Estado Peruano como un Estado Constitucional de Derecho es la existencia del Tribunal Constitucional como órgano autónomo de Control Constitucional. En este tipo de Estados la función de la pena y su visión cambia rotundamente a la visión represiva y de medio de cumplimiento obligatorio que tenía ésta en el Estado Democrático y Social de Derecho, acá se le da un enfoque más humano a la pena, siendo que se usa como instrumento de protección de los derechos y bienes del elemento social del Estado, teniendo una mística de prevención. El ordenamiento jurídico-penal en este tipo de Estado, se debe interpretar y argumentar en consonancia directa con lo expresado en el texto constitucional y los principios-valores que esta consagra (García Aquino, 2017).

2.2.2.2.1.4. Determinación judicial de la Penal

Cuando se identifica o se toma conocimiento de la existencia de un hecho delictivo, sea que se haya realizado mediante acto comitivo u omisivo, el aparato estatal encargado de la persecución del delito (Ministerio Público) a través de su representante procede a realizar la formalización de la denuncia para posteriormente proceder a la instauración del proceso penal mediante la acusación. Como dijimos anteriormente nuestro sistema penal es mixto,

pues se puede imponer penas (restrictiva de libertad, limitativas de derechos, privativa de libertad, multa, control electrónico) o medidas de seguridad (internamiento o tratamiento ambulatorio) ello se deberá determinar en el proceso penal; se impondrá pena a aquella persona que cometa un acto que se encuentre típicamente establecido como antijurídico (sea en su dimensión de delito o falta) siempre y cuando intervenga el tercer elemento del delito “la culpabilidad”, pues con ello se le puede exigir al ciudadano autor del hecho que actúe conforme a lo establecido en el ordenamiento jurídico; siendo que su contraparte (medidas de seguridad) se impondrá a aquella persona mayor de edad que carece del elemento de culpabilidad en la comisión del delito, debido a que este no actuó con conocimiento de causa o discernimiento de la realidad al momento de la consumación del acto por tener algún tipo de deficiencia mental que le provoque alteración de la conciencia y que tenga una alta relevancia jurídico-penal; en palabras resumidas, el acusado sea inimputable, conforme a lo establecido en el artículo 20° del Código Penal Peruano.

Las consecuencias jurídicas que se desprendan de la comisión de un delito es todo un proceso mecanizado y complejo que es realizado por el Órgano Jurisdiccional y dentro de ella se encuentra la etapa primordial de toda la presente investigación “la determinación de la pena”; cabe precisar que existen dos determinaciones de penas, la primera es la realizada por el Poder Legislativo al dar una norma penal y que se encuentra expreso en el tipo penal, teniendo en cuenta que no establece de manera exacta sino que dan un parámetro de oscilación en la que se debe manejar la determinación de la pena judicial; y, la segunda determinación es la judicial de la pena que no es más que la aplicación de la ley penal al caso concreto, constituyéndose en el pilar fundamental en el que se sienta toda la estructura del proceso penal, haciéndose énfasis en la conducta del autor y el hecho punible.

Pero, en cristiano, ¿qué es la determinación judicial de la pena? Son actividades cognitivas sistematizadas y ordenadas que realiza el juzgador, con la finalidad de determinar los

aspectos cuantitativos y cualitativos en la sanción que éste va a imponer al procesado en el caso concreto; ello quiere decir, que con este mecanismo procesal podemos discernir en qué tipo de pena se va aplicar al procesado, la magnitud de la misma y el modo en el cual se procederá a exigir su cumplimiento (ejecución) de la pena impuesta o caso la determinación legislativa establezca consecuencias accesorias, se apliquen estas (García Aquino, 2017). Como se ha esgrimido, la determinación de la pena consiste en la determinación del tipo de pena, su magnitud y aplicación de las penas accesorias; pero, no termina allí esta actividad cognoscitiva, pues también se encuentran dentro de este rubro la determinación de la ejecución de la pena, si es una pena suspendida, el establecimiento de reglas de conducta para la condicionalidad de la suspensión, el establecimiento de la reparación civil, el establecimiento del modo de pago de la pena de multa, en resumidas palabras, es un complejo, mediante el cual, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico se debe proceder a dar cumplimiento al ordenamiento penal frente a la comisión de un hecho punible (Ziffer, 1996).

Esta etapa es la más compleja por el alto contenido subjetivo-valorativo que involucra la fijación de la pena, siempre el juzgador se encuentra en una posición incómoda en esta etapa por la mera presencia de los prejuicios y subjetividades que éste mismo se crea durante el desarrollo del proceso.

Jescheck (1993) indica: “En esa labor el juez debe liberarse de los prejuicios personales, las simpatías y las emociones, y orientar su sentencia exclusivamente conforme a criterios objetivos de valoración” (p. 787).

En tantas concepciones básicas antes indicadas, nuestra jurisprudencia peruana se acopla a lo establecido por la doctrina, estableciendo que la determinación judicial de la pena “es la determinación de las consecuencias jurídicas del hecho punible llevada a cabo por el juez conforme a su naturaleza, gravedad y forma de ejecución eligiendo una de las posibilidades

establecidas legalmente. La determinación judicial de la pena no comprende como su nombre parece indicar, solamente la fijación de la pena aplicable, sino también su suspensión condicional con imposición de obligaciones e instrucciones, la amonestación con reserva de pena, la dispensa de pena, la declaración de impunidad, la imposición de medidas de seguridad, la imposición del comiso y de la confiscación, así como de las consecuencias accesorias (...). (Sentencia Expediente N° 85, 2008, apartado VIII párr. 2)

Esta determinación judicial de la pena tiene una función principal y antagonica dentro del proceso penal actual, pues nos sirve de instrumento para determinar los criterios que servirán al juzgador para la direccionalización de la decisión judicial a emitir; ello quiere decir, que es como una especie de descarte de premisas fácticas y jurídicas que deben entrar o no a tallar para emitir el respectivo fallo para que por medio de ello se pueda identificar la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar al autor del hecho punible.

2.2.2.2.2. La Reparación Civil

2.2.2.2.2.1. Definición

Se debe precisar que el hecho punible no solo genera consecuencias penales al autor, sino también generan consecuencias civiles; por tanto, toda persona que cometa un ilícito penal e incluso las declaradas inimputable tienen el deber jurídico de restituir las cosas al estado anterior a la comisión de la conducta típica si es que ello fuera factible, caso contrario, deberá resarcir el daño causado a la víctima y de esta manera nace el vínculo civil o responsabilidad civil derivada del hecho punible.

La concepción de la reparación abarca varias opciones semánticas, para poner el ejemplo más claro, cuando una persona ha cometido un hecho punible tipificado como falta, se puede realizar un acepción simbólica de este instituto jurídico, pues, el autor resarce el daño

causado mediante unas disculpas que es un acto gestual de reconocimiento de la culpa que no involucrar algo netamente monetario; pero también existe la opción económica que es la más conocida por el sistema jurídico que puede a la vez subdividirse en restitutorio (cuando el autor aún posee el objeto del delito en sus manos, se encuentra obligado a devolverlo), resarcitorio (cuando el autor tiene aún el bien que originó el delito, pero no se encuentra en el mismo estado en el cual se apropió de él) o indemnizatoria (cuando el autor no tiene el bien que se apropió o no es un bien material produciendo daños no cuantificables materialmente, ello quiere decir, daño físico y psicológico) (Amayo Lazo, 2016). De lo que se puede apreciar es que la reparación civil no significa directamente resarcir monetariamente el daño, es más nuestra misma norma procesal lo indica de esa manera en el Título IV del Libro I del Código Penal Peruano 93° en la cual instituye que la reparación civil abarca la restitución del bien, si fuera posible; y, el resarcimiento del daño causado.

Para que surja la figura de la reparación civil, ésta, sienta sus bases en la condición de ilícito que ostenta el hecho punible y como sustentamos esta premisa de la siguiente manera: el hecho punible pueden ser catalogados como delitos o como faltas, en nuestro caso, solo consideraremos a los delitos. Para que un hecho sea considerado como delito tiene que cumplir tres requisitos siendo ellos que debe estar considerado en la ley penal como delito (típico), que dicho actuar no se encuentre justificado en ninguna ley y que el sistema jurídico no lo soporte (antijurídico); y, que el autor, con conocimiento de causa, cometa el acto (culpable). Nos centraremos en el aspecto de la antijuricidad del acto, o sea algo ilícito porque no es avalado por la ley y su comisión repercute tanto en la sociedad como al directamente afectado por el delito. Es de dicha repercusión que va a surgir una afectación o daño a la víctima, el cual debe ser resarcido conforme al criterio del juzgador en la cuantía que este determine y esa es la denominada “reparación civil”, es la consecuencia jurídica originada por la comisión de un hecho punible, independiente de la responsabilidad penal,

que obliga al autor del delito a resarcir los daños ocasionados por la comisión de dicho ilícito a la víctima surgiendo, a modo de economía procesal, una relación civil dentro del proceso penal.

2.2.2.2.2.2. Naturaleza Jurídica

Este apartado resulta importante para el estudio de la reparación civil, debido a que nos abrirá un panorama que nos va a permitir conocer los planteamientos doctrinales sobre su origen jurídico de este instituto, su fundamento y finalidad para la cual fue creada y el enfoque funcional de este.

En este sentido existen diversas teorías respecto a la naturaleza jurídica de la reparación civil en el ordenamiento jurídico, siendo estas las que postulan la naturaleza jurídica pública de la reparación civil, las que postulan la naturaleza jurídica privada y la ecléctica o mixta (Zamora Barboza, 2014).

- a) Tesis de la Naturaleza Jurídica Pública: la cual es abordada por una actual minoría, la cual sustenta el surgimiento de la reparación civil surge de una relación jurídico penal. Para dicho fundamentación, éstos doctrinarios indican que ello obedece a la ubicación del instituto y al ser el Derecho Penal una rama del Derecho Público no hay mayor razonamiento que hacer respecto a la naturaleza pública de la Reparación Civil.
- b) Tesis de la Naturaleza Jurídica Privada: La cual aborda el tema desde el punto de vista civil del instituto. Su surgimiento se produce ante la premisa que resulta errado indicar que por el solo hecho de que la reparación civil se encuentre dentro del Derecho Penal, se deba reconocer a este como un instituto de naturaleza pública, pues su ubicación en ese plano puede obedecer a muchas cuestiones consustanciales: decisiones políticas, legislativas o meros pragmatismos jurídicos y simplificación procesal.

Es más muchos de estos doctrinarios afirma que el motivo por el cual se produce la inclusión de la reparación civil dentro de la esfera de lo penal es porque el sistema penal, históricamente, surgió mucho antes que el sistema civil y al no haber otro que pueda soportar dicho instituto dentro de su ordenamiento, no tuvo otra opción más que establecerlo dentro del ordenamiento penal. Sostiene que, en caso el legislador derogase toda la legislación penal que enmarcara la reparación civil, ello sería irrelevante; pues, debido a su gran connotación civil, se podría realizar su acción bajo el marco del Código Civil sin ningún tipo de dificultad.

c) Las teorías mixtas: dichas teorías las resumimos en simples palabras la pretensión posee una naturaleza jurídica privada; pero, el ejercicio de la acción jurídica resarcitoria se encuentra dentro de la esfera del Derecho Público.

Ello también repercute en la legislación penal actual del Perú, quien acoge la teoría de la naturaleza jurídica ecléctica de la Reparación Civil debido a que en el inciso 1 del Artículo 11° del Código Procesal Penal establece la acción civil derivada de la comisión de un hecho punible corresponde al Ministerio Público, pero a su vez también corresponde al perjudicado. Si el perjudicado se constituye en actor civil, en ese momento, el Ministerio Público pierde toda legitimidad para poder conocer respecto a la cuantificación y modo de reparación civil siendo competencia exclusiva del actor civil. Es por este hecho, la imposición al Ministerio Público para la persecución del delito y de la reparación civil que muchos doctrinarios dieron concepción a la naturaleza pública de la Reparación Civil y ello anteriormente se revalidaba en el enunciado del artículo 92° del Código de Procedimientos Penales. Pero, el derecho no es estático, y surgió la figura del actor civil, en tal sentido si solo el Ministerio Público tiene derecho a cuantificar los daños, sería contra producente admitir la existencia de un actor civil, pues este ya no podría cuantificar el daño, ni realizar las transacciones respecto al hecho punible cometido, sino que sería competencia exclusiva del Ministerio Público. No obstante a ello, una postura doctrinaria, mucho más adecuada, indica que la razón principal por la

cual la legislación le ha entregado facultades al Ministerio Público es por la existencia de un interés público para que exista un resarcimiento del daño causado por la comisión del hecho punible (Amayo Lazo, 2016).

De una manera más clara y precisa podemos verificar que nuestro actual sistema jurídico penal respalda la tesis sobre la naturaleza jurídica ecléctica de la reparación civil cuando en el artículo 98° del Código Procesal Penal indica que la acción reparatoria, en el Proceso Penal, solo podrá ser exigida solamente por la víctima, ello quiere decir, el que se encuentre debidamente legitimado por ley para reclamar la reparación, y, en todo caso, los daños y perjuicios originados por el delito.

2.2.2.2.2.3. Sujetos

Una vez ya establecida la naturaleza jurídica respecto al instituto, corresponde saber los sujetos que intervienen en la relación jurídica, que se encuentren legitimados para su petición y posterior concesión de éste. Siendo que los principales sujetos que se encuentran legitimados para incoar una pretensión resarcitoria dentro del proceso penal es el Ministerio Público y el directamente afectado, mediante la constitución de actor civil en el proceso.

Es de verificarse ello dentro del Nuevo Sistema Penal Peruano, pues, éste en su artículo 98° del Código Procesal Penal del 2004 establece que la acción civil es función única y exclusiva del que resulte directamente afectado por el hecho punible; ello quiere decir, aquella persona que la legislación civil establezca su legitimidad para que pueda requerir el resarcimiento de los daño causados. No obstante, ello no impide que el Ministerio Público se encuentre facultado para que requiera también el resarcimiento de los daños al momento de formular su acusación o presentación del caso, conforme lo consagra el artículo 11° de la norma adjetiva, debiéndose tener en cuenta que esta facultad otorgada al Ministerio Público es

extraordinaria; pues, sólo podrá accionarla cuando se encuentre el proceso sin constitución de actor civil alguno.

2.2.2.2.2.4. La Acción Civil derivada de la comisión de un Hecho Punible

Este apartado de la investigación es una retroalimentación de lo visto en el anterior apartado, respecto a los sujetos que intervienen más algunos nuevos aspectos que serán de obligatoria observancia, por lo que se dividirá de la siguiente manera:

A. Titular del Ejercicio de la Acción Civil: como ya se había indicado anteriormente en el apartado que antecede, existen dos sujetos procesales que pueden ejercer el derecho a exigir la reparación civil; en primer término, el directamente afectado, quien, mediante la constitución en actor civil se encuentra legitimado para pedir y cuantificar el monto de este, independientemente a ello podrá realizarse la acción penal. Ésta legitimación se encuentra amparada por el Artículo 98° del Código Procesal Penal.

Mientras tanto, existe una legitimación extraordinaria la cual se encuentra establecida en el primer párrafo del artículo 11° del Código Procesal Penal, en la cual indica que el titular de la acción civil, hasta que exista constitución de actor civil, recae en la figura del Ministerio Público, una vez consumada la constitución, cesa la legitimidad de este.

B. Ejercicio Alternativo de la Acción Civil; Este supuesto se encuentra enmarcado en artículo 12° del Código Procesal Penal, mediante el cual se le faculta al perjudicado (agraviado) optar por dos caminos, la constitución en actor civil para conseguir la fijación del monto resarcitorio o, en todo caso, optar por la vía civil para obtener dicho monto económico. Siendo que, una vez iniciado el trámite en una de las dos vías no se podrá retrotraer el mismo para cambiar la naturaleza de la petición, ello quiere decir, que el optar por una, precluye a la otra.

No obstante, existe una precisión que se debe hacerse, resulta muy discutible indicarse que se obtiene el resarcimiento de la reparación civil siempre y cuando se encuentre la responsabilidad penal del autor y por qué ello, pues, por el simple hecho de que se desmorona la tesis de la independencia de la acción civil derivada del hecho punible de la acción penal; también resultando errático ello, toda vez que existen sentencias absolutorias en las cuales se han fijado reparaciones civiles, como en el caso de aquellas que pasaron los filtros y terminaron siendo procesos por faltas o aquellas en la que se comete delito, pero, el agente es inimputable o en todo caso se ha cometido un error al momento de calificar el tipo y este ha sido advertido por el juzgador y se debe absolver por no englobar todas las características del tipo penal incoado; entonces, no se puede realizar la relación de dependencia respecto a ambas acciones derivadas del hecho punible; pues, ambas tienen caracteres compositivos distintos y autónomos uno de otro.

Lo afirmado anteriormente, se encuentra incorporado en el inciso 3 del artículo 12° del Código Procesal Penal, el cual estipula un pronunciamiento sobre la reparación civil de parte del Órgano Jurisdiccional así, el proceso, haya tenido como desenlace una sentencia absolutoria y así reconoce la independencia que éste instituto ostenta ante la acción penal.

C. El Desistimiento y la Transacción: Ello a merito que el actor civil constituído puede optar de desistirse de la petición del monto resarcitorio hasta antes del inicio de la Etapa Intermedia (Acusación, Sobreseimiento o Mixto) posterior a ello solo el juez podrá declarar el abandono del actor civil del proceso, concediéndole la legitimidad para conocer sobre la reparación civil al Ministerio Público, conforme a lo establecido en el artículo 359° inciso 7 del Código Proesal Penal. Dicho desistimiento, antes enmarcado, no perjudica a que el perjudicado pueda acudir ante la Jurisdicción Civil para que pueda exigir el resarcimiento del daño causado. En el Perú, se ha hecho popular dicho método

de desistirse de la constitución en actor civil con la finalidad de poder iniciar la tramitación de un proceso civil en la cual se pueda exigir su resarcimiento efectivo.

Respecto a la transacción, el Código Procesal Penal del 2004, en su artículo 14° estipula la figura de la transacción sobre el monto resarcitorio, mediante el cual se faculta a la parte imputada y agraviada a transigir, respecto a este punto, siendo que el Ministerio Público no tiene ningún tipo de intervención en dicha relación. Para que la transacción tenga efecto legal, debe ser formalizado ante el Juez de la Investigación Preparatoria, quien dispondrá lo conveniente, reiterando, sin intervención del Ministerio Público en Audiencia.

2.2.2.2.2.5. Determinación del daño para la fijación de la Reparación Civil.

En primer lugar, para poder abordar de mejor manera el presente apartado es necesario arribar a una definición concreta de lo que es el daño, si bien es cierto, se ha mencionado de manera escueta algunas generalidades relacionadas al tema, es necesario llegar a la precisión del término. El daño, es un termino usado en la legislación civil que significa toda aquella acción que cause detrimento o menoscabo a todo aquel interés que se encuentre jurídicamente tutelado, en ello podemos encontrar a los bienes materiales, inmateriales (daño psicológico), afectación física de la persona, entre otros. En otras palabras, el daño involucra una alteración insoportable jurídicamente al interés jurídicamente protegido de un individuo, ya sea que involucre daños patrimoniales o extrapatrimoniales (Amayo Lazo, 2016).

Nos referimos a daños patrimoniales a aquellas que atenten contra el patrimonio de la persona, bienes muebles e inmuebles, acciones, entre otros. Los daños extra patrimoniales son aquellos que afectan de manera directa a la persona, sea física, psicológica o biológicamente.

La determinación de este daño, es la base en la cual se sienta la reparación civil, en tal sentido, la determinación de ésta constituye un trabajo argumentativos que realiza el juez, durante el devenir del proceso penal, mediante el cual: a) Se puede acreditar la existencia del hecho

ilícito, ya sea que este no sea delito, (como se expresó anteriormente, puede que se sobresea porque no sea un delito en sí, puede que sea una falta, pero, se le puede imponer una reparación civil; en tal sentido, el Juez de Paz Letrado ya no tendría que imponer nueva reparación civil por aplicación del Nom Bis In Idem); b) Cuando se verifica, en la relación procesal, los elementos que deben confluir para la configuración de una responsabilidad civil en los hechos materia de investigación (premisa fáctica); c) Cuando el Juez proponga una fórmula con la finalidad de resarcimiento satisfactorio de todos los perjuicios que ha generado el hecho punible al afectado (Zamora Barboza, 2014).

Se debe tener en claro un aspecto, la fundamentación fáctica para la determinación de la reparación civil “es fundamental” en el proceso penal sino ¿en qué se basaría el juez para la determinación de ésta? Lamentablemente, en la justicia penal peruana, no se da este hecho; lo más próximo a ello es apreciar el contenido de una Acusación Fiscal, se narra el hecho, se tipifica, se sustenta el porqué de la pena solicitada, pero, la reparación civil simplemente se encuentra un apartado que no determina el daño causado, el lucro cesante, el daño emergente; por lo que, carece de todo fundamento dejando al juez la labor total de identificación de los presupuestos. Muchas veces, incluso, los actores civiles no saben expresar de manera correcta dicha situación, transcribiendo simplemente lo que ellos estimen cuantificable para su conveniencia y distorsionando la situación de la reparación civil a solicitar, sin un parámetro legal o jurisprudencial al cual ampare su dicho.

En la doctrina internacional, podemos corroborar la existencia de dos sistemas que se utilizan para la determinación de la reparación civil siendo el primero es el denominado sistema tasado, mediante el cual la fórmula de indemnización ya se encuentra pre establecida en el ordenamiento y obedece al tipo de daño que se ha causado al afectado y una limitación máxima que la misma legislación ha establecido para cada tipo de daño; viene a ser un tipo de resarcimiento más mecánico que razonado. El otro sistema es el que nuestro país posee,

“el Sistema de Determinación Discrecional de la Reparación Civil”, mediante el cual la legislación le entrega facultades discrecionales al juzgador para que fije la reparación civil en base a premisas valorativas y criterio del juez. No obstante, ello tiene su desventaja por el hecho de vincularlo muchas veces con actos arbitrario o fijación desmedidas de la misma, por lo que la jurisprudencia ha tenido la obligación de tener que fijar criterios estandarizados para la fijación de la misma (Zamora Barboza, 2014).

Habiendo hecho esta breve introducción al presente apartado, lo dividiré de la siguiente manera para que sea comprensible en mayor amplitud:

a. Criterios para la Cuantificación de la Reparación Civil.

Como se manifestó en la introducción al apartado para que el juez pueda determinar de manera correcta la reparación civil deben concurrir premisas fácticas que le permitan cuantificar los daños que se puedan advertir por la comisión del hecho que atenten contra el agraviado, de tal manera, que el resarcimiento sea proporcional al daño causado. Debiéndose tener presente que el propósito fundamental para que surja esta figura jurídica es el de colocar a la víctima a la postura que ésta tenía hasta antes de se cometiera el hecho punible. Por lo que se debe proceder a cuantificaciones separadas entre el daño patrimonial y el daño extra patrimonial que se pueda causar en el ilícito que se cometa.

b. Cuantificación de los Daños Patrimoniales

Ya se tiene en claro que los daños patrimoniales, son todo aquellas acciones que causan menoscabo al patrimonio del afectado lo cual desemboca en una pérdida pecuniaria de la víctima y que no causa mucha dificultad para la determinación en términos monetarios, toda vez que éstas se expresan en cantidades dinerarias, además que puede dar la posibilidad de poder sustituir el bien dañado por uno nuevo con las mismas características. Para cuantificar este tipo de daño, basta la observación del precio que posee el bien en el mercado a lo cual

se le puede sumar los el periodo de inactividad de dicho bien, en los cuales se pudo obtener una renta o ganancia por su uso (lucro cesante), siempre en base a lo que el mercado estime respecto al costo de la materia prima pueda tener en el mercado. El método que se utiliza para resarcir el daño patrimonial es mediante la reparación integral, pero, si el bien sigue funcionando ¿se debe realizar la reparación integral? Si, efectivamente, pero no del bien, sino del servicio de mantenimiento para que el bien siga funcionando; reparación integral se entiende a la amortización económica que se realiza por todo el valor del bien que se vio afectado por el ilícito cometido. Es por ello que resulta de vital importancia los medios probatorios que aporten las víctimas, boletas de compra del bien y las mejoras que se le han realizado a dicho bien; con la boleta de venta se puede saber la antigüedad del bien, el estado, el funcionamiento, el precio y las características que tiene este en el mercado, con la finalidad de tener un criterio potencial para la determinación del daño.

En el daño patrimonial, a su vez, hay que evaluar los elementos constitutivos de la responsabilidad civil para su cuantificación correcta; en tal sentido, se debe cuantificar el daño emergente y el lucro cesante, pues, el nexo carece de valoración.

Para cuantificar el daño emergente originado por la comisión de un delito se debe tener en cuenta la pérdida patrimonial efectiva posterior a que se produzca la inutilización, destrucción o pérdida del bien de la víctima; lo cual, genera una desventaja a éste que causa su empobrecimiento. El artículo 1985° del Código Civil establece como criterio para la determinación de la indemnización comprende las consecuencias jurídicas que se deriven de la acción generadora del daño, en otras palabras, del hecho punible. El daño emergente, en el derecho civil, involucra el hecho de la disminución patrimonial del afectado, ello no causa problemas en su determinación por el hecho de tratarse de patrimonio, el cual puede ser apreciable monetariamente; pero, es de vital importancia, para su determinación, el

ofrecimiento de pruebas que formule el afectado con la finalidad de demostrar su derecho y la valorización del bien por el cual se le ha disminuído el patrimonio.

A manera de ejemplo, si a una persona le roban un celular en la calle y no se logra recuperar el equipo, el daño emergente equivale al valor total del bien; si se llega a robar un televisor, pero la policía llega a detener al autor del hecho aún con el artefacto en su poder, advirtiéndose que existe una rotura pequeña en la parte superior de éste, existen dos posibilidades para daño emergente: en primer lugar, se puede dar el caso que el artefacto funcione con una leve alteración en su coloración al encender, entonces el daño emergente equivale al coste de reparación más los gastos adicionales por movilización para realizar la operación de arreglado respectivo. En caso el artefacto, no funciones se deberá restituir el monto del bien en su totalidad.

Pero, el daño emergente no solo se presenta en casos de daños patrimoniales, es de recordar lo mencionado anteriormente, para que exista reparación civil se necesita la confluencia de todos los elementos constitutivos de la responsabilidad civil en el hecho punible y ello se manifiesta por constituir un hecho antijurídico para el ordenamiento, y al no soportar la sociedad dicho comportamiento se produce un daño al afectado; por ende, el daño emergente también se encuentra dentro de la esfera de los daños extrapatrimoniales, que también son cuantificables por causar empobrecimiento en la persona (principal fundamento del daño emergente). Y ¿cómo se cuantifica el daño emergente en casos de daños extrapatrimoniales? Mediante los gastos de recuperación, medicina o internamiento del afectado, los traslados al nosocomio y el pago de la ambulancia lo cual puede ser demostrable documentalmente con las boletas respectivas. En caso la víctima falleciese, se podría incluir el gasto de sepelio, el pago del nicho y entre otros aspectos subjetivos familiares, los cuales también son apreciables mediante boletas respectivas.

Para la cuantificación del lucro cesante, lo que se debe saber, en primera instancia, que es un espectaculo y ¿por qué? Porque es una proyección que debe realizar el agraviado de todo aquello que pudo enriquecerse por el funcionamiento del bien y que se ha dejado de percibir por su inutilización temporal o total. Entonces se cuantificaría de la siguiente manera: Si en un hecho delictivo me roban un dispensador de helados, pero lo llevo a recuperar a 15 días de realizado el robo, más otros 15 días de reparación, entonces he sido perjudicado 30 días de trabajo con dicho artefacto; en tal sentido, haciendo un muestreo en las personas que se desempeñan en el mismo rubro, ellos venden 70 bolas de helado por día, cada una a 3 soles. Realizando operación matemática sería $70 \times 3 = S/. 210.00 \times 30 = S/. 6,300.00$ de lucro cesante que deben estar incorporados dentro de la reparación civil.

El mismo caso se da en caso de la cuantificación del lucro cesante en daños extrapatrimoniales, por ejemplo, una persona agredida, con trabajo estable, con ganancia de S/. 5,000.00 al mes, se le otorga descanso médico por 15 días; en tal caso se procederá a dividir el sueldo por 30 y multiplicarlo por los días de descanso médico. Si existiese muerte, es un aspecto mucho más subjetivo que depende mucho a la sujeción jurisprudencial y la discrecionalidad del juez para valorar dichos aspectos. En caso no fallezca la persona, pero, ésta no tenga trabajo estable, se puede cuantificar el lucro cesante en base al mínimo vital establecido al momento de la comisión del hecho e incorporarlo con los demás elementos constitutivos de la reparación civil.

c. Cuantificación de los daños extrapatrimoniales

Según nuestro ordenamiento civil actual existen dos categorías de daños extrapatrimoniales, los cuales son: el daño moral y el daño a la persona. Ello a lo largo del tiempo ha traído discrepancias en la doctrina; muchos autores han indicado que la única categoría de daño extrapatrimonial que debe existir es el daño moral, pues, el daño a la persona es un concepto vago, en pleno desarrollo y que puede encontrarse enmarcado de mejor manera en el daño

emergente, lucro cesante e incluso en el daño moral. Otros consideran lo adverso, que daño a la persona y el daño moral son muy distintos el uno del otro y que merece tratamiento separado y que pueden coexistir en el mismo tipo de daño (extrapatrimonial). Una tercera postura indica que uno es el mundo (daño a la persona) y el otro es un continente (daño moral) haciendo que surja una relación género- especie (Castillo Alva, 2001).

El daño moral constituye una lesión inferida a la persona en su esfera emocional-sentimental, la cual le produce dolor, aflicción o sufrimiento. Dicho instituto se encuentra regulado en los artículos 1983° y 1984° del Código Civil.

Este tipo de daño, en los casos de delitos Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, los delitos Contro el Patrimonio, siempre se encuentra presente en la víctima que sufre grandes secuelas en la esfera emotiva ya que involucran agresiones, muerte de un ser querido, sustos por robo o amedrentamientos. A manera de ejemplo podemos indicar cuando una persona muere a causa de un accidente de tránsito, ello causa dolor y sufrimiento a sus familiares más cercanos a este, además que el autor debe pagar los gastos de internamiento y todo aquello que tenga que ver con el daño emergente. Ello implica que no solo la víctima puede sufrir daño moral a consecuencia de un hecho punible, sino, también sus seres más cercanos, los cuales son indemnizables mediante reparación civil en el Proceso Penal.

Ahora bien, la cuantificación de este daño moral es un problema muy frecuente para el juzgador por dos motivos muy claros; el primero se refiere a la prueba documental para poder corroborar la existencia del daño moral, recordemos que la determinación de la reparación civil involucra un tema netamente valorativo instrumental (pruebas documentales) que acrediten la existencia de este, y, al no tener las pruebas documentales suficientes para ello desemboca en el siguiente problema que es la cuantificación del daño moral. Es por ello que aquí también interviene la jurisprudencia, ella nos indica que en caso de muerte de una persona, siempre va a estar acompañado de un daño a los familiares; no

obstante, para los casos en que ésta no se produzca, el juez, deberá tener una flexibilidad adecuada para la exigencia de la comprobación de la existencia de este tipo de daño, debiendo recurrir al criterio de conciencia para la consideración de encontrar corroborada o no la existencia de daño moral en el caso. Para tal caso es mucho más conveniente y científico el apoyo del magistrado mediante una pericia de parte que determine la existencia de este tipo de daño (Villegas Paiva, 2013).

El daño a la persona no es más ni menos que el daño que recibe la víctima en su integridad física, debiendo tener en cuenta que la persona se considera sujeto de derecho desde su concepción hasta su muerte.

Este tipo de daño, como se manifestó anteriormente se encuentra regulado en el Código Civil en los casos de existencia de responsabilidad civil extra contractual, específicamente en el artículo 1985° del citado Código Adjetivo.

Uno de los casos más palpables de daño a las personas es el que se da en el delito de lesiones, donde es palpable a simple vista la existencia de este por distintos signos: hematomas, hinchazones, sangrado, cortaduras, entre otros. Por lo que cuando el juez encuentre responsabilidad penal del acusado por este delito, siempre fija un monto indemnizatorio respecto al daño físico que se le ha ocasionado a la persona, la cual debe conformar un aspecto referente a todo el universo que debe abarcar la fijación de la reparación civil en dichos casos, por ejemplo, los gastos para hospitalización, medicina(daño emergente) e incluso el daño moral causado a loss familiares y a la víctima.

Se debe dejar en claro que en un mismo caso pueden confluir los dos tipos de daño (patrimonial y extrapatrimonial) los cuales deben ser cuantificados de manera satisfactoria en el desarrollo del juicio mediante pruebas documentales; no obstante, el juez al emitir sentencia, debe proceder realizar las precisiones respecto a ello, quiere decir, que debe tratar

de manera individual el daño patrimonial y extrapatrimonial confluentes en el caso que al final se deberá sumar para el cálculo total de la reparación civil.

Pero como se ha dicho anteriormente, probar, cuantificar y cuantificar los daños extrapatrimoniales constituyen un dolor de cabeza para los magistrados en la actualidad; pero, la dificultad de la cuantificación de este tipo de daño no radica en otra esfera que no sea en la cuantificación en monedas del daño causado pero a su vez cumplir con ello sin que se exceda la naturaleza del resarcimiento. Ello involucra un problema mayor para los jueces penales, pues, muchos de ellos desconocen muchos temas respecto a la responsabilidad civil puede conllevar a problemas mayores. Al no ser cuantificable monetariamente, muchas veces una pericia nos puede dar una ayuda o soporte para saber la existencia de este, pero, no nos ayuda a cuantificar y a la valuación de esta, por lo que muchas veces se considera que el criterio del juez debe primar en este aspecto, debiendo proponer una fórmula resarcitoria adecuada en base a la equidad.

Es por ello, que resulta muy dificultoso establecer criterios específicos que contribuyan al juez a determinar de una manera real y correcta este tipo de daño; es por ello, que se le ha dado autonomía al juez para que con el criterio de conciencia pueda establecer una aproximación al monto indemnizatorio y poder apoyarse en alguna prueba actuada en el juicio para poder realizar la valuación de este tipo de daño, siempre teniendo presente el Principio de Equidad.

Para poder adoptar una fórmula resarcitoria basada en la equidad el juez debe tener en consideración ciertos elementos que van a contribuir a la correcta determinación de una fórmula resarcitoria idónea los cuales son: la observación de la naturaleza y gravedad del ilícito cometido, la intensidad y consecuencias del sufrimiento, los cuales deben estar contrastados con la edad de la (s) víctimas y ello vincularlo con la edad y el sexo,

considerando también la condición económica de los agraviados. (Zamora Barboza, 2014, p. 374)

2.2.2.3. Motivación de la Sentencia Condenatoria

2.2.2.3.1. Definición

Es indiscutible, que posterior a la realización de un debido proceso penal, este concluya con el resultado final del proceso, siendo esta la emisión de la sentencia; ya sea esta condenatoria o absolutoria, centrándonos únicamente en esta investigación en la sentencia condenatoria.

En anteriores apartados ya se ha definido que es la sentencia condenatoria, pero, lo que corresponde a este es definir en qué consiste la motivación de esta.

Consiste en un Principio derivado del Debido Proceso, mediante el cual, el magistrado, se encuentra en la obligación de fundamentar conforme a derecho y las circunstancias empíricas, que rodean al caso, la sentencia condenatoria que va a emitir, satisfaciendo de dicha manera el interés jurídico de la sociedad para la solución de dicha perturbación de la paz social; por ello, esta debe ser de calidad para que posteriormente pueda ser aplicado para posteriores casos similares a manera de antecedente y así cumpla su rol dentro del sistema jurídico peruano.

En su contenido, la sentencia condenatoria, debe expresar logicidad pura en sus palabras, todas ellas deben estar debidamente concatenadas con la finalidad del sustento de la parte resolutive; sin embargo, a parte de los requerimientos anteriormente establecidos la motivación de la sentencia condenatoria va a requerir de ciertos elementos adicionales para la exposición final del resultado.

Los elementos adicionales que debe contener las sentencias condenatorias son:

- Correcta Axiológicamente; ello se refiere a que debe expresar valores que han sido reconocidos jurídicamente de manera correcta para sustentar el fallo.
- Universal; ello se refiere a que deben usar argumentos tales que permitan la utilización de la sentencia en casos postumos y tengan la misma validez y sustento, a excepción de la fundamentación fáctica que es independiente en cada caso.
- Sincera; no debe contener falacias en su contenido, sino que debe sustentarse en los hechos que han sido debidamente corroborados.
- Eficiente; pues, todo el contenido debe estar concatenado de tal manera que solidifique la decisión a adoptar (el fallo).
- Suficiente; respecto a que solo debe expresar los argumentos concretos y exactos que han conllevado al magistrado a emitir la sentencia condenatoria, no debe agregarse contenidos innecesarios o secundarios que no tengan una vinculación concreta con la decisión final.
- Controversial; porque atiende a los argumentos del interlocutor (juez) cuyos argumentos pueden ser rebatidos de manera argumentada y racional mediante los recursos impugnatorios.
- Contextualizada; por que su contenido expresa una pertinencia a determinado sistema jurídico (Europeo, Anglosajón).
- Persuasiva; porque lo dota, en su contenido, de persuasión.

La motivación de las resoluciones judiciales constituye un derecho-deber, un derecho que le corresponde a las partes y a la sociedad, a los cuales, el Órgano Jurisdiccional da a entender al existencia de un Debido Proceso y la seguridad jurídica; constituyéndose de esta manera en una limitación al Ius Ponnendi del estado y la emisión de sentencias arbitrarias. Constituye un deber, debido a que un Estado Constitucional de Derecho exige al juez la

emisión de fallos congruentes y acorde a derecho que puedan generar la confianza de los ciudadanos de una correcta administración de justicia por parte del Poder Judicial.

Es tal la importancia de este Principio Constitucional que nuestra Constitución lo consagra y protege de manera explícita en su artículo 139° inciso 5, estableciéndolo como principio y derecho de la función jurisdiccional del Estado. Cabe hacer una precisión en este apartado, pues, la motivación de las decisiones con carácter resolutivo o que pone fin a una controversia o petición se dan en muchos campos, no solo en el judicial, por ejemplo, el laudo arbitral es una decisión final emitido luego de la realización de un procedimiento arbitral y el cual necesariamente debe sustentar y motivar la decisión arribada por los árbitros; otro ejemplo son las resoluciones emitidas por las Municipalidades para resolver las peticiones de los administrados, las cuales también deben ser motivadas acordes para que produzcan los efectos requeridos; los órganos constitucionalmente autónomos también emiten este tipo de fallos, ello denota que el campo de aplicación de este principio no solo se centra en el Órgano Jurisdiccional, sino que también tiene efectos sobre sobre la Administración Pública y las Entidades Privadas que prestan Servicios Públicos.

Para aunar más en el tema de la motivación de las resoluciones judiciales en la esfera de lo Penal resulta necesario indicar que en el artículo VI de Código Procesal Penal consagra la aplicación de la motivación de las decisiones judiciales de parte de los jueces al imponer medidas limitativas de derechos, medidas de coerción personal, privativa de libertad entre otras que ampare la legislación nacional; con consonancia de la aplicación del Principio de Proporcionalidad. De igual manera podemos mencionar que el artículo 123° de la citada norma, indica que la resolución judicial deberá contener, de manera clara y expresa, los hechos que generaron la litis y las pruebas que se observaron para sustentar la decisión arribada. La sentencia que se emita resultado del proceso penal debe ser, motivada de manera clara, lógica y completa de los hechos que han originado la litis, las cuales deberán

considerarse, de acuerdo al caso, como probada e improbadamente, conforme a lo regulado en el inciso 3 del artículo 394° del Código Adjetivo.

Para terminar con la concepción de este principio, resulta necesario saber que este maneja dos esferas consustan; en primer término tenemos a la esfera endoprocesal, la cual involucra un convencer a las partes que intervienen en una litis que la decisión arribada por el Órgano Jurisdiccional es la correcta, delimitando de manera correcta los alcances que tiene la sentencia y, a su vez, dándole las herramientas necesarias para poder refutar su contenido si es que así fuera el deseo de la parte que se sienta perjudicada por la misma, de esta manera, los órganos revisores de los recursos (Apelación y Casación) tienen una posibilidad de tener facilitada su facultad revisora de la decisión judicial recurrida. La segunda esfera que abarca este principio se refiere a la extraprocesal, la cual abarca la obligatoriedad de la aplicación de este principio en las decisiones que se emita por parte del Órgano Jurisdiccional, ya que, la motivación de resoluciones judiciales es un precepto principista que se encuentra avalado en la Constitución Política del Perú y merece ser controlado su aplicación, ya sea institucionalmente (OCMA y ODECMA), como también de manera difusa o generalizada (Huamán, 2018).

2.2.2.3.2. Finalidad de la Motivación de las Sentencias Condenatorias

En líneas anteriores se ha indicado que mediante el presente principio se garantiza al ciudadano la seguridad jurídica de obtener un resultado óptimo y basado en derecho al momento que éste recurre al Órgano Jurisdiccional con la intención de obtener tutela de sus derechos que considere que se encuentra siendo lesionado por un tercero, en mérito, a que el Poder Judicial disponga las medidas respectivas para el cese de los actos contra los derechos del tutelado. Siempre respetando la línea de proporcionalidad de la medida adoptada en la sentencia, con la finalidad de satisfacer la petición y no causar un perjuicio desmedido al tercero.

Es de advertir que la principal finalidad que tiene la Motivación Judicial de la Sentencia Condenatoria es la justificación del cuántum y tipo de pena impuesta al sentenciado, así como la justificación de la Reparación Civil que se le impone mediante criterios concretos que sustentan de manera sólida la parte resolutive de la sentencia. Las premisas fácticas utilizadas para la imposición de la condena tienen que encajar de manera clara, precisa y delimitada con el tipo penal; y, concatenada la fundamentación fáctica y jurídica de manera tal que los elementos de convicción (pruebas, documentales, personales y científicas) den probidad absoluta de la tesis fiscal (teoría del caso) y que a la vez genere certeza en el juzgador y pueda realizar una correcta motivación de la condena; caso contrario, se pueden dar dos supuestos: a) Si no genera convicción las pruebas documentales, sin embargo, el tipo penal encaja con los hechos; entonces, se debe proceder a absolver (caso que no se analiza en este trabajo). b) Las pruebas, el tipo penal y la teoría del caso concuerdan armónicamente para poder condenar, pero, el juez no motiva bien su decisión; entonces, dicha sentencia deviene en nula en Sala, por infracción al derecho constitucional de motivación de resoluciones judiciales.

Si el juez resuelve de tal manera, se encuentra en una obligación moral, legal y constitucional de dar las razones por las cuales ha arribado a dicha decisión en determinado proceso penal, la cual debe tener una justificación interna de la decisión que se encuentran expresadas en la fundamentación fáctica y jurídica que llevaron al juez a la decisión arribada en la parte resolutive; y, por otro lado, una justificación externa la cual consiste en el simple hecho de la racionalidad de la decisión judicial arribada y ello conlleva a una corrección material de las premisas utilizadas en el proceso; pues si bien es cierto, una inferencia puede ser formalmente correcta, ello no quita que pueda ser irrazonable (Zavaleta, 2014)

Por lo mencionado anteriormente, podemos indicar que la justificación externa consiste en el trabajo argumentativo que realiza el juez, que consiste en la fundamentación de las

premisas usadas en la justificación interna, las premisas que sustentan el silogismo jurídico y que amerite una consecuencia jurídico penal, las cuales se deben obtener mediante una razonamiento constitucional, pues, interviene en esta fase el Principio de Proporcionalidad; imponiendo, por tal motivo, un grado de dificultad al juzgador. (Cárdenas, 2016).

Cumpliendo estos dos requisitos (justificación interna y externa) tendremos resoluciones justas y de calidad, que puedan pasar airoas cualquier examen o crítica que puedan realizar la ciudadanía, recordando la esfera extraprocesal de la sentencia que se emita, en el ejercicio de sus derechos de control que la Constitución el reconoce (Ticona, 2002).

2.2.2.3.3. La motivación de la Sentencia Condenatoria como derecho fundamental.

Como ya hemos desarrollado en líneas anteriores, la motivación judicial de resoluciones judiciales constituye un imperativo constitucional debido a que toda resolución emanada en el ejercicio de la actividad jurisdiccional tiene que ser debidamente motivada, conforme a lo consagrado en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú, el cual exceptúa de este requisito de validez (motivación) a los decretos de mero trámite. Es claro el texto constitucional a indicar “resoluciones judiciales” que para ello debemos entender que es una resolución judicial. Hablar de resolución judicial es hablar de la existencia de una comunicación escrita que realiza el juez en ejercicio de sus labores jurisdiccionales que contiene u voluntad y razonamiento; pero, en su esencia podemos encontrar dos formas claras de diferenciar: a) resolución judicial como documento, que consiste en la parte física, la parte visible, la parte documental de la voluntad y criterio del juez, la cual contiene enunciados y dispositivos que acompaña, por el cual enmarca el sentido de la decisión judicial a tomar; comunmente se puede apreciar en el expediente y con la numeración correlatva respectiva. b) la resolución judicial como acto, y ¿a qué se refiere este aspecto importante de la resolución?, se refiere al hecho que la resolución constituye un acto procesal, en el cual se plasma las ideas fácticas y jurídicas que tienen el juez para poder llevar a cabo

el proceso y, posterior, a ello, poder emitir una decisión final (sentencia). Es necesario indicar que constituye un hecho jurídico voluntario que surte únicamente efectos en el proceso en el cual se ha emitido (Cavani, 2017). Es en tal sentido que el mismo Código Procesal Penal ha establecido claramente en su artículo 123 que son resoluciones judiciales los decretos, autos y sentencias; por ende, es mandato constitucional la motivación de las sentencias y principalmente las sentencias condenatorias en los procesos penales puesto que existe un Principio Fundamental que se vería seriamente afectado por dichas decisiones jurisdiccionales, constituyendo, de esta manera un requisito de validéz formal de las resoluciones que emane el Órgano Jurisdiccional.

Significativo es el aporte de la jurisprudencia constitucional en este extremo el Tribunal Constitucional ha establecido el contenido constitucional protegido del derecho de motivación de resoluciones judiciales. El Tribunal Constitucional ha establecido:

Este Tribunal el contenido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales exige que exista: a) fundamentación que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y asimismo reclama c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión (Cfr. Exp. N° 4348-2005-PA/TC). (Caso Audante Gutiérrez, 2012, p. 5)

La debida motivación de resoluciones judiciales, por otro lado, garantiza el surgimiento y reconocimiento de otros Principios Procesales que se encuentran contemplados en la constitución; además qué, en su esencia, expresa un doble sentido jurídico: por un lado tenemos al hecho que garantiza que la justicia se encuentre impartida de acuerdo a la

constitución y las leyes; y, por otro lado, es que el hecho de motivar de manera correcta las resoluciones garantiza el derecho a la defensa de todo justiciable, en tanto, una motivación clara, precisa y lógica permite al justiciable saber en concreto la esencia de una resolución y así poder rebatirla de manera correcta con los recursos, remedios y medios técnicos de defensa que la ley procesal peruana ampara.

Por tanto, la motivación de las resoluciones judiciales involucra la existencia de un principio por el cual se informa el ejercicio de la función jurisdiccional a la ciudadanía; y, por otro lado, el surgimiento de un derecho fundamenta a favor de las partes procesales.

De igual forma, el Tribunal Constitucional, ha expresado que la motivación judicial debe expresar suficiencia y razonamiento, al expresar lo siguiente:

Dos son, ese sentido, las características que debe tener la motivación de la detención judicial preventiva. En primer lugar, tiene que ser “suficiente”, esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo término, debe ser “razonada”, en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada. (Caso Silva Checa, 2002, p. 19)

Y concordamos con lo manifestado por el Tribunal Constitucional, toda vez que debe existir suficientes razones por la cual un Órgano Jurisdiccional reconozca un derecho a una persona, en determinado caso concreto, y especificar las razones para que un ajeno al proceso pueda advertir, identificar y conocer las razones en la cual se sustenta la decisión adoptada y así poder librar de arbitrariedad dicha resolución judicial. Debemos tener en consideración, como se ha manifestado líneas arriba, la motivación de las resoluciones judiciales no es un requisito de forma, pues, dada su trascendencia constitucional, constituye un imperativo que

debe observar el juez al momento de resolver la controversia (Rodríguez-Ramos, 2007). Todo ello nos hace pensar de lo tan fundamental que puede ser este principio para poder tener un adecuado Estado Constitucional de Derecho, resulta apreciable que de este principio se pueden desprender un sin número de sub principios que rigen un proceso, y, en nuestro caso, un proceso penal.

2.2.2.4. Determinación Judicial de la Pena

2.2.2.2.4.1. Aspectos Generales

En nuestro tema de estudio viene a ser la etapa fundamental para la emisión de un fallo condenatorio, pues, corresponde aplicar ciertos criterio y parámetros legales que han sido fijados tanto por las leyes, como por el desarrollo jurisprudencial supremo, constitucional e interamericano (Corte IDH); es pues, que en esta etapa del proceso penal, el Órgano Jurisdiccional, en ejercicio de sus facultades discrecionales, las cuales se desenvuelven en ciertos cánones que la propia ley establece, observa las leyes penales que se utilizan para la determinación de la pena (como es el caso del Código Penal de 1991) y la ley especial para la aplicación de la pena impuesta al delito materia de juzgamiento; y, así también, en su rol de juez constitucional también se encuentra obligado a recurrir al estudio de principios y valores jurídicos, que resulten aplicables al caso para poder establecer una “pena proporcional” que cumpla con todos los estándares constitucionales que resulten necesarios para garantizar el derecho de las partes que intervienen.

2.2.2.2.4.2. Proceso de determinación judicial de la pena

La determinación judicial consiste simplemente en los pasos que debe seguir el juzgador para poder establecer una pena proporcional después de evaluar la consecuencia jurídico-penal que ha tenido el hecho punible de manera definitiva. Obviamente que dicho acto de determinación judicial es un acto complejo, pues, involucra mucha subjetividad del juzgador

además que su estudio de determinación involucra 3 etapas claramente determinadas, las cuales no se encuentran normadas sino que la misma doctrina y jurisprudencia lo ha establecido e identificado; pero, estas etapas solo se proceden a realizar siempre y cuando se tenga la total y plena de la tipicidad del acto realizado, cuando haya operado la total destrucción del Principio de la Presunción de Inocencia, las cuales son destruidas en base al material probatorio que debe realizar el Representante del Ministerio Público para tal fin; y, obviamente haberse demostrado la culpabilidad con los requisitos sustantivos necesario para tal efecto.

En tal sentido el primer paso para poder determinar la pena a imponer es la identificación de la pena básica; y, ¿Dónde la encontramos? Simple respuesta, la encontramos en el Código Penal y es la pena mínima y máxima que ha fijado el legislador para el delito por el cual se le juzga al acusado; no obstante, en algunas oportunidades el mismo juzgador, escasas en sí, le corresponde aplicar el artículo 29° del Código Penal. La segunda etapa para la determinación de la pena consiste en la individualización de la pena concreta de parte del juzgador, que simplemente consiste en determinar entre el mínimo y el máximo de pena legal que ha establecido el legislador, procederá a evaluar si al caso concreto confluyen circunstancia de atenuación, agravación, si el acusado es reincidente o habitual cometiendo delitos, conforme a las reglas que ha establecido el Código Penal en sus artículos 46, 46-A, 46-B, 46-C, 46-D y 46-E, para que en base a ese análisis proceda a ubicar la pena en el Sistema de Tercios que ha implementado la jurisprudencia nacional y que, a su vez ha sido recogido por el legislador en el Código Penal en los artículos 45° y 45-A. y la tercera etapa consiste en la instrumentalización de las circunstancias que modifiquen, ya sea agravando o atenuando la responsabilidad penal del agente, por tanto, en la segunda etapa identificamos dichas situaciones que pueden aplicarse para que se puedan aplicar al caso concreto, pues, en esta etapa se aplica dichas situaciones para proceder a la ubicación en el sistema de tercios

y también los descuentos respectivos a lo que el Representante del Ministerio Público solicita como imposición de pena, ello con la finalidad que el juzgador no se convierta en un simple robot que copie y pegue lo que indique el Representante del Ministerio Público. Y, es pues, la última etapa la que motiva la presente investigación, pues, no detectamos una correcta motivación de la condena impuesta por sentencia condenatoria, pero ello será materia de análisis en líneas posteriores así como los defectos de motivación que van de la mano con ello, es aquí en esta etapa en la cual se determina si la pena “es proporcional al caso concreto aplicado” y justamente la más difícil, pues, el juez lamentablemente, en muchas oportunidades, carece de un criterio jurídico válido para poder determinar correctamente los descuentos y aumentos que debe tener una pena en casos de habitualidad o reincidencia y la ubicación de los tercios en los cuales se debe ubicar la pena. La ley penal en muchos casos no es muy clara al expresar los descuentos y aumentos por las circunstancias y agravantes, así como también en los casos de los descuentos por tentativa, pues se utiliza el término “el juez deberá disminuir prudencialmente la pena” y he ahí el surgimiento de los infinitos problemas que se presentan respecto a la determinación judicial de la pena.

El derecho, al ser aplicado por los seres humanos se vuelve en sí muy subjetivo, y obviamente, el acto de determinación de la pena no es la excepción, si bien es cierto en muchos casos la norma es clara al indicar ciertos aspectos y criterios para determinar la pena como es el caso de la reincidencia, en la cual se puede apreciar que el legislador ha establecido que se debe aumentar la pena en una mitad (Arrascue, 2020). Pero que sucede cuando el agente tiene responsabilidad atenuada conforme al artículo 21° del Código Penal o el delito cometido queda en grado de tentativa y se debe disminuir “prudencialmente” y deja a criterio del magistrado en cuanto puede consistir dicha disminución, es ahí surge el tema de las sentencias penales inconstitucionales o desproporcionales, carentes de motivación e incoherente entre el desarrollo y lo que resuelve.

Resultaría bonito y menos antagónico encontrar todo en la norma y simplemente coger la norma y aplicarla para poder fijar de manera correcta la pena al caso concreto y ser simples máquinas aplicadoras de la ley, el mismísimo legalismo, los robots del derecho, no razonar y simplemente decir “la ley dice, la ley se hace”; y, esos tiempos, magistrados, han quedado totalmente retrasados y desfasados. Aunque resulte totalmente antagónico y contradictorio del razonamiento argumentado y sustentado, comenzó la revolución del Derecho Penal y Procesal Penal actual y su camino a la constitucionalización del mismo. ¿Por qué se dice eso? Porque justamente el Test de Proporcionalidad involucra una actividad mental y razonada en fundamentos constitucionales para poder establecer una correcta fórmula de coexistencia de derechos fundamentales y así ambos derechos que se ponen en juicio puedan verse satisfechos en la medida que requiera el caso.

Conforme a Poma (2013) indica que para que el cumplimiento de los fines de la pena, esta tiene que pasar por distintos filtros y así salvaguardar los fines de un Estado Constitucional de Derecho, por lo que identifica una “etapa constitucional”, etapa legal, etapa judicial y una etapa administrativa para esta determinación (Poma, 2013). Siendo que en la etapa que denomina constitucional, se encuentran los principios por los cuales se rige la imposición de la pena y los cuales funcionan como parámetros únicos para la fundamentación y fijación de la misma.

2.3 Bases filosóficas

2.3.1. Derechos Fundamentales

2.3.1.1. Aspectos Históricos

Es notorio que la humanidad ha pasado por constantes cambios durante su formación y que la historia ha recabado en documentos el menoscabo y resurgir de la humanidad. Las guerras formaron a punta de muerte, sangre, sudor y lágrima la sociedad y el mundo contemporáneo

y de esos errores es que siempre se avizora una luz de esperanza para humanidad para no volver a cometer tal deleznable acto del pasado.

La materia de estudio, los derechos fundamentales, no fue la excepción pues esta surge a consecuencia de la protección que la misma humanidad se hace para no volver a cometer o se vuelvan a presentar los actos terroríficos que ella experimentó a consecuencia de la Segunda Guerra Mundial impulsada por los deseos desorbitados y totalmente contrario a la cordura del Gobierno alemán de 1939, encabezado por Adolf Hitler, quien origina un movimiento totalmente racista al cual denominó nazismo, qué, posteriormente a ello consiguió adeptos en toda Europa surgiendo nuevos movimiento como el fascismo italiano, cuyo mayor exponente y líder fue el temido Benito Mussolini. Finalizada la guerra, en el año 1945, y muerto los líderes de dichos movimientos, en 1948 la reciente y flamante Organización de las Naciones Unidas, testigo de tan horrendos actos presenciado por la humanidad decide emitir un pronunciamiento tan claro y preciso respecto a los derechos que le corresponden a la persona humana por su condición de tal y que hasta la fecha sigue manteniendo vigencia y notoriedad en el mundo, dicha declaración es la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”. Pues, cabe cuestionamiento respecto a qué relación tiene los derechos humanos con los derechos fundamentales, pues la relación es muy estrecha, podemos que los derechos humanos es el mundo y los derechos fundamentales se encuentran inmersos y dentro de ese mundo, ¿a qué nos referimos? Al hecho que el derecho humano es el reconocimiento de facultades, derechos y atributos que le reconocen las naciones al ser humano por su condición de tal; y, por otro lado, los derechos fundamentales son aquellos derechos que un determinado espacio territorial un Estado-Nación les reconoce derechos y garantías mínimas a sus ocupantes para así garantizar el goce pleno de dichas garantías mínimas en paz social.

2.3.1.1. Concepción Filosófica

Pareciese, en el cotidiano, que esta palabra fuese un simple enunciado jurídico, pero, en la praxis su trascendencia va más allá de lo jurídico llegando al campo filosófico y del derecho natural. De su estudio, nosotros podemos encontrar tres dimensiones que abarca este concepto entre las cuales se encuentra el aspecto filosófico, el aspecto ideológico y la ciencia de estudio de los derechos fundamentales (Noriega, 2003). Estando a ello procederemos a analizar el campo filosófico de los derechos fundamentales, toda vez que el concepto detallado en el aspecto amplio se ha desarrollado en líneas anteriores de la presente investigación.

El aspecto filosófico de los derechos fundamentales son concebidos como una filosofía política jurídica (Bidard, 2005) . También en su esencia encontramos una concepción axiológica en el sentido que su estudio está totalmente relacionado y mimetizado con el estudio de los valores jurídicos con la finalidad de poder arribar a una concepción unitaria de lo que se denomina “dignidad humana”, ello con la finalidad de contribuir al cumplimiento de los parámetros éticos de igualdad, libertad y paz en el desarrollo estable de la sociedad. Todo ello contribuye intrínsecamente a l desarrollo y la formación de una organización de la sociedad política que, como podemos apreciar, en el caso del Perú se expresa en la democracia que nos acompaña desde la edad contemporánea, a excepción de algunos impases con el caudillismo y los golpes de estado del siglo XX. Es tanto así lo desarrollado que podemos encontrar gran ejemplo de la relación entre democracia y derechos fundamentales en el contenido del Constituyente que expresa la voluntad del pueblo (democracia) que en su artículo 2° reconoce los derechos fundamentales de la población que se encuentra dentro del territorio peruano e incluso de los extranjeros dentro de nuestro territorio.

La concepción filosófica de derecho fundamental radica mucho en el aspecto que dicha conceptualización del denominado “derecho natural” se encuentra en su relación íntima con

el concepto de dignidad humana la cual puede encontrar muchos vocablos y definiciones por la complejidad del asunto, pero conservaremos dos vertientes claras y bien definidas respecto al concepto antes dispuesto por un lado tenemos bien definido la concepción católica tradicional, la dignidad común a todos los seres humanos procede de su condición de hijos de Dios y reside en la capacidad de acatar y observar la ley moral, la cual de ninguna manera emana de los humanos mismos. La razón puede conocerla y de hecho la conoce —dicen— pero no la crea ni promulga, porque el deber procede de una instancia ajena, llámese ésta Dios, finalidad de la naturaleza, o como sea. Para otros, por el contrario, la dignidad humana consiste en la capacidad que tenemos los humanos de darnos ley moral a nosotros mismos (Valls, 2005). Ello proviene de la visión Kantiana de la concepción de dignidad y obviamente que si observamos la capacidad de nosotros mismos auto limitarnos dándonos leyes es la concepción del ordenamiento jurídico actual y que ha hecho posible el surgimiento del Poder Constituyente y que a la postre ha traído consigo el surgimiento de los derechos fundamentales y la posterior convivencia social pacífica.

2.4 Definición de términos básicos

- a. Principio Constitucional:** para entender a ciencia cierta lo que es el principio de proporcionalidad se debe partir desde el inicio de todo sabiendo que es un principio constitucional; se entiende como principio constitucional a toda aquella norma jurídica que no es autónoma, sino que depende de otras para poder ejercitarse, sin embargo, ello no involucra que no se le reconozca su valor jurídico ni su fuerza vinculatoria de éste. son verdaderas normas jurídicas y forman parte integral del ordenamiento jurídico constitucional y como tal tienen el alcance de “asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material de la constitución”.
- b. Principio de Proporcionalidad:** consiste, no en una erosión de derechos fundamentales, sino en ser un criterio ponderativo con la finalidad de lograr una gradualidad necesaria en caso exista una colisión de derechos fundamentales en un

determinado contexto histórico y coyuntural, todo ello con la finalidad de llegar a soluciones plausibles de determinado problema, sin llegar a afectar negativamente derechos fundamentales en colisión.

- c. **Derechos no absolutos:** referidos a aquellos derechos que no se encuentran establecido de manera rígida en nuestra legislación y que permiten ser aplicados con gradualidad en el Sistema Jurídico, en este grupo de derechos no se encuentran establecidos las normas reglas, pues éstas son derechos absolutos. Los derechos no absolutos permiten aplicar la teoría de la ponderación de los derechos fundamentales y por ende el Principio de Proporcionalidad.
- d. **Colisión de Derechos Fundamentales:** se habla de colisión de derechos fundamentales cuando en un determinado proceso penal se encuentran contra puestos entre sí dos derechos o principios constitucionales entre sí, ello quiere decir derechos del agraviado, contra los derechos del acusado; los cuales deben ser resueltos aplicando la ponderación de los derechos fundamentales.
- e. **Principio de Idoneidad:** éste principio constituye un subprincipio dentro de la proporcionalidad de una sentencia condenatoria el cual consiste en determinar que la afectación del derecho a la libertad personal de la persona debe perseguir un fin constitucional o en otras palabras debe tener un sustento lícito, por lo que se debe examinar si la medida legislativa es la adecuada a aplicarse (ley penal) de lo contrario se podrá declarar la inconstitucionalidad de la misma mediante el ejercicio del control difuso que la Ley Orgánica del Poder Judicial, reconoce al magistrado.
- f. **Principio de Necesidad:** El siguiente filtro dentro del Test de Proporcionalidad consiste en hacer un análisis de las opciones para posteriormente determinar si la opción adoptada por el juzgador es la más adecuada a ser aplicada al caso, recordemos que la privación de la libertad es utilizada de manera excepcional, no volverla en un habitual,

todo ello con la finalidad de determinar si existen medios menos gravosos a los que el magistrado a idealizado usar para poder emitir su decisión final.

- g. Principio de Proporcionalidad en sentido estricto:** es el último filtro por el cual tiene que pasar la decisión de un magistrado con la finalidad de establecer penas proporcionales que no necesariamente deban ser condenatorias o en su defecto no tienen que ser con penas privativas de libertad efectiva; este filtro constituye o se expresa que la decisión final y la sanción que el juzgador imponga al sentenciado debe ser equivalente al grado de afectación de un determinado principio, aplicando la ponderación.
- h. La Ponderación** surge como una herramienta fundamental para resolución de conflictos, pero ¿Qué clase de conflictos? Los conflictos que surjan entre derechos fundamentales contra puestos en determinado proceso, ya que los principios constitucionales su finalidad es su aplicación en su máxima concepción, pero, en determinado momento ambos derechos contrapuestos no podrán ejecutarse o ejercerse en su totalidad puesto que ocasionaría lesiones mutuas en ambos derechos fundamentales, por lo que con sana crítica y criterio valorativo el juez debe graduar de manera necesaria dichos derechos con la finalidad de no afectar innecesariamente ni a uno ni otro derecho fundamental.
- i. Sentencias Condenatorias** las sentencias condenatorias es una decisión final emitida por el órgano jurisdiccional que necesariamente debe ser especializado en materia penal, en la cual después de haber transcurrido todo el debate probatorio en la etapa de juzgamiento respectiva, el juzgador considera a criterio propio existen elementos de convicción suficientes para poder demostrar la responsabilidad objetiva del acusado, respecto a los hechos incriminados en la acusación fiscal; por lo que en merito a ello emite el fallo respectivo.

- j. Juzgamiento:** constituye la etapa central del desarrollo de todo el proceso penal, en la cual se realiza el debate probatorio de todas las pruebas documentales ofrecidas por las partes y que han sido aceptados por el Auto de Enjuiciamiento respectivo; es la etapa en la cual se genera la convicción necesaria en el juzgador para que se pueda emitir una sentencia final sobre el fondo de la acusación fiscal.
- k. Proceso Penal:** la concepción de proceso penal es la materialización de lo que se encuentra establecido en el Código Sustantivo a la vida real o sea la parte general del derecho penal, lo cual se discrepa mucho pues ello no es tan cierto puesto que los derechos que la parte adjetiva contempla son muy distintos a los de la parte sustantiva además que estructuraliza de manera sustancial la estructura y las instituciones jurídicas que intervienen en el devenir de éste, por lo que se concluye que el proceso penal es el procedimiento de carácter jurídico que se lleva a cabo para que un órgano estatal aplique una ley de tipo penal en un caso específico, desarrollando para tal fin una investigación, identificación y en caso de encontrarse responsabilidad, imponer el castigo respectivo.

2.5 Hipótesis de investigación

2.5.1 Hipótesis general

Si se aplicase correctamente el principio de proporcionalidad en la motivación de resoluciones entonces se tendrá mayor cantidad de sentencias condenatorias con penas adecuadas al caso, con un debido criterio proporcional.

2.5.2 Hipótesis específicas

La nulidad de sentencias condenatorias es a consecuencia de una incorrecta aplicación del principio de proporcionalidad en la motivación de resoluciones judiciales.

La eficacia de las sentencias condenatorias depende directamente de la correcta aplicación del principio de proporcionalidad en la motivación de dicha resolución judicial.

A mayor aplicación del principio de proporcionalidad en la argumentación jurídica de la decisión final, mayores condenas proporcionales y adecuadas a cada caso en concreto.

2.6 Operacionalización de las variables

Variables	Indicadores	Índices
Vi: Principio de Proporcionalidad	Componentes	Principio de Idoneidad
		Principio de Necesidad
		Principio de Proporcionalidad propiamente dicho
		La Ponderación
	Utilidad	Motivación de Resoluciones
		Validez de Resoluciones
		Nulidad de Resoluciones
		Fundamentación de Resoluciones
	Pertinencia	Uniformidad de Criterio
		Penas Adecuadas
		Penas desproporcionales
		Correcta Aplicación de Penas
	Técnica Argumentativa	Argumentación Jurídica
		Derechos Fundamentales
		Derechos Humanos

		Control Difuso de la Ley
Vd: Sentencias Condenatorias	Pena	Definición
		Características
		Fundamento Constitucional
		Determinación
	Reparación Civil	Definición
		Naturaleza Jurídica
		Relación con el Hecho Punible
		Argumentación
	Motivación	Definición
		Finalidad
		La Motivación de la Condena como derecho fundamental
		Requisitos para la motivación de la sentencia
	La Determinación Judicial de la Pena en el Ordenamiento Jurídico Penal Peruano	Proceso de Determinación Judicial de la Pena y la culpabilidad del agente
		Principios que intervienen para la Determinación
		Deber de Motivación Judicial de la Pena

		Control de la Motivación de la Determinación Judicial de la Pena.
--	--	---



CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1 Diseño metodológico

3.1.1. Tipo de investigación

La presente investigación es del tipo de investigación aplicada, toda vez que el derecho es una ciencia aplicada, ya que su operacionabilidad es de carácter teórico-doctrinario. El Derecho es considerado como ciencia desde el momento en que comienza el estudio del comportamiento humano en la sociedad con la implantación de leyes que regulen su actividad en la sociedad, así como las normas positivas que el Estado le somete a modo de control social. Es en tanto que esa ciencia se aplica expresamente en la jurisprudencia y en los estudios de diversos autores en sus libros, a manera de explicación y análisis de dichas interacciones que se fundamenta que la aplicabilidad del presente estudio, debido a que, los magistrados podrán aplicar estos al momento de redactar sus sentencias, si es que resulta factible para ellos.

3.1.2. Nivel de investigación

La presente investigación es de nivel descriptivo-explicativo, toda vez que si bien se desarrollará la descripciones y desarrollo de los conceptos que se encuentran involucrados para el surgimiento del problema de la investigación; también se procederá a realizar el análisis del surgimiento y los efectos que produce la deficiente o nula aplicación del Principio de Proporcionalidad en la emisión de sentencias condenatorias en la Ciudad de Cajatambo.

3.1.3. Diseño de la investigación

La presente investigación es de diseño no experimental, toda vez que las únicas ciencias que permiten experimentos para llegar a un resultado son las relacionadas al campo de la Medicina Humana; la ciencia del Derecho es una ciencia exacta toda vez que las leyes no permiten vacilaciones o experimentos en su contenido, pues, ello involucraría un caos social. Por ende, al ser una ciencia exacta, es de diseño no experimental.

3.1.4. Enfoque de la Investigación

La presente investigación es de enfoque cuantitativo, porque para llegar a contrastar los resultados obtenidos se ha tenido que procesar datos obtenidos del estudio de determinada cantidad de expediente judiciales que operan en Juzgado Penal Unipersonal de Cajatambo, en los cuales se ha emitido sentencias condenatorias en el año 2018 hasta el mes de marzo del 2019.

3.2 Población y muestra

3.2.1 Población

La presente investigación científica se centra en el estudio de las sentencias condenatorias que han sido emitidas por el Juzgado Penal Unipersonal de Cajatambo en el año 2018 hasta el mes de marzo del 2019.

3.2.2 Muestra

El tipo de muestreo que usaremos será el no probabilístico y se trabajará directamente con toda la muestra siendo ella un total de 52 sentencias condenatorias que se han emitido en la Provincia de Cajatambo durante el año 2018, hasta el mes de marzo del año 2019.

3.3 Técnicas de recolección de datos

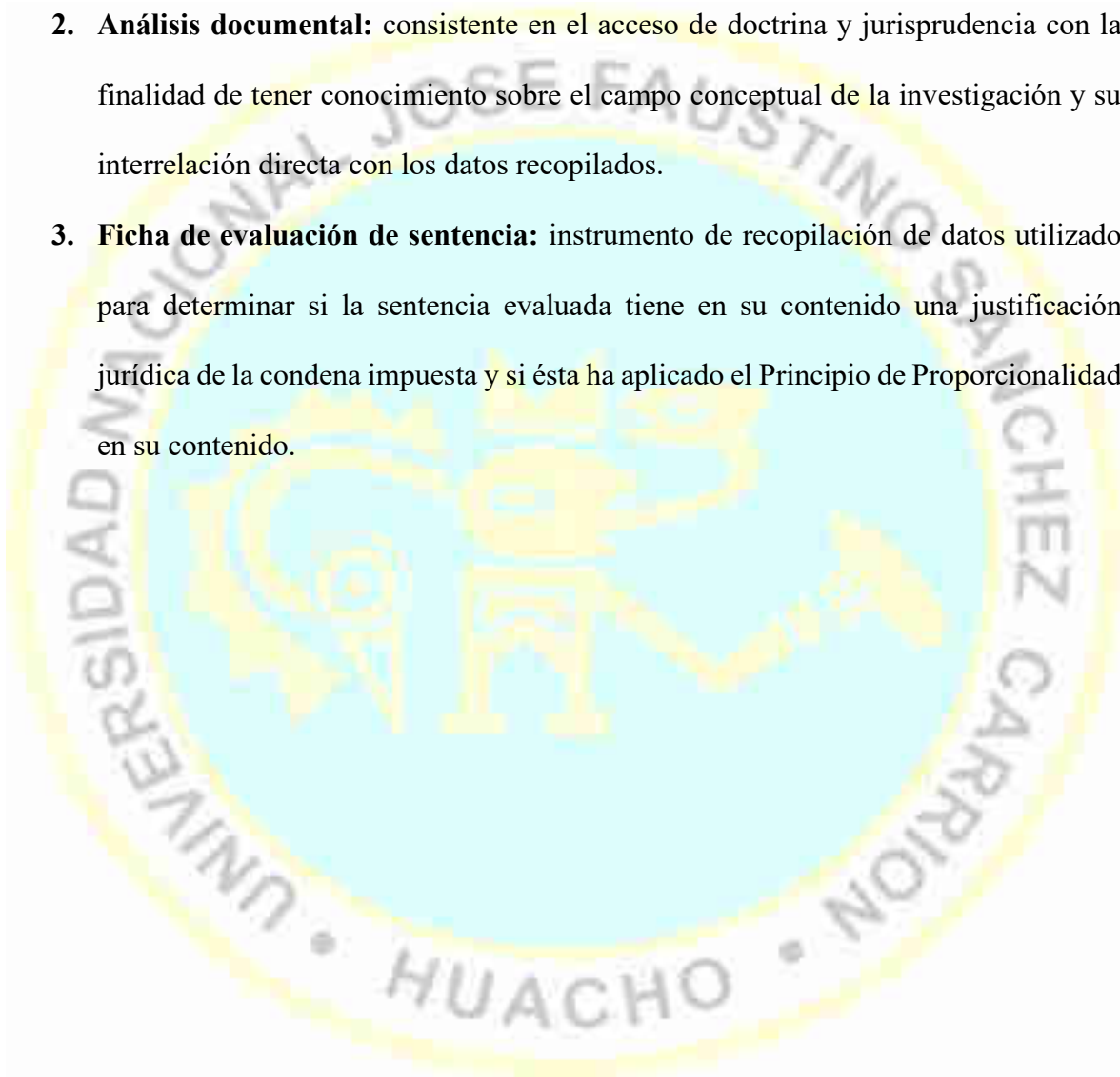
Las técnicas empleadas en el presente trabajo de investigación son las siguientes:

- a. Recopilación de datos.
- b. Análisis documental.

- c. Ficha de evaluación de sentencias.

3.4 Técnicas para el procesamiento de la información

1. **Recopilación de datos:** técnica que constituye tener acceso directo al expediente y a la sentencia que se ha emitido para que posteriormente se proceda a la utilización del instrumento.
2. **Análisis documental:** consistente en el acceso de doctrina y jurisprudencia con la finalidad de tener conocimiento sobre el campo conceptual de la investigación y su interrelación directa con los datos recopilados.
3. **Ficha de evaluación de sentencia:** instrumento de recopilación de datos utilizado para determinar si la sentencia evaluada tiene en su contenido una justificación jurídica de la condena impuesta y si ésta ha aplicado el Principio de Proporcionalidad en su contenido.



CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1 Análisis de resultados

Como bien hemos indicado en la parte metodológica de la investigación hemos utilizado el análisis documental y la ficha de evaluación de sentencias para poder obtener un resultado correcto para poder comprobar la hipótesis y el objetivo general de la presente investigación el cual “Evaluar si se viene aplicando el principio de oportunidad en las sentencias condenatorias en la provincia de Cajatambo en el año 2018, hasta marzo del 2019”.

El análisis documental consiste en tener el acceso directo a la sentencia, con tal de evaluar in situ la situación de la motivación de las resoluciones judiciales con contenido constitucional, por tal motivo, mi persona dividió en dos sentidos dicho análisis el cual arroja el siguiente resultado a dos simples preguntas:

1. ¿Se aprecia un correcto test de proporcionalidad en la sentencia?

Es alarmante el resultado encontrado en dicho análisis, pues, de las sentencias evaluadas condenatorias, tanto efectivas como suspendidas, se aprecia que existe una motivación penal aparente en un 90% que da un total 47 expediente, no detectándose en ningún extremo de la decisión tomada un rezago, rasgo, indicio de que exista una motivación constitucional a través de un test de proporcionalidad, además de no apreciarse ningún contenido constitucional del mismo; y, un 10% que equivale a 5 expedientes en la que se aprecia una supuesta evaluación constitucional.

Al ser una simple pregunta que necesita una respuesta de si o no, se obtuvo el siguiente resultado:

Si se aprecia: 10 %

No se aprecia: 90%

Esto nos da un hallazgo muy preocupante respecto a la situación jurídica constitucional de aplicación del test de proporcionalidad en la Ciudad de Cajatambo y denota que el magistrado a cargo del Juzgado Penal Unipersonal de Cajatambo no aplica una correcta motivación de la sentencia condenatoria en base al test de proporcionalidad. Ello implica penas desproporcionadas ligadas a la “arbitrariedad” de las mismas; por otro lado, posibles sentencias nulas, ello obviamente no resulta aplicables a las sentencias condenatorias que se hayan sometido a la conclusión anticipada del proceso. Respecto a ellas debemos indicar que si bien no corresponde mayor motivación que la dada por los acuerdo de las partes, pero, implica en su aprobación un control de legalidad, de constitucionalidad (aplica el test) y un control convencional, que se ha visto inmerso en la vida política del Estado por imposición de la Corte IDH, la cual lamentablemente no se aprecia.

De ese 10% de los 52 expedientes se procede a hacer el siguiente cuestionamiento:

2. ¿Se aprecia un correcto test de proporcionalidad?

De las 5 sentencias en la cual existe un supuesto fundamento constitucional, bajo la siguiente premisa “en tanto a la constitucionalidad de la pena se advierte que se viene amparando los derechos de las partes procesales, toda vez que no se le priva de la libertad al acusado para que este pueda solventarse y pueda cumplir con el pago del cronograma establecido” debo indicar de manera tajante que ello no expresa constitucionalidad de la sentencia condenatoria, pues, lo que viene a ser ello es una mera premisa expositiva de la misma, al no tener una aplicación del test, no se puede considerar la existencia de constitucionalidad en la sentencia. Siendo así es la única premisa supuestamente constitucional que se aplica para motivar la

sentencia condenatoria en la Ciudad de Cajatambo, por lo que, nos arroja los siguientes resultados a la pregunta:

Aplica el test de proporcionalidad

Si aplica 0%

No aplica 100%

Ello nos da un hallazgo totalmente funesto de la motivación constitucional de las sentencias condenatorias en dicha localidad, resulta preocupante la labor pedagógica que cumple el Juez titular de dicho juzgado, nefastamente podemos afirmar que en un 100% sus sentencias son totalmente inconstitucionales debida las carencias de los tópicos constitucionales que debe tener una sentencia condenatoria, aparte de la fundamentación jurídica que esta tenga respecto a leyes penales.

Ficha de Evaluación de Sentencia, con este instrumento lo que se trata a efecto de comprobar la hipótesis, este instrumento de recopilación de datos fue utilizado para determinar si la sentencia evaluada tiene en su contenido una justificación jurídica de la condena impuesta y si ésta ha aplicado el Principio de Proporcionalidad en su contenido.

A parte de las dos preguntas anteriormente desarrolladas, se planteó 2 interrogantes más respecto a la persona y la condena impuesta, siendo la que desarrollamos a continuación:

3. ¿La sentencia impuesta tiene carácter de efectiva?

Aquí volvemos a ver del total, los 52, expediente cual tiene sentencia condenatoria efectiva y cuales son suspendidas, de lo cual tenemos que el 65% son penas privativas de la libertad suspendida en su ejecución, ello involucra 33 expedientes tienen sentencias suspendidas; y, por otro lado, las condenas efectivas equivalen a un 35% del total, ello quiere decir que 22 personas se encuentran privada de la libertad en el Penal de Carquin; entonces tenemos el siguiente resultado:

La sentencia impuesta es de carácter efectiva:

Si: 35%

No: 65%

Pareciese que se ve una luz de esperanza ante tanta desidia del juzgador en aplicar el test porque la mayoría se encuentra con pena suspendida, pero, de ese 35% privado de su libertad, bajo qué tipo de garantía procesal se encuentran presos, si ninguna de las sentencias emitidas en Cajatambo durante el espacio de estudio cuenta con una motivación adecuada de su constitucionalidad legítima; entonces, podemos indicar que se encuentran presos arbitrariamente.

4. De las personas privadas de la libertad ¿en la motivación de su sentencia se encuentra presente el test de proporcionalidad?

Resulta preocupante la respuesta}, como dijimos anteriormente, en ninguna sentencia condenatoria evaluada se aprecia el test de proporcionalidad, sino, un simple enunciado jurídico que supuestamente dota de constitucionalidad a lo dispuesto por el juzgado en su sentencia, por ende, el resultado es el siguiente:

Si: 0%

No: 100%

Entonces tenemos que en la totalidad de las Sentencias Penales se aprecia una aparente aplicación del test de proporcionalidad bajo la premisa de que “en tanto a la constitucionalidad de la pena se advierte que se viene amparando los derechos de las partes procesales, toda vez que no se le priva de la libertad al acusado para que este pueda solventarse y pueda cumplir con el pago del cronograma establecido”, pero ello no puede ser considerado en esta investigación como un test porque no desarrolla los sub principios

que devienen de la aplicación del test para poder determinar una pena constitucional. Si bien es cierto se aplica el supuesto test, pero no cumple con la formalidad del mismo y el cual se encuentra expresado en distintas sentencias del Tribunal Constitucional.

4.2 Contrastación de hipótesis

Resulta ser un sueño, una utopía, una quimera para la comunidad jurídica nacional e internacional llegar a establecer una verdad absoluta de los hechos, pero, en caso de sentencias condenatorias se debe velar más que nada por la constitucionalidad y proporcionalidad de la medida impuesta para que no decaiga en arbitraria y posteriormente sea revocada.

Nosotros partimos de la premisa general de que “Si se aplicase correctamente el principio de proporcionalidad en la motivación de resoluciones entonces se tendrá mayor cantidad de sentencias condenatorias con penas adecuadas al caso, con un debido criterio proporcional” en el caso de la presente investigación no encontramos pero ningún rastro positivo de que exista una aplicación debida del test de proporcionalidad y que en caso este se invoque es solo una motivación aparente de la misma y no en concreto como el juzgador pretende plantear.

Y ello es palpable de los resultados un 10% de los expedientes con sentencias evaluadas arroja que se aplica dicho testen singular medida si lo queremos ver así, pero de ese 10% ninguno aplica correctamente el test de proporcionalidad, por lo que concluimos que existe una total desproporción entre la pena impuesta y la que debe corresponder por motivación aparente de constitucionalidad. Y ello ha desembocado en los problemas que ha descrito la presente investigación, ello hace reflexionar a la comunidad jurídica y al investigador que queda mucho por realizar en dicha ciudad, respecto a su juez, no se puede aceptar que un juez imparta una justicia de tal calidad a la población que se encuentra hambrienta de justicia y de protección jurídica.

En tal sentido podemos indicar que la población utilizada para poder realizar el presente contraste no viene aplicando de manera correcta el test de proporcionalidad regulado por la jurisprudencia nacional, lo que origina el surgimiento de los problemas descritos en la investigación, pero a la vez se espera que los mismos puedan ser mejorados para así poder llegar al cumplimiento de la hipótesis general y mejorar la calidad de las sentencias condenatorias.



CAPÍTULO V

DISCUSIÓN

5.1 Discusión de resultados

Como hemos de apreciar, la presente es de carácter cualitativa como ya se ha expresado porque se desenvuelve en el análisis documental de sentencias condenatorias que han sido emitidas por el Juzgado Penal Unipersonal de Cajatambo en los años 2018 hasta el mes de marzo del 2019, de las cuales se pudo recopilar 52 sentencias, las cuales fueron evaluadas rigurosamente mediante la técnica del análisis documental y la ficha de evaluación de sentencia, de las cuales tenemos resultados sorprendentes y alarmantes que hacen pensar, así como también reflexionar si es que vamos en una dirección correcta de la constitucionalización del Proceso Penal y las sentencias penales en el país.

Como podemos apreciar, resulta deleznable, poco dable que un magistrado penal no sepa motivar sus sentencias condenatorias en bases constitucionales fijas y que se encuentran parametradas en Sentencias del Tribunal Constitucional, bueno fuere que al menos tenga algunos indicios o rezagos salvables de motivación constitucional en el contenido medular de la sentencia condenatoria, pero, ello no se aprecia ; más bien resulta destacable indicar que si bien presenta un cierto grado de motivación penal, pero no ha pasado los controles de constitucionalidad y convencionalidad que actualmente requiere la jurisprudencia respecto a la sentencia condenatoria para poder considerarla como una motivación “válida” y que estas produzcan sus efecto.

Respecto a la pregunta 1° de la ficha de evaluación de sentencia nos deja alarmados literalmente respecto a la situación jurídica constitucional de aplicación del test de proporcionalidad en la Ciudad de Cajatambo y denota que el magistrado a cargo del Juzgado Penal Unipersonal de Cajatambo no aplica una correcta motivación de la sentencia condenatoria en base al test de proporcionalidad. Ello implica penas desproporcionadas ligadas a la “arbitrariedad” de las mismas; por otro lado, posibles sentencias nulas, ello obviamente no resulta aplicables a las sentencias condenatorias que se hayan sometido a la conclusión anticipada del proceso. Respecto a ellas debemos indicar que si bien no corresponde mayor motivación que la dada por los acuerdos de las partes, pero, implica en su aprobación un control de legalidad, de constitucionalidad (aplica el test) y un control convencional, que se ha visto inmerso en la vida política del Estado por imposición de la Corte IDH, la cual lamentablemente no se aprecia.

De la pregunta 3° podemos entender que si bien todas las sentencias no son efectiva y en su mayoría son suspendidas pero, qué sucede en ese contexto, si ninguna de las sentencias tiene un grado constitucional adecuado y nos encontramos ante un juez que simplemente aplica las leyes penales como mismo robot sin que se aplique un criterio constitucionalmente válido que sustente la libertad o la pérdida de la misma sin una proporcionalidad adecuada, es necesario recordar que la sanción a imponer debe ser proporcional al daño causado, y, ¿Cómo determinas el daño causado? A través del ejercicio y aplicación correcta del test antes indicado, sin ello resultaría totalmente un simple tanteo de lo que es, lo que será y lo que pueda ser sin tener una certeza cierta y plausible de las cosas. Entonces si no tienes la base para la determinación de la base de la pena ¿podrás imponer una pena adecuada? Por supuesto que no, dicha sentencia decae en nula por ser arbitraria, recordemos que el juez penal en la actualidad es también juez constitucional porque protege las garantías mínimas y entre ellas la proporcionalidad de la sanción que se encuentra tutelado en el Título

Preliminar del Código Penal, no entiendo, sinceramente personas así puedan impartir justicia en nuestro país sin tener una capacitación suficiente para poder intervenir con la libertad de los sujetos que conforman el Perú.

El peor resultado que nos ha tocado evaluar es la que nos arroja la pregunta 4° en la cual tenemos que en la totalidad de las Sentencias Penales se aprecia una aparente aplicación del test de proporcionalidad bajo la premisa de que “en tanto a la constitucionalidad de la pena se advierte que se viene amparando los derechos de las partes procesales, toda vez que no se le priva de la libertad al acusado para que este pueda solventarse y pueda cumplir con el pago del cronograma establecido”, pero ello no puede ser considerado en esta investigación como un test porque no desarrolla los sub principios que devienen de la aplicación del test para poder determinar una pena constitucional. Si bien es cierto se aplica el supuesto test pero no cumple con la formalidad del mismo y el cual se encuentra expresado en distintas sentencias del Tribunal Constitucional.

Entonces, ello es lo alarmante y nos hace pensar, cuanto será el porcentaje de población penitenciaria que se encuentra privada de su libertad con este tipo de sentencias en el Perú, lamentablemente ello da mucho que hablar de nuestro querido sistema de justicia peruana, existen jueces que no se encuentran a la altura del cargo o en un nivel de capacitación de bajo nivel, donde prima el hígado y lo subjetivo que lo correcto, legal y proporcional, ello no puede ni debe seguir sucediendo en el Perú, hay que hacer un esfuerzo de parte de todos para mejorar la situación jurídica y también mejorar la calidad de nuestro jueces que dejan mucho que desear en la actualidad y este es un ejemplo de ello, el Juez Penal de Cajatambo.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1 Conclusiones

6.1.1. Conclusión General

En la ciudad de Cajatambo, en el año 2018 hasta el mes de marzo del 2019, no existen penas proporcionales al caso concreto, ello debido a que el magistrado a cargo del Juzgado Penal Unipersonal de la Provincia de Cajatambo no sabe motivar “constitucionalmente” una sentencia condenatoria.

6.1.2. Conclusiones Especificas

Al no tener una correcta motivación constitucional de la condena a imponer al acusado, la eficacia de las sentencias condenatorias emitidas por este juzgado deviene en nula de pleno derecho.

La ciudad de Cajatambo, en el año 2018 hasta marzo del 2019, estuvo en un déficit de sentencias condenatorias con vago contenido constitucional y con un inadecuado uso de la proporcionalidad constitucional de la pena a imponer al acusado, lo cual generó incertidumbre jurídica respecto a la aplicación del derecho.

6.2 Recomendaciones

Se recomienda, al magistrado titular del Juzgado Penal Unipersonal de Cajatambo, se sirva aplicar las técnicas y herramientas que ha fijado la jurisprudencia constitucional en materia de la aplicación del Principio de Proporcionalidad, para así mejorar los estándares de calidad de las sentencias condenatorias que este imponga.

Se recomienda, al magistrado titular del Juzgado Penal Unipersonal de Cajatambo, se sirva capacitar en aplicación de leyes penales para poder aplicar de mejor manera el sistema de tercios y los descuentos fijados, para así pueda contemplar una pena que cumpla con todos los requerimientos constitucionales.

Se recomienda, al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, capacitar a los jueces en el tema de la Determinación Judicial de la pena con estándares constitucionales y así mejorar la calidad de sentencias penales con dicho enfoque.

Se recomienda, al Órgano Desconcentrado de Control de la Magistratura, aplique sanción disciplinaria contra el Juez Titular del Juzgado Penal Unipersonal de Cajatambo por carecer de criterios objetivos constitucionales para poder determinar correctamente una pena privativa de libertad.



REFERENCIAS

7.1 Fuentes documentales

Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Cárdenas, I. (2016). *Argumentación Jurídica y Motivación en el Proceso Penal en los Distritos Judiciales Penales de Lima*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

Caso Audante Gutiérrez, 02462-2011-PHC/TC (Tribunal Constitucional 23 de abril de 2012).

Caso Silva Checa, Expediente N° 1091-2002-HC/TC (Tribunal Constitucional 12 de 08 de 2002).

García Aquino, J. C. (2017). *La determinación judicial de la pena en el proceso penal peruano; a proposito de la inoperatividad funcional del esquema de determinación de la pena establecido en el Código Penal de 1991*. Lima: Perú.

Huamán, E. (2018). *La Motivación del Presupuesto de Peligro Procesal en las Resoluciones de Prisión Preventiva en el Delito de Tráfico Ilícito de Drogas*. Huamanga: Universidad San Cristobal de Huamanga.

Lopera Mesa, G. (2006). *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Noriega, H. (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico.

Pleno Jurisdiccional, 0012-2006-PI/TC (Tribunal Constitucional 2006 de Diciembre de 2006).

Tamayo Zuluaga, O. F. (2013). *Principio de Proporcionalidad y Restricción de Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*.

Zavaleta, R. (2014). *La Motivación de las Resoluciones Judiciales como Argumentación Jurídica*. Lima: Academia de la Magistratura.

7.2 Fuentes bibliográficas

Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Arrascue, V. (2020). *Código Penal*. Lima: Jurista Editores.

Bernal Pulido, C. (2003). *Estructura y límites de la ponderación*. Madrid: Doxa.

Bidard, G. (2005). *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea.

Brage Camenazo, J. (2004). *Los Límites a los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson.

Cabrera Freyre, A. R. (2007). *Derecho Penal Parte General*. Lima: RODHAS .

- Carbonell, M. (2008). *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*. Quito: V&M Gráficas.
- Castillo Alva, J. L. (2001). *Las Consecuencias Jurídico Económicas del Delito*. Lima: Idemsa.
- Clerico, L. (2009). *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba.
- Editores, J. (2020). *Código Penal, Edición Especial*. Lima: Juristas Editores.
- Jescheck, H. (1993). *Tratado de derecho penal. Parte general* (4 ed.). (J. L. Manzanares Samaniego, Trad.) Granada, España: Comaras.
- Jiménez De Asúa, L. (1950). *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada.
- Prieto Sanchis, L. (2007). "El juicio de ponderación constitucional", en *El Principio de Proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad de Externado.
- Rodríguez de Santiago, J. M. (2000). *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*. Madrid : Marcial Pons.
- Rodríguez-Ramos, G. (2007). *Relato de reformas y artículos reformados, arts. 32 a 68, 70 a 94 y 290 a 318, recopilación de leyes penales especiales y complementaria, e índice analítico*. Madrid: La Ley.
- Noya, J. (2003). *Origen, justificación y naturaleza de la pena*. Bogotá: Cordillera.
- Ticona, V. (2002). *La Motivación como sustento de la Sentencia Objetiva y Materialmente Justa*. Lima: Grijley.
- Villaseñor Goyzueta, C. A. (2011). *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales*. México: Porrúa.
- Villegas Paiva, E. (2013). *El Agraviado y la Reparación Civil en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Zamora Barboza, J. R. (2014). *La Determinación Judicial de la Reparación Civil*. Lima: Ediciones Legales.
- Ziffer, P. (1996). *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- 7.3 Fuentes hemerográficas**
- Alegría Patow, J. A., Conco Mendez, C. P., Córdova, S. J., & Herrera López, D. R. (2011). *El Principio de Proporcionalidad en Materia Penal*. Lima: Universidad San Martín de Porres.
- Alfaro Calderón, E. A. (2017). *El principio de proporcionalidad en la interpretación de los derechos fundamentales: Un estudio sobre su aplicación en la jurisprudencia constitucional de Costa Rica*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- Amayo Lazo, J. C. (2016). *La Reparación Civil en los Delitos Contra la Vida*. Lima: Universidad de Piura.

- Cavani, R. (2017). Qué es una resolución judicial? un breve estudio analítico para el derecho procesal civil peruano. *Ius et veritas*, 113-125.
- Odart, G. (2018). *El Principio de Proporcionalidad y su Incidencia en la Sentencia de Silvia Buscaglia Zapler*. Chiclayo: Universidad Señor de Sipan.
- Valls, R. (2005). El concepto de dignidad humana. *Revista de Bioética y Derecho*, 279.
- Vargas, A. M. (2011). APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. *Gaceta Jurídica*, 23.

7.4 Fuentes electrónicas

- Castillo-Cordova, L. (2004). *EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO. ESPECIAL*. Obtenido de Universidad de Piura:
https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1960/Pincipio_proporcionalidad_ordenamiento_juridico_peruano.pdf?sequence=1
- Flores, J. (12 de Diciembre de 2005). *La Pena dentro del Sistema Penal*. Obtenido de Características de la Pena: <http://www.mailxmail.com/curso-pena-dentro-sistemapenal/caracteristicas-pena>
- Herrera, M. (2008). *La Sentencia*. Obtenido de Gaceta Laboral vol. 14:
<http://132.248.9.34/hevila/GacetalaboralMaracaibo/2008/vol14/no1/6.pdf>
- León Florián, F. J. (2018). *Principio de Proporcionalidad y Jurisprudencia en el TC*. Obtenido de
https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2084_1_principio_proporcionalidad_y_jurisprudencia_tc_felipe_johan_leon_florian.pdf
- Martinez Estay, R. A., & Zuñiga Urbina, F. (2012). *Estudios Constitucionales*. Obtenido de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000100003
- Poma, F. d. (11 de 20 de 2013). *Individualización judicial de la pena y su relación con la libertad y el debido proceso a la luz de la jurisprudencia en las salas penales para reos en cárcel en el distrito judicial de Lima*. Obtenido de Cibertesis:
<https://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/20.500.12672/3360>
- Sentencia Expediente N° 85-2008, 85-2008 (Primera Sala Penal Especial. Corte Superior de Justicia de Lima 2008). Obtenido de
http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/jurisprudencia/sentencia_exp085-2008_11-01-2011
- Soliz, H. J. (2012). *El principio de proporcionalidad: un análisis en función de las sentencias condenatorias emitidas por el juzgado penal colegiado de huaura (en los delitos contra libertad sexual)*. Obtenido de Repositorio Institucional UNJFSC:
<http://repositorio.unjfsc.edu.pe/handle/UNJFSC/608>

Suarez, O. B. (2013). *Blog de la PUCP*. Obtenido de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/orlandobecerra/2012/02/18/el-principio-de-proporcionalidad/>



ANEXOS



MATRIZ DE CONSISTENCIA					
TITULO	PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	HIPÓTESIS GENERAL	VARIABLES E INDICADORES	METODLOGÍA
<p align="center">PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS EN LA PROVINCIA DE CAJATAMBO EN EL AÑO 2018-2019</p>	<p>¿En qué medida se viene aplicando el principio de Proporcionalidad en las sentencias condenatorias en la provincia de Cajatambo en el año 2018 hasta el mes de marzo del 2019?</p>	<p>Evaluar si se viene aplicando el principio de oportunidad en las sentencias condenatorias en la provincia de Cajatambo en el año 2018 hasta el mes de marzo del 2019.</p>	<p>Si se aplicase correctamente el principio de proporcionalidad en la motivación de resoluciones entonces se tendrá mayor cantidad de sentencias condenatorias válidas.</p>	<p>Variable independiente: Vi: Principio de Proporcionalidad.</p> <p>Variable dependiente: Vd: Sentencias Condenatorias.</p>	<p>TIPO DE INVESTIGACIÓN</p> <p>Diseño de la Investigación: El diseño metodológico es no experimental.</p> <p>Tipo de Investigación: Descriptiva.</p> <p>Enfoque: Cuantitativo.</p> <p>POBLACIÓN Y MUESTRA.</p> <p>Población: 54 Sentencias Condenatorias.</p> <p>TÉCNICAS E INSTRUMENTOS Ficha de evaluación de sentencias.</p>
	<p>PROBLEMAS ESPECIFICOS</p> <p>Existencia de sentencias condenatorias nulas debido a la mala argumentación jurídica de los magistrados. Falta de uniformidad de criterio para poder establecer y fijar penas privativas de libertad, respecto a las sentencias condenatorias que se emiten. Abuso y exceso de la aplicación de la pena privativa de libertad, ante la existencia de otras penas o caminos más proporcionales aplicables a un caso.</p>	<p>OBJETIVOS ESPECIFICOS</p> <p>Demostrar la utilidad que tiene el principio de proporcionalidad en la argumentación jurídica de una sentencia. Exhortar a la utilización del principio de proporcionalidad, como medio de argumentación jurídica necesario para poder establecer penas proporcionales y adecuadas a los condenados. Poner en conocimiento de las consecuencias posteriores que acarrea la aplicación indebida del principio de proporcionalidad al emitir sentencias condenatorias.</p>	<p>HIPÓTESIS ESPECIFICAS</p> <p>La nulidad de sentencias condenatorias es a consecuencia de una incorrecta aplicación del principio de proporcionalidad en la motivación de resoluciones judiciales. La eficacia de las sentencias condenatorias depende directamente de la correcta aplicación del principio de proporcionalidad en la motivación de dicha resolución judicial. A mayor aplicación del principio de proporcionalidad en la argumentación jurídica de la decisión final, mayor número de sentencias condenatorias confirmadas en segunda instancia.</p>		

[Indique los nombres y apellidos completos del asesor o director]
ASESOR

[Indique los nombres y apellidos completos del presidente]
PRESIDENTE

[Indique los nombres y apellidos completos del secretario]
SECRETARIO

[Indique los nombres y apellidos completos del primer vocal]
VOCAL

[Indique los nombres y apellidos completos del segundo vocal]
VOCAL

[Indique los nombres y apellidos completos del tercer vocal]
VOCAL