

**REVISTA  
DE DERECHO, EMPRESA Y SOCIEDAD  
(REDS)**

Número 24, Época II, 2024

ISSN: 2340-4647





**REVISTA  
DE DERECHO, EMPRESA Y SOCIEDAD (REDS)**

Número 24, Época II, 2024

ISSN: 2340-4647

*Dykinson, S.L.*



## CONSEJO EDITORIAL

- Dirección / Editor

Dr. D<sup>o</sup> IGNACIO LLEDÓ BENITO

Profesor Titular de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

- Secretario técnico editorial y Coordinador de los equipos de revisión externa

Dr. D<sup>o</sup> JOSÉ ANTONIO POSADA PÉREZ

Profesor sustituto interino. Profesor Contratado Doctor (acred.) Universidad de Sevilla

## ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF)

Compra directa a través de nuestra web:

[www.dykinson.com/derechoempresaysociedad](http://www.dykinson.com/derechoempresaysociedad)

CONSEJO ASESOR PERMANENTE

-Dra. Doña TERESA AGUADO CORREA

Profesora Titular de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

-Dr. D. FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO

Profesor de Derecho penal Universidade Nova de Lisboa. Nova School of law

-Dr D. JAVIER LARENA BELDARRAÍN

Profesor Titular de Derecho procesal. Universidad de Deusto.

-Dra. D<sup>a</sup> MARÍA ELENA COBAS COBIELLA

Profesora Titular de Derecho civil. Universidad de Valencia

-Dra D<sup>a</sup> CARMEN REQUEJO CONDE

Profesora Titular de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

-Dr D<sup>o</sup> JUAN JOSÉ MEDINA ARIZA

Profesor Titular de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

-Dra D<sup>a</sup> EMILIA M<sup>a</sup> SANTANA RAMOS

Profesora Titular (acred.) de Filosofía del Derecho de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

- Dr D. IVÁN DE MIGUEL DE BERENGUER

- (Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (ICAM))

-Dra. D<sup>a</sup> MARÍA LUDOMIRA KUBICA

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil. Universidad Complutense de Madrid

-Dr Dº JOSE RICARDO PARDO GATO

Doctor en Derecho. Académico de número de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y  
Legislación. Abogado

PRESIDENCIA DE HONOR DE LA REVISTA REDS

-Dº FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE

Catedrático emérito de Derecho Civil. Universidad de Deusto

-Dº OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Deusto

MIEMBROS HONORÍFICOS *AD HONOREM*

-Dº CARME CHACÓN PIQUERAS

Ex Ministra de Defensa de España

Dº MANUEL MARÍA ZORILLA RUIZ

Ex Presidente del Tribunal de Justicia del País Vasco

Catedrático emérito de la Universidad de Deusto

Dº LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático emérito de Derecho penal. Universidad de Granada

Ex Rector de la Universidad de Granada

COMPOSICIÓN DEL COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

**Miembros del Comité:**

Presidente

Dr. Dº BORJA MAPELLI CAFFARENA

Catedrático emérito de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

Vocales:

PIERRE LUIGI MARIA DELL'OSSO  
Fiscal Antimafia de la República de Italia.  
(Procurador Nacional Antimafia de Italia)

CAMILO CELA CONDE  
Director del Laboratorio de Sistemática  
Humana  
Universidad de las Islas Baleares

ANTONIO FLAMINI  
Doctor y ex Decano de la Facultad de Derecho  
de la Universidad de Camerino, Catedrático de  
Derecho Civil y miembro de la "Escuela  
Civilística" que agrupa a los más prestigiosos  
catedráticos de derecho civil italiano.  
Universidad de Camerino (Italia)

LUCIA RUGGERI  
Profesora de Derecho civil y Decana de la  
Facultad de Derecho de la Universidad de  
Camerino

ANGEL REBOLLLEDO VARELA  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Santiago de Compostela

JEAN-BERNARD AUBY  
Ex decano de la Facultad de Derecho de la  
Universidad de París XII. Profesor de  
Derecho Público en la Universidad de  
Sciences Po Paris y director de la Acción  
mutaciones de l'Publique Pública Droit et du  
(cambios en el Gobierno y Derecho Público,  
MADP) de Sciences Po Paris.  
Universidad de Sciences Po Paris

LORENZO MEZZASOMA  
Juez Honorario en el Tribunal de Perugia.  
Catedrático Derecho Civil y coordinador de  
actividades de investigación de Derecho civil  
de la Universidad de Perugia.  
Universidad de Perugia

JOSE PABLO ALZINA DE AGUILAR  
Cónsul General de España en Brasil

MIGUEL OLMEDO CARDENETE  
Catedrático Derecho Penal  
Universidad de Granada

IGNACIO BENÍTEZ ORTÚZAR  
Catedrático Derecho Penal  
Universidad de Jaén

ANA DÍAZ MARTÍNEZ  
Catedrática de Derecho Civil.  
Universidad de Santiago de Compostela

DOMINGO BELLO JANEIRO  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de La Coruña

ALICIA SÁNCHEZ SÁNCHEZ  
Magistrada-Juez del Registro Civil de Bilbao

LUZ MARTÍNEZ VALENCOSO  
Catedrática de Derecho Civil Universidad de  
Valencia

GUILLERMO OLIVEIRA  
Catedrático emérito de Derecho Civil.  
Experto en Bioética, Derecho y Medicina  
Universidad de Coimbra

VASCO PEREIRA DA SILVA  
Doctor en Derecho, Ciencias Jurídicas y  
Políticas de la Facultad de Derecho de la  
Universidad Católica Portuguesa. Doctor  
Honoris Causa por UNIPLAC  
Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad de Lisboa

EDUARDO VERACRUZ PINTO  
Profesor de la Facultad de Derecho de la  
Universidad de Lisboa.  
Presidente de la Junta de la Facultad de  
Derecho de la Universidad de Lisboa.  
Universidad de Lisboa

RAÚL CERVINI  
Catedrático de Derecho Penal y Encargado de  
Posgrados e Investigaciones Internacionales  
Universidad Católica del Uruguay

ANDRÉS URRUTIA BADIOLA  
Notario y Presidente de Euskaltzandia  
(Academia de la Lengua Vasca)

ENRIQUE GADEA SOLER  
Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad de Deusto

VANESA GARCÍA GARCÍA  
Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

ARNEL MEDINA CUENCA  
Profesor Titular de Derecho penal de la  
Facultad de Derecho de la Universidad de La  
Habana.  
Expresidente de la Unión Nacional de Juristas  
de Cuba.  
Universidad de La Habana (Cuba)

MAYDA GOITE PIERRE  
Profesora Titular de Derecho Penal,  
Presidenta de la Sociedad Cubana de Ciencias  
Penales de la Unión Nacional de Juristas de  
Cuba.  
Universidad de La Habana (Cuba)

LEONARDO PÉREZ GALLARDO  
Profesor Titular de Derecho Civil y de  
Derecho Notarial. Notario.  
Universidad de La Habana (Cuba)

CARLOS IGNACIO JARAMILLO  
JARAMILLO  
Decano Académico de la Facultad de Ciencias  
Jurídicas de la Universidad Javeriana de  
Bogotá.  
Universidad Javeriana de Bogotá

M<sup>a</sup> JOSÉ CRUZ BLANCA  
Catedrática de Derecho penal.  
Universidad de Jaén

AGUSTÍN LUNA SERRANO  
Catedrático Derecho Civil y Doctor Honoris  
Causa de la Universidad de La Sapienza  
(Roma) y Doctor Honoris Causa por la  
Universidad de Almería.  
Universidad de Barcelona

NICOLAS REDONDO TERREROS Abogado  
y Analista político

FERNANDO GARCIA DE CORTÁZAR Y  
RUÍZ DE AGUIRRE  
Catedrático de Historia. Director de la  
Fundación 2 de Mayo, Nación y Libertad.  
Premio Nacional de Historia.

LUIS ZARRALUQUI NAVARRO Presidente  
Honorario y Fundador de la Asociación de  
Abogados de Familia y Abogado del Ilustre  
Colegio de Abogados de Madrid

VICENTE GUILARTE GUTIERREZ  
Catedrático de Derecho Civil y Consejero del  
Poder Judicial.

ALFONSO CANDAU PEREZ  
Ex Decano-Presidente del Colegio de  
Registradores de la propiedad de España.

IÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad ICADE Madrid

ROXANA SÁNCHEZ BOZA  
Abogada en el Despacho Suarez y Sánchez.  
Notaria Pública. Catedrática de Derecho Civil  
Universidad de Costa Rica y Universidad  
Latina

INMACULADA SANCHEZ RUIZ DE  
VALDIVIA  
Catedrática de Derecho Civil de la  
Universidad de Granada.

IVÁN DE MIGUEL DE BERENGUER  
Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de  
Madrid

ALEJANDRO MARTINEZ CHARTERINA  
Doctor en Derecho y Catedrático emérito  
Derecho Económico. Director del Instituto de  
Estudios Cooperativos de la Facultad de  
Derecho. Vocal del Consejo Superior de  
Cooperativas de Euskadi.  
Universidad de Deusto

PILAR PERALES VISCASILLAS Doctora  
en Derecho y Catedrática Derecho Mercantil.  
Consejera académica en Baker & McKenzie.  
Universidad Carlos III de Madrid

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO  
Doctor en derecho por la Universidad  
Autónoma de Madrid y Diplomado en  
Sociología Política y en Administración de  
Empresas. Catedrático de Derecho  
Constitucional. Doctor honoris causa por las  
Universidades de Messina (Italia) y Pontificia  
Universidad Católica del Perú.  
Universidad Autónoma de Madrid

LETICIA GARCIA VILLALUENGA  
Profesora Titular de Derecho Civil de la  
Universidad Complutense de Madrid

ANDRÉS MORA MARTINEZ  
Abogado egresado en la (UFT),  
Especialización en Criminología y Derecho  
Constitucional).  
Universidad Fermín Toro (Venezuela)

CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE  
Catedrática de Derecho Internacional Privado  
Universidad Católica del Uruguay

VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO  
Notario, miembro de la Comisión General de  
Codificación (coordinador) y presidente de la  
Asociación para el Diálogo

M<sup>a</sup> CARMEN GARCÍA GARCÍA  
Catedrática de Derecho Civil.  
Universidad de Granada

IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ  
Catedrático de Derecho Civil.  
Universidad de Córdoba

ANA HERRÁN ORTIZ  
Profesora Titular de Derecho  
Civil Universidad de Deusto

JORGE BLANCO LOPEZ  
Fiscal del Tribunal Superior de Justicia del País  
Vasco y Profesor encargado de Derecho  
internacional penal.  
Universidad de Deusto

ALEJANDRO MIGUEL GARRO  
Doctor en Derecho, Investigador Senior de la  
Escuela Parker de Derecho Extranjero y  
Comparado.  
Universidad Columbia Law School NY

GUILLERMO ALCOVER GARAU  
Catedrático Derecho Mercantil.  
Universidad Islas Baleares

ANSELMO MARTINEZ CAÑELLAS  
Profesor Titular de Derecho mercantil de la  
Universidad de las Islas Baleares.  
Universidad de las Islas Baleares

JAVIER VALLS PRIETO  
Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad de Granada

PEDRO MUNAR BERNAT  
Catedrático Derecho Civil  
Universidad de las Islas Baleares

RAFAEL LINARES NOCI  
Profesor Titular Derecho Civil  
Universidad de Córdoba

JAVIER BATARRITA GAZTELU  
Abogado del Ilustre Colegio de Abogados del  
Señorío de Bizkaia

CONCEPCIÓN NIETO-MORALES  
Doctora en Sociología. Trabajadora Social en  
Fiscalía en el Servicio de Apoyo a la  
Administración de Justicia Junta de Andalucía  
Universidad Pablo de Olavide

JOSE ANGEL MARTINEZ SANCHIZ  
Notario del Ilmo. Colegio Notarial de Madrid.  
Presidente del Consejo General del Notariado

ALFONSO BATALLA DE ANTONIO  
Notario del Ilmo. Colegio Notarial de Bilbao

RAMÓN MÚGICA ALCORTA  
Notario y Abogado del Estado

ASTOLFO DI AMATO  
Licenciado en Derecho en La Sapienza  
(Roma). Catedrático de Derecho Comercial en  
la Facultad de Ciencias Políticas. Magistrado  
de la Corte Constitucional.

LLORENÇ HUGUET ROTGER  
Rector de la Universidad de Islas Baleares.  
Catedrático de Ciencias de la Computación e  
Inteligencia Artificial.  
Universidad de Islas Baleares

MARIA JESUS CAVA  
Catedrática de Historia Contemporánea.  
Universidad de Deusto

LÁZARO RODRIGUEZ ARIZA Catedrático  
de Economía Financiera y Contabilidad  
Universidad de Granada

FRANCISCO RODRIGUEZ ALMIRÓN  
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho penal  
de la Universidad de Granada.

M<sup>a</sup> ELENA COBAS COBIELLA  
Profesora Titular Derecho Civil  
Universidad de Valencia

CRISTINA GIL MEMBRADO  
Catedrática de Derecho Civil  
Universidad de las Islas Baleares

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA  
PINTO  
Licenciado (1986), Master en Derecho (1991)  
y Doctor en Derecho (2013), con una tesis en  
Derecho Penal. Ha sido Asistente FDUL  
(1986-2000) y Profesor Adjunto de UAL  
(1987-2000). Profesor de Derecho penal en la  
Nova School of Law de la Universidade Nova  
de Lisboa

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Valencia

M<sup>a</sup> ISABEL GONZÁLEZ TAPIA  
Profesora Titular de Derecho Penal (UCO) y  
Abogada  
Universidad de Córdoba

M<sup>a</sup> JESÚS ARIZA COLMENAREJO  
Profesora Titular de Derecho Procesal  
Universidad Autónoma de Madrid

MANUEL A. GÓMEZ  
Professor of Law and Associate Dean of  
International & Graduate Studies  
Florida International University College of  
Law

SECCIONES PERMANENTES EN LA REVISTA: Derecho, Empresa y Sociedad

Coordinadora de Derecho Privado, Bioderecho, IA y Transformación digital

Dra. D<sup>a</sup> MARÍA LUDOMIRA KUBICA

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil

Universidad Complutense de Madrid

Coordinadora de Nuevas formas de criminalidad y lucha contra la corrupción

Dra D<sup>a</sup> DEMELSA BENITO SÁNCHEZ

Profesora de Derecho penal

Universidad de Deusto

Coordinador de Economía, Empresa, Estudios Financieros y Negocios

Dr. D<sup>o</sup> JONATHAN TÉLLEZ TORRES

Profesor Ayudante Doctor de Derecho penal y Ciencias Criminales

Universidad de Sevilla



# ÍNDICE

---

EDITORIAL.....	17
PRÓLOGO.....	19
1. AS “GRANDES CONTRAORDENAÇÕES” E A ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA SANCIONATÓRIO. Expansão, continuidade e autonomia dos sistemas sancionatórios sectoriais.....	21
<i>Frederico de Lacerda da Costa Pinto</i>	
2. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES.....	39
<i>Carmen Requejo Conde</i>	
3. ALGUNAS “IDEAS FUERZA” PARA UNA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA MÁS OPERATIVA ANTES QUE PRÁCTICA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO.....	61
<i>Michael Fernando Remigio Quezada. Edgar Iván Colina Ramírez.</i>	
4. RESPONSABILIDAD DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA NECESIDAD DE INTEGRAR LA RESPONSABILIDAD CORPORATIVA.....	81
<i>Carlo Piparo. Edgar Iván Colina Ramírez</i>	
5. LAS OPERACIONES ENCUBIERTAS EN ESPAÑA, EVOLUCIÓN LEGAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO.....	103
<i>Susana Sánchez González</i>	
6. ANÁLISIS DE LA CAUSA DE REVOCACIÓN DE LA DONACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE CARGAS (ARTÍCULO 647 CÓDIGO CIVIL) .....	131
<i>María Elena Cobas Cobiella. María del Pilar Taberner Arroyo.</i>	
7. LA AFECTACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: Especial referencia al ámbito empresarial.....	145
<i>Dra. Blanca Ballester Casanella</i>	

8. EL TERCER SECTOR DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA ENTRE ITALIA Y ESPAÑA. ASPECTOS FISCALES EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES.....161

*Juan Jesús Gómez Álvarez*

9. TIPOLOGÍA DEL ACOSO EN EL ENTORNO LABORAL. CONVENIO 190 OIT. CIBERACOSO. PREVENCIÓN: LOS PROTOCOLOS DE ACOSO.....193

*Francisco José Fernández*

10. NORMAS DE PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y EL AJUAR O MOBILIARIO DOMÉSTICO EN DERECHO CIVIL ESPAÑOL Y COMPARADO EUROPEO Y LATINOAMERICANO.....213

*Pablo José Abascal Monedero*

11. EL ARBITRAJE EN LOS DEPORTES ELECTRÓNICOS EN ESPAÑA.....243

*David García Carmona. Sergio Pérez González*

12. CASOS PRÁCTICOS: JURÍDICOS, SOCIO-JURÍDICOS, SOCIALES QUE CONTRIBUYEN A RESOLVER PROBLEMAS DE LA VIDA COTIDIANA.....257

*María Gracia García Kromer*

# ALGUNAS “IDEAS FUERZA” PARA UNA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA MÁS OPERATIVA ANTES QUE PRÁCTICA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

Michael Fernando Remigio Quezada (\*)<sup>1</sup>  
Edgar Iván Colina Ramírez <sup>2</sup>

Fecha de recepción: 30/09/2024

Fecha de aceptación: 17/11/2024

**RESUMEN:** Determinar judicialmente la pena exige previamente la construcción de un concepto operativo que permita identificar los diferentes elementos y/o criterios que componen la semántica de esta institución jurídica con el propósito de alcanzar una decisión revestida de justicia en el marco de la jurisdicción penal bajo la siempre materialización vigente de los principios legitimadores del poder coercitivo estatal, de esta forma, es fructífero el equilibrio necesario entre la función de necesidad y merecimiento de pena junto a las modernas teorías de la determinación judicial de la pena que se encuentran en un deber de armonía en todo Estado de Derecho.

**ABSTRACT:** The judicial determination of the penalty requires previously the construction of an operative concept that allows the identification of the different elements and/or criteria that compose the semantics of this legal institution with the purpose of reaching a decision with justice in the framework of the criminal jurisdiction under the always current materialization of the legitimizing principles of the state coercive power, in this way, the necessary balance between the function of necessity and deservedness of penalty together with the modern theories of the judicial determination of the penalty that are in a duty of harmony in every State of Law is fruitful.

**PALABRAS CLAVE:** individualización, *quantum*, espacio punitivo, arbitrio judicial, pena puntual.

**KEYWORDS:** individualization, quantum, punitive space, judicial discretion, punctual penalty.

**SUMARIO:** 1. Introducción; 2. La determinación judicial de la pena: la necesidad de un concepto operativo; 2.1. Alcances de la determinación de la pena; 2.2. Etapas de la determinación judicial de la pena; 3. Principios legitimadores de la determinación judicial de la pena; 4. Teorías de la determinación judicial de la pena y esquemas operativos para determinar la pena; 5. Conclusiones; 6. Bibliografía

(\*) El presente artículo es dedicado a Michael Emiliano fuente de amor, motivo de superación y artífice de este primer contacto académico con Europa.

<sup>1</sup> Abogado por la Universidad César Vallejo (Perú). Máster en Derecho Penal y Ciencias Criminales por la Universidad de Sevilla. Doctorando en Derecho por la Universidad de Sevilla. Maestría en Ciencias Penales por la Universidad de San Martín de Porres. Docente de Posgrado en la Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal de Universidad César Vallejo en los cursos de Argumentación Jurídica y Litigación Oral. Miembro y Excoordinador General de la Comisión de Derecho Penal y Procesal Penal de la Sociedad Peruana Derecho. Conferencista nacional en temas de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal. Abogado Litigante.

<sup>2</sup> Profesor Contratado Doctor. Universidad de Sevilla.

## 1. INTRODUCCIÓN

La determinación judicial de la pena es un tema que reviste importancia por su operatividad técnica y conceptualización jurídica que demanda, y es interesante por las novísimas cuestiones que incorpora en el Derecho Penal sustantivo en el ámbito de las consecuencias jurídicas del delito.

En el caso de Perú, el Código Penal de 1991 cuenta con varios anteproyectos y diferentes proyectos de reforma punitiva que, por diferentes razones, no se han institucionalizado en la legislación, no obstante, todos estos hacen el esfuerzo por involucrarse con el desarrollo de las instituciones jurídico-penales olvidadas por la doctrina penal, y, por aquellas que requieren una profunda reflexión sobre su legitimidad y continuidad en el seno del Derecho Penal.

Así, en los estudios del Derecho Penal Parte General la doctrina se ha interesado en estudiar profundamente las categorías del delito, sin embargo, poco interés, se ha dedicado al estudio de la teoría de la pena, prueba de ello es el incipiente análisis realizado a la institución jurídica de la determinación judicial de la pena que soporta una irrisoria doctrina sobre la materia impidiendo la existencia de eslabones doctrinarios o conceptos técnicos sentados que traducidos en una pregunta equivaldrían hoy a responder, sin lugar a dudas, qué es el delito.

Empero, en las últimas décadas cuando nos vinculamos a la idea de pena o fines de la pena encontramos una variedad de teorías filosóficas, sociológicas y jurídicas que intentan construir un concepto, buscando uniformizar las diferentes acepciones advertidas en el marco de cada corriente que recoge la noción de sanción en el Derecho Penal. Por ende, actualmente la comunidad académica interesada en la teoría de las consecuencias jurídicas del delito se ha preocupado por brindar el interés necesario a las diversas instituciones jurídicas relacionadas a la pena.

En ese orden de ideas, en las siguientes líneas intentaremos acercarnos al estudio de la determinación judicial de la pena en el vigente código penal peruano desarrollando de forma esquemática los principales tópicos que, permitan establecer, a modo de “*ideas fuerza*” el contenido jurídico de las instituciones vinculadas a la individualización de la sanción penal, para ello, iniciaremos con la proyección de un concepto operativo de determinación judicial de la pena útil para la función judicial de individualización de la sanción, luego, analizaremos la función de los principios que coactan la legitimidad judicial de imponer una pena como límites a la arbitrariedad judicial, así, finalmente, en el marco de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales examinaremos la intervención de los métodos técnicos-jurisdiccionales en la determinación de la sanción penal, así como, la necesaria vinculación de una teoría de los fines de la pena con la teoría de la determinación judicial de la pena que mejor se ajuste a las condiciones operativas de la legislación peruana a fin de alcanzar la imposición de una pena concreta y justa.

## 2. LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA: LA NECESIDAD DE UN CONCEPTO OPERATIVO

El profesor Armin Kaufmann en una de las obras más importantes sobre el estudio de las normas, haciendo referencia al verdadero carácter de la ley penal señalaba que, el derecho penal significa también deber penal y en la actualidad el Estado es el único autorizado a imponer penas, por tanto, el deber penal legal no puede cumplirse de manera inmediata, por esta razón la ley penal no es una norma dirigida al juez, a las autoridades encargadas de ejecutar la pena o al Jefe del Estado, sino solo la razón obligante para el dictado de tales normas en servicio de la realización de la ley penal<sup>3</sup>.

Ante ello, es esa razón obligante en la determinación judicial de la pena que por su naturaleza debe proyectar claridad semántica en el concepto para que esa discreción de sanción, únicamente recogida por el Estado, permita identificar los motivos, procedimientos, y efectos de la imposición de una sanción en el Derecho Penal.

---

<sup>3</sup> KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*. 1ª ed., Buenos Aires, 1977, pág. 19

A decir verdad, muchas definiciones se han propuesto en la doctrina intentando circunscribir cabalmente la individualización de sanción en sus términos, también se ha procurado hacer el esfuerzo de evacuar conceptos descriptivos que encierren todos los márgenes de la determinación de la pena desde una función práctica y/o empírica, empero, muchas de estas opciones relajan el contenido operativo que necesita una institución jurídica vinculada a la imposición de una sanción penal.

Es así que, desde una acepción lata, se han propuesto embrionariamente conceptos que intentan recoger las principales ideas sobre la materia, señalando que la determinación de la pena puede ser definida como el acto mediante el cual el juez fija las consecuencias de un delito<sup>4</sup>. Sin duda alguna, esta acepción nos muestra amplia concreción en el significado de la institución vinculándola a la exclusiva determinación de las diferentes consecuencias de un delito, lo que manifiesta un sentido restrictivo o limitado de la actividad judicial al momento de imponer la sanción penal.

Por otro lado, la determinación judicial de la pena tiene como función identificar y medir las dimensiones cualitativas y cuantitativas de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar al autor o partícipe culpable de un delito<sup>5</sup>; al respecto, la definición esbozada por el supremo magistrado peruano tiene como norte la funcionalidad de la determinación de la sanción, es decir, propone un concepto desprendido y contextualizado en el marco del último de los juicios de valor realizados por los jueces al momento de emitir una sentencia penal condenatoria, esto es: i) juicio de subsunción, ii) declaración de certeza e iii) individualización de la sanción; en otras palabras, refugia el estudio de la determinación de la pena al momento último por el que atraviesa la construcción de una sentencia penal.

Sobre lo expuesto, consideramos que armonizar la definición de individualización o determinación de la pena resulta una labor estéril e impermeable dogmáticamente por la condición sustantivamente amplia que denotan las figuras que se encuentran en su interior, no obstante, la operatividad anhelada en el concepto de individualización de la pena no únicamente debe responder a las características de aplicación de la pena, sino también, su estructura debe hallarse vinculada a los propósitos o fines de la pena<sup>6</sup> que responden a las razones epistemológicas de su imposición en el marco del castigo penal con lo cual se determina el espíritu de su conminación y merecimiento para lograr, de esta forma, consonancia entre el objeto (merecimiento de pena) y móvil (fin de la pena) en la determinación o individualización de las sanciones punitivas.

Al respecto, aun con la complejidad que la materia transmite para llenar de contenido el concepto de individualización o determinación judicial de la pena resulta trascendente destacar una de las acepciones particulares que introduce criterios de operatividad en la definición de la aplicación de la pena, cuando señala que con la determinación judicial de la pena se pone a disposición del juez un espacio de juego, o marco penal, donde en este estadio pertenece también la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal<sup>7</sup>; posición que permite alcanzar significado e importancia a los factores que se hallaran al interior del ejercicio de determinación de la sanción los cuales permiten la graduación de la pena dentro de los marcos punitivos establecidos por la ley penal sustantiva.

Sin embargo, conforme lo señalamos, la construcción del concepto sobre la determinación judicial de la pena es una difícil tarea que por su complejidad no ha encontrado uniformidad en el tiempo,

---

<sup>4</sup> ZIFFER, Patricia S. *Lineamientos de la determinación de la pena*. 1ª ed., Buenos Aires, 1996, pág. 23

<sup>5</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios*. 1ª ed., Lima, 2010, pág. 130

<sup>6</sup> Un estudio programático de las diferentes teorías de la pena encontramos en DONNA, Sebastián A. *Las teorías de la pena. Un análisis jurídico-económico*. 1ª ed., Buenos Aires, 2021, págs. 69-144

<sup>7</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. 1ª ed., Salamanca, 1999, págs. 41-42

y la judicatura peruana no es ajena a esta idea, puesto que, los intentos por cubrir todas las áreas de practicidad que permitan llevar a la realidad su definición terminan, muchas veces, confundiendo al operador jurídico con la entrega de nociones equívocas sobre la naturaleza de la materia estudiada<sup>8</sup>.

El análisis conceptual de la determinación judicial de la pena enseña que las carentes ideas sólidas sobre su definición y características principales consiguen en el operador jurisdiccional cometer errores que no únicamente se limitan a la comprensión de la graduación de responsabilidad, sino también, conllevan a la inutilidad científico-operativa del tema provocando de esta manera el desinterés por la esquematización de imponer una pena justa en el marco de un procedimiento penal que exige individualizar la sanción.

Por ello, no le faltó razón a Beristain cuando señalaba que el fin de la pena ha preocupado siempre hondamente a todos los hombres de espíritu, ninguna queja produce vibración tan íntima en las personas que todavía – aun en nuestro siglo de la automatización – no han perdido la facultad de reflexionar, como la que la que callada, pero continuamente, brota de las prisiones donde yacen miles de hombres, sepultados vivos por otros hombres, en nombre de la justicia, en nombre de la libertad<sup>9</sup>.

En ese contexto, consideramos indispensable precisar que las dificultades dogmáticas por las que atraviesa la institución jurídica de la determinación judicial de la pena empezarán a desvanecerse partiendo de la construcción de un concepto siempre operativo sobre sus aristas internas, y no empírico reduciendo su esfera a la mecanización de la practicidad jurisdiccional, por eso, asentimos con que la determinación o individualización judicial de la pena no es más que una concreción de la teoría de los fines de la pena, y esto es así, pues las reglas de dosimetría penal no resuelven toda la compleja cuestión de la determinación de la pena<sup>10</sup>.

La doctrina mayoritaria asigna relevancia directa a los fines del castigo en sede de determinación judicial de la pena y, si bien desde enfoques divergentes, concibe que la magnitud exacta de castigo imponible depende de los fines de la pena concurrentes y de la forma en que se resuelvan las antinomias entre dichos fines. Ello significa que los fines del castigo ostentarían una incidencia primordialmente ordinal en la configuración judicial de la pena: el juzgador sustentaría en ellos – tratándose de fines retributivos o preventivos (especiales o generales) – sus juicios valorativos conducentes a recorrer la escala legal de castigos en toda su extensión y a fijar la cuantía final de punición imponible<sup>11</sup>. Lo afirmado se puede ilustrar con claridad a partir de referencias sucintas a diversas teorías de la determinación judicial del castigo.

En otras palabras, la edificación de una definición nutrida de operatividad dogmática penal de la individualización de la pena debe estar en clave, no solo con el posicionamiento de sus criterios de

---

<sup>8</sup> Este escenario es advertido en la ponencia de un ex magistrado supremo peruano cuando intentando definir a la determinación judicial de la pena señaló que “(...) *La determinación de la pena, sea cual fuere el operador que la haga, es una decisión de carácter político criminal (...) En síntesis, la determinación de la pena es toda decisión político criminal tendiente a definir la calidad y el quantum de la pena abstracta o concreta por la comisión de un hecho punible*”. Definitivamente, la acepción brindada se sienta sobre la ambigüedad e imprecisión de los conocimientos técnicos en la individualización judicial de la pena. Esta intervención fue con ocasión del Seminario Taller: Nuevos criterios para la determinación judicial de la pena celebrado los días 01 y 02 de junio de 2007 en Lima – Perú. Se puede encontrar la ponencia completa en: FIGUEROA NAVARRO, Aldo Martín. “La determinación judicial de la pena y el Anteproyecto del Código Penal de 2004”. En *Nuevos Criterios para la determinación judicial de la pena*. Centro de Investigaciones Judiciales del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú. Lima, 2007, págs. 135-144

<sup>9</sup> BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Fines de la pena (importancia, dificultad y actualidad del tema)*. 1ª ed., Madrid, 1962, pág. 3

<sup>10</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*. 1ª ed., Montevideo, 2007, pág. 677

<sup>11</sup> BASSO, Gonzalo J. “Sobre la incidencia de los fines de la pena en la determinación judicial del castigo”. En *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*. Madrid, 2019, págs. 1328-1338.

dosimetría o medición punitiva, es decir, sus reglas para mover el *quantum* de la sanción, sino sobre todo con los propósitos de imposición de la pena, es decir, merecimiento y finalidad, dado que, sólo de esta forma el operador penal puede recoger y materializar las ideas sobre una metodología de imposición de la pena que permita identificar no solo cada instituto sustantivo al interior de esta, sino el espíritu de su naturaleza, intervención y propósitos en la individualización de la responsabilidad penal los cuales, en las últimas décadas, no han merecido la atención suficiente por parte de la academia penal.

De acuerdo con esta idea, en la legislación peruana, consideramos que las normas relativas a la determinación judicial de la pena deben interpretarse en la línea de una teoría retribucionista de la pena. Bajo ese argumento, es importante precisar que la pena viene a ser la constatación de la realización por el delincuente de la descripción abstracta de la ley penal, pues el juzgador al establecer la cantidad de pena únicamente piensa en las reglas que establece el método para determinar la sanción, y no si dicha pena concreta será la adecuada para que se resocialice el delincuente<sup>12</sup>.

Por tanto, dentro de las diferentes teorías que cubren el manto de la finalidad de la pena comulgamos con la corriente retribucionista señalando que se ajusta adecuadamente a los propósitos de la individualización de la sanción penal permitiendo identificar una suerte de concepción operativa que coadyuva en la labor técnica – jurisdiccional, máxime, conforme lo veremos en los apartados posteriores, las últimas tendencias en la individualización judicial de la pena dentro del Derecho Penal peruano y sus diferentes reformas legislativas, así como, jurisprudenciales, denotan que el retribucionismo de la pena reza con los mecanismos de aplicación judicial de la pena.

Así las cosas, esta postura busca desterrar en el plano de la individualización judicial de la pena a las corrientes preventivas y proponemos reubicarlas en el marco del Derecho Penitenciario, permitiendo de esta manera restringir el margen de acción de la determinación judicial de la pena, estrictamente, sobre conceptos penales o punitivos, y no extrapenales o administrativistas que lo único que hacen es elongar la visión puramente sustantiva de la imposición de una sanción en el Derecho Penal peruano.

Ahora bien, determinada la vinculación existente entre la determinación judicial de la pena y la teoría sobre los fines de la pena que mejor se adecue al modelo o esquema de determinación de la sanción en la legislación peruana, es menester gestar una aproximación conceptual sobre el tema indicando que la determinación judicial de la pena es un *procedimiento especial técnico, valorativo y judicial, muestra de la criminalización penal secundaria, establecido en la ley penal sustantiva, el cual prescribe la identificación, cuantitativa y cualitativa de la sanción penal dentro de un marco o espacio punitivo graduable por determinadas circunstancias modificativas, extendiendo su ámbito de aplicación sobre las alternativas o mecanismos sustitutivos de ejecución de la pena para el sujeto considerado como autor o partícipe en la comisión de un determinado delito*.

Definitivamente, la actividad judicial en el procedimiento de individualizar la pena posee como objetivo alcanzar la sanción justa con el máximo respeto de las garantías sustantivas relacionadas a las consecuencias jurídicas del delito; sin duda, esta labor operativa y técnica descansa en la discrecionalidad de los operadores jurídicos como manifestación de la administración de justicia.

Finalmente, es importante considerar que el esquema conceptual brindado para la determinación judicial de la pena debe proyectarse sobre la base de un análisis conjunto de las diversas instituciones vinculadas a la individualización de la sanción penal, las cuales comentaremos en los siguientes apartados intentando diseminar una teoría general que permita la imposición de una pena justa bajo el respeto de los principios generales legitimadores de la intervención punitiva.

---

<sup>12</sup> CANCHO ESPINAL, Ciro. *El quantum del dolor de la pena e imputación penal*. 1ª ed., Lima, 2017, pág. 58

## 2.1. Alcances de la determinación de la pena

Luego de haber hallado una definición sobre la determinación o individualización judicial de la pena es importante sumergirnos en el alcance de este concepto; pues la acepción técnica – valorativa de la dosificación penal no se detiene en su abstracción, sino avanza en la operatividad de la institución descrita, pues únicamente demostrando su utilidad y eficacia ratificaremos nuestra contribución con la teoría de las consecuencias jurídicas.

Es así que para comprender el alcance del concepto operativo de determinación de la pena es importante reflexionar sobre las primeras ideas que aterrizan en el cumplimiento y duración de la pena, dado que, para comprender realmente qué significa la pena de prisión calculada en el tiempo, debemos comprender qué es este tiempo que la pena emplea. Los penalistas suelen considerar que se trata de un tema abstracto y sólo marginalmente vinculado con los problemas que les preocupa, pero no hay que olvidar que el tiempo es mucho más que el gran tema de la filosofía, es también el gran tema de la ciencia, de la religión, de la mitología, de la historia. Y así como ninguna de estas disciplinas ha pretendido ignorar la reflexión que la filosofía dedica al tiempo, tampoco el derecho penal puede ignorarla<sup>13</sup>.

En esa línea, no falta razón, cuando al analizar el nivel de importancia de la individualización de la pena se sostiene que no existe en la doctrina una teoría plenamente desarrollada de la individualización penal lo que ha conducido, en la práctica, a una crisis del sistema de determinación de la pena y a una profunda inseguridad en esta materia<sup>14</sup>.

Determinar la pena no es únicamente un acto jurisdiccional que tenga alcance matemático, tampoco debe concebirse a la operación jurídica de la individualización de la sanción como una técnica basada en la aritmética por el simple razonamiento de graduar el *quantum* de pena dentro de los márgenes punitivos establecidos por el legislador. La dimensión cuantitativa y cualitativa de la determinación de la pena enfoca un mayor alcance sobre la aplicación de la ley penal sustantiva.

En particular, el Código Penal peruano prescribe un sistema de penas las cuales se encuentran positivizadas en cada tipo penal de la Parte Especial, esto adquiere relevancia pues la relación entre la Parte General y la Parte Especial del Derecho Penal responde a una relación lógica necesaria pues la primera parte estudia sus fundamentos, la teoría general del delito, y las consecuencias jurídicas del delito, mientras que la segunda parte estudia las infracciones y sanciones específicas, es decir, una coadyuva con la otra. Esta división tiene un valor didáctico y pedagógico, pues ambos sectores del Derecho Penal no se hallan desconectados entre sí, sino que se exigen mutuamente, no es imaginable una parte sin la otra<sup>15</sup>.

La determinación de la pena tiene un alcance funcional en virtud de las necesidades político criminales de un Estado para imponer una sanción penal pues sólo un fin supremo en búsqueda de reposición de la norma jurídica legitimaría la intervención estatal, así como su limitación en cuanto los procedimientos y técnicas que se deben utilizar para la individualización de la pena.

Ahora bien, consideramos necesario conferir en el alcance de la determinación de la pena que su intervención se dote de eficacia y funcionalidad, es decir, hacer del procedimiento impositivo de pena, en el Perú, una suerte de herramienta que permita superar los dos principales problemas por los que atraviesa su legislación: i) inidoneidad de la técnica legislativa para regular la compleja labor jurisdiccional de imponer una sanción penal, y ii) carencia de un esquema metodológico y uniforme en el procedimiento de individualización de la pena.

<sup>13</sup> MESSUTI, Ana. “Más allá del tiempo como pena”. En *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales*. Coord. Pablo Vacani. Buenos Aires, 2012, pág. 35

<sup>14</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*. 1ª ed., Madrid, 1997, pág. 107

<sup>15</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de derecho penal parte general. Tomo I*. 4ª ed., Madrid, 2019, pág. 18

Así las cosas, la principal tarea de la determinación de la pena es la identificación de los criterios que deben orientar la decisión y la fijación de cuáles son las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta y cuáles pueden ser descartadas en el caso. La delimitación de estos factores y su influencia sobre la pena concreta dependen en gran medida de la decisión previa acerca de cuál es la finalidad de la pena dentro del sistema<sup>16</sup>.

Esta mirada constructiva de la determinación de la pena y su aplicación efectiva desde una adecuada vinculación con la teoría de la pena legitiman la necesidad de apostar por un modelo de imposición de la pena que resguarde todos los aspectos de carácter cualitativo y cuantitativo desde la funcionalidad de los modelos o esquemas para individualizar la pena concreta, en otras palabras, es indispensable centrar el objeto de estudio en la decisión sobre el marco penal aplicable, las condiciones que le dan origen, y por otro, en los criterios determinantes – fundamentalmente, culpabilidad y retribución – en el recorrido por el marco penal atribuido a la conducta concreta<sup>17</sup>.

Bajo esa perspectiva, el Código Penal peruano de 1991, aún con la desordenada y ambigua ubicación normativa referida a la determinación judicial de la pena institucionaliza el alcance operativo de esta institución jurídica desde los artículos 45 y 45-A encargados de sostener los meridianos principios y reglas técnicas de suficiencia para la individualización judicial de la pena concreta.

El legislador peruano en el artículo 45 del Código Penal<sup>18</sup> establece los criterios de cualificación que debe considerar el juzgador para decidir sobre la sanción punitiva a imponer, claro está, estos criterios se encuentran en clave como presupuestos de fundamentación y determinación de la pena pues erigen sobre la judicatura peruana el deber de justificación o motivación especial de la decisión judicial penal.

Por su lado, el artículo 45-A del Código Penal peruano<sup>19</sup> refleja el aspecto cuantitativo del procedimiento de determinación judicial de la pena positivizando el método legitimado por el legislador para arribar a la pena concreta; es decir, hallaremos en este dispositivo legal el ejercicio técnico de dosificación de la sanción punitiva propiamente dicho, equivalente a los estratificados pasos o reglas que debe seguir el juzgador para cuantificar la graduación del nivel de responsabilidad penal del interviniente en el delito cometido.

En suma, el esquema procedimental de la determinación judicial de la pena desarrolla su alcance operativo en función de su aplicación siempre vinculada sobre una teoría de la pena, en ese sentido, el Código Penal peruano, consideramos, muestra afinidad con la teoría retributiva estableciendo

---

<sup>16</sup> ZIFFER, Patricia S. *Lineamientos de la determinación de la pena*. 1ª ed., Buenos Aires, 1996, pág. 24

<sup>17</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español*. 1ª ed., Barcelona, 1982, pág. 63

<sup>18</sup> Artículo 45 del Código Penal peruano: “El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta: a. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad. b. Su cultura y sus costumbres. c. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de los derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad”. Consultar en: <https://spijweb.minjus.gob.pe/?s=codigo+penal>

<sup>19</sup> Artículo 45-A del Código Penal peruano: “Toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena. Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas de delito o modificatorias de la responsabilidad. El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas: 1. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes. 2. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas: a) Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior. b) Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio. c) Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior. 3. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes calificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera: a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior; b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito”. Consultar en: <https://spijweb.minjus.gob.pe/?s=codigo+penal>

todo el camino sobre el que debe transitar el juzgador para determinar una pena concreta y justa desde sus criterios cualitativos para fundamentar la imposición de la sanción y los aspectos esquemáticos cuantitativos para dosificar el *quantum* de pena a imponerse.

## 2.2. Etapas de la determinación judicial de la pena

La individualización judicial de la pena involucra en su estructura operativa diferentes términos conceptuales que son indispensable reconocer para el adecuado procedimiento de imposición de una sanción justa. La conclusión exitosa de la determinación de la pena es alcanzar la obtención de una pena concreta, sin embargo, este no es el único concepto tipológico de pena que se vincula al juicio de individualización judicial, asimismo, la naturaleza de esta institución jurídica evita que el operador jurídico conozca únicamente una sola acepción de determinación de pena.

En esa línea, tradicionalmente se ha considerado que la determinación judicial de la pena atraviesa por 3 fases o momentos. La determinación legislativa o parlamentaria, la determinación judicial o procesal, y la determinación administrativa o ejecutiva.

La primera, es concebida como una etapa donde si bien no se realiza un proceso de individualización de la pena dada la misma naturaleza de generalidad y abstracción de las leyes, sin embargo, se fija un determinado marco punitivo y criterios normativos generales para individualizar la pena. En cuanto la segunda, se tiene el contexto fáctico de la comisión del hecho delictivo y a su presunto autor, datos que permitirán, recién asignar un significado normativo a las pautas constitucionales y legales, establecidas para el proceso de individualización de la pena<sup>20</sup>.

Sobre la última de las fases mencionadas consideramos que su presencia responde a vetustos ideales penológicos que retrotraen actualmente una visión estricta del término individualización de sanción, puesto que, la fase administrativa o ejecutiva no puede ser considerada por su naturaleza un momento de la determinación de la pena pues en ella la sanción penal ya se encuentra definida y la autoridad administrativa penitenciaria únicamente se limita a su aplicación y/o ejecución ordenada jurisdiccionalmente<sup>21</sup>.

La determinación judicial o procesal de la pena es la etapa de mayor interés en la presente contribución. El operador judicial se encuentra en una interesante labor al momento de fabricar una equitativa sanción a la infracción cometida, pues en esta decantará su altruista labor de justicia sobre los pilares fundamentales del Derecho Penal siendo que su labor juzgadora no culmina con la aritmetización de la condena sino es que recién empieza, pues el carácter deshumanitario de la pena en el condenado – aun no deseado, pero necesario – toma como primer contacto el despojo de un valor sumamente preciado, la libertad.

El Código Penal peruano sigue un proceso complejo en la determinación de la pena. La doctrina es uniforme en considerar la existencia de dos etapas que debe seguir el operador jurídico al momento de individualizar judicialmente la pena, estos son: la identificación de la pena básica y la individualización de la pena concreta<sup>22</sup>.

En cuanto la primera etapa de la determinación judicial de la pena esta consiste en identificar el marco penal positivizado por el legislador en cada tipo penal para trabajar sobre éste permitiéndose

---

<sup>20</sup> MENDOZA AYMA, Francisco Celis. *Presupuesto acusatorio determinación e individualización de la pena. Proceso Penal. La medida del dolor*. 1ª ed., Lima, 2015, págs. 100 – 101

<sup>21</sup> Respalamos nuestra posición en palabras de los maestros Zaffaroni, Alagia y Slokar cuando señalan que la idea tradicional de una individualización de la pena considerada como un proceso con tres etapas, no corresponde al marco de un Estado Constitucional de Derecho, sino a una distribución de tareas extrañas al hoy generalizado sistema de control de constitucionalidad. En: *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., Buenos Aires, 2000, pág. 949.

<sup>22</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios*. 1ª ed., Lima, 2010, pág. 137

el juzgador establecer límites mínimos y máximos que permitirán ponderar la graduación de la sanción dependiendo el tipo de penalidad que obedezca a la infracción cometida.

Hemos de situarnos en el marco de la pena legal en abstracto, para ello debemos fijar el tipo penal aplicable, luego de realizado el juicio de tipicidad penal; el concepto del marco de la pena no se limita, empero, a la medida de pena mencionada en un determinado tipo penal, sino alcanza a todas las sanciones aplicables en el caso concreto, incluidas la pena accesoria o las consecuencias accesorias<sup>23</sup>.

En otras palabras, la primera etapa de la individualización de la pena se manifiesta a través de la identificación de los márgenes penales determinados por el legislador en cada tipo penal de la Parte Especial, a estos se le conoce como límite mínimo y límite máximo de la pena los cuáles formarán el espacio punitivo que es la plataforma sustantiva en la consecuencia del delito conformada de un lado por el mínimo de la pena posiblemente aplicada para el infractor penal y el máximo de pena que pueda imponerse por su nivel de responsabilidad.

Por citar un ejemplo, el artículo 106 del Código Penal peruano regula el delito de homicidio simple prescribiendo que el que mate a otro será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de 6 años ni mayor de 20 años. En esta cita normativa podemos advertir como límite mínimo y máximo, 6 años y 20 años, respectivamente, como baremos sobre el que puede graduar el juzgador el *quantum* de pena para el responsable del delito cometido. A este tipo de disposiciones en las consecuencias jurídicas del delito se le denomina pena conminada, pues es la regulada por el legislador, es decir, es el marco punitivo descrito con el nacimiento de la ley penal. No obstante, en muchas ocasiones la técnica de redacción legislativa empleada no permite identificar los márgenes de pena que forman el espacio punitivo siendo este último indispensable para el juzgador peruano dado que sólo arbitrando su poder discrecional en la ley puede hallar una pena justa. Muestra de lo expresado podemos advertirlo en el artículo 108 del Código Penal peruano cuando prescribe el delito de homicidio calificado señalando que el que mate a otro mediando diferentes circunstancias agravantes específicas será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de 15 años. Al respecto, el legislador peruano únicamente establece el límite mínimo con el que cuenta el juzgador para imponer una sanción, sin embargo, en este tipo de casos debemos acudir a las técnicas de integración de normas penales, estrictamente, la norma penal remisiva<sup>24</sup> la cual nos conducirá al artículo 29 del mismo cuerpo normativo donde se establece que en el Perú la pena privativa de libertad máxima es de 35 años, logrando así establecer de forma complementaria el límite máximo de pena para el delito de homicidio calificado dada la necesidad procedimental de un espacio punitivo con el cual el operador judicial sea controlado en la definición de la sanción. Esta última exigencia de pena con baremos mínimos y máximos es conocida como pena abstracta, pues es aquella que permite a los métodos establecidos en el Código Sustantivo peruano para la determinación de la pena dotarlos de operatividad y eficacia.

La segunda etapa de la determinación judicial de la pena tiene significancia operativa en la búsqueda de la pena concreta, es decir, la actividad jurisdiccional se encamina en identificar, previamente, los criterios o factores de medición de la sanción los que permiten establecer el *quantum* de la pena dentro de los márgenes de la pena básica previamente determinada.

En puridad, el juez se encarga de fijar la pena concreta a imponer al autor o partícipe de un delito, en función de ciertas circunstancias específicas previstas en la ley; este esfuerzo intelectual realizado por el juzgador es denominado concreción legal del marco penal pues se trata de circunstancias que afectan la proporcionalidad abstracta del delito pudiendo modificarla afectando la responsabilidad penal del agente del delito con lo que el juez penal debe proceder a individualizar

---

<sup>23</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte General. Tomo II*. 3ª ed., Lima, 2011, pág. 388

<sup>24</sup> Los profesores Muñoz Conde y García Arán refiriéndose a la estructura de la norma penal sustantiva profundiza el estudio de las disposiciones jurídicas en los Códigos Penales tales como normas penales incompletas, normas penales dependientes y normas penales en blanco reflexionando sobre su legitimidad jurídica y autenticidad penal. En: *Derecho Penal Parte General*. 11ª ed., Valencia, 2022, págs. 31-33

la pena por el delito o los delitos concretamente cometidos<sup>25</sup>, es decir, se establece cuál será la pena concreta impuesta al responsable del ilícito penal, pues el operador judicial se encontrará ante una pena temporal, cuya duración vendrá marcada por el Código, entre una cifra mínima y una cifra máxima, y, dentro de este lapso de tiempo, el órgano judicial determinará la duración que más se adecuó al agente y a las circunstancias concurrentes<sup>26</sup>.

Con una visión pragmática, el Código Penal peruano regula en la segunda etapa de la determinación judicial de la pena el análisis de los factores o criterios de la ley penal que, eventualmente, morigerarán el marco abstracto de la pena para descubrir los nuevos límites con los que contará el operador judicial para determinar la pena concreta. Por ejemplo, el artículo 196 del Código Penal peruano regula el delito de Estafa prescribiendo que el que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años; al respecto, advertimos la existencia de una pena abstracta que nos entrega un espacio punitivo sobre el cual el operador jurisdiccional podrá introducirse graduando la cantidad de sanción punitiva, pero, al interior de esta fase pueden presentarse factores de orden sustantivo que alteren el marco abstracto previo tales como circunstancias modificativas genéricas reguladas en el artículo 46 del citado texto normativo, así como, diferentes causales de disminución o incremento de la punibilidad (tentativa, error de prohibición superable, concurso de delitos, etc.) reguladas en diferentes dispositivos de la Parte General; todos estos elementos de movilización cuantitativa, una vez examinados, permitirán identificar finalmente la pena concreta exacta para el delincuente.

Todos estos factores que alteran el marco abstracto de la pena en el tipo penal, sin duda alguna, en su hipotética presencia renuevan el marco o espacio punitivo trasladando al juzgador a un escenario nuevo donde debe echar mano de los diferentes métodos de determinación o aplicación judicial de la pena institucionalizados en el Código Penal peruano para que, de esta forma, alcance la graduación de la pena concreta más justa para el interviniente en el delito.

En resumen, el Código Penal peruano de 1991 posee 2 métodos o esquemas para determinar judicialmente la pena. Ambos métodos deben caminar sobre las etapas de individualización judicial de la sanción penal. El primero es el denominado método de tercios penales<sup>27</sup>, y el segundo, es definido como el método operativo escalonado<sup>28</sup>.

### 3. PRINCIPIOS LEGITIMADORES DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

No le falta razón a Basso cuando señala que en los países occidentales con sistemas de tradición continental europea ha habido tradicionalmente una fuerte influencia del principio de legalidad en la configuración de los delitos y las penas. En la época de la codificación decimonónica, el pensamiento iluminista y la necesidad de reaccionar frente a la arbitrariedad, la discrecionalidad judicial ilimitada y la severidad de las prácticas punitivas del antiguo régimen condujeron a que el papel del juzgador se restringiera al de un mero aplicador de la ley a quien se le negaban atribuciones de interpretación<sup>29</sup>.

La determinación judicial de la pena como procedimiento establecido en el marco de la aplicación de una consecuencia jurídica del delito, tal cual institución jurídica que coacta derechos

<sup>25</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Parte General*. 2ª ed., Lima, 2012, págs. 821-851

<sup>26</sup> LLORCA ORTEGA, José. *Manual de determinación de la pena*. 6ª ed., Valencia, 2005, pág. 20

<sup>27</sup> Este método fue incorporado por la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2023 que modificó diversos dispositivos de la Parte General del Código Penal peruano vinculados a la determinación judicial de la pena, sin embargo, expresamente institucionalizó el referido método de los tercios penales regulándolo en el artículo 45-A del Código Penal.

<sup>28</sup> Este método fue incorporado como doctrina jurisprudencial mediante el Acuerdo Plenario N° 01-2023 de fecha 28 de noviembre de 2023 emitido en el XII Pleno Jurisdiccional de la Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

<sup>29</sup> BASSO, Gonzalo J. *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*. 1ª ed., Madrid, 2019, pág. 55

fundamentales, debe irrogarse límites o directrices que edifiquen en función de principios o garantías la legítima intervención del Estado, a partir de sus operadores judiciales, para la obtención de una pena justa y razonable.

En ese sentido, el Código Sustantivo peruano de 1991 en su Título Preliminar constitucionaliza como principios legitimadores de la intervención del Estado en el ámbito del procedimiento de la determinación judicial de la pena a las garantías de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad y humanidad. Intentaremos en las siguientes líneas desarrollar el alcance de cada principio en el ámbito de la individualización judicial de la pena.

El principio de legalidad penal sustantiva sistemáticamente se encuentra regulado en los artículos II, III, y VI del Título Preliminar del Código Penal peruano los cuales describen sus presupuestos y consecuencias, asimismo, la Constitución Política del Perú de 1993 regula la garantía de legalidad en los literales a), b), y d) del inciso 24 del artículo 2, en el inciso 9 del artículo 139, y en el segundo párrafo del artículo 103; en todos estos últimos dispositivos supralegales se conmina el respeto de la legalidad en el Derecho Penal.

La garantía de legalidad penal denuncia que sólo la ley puede establecer el tipo de pena que se impondrá al interviniente de un delito, así como, define que únicamente la ley establecerá el procedimiento para su determinación y ejecución. Asimismo, importa como un límite al poder estatal, pues controla la soberanía del Estado proscribiendo el abuso de los derechos fundamentales, debiendo interpretarse en el concepto de pena su sentido lato, pues en esta se incluye las medidas de seguridad, las consecuencias accesorias y las diferentes consecuencias jurídicas del delito distintas a la pena privativa de libertad.

En el marco de la determinación judicial de la pena emana del principio de legalidad la garantía de determinación de las penas la cual implica, por un lado, la fijación de una determinada clase de pena, aceptándose excepcionalmente su sustitución cuando sea favorable al reo, y de otro lado, la fijación de un marco penal razonable en el que, por lo menos, el límite máximo debe encontrarse cerrado a fin de evitar cualquier discrecionalidad judicial en la imposición de las penas<sup>30</sup>.

El principio de culpabilidad o responsabilidad penal se encuentra regulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal peruano desarrollando sus efectos en la pena. Este principio no tiene reconocimiento expreso en la Constitución Política del Perú, empero, ha sido desarrollado en diferentes sentencias del Tribunal Constitucional del Perú<sup>31</sup>.

La culpabilidad como principio del Derecho Penal, en el ámbito de la dosimetría punitiva, explica que no es admisible la imposición de una sanción penal sin la existencia de responsabilidad, por lo que, para garantizar su vigencia derivan del principio de culpabilidad 3 consecuencias: i) prohibición de responsabilidad objetiva o principio de imputación subjetiva, ii) principio de reprochabilidad o culpabilidad en estricto, iii) principio de responsabilidad por el hecho propio, dentro de ésta última consecuencia se encuentra la garantía de responsabilidad por el hecho o prohibición del derecho penal de autor y la garantía de personalidad de las penas o autoresponsabilidad<sup>32</sup>.

Este principio se encuentra íntimamente vinculado a los efectos de la individualización judicial de la pena, pues equivale a sostener que la responsabilidad acaecida en un determinado sujeto, para el merecimiento de una pena, solamente se materializará siempre que medie en su comportamiento

---

<sup>30</sup> URQUIZO OLAECHEA, José. *Derecho penal. Principios fundamentales*. 1ª ed., Lima, 2021, pág. 92

<sup>31</sup> Puede advertirse en los siguientes pronunciamientos del desarrollo del Principio de Culpabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano: Exp. N° 01873-2009-PA/TC-Lima, sentencia del 03 de setiembre de 2010; Exp. N° 0014-2006-PI/TC-Lima, sentencia del 19 de enero de 2007; Exp. N° 00002-2021-PI/TC, sentencia plenaria del 21 de abril de 2022; entre otras.

<sup>32</sup> MONTROYA VIVANCO, Yvan. *Derecho penal de principios. Los principios penales fundamentales. Volumen II*. 1ª ed., Lima, 2020, págs. 192-202

el dolo o la imprudencia. Esta máxima rechaza el antiguo aforismo del Derecho Canónico “*versari in re illicita casus imputatur*” que se puede entender como “quien hizo la causa quiso el efecto”, es decir, si una persona realiza un acto prohibido responde por cualquier resultado que devenga de ella; no interesando si lo hizo con intención, imprudencia o si fue resultado de un hecho fortuito<sup>33</sup>.

En cuanto el principio de Proporcionalidad, también denominado garantía de prohibición del exceso se encuentra regulado en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal peruano, y no cuenta con reconocimiento expreso en la Constitución Política del Perú, no obstante, es una garantía sustantiva que se condice con todos los demás principios mediante su tratamiento jurídico, pues es imposible referirse a cualquier principio regulatorio de la determinación de la pena sin involucrarlo con la proporcionalidad de la medida.

Desde una visión pragmática la proporcionalidad como límite del poder punitivo exige la prohibición de sobrecargar al afectado con una medida que para él represente una exigencia excesiva, sin que la misma aparezca requerida de modo indispensable para restablecer o proteger los derechos de terceros, incluidos los de la comunidad<sup>34</sup>. Por su parte, Prado Saldarriaga expone que la proporcionalidad de la sanción demanda que la pena debe guardar relación con el grado de responsabilidad del agente, con la magnitud del daño ocasionado y con la trascendencia del bien jurídico lesionado<sup>35</sup>.

La sanción penal debe encontrar un nivel de equilibrio entre la responsabilidad por la infracción penal cometida y la cuantía de la pena impuesta como reproche punitivo, asimismo, queda proscrito los excesos sancionatorios en el marco de una respuesta penal, esto es, se rechaza la imposición de una pena que carezca de relevancia valorativa entre el hecho delictivo y el nivel de responsabilidad por el comportamiento y daño causado.

Así las cosas, la exigencia de proporcionalidad en la aplicación de las consecuencias jurídicas del delito posee una doble dimensión<sup>36</sup>: de carácter abstracto, dirigida al poder legislativo en tanto se le requiere establecer penas proporcionadas a la gravedad del delito en el proceso de tipificación, y de carácter concreto, dirigida al poder judicial, puesto que deberán los jueces imponer una pena proporcionada a la concreta gravedad del delito<sup>37</sup>.

Finalmente, referirnos al principio de humanidad o proscripción de la crueldad implica revisar cómo debe condicionarse la potestad punitiva en orden a la clase de las penas imponibles y a la forma de ejecución de la misma; en realidad, podemos decir que la potestad punitiva debe ajustarse simultáneamente al humanitarismo, que no ha de entenderse como simple caridad o benevolencia, sino como manifestación del respeto a la persona humana, y a la necesidad social del castigo, por encima de toda otra consideración científica o teórica<sup>38</sup>.

La identidad de la ejecución de la pena se realiza en sede penitenciaria o administrativa, es decir, la garantía de prohibición de penas inhumanas y la prohibición de tratos indignos en el ámbito de la ejecución de las penas se ubica con mayor propiedad en el Derecho Penitenciario, antes que en el Derecho Penal; esto podemos advertirlo a partir de la regulación del principio de humanidad

---

<sup>33</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte General*. 1ª ed., Lima, 2006, pág. 112

<sup>34</sup> FLEMING, Abel y LÓPEZ VIÑALS, Pablo. *Las penas*. 1ª ed., Buenos Aires, 2009, pág. 273

<sup>35</sup> En: *Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios*. 1ª ed., Lima, 2010, pág. 128

<sup>36</sup> URQUIZO OLAECHEA, José. *Derecho penal. Principios fundamentales*. 1ª ed., Lima, 2021, pág. 165-166

<sup>37</sup> El principio de proporcionalidad contiene componentes indisolubles que permiten cristalizar sus funciones en el ejercicio de la función judicial. La necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto son aquellos componentes que fundamentan la noción operativa de un juicio de ponderación en el esfuerzo de justificación por encontrar la sanción jurisdiccional penal más justa en un determinado caso concreto. Sobre este tema puede revisarse una obra con profundización en la materia la elaborada por BARAK, Aharon. *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. 1ª ed., Lima, 2021, págs. 277-496

<sup>38</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de derecho penal. Parte General*. 2ª ed., Navarra, 2000, pág. 101

recogido por los literales g) y h) del inciso 24 del artículo 2, y, los incisos 21 y 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú de 1993.

Desde el principio de humanidad se deduce la proscripción de las penas crueles y de cualquier pena que desconozca al hombre como persona. Justamente el antónimo de la pena cruel es la pena racional, por tanto, esta garantía es la que dicta la inconstitucionalidad de cualquier pena o consecuencia del delito que cree un impedimento físico de por vida, como también cualquier consecuencia jurídica imborrable del delito<sup>39</sup>.

La experiencia jurisdiccional en el Derecho Penal peruano, actualmente, recoge como incertidumbre si el espíritu humanístico de este principio debe aplicarse al interior de la determinación judicial de la sanción concreta en armonía con los fines proteccionistas de la condición humana ante la drasticidad de la pena privativa de la libertad con la dignidad del ciudadano, en puridad, se somete a debate si el operador judicial puede, bajo los parámetros del principio de humanidad de las penas, reducir el *quantum* de la pena por debajo de lo establecido en la ley penal en aras de democratizar el fin humanístico de la ejecución de la pena.

Al respecto, el Pleno de Jueces Supremos de la República del Perú ha determinado que, si bien con este principio se proscriben los tratamientos crueles, inhumanos y degradantes en la vida carcelaria, no resulta aplicable como criterio legal dosificador para precipitar la pena por debajo del límite mínimo que le pudiera corresponder legalmente<sup>40</sup>.

#### 4. TEORÍAS DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA Y ESQUEMAS OPERATIVOS PARA DETERMINAR LA PENA

La obtención de una pena concreta es consecuencia del esfuerzo intelectual jurisdiccional por alcanzar el resultado más justo en la imposición de una sanción penal. El legislador y el juzgador intervienen en la completitud del procedimiento de individualización de la pena, con uno nace, con otro muere; no obstante, este circuito regulado y limitado por las garantías sustantivas que legitiman la intervención del Estado debe aterrizar sus criterios cuantitativos y cualitativos de fundamentación de la pena en un método o esquema lícitamente incorporado que permita en el operador jurídico trazar el camino adecuado para la graduación y determinación de la sanción correspondiente a la comisión de un determinado ilícito penal.

La actuación de la determinación judicial de la pena no solo exige un método o esquema de graduación de la sanción, sino que necesita, conforme lo hemos expuesto líneas arriba, de una teoría de la pena que concilie su necesidad y propósito con la filosofía de este método operativo para rellenar de coherencia la imposición de la sanción penal. En esa línea, esta complicidad entre fin de la pena y esquema operativo debe estar, también, en armonía con una teoría de la determinación de la pena que avizore ese equilibrio dogmático para cuantificar y cualificar la justa sanción al interior del Derecho Penal.

En principio, antes de inclinarnos por alguna de las teorías de la determinación judicial de la pena es indispensable identificar cuáles son los métodos incorporados en el Derecho Penal peruano para dosificar la sanción penal; solo de esta forma apostaremos por la mejor alternativa teórica que rece con el esquema operativo utilizado por el juzgador penal.

En el Perú, actualmente, existen dos esquemas o métodos operativos para determinar judicialmente la pena.

---

<sup>39</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal parte general. Tomo I*. 5ª ed., Lima, 1998, págs. 179-180

<sup>40</sup> Fundamento Jurídico N° 20 del Acuerdo Plenario N° 01-2023 del 28 de noviembre de 2023 emitido en el XII Pleno Jurisdiccional de la Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

El primero de ellos se denomina método de los tercios o esquema operativo de tercios penales. Este método se encuentra regulado en el artículo 45-A del Código Penal peruano el cual fue incorporado mediante la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013<sup>41</sup>.

Durante su vigencia inicial existió ambigüedad sobre su denominación empleando de forma equivocada el término “sistema de tercios penales”<sup>42</sup> al referirse a las reglas de actuación jurisdiccional y sustantivas que introdujo la reforma penal para esta novedosa técnica de individualización de la pena.

El legislador peruano siguiendo el modelo del Código Penal de Colombia<sup>43</sup> regulado en la Ley 599 de 24 de julio de 2000 institucionalizó por primera vez en su historia sustantiva el método de los tercios<sup>44</sup> para determinar judicialmente la pena. Con este esquema operativo el juzgador realiza un esfuerzo aritmético, reglado jurídicamente, con diferentes procedimientos, iniciando con dosificar el espacio punitivo en tres partes o tercios, para luego elegir el que corresponda al caso concreto en función de la presencia de las circunstancias modificativa de la responsabilidad penal y finalmente establecer el *quantum* de la pena concreta dentro del nuevo marco del tercio elegido.

Definitivamente, la realidad peruana en cuanto las técnicas legislativas de sobre criminalización y el incremento desmesurado de penas privativas de libertad en la creencia que el Derecho Penal es el instrumento que combate los problemas político – sociales convalidaron la incorporación de un método pragmático y seccional en la individualización de la sanción penal dado el excesivo arbitrio y engrosamiento de duración de las penas sin un control efectivo desde la legislación penal interna

---

<sup>41</sup> Artículo 45-A del Código Penal peruano: “Toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena. Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas de delito o modificatorias de la responsabilidad. *El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas: 1. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes. 2. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas: a) Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior. b) Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio. c) Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior. 3. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera: a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior; b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito*” (cursiva nuestra). Consultar en: <https://spijweb.minjus.gob.pe/?s=codigo+penal>

<sup>42</sup> Se prefiere la expresión “regla” o “método” en lugar de “sistema”, con fines teóricos y prácticos, considerando que la regla, por definición, viene a ser el conjunto de instrucciones que indican la manera de hacer algo o un método para realizar una operación, a diferencia del sistema, que resulta ser el conjunto de reglas y principios sobre una determinada materia, estructurados y entrelazados entre sí, que implica la idea de una mayor organización y ordenación, en una relación dialéctica entre sus componentes, con una estructura compleja que posibilita la existencia de vasos comunicantes con otros objetos y fenómenos de la realidad objetiva. Puede verse más sobre esta discriminación conceptual, así como un exhaustivo e impecable trabajo técnico-práctico sobre el método de los tercios en la determinación judicial de la pena en: GUEVARA VÁSQUEZ, Iván Pedro. *La determinación judicial de la pena concreta. La regla de tercios y operaciones de tipo objetivo y tipo subjetivo. Parte General*. 1ª ed., Lima, 2021, pág. 80.

<sup>43</sup> Artículo 61 del Código Penal colombiano: “Fundamentos para la individualización de la pena: Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo. El sentenciador solo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva (...)” Consultar en: [https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_penal\\_colombia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_colombia.pdf)

<sup>44</sup> El Código Penal Militar Policial del Perú regulado en el Decreto Legislativo N° 961 vigente desde el 11 de enero de 2006 regulaba en sus criterios para fundamentar e imponer la pena por delitos de función cometidos por policías y militares en el ejercicio de sus funciones el “método de cuartos penales” tipificándolo en el artículo 35 del referido cuerpo normativo. Este dispositivo demuestra que no era la primera ocasión, al menos, a nivel nacional que el Código Penal peruano recogía un método aritmético para dosificar la sanción punitiva, aunque, sí es la primera vez que la justicia penal ordinaria conocía de un procedimiento reglado por criterios matemáticos a partir de la Ley N° 30076.

quebrajando los principios constitucionales que fundamentan la noción y espíritu de la intervención penal en un Estado Democrático de Derecho<sup>45</sup>.

Así pues, antes de la introducción de este método operativo la vigencia efectiva de las circunstancias modificativas y su concurrencia en la determinación de la pena era irrisoria; empero, la metodología empleada por el esquema de tercios penales fue diseñada para operar en espacios punitivos de márgenes amplios, es decir, en legislaciones como la peruana donde la cuantificación de pena entre los límites mínimos y máximos son sumamente extensos con lo cual se permite controlar el arbitrio judicial y limitar su discrecionalidad en vísperas de una pena concreta, cada día, más justa.

El segundo método operativo para la determinación judicial de la pena se denomina esquema operativo escalonado. Esta fórmula procedimental fue incorporada al Derecho Penal peruano en calidad de doctrina jurisprudencial mediante el Acuerdo Plenario N° 01-2023 de fecha 28 de noviembre de 2023 emitido en el XII Pleno Jurisdiccional de la Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

Su tratamiento en el Derecho Sustantivo peruano es muy reciente. Las reglas ofrecidas vía jurisprudencia son abstractas, el procedimiento para dosificar la pena aún se encuentra en desarrollo conceptual, y lo más cuestionable es su vigencia ilegítima en el tratamiento de la determinación judicial de la pena por una flagrante lesión del principio de legalidad penal, en tanto la ley es el único instrumento mediante el cual se debe establecer el legítimo procedimiento para la determinación, individualización, y ejecución de las sanciones penales como límite al poderío estatal y escudo protector ante la intervención arbitraria del *ius puniendi*<sup>46</sup>.

En ese estado de las cosas, consideramos que el esquema operativo escalonado muestra una irregular incorporación en la legislación peruana, puesto que, lejos de maximizar las garantías de legalidad en el ámbito de la individualización judicial de la pena se elongaron los mandatos de certeza y ley previa como instrumentos rectores de protección de la intromisión punitiva en la esfera locomotora de los seres humanos, esto es, la importancia recogida sobre el comportamiento delictivo debe ser la misma que la importancia brindada a las consecuencias jurídicas de su comisión, por ende, aun con las razones que intentan justificar la aparición de un nuevo esquema operativo por sobre otro no debe desmerecerse la exigencia constitucional de establecer un marco jurídico previo, determinado por ley, para la imposición de una sanción penal.

Este método ingresó al Derecho Penal peruano, conforme lo estableció el Pleno de Jueces Supremos de la Corte Suprema de la República, por las dificultades operativas del método de los tercios en la determinación de la pena en el caso de los delitos con circunstancias modificativas específicas ubicadas en la Parte Especial del Código Penal, asimismo, por la aparición de corrientes sobre criminalizadoras en la tipificación e imposición de las penas para determinados delitos considerados socialmente graves y reprochables<sup>47</sup>. No obstante, consideramos que los argumentos esbozados por los magistrados peruanos no son óbice para desterrar las garantías sustantivas como límites al poder penal alejando de toda lógica sustantiva el respeto irrestricto de los fundamentos constitucionales del Derecho Penal.

Ahora bien, descritos los esquemas operativos vigentes en la legislación peruana, persistimos que la teoría del fin retributivo de la pena es aquel que armoniza con el Código Penal peruano y sus vigentes métodos de dosificación de la sanción penal. No obstante, debemos inclinarnos por una

---

<sup>45</sup> Sobre el planteamiento de los diferentes problemas jurídico-social-político que azotan al Perú desde el quebrantamiento del constitucionalismo moderno véase: GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *El constitucionalismo peruano en perspectiva. Reflexiones en el bicentenario*. 1ª ed., Lima, 2022, págs. 373-416

<sup>46</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ARROYO ZAPATERO, Luis, y otros. *Curso de derecho penal. Parte General*. 1ª ed., Barcelona, 2004, págs. 47-51

<sup>47</sup> Fundamentos Jurídicos N° 20 a 26 del Acuerdo Plenario N° 01-2023 de fecha 28 de noviembre de 2023 emitido en el XII Pleno Jurisdiccional de la Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

teoría o modelo de determinación judicial de la pena que concierte con la propuesta operativa de la dosificación punitiva.

En ese contexto, existen diferentes teorías propuestas por la literatura penal, entre las más importantes tenemos: i) *Teoría del espacio o ámbito de juego*, ii) *Teoría del valor jerárquico*, iii) *Teoría de la proporcionalidad por el hecho y*, iv) *Teoría de la pena puntual*. Las mencionadas corrientes establecen, desde su perspectiva, los criterios etiológicos del procedimiento de individualización judicial de la pena y los fundamentos dogmáticos que justifican la graduación de la sanción penal mediante el procedimiento de individualización de la sanción penal.

La teoría del espacio o ámbito de juego es de tradición alemana, nace de su jurisprudencia. Esta corriente reposa la imposición de la pena en la culpabilidad graduada con marcos mínimos y máximos. Propone un margen de libertad que se limita, en el grado mínimo, por la pena ya adecuada a la culpabilidad y, en el grado máximo, por la pena todavía adecuada a la culpabilidad. Así, dicho marco constituiría para el juez un espacio de juego dentro del cual podría moverse para graduar la pena con mayor precisión, según necesidades preventivas<sup>48</sup>.

Aquellos que impulsan el espacio de juego como teoría de la determinación judicial de la pena omiten la distinta naturaleza que posee la culpabilidad como fundamento de graduación de la pena y los fines preventivos de la pena que se encaminan por rumbo distinto; en otras palabras, mediante esta corriente se anhela coludir a la culpabilidad con los criterios de prevención penal para determinar una sanción, no advirtiendo su incompatibilidad dogmática, máxime, cuando los esquemas operativos en el Derecho Penal peruano tienen como propósito limitar la discrecionalidad judicial por los márgenes de larga duración y obtener una pena basada en criterios de justicia retributiva. Por tanto, esta teoría no contiene criterios de concretización de pena, pues sus recursos son retóricos y gaseosos del ingenio y la intuición<sup>49</sup>.

La teoría del valor jerárquico, también denominada teoría del valor posicional o relativo, describe que para la imposición de una sanción penal se debe atravesar dos niveles, el primero, dedicado a la cuantificación de la responsabilidad desde la cantidad de la pena obtenida por el valor del injusto culpable, el segundo nivel, exclusivamente dedicado a la cualificación de la sanción, esto es, a los fines preventivos de la pena que establecerán en función del primer nivel la modalidad de ejecución y aplicación de la condena.

Esta segunda teoría, busca solucionar el problema de la antinomia de los fines de la pena, teniendo en cuenta tanto el punto de vista de la retribución como el de la prevención, pero asignándole a cada uno un valor de empleo en la ley completamente diferente<sup>50</sup>; sin embargo, en un modelo como el peruano, si bien el primer nivel de análisis se encuentra regulado mediante el artículo 45-A del Código Penal pues el sostén de la cuantificación de la pena siempre será la culpabilidad, empero, la propuesta del segundo nivel en cuanto los fines preventivos de la pena es una hipótesis que hemos descartado líneas arriba señalando que el verdadero carácter de los propósitos de la pena en búsqueda de resocialización y reincorporación del penado a la sociedad se ubican en el Derecho Penitenciario, mas no, en las normas sustantivas penales que arrastran otros fines dogmáticos. Por tanto, esta corriente no es de recibo en la legislación peruana.

La teoría de la proporcionalidad por el hecho es de corte alemán. En el punto central de su reflexión no está la persona que ha cometido el delito, sino la gravedad de sus hechos. La gravedad de los hechos tiene lugar únicamente a partir del injusto, y también de ser el caso aspectos de culpabilidad como elementos subjetivos que pueden aminorar la culpabilidad. Todos los aspectos no relacionados

---

<sup>48</sup> MAGARIÑOS, Mario. "Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena". En *Determinación judicial de la pena*. Buenos Aires, 1993, pág. 74

<sup>49</sup> CANCHO ESPINAL, Ciro. *El quantum del dolor de la pena e imputación penal*. 1ª ed., Lima, 2017, pág. 64

<sup>50</sup> GUEVARA VÁSQUEZ, Iván Pedro. *La determinación judicial de la pena concreta. La regla de tercios y operaciones de tipo objetivo y tipo subjetivo. Parte General*. 1ª ed., Lima, 2021, pág. 69.

a las categorías de la estructura del delito, que corresponden a las circunstancias del autor quedan fuera de lugar<sup>51</sup>.

Estas últimas ideas de la proporcionalidad por el hecho en la legislación peruana no resultan atendibles por el desarrollo operativo de los esquemas de individualización de la pena vigentes: el método de los tercios y el esquema operativo escalonado, pues la filosofía del artículo 45-A que estratifica el nacimiento de los marcos punitivos así como el artículo 46 que regula la relación de circunstancias modificativas de responsabilidad penal que deben incidir en la elección del marco punitivo concreto trazan el camino por el que debe recorrer el operador judicial, esto es, los elementos accidentales del hecho o las circunstancias periféricas del acto delictivo, elementos que conforme esta última corriente alemana no deben ser destacados en la determinación de la sanción, puesto que, su único soporte es la facticidad de la responsabilidad.

Por último, la teoría de la pena puntual expone que existe una única pena justa aplicable en el caso concreto: aquella que se corresponde con la culpabilidad del autor del delito; se niega con esta teoría la existencia de un espectro de penas diversas adecuadas a la culpabilidad y jurídicamente correctas y de posible imposición. Asimismo, dicha teoría defiende la exclusión de valoraciones preventivas en la medición judicial de la pena<sup>52</sup>.

La tesis de la pena puntual se ubica en contrapartida con la teoría del espacio de juego pues sostiene que no existe un marco de culpabilidad negando en absoluto los criterios de prevención de la pena, sin embargo, es criticada bajo el argumento que el juzgador no podría establecer una pena con tanta precisión pues dicho esfuerzo escapa de su capacidad humana.

Ahora, reflejada su filosofía a la del Código Penal peruano consideramos de entrada que armoniza con la teoría retribucionista propuesta en la presente contribución, asimismo, rechaza los conceptos de resocialización incorporados por las teorías preventivas de la pena, profundizando únicamente en la labor jurisdiccional de aplicación de una sanción punitiva. Es más, encontraremos críticas realizadas desde la ciencia penal alemana motivando su inutilización, empero, esto responde a que el Código Penal de Alemania no regula un método escalonado o de tercios pues sus penas son de corta duración<sup>53</sup>.

Por ende, advirtiendo las reglas de aplicación judicial de la pena en la legislación nacional desde los criterios cuantitativos y cualitativos de la dosificación penal establecida en los artículos 45-A y 46 del catálogo sustantivo peruano, aún con la ilegítima incorporación del esquema operativo escalonado, nos inclinamos porque la teoría de la pena puntual o exacta se corresponde con las necesidades operativas del sistema jurídico penal peruano, puesto que, la teoría retributiva de la pena recoge los fines adecuados de la sanción bajo el principio de merecimiento de pena, y los métodos de individualización de la pena vigentes comulgan con la filosofía de sus fundamentos dogmáticos.

## 5. CONCLUSIONES

El estudio de la determinación judicial de la pena en el Perú es uno de los aspectos del Derecho Penal aun en construcción dogmática debido a la insuficiente preocupación con la que se abordan sus cuestiones teóricas; asimismo, existe la necesidad de elaborar un concepto operativo de la institución que habilite sencillez y comprensión en el operador judicial sin descuidar la profundidad de sus fundamentos conduciendo su entera aplicación sobre propósitos determinados y concretos, antes que elongados y abstractos, aterrizados en la realidad jurídico penal del Estado.

---

<sup>51</sup> CANCHO ESPINAL, Ciro. *Tractatus sobre la pena judicial exacta*. 1ª ed., Lima, 2023, pág. 77

<sup>52</sup> BASSO, Gonzalo J. *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*. 1ª ed., Madrid, 2019, pág. 126

<sup>53</sup> CANCHO ESPINAL, Ciro. *El quantum del dolor de la pena e imputación penal*. 1ª ed., Lima, 2017, pág. 68

La técnica legislativa empleada en el Código Penal peruano respecto a la individualización judicial de la pena reposa, característicamente, en la abstracción y dispersión de las reglas de fundamentación necesitadas por el operador jurídico para la determinación de la sanción. Esta vaguedad e imprecisión legislativa se replica en la actividad judicial que incorporando métodos de dosificación penal desmerecen los principios legitimadores de la intervención punitiva vinculados a las consecuencias jurídicas del delito.

El propósito de la imposición de la pena en el Derecho Penal peruano debe insoslayablemente caminar con la teoría de la pena puntual en la determinación judicial de la pena, la cual recoge entre sus fundamentos una corriente retributiva que alcanza legitimidad en la aplicación judicial de sanción desde la naturaleza y sistemática de los métodos de individualización de la pena incorporados en el Código Penal.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS FÍSICOS

BARAK, Aharon. *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. 1ª ed., Palestra, Lima, 2021.

BASSO, Gonzalo J. *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*. 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2019.

BASSO, Gonzalo J. “Sobre la incidencia de los fines de la pena en la determinación judicial del castigo”. En *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2019.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ARROYO ZAPATERO, Luis, y otros. *Curso de derecho penal. Parte General*. 1ª ed., Experiencia, Barcelona, 2004.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Fines de la pena (importancia, dificultad y actualidad del tema)*. 1ª ed., Reus, Madrid, 1962.

CANCHO ESPINAL, Ciro. *El quantum del dolor de la pena e imputación penal*. 1ª ed., Editores del Centro, Lima, 2017.

CANCHO ESPINAL, Ciro. *Tractatus sobre la pena judicial exacta*. 1ª ed., Lima, 2023.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*. 1ª ed., Colex Editorial, Madrid, 1997.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. 1ª ed., Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999.

DONNA, Sebastián A. *Las teorías de la pena. Un análisis jurídico-económico*. 1ª ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2021.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*. 1ª ed., Editorial BdeF, Montevideo, 2007.

FIGUEROA NAVARRO, Aldo Martín. “La determinación judicial de la pena y el Anteproyecto del Código Penal de 2004”. En *Nuevos Criterios para la determinación judicial de la pena*. Centro de Investigaciones Judiciales del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú. Lima, 2007.

FLEMING, Abel y LÓPEZ VIÑALS, Pablo. *Las penas*. 1ª ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español*. 1ª ed., Ediciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1982.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *El constitucionalismo peruano en perspectiva. Reflexiones en el bicentenario*. 1ª ed., Palestra, Lima, 2022.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Parte General*. 2ª ed., Jurista Editores, Lima, 2012.

GUEVARA VÁSQUEZ, Iván Pedro. *La determinación judicial de la pena concreta. La regla de tercios y operaciones de tipo objetivo y tipo subjetivo. Parte General*. 1ª ed., Gamarra Editores, Lima, 2021.

KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*. 1ª ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977.

LLORCA ORTEGA, José. *Manual de determinación de la pena*. 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MAGARIÑOS, Mario. “Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena”. En *Determinación judicial de la pena*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993.

MENDOZA AYMA, Francisco Celis. *Presupuesto acusatorio determinación e individualización de la pena. Proceso Penal. La medida del dolor*. 1ª ed., Jurista Editores, Lima, 2015.

MESSUTI, Ana. “Más allá del tiempo como pena”. En *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales*. Coord. Pablo Vacani. Ediar, Buenos Aires, 2012.

MONTOYA VIVANCO, Yvan. *Derecho penal de principios. Los principios penales fundamentales. Volumen II*. 1ª ed., Palestra, Lima, 2020.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*. 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte General. Tomo II*. 3ª ed., Idemsa, Lima, 2011.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de derecho penal parte general. Tomo I*. 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2019.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios*. 1ª ed., Idemsa, Lima, 2010.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de derecho penal. Parte General*. 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2000.

URQUIZO OLAECHEA, José. *Derecho penal. Principios fundamentales*. 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2021.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte General*. 1ª ed., Grijley, Lima, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal parte general. Tomo I*. 5ª ed., Ediciones Jurídicas, Lima, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio R; ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2000.

ZIFFER, Patricia S. *Lineamientos de la determinación de la pena*. 1ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.

## **LEGISLACIÓN PENAL**

CÓDIGO PENAL DE COLOMBIA

[https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_penal\\_colombia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_colombia.pdf)

CÓDIGO PENAL DE PERÚ

<https://spijweb.minjus.gob.pe/?s=codigo+penal>

## **JURISPRUDENCIA PENAL ORDINARIA**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

XII Pleno Jurisdiccional de la Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

## **JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ:

Exp. N° 01873-2009-PA/TC-Lima, sentencia del 03 de setiembre de 2010

Exp. N° 0014-2006-PI/TC-Lima, sentencia del 19 de enero de 2007

Exp. N° 00002-2021-PI/TC, sentencia plenaria del 21 de abril de 2022