

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**FACULTAD DE DERECHO**



Programa de Segunda Especialidad en Argumentación Jurídica

**Ámbitos de justificación para la conversión de la pena privativa de libertad -de carácter de efectiva- en pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, sobre criterios para modificar la pena en casos de violación sexual.**

Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad  
en Argumentación Jurídica

Autor:

*Ines Miraval Rojas*

Asesor(es):

*Pedro Paulino Grandez Castro*

Lima, 2021



**Dedicatoria**

A mi amada familia, mi gratitud eterna, por su  
paciencia y apoyo constante.

## **Resumen:**

En el presente trabajo académico, en principio se tomará en cuenta las bases doctrinarias de la teoría de la pena, funciones de la pena, la interpretación constitucional y la función judicial, para luego verificar los dispersos y diversos criterios de justificaciones empleadas en fallos más recientes de la Corte Suprema de Justicia de Perú para convertir la pena privativa de libertad de (carácter efectiva) a una pena de servicios a la comunidad, respecto de los delitos de violación sexual a menores de 14 años, muy al margen de criterios legales o formales fijados taxativamente en el Código Penal. Para ello, se procederá a realizar el análisis de cada uno de los principales pronunciamientos emitidos al respecto, específicamente, en relación con la aplicación de las teorías de la argumentación jurídica materia de estudio y así determinar cuáles fueron las razones subyacentes -sustantivas, institucionales, de justicia, sociales, morales, teleológicas, etc.- que en su momento justificaron determinada decisión. Pues el propósito es que el juez realice una adecuada interpretación del derecho, sin pretender inaplicar la norma y crear otra, garantizando de ese modo no solo la primacía de la Constitución sino también el respeto de la dignidad y los derechos fundamentales que asisten a todas las personas.

## Índice de contenido

Introducción	1
Capítulo I	3
Marco conceptual y teorías de la pena	
1.1. La pena en el sistema jurídico penal	3
1.2. Teorías de la pena	3
1.2.1. Las teorías absolutas de la pena	4
1.2.2. Las teorías relativas de la pena	4
1.2.3. Las teorías mixtas de la pena	5
1.3. Contexto constitucional de los fines la pena	6
Capítulo II	
La determinación judicial de la pena y su delimitación	7
2.1. Aplicación de la pena	7
2.2. Legitimación y delimitación del poder penal	8
2.2.1. Principio de legalidad	8
2.2.2. Principio de lesividad	9
2.2.3. Principio de culpabilidad	9
2.2.4. Principio de proporcionalidad	9
2.2.5. Principio de integración	10
2.2.6. Principio de racionalidad y humanidad de las penas	10
2.2.7. Principio <i>ne bis in idem</i>	10
2.2.8. Principio de protección a la víctima	11
2.2.9. Garantía jurisdiccional	11
2.2.10. Garantía de ejecución	11
Capítulo III	
Función jurisdiccional en el Estado constitucional de Derecho para la aplicación de penas	
3.1. Estado constitucional y función jurisdiccional	12
3.2. El principio de interpretación conforme a la Constitución	13

3.3. Ámbitos de interpretación constitucional en la aplicación de la pena y propuesta de solución.	14
--	----

3.4. Como se entiende el principio de la legalidad y función jurisdiccional	14
---	----

#### Capítulo IV

La conversión de la pena y su desarrollo normativo y jurisprudencial	16
4.1. Conversión de la pena privativa de la libertad en el ámbito normativo	17
4.1.1. Definición	18
4.1.2. Procedencia	18
4.1.3. Naturaleza facultativa de la conversión de la pena privativa de libertad	19
4.1.4. Criterios establecidos en la Resolución Administrativa N° 164-2013-P-J (Oficio Circular).	20
4.2. La conversión de la pena en los delitos de violación sexual de menor de edad y su desarrollo jurisprudencial	21
4.2.1. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 403 – 2012 Lambayeque, de 18 de julio de 2013.	21
4.2.2. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 335 – 2015 Del Santa de 1 de junio de 2016	24
4.2.3. Doctrina jurisprudencial relevante establecida por la Corte Suprema Sala Penal Permanente Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República. Sentencia Plenaria N° 01-2018/CIJ-433	27
4.2.4. Criterios para la conversión de la pena privativa de libertad según el Recurso de Nulidad N° 679-2020-Apurimac	29

#### Capítulo V

Criterios de argumentación jurídica que permiten justificar la conversión de la pena	
5.1. Consideraciones preliminares	33
5.2. Tipología de razones para la argumentación judicial	34
Razones sustantivas	34
Razones teleológicas	34
Razones de justicia	34
Razones institucionales	34
Razones de autoridad	35
Razones de hecho	35

Razones críticas	35
5.3. Justificación jurídica de la conversión de la pena sobre la base de razones de justicia	36
Capítulo VI	
Conclusiones	38
Bibliografía	40



## **Introducción:**

Según el artículo 138 de la Constitución, la administración de justicia es la competencia que la Constitución confiere al Poder Judicial. De acuerdo con ello se establece que: “[l]a potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y las leyes”.

Sin embargo, en la praxis jurídica advertimos que los magistrados de la Corte Suprema de la República, en últimos pronunciamientos emitidos en relación a los procesos seguidos por el delito de violación de una menor de 14 años será sancionado con la pena de cadena perpetua en conformidad con la pena estipulada en la ley -tipo penal, han determinado el cambio de las penas efectivas a prestación de servicios comunitarios, incluso reservas de fallos condenatorios, y penas suspendidas. No obstante, que estas penas no exceden los 4 años de pena privativa de la libertad, cuyo límite se encuentra claramente establecido por el 52° del Código Penal.

Estos pronunciamientos tienen significativa importancia jurídica en las decisiones que adopten los magistrados de inferior jerarquía, no solo por cuanto se trate de la máxima instancia sino también porque como fuente del derecho constituyen lineamientos, directrices a partir del cual se van a resolver los casos jurídicos en concreto, garantizando de cierta manera seguridad predictibilidad y jurídica en decisiones judiciales, así como el puro decisionismo y toda arbitrariedad.

En ese sentido, nuestra posición no es contrario, sino más bien que consideramos que estos criterios no han sido debidamente uniformizados, no obstante tratarse de la misma Corte Suprema, para que disfruten del mismo trato en todas las situaciones. Ya que, se advierte que los beneficiarios de la explicación son solo aquellos cuyos casos han sido derivados a la Corte Suprema, y no les pasará lo mismo a otros, lo que viola el derecho -el principio de igualdad en la aplicación de la ley.

Además, si bien el juez sí tiene derecho a utilizar el control difuso para no aplicar las normas que crea violatorias de la constitución, no obstante, este control tiene reglas claras establecidas de antemano, y no serían aplicables a la situación problemática del caso en concreto, en el cual se evidencia problemas de interpretación en relación

a la aplicación de reglas respecto de principios que implican otras razones subyacentes a la norma, que no necesariamente implica el apartamiento del derecho. Por eso, además de los estándares de interpretación que corresponden a los jueces en derecho, creo que, por ser nuestro país, dada la circunstancia de crisis en la que se encuentra, la crisis de la que el Poder Judicial no puede escapar, es requerida formular reglas con claridad para que si hay suficientes motivos, y solo en circunstancias muy excepcionales, la pena privativa de libertad pueda convertirse en la prestación de servicios comunitarios u otras penas similares.



## Capítulo I

### Delimitación y teorías de la pena en la doctrina penal

#### 1.1. Delimitación de la pena

Según (Zaffaroni, 2006) el derecho penal, como todo conocimiento, además es explicativo, ya que incluye entidades amparadas en su universo, en otras palabras, los temas que estudia el derecho penal está básicamente constituido por leyes y, en especial de las leyes penales, habilitando las funciones de poder punitivo. Estas leyes posibilitan que el modelo punitivo de toma de decisiones sobre conflictos operen en determinadas situaciones.

Obviamente, el derecho penal no busca interpretar las leyes penales por genuina curiosidad, sino que proporciona un sistema coherente de toma de decisiones para que las instituciones jurídicas limiten y reduzcan el poder punitivo. Entonces, no se debe considerar que cada una de las leyes penales (eventuales, latentes y manifiestas) deben ser incluidas en su visión, y se deben buscar decisiones similares en todas las situaciones, sino que deben distinguirse según las índoles de estas leyes sea lo más adecuado para lograr los objetivos que se interpretan de esta manera.

(a) para leyes penales manifiestas, guiará a los organismos para limitar la elección de criminalización; (b) En el caso de leyes penales latentes, busca garantizar que el juez lo declare inconstitucional y lleve a cabo un arbitraje para proteger eficazmente el poder punitivo lesiona; (c) Para ley penal eventual, se asegurará que el juez determine el momento punitivo con base en su ejercicio, los excluya o continúe como las leyes penales latentes.

#### 1.2. Teorías de la pena

La pena es la característica con más relevancia en el derecho penal. Se origina con la relación del el mismo ordenamiento jurídico y, por la seriedad de su contenido, constituye el medio más estricto del país para garantizar la convivencia social. Actualmente, el estado aplica y hace cumplir las penas hasta que es un delito que amenaza a los individuos y es aplicado a los delincuentes.

La teoría de la pena tiene como objetivo determinar la utilidad o finalidad y limitar a los poderes penales (prevención general y especial). (Villavicencio Terreros, 2019, pág. 24)

La base y el propósito de la pena son objeto de un debate a largo plazo en el derecho penal. Esta discusión dio lugar a la llamada teoría de la pena. Se trata de teorías del derecho penal, cuyo objetivo es demostrar que el castigo se justifica mediante explicaciones razonables. Para fijar las delimitaciones del poder penal aplicado a los poderes penales, el derecho penal desarrollo diversas teorías, las cuales se dividen en teoría absoluta, teoría relativa y teoría mixta. (Villavicencio Terreros, 2019, pág. 25)

### **1.2.1. Las teorías absolutas de la pena**

La teoría absoluta o clásica sostiene que la pena es una represalia por los delitos cometidos de forma justa. Kant entendió que la pena comprendía una manifestación del imperativo categórico, por otro lado, Hegel creía que era una reafirmación de derechos. Como lo anunció la Corte Constitucional en su sentencia del 21 de julio de 2005 (Exp. 0019-2005-PI / TC, FJ. 30), la represalia absoluta no posee fundamento científico y es a su vez la negación absoluta de principio derecho a la dignidad de las personas como lo indica el artículo 1 de la constitución. (Villavicencio Terreros, 2019, pág. 25)

### **1.2.2. Las teorías relativas de la pena**

La teoría relativa o de prevención dan utilidad social a la pena y trata de dar respuestas a interrogantes relacionadas a la utilidad de la pena. Por lo tanto, la pena tiene como objetivo la prevención de delitos como medio de protección de específicos intereses sociales. A esta razón se indica de prevención general y prevención especial.

Cuando se habla de la teoría de la prevención general, las penas actúan sobre la sociedad, tiene un efecto disuasorio y se dirige a la sociedad para evitar que sus miembros incurran en delitos. Esta prevención es primero intimidando a los infractores como una prevención negativa general - teoría de la coacción psicológica - y luego en la forma de enseñar a la sociedad, reafirmando los derechos en una forma de prevención general positiva como medio de educación. La prevención general se divide en tres fases: 1) Amenaza general de la pena; 2)

Sentencia, que producirá intimidación general; 3) Ejecución de la pena, donde el sufrimiento del infractor genera sufrimiento general.

La pena en la teoría de la prevención especial es el acto del infractor, ya sea para enmendarlo para que ya no cometa un delito en el futuro, o para prevenir su acto delictivo. La pena en esta teoría tiene como objetivo afectar de forma directa a las personas, ya sea a través de la reeducación, resocialización e integración del delincuente en la sociedad - prevención especial positiva -; o sacar al delincuente de la sociedad e invalidarlo- prevención especial negativa. (Villavicencio Terreros, 2019, pág. 26).

### **1.2.3. Las teorías mixtas de la pena**

La teoría mixta sostiene que la pena es útil y justa. Establecen que se debe considerar la culpa y proporcionalidad asociadas con la conducta delictiva (búsqueda de justicia), al tiempo que se evita la comisión de nuevos delitos (búsqueda de utilidad), por lo que se debe suprimir la pena. En la legislación comparada predomina el efecto de esta teoría. Una ejecución destacada es la “teoría unificadora dialéctica” (Roxin, 1999), que propone tres etapas que combinan las medidas preventivas, en la aplicación judicial, conminación y aplicación de la pena. A su vez el código penal también adecua un sistema mixto, aceptando estándares preventivos y excluyendo las retribuciones como base para la pena (art. IX. TO; CP).

Con la constitución política del año 1993, la legislación nacional, está inspirada en un País social y con democracia de derecho, asumiendo una postura resocializadora de la pena al determinar que “el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad” Presos de la sociedad”(artículo 139, Inciso 22). Asimismo, el Código Penal señala en su Título Preliminar 9 del título preliminar “La pena tiene función preventiva, protectora y resocializado. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación”, al igual que el código de ejecución penal en su Art. 2 del Título Preliminar. No obstante, se observa que el funcionamiento actual del sistema penal en Latinoamérica y la interpretación preventiva del propósito de las penas no se han aplicado con éxito, por lo que sobre la base de las penas vigentes, surgen estándares agnósticos. (Villavicencio Terreros, 2019, pág. 27).

### **1.3. Contexto constitucional de los fines la pena**

En este orden ideológico, esta interpretabilidad no solo proviene de la ley penal estrictamente, sino que también su sustento proviene del contenido de la constitución política del país. Como norma suprema, nos posibilita comprender el verdadero sentido de la finalidad de la pena, basándose en la revisión de los valores y corrientes que lo constituyen, en conformidad con el mandato constitucional.

En conformidad con (Mendoza Ayma, 2015, págs. 43-60) Para realizar el verdadero concepto de la finalidad de la pena, es requerido distinguir entre la expresión operativa típica del concepto constitucional y la expresión del concepto autoritario. Desafortunadamente, el concepto autoritario aún está profundamente arraigado en varios de nuestros procesos judiciales, que inclusive exponen sentencias con argumentos de apariencia constitucional, que realmente son puros discursos autoritarios. Por lo tanto, el Estado Constitucional tiene que considerar la pena, como manifestación fáctica de la facultad punitiva, solo causará dolor, por lo que la intervención del derecho penal y su plan constitucional solo puede legalizarse, siempre que contenga la irracionalidad de la potestad punitiva, y en la medida de lo posible posibilite la convivencia de las personas en la comunidad, con el respeto de sus contenidos esenciales como la dignidad de los individuos impuestos de pena.

## Capítulo II

### La determinación judicial de la pena y su delimitación

#### 2.3. Aplicación de la pena

La determinación judicial de la pena es un proceso evaluativo y técnico que realizan los jueces para establecer los efectos jurídicos de los delitos, se refiere a una serie de actividades que realizan los operadores jurisdiccionales para determinar de manera cualitativa y cuantitativamente las sanciones impuestas.

Mediante las teorías jurídicas de la determinación judicial de la pena, se trata de formular parámetros de sentencia que sean consistentes con los principios que guían al ordenamiento jurídico determinado, de forma que se logre la imposición de sanciones racionales, proporcionales y adecuados en cada caso.

El Art. 45 del código penal establece el presupuesto para la determinación y fundamentación de las penas impuestas. Este artículo admite el valor para la individualizar judicialmente la pena de las carencias sociales sufridos por un individuo o el abuso de su puesto, situación económico, educación, profesión, oficio, poder (Inciso 1), costumbres, cultura (Inciso 2) y los intereses de las víctimas, sus familiares o quienes dependan de ella (Inciso 3) (Villavicencio Terreros, 2019, pág. 28).

Existen dos etapas en la determinación de la pena: 1) Primero, determinar qué clase de pena se impondrá al condenado (determinación judicial de la pena) y 2) determinar el quantum de la pena que se impondrá al trasgresor (individualización judicial de la pena).

El Código Penal de Perú del año 1991, indica que el proceso para la determinación del *quantum* de la pena se regula mediante el artículo 45A, el cual con fecha de 19 de agosto del 2013 fue incorporado a la Ley N° 30076 “Ley de seguridad ciudadana”. Comprenden dos fases la individualización de la pena y son las siguientes:

- a) Determinar la pena básica por el tipo de delito cometido - la pena más alta y la pena más baja - y dividirla en 3 porciones a través del sistema de tercios: el tercio inferior, medio y superior, y posteriormente establecer el tercio respectivo, luego del análisis de la concurrencia atenuantes y/o agravantes

- a) Establecer la pena específica para el sentenciado y analizar la concurrencia de atenuantes y agravantes. (Villavicencio Terreros, 2019, pág. 29)

#### **2.4. Legitimación y delimitación del poder penal**

El poder penal del país es ejercido dentro de ciertos límites. Estas restricciones se plasman en los principios que, además, legitiman el sistema penal que restringe la acción del Estado, siendo tanto jurídico-penales como constitucionales. Su legitimidad externa deriva de la constitución y acuerdos mundiales. Su legitimidad intrínseca está basada en un conjunto de principios.

Cuando el Estado dicta (criminalización primaria) y aplica (criminalización secundaria) una determina cantidad de normas penales, debe permanecer en el marco de estos principios de salvaguardia. Estos principios se dividen en garantías penales o límites materiales y garantías procesales o límites formales.

“Existen principios que se encuentran expresamente señalados en el título preliminar del código penal y otros que son producto de la aplicación política criminal de la ley penal”. (Villavicencio Terreros, Derecho Penal Básico, 2019, pág. 33).

##### **2.4.1. Principio de legalidad**

El principio de legalidad es la garantía de la libertad individual, jurídica y política de las personas que otorga limitaciones al poder del estado. Este principio comprende un postulado importante del estado de derechos de von Feuerbach y está incorporado en la fórmula del *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Que es traducido a que “no hay delito ni pena sin una ley”, y es expresado en la legislación en que “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley” (art. 2, num. 24, inc. D. Constitución); de igual modo, en el Art. II del Título Preliminar del código penal.

El principio de legalidad posee sus garantías, y se mencionan las siguientes:

- a) *Nullum crimen sine lege certa*: Se debe contar con una buena redacción de la pena. (*lex certa*).
- b) *Nullum crimen sine lege previa*: Está prohibida su ejecución retroactiva de la ley penal -in malam parte.

- c) *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*: Es rechazada la costumbre cuando no hay pena ni delito sin ley escrita.
- d) *Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* Está prohibida la aplicación por analogía de la ley penal. (Villavicencio Terreros, Derecho Penal Básico, 2019, pág. 34).

#### 2.4.2. Principio de lesividad

El principio de lesividad requiere que los bienes jurídicos protegidos sean dañados o puestos en riesgo para que la ley penal pueda intervenir (art. IV TP, CP). En el derecho penal peruano, el principio mencionado aún domina, aunque su propósito es utilizar las violaciones de las normas como patrón rector de la protección penal.

El bien jurídico comprende un valor fundamental y dominante de cualquier comunidad que resguarda sus derechos humanos. Su principal fuente son los principios constitucionales, que buscan prever arbitrariedades que puedan conducir a una utilización excesiva del poder penal en las vidas, medio ambiente, salud, entre otros. (Villavicencio Terreros, Derecho Penal Básico, 2019, pág. 36).

#### 2.4.3. Principio de culpabilidad

El principio de responsabilidad o culpabilidad penal posibilita a un individuo ser responsable únicamente de las acciones realizadas, sin considerar toda forma de responsabilidad objetiva, al igual que la probabilidad de responder a las acciones de terceros (art. 7 TP.CP).

En conformidad con este principio, la pena solo podría establecerse si se prueba que la acción puede ser condenado al imputado.

La culpa o dolo es una expresión del principio de culpa. Por lo tanto, se reconoce la responsabilidad penal mediante estructuras imprudentes y dolosas, y se descartan las alegaciones de resultados imprevistos. (Villavicencio Terreros, Derecho Penal Básico, 2019, pág. 37).

#### 2.4.4. Principio de proporcionalidad

El principio de prohibición o proporcionalidad del exceso establece que el castigo debe ser acorde con la magnitud de la conducta debido a su nivel de derechos legales perjudicados y el ímpetu de los ataques al mismo bien. Este relevante principio limitante

del poder penal estipula que la pena no podría exceder las responsabilidades por las acciones (art. VIII. TP, CP).

Cuando la pena evidentemente no es acorde con la intensidad de la acción, incluso si la ley lo prevé, el juez debe evitar o disminuir su impacto. (Villavicencio Terreros, Derecho Penal Básico, 2019, pág. 37).

#### **2.4.5. Principio de integración**

El principio de integración estipula que la ley penal debe ser interpretado según la Constitución Política, principios y normas en relación con los derechos humanos y prevención de los delitos reconocidos en acuerdos que conforma el Perú, particularmente las de derecho internacional, derechos humanos y derechos humanitario internacional. Así mismo, deberá cumplir con la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia cuya competencia se reconoce por el Perú. (Villavicencio Terreros, Derecho Penal Básico, 2019, pág. 37).

#### **2.4.6. Principio de racionalidad y humanidad de las penas**

“El principio de racionalidad y humanidad de las penas o principios de proscripción de la crueldad” rechazan cualquier sanción penal inhumana contra el sujeto. Este principio estipula el propósito de buscar la sanción humanitaria, orientada a la reinserción social de los condenados y la prevención de los derechos con el respeto de los derechos humanos.

De cualquier manera, ante las penas crueles, inhumanas o degradantes aplicables a casos concretos, los jueces están obligados a evitar o aminorar su impacto, aunque la ley las estipule claramente. (Villavicencio Terreros, Derecho Penal Básico, 2019, pág. 38).

#### **2.4.7. Principio *ne bis in idem***

El principio *ne bis in idem* instaura una garantía procesal y material para evitar que un individuo sea sancionado o procesados dos o más veces por el mismo delito o hecho en el ámbito de la jurisdicción administrativa y penal. El Código Penal admite este principio en su Art. 90 del Código Penal, que establece que “nadie puede ser perseguido por segunda vez debido a un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente”.

Este principio tiene como objetivo impedir la doble reacción del poder penal ante un mismo acto, orden de sanción u otros actos, de forma de evitar la doble sanción, es decir, la punitividad excesiva del Estado.

Para solicitar la vulneración del principio de *ne bis in ídem* es un requerimiento necesario que exista una triple identidad comprendida por el sujeto, hecho y fundamento. (Villavicencio Terreros, Derecho Penal Básico, 2019, pág. 38).

#### **2.4.8. Principio de protección a la víctima**

El principio de protección a las víctimas asegura que las personas afectadas por delitos tendrán un trato respetuoso a su dignidad, así como gozan del derecho a obtener rápidamente una indemnización por los daños sufridos, fortaleciendo así los mecanismos administrativos y judiciales que les consienten conseguir una indemnización, inclusive tratándose de un infractor del estado con cargo de funcionario público.

#### **2.4.9. Garantía jurisdiccional**

El principio de garantía jurisdiccional estipula que solo los jueces competentes podrían imponer sanciones o tomar medidas de seguridad en la forma prescrita por la ley: “Solo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley” (art. V, TP, CP). (Villavicencio Terreros, Derecho Penal Básico, 2019, pág. 39).

#### **2.4.10. Garantía de ejecución**

La garantía de ejecución significa que no se pueden implementar penas o medidas de seguridad de otro modo que la estipulada en la ley. Se controla la ejecución de sentencias o medidas de seguridad y la intervención judicial: “No puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen. En todo caso, la ejecución de la pena será intervenido judicialmente” (art. VI, TP, CP).

## Capítulo III

### Función jurisdiccional en el Estado constitucional de Derecho para la aplicación de penas

#### 3.1. Estado constitucional y función jurisdiccional

Por lo tanto, el Estado constitucional y las funciones judiciales están estrechamente vinculadas, pues esta última es el requisito previo para la existencia de la primera, asegurando así la plena vigencia y respeto de cada derecho fundamental.

Mendoza (2015) menciona:

Bajo la democracia constitucional, cada uno de los organismos del poder público obedecen a la constitución, la cual es la norma del más alto nivel, por lo que le otorga a la constitución un doble estatus de subordinación tanto a nivel formal como sustancial.

Atienza indica de manera integral que en el desarrollo de este nuevo concepto, las leyes de un país constitucional pueden resaltar algunas características: a) Reconocer la relevancia de los principios como parte fundamental del ordenamiento jurídico; b) Incorporar un modelo constitucional o garantista, ello significa que, entre otros efectos, la vigencia de la ley se concibe en el fondo y no en la simple forma; c) El nuevo concepto de sujeción a la ley ya no es como la sujeción de la ley, sino como sujeción a la ley válida, en otras palabras, de acuerdo con la Constitución, y d) las atenciones crecientes a la argumentación jurídica, ello implica el requerimiento de que los fallos judiciales tengan fundamentos razonables, “como característica esencial de una sociedad democrática en la que es el poder el que se somete a la razón, y no la razón al poder”.

En este caso, la idea de la sujeción a la ley es diferente, de hecho, “*no se trata de una sujeción a la letra de la ley*”, sino de acuerdo con la Constitución. Por tanto, la interpretación jurídica que realice el operario jurisdiccional representa la interpretación de la constitución. En caso de contradicciones entre las normas inferiores y las constitucionales, los jueces no aplicarán la primera y en el caso de posibles lagunas legislativas, ejecutar de forma directa la

constitución, o resolver un problema interpretativo, que involucra varias posibilidades, y apoya la que se ajusta a la constitución. (pág. 55).

La sujeción de los jueces a la constitución —de ahí su papel de garante de los derechos básicos y los principios establecidos por sus normas— es uno de los primordiales fundamentos, que legitima la función de la jurisdicción en la democracia constitucional. En esta línea, ser garante no requiere la condición de héroe, sino que sencillamente se ajusta al techo ideológico liberal constitucional. Solo requiere que los operadores de jurisdicción consideren la expresión de los derechos básicos como el procedimiento de jurisdicción más baja y superen dudas sobre la operatividad de las normas constitucionales.

### **3.2.El principio de interpretación conforme a la Constitución**

Esto significa que cualquier interpretación de las distintas normas del ordenamiento jurídico tiene que efectuarse de conformidad con la Constitución y el Art. 138 de la Constitución Política Nacional, en su párrafo segundo menciona *“En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.”*

Igualmente, el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el Art. 14 indica que: *“De conformidad con el Art. 236 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. (\*) Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación. En todos estos casos los Magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece. Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio,*

*no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular.”*

*(\* (\*) Ver artículo 138 de la Constitución Política de 1993.*

Luego de determinar la protección legal de este principio, se requiere citar esta teoría. Mendoza (2015) señaló:

De hecho, si la constitución es la norma jurídica básica del país, por ende, todas las normas del sistema jurídico deben ser interpretadas de acuerdo con la Constitución. En general, este juicio significa ponderar basándonos en el conflicto de la ley básica, es decir, dos principios que se enfrentan en un plano específico. Según la interpretación constitucional de las normas infra constitucionales, el alcance de la interpretación legítima (ilegítimas / legítimas formales) está restringido, y debido a la obligación constitucional de inspirar decisiones judiciales prohíbe el determinismo que se limita al legalismo profundamente arraigado en antiguas costumbres judiciales.

En teoría, este principio se ha tratado con regularidad. La problemática es que las aplicaciones de los operadores judiciales son casi nulas, porque “ausencia de una tradición judicialista, comprometida con la defensa de los derechos fundamentales y; por tanto, con las técnicas de control de constitucionalidad, ciertamente se han reflejado en la jurisprudencia nacional” (pág. 58).

### **3.3. Ámbitos de interpretación constitucional en la aplicación de la pena**

Al respecto (Bacigalupo, 1999, pág. 232) sostiene que existe una relación de la ley penal con los superiores principios, tales como: el principio de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad y prohibición del *nom bis idem*, los mismos que componen una concreción de la idea de Estado de Derecho, de este modo, la traducción de la ley penal está con base en la traducción de la Constitución.

Con base en estas consideraciones, a través de las recientes reformas a las disposiciones penales relacionadas con este procedimiento -introducidas por la Ley N ° 30076 promulgada el 19 de agosto de 2013- solo conocer la etapa del plan no agotará el Proceso judicial de juicios individualizados, porque lo que realmente es necesario, es un cambio en el paradigma de la cultura jurídica, en otras palabras, la comprensión del significado de la finalidad de la pena, con base en la tendencia a construir conceptos de la pena y revisión de valores, de acuerdo con el mandato constitucional y los deberes que desempeña cada operador en el ordenamiento jurídico. Para lograr este objetivo es

necesario distinguir entre la expresión operativa del concepto constitucional típico y la expresión del concepto autoritario; para detectar las dos modalidades de jueces presentes en la ejecución del procedimiento de determinación de pena de un caso particular. ; *“jueces con ideología constitucional o jueces con ideología legalista-autoritaria.”*

Entonces, la determinación de la pena de los operadores judiciales se fundamenta en cuestiones ideológicas: constitucionales o legales, y la recopilación del conocimiento conceptual puro es un problema insuperable; por el contrario, la solución del problema consta en la comprensión e interiorización real de la realidad, internalización de valores constitucionales de orden humanista. En definitiva, es la ideología judicial -con obvios matices- la que no solo determina el tema de las reformas penales individualizadas, sino que determina esencialmente el urgente requerimiento de la aplicación específica de reformas penales constitucionales. (Mendoza Ayma, 2015, págs. 43-44).



## Capítulo IV

### La conversión de la pena y su desarrollo normativo y jurisprudencial

#### 4.1. Generalidades

Como señalamos en las líneas anteriores, la pena privativa de la libertad se convirtió en un antiguo paradigma de los planes de resocialización; desde más de un siglo, todos los simposios jurídicos y foros han condenado la prisión como un elemento criminógeno y específicamente perniciosos para los sancionados.

Esta es en realidad la crisis del sistema penal, especialmente la crisis de la penaprivativa de la libertad, porque su aparición frente a sus características degradantes y notorias imposibilita la llamada restitución social del reo. También a su vez la rotulación de expresidiario o etiquetamiento provoca estigmatización de las personas, que establece un obstáculo potencial en la realidad social y no puede reafirmar su conexión con la sociedad, en otras palabras, reincorporarse a los procesos interactivos de procesos sociales.

En conformidad con ZAFFARONI, el principio de igualdad constitucional quebranta el fundamento de la ley y también la aplicación arbitraria de la misma por parte de cualquier autoridad. Por tanto, es relevante extender el fundamento del derecho penal, más en lo material que en la forma, y su propósito es conducir condenas penales primarias de acuerdo con el sistema de garantía política del derecho socialdemócrata, y tratar de incorporar la mayoría de la clase socioeconómica más fuerte, afirmando así el rango universal de receptores de las normas jurídico y penales.

La respuesta penal en el marco estatal de derecho deberá estar acorde al grado de perniciosas y de culpa individual. Las cárceles se caracterizan por ser instituciones nocivas y disocializantes que dañan la personalidad de los condenados y deben ser resocializadas en un ambiente libre tanto como sea posible. Estas herramientas sustitutivas o alternativas se incluyen en una serie de novedosas reacciones punitivas, incluidas en el denominador común de la aplicación de la pena y de acuerdo con el paradigma de la acción rehabilitadora.

#### **4.2. Conversión de la pena privativa de la libertad en el ámbito normativo**

El artículo 52 de la Ley Penal prevé la conversión de las penas privativas de libertad. En el cual indica que: *“En los casos que no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio, el juez podrá convertir la pena privativa de libertad no mayor de dos años en otra de multa, o la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años en otra de prestación de servicios a la comunidad, o limitación de días libres, a razón de un día de privación de libertad por un día de multa, siete días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o por una jornada de limitación de días libres. Igualmente, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, convertir la pena privativa de libertad en pena de vigilancia electrónica personal, a razón de un día de privación de libertad por un día de vigilancia electrónica personal, en concordancia con el inciso 3 del artículo 29-A del presente Código.”*

De la lectura de este artículo se pueden derivar tres supuestos normativos sobre la conversión de la pena: “a) de la pena privativa de libertad en pena de multa o penas limitativas de derecho; b) de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres (impuestas en su calidad de penas autónomas en delitos o faltas) en pena privativa de libertad; c) de la pena de multa en pena privativa de libertad”.

A través del sistema de conversión de penas, los legisladores han presentado la probabilidad de que los jueces sustituyan o reemplacen las penas privativas de libertad, por las “medidas limitativas de derecho”. Los preceptos normativos estipulan que son inadmisibles las sentencias condicionales “suspensión de la ejecución de la pena” o reservas de fallos condenatorios, en otras palabras, a tal efecto, la conversión merece un injusto menos grave, ya que las figuras jurídicas indicadas son aplicadas en injusto más graves por las sanciones penales aplicables.

Coligiéndose que a través del sistema de conservación de pena, nuestra ley penal adopta una especial postura preventiva, es decir, evitando la aplicación de penas de corta duración por privación de libertad, porque esto significa que su sociedad abandona sus hogares y se separa de sus familias, y cambia a una pena más leve. En este caso, el motivo de la prevención especial indicará la conveniencia de no implementar la pena privativa de libertad que ha sido sentenciada, mientras los motivos derivados de los requerimientos de la confirmación del ordenamiento jurídico y la prevención general, los cuales indican la exigencia de ejecutar la pena, luego, mediante la adopción de otras penalidades que se

crean convenientes para lograr el propósito de prevención especial que sustituya a esta sanción, sin menoscabar los requisitos de reiteración y prevención general del ordenamiento jurídico, para de ese modo resolver los conflictos.

Fue la crisis carcelaria la que motivó la inclusión de estos mecanismos alternativos en un marco de presentación novedoso y plenamente aceptado en el derecho penal, el cual estuvo funcionalmente orientado a estándares preventivos.

Para la aplicación del sistema de conversión de penas, se consideran estos elementos:

1. Un día de multa por un día de privación de la libertad.
2. Privación de libertad por 7 días a cambio de una jornada de prestación de servicios comunitarios o de limitaciones de días libres. Por este motivo, se amplió la jornada de 10 a 156 jornadas de servicios a la semana (artículo 34 del C.P.) 11 o límite semanal (artículo 35 del C.P.)

#### **4.2.1. Definición**

Se define a la institución penal de la conversión como la sustitución de la pena privativa de libertad imputada mediante distintos tipos de sanciones. En el contexto de la legislación penal peruana, existen dos posibilidades de conversión de las penas de prisión: “conversión en penas de multa o conversión en penas limitativas de derechos de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres”. La conversión de penas comprende una entidad con presupuesto y requerimientos predefinidos, teniendo funciones de prever que personas ingresen a prisión, más no sacarlas de allí (...) concluyendo que la conversión de la pena se aplica en el caso de emisiones de sentencias. El motivo consta en la clase de valoración que realizan los jueces en la instancia de la determinación judicial de la sanción específica, ya que al dictar sentencia se fija en la personalidad del agente y el entorno circundante que debe ser sancionado, pues a través del proceso intelectual, es necesario declarar si la conversión de la sentencia es apropiada. (Sentencia de casación N° 382-2012 de 17 de octubre de 2013 (sala penal permanente) La Libertad, Fundación III.A.2, juez Supremo ponente: Pariona Pastrana).

#### **4.2.2. Procedencia**

La norma antes indicada se encarga de la regulación de la conversión de la pena privativa de libertad en otro tipo de pena (multas, prestación de servicios comunitarios o

limitaciones de días libres). Como se mencionó anteriormente, si una sentencia condicional o reserva a la condena es improcedente, el juez puede cambiar la sentencia.

Esta norma representan expresiones del estándar de acudir al encarcelamiento como medio final. Las equivalencias establecidas son las siguientes: “a) Un día de privación de libertad por un día-multa; b) Siete días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad; c) Siete días de privación de libertad por una jornada de limitación de días libres”. (Villavicencio Terreros, Código Penal Comentado, 2002, pág. 205).

#### **4.2.3. Naturaleza facultativa de la conversión de la pena privativa de libertad**

El Art. 52 del código penal establece que si una sentencia condicional o reserva de fallo condenatorio es improcedente, el juez podrá cambiar (...) la pena privativa de libertad no superior a los cuatro años a otra con el fin de brindar servicios comunitarios o limitar los días libres. Por lo tanto, es obvio que la conversión es una competencia del juez penal, no obligación. Tribunal Constitucional. Sentencia de 16 de junio del año 2004. Expediente 1140-2004-CONO NORTE DE LIMA – HC/TC-LIMA. Fundamento 2. Citado por (Rojas, 2012, pág. 859).

Asimismo, es apreciable que la conversión de sentencias no esté sujeta a restricciones legales por delitos. Por lo tanto, el Código Penal faculta a los jueces a convertir cuatro años de prisión para brindar servicios comunitarios. [Casación N° 1438-2019-Moquegua] La Corte Suprema señaló claramente en la sentencia de este caso que **la Ley No. 27770 no es aplicable** en este caso, el cual restringe la ejecución de la conversión de la pena privativa de la libertad por delitos de peculados dolosos. Esto se debe a que **la ley ha sido derogada por el nuevo precepto establecido por la Ley N ° 29499 y el Decreto Legislativo N ° 1514, los cuales no establecen restricciones a la aplicación de la de la conversión de la pena,** por lo que no existen restricciones legales.

Así mismo, como se menciona en el **Acuerdo Plenario N° 9-2019/CIJ-116, sobre Violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar – Principio de oportunidad, acuerdo reparatorio y problemática de su punición** (subrayados y en negrita son los nuestros), el Art. 57 del Código Penal tiene prohibiciones que no alcanza con el Art. 52 del mismo organismo regulador, especialmente si **la conversión de la pena privativa de libertad tiene como presupuesto material que no fuera procedente la condena condicional.**

De modo tal, el Código Penal faculta a los jueces a cambiar cuatro años de prisión para brindar servicios comunitarios. Este cambio no se producirá de forma automática, de lo contrario se debe analizar desde el principio de proporcionalidad y la finalidad de la pena., tal como lo expresa el aludido Acuerdo Plenario 09-2019, en su fundamento 52 señala:

*“En estos casos la viabilidad de la conversión de la pena privativa de libertad en penas limitativas de derechos o de multa está condicionada al cumplimiento estricto del principio de proporcionalidad, adecuada a los fines preventivos especial y general que se esperan de la pena. El Juez debe efectuar, motivadamente, un juicio de pronóstico futuro que le permita inferir que el sentenciado no cometerá un nuevo delito de la misma naturaleza, a cuyo efecto deberá atender a los antecedentes del imputado -aún cuando se encuentren cancelados- por delitos de similar naturaleza u otros de carácter violento, la naturaleza y número de agravantes infringidas, la personalidad del agente, la ficha de valoración de riesgo, la relación con la víctima, entre otros”.*

#### **4.2.4. Criterios establecidos en la Resolución Administrativa N° 164-2013-P-PJ**

**(Oficio Circular). Recuperado de**

**[https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSuprema/s\\_cortes\\_suprema\\_home/as\\_poder\\_judicial/as\\_corte\\_suprema/as\\_presidencia/as\\_Resoluciones\\_Circulares\\_de\\_Presidencia/as\\_circulares\\_presidencia/as\\_2013/](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSuprema/s_cortes_suprema_home/as_poder_judicial/as_corte_suprema/as_presidencia/as_Resoluciones_Circulares_de_Presidencia/as_circulares_presidencia/as_2013/)**

(Poder judicial, 2013)

La resolución insta a los jueces penales a considerar la posibilidad de aplicar penas restrictivas de brindar servicios comunitarios o restringir los días libres ante la suspensión o condicionalidad de la pena por delitos en los que el período máximo de privación de libertad no exceda los 4 años. De igual modo, brindará todo lo requerido para ejecutar y cumplir debidamente las sanciones que restringen derechos, de brindar servicios comunitarios y limitaciones de días libres. Todas estas disposiciones tendrán que cumplirse por el juez de paz letrado, en cada caso en particular.

#### **4.3. La conversión de la pena en los delitos de violación sexual de menor de 14 años y su desarrollo jurisprudencial**

Consideramos necesario para el presente trabajo determinar cuál es y ha sido la postura adoptada por la Corte Suprema de la República respecto a la determinación e individualización de la pena para delitos sexuales de menores de 14 años, que ha conllevado a través de sendos pronunciamientos a considerar la conversión de la pena efectiva, suspensión de la pena, e incluso la reserva del fallo condenatorio, no obstante tratarse de un delito cuya sanción no solo supera ampliamente los 4 años de pena privativa de libertad, sino que en la actualidad se establece la pena de cadena perpetua.

Asimismo, se debe precisar que el Art. 173° del Código Penal establece: “*El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de catorce años, será reprimido con pena de cadena perpetua.*”, fue objeto de diversas modificatorias, como sus configuraciones típicas y previsiones de las penas, estas cada vez más agravadas, en un principio fue definido la conducta delictiva como un “acto sexual u otro análogo”, para posteriormente, con la Ley N° 28251, con fecha de 08 de junio del 2004, fue determinado como el “*acceso carnal por vía vaginal, anal u bucal o realiza actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías*”, en segundo lugar, se entiende que al perjudicar a menores, estos delitos merecen una especial condena moral y social e imponen una fuerte respuesta criminal, acorde con (i) su notable gravedad, (ii) a la especial importancia de los bienes jurídicos atentados (iii). A la protección que las personas necesitan como víctimas de los mismos (STSE 95/2014, 20 de febrero), y para cumplir con la tendencia global de ampliar el alcance de la tutela penal en el contexto del delito sexual, se ha incrementado ampliamente la pena privativa de la libertad.

Por tal razón, en los últimos años advertimos que la Corte Suprema emitió pronunciamientos estableciendo criterios para la no aplicación de dichas penas, tan graves, siendo estos los principales:

**4.3.1. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 403 – 2012 Lambayeque, de 18 de julio de 2013. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e322dc804e7fcec6904cf72670ef9145/403-2012+Lambayeque.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e322dc804e7fcec6904cf72670ef9145>**

*“4.4. Que, en observancia al principio de legalidad, cada delito tiene asignado un marco penal concreto, sobre el cual el Juzgador dispone de arbitrio para determinar judicialmente la pena en sentido estricto, a fin de otorgarle seguridad jurídica a la sociedad; para ello, dicho arbitrio debe orientarse con arreglo a algunos principios, entre los cuales se encuentra el principio de proporcionalidad o de prohibición en exceso, regulado en el artículo XVII del Título Preliminar del Código Penal, en cuya virtud la pena debe ser adecuada al daño ocasionado al agente, según el grado de culpabilidad y el perjuicio socialmente ocasionado. No obstante, cuando la proporcionalidad abstracta de la pena no ha sido respetado por el legislador, es función del órgano jurisdiccional ejercitar y desarrollar con mayor énfasis la proporcionalidad concreta de la pena, teniendo en consideración las circunstancias particulares del caso, las condiciones especiales del sujeto del delito, así como factores complementarios de atenuación (véase el Acuerdo Plenario número siete guion dos mil siete oblicua CJ guion ciento dieciséis de noviembre de dos mil diecisiete).”*

En este pronunciamiento sin desconocer el principio de legalidad, según el cual todo delito posee designado un marco penal específico, se destaca la trascendencia de la facultad discrecional del Juzgador para la determinación judicial de las penas, ello implica la observancia de algunos principios, entre ellos el principio de prohibición en exceso o proporcionalidad previsto en el Art. VIII<sup>1</sup> del Título Preliminar del Código Penal, el mismo que tiene dos dimensiones (concreta y abstracta), de cuyo contenido es necesario tener mayor claridad.

Sin embargo, antes de abordar estas dimensiones (concretas y abstractas) de la proporcionalidad de la pena, es requerido desarrollar el principio de proporcionalidad de la pena ampliamente, a partir del cual se pueden desarrollar los sub principios de necesidad, idoneidad, y proporcionalidad estrictamente. Por la **idoneidad** de una pena se tiene que comprender que debe ser muy adecuado y apropiado para la obtención de los fines propuestos por el juez o legislador, considerado como contexto la tutela del bien jurídico. Es decir, cuando se logra el propósito de proteger los bienes legales, la pena es apropiado. A través del juicio de necesidad, se debe evaluar si las medidas que se están

---

<sup>1</sup> **Artículo VIII.**- La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes

evaluando tienen las menores restricciones a los derechos fundamentales que otras medidas igualmente efectivas. Definir el juicio de necesidad de esta manera reconoce obviamente el juicio de eficacia, al respecto del juicio de necesidad se lleva a cabo solamente entre ámbitos igualmente efectivos para alcanzar el objetivo perseguido. Por **proporcionalidad en sentido estricto**, se debe comprender esta sentencia requiere que las medidas en cuestión estén razonablemente relacionadas con el propósito a lograr. De forma general se cree que existe una vinculación razonable cuando hay una equidad entre los beneficios o ventajas, y las desventajas o costos de tomar acciones relacionadas.

- **Proporcionalidad en su dimensión concreta**

Cuando hablamos de la dimensión concreta, se debe comprender como algo suficientemente detallado o especificado en su ejecución, es en este concepto que el principio de proporcionalidad será observado por los jueces cuando apliquen una pena determinada al imputado que cometió un hecho punible. El principio de proporcionalidad en dimensión concreta (en materia penal) requiere que los operadores judiciales (jueces) impongan penas a los imputados que no excedan sus responsabilidades por hechos punibles al momento de dictar sentencia, de esta manera se reconoce la proporcionalidad como un principio indicado en el Art. 8 de Título Preliminar del Código Penal, donde se establece como medidor de las penas de este modo: *“a mayor daño más pena, a menor daño menos sanción penal”*.

- **Proporcionalidad en su dimensión abstracta.**

De acuerdo con el principio de legalidad estipulado en el Art. 2, numeral 24 acápite “d”<sup>2</sup> de la constitución política actual, la sanción por la conducta punible se determina por una norma con efecto legal, ya sea una ley promulgada por el Congreso o Decretos legislativos emitidos por el poder ejecutivo siempre y cuando lo apruebe el Poder Legislativo. Por lo tanto, no existe sanción sin leyes estrictas y anticipadas. El principio de legalidad de la materia penal es uno de los cimientos del derecho penal actual, ya que brinda un conjunto de garantías a los inculpados del hecho criminal.

---

<sup>2</sup> *d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la Ley.*

Por lo tanto, aunque nuestra Constitución no menciona en detalle el principio de proporcionalidad de la pena, ni menciona la vulneración de los bienes jurídicos, en donde los legisladores peruanos deben atenerse a estos principios para determinar el *quantum* o límite de penas para los hechos delictivos en particular. No obstante, menciona en el Art. 103 que se pueden promulgar leyes particulares por la naturaleza del asunto. Asimismo, en el párrafo final del Art. 200 (referente a las garantías constitucionales) de la Constitución, se establece claramente: *“Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo”*.

Por lo tanto, la proporcionalidad de la pena en su cuestión concreta comprende un principio jurídico conformando parte del proceso, donde las garantías este reconocido en el inciso 3 del Art. 139 de la constitución del Perú; de esta manera, los jueces que imponen sanciones penales deben seguir un conjunto de situaciones en su sentencia para determinar el número de años aplicables a la pena privativa de libertad.

Entonces se evidencia, en esta Casación que la Corte Suprema de la República, resaltando la función nomofiláctica, al precisar cuáles son los alcances de la proporcionalidad en sentido abstracto, aplicable a los delitos de violaciones sexuales de menor de edad, busca hacer más predecibles los fallos dentro del sistema de administración de justicia, lo cual es primordial para su buen funcionamiento. Así también, se evita que el Juzgador emita decisiones no solo contra el principio de proporcionalidad en lo abstracto, trastocando todo sentido de justicia, sino que también se evita la arbitrariedad de las decisiones.

**4.3.2. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 335 – 2015 Del Santa de 1 de junio de 2016.** Recuperado de <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/914c49004e246bcbb5e0f548a12af05b/OF-4202-2016-S-PPCS.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=914c49004e246bcbb5e0f548a12af05b>

**Doctrina jurisprudencial vinculante:**

*“La inaplicación de la pena conminada en el tipo penal previsto en el artículo 173°, inciso 2, del Código Penal, vía control difuso de la ley, es compatible con la Constitución,*

*para ello debe realizarse el test de proporcionalidad, con sus tres subprincipios; de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. De igual modo, la prohibición de la inaplicación de la prohibición contenido en el artículo 22º, segundo párrafo del Código Penal, vía control difuso, para delitos sexuales, también es compatible con la Constitución. Para la graduación de la pena concreta a imponerse al procesado, en caso de inaplicación de la pena conminada del tipo penal respectivo, debe acudirse al artículo 29º del Código Penal. Para la individualización judicial de la pena a los autores o partícipes que al momento de los hechos contaban entre 18 y 21 años de edad, se tendrá en cuenta, entre otros factores: i) Ausencia de violencia o amenaza contra el sujeto pasivo para el acceso carnal; ii) Proximidad de la edad de la agraviada a los catorce años de edad; iii) Afectación psicológica mínima del sujeto pasivo; y iv) Diferencia etérea entre la víctima y el sujeto activo del delito.”.*

Si bien es cierto, que el carácter vinculante de tal doctrina jurisprudencial ha sido dejado sin efecto por la Sentencia Plenaria Casatoria 01-2018/CIJ-433, sin embargo, es necesario rescatar aquellas teorías jurídicas o bases doctrinarias que en su momento justificaron la disminución de la pena en delitos de violación sexual, cuyo sustento es posible mantener en el tiempo.

En este orden, cabe señalar que el desarrollo teórico de la Casación materia de análisis si bien se encuentra sustentando en los principios de proporcionalidad y razonabilidad; sin embargo, lo relevante en el contexto de la argumentación jurídica es el desarrollo de la ponderación considerada una adecuada metodología para la evaluación de las correcciones de los argumentos y decisiones establecidos por el juez constitucional en el contexto del control constitucional, en los problemas entre principios que exponen derechos fundamentales;; para luego desarrollar el test de proporcionalidad.

**Ponderación,** Prieto Sanchís lo menciona como; *“la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas”* (Sanchís., 2002- Pag 212). De igual modo, menciona este autor que *“...Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor* (Sanchís., 2002- Pag. 212)”.

El jurista Robert Alexy de Alemania sugirió un método de ponderación, a través de este método y basado en la fórmula de pesos, sería factible (en el caso de

problemas entre dos principios) la evaluación de la vinculación establecida entre el nivel de lesión de un principio y nivel de satisfacción. La teoría jurídica que se une a este sistema se denomina neoconstitucionalismo. Esta tendencia impregnó en la cultura jurídica Alemana, Española, Italiana y algunos países de América Latina, sin embargo, además gano una numerosa cantidad de detractores. Manfredi, 2014).

A su vez esta denominada Ley de ponderación se corresponde con el test de proporcionalidad, el principio de **proporcionalidad** es un instrumento argumentativo. Se utiliza para prevenir o gestionar la restricción de los derechos fundamentales y evitar sacrificios inútiles, desproporcionados e innecesarios a los derechos fundamentales. Para la realización de esta investigación, se consideró la expresión más famosa del principio de proporcionalidad en la doctrina alemana con el cual:

*“El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización... En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (Alexi).*

Por lo tanto, el principio de proporcionalidad y la prueba de ponderación son instrumentos utilizados para poder establecer en qué circunstancias concretas son aplicados los principios o si se ejecutan reglas o hay colisión de principios o reglas de la misma jerarquía, bajo este supuesto debe predominar el caso concreto.

**4.3.3. Doctrina jurisprudencial relevante establecida por la Corte Suprema Sala Penal Permanente Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República. Sentencia Plenaria N° 01-2018/CIJ-433.** Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/725410804ef05b38abb6abe589e1d483/SentenciaS+Plenarias.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=725410804ef05b38abb6abe589e1d483>.

Esta sentencia plenaria dejó sin efecto el carácter vinculante de la **Casación 335-2015, Del Santa**, emitida el 1 de junio del año 2016. Igualmente, se estableció como **doctrina legal con carácter vinculante**, los lineamientos jurídicos siguientes:

*“A. El artículo 173 del Código Penal no contempla una pena inconstitucional. No existen razones definitivas o concluyentes, desde el principio de proporcionalidad, para estimar que la pena legalmente prevista para el delito de violación sexual de menores de edad no puede ser impuesta por los jueces penales”.*

*“B. Corresponde al juez penal ser muy riguroso en la determinación e individualización de la pena. En tal virtud, debe seguir las directivas establecidas en los artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código Penal, las disposiciones fijadas en los artículos 45, 45-A y 46 del citado Código; y, los demás preceptos) del Código Penal y del Código Procesal Penal con influencia en la aplicación, determinación e individualización de la pena (párrafos 21-14). Éstas expresan las reglas, de rango ordinario, que afirman los que afirman los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad propios del Derecho penal en su relación con el Derecho constitucional. El párrafo 26 de esta sentencia plenaria debe tomarse en especial consideración”.*

*“C. No son aplicables los denominados factores para la determinación del control de proporcionalidad de la atenuación. Éstos no se corresponden con las exigencias jurídicas que guían la aplicación, determinación y aplicación de las penas. La ley penal y el conjunto del Derecho objetivo tienen previstas las reglas respectivas, ya indicadas en el párrafo anterior”.*

*“D. La pena de cadena perpetua debe ser aplicada en sus justos términos. Siempre es posible una opción individualizadora y de menor rigor en situaciones excepcionales. Al respecto, es de tener presente el párrafo 29 de esta Sentencia Plenaria.”*

En esta sentencia, la Corte Suprema revisó la sentencia casatorio vinculante número 335-2015/El Santa, de 1 de junio de 2016, cuyo principal objetivo fue determinar los estándares que deben seguirse en la aplicación de las sanciones del delito de violación

sexual a los menores de edad al existir discrepancias etarias cercanas entre el sujeto, activo y pasivo.

El fundamento de la Sentencia El Santa es principalmente la aplicación del llamado “control de proporcionalidad de la atenuación”. A razón de esto, deben sopesar 4 factores: 1) no violencia o amenazas de participar en la actividad sexual, y la víctima está de acuerdo, 2) la edad del sujeto es cercana a los 14 años (donde prevalece la libertad sexual individual) y 3) Mínima afectación psicológica de la víctima, cuando las pericias practicadas no comprobaron los daños psicológicos y 4) Disparidad etaria entre el sujeto activo y pasivo.

No obstante, se indica de forma enfática en esta sentencia plenaria materia de análisis que “(...) *la inclusión de estos factores y la mención a un control de proporcionalidad de la atenuación no son de recibo*”. Para la justificación de esta postura, menciona que los factores de esta sentencia, por sus mismos términos no pueden aplicarse de forma imperativa.

Primero, el juez que dictó este fallo puede decidir por sí mismo excluir el consentimiento de la víctima, ya que el bien jurídico busca la tutela, es decir, la indemnidad sexual, se cree que debido a su propia edad, no puede aceptar relaciones sexuales tempranas. En segundo lugar, es señalada que el acercamiento de la víctima a los 14 años es un enfoque que deriva a la amenaza de cargar con una justificación con base en prejuicios o estereotipos en atribuciones físicas. Entonces, se pueden formalizar y generalizar las reglas de la impunidad, donde se exceptúe el desarrollo de una evaluación integral de los hechos. En tercer lugar, muestra que no hay evidencia empírica verificable para el menor impacto psicológico, porque se manifiesta de diferentes formas y en diferentes momentos. No obstante, se cree que el desarrollo general de la víctima siempre se ve comprometido, porque permitir que los niños se involucren en la actividad sexual de manera prematura viola el correcto proceso y libre desarrollo de su persona. En cuarto lugar, debido a que los niños y las niñas se encuentran en vulnerabilidades especiales, y debido a la existencia de criminología, deben considerar cuidadosamente la diferencia de edad entre la víctima y el victimario y las posibles conexiones emocionales. Muestra que es difícil tener condiciones de igualdad en la decisión de tener relaciones sociales dentro de la brecha de edad, que suele establecerse en cinco años.

Por tanto, la determinación de la Corte Suprema de las características de la propia víctima no autoriza una respuesta punitiva coercitiva menos fuerte. No obstante, se determinó que la edad relativamente joven del acusado era el motivo para mitigar el castigo.

En segundo lugar, esta es la base principal de las sanciones, ya que la ley ha estipulado en el Art. 46 de la Ley Penal las circunstancias a las que deben acudir los jueces para determinar las penas específicas aplicables al condenado. Mientras, se ha establecido un sistema de tres puntos en el Art. 45-B. A su vez, la ley ha establecido las causales de reducción de punibilidad y reglas de disminución de las penas por bonificaciones procesales.

Mientras, en la individualización específica del tercio, es necesario considerar toda posible situación aplicable según la gravedad de los hechos y las circunstancias personales del infractor, e incorporar los estándares jurídico-constitucionales. En este tipo de personalización, la proporcionalidad jugará un papel importante. Es importante señalar que esta pena utiliza gran parte de la primera parte para exponer el rol de la proporcionalidad y cómo se aplica a la determinación de sanciones.

Al final, los jueces subrayar que *“no es posible, por consiguiente, crear pretorianamente circunstancias, causales de disminución de punibilidad o reglas por bonificación procesal al margen de la legalidad-sin fundamento jurídico expreso-, tanto más si el principio de legalidad penal impide resultados interpretativos contrarios o no acordes con el Ordenamiento”*.

#### **4.3.4. Criterios para la conversión de la pena privativa de libertad según el Recurso de Nulidad N° 679-2020-Apurimac. Recuperado de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/05/Recurso-de-nulidad-679-2020-Apurimac-LP.pdf>**

Fundamento **décimo quinto**: *“..., en cuanto a la medición de la pena cabe señalar que se presenta la circunstancia atenuante privilegiada: responsabilidad restringida (tenía dieciocho años y tres días de edad); además carece de antecedentes penales, mantiene a su esposa e hijas y convive con ellas, así como las propias circunstancias sociales -con expresión cultural de tradición andina, ya que tanto la agraviada como el imputado son naturales de Apurimac- y personales con la víctima -relación de enamorados- en la comisión del hecho delictivo.*

*También se contempla jurisprudencialmente la necesidad de tomar en cuenta el interés superior del niño como causal de disminución de punibilidad supralegal, cuando la pena privativa de libertad efectiva que afecta la unidad familiar reprime a quien lo mantiene y protege (Recurso de Nulidad número 761-2018/Apurímac)”.*

*“A ello se debe agregar un argumento sobre la unidad familiar reconocido jurisprudencialmente para reducir la sanción: Cabe acotar que el Derecho Penal tiene que aplicarse desde una perspectiva humana; razón por lo cual en el presente caso, resulta desproporcionado y contra fáctico, cumplir estrictamente con las fórmulas penales para imponer una sanción que en lugar de estabilizar un conflicto y otorgar paz a las partes, originaria otro conflicto y desazón en los involucrados; siendo ello causa suficiente para disminuir la pena a límites inferiores al mínimo legal y que esta tenga el carácter de condicional debido a que no existe ni una sola referencia ni mención de probable comportamiento posterior delictivo del imputado, el mismo que, por lo demás, ha demostrado responsabilidad por sus acciones”.*

*“**Decimosexto.** Por consiguiente, en atención a la concurrencia y acumulación de beneficios punitivos, esto es, la presencia de la causal de disminución de la punibilidad supralegal referida y la reducción de la pena por responsabilidad restringida, es pertinente y razonable imponer cuatro años de pena privativa de libertad, pues de trata de una persona joven, trabajadora, que mantiene a su familia -casado y dos hijos menores- y sin antecedentes, por otro lado, las propias circunstancias de la comisión del hecho delictivo así lo ameritan, por lo que, de conformidad con el artículo 57 del Código Penal, corresponde suspender la ejecución de la pena.”.*

Se trata de un pronunciamiento en segunda instancia, se emitió a mérito de los recursos de nulidad dictado contra la sentencia condenatoria del delito contra la libertad en la modalidad de violación sexual a una menor de edad, en agravio de la menor con las iniciales L. M. H. P., se condenó a 20 años pena privativa de libertad, fijo en S/ 4000.

En tal pronunciamiento la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema estableció que es pertinente y razonable imponer cuatro años de pena privativa de libertad, con carácter de suspendida, en atención a la concurrencia y acumulación de beneficios punitivos, tales como la presencia de la causal de disminución de punibilidad supralegal referida a principio superior del interés del niño y adolescente así como la responsabilidad restringida.

Es decir, no se hace mayor desarrollo o argumentación respecto al principio de proporcionalidad, limitándose únicamente a mencionar que en el caso en concreto dado a la concurrencia y acumulación de beneficios punitivos, que por demás no se encuentran previstas en la ley penal. Por lo que, evidenciamos que el sustento teórico es mínimo, a diferencia de los otros pronunciamientos anteriormente mencionados.

#### **4.4.Consideraciones particulares**

Consideramos que para la resolución de la situación problemática planteada en principio se debe partir de distinguir lo que significa regla y principio. Como sostiene Alexy (Alexy, 2019, pág. 47) el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento depende de las posibilidades fácticas y jurídicas. En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa, medida pueden siempre ser solo o cumplidas o incumplidas.

A partir de estas premisas, entendemos que el tipo penal establecido en el mencionado artículo 173 del Código Penal constituye una regla, sin embargo, su aplicación a un caso en concreto, particularmente difícil -como el propuesto-, se encuentra sujeto a la actividad interpretativa que realizará el Juez, en base a principios y la norma constitucional, y para ello este deberá reunir ciertas características personales que garantizaran no solo el ejercicio adecuado de la función jurisdiccional sino también los derechos fundamentales de las personas.

Al respecto (Atienza, 2013, pág. 680) sostiene que son principios que definen la excelencia judicial: independencia, imparcialidad, motivación, conocimiento y capacitación, justicia y equidad, responsabilidad, cortesía, integridad, transparencia, secreto profesional, prudencia, diligencia y honestidad profesional. Por lo que se exige a los jueces el deber de motivar adecuadamente sus decisiones, que presupone un juez independiente, imparcial, con un adecuado conocimiento del Derecho y de la técnica para su manejo, que se esfuerza por encontrar soluciones justas y equitativas.

En ese mismo orden de ideas, en cuanto al sistema de derecho penal ROXIN, citado en (Yacobucci, 2002, Pág. 130-131), sostiene que este sistema debe construirse de manera teleológica, es decir, con base en el propósito de la evaluación. De esta forma, se puede lograr la consistencia del sistema, de manera que se obtenga la seguridad de un orden no contradictorio, y al mismo tiempo lograr correcciones sustantivas, asegurando así la equidad de casos específicos. De este modo, los beneficios de la planificación sistemática son indispensables en el derecho penal para prever soluciones puramente "ad hoc" o loterías de soluciones, y para responder adecuadamente a los conflictos con base en la finalidad política criminal de la norma que se protege. Desde este punto de vista, si el punto de inicio se limita al significado puramente literal del enunciado normativo, y se ignora todo el concepto de normas jurídicas incluyendo el propósito como aspecto básico, entonces la interpretación penal, la hermenéutica y la argumentación judicial carecerán de referencias suficientes. Así se entiende la advertencia emitida por JAKOBS, que se refiere al principio de la sujeción de la ley. "Exigir un máximo de taxatividad o determinación sobrepasa lo que puede llevar a cabo cualquier práctica legislativa o interpretativa -no utópica-. Por eso, de seguirse dicha exigencia máxima, el principio degenera en una mera 'idea rectora' sin vinculación al caso concreto"~. En cada uno de estos casos, se indica que es necesario "develar" o revelar los principios que fundamentan y sentido a las consideraciones, reglamentos y decisiones que se adoptan en el texto con fines de expresión.

En resumen, se debe reconocer que existe un marco específico de valores que se aclara a través de normativas que brindan consistencia y fundamento al razonamiento penal a nivel de política criminal, dogmática e interpretación legal. Por tanto, los principios penales son iguales a los principios del derecho en el campo del pensamiento jurídico general, exponen un determinado valor o finalidad, y existen para permitir la comprensión, evaluación, orientación y regulación de la materia penal. En este sentido, se puede hablar de filosofía del derecho penal en un sentido general, porque se entiende como una explicación integral del orden de evaluación al nivel de importancia de la actividad y el conocimiento penal.

## Capítulo V

### Criterios de argumentación jurídica que permiten justificar la conversión de la pena

#### 5.1. Consideraciones preliminares

Estando a estas consideraciones no hay duda de que la aplicación del derecho es interpretación, pues el lenguaje jurídico como tal tiene sus propias particularidades, especificidades, diferente al lenguaje común, en ese sentido las normas deben ser necesariamente interpretadas, sin que esto signifique de ninguna manera el apartamiento del derecho. En este panorama según las pautas del constitucionalismo, la constitución emerge como una norma de pleno y máximo valor jurídico sobre todo el ordenamiento jurídico, que vincula a todos los poderes del Estado.

En tal sentido el intérprete -sea en la justicia ordinaria como en la constitucional- deben adecuar la interpretación de la ley a la Constitución antes de expulsar la norma, siempre desde la interpretación prudente, solvente evitando la caída de la seguridad jurídica, pues lo primero que tiene que producir el ordenamiento jurídico es seguridad jurídica, y son muchos los autores que han tomado como necesario estudiar los criterios para interpretación la constitución, que son los mismos que para la ley, esto es: gramatical, histórica, lógico, y sistemático, además del método teleológico, el derecho comparado.

En lo que corresponde al proceso penal, cuya aplicación práctica si bien generalmente se reduce a la aplicación de reglas, que implica el uso del silogismo o deducciones lógicas, llamados casos fáciles<sup>3</sup>; sin embargo, de vez en cuando surgen casos difíciles en los cuales necesariamente debe realizarse una especial argumentación para alcanzar la justicia - como fin del proceso-, desde la teoría de interpretación, que subyacen al texto expreso de la norma, es decir, justificar con elementos teleológicos, sociales -valores-, o simplemente razones de justicia. Esto último, es precisamente materia de mayor desarrollo en las páginas siguientes, pues consideramos que tales razones justificarían adecuadamente la solución de un caso tan problemático como el planteado, que no necesariamente se traduce en regla, sino que son criterios que debe usar el Juez a fin de tomar una decisión justa sin la necesidad de apartarse o desconocer la norma, interpretando en una situación

---

<sup>3</sup> Es una de las grandes distinciones de la teoría de la interpretación

excepcional sobre las particularidades de un caso en concreto para evitar una gran injusticia.

Como refiere (Atienza, 2013) “necesitamos recurrir también a otros criterios más o menos materiales (de universalidad, de coherencia, de adecuación de las consecuencias, etc.) y, en definitiva, a una filosofía moral y política que permita articular, establecer, algún orden entre los diversos tipos de razones justificativas que concurren en el Derecho: formales o autoritativas y sustantivas; de corrección y de fin; institucionales.” (Pág. 284). Ello considerando que no existe una única respuesta correcta para todo caso jurídico, que en su momento Dworkin, lo sostuvo como tesis de su teoría y ha sido materia de amplio debate.

Por lo que, se tendrá en cuenta los estudios de Summers sobre los razonamientos justificativos de los jueces, pues le interesa estudiar la “fuerza justificativa” de los argumentos -de las razones- que los jueces aducen, no sus características lógicas o su posible capacidad de persuasión.

## **5.2. Tipología de razones para la argumentación judicial**

Tal como lo sostiene Summer -citado por Atienza- los argumentos para las decisiones judiciales son diversos y complejos. Por lo tanto, comprender los tipos de razones potencialmente importantes podría apoyar a los jueces a fortalecer las razones y proporcionar una guía valiosa para casos futuros. Estas razones son las siguientes:

### **A. Razones sustantivas**

Una buena razón sustantiva deriva su fuerza de argumento -entendida como la “fuerza esencial de una razón”- por consideraciones de moral, economía, política, sistema u orden social. Las razones sustantivas se dividen principalmente en tres tipos: razones teleológicas, corrección y del sistema.

#### **1. Razones teleológicas**

El poder de las razones teleológicas proviene del hecho de que en el momento en que se proporciona la razón, se podría prever que la decisión que apoya tendrá un efecto que servirá a un buen propósito social. Este propósito puede haber sido reconocido por el derecho o no.

## **2. Razones de justicia**

Una buena razón no deriva su argumento del efecto esperado del final de la decisión en la que se basa. De otro modo, la razón de la justicia proviene de la forma de decidir conformarse a la ética social de la justicia cuando es aplicado a los actos de una de las partes o al estado de los hechos provocados por estas acciones. Es imposible determinar la aplicabilidad de gran cantidad de estas reglas sin referenciar a cómo ocurrió el caso.

## **3. Razones institucionales**

Las razones institucionales son razones teleológicas o simplemente razones "vinculadas" con una función o proceso del sistema en particular. Su poder proviene de la manera en que la decisión esperada servirá al propósito o conformidad con las reglas de justicia aplicables a los actos de los implicados (incluidos los funcionarios) en las funciones y procesos de la organización.

## **B. Razones de autoridad**

Las razones de la autoridad en el common law incluyen primordialmente el recurso a los precedentes. A su vez, los jueces en ocasiones recurren a leyes y reglamentos de manera analógica. También apelan a comentarios, tratados y otros "razones de autoridad". En lo que respecta a esta tipología, basta con señalar los primordiales tipos de las primeras razones autorizadas en forma de recursos. Primero, los jueces en ocasiones apelan directamente a precedentes indistinguibles o "líneas de autoridad" que son vinculantes para los jueces.

## **C. Razones de hecho**

La razón de hecho respalda las apreciaciones de los hechos. En casos de derecho common law, el juez podría tener que justificar la evaluación de hechos "judiciales" o hechos "legislativos". Cuando se revisan decisiones sobre la admisibilidad de pruebas o se dictan recomendaciones, como cuando se apela a un juez de apelación, se transmite una apreciación de los hechos judiciales. La fuerza de las razones para este tipo de valoración se basa en porción en la existencia de una relación probatoria suficiente entre los hechos definitivos y los hechos probatorios. Este tipo de razonamiento suele estar lejos de ser "puramente fáctico". Este tipo de razonamiento también se ve afectado por factores racionales complejos como el propósito, las normas de justicia y el mecanismo restringido del derecho para establecer la verdad.

#### **D. Razones críticas**

Las diversas razones enumeradas hasta ahora – razones sustantivas; razones de autoridad; razones fácticas y razones interpretativas – podrían clasificarse como razones autónomas. La "razones críticas" no tiene esta característica. De otro modo, las razones críticas solo critican ciertos elementos o aspectos de una razón autónoma determinada. La razón crítica no solo aparece en la votación de preservación y aprobación de la votación, sino además en la opinión de la mayoría.

#### **5.3. Justificación desde la tipología de razones para la conversión de la pena**

Si tenemos en consideración que “La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento.” (Rawls, 1971, p.17), los razonamientos judiciales, en la interpretación de las normas, se deben orientar no solo al cumplimiento de aquello que la norma establece como sanción, sino verificar si la decisión se ajusta a la norma socio-moral de justicia.

Es relevante aplicar estas razones de justicia, en los casos materia de análisis, pues para inaplicar la sanción que establece la norma y únicamente de manera excepcional se debe invocar mayores razones que lo justifiquen, en relación con la forma y circunstancias en que ocurrieron los hechos, y demás circunstancias que lo rodean que consideramos de mayor preponderancia, solo así se puede sostener una buena razón de justicia.

En ese orden de ideas del desarrollo jurisprudencial advertimos que en algunos casos no se aplicaron las penas establecidas por la norma penal, invocando el principio de proporcionalidad, humanidad de las penas, lesividad, en aquellos casos en los cuales el sujeto activo del delito contaba con responsabilidad restringida al momento de la comisión de los hechos, así como se ha valorado las condiciones personales del agente - no tiene antecedentes- y su contexto cultural, y sobre todo se ha considerado en aquellos casos en los cuales se traten de familias con hijos consolidadas en el tiempo el principio superior del interés del niño y del adolescente.

En ese sentido, estos antecedentes nos permiten establecer que en realidad debemos aplicar de manera excepcional y atendiendo a circunstancias específicas de cada caso en concreto, razones de justicia, siendo esta “*Cuando se trate de un hecho ocurrido con consentimiento de la parte agraviada, no exista afectación alguna, menos aún conflicto*

*entre las partes, y se ha procreado menores de edad, de quienes el autor se hizo responsable, sería desproporcionado y contra fáctico cumplir estrictamente con las fórmulas penales para imponer una sanción”.*



## Capítulo VI

### Conclusiones

- El tránsito desde el Estado legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho significa apartarse del texto expreso de la ley o la norma a la observancia estricta de la supremacía de la Constitución, es decir, abandonar todo tipo de interpretaciones puramente formalistas. Es en este marco que el juez debe interpretar el derecho, a fin de garantizar la dignidad y la defensa de los derechos fundamentales de la persona, establecido en nuestra Constitución Política del Perú de 1993.

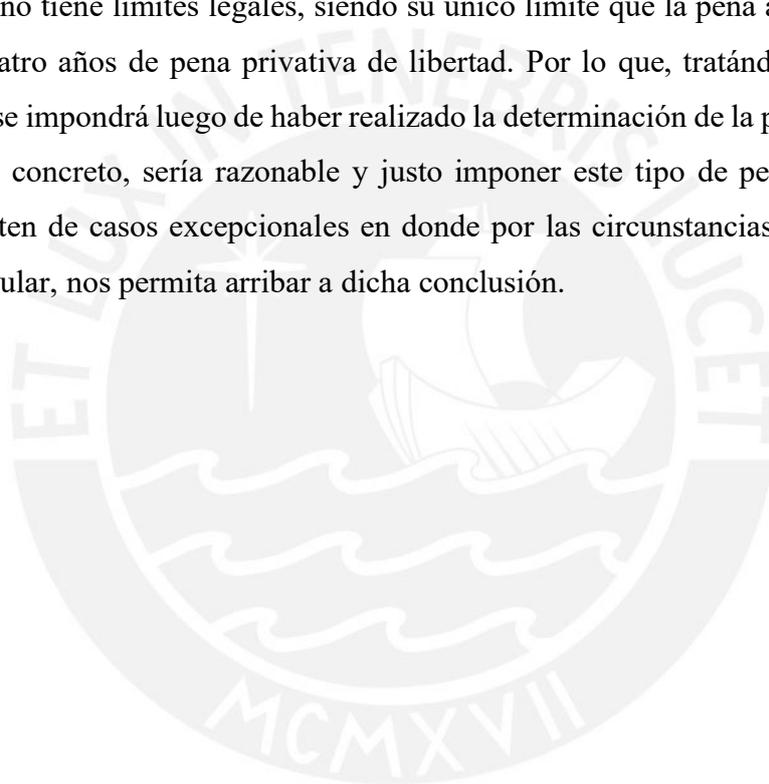
- Los delitos de violación sexual de menores de catorce años en la actualidad tienen una sanción de cadena perpetua, conforme a la regla establecida en el artículo 173 del Código Penal, pues son delitos de máximo reproche social en el cual se busca proteger la indemnidad sexual de los menores de edad que sufren este tipo de agresiones en su agravio. Sin embargo, existen casos excepcionales en los cuales, para establecer otras penas o consecuencias jurídicas, tales como la conversión de la pena en prestación de servicios a la comunidad; es necesario aplicar criterios interpretativos del derecho, basados en principios, más allá del simple silogismo lógico que corresponde a la aplicación de una regla, sin que ello signifique desconocer el derecho vigente.

- En el mundo del derecho no existe una respuesta única y correcta, sino más bien son las circunstancias especiales que rodean a un caso en concreto, es decir, definir sus razones subyacentes, tales como las razones de justicia, fines sociales -criterios extrapenales- y teleológicos, que finalmente determinarán que consecuencia jurídica debe ser considerada como proporcional y adecuado, atendiendo a los principios establecidos no sólo en el título preliminar del Código Penal sino también en la propia Constitución.

- Para la resolución de la situación problemática las razones sustantivas han de prevalecer frente a las razones formales o autoritativas, pues el intérprete o aplicador del derecho debe procurar que se satisfagan las razones subyacentes a las normas (que son de carácter sustantivo), si bien las razones autoritativas señalan un límite infranqueable. Dentro del grupo de las razones sustantivas, las razones de corrección gozan de prioridad prima facie, aunque en ciertas circunstancias excepcionales podrían ser derrotadas por razones de fin (por objetivos sociales); y unas y otras (las razones sustantivas de estos dos tipos) también podrían ser derrotadas por razones institucionales.

- Tal ámbito de justificación consideramos evita que el juez incurra en activismo judicial, que no le corresponde pues no tiene legitimidad de origen ni ha sido elegido democráticamente para tales fines, sino en su labor de intérprete y aplicador de la norma jurídica su función más importante, en un Estado Constitucional de Derecho, es la de garantizar los derechos fundamentales de las personas, pues no pueden tomar decisiones que no puedan justificar jurídicamente.

- La conversión de la pena privativa de libertad en una pena de prestación de servicios comunitarios no tiene límites legales, siendo su único límite que la pena a imponerse no supere los cuatro años de pena privativa de libertad. Por lo que, tratándose de la pena concreta que se impondrá luego de haber realizado la determinación de la pena a aplicarse en el caso en concreto, sería razonable y justo imponer este tipo de penas, siempre y cuando se traten de casos excepcionales en donde por las circunstancias que rodean el caso en particular, nos permita arribar a dicha conclusión.



## I. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY ROBERT (2019). Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad. Lima – PALESTRA EDITORES.
- ATIENZA MANUEL (2013). Curso de Argumentación Jurídica. Madrid – España: TROTTA.
- ENRIQUE (1999). Principios constitucionales de Derecho Penal. Buenos Aires. Hammurabbi.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, L. M. (2008). Manual de Derecho Penal. Lima- Perú: PRINTED.
- CARRARA, F. (1956). Programa de Derecho Criminal parte general. Bogotá: TEMIS.
- CHANG KCOMT, R. (2013). Función Constitucional asignada a la Pena: Bases Para un plan de política criminal. Revista de la Facultad de Derecho PUC, 505-541.
- GARCIA CAVERO, P. (2012). Derecho Penal: Parte General. Lima- Perú: Jurista Editores.
- GARCIA, A., & DE MOLINA, P. (2009). Derecho Penal: Parte General. Lima: Juristas Editores. 109
- MENDOZA AYMA, F. (2015). Presupuesto Acusatorio, Determinación e individualización de la Pena - Proceso Penal. Lima: Jurista Editores .
- PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. (2004). Derecho Penal Peruano. Lima {- Perú:
- PRADO SALDARRIAGA, V. (2010). Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios. Lima: IDEMSA
- ROJAS VARGAS. F. (2012). *Código Penal - Dos decadas de jurisprudencia*. Lima: Ara Editores.
- VILLAVICENCIO TERREROS, F. (2002). *Código Penal Comentado*. Lima: Grdley.
- VILLAVICENCIO TERREROS, F. (2019). *Derecho Penal Básico*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- YACOBUCCI, GUILLERMO J. (2002). El sentido de los principios penales. Buenos Aires. Abaco de Rodolfo de Palma.
- ZAFFARONI, E. R. (2006). Manual de Derecho Penal - Parte General. Buenos Aires: EDIAR.

