

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE ESTUDIO DE DERECHO



TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

“Vulneración del principio de proporcionalidad de la pena en el delito de robo agravado en el Perú”

Línea de Investigación:

Derecho Penal

Autora:

Crisóstomo Meza, Luz Elizabeth del Cielo

Jurado Evaluador:

Presidente: Ortecho Aguirre, Rocio Belu

Secretario: Rincón Martínez, Angela María

Vocal: Salaverry Armas, Ana María

Asesor:

Cruz Vegas, Guillermo Alexander

Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9119-5397>

PIURA- PERÚ

2024

Fecha de sustentación: 2024/09/13

Vulneración del principio de proporcionalidad de la pena en el delito de robo agravado en el Perú

INFORME DE ORIGINALIDAD

5%

INDICE DE SIMILITUD

5%

FUENTES DE INTERNET

1%

PUBLICACIONES

2%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1

repositorio.upao.edu.pe

Fuente de Internet

2%

2

qdoc.tips

Fuente de Internet

1%

3

idoc.pub

Fuente de Internet

1%

4

tesis.ucsm.edu.pe

Fuente de Internet

1%

Excluir citas Activo

Excluir bibliografía Activo

Excluir coincidencias < 1%

Declaración de Originalidad

Yo, GUILLERMO ALEXANDER CRUZ VEGAS, docente del Programa de Estudio de Derecho, de la Universidad Privada Antenor Orrego, asesor de la tesis de investigación titulada **“VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN EL DELITO DE ROBO AGRAVADO EN EL PERÚ”**, autor CRISOSTOMO MEZA LUZ ELIZABETH DEL CIELO, dejo constancia de lo siguiente:

- *El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 05%.
Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 06/12/2024*
- *He revisado con detalle dicho reporte y la tesis, y no se advierte indicios de plagio.*
- *Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las normas establecidas por la Universidad.*

Lugar y fecha: 06/12/2024.

Apellidos y nombres del asesor: Mg. GUILLERMO

ALEXANDER CRUZ VEGAS

DNI: 43414679

ORCID: 0000-0002-9119-5397

ID:

Firma



Guillermo A. Cruz Vegas
ABOGADO
CALL. N° 6019

Apellidos y nombres del autor: CRISOSTOMO

MEZA LUZ ELIZABETH DEL CIELO

DNI: 70590976

FIRMA:



DEDICATORIA

La presente tesis se la dedico en primer lugar a Dios por cada día mostrarme su infinito amor de muchas maneras y una de ellas fue dándome fortaleza y sabiduría, sin ello no podría haber hecho posible esta meta. A mis padres por todo su amor y motivarme a seguir adelante pese a todo. A mi hermano por siempre creer en mí, por su amor y sus palabras de aliento cada vez que me veía pasar largas noches investigando. A mis abuelos maternos que siempre estuvieron en mi crecimiento personal, profesional y sostuvieron mi mano cada vez que caía y con su amor, palabras de aliento me inspiraban a seguir luchando, muchas gracias por tanto abuelitos. Finalmente, a todas las personas que estuvieron en este arduo proceso desde el primer día y las que se fueron sumando a lo largo del camino, gracias a sus palabras de aliento me seguían impulsando a seguir adelante con mi tesis.

AGRADECIMIENTO

En primer lugar, le agradezco a Dios por haberme dado mucha sabiduría para poder concretizar este paso tan importante en mi vida profesional, a mi madre por todo su apoyo incondicional desde el día que decidí estudiar esta hermosa carrera e inspirarme a ser una mejor persona cada día. A mi familia que con su cariño y palabras de aliento me han impulsado a no rendirme jamás frente las adversidades. Gracias a cada uno de ustedes he podido salir adelante.

Le agradezco mucho a mi asesor por su paciencia y dedicación en todo momento, gracias por haber sido mi guía, por todos sus consejos que siempre serán recordados y por las correcciones realizadas para poder culminar mi trabajo de investigación.

También le agradezco a cada uno de mis docentes que han sido parte de mi carrera universitaria, por todos los conocimientos y experiencias compartidas que me han ayudado mucho en mi día a día para poder estar aquí defendiendo mi postura.

Además, a mis compañeros quienes algunos de ellos se ganaron mi confianza y se convirtieron en mis amigos, gracias por las amanecidas de estudios, las horas compartidas en el salón de clases y por todos los momentos vividos. Sin duda alguna, estuve en la mejor promoción.

Por último, le doy gracias a la prestigiosa casa de estudios por haber hecho posible la obtención de mi anhelado título profesional, agradezco a cada uno de ustedes por su gestión y trabajo.

RESUMEN

El derecho penal sustantivo se cimenta sobre la base de los principios que son recogidos en su título preliminar y en el texto constitucional, los cuales no solo sirven para la configuración de los tipos penales, sino también para el establecimiento de las penas, de ahí que, por ejemplo, en la determinación legal de la pena, el dador de la ley debe establecer los castigos penales, sin perder de vista los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad, y sobre todo, el de proporcionalidad; exigencia que no solo se impone al legislador, sino también al aplicador de la ley, es decir, al juez, cuando resuelve una causa determinada y debe hacer una dosificación concreta del apena a imponer; lamentablemente, a nivel legislativa, se afronta actualmente una derecho penal populista traducido en una política criminal sobre criminalizadora y de aumento desmedido y desproporcional de penas, lo que se observa en los delitos contra el patrimonio, y en especial, en el robo agravado.

En ese sentido, se elaboró la investigación con la denominación académica de “Vulneración del principio de proporcionalidad de la pena en el delito de robo agravado en el Perú”; tesis en la que se propuso como enunciado del problema: “¿De qué manera la pena abstracta señalada para el delito de robo agravado vulnera el principio de proporcionalidad en el Código Penal peruano?” y se buscó como objetivo general: “Determinar de qué manera la pena abstracta señalada para el delito de robo agravado vulnera el principio de proporcionalidad en el Código Penal peruano”.

En relación a la pregunta y el objetivo trazado en la investigación, se usó el método doctrinario para determinar la postura de los especialista en el derecho penal, luego también se utilizó la jurisprudencia, mediante la técnica del análisis de documento, para extraer la información necesaria para comprobar la hipótesis, lo que se hizo también con el uso del método comprado, debido que se hizo un análisis de la pena de delito de robo en otros países, lo que llevó a comprobar la hipótesis de que: “La pena abstracta señalada para el delito de robo agravado vulnera el principio de proporcionalidad en el Código Penal peruano, dado que, no se ha tenido en cuenta que se protege principalmente un bien jurídico disponible; posee pena más grave que el homicidio simple; se ha incrementado rápida y drásticamente la pena sin tener en cuenta el principio de lesividad; el aumento del marco conminado de pena es consecuencia de una policía criminal reaccionaria”.

Palabras claves: Robo agravado, pena, lesividad, política criminal, proporcionalidad.

ABSTRACT

Substantive criminal law is founded on the principles that are included in its preliminary title and in the constitutional text, which not only serve to configure the criminal types, but also to establish penalties, hence For example, in the legal determination of the penalty, the giver of the law must establish criminal punishments, without losing sight of the principles of legality, harmfulness, culpability, and above all, proportionality; requirement that is not only imposed on the legislator, but also on the enforcer of the law, that is, the judge, when he resolves a specific case and must make a specific dosage of the punishment to be imposed; Unfortunately, at the legislative level, we are currently facing a populist criminal law translated into an over-criminalizing criminal policy and an excessive and disproportionate increase in penalties, which is observed in crimes against property, and especially in aggravated robbery.

In this sense, the investigation was carried out with the academic name of “Violation of the principle of proportionality of the penalty in the crime of aggravated robbery in Peru”; thesis in which the problem statement was proposed: “In what way does the abstract penalty indicated for the crime of aggravated robbery violate the principle of proportionality in the Peruvian Penal Code?” and the general objective was sought: “To determine how the abstract penalty indicated for the crime of aggravated robbery violates the principle of proportionality in the Peruvian Penal Code.”

In relation to the question and the objective outlined in the research, the doctrinal method was used to determine the position of the specialists in criminal law, then jurisprudence was also used, through the document analysis technique, to extract the necessary information. to test the hypothesis, which was also done with the use of the purchased method, because an analysis was made of the penalty for the crime of theft in other countries, which led to testing the hypothesis that: “The abstract penalty indicated for The crime of aggravated robbery violates the principle of proportionality in the Peruvian Penal Code, given that it has not been taken into account that an available legal asset is mainly protected; It has a more serious penalty than simple homicide; The penalty has been increased quickly and drastically without taking into account the principle of harm; “The increase in the recommended penalty framework is a consequence of a reactionary criminal police.”

Keywords: Aggravated robbery, penalty, harmfulness, criminal policy, proportionality.

PRESENTACIÓN

Señores profesores miembros del jurado:

Es más que una satisfacción personal, para mi persona, poner ante la consideración académica destacada de ustedes, mi investigación, con la que opto por el título profesional; la misma que presento con el título: **“Vulneración del principio de proporcionalidad de la pena en el delito de robo agravado en el Perú”**

Se pretende en este trabajo académico, establecer que, con respecto al castigo penal mediante la imposición de las penas, en especial de la privativa de libertad, que afecta la libertad individual de la persona que es un derecho fundamental; debe tenerse siempre por parte del legislador y también de aplicar del derecho, el principio básico de proporcionalidad, dado que solo así se llegará a cumplir los fines de la pena.

De más está decir, que este es un intento académico que constituye un primer inicio, y que, al ser obra humana es perfectible, puede ser objeto de cuestionamientos o mejoras, sin perder de vista que se ha elaborado con la intención de iniciar un serio debate académico que permita el mejor desarrollo del derecho penal y de la pena en el país.

La tesista.

Tabla de contenido

DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTO	ii
RESUMEN	iii
ABSTRACT	iv
I. INTRODUCCIÓN	1
1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	1
1.2. OBJETIVOS	6
1.2.1. Objetivo General:	6
1.2.2. Objetivo Específicos:	6
1.3. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO	7
II. MARCO DE REFERENCIA	8
2.1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO	8
2.1.1. Antecedentes a nivel internacional	8
2.1.2. Antecedentes a nivel nacional	9
2.2. MARCO TEORÍCO	11
CAPÍTULO I	11
EL DERECHO PENAL	11
A. Definición	11
1) Como disciplina jurídica	11
2) Como medio de control social	12
B. Características	13
C. Objeto del derecho penal	14
D. La pena como fin del derecho penal	16
1) Fines de la pena	16
2) Clases de pena	18
3) Función de la pena en el Perú	19
E. Delito	22
CAPÍTULO II	32
EL DELITO DE ROBO	32
A. Los delitos contra el patrimonio	32
B. El bien jurídico en el delito de robo	34
C. El patrimonio como bien jurídico disponible	35
D. Análisis del tipo penal de robo	36

1) Sujetos	36
2) Conducta típica.....	37
3) Medios operativos.....	38
4) Objeto material del delito: bienes muebles.....	39
5) Análisis del tipo subjetivo.....	40
E. Tentativa y consumación en el delito de robo	41
1) Tentativa en el delito de robo	41
F. Distinción del robo con otras figuras.....	42
1) Tentativa en el delito de robo	42
2) Con la extorsión	44
3) Con la estafa.....	45
G. Principales agravantes del delito de robo.....	46
1) Inmueble habitado.....	46
2) Dos o más personas	47
3) Nocturnidad.....	49
4) Mano armada.....	51
H. Incremento desmedido en las penas del delito de robo.....	51
CAPÍTULO III.....	53
LAS PENAS EN EL PERÚ.....	53
A. La sanción penal	53
1) Definición.....	53
2) Sustento.....	53
B. La pena.....	55
1) Clases de pena	55
2) Fines de la pena.....	58
C. Determinación de la pena.....	60
1) Definición.....	60
2) Clases	61
i) Determinación legal	61
ii) Determinación judicial.....	61
3) El sistema de tercios: reglas aplicables	62
4) La determinación de la pena en el derecho comparado.....	64
5) Jurisprudencia relevante sobre la determinación judicial de la pena.....	66

CAPÍTULO IV	68
PROPORCIONALIDAD Y POLÍTICA CRIMINAL	68
A. La sanción penal	68
1) Definición	68
2) Fundamento	69
3) Relación entre derecho penal y política criminal.....	70
4) La política criminal en el Perú	71
B. Proporcionalidad	73
1) Definición de principio	73
2) Alcance.....	74
3) La desproporcionalidad de las penas	75
2.3. MARCO CONCEPTUAL	77
2.4. SISTEMA DE HIPOTESIS	77
III. METODOLOGÍA EMPLEADA	79
3.1. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN	79
3.1.1. Por su finalidad	79
3.1.2. Por su alcance	79
3.2. POBLACION Y MUESTRA DE ESTUDIO	79
3.2.1. Población.....	79
3.2.2. Muestra	79
3.3. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	79
3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	80
3.4.1. Técnicas.....	80
3.4.1.1. Análisis bibliográfico.....	80
3.4.1.2. Análisis de documentos.....	80
3.4.2. Instrumentos.....	80
3.4.2.1. Fichas bibliográficas	80
3.4.2.2. Guía de análisis de documentos	80
3.5. PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE DATOS	80
IV. PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	82
V. CONCLUSIONES	97
CONCLUSIONES	97
VI. RECOMENDACIONES	100

Referencias	101
--------------------------	------------

I. INTRODUCCIÓN

1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El derecho penal debe ser entendido desde dos puntos de vista: desde uno objetivo, que implica el conjunto de disposiciones normativas que tienen como objetivo de estudio, la infracción penal, esto es, los delitos y las faltas, entendidas ambas como aquellas “acciones, omisiones, dolosas o culposas penadas por ley” (artículo 11 del CP) y también de las sanciones penales, dentro de las cuales podemos encontrar a las penas, las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias debiendo dejarse claro que la reparación civil no es una sanción penal sino más bien un resarcimiento producto de un hecho típico-. El derecho penal, como medio de control social formal de mayor intensidad dentro del ordenamiento jurídico nacional y del sistema de sanciones (principio de derecho penal de última intervención), desde el punto de vista subjetivo, debe ser entendido como el poder punitivo del Estado, es decir, la facultad y deber que tiene el Estado de desplegar, sobre aquel sujeto que cometió una infracción penal, todo su aparato persecutorio y sancionatorio para que de esta forma dentro de un proceso penal se le puede imponer una sanción.

Se debe tener claro, que el fin del derecho penal coincide con los fines estrictos de la pena, esto es, que la legitimidad del derecho penal, en una sociedad, viene marcada conforme al fin de la pena que se persiga; de ahí que, si alguna norma penal o algún tipo penal es contrario a la finalidad que constitucionalmente persigue la pena dentro de esa sociedad, diremos que este tipo penal afecta el contenido constitucional del fin de las sanciones penales. Así pues, en el Perú -como lo señala el artículo 139 inciso 22 de la Constitución así como el artículo noveno del título preliminar del Código Penal- la función

o finalidad de las penas son: el de resocialización, rehabilitación y de reincorporación del penado a la sociedad; esto es, en el país no se pueden elaborar tipos penales estableciendo sanciones que sean un mero castigo o posean carácter retributivo, sino más bien, la pena que se establece en los tipos penales y que se impone en concreto en un proceso penal, tiene que seguir la finalidad preventiva. Vale decir, la sanción entendida bajo el ropaje de una utilidad, reflejada en el mensaje que el autor del delito y el resto de la sociedad deben preservar la vigencia de la norma no debiendo defraudar esa expectativa normativa; en palabras sencillas, la pena debe servir para que, tanto el autor del delito como los demás ciudadanos, no realicen las conductas típicas establecidas en la ley penal.

Ahora bien, en el Perú tenemos, conforme al artículo 28 del catálogo sustantivo penal, varias clases de penas, dentro de las que se puede señalar como más gravosa la pena privativa de libertad. Esta clase de pena debe imponerse con el respeto de los derechos fundamentales de la persona, vale decir, que el Estado no puede castigar conductas de forma desmedida y arbitraria quebrantando principios básicos fundamentales del derecho penal y de la pena. Se debe decir entonces, que los principios generales del derecho penal constituyen aquella barrera infranqueable que el legislador no puede derribar, sino que, al contrario, debe respetar siempre cuando despliega su poder punitivo.

Dentro de los principios del derecho penal sustantivo que se extienden a las penas debemos señalar que se destacan: el principio de legalidad, por el cual, no se puede crear infracciones penales y tampoco se pueden establecer sanciones penales si

es que no fuera por ley expresa, determinada, estricta y previa y, además, en el caso de las penas, que persigan la utilidad resocializadora a la que ya se ha hecho alusión. Además del principio de legalidad, se destaca también el principio de lesividad, por lo cual, la creación de todo delito y falta, así como el establecimiento de las penas, conlleva necesariamente a la verificación de la lesión o puesta en peligro de aquellos intereses básicos para la convivencia en la sociedad de manera trascendente e importante, de tal manera que, si se creare un delito y se estableciera una falta, sin que estos tengan sustento en un bien jurídico constitucionalizado, entonces ese tipo penal carecerá de legitimidad; y, por aplicación del principio de lesividad material, no podrá ser utilizado para punir una conducta. El principio de culpabilidad o responsabilidad penal, por el cual ni la infracción ni la sanción pueden basarse en la mera responsabilidad objetiva, sino que, en la conducta se debe verificar la existencia del dolo o la culpa para que pueda tener aplicación la disposición penal.

En el contexto antes descrito de la necesidad que la sanción penal y el tipo penal se ciñan al respeto de los principios antes señalados es necesario indicar que, en estricto, en el caso de la pena, se tiene que verificar la existencia de otros principios importantes; dentro de ellos: el principio de dignidad, por el cual no se puede afectar la esencia básica fundamentadora del ser humano con sanciones penales que puedan violentar los derechos fundamentales de la persona y que sirvan más bien como un mero castigo sin buscar utilidad. También el principio de humanidad de las penas, por el cual, la sanción penal que se imponga no debe ser entendida como un mecanismo de infringir dolor desmedido, esto es, el Estado, no puede reaccionar ante la comisión de un delito mediante la aplicación de sanciones

cruelles que afecten la integridad y salud individual de las personas. Al lado de esos principios, es necesario mencionar al principio de proporcionalidad, destacando este por su vital importancia al momento del establecimiento de la pena, tanto a nivel cualitativo, como a nivel cuantitativo; de ahí que, tanto legislador al momento de señalar en el tipo penal una clase de pena, así como su cuantía, como el juez al momento de ordenar la imposición de una pena y el tiempo de su extensión tienen que observar este principio de proporcionalidad. De esta forma pues, hablamos de una proporcionalidad abstracta, principio que se debe corresponder con la función legislativa y una proporcionalidad concreta, la misma que se relaciona con la condena que tiene que imponer el juez en un determinado caso real.

Se debe entender, por este principio de proporcionalidad en su variante de proporcionalidad abstracta que es lo que nos importa para efecto de la investigación planteada como aquella coherencia estricta que debe existir siempre entre el grado de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico verificado en la dañosidad de la acción cometida y la intensidad o gradualidad de la sanción penal, esto es, el legislador debe fijar la clase de pena y además también los márgenes abstractos, teniendo en consideración aquella estricta relación de coherencia entre la acción y la reacción del Estado cristalizada en una pena.

A pesar de los principios que se han señalado anteriormente sobre todo con respecto a las penas en nuestro país, teniendo en cuenta el alto el aumento de la criminalidad con respecto a los delitos de mayor incidencia en el país como aquellos que afectan el patrimonio y, en específico, el delito de robo agravado,

El Estado ha reaccionado incrementando desmedidamente las penas con respecto a esta conducta delictiva; de ahí que, como bien señala el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 3642-2021 PHC/TC, desde su regulación típica en el código penal del 1991 hasta la actualidad, se ha incrementado la pena mínima en el delito de robo agravado su primer párrafo hasta en el cuádruple. Esta política criminal desmedida y reaccionaria del Estado, nos conlleva indefectiblemente a establecer que en este delito, el legislador ha desbordado y ha desnaturalizado, e inclusive, ha inobservado- absolutamente- el principio de proporcionalidad abstracta, esto pues, se verifica de forma bastante sencilla cuando se establece como pena mínima abstracta para la punición de este ilícito penal, una pena mínima -que en términos cuánticos- constituye el doble de la pena mínima del delito de homicidio simple, sin considerar que en este último delito mencionado, tiene como objeto de protección el bien jurídico vida humana independiente, que es el bien jurídico de mayor valor (STC Exp. N° 2005- 2009 PA/TC).

Queda claro entonces, y así lo ha señalado el propio Tribunal Constitucional, que el crecimiento desmedido de las sanciones en el robo agravado implica una lesión flagrante al principio de proporcionalidad, por cuánto, no existe esa estricta coherencia cuando un delito que tiene como objeto de protección al bien jurídico patrimonio, que es un bien jurídico disponible se sanciona con una pena mínima hasta de 12 años, y más bien, cuando se lesione un bien jurídico de mayor trascendencia como la vida humana independiente el Estado reacciona con una sanción mínima de 6 años. A esto habría que agregar que, se agrava más el problema -en la práctica- cuando los jueces, quienes deben hacer frente a esta falta de proporcionalidad abstracta realizando un control constitucional de las sanciones

penales señaladas por el legislador y en cada caso concreto hacer prevalecer el principio de proporcionalidad por sobre la pena señalada en el código penal, simplemente aplican o imponen la pena que está señalada en el tipo penal.

A nivel social, si bien es cierto, estos delitos se han incrementado exponencialmente, lo que ha llevado legislador a establecer sanciones drásticas y desproporcionadas, ello es una mera consecuencia de una política criminal reaccionaria y no preventiva y de una explosión del derecho penal cristalizada en creación de tipos penales y en aumento de penas desmedidas y desproporcionadas, producto de estrategias populares poco técnicas para hacer frente al fenómeno criminal en el país. Por lo que nos formulamos la siguiente interrogante: **¿ De qué manera la pena abstracta señalada para el delito de robo agravado vulnera el principio de proporcionalidad en el Código Penal peruano?**

1.2. OBJETIVOS

1.2.1. Objetivo General:

Determinar de qué manera la pena abstracta señalada para el delito de robo agravado vulnera el principio de proporcionalidad en el Código Penal peruano.

1.2.2. Objetivo Específicos:

1. Señalar que el delito de robo agravado es un tipo penal que ha incrementado excesivamente la sanción penal con la que se castiga.
2. Analizar el alcance del principio de proporcionalidad de la pena y su relación con los fines de la pena.
3. Establecer que la desproporcionalidad en las sanciones del robo agravado son consecuencia de la política criminal desarrollada en el Perú.

4. Poner énfasis en la obligación que tiene el legislador y el juez en una determinación de la pena que observe el principio de proporcionalidad penal.

1.3. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

Teóricamente, esta investigación se justifica debido a que las sanciones penales que se encuentran reguladas en el código penal y las leyes especiales, deben ajustarse siempre a los principios fundamentales del derecho penal sustantivo, vale decir, que estos no solamente son aplicables a los tipos penales y su estructuración como tal, sino también, a las sanciones que en específico, señala el legislador; de ahí que, se impone la obligación para el legislador de establecer las penas conforme al principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta la protección al bien jurídico y además la razonabilidad.

En el ámbito de la **práctica**, el principio de proporcionalidad, con respecto a las sanciones penales, se verifica en la necesidad de que la defensa solicite al juez que realice un auténtico y serio control constitucional de proporcionalidad de las penas abstractas para que, en la pena concreta, pueda realizar una determinación adecuada que sirva para los fines de la sanción penal.

A nivel **metodológico**, esta investigación busca ser un primer intento de reforma legal que sea coherente con el principio de proporcionalidad en el establecimiento de sanciones penales con respecto a los delitos contra el patrimonio que, posteriormente, puede ser objeto de mejora o inclusive de cuestionamiento por otros investigadores.

II. MARCO DE REFERENCIA

2.1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO

2.1.1. Antecedentes a nivel internacional

- **Telenchana (2016)** en su tesis titulada: “Los delitos contra el derecho a la propiedad: Análisis sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en el hurto y robo en el Código Orgánico Integral Penal”, “para optar el título profesional de abogado” de la “Pontificia Universidad Católica del Ecuador”. El autor concluye que:

“Los parámetros que se están aplicando en la imposición de las penas por la comisión de los delitos de robo y hurto no son los correctos, visto desde el principio de proporcionalidad toda vez que se hace un análisis insuficiente de los hechos, las circunstancias que lo motivan, las características personales del infractor, así como se aprecia la inexistencia de la individualización en la imposición de las penas.”
(p.84)

- **Prado (2016)** en su tesis titulada: “El aumento de penas y sanciones como un mecanismo en el control de la criminalidad en el Ecuador”, “para optar el grado académico de Magister en Derecho Penal”, de la “Universidad Andina Simón Bolívar”

“El endurecimiento de las penas sólo puede llevarse a cabo cuando se tenga certeza de su eficacia para la reducción de la criminalidad. Esto requiere estudios científicos, que como hemos visto, se prescinde de ellos. Para prevenir el delito, el Derecho debe evitar las penas arbitrarias o desproporcionadas, porque la eficacia de la pena depende de su estricta necesidad,

de ahí que deba ser la mínima adecuada a esos fines. Las políticas penales orientadas únicamente hacia la prevención de los delitos a través de la represión, han generado más violencia de la que pretendían resolver.” (p.66)

2.1.2. Antecedentes a nivel nacional

- **Vargas (2017)** en su tesis titulada: “El principio de proporcionalidad de las penas para los delitos de homicidio calificado y robo agravado con subsecuente muerte en el Sistema Penal Peruano”, “para optar el título profesional de abogado”; de la “Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo”. Señala como nota conclusiva final:

“La proporcionalidad en la decisión por parte de los magistrados específicamente para el delito de homicidio calificado y robo agravado con subsecuente Muerte, no solo se debe valorar respecto de la magnitud de la pena que ha de imponerse, sino también en cuanto a la utilidad social del objeto o bien lesionado. El bien jurídico tiene un fundamento sociológico lo cual implica que su determinación se haga conforme a cada sociedad y en un momento y lugar determinado.” (p.70)

- **Morales (2017)** en su tesis titulada: “El Principio de Proporcionalidad en el delito de robo con muerte o con lesiones graves subsecuentes prevista en el último párrafo del artículo 189 del Código Penal Peruano”, “para optar el título de abogado”, de la “Universidad Nacional de Trujillo”, se formula como idea conclusiva final relevante:

“La doctrina ha sido unánime al considerar que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad en el robo con muerte o lesiones graves subsecuentes previsto en el último párrafo del artículo 189° del Código Penal Peruano, puesto que identifican por un lado que este delito no podría tener mayor pena que el delito de asesinato para facilitar y ocultar otro delito, porque este último se tutela en primer orden a la vida, asimismo por otro lado, otros autores al considerar que la muerte en el robo con muerte subsecuente, es producida en forma culposa, consideran ilógico e irracional que se sancione con cadena perpetua.” (pag.112)

2.2. MARCO TEORÍCO

CAPÍTULO I EL DERECHO PENAL

A. Definición

1) Como disciplina jurídica

En primer lugar, las normas y reglas del derecho penal definen qué comportamientos están prohibidos bajo amenaza de pena. Por ejemplo, un artículo puede establecer la tipificación del homicidio, mientras que las reglas determinan los presupuestos que condicionan la responsabilidad penal, como aquellos que definen la responsabilidad de los partícipes. Estos enunciados no solo describen las conductas prohibidas, sino también las consecuencias jurídicas previstas para los delitos.

Dentro de estas consecuencias jurídicas, se distinguen las penas criminales, como la privación de libertad, multa o privación de derechos determinados, y las medidas de seguridad, que tienen como objetivo prevenir la reincidencia sin necesariamente considerar la responsabilidad individual del autor, como el internamiento en un centro psiquiátrico.

La protección de bienes jurídicos es otro pilar del derecho penal. Ésta se activa cuando se detecta una acción que representa peligro objetivo o subjetivo de lesión de ese bien. La función preventiva de la lesión de bienes jurídicos varía dependiendo de la concepción de la pena, ya sea

basada en teorías absolutas (retribución) o relativas (prevención).

Por último, las teorías y concepciones dentro del derecho penal desempeñan un papel crucial. La teoría del bien jurídico protegido y la del delito como lesión cumplen una función crítica al identificar el objeto de protección, y una función dogmática al interpretar la ley. La determinación de qué intereses son bienes jurídicos dignos de protección penal depende de concepciones éticas y sociales.

En resumen, el derecho penal no solo se limita a establecer normas y reglas, sino que también se preocupa por la protección de bienes jurídicos fundamentales y las consecuencias jurídicas que se derivan de su vulneración, todo ello enmarcado en diferentes teorías y concepciones que influyen en su aplicación y desarrollo. (BACIGALUPO, 1996, p.17/34)

2) Como medio de control social

Dentro del panorama del control social, el derecho penal desempeña un papel crucial al mantener el equilibrio del sistema social, focalizándose en los comportamientos más graves e intolerables. A diferencia de otros instrumentos normativos como las normas morales o éticas, el derecho penal se concentra en actos que representan una amenaza significativa para la armonía social.

Este sistema opera como parte del control social primario, empleando sanciones para inducir

comportamientos deseados. A diferencia del control social secundario, que busca internalizar modelos de conducta a través de la educación, el derecho penal se basa en la imposición de consecuencias jurídicas severas, tales como penas privativas de libertad, restricciones de derechos o multas.

El concepto de comportamiento desviado está intrínsecamente vinculado al control social. Se refiere a aquellas conductas que se apartan de los modelos aceptados y esperados por la sociedad en general. La selectividad del sistema penal al enfrentar estos comportamientos desviados tiene implicaciones más profundas, como el fenómeno de la cifra negra de criminalidad, que hace referencia a la discrepancia entre los delitos cometidos y aquellos que son reportados y procesados legalmente. (BACIGALUPO, 1996, p. 17/34)

B. Características

El derecho penal se presenta como un instrumento de control social, cuya función principal es sancionar a aquellos individuos que infringen las normas establecidas. Este sistema legal determina las acciones delictuosas y establece las consecuencias correspondientes, ya sean penas, medidas de seguridad u otras repercusiones jurídicas. Además, está intrínsecamente ligado a la teoría de la pena y a la función que debe desempeñar en la sociedad.

El surgimiento del derecho penal es resultado del desarrollo y evolución de la sociedad, así como de la

necesidad de contar con mecanismos para mantener la estabilidad, la paz y proteger los intereses fundamentales. Su objetivo es aplicar sanciones de manera justa y equitativa, buscando evitar comportamientos que pongan en peligro el orden social.

Considerado como uno de los medios disponibles para garantizar la convivencia pacífica entre los miembros de la sociedad, el derecho penal también es una expresión de la política criminal. La discusión en torno a sus objetivos y métodos constituye un debate político-criminal que apunta hacia la reforma y mejora del sistema penal.

El derecho penal mantiene una relación compleja y a menudo tensa con la política ya que, busca equilibrar la necesidad de defensa y venganza con los esfuerzos políticos por abordar la criminalidad y obtener el consenso de las víctimas potenciales. Es importante destacar que cualquier concepto jurídico-penal tiene como objetivo final ser aplicado por los tribunales, lo que implica un componente político inherente.

Por último, es esencial que exista una relación complementaria y coordinada entre el derecho penal y la política criminal, en lugar de una relación de subordinación o exclusión. Mientras que la dogmática penal se encarga de la aplicación de las normas, la política criminal se enfoca en su crítica y mejora. Juntos, estos elementos forman un sistema integral destinado a garantizar la justicia y el bienestar social. (REATIGUI SANCHEZ, 2016, p. 81/90)

C. Objeto del derecho penal

El objeto del derecho penal, que es la protección de bienes jurídicos, está íntimamente relacionado con su función en la sociedad. Como se mencionó, el derecho penal busca prevenir lesiones a los intereses sociales más valiosos a través de la amenaza y aplicación de sanciones.

Sin embargo, la determinación de qué intereses merecen protección penal no es una cuestión sencilla. La selección de bienes jurídicos a proteger y la atribución de su rango jerárquico depende de concepciones valorativas sobre la vida social, que tienen inevitables vinculaciones con la ética y la moral.

Por ejemplo, el legislador al penalizar ciertos comportamientos lesivos de intereses sociales, presupone que considera positivamente esos intereses y los reputa merecedores de tutela penal. Esto implica una decisión valorativa sobre la importancia de esos bienes en el orden social.

Además, la forma en que se lleva a cabo la protección de bienes jurídicos a través del derecho penal está condicionada por los principios propios de un Estado democrático de derecho. Esto significa que la intervención penal debe respetar la dignidad de la persona, ser proporcional, no imponer penas inhumanas o degradantes, no ser moralizante ni imponer una ideología, y sancionar solo al culpable por sus propios actos.

En este sentido, el objeto del derecho penal no se agota en la mera protección de bienes jurídicos, sino que implica hacerlo dentro de los límites y garantías propios de un

ordenamiento penal respetuoso de los derechos fundamentales. El bien jurídico aparece, así como un concepto límite al poder punitivo del Estado.

El objeto del derecho penal de proteger bienes jurídicos fundamentales está necesariamente vinculado a valoraciones ético-sociales y debe llevarse a cabo dentro del marco de principios garantistas propios del Estado democrático de derecho. La teoría del bien jurídico cumple así una función legitimante y limitante del derecho penal. (Hans-Heinrich Jescheck, 2014)

D. La pena como fin del derecho penal

1) Fines de la pena

Los fines de la pena han sido objeto de un intenso debate teórico que ha dado lugar a distintas "teorías de la pena". Estas teorías buscan responder a la pregunta de bajo qué condiciones es legítima la aplicación de una pena.

El debate sobre los fines de la pena es uno de los temas centrales de la filosofía del derecho penal y tiene profundas implicancias prácticas en la configuración de los sistemas penales.

Las teorías absolutas, al fundamentar la pena exclusivamente en la justicia y la retribución, ponen un límite al poder punitivo del Estado: solo es legítima la pena justa, aunque no sea útil socialmente. Esto impide la instrumentalización del individuo para fines preventivos generales. Sin embargo, se critica que la idea de "compensar" un mal con otro es una ficción y carece de un fundamento empírico.

Por su parte, las teorías relativas, al buscar fines de prevención, corren el riesgo de instrumentalizar al individuo en pos de la defensa social. Particularmente problemática es la idea de prevención especial cuando se basa en la "peligrosidad" del autor y no en su culpabilidad por el hecho. Esto puede llevar a un "derecho penal de autor" incompatible con un Estado de derecho. Además, la eficacia preventiva de la pena es empíricamente cuestionable.

Las teorías de la unión buscan superar estas objeciones combinando justicia y utilidad en la fundamentación de la pena. Pero subsiste la dificultad de que estos fines pueden entrar en conflicto. Dar prioridad a la justicia limita la eficacia preventiva, mientras que dar prioridad a la utilidad puede llevar a penas desproporcionadas.

Frente a esto, las teorías "dialécticas" o "diferenciadas" proponen distinguir los fines de la pena en cada etapa de su dinámica. Así, en la conminación penal abstracta primaría la prevención general, en la aplicación judicial la retribución proporcionada a la culpabilidad sería un límite, y en la ejecución primaría los fines de prevención especial resocializadora. Esto permite una síntesis diferenciada de los distintos fines.

En todo caso, en un Estado democrático de derecho, cualquier fin preventivo de la pena debe reconocer límites en la dignidad de la persona y en los principios de proporcionalidad y culpabilidad

por el hecho. La pena no puede ser un mero instrumento de política social, sino que debe respetar las garantías propias de un derecho penal liberal.

El debate sobre los fines de la pena refleja la complejidad de la justificación del poder punitivo estatal. Combinar adecuadamente las exigencias de justicia individual con las necesidades de prevención del delito y protección social, dentro de los límites de un Estado de derecho, sigue siendo el gran desafío de la política criminal y la dogmática penal. (Hans-Heinrich Jescheck, 2014)

2) Clases de pena

Pena privativa de libertad (artículo 28): Consiste en la restricción del derecho fundamental a la libertad ambulatoria, mediante el internamiento en un establecimiento penitenciario. Se justifica en la necesidad de apartar temporalmente al delincuente de la sociedad para proteger a esta, al mismo tiempo que se busca la resocialización del penado. Puede ser temporal (de 2 días a 35 años) o de cadena perpetua.

Penas restrictivas de libertad (artículo 30):

Expatriación: Expulsión del nacional del territorio de la República, con prohibición de retornar. Se fundamenta en la pérdida del derecho a habitar en el país por haber atentado gravemente contra bienes jurídicos fundamentales.

Expulsión: Privación al extranjero del derecho a residir en el territorio nacional, con prohibición de reingreso. Se sustenta en la potestad del Estado

de determinar qué extranjeros pueden permanecer en su territorio.

Penas limitativas de derechos (artículo 31):

Prestación de servicios a la comunidad: Trabajo gratuito en entidades públicas o asistenciales. Busca generar consciencia de la utilidad social del trabajo y del daño causado con el delito.

Limitación de días libres: Asistencia y participación en programas educativos los fines de semana y feriados. Pretende ocupar provechosamente el tiempo libre del condenado.

Inhabilitación: Privación de derechos como el ejercicio profesional, la función pública, la patria potestad, etc. Evita que el condenado realice la actividad que facilitó o encubrió el delito.

Multa (artículo 41): Consiste en el pago de una suma de dinero a favor del Estado. Se fundamenta en el principio de suficiencia de la motivación económica para disuadir al delincuente y evitar su reincidencia. Se fija en días-multa y se ejecuta incluso de modo coercitivo.

Cada una de estas clases de pena responde a fundamentos particulares y atiende a diversos criterios político criminales, siempre dentro del marco de los principios constitucionales y los fines preventivos del Derecho Penal. La multiplicidad de penas permite adaptar la sanción a las circunstancias del delito y del delincuente, logrando una mayor eficiencia y proporcionalidad en el sistema punitivo. (Meini, 2013)

3) Función de la pena en el Perú

De acuerdo al artículo IX del Título Preliminar del Código Penal Peruano, la pena tiene función

preventiva, protectora y resocializadora. Además, el artículo 139 inciso 22 de la Constitución señala que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. A partir de estas disposiciones, se puede afirmar que en el Perú la pena cumple una función mixta, que abarca finalidades preventivas y resocializadoras.

Función preventiva:

La pena busca prevenir la comisión de nuevos delitos, tanto de manera general (prevención general) como especial (prevención especial). La prevención general se dirige a la sociedad en su conjunto, y opera mediante la amenaza de la pena, reforzando la confianza en el Derecho y la vigencia de las normas (prevención general positiva), así como a través de la intimidación que genera la posibilidad de ser sancionado (prevención general negativa). Por su parte, la prevención especial se enfoca en el delincuente concreto, y pretende evitar que vuelva a delinquir en el futuro, ya sea mediante su corrección o resocialización (prevención especial positiva) o a través de su intimidación o inocuización (prevención especial negativa).

Función protectora:

La pena tiene también una función de protección de bienes jurídicos fundamentales para la convivencia social. Al sancionar las conductas que lesionan o ponen en peligro estos bienes, el Derecho Penal reafirma su valor y contribuye a su

tutela. Esta función se enlaza con la finalidad preventiva, pues al proteger los bienes jurídicos mediante la pena, se busca disuadir a los potenciales delincuentes de atacarlos.

Función resocializadora:

En el caso peruano, se asigna expresamente a la pena una función resocializadora, que se materializa sobre todo en el ámbito penitenciario. Se busca que, durante la ejecución de las penas privativas de libertad, el condenado reciba un tratamiento integral que le permita reeducarse, rehabilitarse y finalmente reincorporarse a la sociedad como un ciudadano respetuoso de la ley. Esta finalidad se fundamenta en el principio de dignidad humana y en la idea de que el delincuente no es un ser irrecuperable, sino una persona capaz de cambiar y asumir los valores sociales. Sin embargo, ésta función resocializadora puede entrar en tensión con la función preventiva, especialmente en su vertiente inocuidadora.

En suma, en el Perú la pena cumple una compleja función, que integra finalidades preventivas, protectoras y resocializadoras. Esta pluralidad de funciones refleja la necesidad de atender a diversos requerimientos sociales frente al fenómeno delictivo, armonizando la defensa de la sociedad con la consideración del delincuente como persona humana susceptible de reinsertarse positivamente en la comunidad. (Meini, 2013)

E. Delito

1) Definición

El delito es una acción típica, antijurídica y culpable. Es decir, el delito presupone una conducta humana voluntaria (acción) que se adecúe a un tipo penal (tipicidad), que sea contraria al ordenamiento jurídico (antijuricidad) y que pueda serle reprochada a su autor (culpabilidad). A estos elementos, algunos autores agregan la punibilidad, aunque se discute si forma parte del concepto de delito propiamente tal o si es una mera consecuencia de su comisión.

Desde las concepciones formales que ponían el acento en la tipicidad hasta los enfoques materiales que enfatizan el pensamiento penal, ha ido decantando los elementos esenciales que integran el concepto analítico de delito.

Asimismo, se destaca la importancia de la definición legal de delito, que en muchos códigos se formula como "acción u omisión voluntaria penada por la ley". Esta definición pone de relieve los elementos de acción, tipicidad y punibilidad. Si bien no agota todos los elementos del concepto dogmático de delito, sí recoge sus aspectos esenciales desde la perspectiva del principio de legalidad.

En síntesis, el delito se define como una acción típica, antijurídica y culpable, a la que se añade la punibilidad como consecuencia. Esta definición es el resultado de una larga evolución dogmática que, a través de distintas teorías (causalismo, finalismo, funcionalismo), ha ido perfilando los elementos

constitutivos del hecho punible. La definición legal de delito, por su parte, si bien es más sintética, recoge los aspectos esenciales del concepto desde la perspectiva del principio de legalidad penal. En conjunto, estas definiciones buscan delimitar con precisión qué conductas pueden ser objeto de sanción penal en un Estado de Derecho. (Almanza Altamirano & Peña Gonzales, 2010)

2) Categorías

La acción

La acción es el elemento base y el soporte fundamental sobre el que se construye todo el concepto del delito. Sin una acción humana voluntaria no puede existir delito.

Se destaca la importancia central de la acción, señalando que "es la base sobre lo que se construye todo el concepto del delito". Esto significa que para que exista un delito, el punto de partida ineludible es una conducta humana externa guiada por la voluntad de la persona.

El Derecho Penal se ocupa justamente de regular y sancionar acciones humanas que se consideran especialmente lesivas para los bienes jurídicos protegidos por la ley. No cualquier hecho de la naturaleza o del mundo animal es relevante para el Derecho Penal, sino solo aquellos comportamientos que provienen de la esfera de autodeterminación de la persona humana.

Esta exigencia de una acción humana voluntaria como base del delito responde a los principios básicos de un Derecho Penal propio de un Estado de Derecho, respetuoso de la dignidad de la persona y de su libre albedrío. Solo sobre la base de reconocer al ser humano como un sujeto capaz de comprender sus actos y de dirigir su actuación, es legítimo hacerlo penalmente responsable cuando decide infringir la norma penal.

En ese sentido, para que se pueda imputar a alguien la comisión de un delito, el punto de partida imprescindible es constatar una acción (o excepcionalmente una omisión) proveniente de una decisión voluntaria de actuar (o no actuar) de una determinada manera. Sin ese sustrato básico de una conducta humana, carece de sentido preguntarse por la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, pues éstos elementos adicionales del delito solo pueden predicarse de acciones de personas.

La acción entendida como comportamiento humano externo y voluntario, constituye el primer elemento del delito, la piedra basal sobre la que se construye el análisis de la conducta punible. Solo a partir de la comprobación de una acción penalmente relevante tiene sentido evaluar los demás aspectos del hecho (tipicidad, antijuricidad, culpabilidad) para determinar si configura o no un delito completo que amerite una sanción penal. (Almanza Altamirano & Peña Gonzales, 2010)

Tipicidad

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito, que sirve para diferenciar las distintas figuras delictivas entre sí. Consiste en la adecuación o subsunción de la conducta humana realizada al tipo penal descrito en la ley.

La tipicidad es la característica de un acto humano de coincidir con la descripción hecha por la ley penal como delito. Se trata de un elemento predominantemente descriptivo, pues cada tipo penal contiene la descripción abstracta de la conducta prohibida.

La tipicidad cumple así una función fundamental de garantía para los ciudadanos, pues asegura que solo las conductas previamente definidas por la ley como delitos puedan ser consideradas como tales. Esto se relaciona directamente con el principio de legalidad, que exige que los delitos estén establecidos previamente por la ley de forma clara y precisa (nullum crimen, nulla poena sine lege).

Además, de esta función de garantía, la tipicidad también cumple un rol sistemático clave, pues sirve para diferenciar las distintas figuras delictivas entre sí. Cada tipo penal describe una conducta delictiva distinta, con sus propios elementos y características específicas. Así, matar a otro configura el tipo de homicidio, mientras que apropiarse de cosa ajena configura el tipo de hurto. La tipicidad permite distinguir los distintos injustos penales.

La tipicidad no es lo mismo que antijuricidad que una conducta sea típica no significa automáticamente que sea antijurídica, pues pueden existir causas de justificación que excluyan la antijuricidad. La tipicidad es sólo un indicio de antijuricidad, que luego debe ser confirmado.

De este modo, la tipicidad, como categoría dogmática dentro de la teoría del delito, implica la comprobación de que la conducta realizada coincide con la descripción abstracta contenida en un tipo penal. Pero para que el delito se configure por completo, esta conducta típica luego debe ser analizada en el nivel de la antijuricidad y la culpabilidad.

La tipicidad es un elemento central dentro de la estructura del delito, que cumple la función esencial de garantizar la legalidad penal, al exigir que solo las conductas descritas como delitos en la ley puedan ser consideradas como tales. Asimismo, permite diferenciar sistemáticamente las distintas figuras delictivas. Pero la sola tipicidad no basta para afirmar la existencia de un delito, siendo necesario analizar luego la antijuricidad y culpabilidad de la conducta típica.

La culpabilidad es el último elemento del delito, que fundamenta el reproche personal contra el autor por la realización de una conducta típica y antijurídica, cuando le era exigible actuar de otro modo. Es el juicio de desvalor que recae sobre el autor del hecho, a diferencia de la antijuridicidad que recae sobre el hecho mismo. (Almanza Altamirano & Peña Gonzales, 2010)

Culpabilidad

La culpabilidad se basa en que el sujeto podía hacer algo distinto a lo que hizo, y le era exigible en esas circunstancias que lo hiciese. Es decir, la culpabilidad supone la capacidad de autodeterminación del sujeto, su facultad para comportarse conforme a la norma.

En este sentido, se destaca que el fundamento material de la culpabilidad está en la capacidad del sujeto de ser motivado por la norma penal. La norma penal se dirige a individuos capaces de comprender sus mandatos y prohibiciones, y de ajustar su comportamiento a esa comprensión. Si el sujeto tiene esa capacidad, entonces le es reprochable que no haya actuado conforme a derecho.

De ahí que se considere que la culpabilidad tiene un carácter normativo, pues supone un juicio de reproche contra el autor por no haberse comportado conforme a la norma, cuando podía y le era exigible hacerlo. No se trata de un juicio psicológico sobre los motivos internos que llevaron al sujeto a delinquir, sino de una valoración objetiva sobre su capacidad de obrar de otro modo.

Ahora bien, esta capacidad de culpabilidad puede estar excluida o disminuida en ciertos casos, cuando el sujeto no tiene la facultad plena de comprender la antijuricidad de su conducta o de comportarse conforme a esa comprensión. Esto sucede, por ejemplo, en los casos de inimputabilidad por anomalía

psíquica o grave alteración de la conciencia, o en los supuestos de error de prohibición invencible.

En estos casos, falta el juicio de reproche contra el autor que fundamenta la culpabilidad, ya sea porque no puede comprender la ilicitud de su acto (falta de capacidad de culpabilidad) o porque, aun pudiendo comprenderla, no le es exigible actuar conforme a ella en esas circunstancias (inexigibilidad de otra conducta).

De este modo, la culpabilidad, como juicio de reproche contra el autor por la realización de un injusto penal, presupone la imputabilidad o capacidad de culpabilidad del sujeto, así como la posibilidad de conocer la antijuricidad del hecho y la exigibilidad de obrar conforme a derecho. Solo cuando concurren estos elementos, puede formularse un juicio completo de culpabilidad que fundamente la imposición de una pena.

La culpabilidad es una categoría compleja dentro de la teoría del delito, que expresa el reproche personal contra el autor por la realización de una conducta típica y antijurídica, cuando tenía la capacidad de comprender su ilicitud y le era exigible actuar de otro modo. Fundamenta así la imposición de una pena al autor como sujeto capaz de ser responsable por sus actos ilícitos. (Almanza Altamirano & Peña Gonzales, 2010)

Punibilidad

La punibilidad es una consecuencia derivada de la comisión de un hecho típico, antijurídico y culpable. Se trata de la posibilidad legal de aplicar una sanción penal al autor de un delito. Si bien no integra el concepto de delito propiamente dicho, sí resulta una consecuencia de la configuración de un ilícito penal completo.

La punibilidad no cambia la naturaleza del delito, pero sí influye en la sanción aplicable. Es decir, la punibilidad no es un elemento constitutivo del delito, como sí lo son la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. Un hecho puede ser delictivo, aunque no resulte punible en el caso concreto.

Esto se debe a que pueden existir causas que excluyan la punibilidad, a pesar de que el hecho sea típico, antijurídico y culpable. Estas causas pueden ser excusas absolutorias (como la prevista para ciertos parientes en los delitos patrimoniales) o condiciones objetivas de punibilidad (como la declaración de quiebra en las insolvencias punibles).

En estos casos, el delito se configura completamente desde la perspectiva de sus elementos constitutivos, pero razones de política criminal llevan al legislador a excluir la pena en el caso concreto. La conducta sigue siendo delictiva, pero no resulta sancionable penalmente.

Ahora bien, cuando no concurren estas causas específicas de exclusión de la punibilidad, todo delito

en principio debe ser castigado con una pena. En este sentido, la punibilidad aparece como una consecuencia natural de la comisión de un hecho delictivo, pues la razón de ser de la tipificación penal de una conducta es justamente posibilitar su sanción.

De este modo, aunque la punibilidad no integre el concepto de delito, sí resulta una consecuencia práctica de su configuración. La incluya como un elemento accidental que, si bien no cambia la naturaleza del hecho como delito, sí influye decisivamente en la posibilidad legal de sancionarlo.

La punibilidad es la posibilidad legal de aplicar una pena al autor de un delito, que aparece como consecuencia de la configuración de un hecho típico, antijurídico y culpable. Aunque no forme parte del concepto de delito propiamente dicho, sí resulta un elemento accidental de gran importancia práctica, pues determina si el autor de un hecho delictivo podrá ser efectivamente sancionado en el caso concreto, o si concurre alguna causa que excluya la punibilidad a pesar del carácter delictivo de su conducta. (Almanza Altamirano & Peña Gonzales, 2010)

3) Distinción entre delito y falta

La diferencia entre faltas y delitos no radicaría entonces en la estructura misma del hecho punible, sino en la gravedad de la conducta y en la intensidad de la respuesta penal. Los delitos serían aquellos hechos más graves, que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos fundamentales y que, por tanto, merecen una sanción penal más severa. Las faltas, en cambio, serían ilícitos de menor entidad, que

afectan bienes jurídicos de menor trascendencia y que, en consecuencia, reciben un castigo más leve.

Esta distinción por la gravedad se proyecta tanto en la configuración típica de las conductas (los tipos penales de los delitos describen hechos más graves que los de las faltas), como en la respuesta punitiva prevista por la ley (las penas para los delitos son más severas que para las faltas). (Almanza Altamirano & Peña Gonzales, 2010)

CAPÍTULO II

EL DELITO DE ROBO

A. Los delitos contra el patrimonio

1) El concepto de patrimonio

El patrimonio es el bien jurídico protegido en los delitos patrimoniales, entendido en un sentido genérico y material como el conjunto de obligaciones y bienes (muebles o inmuebles) susceptibles de ser valorados económicamente y reconocidos por el sistema jurídico como pertenecientes a determinadas personas. El legislador ha asumido que el bien jurídico protegido es el patrimonio frente a otras posiciones que sostienen que el bien jurídico es la propiedad. En el sistema peruano, la propiedad pasaría a ser el derecho tutelado por la autoridad.

Los delitos patrimoniales configuran un acto que atenta contra el acervo de bienes físicos o jurídicos de una persona, y tienen un valor económico.

2) Los bienes muebles e inmuebles en el derecho penal

El derecho penal al definir los delitos patrimoniales como el hurto y robo, hace referencia al concepto de "bien mueble" para caracterizarlos. Esto le da mayor precisión y le indica al operador jurídico que se trata de delitos netamente patrimoniales.

Esta precisión es importante, pues no puede sostenerse que los términos "bien" y "cosa" tengan el mismo significado al interpretar los tipos penales. Mientras "bien" indica cosas con existencia real y valor patrimonial para las personas, "cosa" se refiere a todo lo que tiene existencia corporal o espiritual, tenga o no valor patrimonial. Son vocablos que indican género (cosa) y especie (bien). Al exigirse en los delitos patrimoniales un perjuicio patrimonial para la víctima y un beneficio para el agente, se concluye que el uso del término "bien" resulta coherente y pertinente.

En el derecho penal se utiliza un concepto amplio de bien mueble, a diferencia del derecho privado que originalmente usaba un concepto más restringido. Para el derecho punitivo, bien mueble es toda cosa con existencia real, valor patrimonial y susceptible de ser transportada de un lugar a otro. Incluso comprende objetos no corpóreos como la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético.

En cambio, el Código Civil de 1984, antes de su modificación en el 2006, usaba un concepto más limitado, considerando por ejemplo a las naves y aeronaves como bienes inmuebles, a pesar de ser transportables, por una racionalidad basada en la seguridad de las transferencias y garantías. Sin embargo, desde la Ley de Garantía Mobiliaria del 2006, el derecho privado optó también por un concepto amplio, incluyendo a las naves, aeronaves y diversos tipos de bienes como muebles.

En síntesis, el derecho penal, en aras de una protección amplia del patrimonio, siempre ha manejado un concepto extenso de bien mueble que abarca todo objeto con valor económico susceptible de ser trasladado, incluyendo bienes no corpóreos. Mientras que el derecho privado ha transitado de un concepto más restrictivo a uno amplio recientemente. Esta uniformización de criterios contribuye a dar mayor coherencia al sistema jurídico en su conjunto. (Paredes Infazon & Pinedo Sandoval, 2013)

B. El bien jurídico en el delito de robo

Se aborda la discusión doctrinaria sobre cuál es el bien jurídico protegido en el delito de robo. Existen dos posiciones principales:

La primera sostiene que, junto al patrimonio, se protege la vida, la integridad física y la libertad personal. Esta postura ha sido recogida por la Corte Suprema en varias ejecutorias, argumentando que en el robo se atacan bienes jurídicos heterogéneos como la libertad, integridad física, vida y patrimonio, lo que lo convierte en un delito complejo y pluriofensivo.

La segunda posición, es que el bien jurídico específicamente protegido es la propiedad, mientras que la libertad también es afectada de modo directo. La vida e integridad física son objeto de tutela de modo indirecto o débil, entrando en juego a nivel de peligro mediato o potencial.

El único bien jurídico que se pretende tutelar de manera directa con la figura del robo simple es el patrimonio, representado por los derechos reales de posesión y propiedad. Argumenta que por la ubicación sistemática del delito de robo dentro de los delitos contra el patrimonio y por el ánimo de lucro que motiva al autor, el bien jurídico fundamentalmente protegido es el patrimonio de la víctima.

Según su interpretación, la afectación de otros bienes jurídicos como la vida, integridad física o libertad solo sirven para calificar o configurar objetivamente el hecho punible de robo, apareciendo subordinados al bien jurídico patrimonio. Si se afectara alguno de esos bienes de modo principal y el patrimonio de forma secundaria, se estaría ante una figura distinta al robo. Y si la lesión a la vida o integridad física fuera igual a la del patrimonio, sería un caso de robo agravado, mas no de robo simple. (Paredes Infazon & Pinedo Sandoval, 2013)

El robo en el derecho penal tutela de manera directa y primordial el patrimonio de la víctima, en sus manifestaciones de propiedad y

posesión. La violencia o amenaza contra otros bienes personales son el medio para configurar el robo y aparecen subordinados al bien patrimonial afectado. Solo en los supuestos agravados la lesividad a esos otros bienes puede alcanzar una igual intensidad, dando lugar a un mayor desvalor del hecho.

C. El patrimonio como bien jurídico disponible

La referencia al patrimonio como un "bien jurídico disponible" alude a la característica de que el titular o propietario de los bienes que integran el patrimonio tiene la facultad de disponer libremente de ellos, esto es, puede decidir el destino y utilización de los mismos según su voluntad.

En otras palabras, la persona que ostenta la propiedad sobre los objetos o derechos de contenido económico que conforman su patrimonio, cuenta con la potestad jurídica de servirse de ellos, usarlos, disfrutarlos, enajenarlos, gravarlos o incluso destruirlos, según su libre albedrío.

Esta disponibilidad es una manifestación de la autonomía privada y del carácter exclusivo y excluyente que dimana del derecho de propiedad. El propietario, como regla general, no tiene más limitaciones que las establecidas por las leyes o por pacto, pudiendo obrar sobre sus bienes conforme a su arbitrio y sin injerencias externas.

Entonces, al afirmar que el patrimonio constituye un "bien jurídico disponible", se quiere poner de relieve que su titular goza del poder de disposición sobre los elementos que lo componen, los cuales se hallan sometidos a su señorío y pueden ser empleados o transferidos según su voluntad.

En el ámbito de los delitos patrimoniales de hurto y robo, esta cualidad dispositiva resulta relevante, pues precisamente lo que se vulnera es la capacidad del propietario de decidir autónomamente el destino de los bienes muebles ilegítimamente sustraídos. El agente delictivo, al

despojar a la víctima de los objetos que le pertenecen, afecta gravemente su potestad de disposición y los adscribe antijurídicamente a su propio círculo de dominio. (Paredes Infazon & Pinedo Sandoval, 2013)

D. Análisis del tipo penal de robo

1) Sujetos

Específicamente en la definición del delito de robo según el artículo 188 del Código Penal peruano, se pueden identificar dos sujetos principales en este tipo penal:

Sujeto activo: Es el autor del delito, es decir, la persona que comete el robo. Según la definición, el sujeto activo es "El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física (...)."

Algunas características del sujeto activo en el delito de robo son:

- Es quien realiza la acción de apoderarse ilegítimamente del bien mueble.
- Emplea violencia o amenaza contra la persona para cometer el delito.
- Tiene la intención de aprovecharse del bien sustraído.

Sujeto pasivo: Es la víctima del delito, es decir, la persona que sufre la acción delictiva y ve afectado su patrimonio. Aunque la definición del artículo 188 no menciona explícitamente al sujeto pasivo, se puede inferir que es la persona que posee legítimamente el bien mueble que es objeto del robo y contra quien se ejerce la violencia o amenaza.

Algunas características del sujeto pasivo en el delito de robo son:

- Es el propietario o poseedor legítimo del bien mueble sustraído.
- Sufre la violencia o amenaza ejercida por el sujeto activo para la comisión del delito.
- Ve afectado su patrimonio por la sustracción ilegítima del bien mueble. (Paredes Infazon & Pinedo Sandoval, 2013)

2) Conducta típica

El delito de robo, según el artículo 188 del Código Penal peruano, comprende una serie de acciones ilícitas que configuran su conducta típica.

En primer lugar, implica el apoderamiento ilegítimo de un bien mueble, ya sea en su totalidad o en parte, que pertenece a otra persona. Este acto de apropiación va en contra de la ley y no cuenta con el consentimiento del dueño legítimo del bien.

El propósito del sujeto activo al cometer el robo es aprovecharse del bien sustraído, ya sea obteniendo un beneficio económico o utilizando el objeto para su propio provecho. Esta intención de aprovechamiento es esencial en la configuración del delito.

El robo también implica la sustracción del bien del lugar donde se encontraba originalmente. Esta acción implica un traslado físico del objeto, lo que demuestra la voluntad del sujeto de apoderarse definitivamente del mismo.

Un elemento distintivo del robo es el empleo de violencia o la amenaza con un peligro inminente para la vida o la integridad física de la víctima. Esta coacción puede

manifestarse mediante el uso de fuerza física contra la persona o mediante amenazas que generen temor y obliguen a la entrega del bien.

Es importante resaltar que todos estos elementos deben estar presentes para que se configure el delito de robo. La combinación del apoderamiento ilegítimo, la intención de aprovechamiento, la sustracción del bien y el uso de violencia o amenaza contra la persona conforman la conducta típica de este ilícito penal. (Paredes Infazon & Pinedo Sandoval, 2013)

3) Medios operativos

Existen dos medios operativos que el sujeto activo emplea para cometer este delito:

Violencia contra la persona: Implica el uso de la fuerza física por parte del sujeto activo para vencer la resistencia de la víctima y lograr el apoderamiento del bien mueble. Esta violencia puede manifestarse de diversas formas, como golpes, empujones, sujeciones, o cualquier otro acto que implique el uso de la fuerza sobre la persona.

Amenaza con un peligro inminente para la vida o integridad física: Consiste en la intimidación que ejerce el sujeto activo sobre la víctima, anunciándole un mal o daño grave, verosímil e inmediato para su vida o integridad física. Esta amenaza busca generar un estado de miedo o pánico en la víctima, de tal manera que se vea obligada a permitir o facilitar la sustracción del bien mueble.

Es importante destacar que estos medios operativos son elementos esenciales que distinguen al delito de robo de otros delitos patrimoniales, como el hurto. Mientras que en el hurto no hay violencia ni amenaza, en el robo estos medios son indispensables para la configuración del delito.

Se puede interpretar que la violencia o amenaza debe ser suficiente para vencer la resistencia de la víctima y lograr el apoderamiento del bien. Asimismo, la amenaza debe ser percibida por la víctima como un peligro real e inminente para su vida o integridad física.

También es importante mencionar que la violencia o amenaza debe estar directamente vinculada con el apoderamiento del bien mueble. Si la violencia o amenaza se produce en un momento diferente o con un propósito distinto al de la sustracción del bien, podría configurarse otro delito (como lesiones o coacciones), pero no necesariamente el delito de robo. (Paredes Infazon & Pinedo Sandoval, 2013)

4) Objeto material del delito: bienes muebles

"El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra (...)."

Los bienes muebles, en el contexto del delito de robo, presentan las siguientes características:

Movilidad: Los bienes muebles son aquellos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya sea por sí mismos (como los animales) o por una fuerza externa (como los objetos inanimados). Esta característica es esencial para que pueda configurarse el delito de robo, ya que implica la posibilidad de sustraer el bien del lugar donde se encuentra.

Valor económico: Los bienes muebles objeto del delito de robo deben tener un valor económico, es decir, deben ser susceptibles de ser apreciados en dinero. Este valor económico es lo que motiva al sujeto activo a apoderarse ilegítimamente del bien para aprovecharse de él.

Ajenidad: Los bienes muebles deben ser total o parcialmente ajenos al sujeto activo. Esto significa que el bien debe pertenecer, al menos en parte, a otra persona. Si el bien pertenece completamente al sujeto activo, no se configuraría el delito de robo, sino que podría tratarse de otro tipo de delito (como la apropiación ilícita) o incluso de un acto lícito. Los bienes muebles pueden ser de diversa naturaleza (por ejemplo, dinero, joyas, electrodomésticos, vehículos, etc.), siempre que cumplan con las características de movilidad, valor económico y ajenidad. (Paredes Infazon & Pinedo Sandoval, 2013)

5) Análisis del tipo subjetivo

i. Dolo

El dolo, en el contexto del delito de robo, abarca diversos aspectos que determinan la intencionalidad y la conciencia del sujeto activo al cometer el ilícito.

En primer lugar, implica un conocimiento pleno de los elementos objetivos del delito. El individuo debe ser consciente de que está apoderándose ilegítimamente de un bien mueble que no le pertenece, reconociendo que su acción contraviene la ley y que el objeto sustraído es propiedad de otra persona.

Asimismo, el dolo engloba la voluntad del sujeto activo de llevar a cabo la conducta típica del robo. Esta voluntad se manifiesta en el acto de sustraer el bien del lugar donde se encuentra, utilizando para ello la violencia o la amenaza contra la víctima. Es un acto deliberado y consciente de la acción delictiva.

Además, el individuo debe tener la intención específica de aprovecharse del bien sustraído. Esta

intención va más allá del simple apoderamiento, ya que implica el deseo de obtener algún beneficio o ventaja económica del objeto robado, ya sea para beneficio propio o para terceros.

La presencia de estos elementos subjetivos, como el conocimiento, la voluntad y la intención de aprovechamiento, configuran el dolo en el delito de robo. Su ausencia o negación puede implicar la consideración de otros delitos, como el hurto, o incluso excluir la acción de cualquier carácter delictivo si se demuestra una falta de conciencia sobre la ilicitud de la conducta. (Paredes Infazon & Pinedo Sandoval, 2013)

E. Tentativa y consumación en el delito de robo

1) Tentativa en el delito de robo

La tentativa se refiere a la ejecución incompleta del delito, es decir, cuando el sujeto activo inicia la conducta típica pero no logra consumarla por razones ajenas a su voluntad. En el caso del delito de robo, la tentativa podría configurarse cuando el sujeto emplea violencia o amenaza contra la persona y sustrae el bien mueble, pero no logra tener la posibilidad de disponer de él.

Por ejemplo, si el sujeto activo amenaza a la víctima con un arma, le arrebató su bolso y empieza a huir, pero es detenido inmediatamente por la policía antes de poder abrir el bolso y revisar su contenido, se podría considerar como una tentativa de robo. El sujeto inició la conducta típica (empleó amenaza y sustrajo el bien), pero no logró consumar el delito por una intervención ajena a su voluntad.

Consumación en el delito de robo:

La consumación se refiere a la realización completa de la conducta típica descrita en el tipo penal. En el caso del delito de robo, según la definición del artículo 188, la consumación se daría cuando el sujeto activo logra apoderarse ilegítimamente del bien mueble, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra y teniendo la posibilidad de disponer de él, aunque sea por un breve tiempo.

Siguiendo el ejemplo anterior, si el sujeto activo logra huir con el bolso de la víctima y tiene la oportunidad de abrirlo y revisar su contenido, aunque sea por unos minutos antes de ser capturado, se podría considerar que el delito de robo se ha consumado. El sujeto completó la conducta típica al apoderarse ilegítimamente del bien y tuvo la posibilidad de disponer de él.

Es importante destacar que la consumación del delito de robo no requiere que el sujeto activo logre obtener un beneficio o ventaja efectiva del bien sustraído, sino que basta con que tenga la posibilidad de disponer de él. Tampoco es necesario que el sujeto mantenga la posesión del bien por un largo tiempo, sino que es suficiente con que tenga la oportunidad de ejercer actos de dominio sobre él, aunque sea de manera momentánea. (Paredes Infazon & Pinedo Sandoval, 2013)

F. Distinción del robo con otras figuras

1) Tentativa en el delito de robo

La principal distinción entre el robo y el hurto radica en los medios empleados para la comisión del delito. Según la definición del artículo 188, el delito de robo se caracteriza por el empleo de violencia contra la persona o la amenaza

con un peligro inminente para su vida o integridad física. Estos medios son esenciales para la configuración del robo y lo distinguen del hurto.

En contraste, el delito de hurto, tipificado en el artículo 185 del Código Penal peruano, se define de la siguiente manera:

"El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra (...)."

Como se puede observar, la definición del hurto es similar a la del robo en cuanto al apoderamiento ilegítimo de un bien mueble ajeno para obtener provecho. Sin embargo, la diferencia clave es que en el hurto no se hace mención al empleo de violencia o amenaza contra la persona.

Entonces, mientras que en el robo el sujeto activo utiliza la violencia o la amenaza para vencer la resistencia de la víctima y lograr la sustracción del bien, en el hurto el sujeto se apodera del bien sin recurrir a estos medios. El hurto puede cometerse, por ejemplo, mediante la sustracción clandestina, el engaño o la destreza, pero sin violencia ni amenaza.

Esta distinción tiene importantes consecuencias prácticas y jurídicas. Por un lado, el robo suele considerarse un delito más grave que el hurto, ya que no solo afecta el patrimonio de la víctima, sino que también atenta contra su integridad física o psicológica. Esto se refleja, por lo general, en las penas más severas previstas para el robo en comparación con el hurto.

Por otro lado, la distinción entre robo y hurto también es relevante para la calificación jurídica de los hechos y la determinación de la competencia de las autoridades encargadas de investigar y juzgar estos delitos. Mientras que el hurto suele ser considerado un delito de menor gravedad y puede ser competencia de los juzgados de paz o de los juzgados penales ordinarios, el robo, por su mayor gravedad, puede ser competencia de juzgados especializados o incluso de salas penales superiores. (Paredes Infazon & Pinedo Sandoval, 2013)

2) Con la extorsión

Objeto del delito: En el robo, el objeto del delito es un bien mueble que es sustraído por el sujeto activo. En cambio, en la extorsión, el objeto del delito es una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier índole que es otorgada por la víctima al sujeto activo o a un tercero.

Conducta típica: En el robo, la conducta típica consiste en apoderarse ilegítimamente del bien mueble, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra. En la extorsión, la conducta típica consiste en obligar a la víctima, mediante violencia o amenaza, a otorgar una ventaja indebida.

Momento de la violencia o amenaza: En el robo, la violencia o amenaza se emplea para lograr la sustracción del bien mueble. En la extorsión, la violencia o amenaza se utiliza para obligar a la víctima a otorgar la ventaja indebida, que puede ser entregada en un momento posterior.

Destinatario de la ventaja: En el robo, el sujeto activo busca aprovecharse directamente del bien sustraído. En la extorsión, la ventaja indebida puede ser otorgada al propio sujeto activo o a un tercero.

Tipo de ventaja: En el robo, la ventaja que busca el sujeto activo es el aprovechamiento del bien mueble sustraído. En

la extorsión, la ventaja indebida puede ser económica o de cualquier otra índole.

Estas diferencias tienen importantes implicaciones prácticas y jurídicas. Por ejemplo, mientras que en el robo el bien sustraído puede ser recuperado por la víctima, en la extorsión la ventaja indebida suele ser irreversible una vez otorgada. Además, la extorsión puede involucrar a instituciones públicas o privadas como víctimas, lo que le da una dimensión adicional de afectación al interés público. (Paredes Infazon & Pinedo Sandoval, 2013)

3) Con la estafa

Medio empleado: En el robo, el medio empleado para la comisión del delito es la violencia o la amenaza contra la persona. En cambio, en la estafa, el medio empleado es el engaño, la astucia, el ardid u otra forma fraudulenta.

Objeto del delito: En el robo, el objeto del delito es un bien mueble que es sustraído por el sujeto activo. En la estafa, el objeto del delito es un provecho ilícito que el sujeto activo procura para sí o para otro en perjuicio de un tercero.

Conducta típica: En el robo, la conducta típica consiste en apoderarse ilegítimamente del bien mueble, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra. En la estafa, la conducta típica consiste en inducir o mantener en error al agraviado para procurar un provecho ilícito.

Afectación a la víctima: En el robo, la víctima sufre una afectación directa a su integridad física o psicológica debido a la violencia o amenaza empleada, además de la pérdida del bien mueble. En la estafa, la víctima sufre un perjuicio económico al ser inducida a error, pero no necesariamente una afectación a su integridad.

Consentimiento de la víctima: En el robo, la víctima no consiente la entrega del bien mueble, sino que este es sustraído en contra de su voluntad mediante violencia o

amenaza. En la estafa, la víctima entrega voluntariamente el bien o realiza una disposición patrimonial, pero su consentimiento está viciado por el engaño o el error inducido por el sujeto activo. (Paredes Infazon & Pinedo Sandoval, 2013)

G. Principales agravantes del delito de robo

1) Inmueble habitado

Respecto a la agravante de inmueble habitado en el delito de robo, de la revisión de las jurisprudencias se pueden extraer las siguientes consideraciones:

La agravante se configura cuando el robo se comete en una casa habitada, entendiéndose por tal aquel lugar destinado a vivienda o morada, que sirve de residencia permanente o temporal a una o varias personas.

El fundamento de esta agravante radica en que la realización del robo en un inmueble habitado implica una mayor lesividad del comportamiento del agente, ya que no solo afecta el patrimonio de la víctima, sino que además vulnera otros bienes jurídicos como la intimidad, la privacidad y la inviolabilidad del domicilio, los cuales merecen una especial protección constitucional.

Cometer el robo en casa habitada genera en la víctima una situación de mayor indefensión y vulnerabilidad, al encontrarse en un espacio personalísimo donde desarrolla su vida íntima y familiar. El agente se aprovecha de dicha situación para facilitar la comisión del hecho delictivo.

No es necesario que, al momento de cometerse el robo, el inmueble esté efectivamente habitado, basta que normalmente constituya un espacio habitable o destinado a

vivienda. Así, por ejemplo, un departamento será considerado habitado incluso si los residentes están temporalmente de viaje.

Tampoco se requiere ninguna circunstancia especial sobre las condiciones o características del inmueble. Es irrelevante si la vivienda es lujosa o precaria, permanente o temporal, lo esencial es su destinación a servir de morada a las personas.

El tipo penal no restringe la agravante a la morada de la víctima, por lo que se configura incluso si el inmueble habitado pertenece a un tercero. Lo determinante es que el robo con las características típicas se perpetre aprovechando las condiciones de seguridad y confianza que ofrece un ámbito domiciliario. (Paredes Infazon & Pinedo Sandoval, 2013)

2) Dos o más personas

Esta agravante se configura cuando en la ejecución del robo participan como coautores dos o más sujetos. El fundamento de la agravación radica en el mayor poder ofensivo que representa la intervención conjunta de varios agentes y la consecuente disminución de las posibilidades de defensa de la víctima.

El hecho de que el robo sea cometido por una pluralidad de agentes les permite una distribución de roles y funciones, así como un dominio funcional del hecho que facilita su comisión exitosa. Los intervinientes realizan aportes coordinados al plan criminal común, ya sea en la selección de la víctima, la forma de abordarla, la utilización de los medios comisivos o la fuga con el botín.

La Corte Suprema ha establecido que cuando varios agentes actúan en la perpetración del robo conforme a un plan común, corresponde imputar a cada uno de ellos como coautores la integridad del suceso delictivo, en aplicación del principio de coautoría o de imputación recíproca. No se trata de una simple sumatoria de aportes individuales, sino de una vinculación funcional de los distintos aportes con miras a un objetivo común.

Los agentes que intervienen en el robo con una distribución de roles y tareas, y que ejercen un co-dominio sobre la ejecución del hecho, serán considerados coautores, y, por tanto, a cada uno se les podrá imputar la totalidad de las circunstancias y consecuencias del delito perpetrado, independientemente de su concreta intervención personal.

Para la configuración de la agravante, es suficiente la participación conjunta y coordinada de una pluralidad de agentes, sean dos o más. No se requiere un número mínimo de tres intervinientes como sí sucede para la agravante de banda criminal, la cual exige además otros elementos como la permanencia y organización de sus miembros.

Finalmente, cabe precisar que la intervención de los coautores debe darse en la fase ejecutiva del hecho delictivo. La mera coparticipación en los actos preparatorios no configura la agravante en análisis. Se requiere un aporte objetivo orientado a la realización del robo durante la fase de ejecución del mismo.

En síntesis, la agravante de pluralidad de agentes en el robo se justifica por el mayor peligro que representa para la

víctima y la mayor facilidad que otorga a los intervinientes para consumar el delito. Existe una división de roles y tareas orientados a un objetivo ilícito común, por lo que corresponde imputar a todos los coautores la integridad del hecho delictivo y sus circunstancias. (Paredes Infazon & Pinedo Sandoval, 2013)

3) Nocturnidad

La nocturnidad alude al período de tiempo comprendido entre la puesta del sol y el amanecer, es decir, el lapso en el que falta la claridad de la luz solar, siendo reemplazada por la oscuridad propia de la noche. Sin embargo, para la configuración de esta agravante, no resulta suficiente la constatación fáctica de que el robo se cometió durante la noche.

Resulta necesario, además del elemento cronológico, que concurra un elemento teleológico consistente en que la nocturnidad haya sido buscada de propósito por el agente para facilitar la comisión del delito y procurar su impunidad. El agente debe aprovechar conscientemente las condiciones de oscuridad que implica la noche para conseguir una mayor facilidad en la perpetración del robo.

La jurisprudencia ha establecido que la agravante de nocturnidad no se configura por la mera coincidencia de que el robo sucedió durante la noche, si es que la falta de luz solar no fue utilizada o aprovechada por el agente. No basta una nocturnidad meramente cronológica, sino que esta debe ser buscada de propósito, sopesada e idónea para los fines ilícitos del agente.

El fundamento de esta agravante radica en la mayor peligrosidad que denota el agente al utilizar la noche para

dotar a su accionar de una mayor facilidad comisiva y asegurar la impunidad. La falta de claridad propia de la noche es favorable para eludir la acción de la justicia. Por ello, se exige que la nocturnidad sea conocida y aprovechada por el sujeto activo del delito.

Asimismo, la nocturnidad coloca objetivamente a la víctima en una situación de mayor indefensión y vulnerabilidad, pues las condiciones naturales de falta de luz hacen más difícil prevenir, repeler o identificar a los atacantes. La capacidad defensiva del agraviado se ve seriamente disminuida por el escenario propio de la noche.

Por tanto, la concurrencia de la agravante de nocturnidad requiere un examen que valore las condiciones de comisión del robo en cada caso concreto. Debe analizarse si las circunstancias específicas en que se desarrolló el hecho, sumadas a las condiciones proporcionadas por la noche, facilitaron su perpetración y actuaron en perjuicio de las posibilidades de defensa del agraviado.

En síntesis, para apreciar la agravante de nocturnidad, el juzgador debe verificar no solo el dato cronológico de la comisión del robo durante la noche, sino sobre todo el aprovechamiento de dicha circunstancia por parte del agente, quien deliberadamente utilizó la falta de luz y las condiciones favorables de la noche para conseguir la impunidad y disminuir las posibilidades de defensa de la víctima. La nocturnidad configura un escenario buscado que dota al robo de un mayor contenido de injusto. (Paredes Infazon & Pinedo Sandoval, 2013)

4) Mano armada

La utilización de armas para la comisión del robo configura una agravante por el incremento del peligro y la mayor indefensión que se genera para la víctima. El arma debe haber sido utilizada de manera efectiva y concreta como medio para la sustracción del bien mueble, sea de modo directo o como medio intimidatorio para doblegar la resistencia de la víctima. No se requiere que el arma sea necesariamente de fuego, pudiendo tratarse de otras que por su naturaleza y características tengan similar capacidad vulnerante. Tampoco es necesario que ocasionen lesiones efectivas en la víctima, basta la potencialidad de su uso y el efecto intimidatorio que esto genera. (Paredes Infazon & Pinedo Sandoval, 2013)

H. Incremento desmedido en las penas del delito de robo

El Código Penal establecía penas de 3 a 8 años de prisión para el robo agravado. A través de 8 modificaciones legislativas desde 1994 hasta 2013, las penas se han ido incrementando progresivamente hasta llegar a cadena perpetua en ciertos casos agravados.

Las principales modificaciones fueron aumentando los márgenes de pena privativa de libertad, llegando a establecer penas de 15 a 25 años, 20 a 25 años, y finalmente cadena perpetua cuando el agente actúa como integrante de una organización criminal, como consecuencia del robo se causa lesiones graves a la víctima, o se produce la muerte de la víctima.

Este endurecimiento desmedido de las penas para el delito de robo agravado respondía a una política criminal de ser más severos ante la creciente ola de criminalidad en este delito contra el patrimonio. Sin embargo, pese al fuerte incremento de las penas, el documento evidencia que ello no ha logrado disminuir o prevenir la comisión de

estos delitos, según la opinión de los entrevistados y los análisis realizados.

Se aprecia un drástico endurecimiento de las penas para el delito de robo agravado en el Perú a través de sucesivas reformas legislativas, llegando incluso a la cadena perpetua, pero que no ha tenido el efecto disuasivo o preventivo esperado según se desprende del documento analizado. (Rodríguez Romero, 2019)

CAPÍTULO III

LAS PENAS EN EL PERÚ

A. La sanción penal

1) Definición

La sanción penal puede definirse como la consecuencia jurídica que el Estado impone, mediante los órganos jurisdiccionales competentes y al término de un debido proceso, al individuo que ha cometido un delito, es decir, una conducta típica, antijurídica y culpable. Esta sanción consiste en la privación o restricción de ciertos derechos fundamentales del condenado, y se fundamenta en diversas razones que justifican su imposición.

La pena debe cumplir una misión política de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes de los ciudadanos. Esto supone conferir a la pena la función de prevención de los hechos que atenten contra esos bienes jurídicos.

La pena no se debe basar en una hipotética necesidad ético-jurídica de retribuir el mal cometido, sino que debe servir para proteger a la sociedad. El ejercicio del poder penal sólo se puede concebir como una exigencia de política social al servicio de los ciudadanos. El Derecho penal sólo puede intervenir cuando resulte absolutamente necesario para proteger a los ciudadanos. (MIR PUIG, 1982)

2) Sustento

El sustento de la sanción penal en un Estado social y democrático de Derecho es la necesidad de proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ciudadanos mediante la prevención de los delitos.

En efecto, en este modelo de Estado, el Derecho penal y la pena se conciben como instrumentos al servicio de una política criminal orientada a garantizar las condiciones esenciales para la convivencia pacífica y la participación de todos en la vida social. Esto supone que el Estado está legitimado para imponer sanciones penales en la medida en que éstas sean necesarias para evitar aquellas conductas que lesionen o pongan en grave peligro los presupuestos básicos de la vida en sociedad, como la vida, la integridad física, la libertad, el patrimonio.

La pena cumple así una función de prevención, tanto en su vertiente general (dirigida a la colectividad) como especial (enfocada en el infractor). Mediante la amenaza de la pena y su efectiva aplicación, el Estado busca motivar a los ciudadanos a que se abstengan de cometer delitos, reforzando la vigencia de las normas penales y los valores que estas protegen. Al mismo tiempo, la imposición de la pena al infractor concreto persigue evitar que éste vuelva a delinquir en el futuro, ya sea mediante su resocialización o a través de su inocuización.

Esta fundamentación preventiva de la pena se asienta en consideraciones de necesidad social y utilidad pública. Se parte de la premisa de que la pena, pese a ser un mal, es un instrumento necesario para mantener un orden social mínimo que permita el desarrollo de las personas y la satisfacción de sus necesidades básicas. En un contexto de recursos escasos y de riesgos para los bienes jurídicos, se considera que el Estado está obligado a recurrir a la pena para garantizar la protección de los ciudadanos, siempre que no existan otros medios menos lesivos e igualmente eficaces.

Ahora bien, esta fundamentación utilitarista de la pena debe complementarse con otros principios propios del Estado de Derecho que limitan y racionalizan su aplicación. El más importante es el principio de culpabilidad, según el cual la pena sólo puede imponerse a quien ha cometido un delito de forma culpable, esto es, pudiendo actuar de otro modo y motivarse por la norma. También deben respetarse los principios de proporcionalidad (la gravedad de la pena debe ser proporcionada a la del hecho y la culpabilidad), subsidiariedad (la pena es la última ratio) y humanidad de las penas (prohibición de penas inhumanas o degradantes y orientación resocializadora).

En definitiva, el sustento de la sanción penal en un Estado social y democrático es la necesidad preventiva de proteger a la sociedad frente a los ataques más graves a los bienes jurídicos, necesidad que debe satisfacerse dentro de los límites propios de un Estado de Derecho. Se excluye así una fundamentación meramente retributiva de la pena como castigo al infractor por el mal causado. (MIR PUIG, 1982)

B. La pena

1) Clases de pena

Para fundamentar y profundizar sobre los tipos de pena, es necesario ahondar en las teorías que los sustentan y sus implicancias.

Penas retributivas: La teoría retributiva, representada principalmente por Kant, considera que la pena es un fin en sí mismo, un castigo que se impone al delincuente por el hecho cometido, fundado en razones de justicia. La pena debe ser proporcional a la gravedad del delito (ius talionis) y no persigue fines ulteriores. Esta teoría pone límites al poder

punitivo del Estado, ya que sólo admite penar en base a la culpabilidad por el hecho y no por razones de utilidad social. Sin embargo, ha sido criticada por su falta de fundamentación empírica y por no orientarse a la prevención de delitos futuros.

Penas Preventivas especiales: las teorías de la prevención buscan legitimar la pena en base a sus efectos futuros en la evitación de delitos. La prevención especial, desarrollada por von Liszt, se centra en el delincuente individual, clasificándolos en corregibles, intimidables e incorregibles, y adaptando la pena (corrección, intimidación, neutralización) a cada categoría, buscando evitar su reincidencia. Ha sido objetada por su determinismo, por conllevar un Derecho Penal de autor y por la indeterminación temporal de las penas.

Penas preventivas generales: la prevención general actúa sobre la sociedad, ya sea mediante la intimidación que genera la amenaza y aplicación de penas (Feuerbach), o bien mediante el fortalecimiento de la confianza en el sistema jurídico que produce la imposición de penas justas y proporcionadas a la culpabilidad (prevención general positiva de Roxin). Esta última posición ha cobrado auge actualmente y ha sido receptada en cierta medida por la jurisprudencia argentina reciente.

Las medidas de seguridad: Si bien comparten el fundamento preventivo-especial, se distinguen de las penas por recaer sobre inimputables (incapaces de culpabilidad) y por estar limitadas por la peligrosidad del autor. Presentan un déficit de legitimidad dentro de un Derecho Penal de acto fundado en la culpabilidad.

En definitiva, mientras las teorías absolutas (retribución) fundan la pena en el delito cometido, las teorías relativas (prevención) la justifican por sus efectos futuros. Ambas presentan ventajas y déficits, por lo que modernamente se han ensayado teorías mixtas o unificadoras que procuran combinar los principios retributivos, limitadores del poder punitivo, con los fines preventivos que demanda la sociedad. Sin embargo, la integración armónica de estos principios sigue presentando dificultades y es aún materia de arduo debate en la dogmática penal. (ALBERTO DONNA, 1996)

Fundamento

Teorías absolutas: Estas teorías encuentran el fundamento de la pena en la retribución, es decir, en la necesidad de hacer justicia devolviendo un mal (la pena) por otro mal (el delito). La pena se justifica por el delito cometido, como un fin en sí mismo, sin perseguir necesariamente utilidades sociales. Dentro de estas teorías destacan:

a) Teoría de la expiación: La pena se fundamenta en la necesidad del delincuente de expiar su culpabilidad mediante el sufrimiento de la sanción, para así reconciliarse consigo mismo y con la sociedad.

b) Teoría de la retribución: La pena se justifica como una necesidad ética de reafirmar el Derecho violado por el delito y restablecer el orden justo. Se retribuye al delincuente con un mal proporcional al que ha causado.

Teorías relativas: Estas teorías encuentran el fundamento de la pena en la necesidad de prevenir la comisión de futuros delitos, protegiendo así a la sociedad. La pena no es un fin en sí mismo, sino un medio para obtener utilidades sociales. Se subdividen en:

a) Prevención general: La pena se justifica por su capacidad de intimidar a los potenciales delincuentes (prevención general negativa) y de reforzar la confianza de los ciudadanos en el Derecho (prevención general positiva).

b) Prevención especial: La pena se fundamenta en la necesidad de evitar que el propio delincuente vuelva a delinquir en el futuro, ya sea mediante su corrección o resocialización (prevención especial positiva) o a través de su intimidación o inocuización (prevención especial negativa).

Teorías mixtas: Estas teorías buscan fundamentar la pena combinando los criterios de las teorías absolutas y relativas, atribuyéndole tanto fines retributivos como preventivos. La pena se justifica por la necesidad de hacer justicia respecto al delito cometido, pero también por su capacidad para prevenir delitos futuros y proteger a la sociedad. (Meini, 2013)

2) Fines de la pena

Los fines de la pena son los objetivos o propósitos que se persiguen con la imposición de sanciones penales a los individuos que han cometido delitos. Estos fines han sido objeto de diversas teorías a lo largo de la historia del pensamiento penal, las cuales pueden agruparse en dos grandes categorías: las teorías absolutas y las teorías relativas.

Teorías absolutas: Estas teorías consideran que la pena es un fin en sí mismo, y que su imposición se justifica exclusivamente por la comisión del delito, como una forma de hacer justicia y restablecer el orden jurídico violado. Dentro de esta categoría, destacan:

a) Teoría de la retribución: La pena se fundamenta en la necesidad ética de retribuir al delincuente con un mal proporcional al que ha causado con su delito, para así reafirmar la vigencia del Derecho y satisfacer las exigencias de la justicia.

b) Teoría de la expiación: La pena se justifica como una forma de permitir al delincuente expiar su culpabilidad y reconciliarse consigo mismo y con la sociedad, asumiendo las consecuencias de sus actos.

Teorías relativas: Estas teorías consideran que la pena es un medio para alcanzar fines socialmente útiles, como la prevención de futuros delitos y la protección de la sociedad. Dentro de esta categoría, se distinguen:

a) Teorías de la prevención general: La pena se justifica por su capacidad para prevenir la comisión de delitos por parte de la sociedad en general, ya sea mediante la intimidación de los potenciales delincuentes (prevención general negativa) o mediante el reforzamiento de la confianza de los ciudadanos en el Derecho y la reafirmación de los valores sociales (prevención general positiva).

b) Teorías de la prevención especial: La pena se fundamenta en la necesidad de prevenir que el propio delincuente vuelva a cometer delitos en el futuro, ya sea mediante su corrección o resocialización (prevención especial positiva) o mediante su intimidación o inocuización (prevención especial negativa).

Los fines de la pena deben responder a una combinación de criterios retributivos y preventivos, con un claro predominio

de estos últimos. Así lo reconoce nuestro ordenamiento jurídico, al señalar en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal que la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora, y al establecer en el artículo 139 inciso 22 de la Constitución que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

La pena debe ser justa y proporcionada al delito cometido, para así reafirmar la vigencia del ordenamiento jurídico y satisfacer las demandas éticas de la sociedad (fin retributivo). Pero al mismo tiempo, debe ser útil para prevenir razonablemente la comisión de nuevos delitos, protegiendo a la sociedad y buscando la resocialización del delincuente (fines preventivos).

La pena no se agota en el castigo del culpable, sino que se orienta hacia la prevención del delito y la reincorporación del penado a la sociedad. (Meini, 2013)

C. Determinación de la pena

1) Definición

La determinación de la pena es un tema central en el Derecho Penal, pues se trata del proceso mediante el cual se concreta la consecuencia jurídica que corresponde aplicar al responsable de un delito. Este proceso involucra a distintos actores y se desarrolla en diferentes etapas, cada una de las cuales responde a principios y criterios específicos.

En un sentido amplio, la determinación de la pena abarca desde la creación del marco punitivo abstracto por parte del legislador hasta la ejecución de la pena concreta por parte

de la administración penitenciaria, pasando por la individualización judicial de la sanción. (LOPEZ CANTORAL, 2018)

2) Clases

i) Determinación legal

Es realizada por el legislador y consiste en establecer, en la parte especial del Código Penal, el marco penal abstracto para cada delito, fijando una pena mínima y una pena máxima. Además, en la parte general, el legislador prevé las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal (atenuantes y agravantes genéricas, así como atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas).

Esta labor legislativa está orientada por los principios de legalidad (la pena debe estar prevista en la ley de manera previa, escrita, estricta y cierta) y proporcionalidad (la pena debe ser idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto respecto a la gravedad del delito). Se trata, pues, de una ponderación abstracta de la gravedad de cada delito y de las necesidades de prevención general. (LOPEZ CANTORAL, 2018)

ii) Determinación judicial

Es llevada a cabo por el juez penal y consiste en individualizar la pena concreta que se impondrá al autor o partícipe del delito, dentro del marco legal previsto por el legislador. Para ello, el juez debe valorar las circunstancias específicas del caso, siguiendo los criterios establecidos en los artículos 45, 45-A, 46 y siguientes del Código Penal.

Esta determinación judicial implica tanto una determinación cualitativa (elegir la clase de pena: privativa de libertad, restrictiva de libertad, limitativa

de derechos o multa, así como las posibles consecuencias accesorias) como una determinación cuantitativa (fijar la extensión o quantum de la pena, dentro del marco legal). Para esto último, se sigue la llamada "teoría de tercios", según la cual el juez divide el marco penal en tres partes iguales y ubica la pena concreta en uno de estos tercios (inferior, intermedio o superior), atendiendo a la concurrencia y el peso de las circunstancias atenuantes y agravantes.

Se trata, en suma, de un procedimiento técnico y valorativo, orientado por los principios de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad y preventividad, que busca adecuar la sanción a las particularidades del hecho y del autor, con el fin de realizar los fines de la pena reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico. (LOPEZ CANTORAL, 2018)

3) El sistema de tercios: reglas aplicables

El sistema de tercios es un mecanismo de determinación judicial de la pena que se aplica en el Perú y que está regulado en el artículo 45-A del Código Penal (incorporado por la Ley 30076 de 2013). Consiste en dividir el marco penal abstracto previsto para cada delito en la ley en tres partes iguales, con el fin de establecer un espacio punitivo más concreto dentro del cual el juez debe individualizar la pena aplicable al caso.

Según este sistema, una vez identificado el marco penal abstracto (esto es, el mínimo y el máximo de pena previsto para el delito), el juez debe proceder a dividirlo en tres partes (tercios) iguales:

- El tercio inferior, que va desde el mínimo legal hasta el tercio del marco penal.

- El tercio intermedio, que va desde el tercio del marco penal hasta los dos tercios.
- El tercio superior, que va desde los dos tercios hasta el máximo legal.
- Luego, el juez debe ubicar la pena concreta dentro de uno de estos tercios, atendiendo a la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes genéricas (artículo 46 del Código Penal). Así:
 - Si no existen atenuantes ni agravantes, o si concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena se ubicará dentro del tercio inferior.
 - Si concurren circunstancias agravantes y atenuantes, la pena se ubicará dentro del tercio intermedio.
 - Si concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena se ubicará dentro del tercio superior.
- Además, el juez debe evaluar la concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas:
 - Si concurren circunstancias atenuantes privilegiadas (como la tentativa, el error de prohibición vencible, la responsabilidad restringida por la edad, etc.), la pena podrá ubicarse por debajo del tercio inferior (por debajo del mínimo legal).
 - Si concurren circunstancias agravantes cualificadas (como la reincidencia, la habitualidad, etc.), la pena se ubicará por encima del tercio superior (pudiendo superar el máximo legal).

Este sistema busca limitar la discrecionalidad judicial en la determinación de la pena, estableciendo un procedimiento más racional y seguro, acorde con los principios de legalidad y proporcionalidad. Al mismo tiempo, permite una mejor graduación de la sanción en función de las circunstancias particulares de cada caso, satisfaciendo las exigencias de

individualización de la pena derivadas del principio de culpabilidad.

Sin embargo, el sistema de tercios también ha sido objeto de algunas críticas, por su aparente rigidez y por la dificultad de valorar adecuadamente el peso de las circunstancias concurrentes en ciertos casos complejos. Por ello, se entiende que este sistema no elimina la discrecionalidad judicial, sino que la encausa, debiendo el juez motivar siempre adecuadamente las razones de la pena impuesta. (Tito Huimpiri, 2022)

4) La determinación de la pena en el derecho comparado

La determinación de la pena en el derecho comparado es un tema complejo y amplio que abarca los diferentes enfoques y metodologías utilizados por distintos sistemas legales alrededor del mundo para establecer las sanciones aplicables a los delitos. Al analizar este tema desde una perspectiva comparativa, se pueden identificar similitudes, diferencias y tendencias en la forma en que los países abordan la cuestión de la individualización de la pena.

En términos generales, se pueden distinguir dos grandes sistemas o tradiciones jurídicas en el derecho comparado: el sistema de derecho continental o civil law, predominante en Europa y América Latina, y el sistema de common law, propio de países anglosajones como Estados Unidos y Reino Unido. Estos sistemas presentan diferencias significativas en cuanto a la determinación de la pena.

En los sistemas de derecho continental, la determinación de la pena suele estar guiada por el principio de legalidad, según el cual las penas deben estar previamente establecidas en la ley, con rangos o límites definidos para cada delito. Los jueces tienen un margen de discrecionalidad

para individualizar la pena dentro de esos rangos, considerando circunstancias atenuantes o agravantes, pero siempre dentro del marco legal. Países como Alemania, Francia, España e Italia son ejemplos de este enfoque.

Por otro lado, en los sistemas de common law, históricamente ha existido una mayor discrecionalidad judicial en la determinación de la pena. Los jueces han tenido un papel más activo en la evaluación de las circunstancias del caso y del infractor para imponer una pena que consideren justa y apropiada, sin estar tan constreñidos por rangos legales predefinidos. Sin embargo, en las últimas décadas, muchos países de common law han introducido reformas para limitar la discrecionalidad judicial y establecer directrices o guías de sentencia que orienten la determinación de la pena.

Además de estas diferencias generales entre sistemas, existen variaciones significativas entre países en cuanto a los factores que se tienen en cuenta para determinar la pena. Algunos países ponen más énfasis en la gravedad del delito y el daño causado, mientras que otros dan mayor peso a las circunstancias personales del infractor, como su historial delictivo, su nivel de culpabilidad o su potencial de rehabilitación. También hay diferencias en cuanto a la consideración de factores sociales, como la percepción pública del delito o la necesidad de enviar un mensaje disuasorio a la sociedad.

Otra tendencia importante en el derecho comparado es la creciente adopción de enfoques basados en la justicia restaurativa y la rehabilitación del infractor. Muchos países han introducido mecanismos como la mediación penal, los

acuerdos reparatorios o las penas alternativas a la prisión, que buscan reparar el daño causado, promover la responsabilización del infractor y facilitar su reinserción social. Ejemplos de esto se pueden encontrar en países como Canadá, Nueva Zelanda o los países escandinavos.

5) Jurisprudencia relevante sobre la determinación judicial de la pena

En la jurisprudencia peruana, existen diversos pronunciamientos de la Corte Suprema que han abordado el tema de la determinación judicial de la pena, estableciendo criterios y pautas para su aplicación. A continuación, mencionaré algunos de los más relevantes:

Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116: Este acuerdo establece las diferencias entre las agravantes cualificadas y las agravantes genéricas, precisando que las primeras son aquellas que están previstas en la ley como circunstancias que modifican los márgenes de punibilidad (como la reincidencia o la habitualidad), mientras que las segundas son las previstas en el artículo 46 del Código Penal. Además, señala que, para la aplicación del sistema de tercios, primero se debe identificar la pena básica (el espacio punitivo determinado por la pena conminada en la ley penal) y luego dividirla en tercios, para después ubicar la pena concreta aplicando las reglas del artículo 45-A del Código Penal. (IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE TRANSITORIAS y ESPECIAL, 2008)

Casación N° 626-2013, Moquegua: Esta sentencia casatoria establece como doctrina jurisprudencial vinculante que la pena debe ser proporcional al delito cometido, en base a la apreciación de la gravedad del hecho punible y de la responsabilidad del autor. Asimismo, señala que la motivación de la determinación judicial de la pena debe

expresar con todo rigor lógico las razones que fundamentan la decisión adoptada, evitando la arbitrariedad. (CORTE SUPREMA DE LA JUSTICIA DE LA REPUBLICA, 2015)

Recurso de Nulidad N° 993-2019, Lima: Esta ejecutoria suprema precisa que, en la determinación judicial de la pena, el juez debe identificar el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley penal (determinación legal de la pena), para después dividirlo en tercios (superior, intermedio e inferior), y finalmente decidir la pena concreta aplicable al caso en base a la concurrencia de circunstancias atenuantes y/o agravantes (determinación judicial de la pena en sentido estricto). Además, señala que esta decisión debe ser motivada y debe expresar una correcta fundamentación y ponderación de los factores de individualización de la pena. (CORTE SUPREMA DE LA JUSTICIA DE LA REPUBLICA , 2022)

Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018/CIJ-433: Esta sentencia plenaria aborda el concurso real de delitos y la determinación judicial de la pena en dicha hipótesis. Establece que, en caso de concurso real retrospectivo (cuando los delitos en concurso son descubiertos en momentos distintos), la pena concreta parcial correspondiente al segundo delito debe determinarse tomando en cuenta la pena concreta parcial del primer delito, a fin de fijar una pena concreta total que resulte proporcional a la gravedad del conjunto de delitos cometidos. (CORTE SUPREMA DE LA JUSTICIA DE LA REPUBLICA, 2018)

Estos pronunciamientos jurisprudenciales, entre otros, han ido perfilando y precisando los alcances del sistema de tercios y de la determinación judicial de la pena en el Perú, buscando garantizar una aplicación racional, proporcional y debidamente motivada de las sanciones penales.

CAPÍTULO IV

PROPORCIONALIDAD Y POLÍTICA CRIMINAL

A. La sanción penal

1) Definición

La política criminal es un saber científico aplicado que tiene como objetivo promover estrategias sistemáticas y eficaces para el control del delito a través de la intervención estatal.

Se ocupa de:

Valorar la información criminológica

Formular las estrategias y acciones orientadas a prevenir, controlar y reducir la criminalidad

Asesorar al legislador penal para evaluar críticamente el Derecho Penal vigente e identificar la necesidad de reformarlo

En otras palabras, la política criminal busca diseñar e implementar un programa integral que, basado en evidencia criminológica, contemple medidas idóneas y factibles para prevenir y sancionar el delito. Además, debe evaluar constantemente la ejecución y eficacia de los planes implementados contra la criminalidad.

La política criminal es una política social del Estado que interactúa con las demás intervenciones estatales. Por un lado, condiciona las demás políticas públicas y, por otro lado, se ve influida por estas.

La política criminal cumple un rol crucial en valorar la data empírica sobre el crimen provista por la criminología, formular estrategias integrales para prevenirlo y controlarlo, asesorar en la mejora de la legislación penal, y evaluar constantemente la eficacia de las medidas aplicadas. Todo

esto como parte de una política social del Estado. (Prado Manrique, 2021)

2) Fundamento

El fundamento de la política criminal radica en su interdependencia y complementariedad con las demás ciencias penales, especialmente con la criminología, con la finalidad de que las iniciativas previstas para el control del delito resulten eficaces y respondan a las necesidades de cada contexto concreto.

La política criminal requiere nutrirse del conocimiento criminológico para cumplir adecuadamente sus funciones. En primer lugar, la criminología le brinda a la política criminal información empírica válida sobre las características, dinámicas y tendencias del fenómeno criminal en un entorno social determinado. Esto permite que la política criminal pueda formular estrategias y acciones pertinentes para prevenir y controlar el delito.

En segundo lugar, la data criminológica es fundamental para que la política criminal pueda cumplir su función de evaluar críticamente la legislación penal vigente. Solo contando con información sobre la real configuración de la criminalidad se podrá identificar vacíos o incoherencias en las normas penales que requieran modificaciones.

En tercer lugar, el conocimiento criminológico es la base para que la política criminal pueda diseñar, implementar y evaluar programas que respondan a las necesidades y prioridades en materia de prevención y control del crimen en una sociedad concreta. Sin un diagnóstico empírico sólido no se podrán definir objetivos y estrategias adecuadas.

La política criminal encuentra su fundamento en un diálogo permanente con la criminología. Los datos sobre la etiología y dinámica real del crimen provistos por la criminología son el insumo esencial para que la política criminal formule respuestas eficaces, evalúe la idoneidad de la legislación penal y diseñe programas aterrizados en las necesidades específicas de seguridad y justicia de cada sociedad. Solo con este enfoque interdisciplinario y basado en evidencia, las iniciativas político-criminales podrán tener un real impacto en reducir la criminalidad. (Prado Manrique, 2021)

3) Relación entre derecho penal y política criminal

Existe una relación de interdependencia y complementariedad entre el derecho penal, como parte de la dogmática penal, y la política criminal. Ambas ciencias penales deben trabajar conjuntamente para lograr que las iniciativas de control del delito sean eficaces y estén adaptadas al contexto específico.

La política criminal tiene entre sus funciones asesorar al legislador penal para evaluar críticamente el derecho penal vigente e identificar la necesidad de reformarlo. Es decir, le corresponde valorar si las normas penales existentes están cumpliendo adecuadamente su función de proteger bienes jurídicos fundamentales y proponer modificaciones cuando sea necesario.

Para cumplir esta labor, la política criminal debe basarse en la información criminológica sobre las características de la criminalidad. Solo así podrá determinar si la regulación penal vigente es idónea para prevenir y sancionar las conductas delictivas más lesivas en una sociedad o si existen vacíos o deficiencias que requieran cambios legislativos.

Por su parte, la dogmática penal se encarga de interpretar y sistematizar las normas penales vigentes para permitir su aplicación coherente y segura por parte de los operadores de justicia. No obstante, esta función la realiza dentro del marco de las decisiones de política criminal que se plasman en la legislación penal.

De este modo, la política criminal provee los lineamientos que guían la configuración de las leyes penales, mientras que la dogmática penal se ocupa de la interpretación de esas normas ya promulgadas. Ambas se retroalimentan, pues los desarrollos dogmáticos pueden hacer notar a la política criminal la necesidad de reformas legales.

En resumen, la política criminal y la dogmática penal, como parte del derecho penal, tienen una relación muy estrecha. La política criminal evalúa y formula la normativa penal, nutriéndose del conocimiento criminológico, con miras a que responda a las necesidades sociales. Mientras tanto, la dogmática interpreta y aplica esas normas penales ya establecidas por las decisiones político-criminales. Esta sinergia es fundamental para lograr un sistema penal que proteja efectivamente a la sociedad de los fenómenos criminales más graves. (Prado Manrique, 2021)

4) La política criminal en el Perú

La política criminal en el Perú ha atravesado por distintas etapas desde la aprobación del Código Penal de 1991. A pesar de algunos avances, se observa que las decisiones político-criminales no siempre han estado basadas en evidencia criminológica, sino que han tenido un énfasis represivo y una tendencia al endurecimiento punitivo.

El Código Penal de 1991 tuvo originalmente una orientación garantista, con un enfoque favorable a las alternativas al encarcelamiento. No obstante, pronto se vio sometido a sucesivas reformas legislativas de carácter sobre criminalizador, muchas veces motivadas por un contexto de crisis social y una búsqueda de mayor punitividad que no se respaldaba en data empírica.

Esta tendencia rigorista ha sido una constante en la política criminal peruana de las últimas décadas. Las principales medidas han estado orientadas a la creación de nuevos delitos, al incremento de penas y a la restricción de beneficios penitenciarios, lo que ha contribuido al hacinamiento carcelario.

No obstante, el artículo también identifica algunos intentos por incorporar el conocimiento criminológico en el diseño de la política criminal. Destaca especialmente la creación en 2011 del Consejo Nacional de Política Criminal (CONAPOC) como órgano encargado de planificar, articular y supervisar la política criminal del Estado basándose en evidencia empírica.

La labor del CONAPOC, junto con el Observatorio Nacional de Política Criminal, ha permitido algunos avances, como la priorización de delitos de especial lesividad, la realización de investigaciones criminológicas y la formulación de algunas políticas con objetivos a mediano plazo, como la Política Nacional frente a los Delitos Patrimoniales.

Sin embargo, se advierte desafíos persistentes, como la falta de coordinación entre los actores del sistema penal, especialmente entre el Poder Legislativo y el CONAPOC,

que se evidencia en iniciativas legales que no se basan en datos criminológicos. Asimismo, señala retos en la implementación efectiva de las políticas aprobadas.

En síntesis, si bien ha habido algunos esfuerzos en años recientes por institucionalizar una política criminal basada en evidencia en el Perú, aún persiste una tendencia hacia el endurecimiento punitivo no siempre respaldado en datos empíricos. Fortalecer la articulación entre los órganos políticos y técnicos, así como la capacidad estatal de implementación, aparecen como desafíos urgentes para lograr una respuesta estatal frente al crimen que sea estratégica, integral y eficaz. (Klatt, 2017)

B. Proporcionalidad

1) Definición de principio

El principio de proporcionalidad es un principio constitucional cuya aplicación se ha extendido ampliamente en diversos ordenamientos jurídicos en todo el mundo. Considerado por muchos como un "criterio universal de constitucionalidad" y un "fundamento de un constitucionalismo global", este principio establece que un derecho fundamental solo puede ser restringido en la medida estrictamente necesaria para lograr un objetivo legítimo.

En términos generales, esto implica que cualquier restricción a un derecho debe ajustarse de manera efectiva y rigurosa al logro de tal objetivo. Según la formulación clásica alemana, el examen de proporcionalidad consta de tres etapas sucesivas: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El principio de proporcionalidad otorga una doble primacía a los derechos fundamentales: tienen una primacía definitiva

sobre consideraciones no constitucionales y una primacía prima facie sobre consideraciones constitucionales no fundamentales.

Este principio no debilita la fuerza efectiva de los derechos fundamentales, sino que se presenta como el mejor medio disponible para resolver conflictos complejos entre derechos y otros principios constitucionales, estructurando y racionalizando la argumentación jurídica. (Klatt, 2017)

2) Alcance

El principio de proporcionalidad se utiliza para determinar los límites legítimos de restricción a los derechos fundamentales frente a otros principios constitucionales. A través del test de proporcionalidad, se evalúa si una medida que afecta un derecho es idónea, necesaria y proporcionada para satisfacer otro principio constitucional que la justifica.

Este principio permite ponderar y equilibrar los derechos fundamentales con otros derechos e intereses constitucionalmente protegidos, sin descuidar la importancia de los primeros. Facilita una aplicación flexible de los derechos fundamentales adaptada a las circunstancias específicas de cada caso.

De alcance transnacional, el principio de proporcionalidad trasciende los ordenamientos nacionales y se considera parte de un ius commune o un constitucionalismo globalizado basado en la protección de los derechos humanos, la democracia y las garantías jurisdiccionales.

Se aplica en diversas jurisdicciones además de Alemania, como el derecho de la Unión Europea, el derecho internacional de los derechos humanos, y en numerosos

países de Europa, Latinoamérica, Norteamérica, África y Oceanía.

Este principio domina una parte significativa de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales en todo el mundo y se ha convertido en el método predominante en la adjudicación de derechos fundamentales. (Klatt, 2017)

3) La desproporcionalidad de las penas

El examen de proporcionalidad en sentido amplio consta de tres subexámenes o submandatos:

El mandato de adecuación técnica o idoneidad: exige que el medio escogido contribuya al fomento del fin perseguido. No requiere que sea el medio más adecuado, sino que basta con que fomente el fin, aunque sea de manera abstracta o parcial.

El mandato del medio alternativo menos gravoso o mandato de necesidad: implica comparar el medio elegido con otros medios alternativos igualmente idóneos. El medio elegido será desproporcional si hay un medio alternativo que sea igualmente adecuado, pero menos lesivo para los derechos fundamentales.

El mandato de proporcionalidad en sentido estricto: exige que la limitación al derecho fundamental pueda justificarse por la importancia y el peso de las razones que hablan a favor de dicha limitación. Implica una ponderación entre la intensidad de la restricción al derecho y la importancia del fin perseguido.

En el ámbito penal, una pena podría considerarse desproporcionada en los siguientes casos:

Si no es adecuada para fomentar los fines de prevención general y especial que se atribuyen a la pena (adecuación técnica).

Si existe una medida alternativa igualmente idónea para alcanzar esos fines preventivos pero que resulte menos lesiva de los derechos del condenado (necesidad).

Si la intensidad de la afectación a los derechos del condenado es mayor que la importancia de los fines preventivos que se buscan satisfacer con la pena (proporcionalidad en sentido estricto).

Por lo tanto, el examen de proporcionalidad y sus tres subprincipios son una herramienta argumentativa valiosa para evaluar la legitimidad constitucional de las penas, confrontando su severidad con los fines que persiguen y con los derechos fundamentales que restringen. El desafío consiste en aplicar de manera consistente y fundada los pasos de este examen a la hora de discutir la proporcionalidad de las penas previstas por el legislador. (CLERICO, 2009).

2.3. MARCO CONCEPTUAL

- **Principio de proporcionalidad:**

Para el Estado Constitucional es de vital importancia el principio de proporcionalidad ya que se constituye como un mecanismo jurídico que tiene como principal función controlar todo acto que ejercen los poderes públicos en los que los derechos fundamentales se ven lesionados, entre otros bienes constitucionales.

- **Homicidio:**

Consiste en la acción de matar a otra persona, por ende, es un hecho delictivo que atenta contra la vida del ser humano en que el bien jurídico protegido viene hacer la vida humana independiente.

- **Homicidio Simple:**

Conducta reprochable que atenta contra el bien jurídico más importante, tutelado y reconocido del ser humano que es la vida, por lo tanto, es considerado un derecho fundamental.

- **Robo Agravado:**

La perpetración de este delito de robo agravado, el sujeto activo emplea la violencia e intimidación haciendo el apoderamiento de un bien ajeno con la finalidad de lucrar con dicho patrimonio y así conseguir provecho, para la perpetración de este delito el sujeto activo emplea la violencia e intimidación. (Alegría, 2016, p.23)

2.4. SISTEMA DE HIPOTESIS

La pena abstracta señalada para el delito de robo agravado vulnera el principio de proporcionalidad en el Código Penal peruano, dado que, no se ha tenido en cuenta que se protege principalmente un bien jurídico disponible; posee pena más

grave que el homicidio simple; se ha incrementado rápida y drásticamente la pena sin tener en cuenta el principio de lesividad; el aumento del marco conminado de pena es consecuencia de una policía criminal reaccionaria.

III. METODOLOGÍA EMPLEADA

3.1. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

3.1.1. Por su finalidad

La presente investigación es cualitativa, porque aporta conocimientos sobre las razones jurídicas para considerar al delito de homicidio simple como un tipo penal común, siendo que por esta razón los resultados se expresan en palabras.

De tal modo, Asimismo, (Sánchez Carlessi & Reyes Meza, 2000), sostiene que: “la investigación cualitativa consiste en el procesamiento de la información y ésta no emplea métodos estadísticos y más bien se realiza mediante el análisis cualitativo y la interpretación de los datos”.

3.1.2. Por su alcance

El presente trabajo responde a una investigación descriptiva.

3.2. POBLACION Y MUESTRA DE ESTUDIO

3.2.1. Población

De acuerdo a la investigación de tipo descriptiva y de enfoque cualitativo, la población está conformada por información contenida en libros, libros virtuales (E- pub), artículos científicos, blogs, material auditivo con relación a la investigación.

3.2.2. Muestra

La muestra está conformada por libros, libros virtuales (E -pub), tesis de pregrado y posgrado de diferentes universidades, blogs y material auditivo.

3.3. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

Nuestro diseño es no experimental, dado que la presente investigación se observa fenómenos o acontecimientos tal y como se dan en el contexto natural, en esta investigación con relación directa con nuestro sistema judicial peruano, las mismas

que son situaciones ya existentes, las mismas que son reguladas en el sistema jurídico nacional.

3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

3.4.1. Técnicas

3.4.1.1. Análisis bibliográfico

Se utilizó a la hora de recoger información sobre las diferentes doctrinas de las variables que componen la pregunta de investigación.

3.4.1.2. Análisis de documentos

Se utilizó para analizar la diferente teoría que sobre el tema se encontró, en distintos textos, páginas web, revistas especializadas y alguna jurisprudencia nacional que sobre la materia de análisis se encontró en algunos libros y páginas especializadas de jurisprudencia.

3.4.2. Instrumentos

3.4.2.1. Fichas bibliográficas

Se utilizó para mejorar el mecanismo de recolección de información porque su uso permitió establecer el orden del material bibliográfico con respecto a las fuentes primarias y secundarias.

3.4.2.2. Guía de análisis de documentos

Su uso facilitó estudiar en detalle el distinto material bibliográfico que sobre las variables estudiadas se encontró en distintas fuentes de estudio ya mencionadas

3.5. PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE DATOS

Se procedió a encontrar jurisprudencia relacionada con el presente tema de investigación; posteriormente se procedió a ordenarla para después leerla y analizarla. Luego se procedió a realizar fichas bibliográficas y fichas resumen para de esta manera poder construir el marco teórico. Posteriormente se procedió a buscar en los repositorios de tesis digitales de distintas universidades los respectivos antecedentes de

investigación. Luego se procedió a elaborar el análisis y discusión de resultados, para finalmente pasar a redactar las respectivas conclusiones.

IV. PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Con respecto al principio de proporcionalidad de la pena se debe señalar que, no solo es un principio que tenga respaldo a nivel legal, en el Código Penal, o haya sido simplemente desarrollado por la doctrina, sino que su basamento constitucional, de ahí que es preciso indicar que “es un valor constitucional implícitamente derivado del principio de legalidad penal, así reconocido en el artículo 2º, inciso 24, literal d), de la Constitución, en interpretación conjunta con el último párrafo del artículo 200º constitucional, en el que se reconoce explícitamente el principio de proporcionalidad (STC. en el Exp. N° 01010-2012-PHC/TC), en ese sentido, también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha desarrollado de forma bastante completa el contenido fundamental o esencial de este principio del derecho penal sustantivo, así pues, el máximo intérprete de la norma fundamental ha indicado que existe una relación inescindible entre la proporcionalidad de las sanciones penales y los fines que se persiguen con la imposición de ésta, es decir, el fin preventivo y resocializador, se alcanzará siempre que las penas no inobserven el principio de proporcionalidad de las penas o lo que es lo mismo, si la sanciones penales se establecen, tanto a nivel abstracto como concreto, con respeto al principio de proporcionalidad, entonces se alcanzará su fin preventivo y resocializador. En suma, como dice Mir Piug (2000) “la proporcionalidad es necesaria para un adecuado funcionamiento de la prevención general”.

Respecto a lo apuntado en el párrafo anterior el Tribunal precisa que “que ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos. Pero a su vez, ninguna

medida legislativa podría, en un afán por favorecer a toda costa la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material” (STC 0019-2005-PI/TC, fundamento 41). Lo que explica el Tribunal es que la proporcionalidad debe ser estricta, por lo que, si se señala una sanción muy reducida (proporcionalidad por defecto), o si se establece una pena excesiva, entonces –en ambos casos- se vulnera el principio de proporcionalidad, y ello trae como consecuencia que sea una sanción que no cumpla sus fines.

Habiendo, hecho alusión al fundamento constitucional del principio de proporcionalidad de la pena, y su estrecha relación con el fin de la pena, es necesario con la finalidad de centrar la atención en el punto de partida de la investigación, indicar que el principio de proporcionalidad, como apunta Quintero Olivares (1982), no es más que “el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta)”, esto es, “este principio postula la proporcionalidad entre la amenaza penal a la dañosidad social del hecho (concepto vinculado a la índole del bien jurídico lesionado o amenazado) y de la pena infligida en concreto a la medida de culpabilidad del hecho” (Garrido, 2003). En suma, como señala el profesor Silva Sánchez (2007), mediante el principio de proporcionalidad lo que se busca, es que a nivel legislativo como a nivel judicial, se minimice la violencia que el Estado imprime sobre la persona en ejercicio de su potestad punitiva, sin embargo, debe quedar claro, que el legislador no solo lesiona el principio de proporcionalidad cuando establece penas demasiado graves, sino cuando estas son muy reducidas, es decir, en palabras de García

Cavero (2014), “si se estableciera una pena mínima en un delito gravoso sin algún fundamento jurídico, significaría también una violación al principio de proporcionalidad de las penas, aunque no se haya impuesto una penalidad excesiva al hecho realizado”.

Si se toma como base el contenido del principio de proporcionalidad, es necesario centrarnos en la proporcionalidad abstracta, es decir, la estricta coherencia que debe existir entre la dañosidad de la acción y la reacción penal por intermedio de una pena señalada en cada tipo penal, vale decir, el deber que tiene el legislador de establecer penas, no solo teniendo en cuenta el principio de legalidad, culpabilidad o lesividad, sino también de proporcionalidad; sin embargo, esta obligación legal de los hacedores de la ley en el país, se ha venido trastocando, y sobre todo, en los últimos tiempo, habida cuenta del creciente exceso en el ius puniendi como consecuencia de la agravación desmedida de las sanciones penales. Eso sucede, en varios casos, pero se puede percibir, de forma bastante diáfana en el caso de los delitos contra el patrimonio, y en especial, en el caso del robo agravado, donde no solo se han incorporado cada vez más agravantes, sino también, un crecimiento exponencial de las sanciones.

En la doctrina nacional el profesor Salinas (2019), ha señalado relación al delito de robo agravado, que la creciente reacción penal con respecto a la comisión de este ilícito penal, resulta excesivo en la medida que si se compara con otros delitos que intentan tutelar bienes jurídicos de mayor trascendencia que el patrimonio, la diferencia de la pena es sumamente excesiva; siendo, por tanto, incoherente que, existan delitos contra la vida humana independiente que contengan penas conminadas menores a las que se refieren al delito de robo agravado. En ese mismo sentido, James Reátegui (2018) señala que, debido a la creciente ejecución en el país de delitos de robo con agravante, el legislador, siguiendo

una política criminal represiva, con la falsa idea de que incrementar la base punitiva de los delitos hará que disminuyan los robos en el país, ha aumentado desmedidamente los supuestos agravantes del robo así como su sanción penal, la que en comparación a su versión original en el artículo 189 del Código Penal del 1991, se ha incrementado hasta en más de tres veces. Añade, el doctrinario nacional que, más allá de un errado enfoque político criminal reaccionario de aumento exagerado de pena; el robo agravado, protege el bien jurídico patrimonio- al menos principalmente- por lo que es incompatible con el principio de coherencia o proporcionalidad de la pena, que se le asigne una pena legal, incluso superior a la que se regula para el homicidio simple, o el infanticidio, entre otros, que protegen un bien jurídico más relevante como la vida humana independiente.

El profesor Peña Cabrera (2017), comparte también la opinión de los autores precitados, añadiendo que el delito de robo agravado, constituye, el ejemplo más palpable de vulneración del principio de proporcionalidad, y de desmedida reacción del ius puniendi estatal, producto de una política criminal no preventiva. Insiste, en que las penas del delito de robo agravado deben regularse por parte del legislador tendiendo como derrotero la sanción penal para los delitos de homicidio; sin embargo, considera también, que el exceso del legislador, debe ser corregido por el juez, quien debe hacer una determinación de la pena concreta, aplicando el principio de proporcionalidad, en relación a hacer una ponderación entre el bien jurídico patrimonio y la vida humana. Cerna Ravines (2023), también apunta la necesidad de que el juzgador, al momento de dosificar la pena para los delitos de robo agravado, deba motivar su decisión en función a explicar, teniendo como fundamento el principio de proporcionalidad de las penas, que estas deben ser reducidas en la sentencia, pues no resiste un mínimo análisis que existan delitos contra la vida humana como el homicidio simple,

donde la pena es de menor entidad de lo que sucede en el robo agravado, como consecuencia de una inadecuada política criminal, que equivocadamente tiene como tendencia nociva, incrementar los extremos mínimos y máximos de las penas abstractas de los delitos contra el patrimonio, para de esta manera, generar la falsa sensación de que se está, luchando contra el fenómeno delictivo en el Perú.

El profesor Fidel Rojas (2013), indica que, la creciente reacción punitiva exagerada de los delitos contra el patrimonio va a generar que, en un tiempo muy breve, la sistematicidad y coherencia en relación a la importancia de los bienes jurídicos que se protegen con los tipos penales, se pierda absolutamente; de manera que, mientras existen delitos contra la vida (homicidios y aborto) que tiene penas reducidas, a pesar que protegen la vida humana (independiente o dependiente), aumentan desmedidamente, la pena privativa de libertad para los delitos contra el patrimonio, en especial, para el caso del robo agravado, en donde la pena inclusive, llegará hasta la cadena perpetua. En ese mismo sentido el profesor Parado Saldarriaga (2018), señala que el principio de proporcionalidad debe ser asumido por el juez al momento de aplicar las penas, indistintamente de si el legislador, asume sanciones desproporcionadas, como sucede en el caso del robo agravado con respecto al homicidio simple, situación que debe corregir el juez en su tarea de determinación concreta; es decir, como sostiene García Caveró (2014) la desproporcionalidad abstracta- que el legislador produce cuando señala una pena conminada muy reducida o muy exagerada en relación a la dañosidad del bien jurídico que se intenta proteger- debe ser objeto de control por parte del juez, ya se al momento de condenar o, en su defecto, cuando se debe aprobar el mecanismo de simplificación procesal (terminación anticipada), por lo que, en un caso de robo agravado, la pena concreta, en plena observancia del principio de

proporcionalidad, puede ser impuesta por debajo de lo que la pena tipo señala.

Walter Vilcapoma (2003), es enfático en apuntar que los problemas del delito de robo agravado, no solo se presentan en la configuración de las agravantes, vale decir, de los alcances típicos de estos, como sucede en el caso de la nocturnidad, la utilización de las armas de fuego, la presencia de dos o más personas entre otros; sino que la reacción penal que el legislador ha señalado para el sujeto agente que comete este ilícito penal, es ampliamente exagerada, si se toma en cuenta que el principal bien jurídico que se protege en el robo es el patrimonio- aun cuando es pluriofensivo- si se toma como punto de referencia el delito de homicidio simple, donde se cautela, el bien jurídico más importante: la vida, donde la sanción va de seis a veinte años de pena privativa de libertad.

Lo mismo apunta Osorio (2018), quien considera que se debe reformar la pena abstracta en el delito de robo agravado, pues no es coherente con la seguridad jurídica ni con el principio de proporcionalidad que las conductas que lesionan bienes jurídicos de menor trascendencia tengan penas más graves a los vulneran bienes jurídicos de menor valor; esta inflación de las sanciones penales en los delitos de robo agravado, donde el legislador ha inobservado el principio de proporcionalidad, se debe a una política criminal sobre criminalizadora, propia de un derecho penal simbólico y una tendencia vinculada al populismo punitivo, que busca crear una errónea sensación de tranquilidad en el ciudadano de que el Estado está combatiendo de forma dura el descontrolado aumento de casos de robo con agravantes en el país (Sollasi, 2017).

Esta política criminal puramente reaccionaria que se adoptado en el ámbito penal en el Perú y, en especial, en los delitos contra el patrimonio, básicamente en el robo agravado, que es tipo penal que más cambios ha experimentado con el crecimiento desmedido de la pena abstracta, como dice Arbulú (2019), obedece, a que el trabajo de prevención delictiva en el Perú es escaso, y que, el legislador no establece las penas en función de la lesividad o la culpabilidad de las conductas, dentro del marco del respeto de la proporcionalidad del castigo penal, sino que muy por el contrario, obedecen a fines populistas, que desembocan en casos de ausencia de coherencia legislativa, señalándose penas para el robo agravado as altas que las que se señalan para el homicidio, aun cuando este último tipo penal protege un bien jurídico de mayor trascendencia: la vida independiente del ser humano.

La existencia de una pena por un delito contra el patrimonio con márgenes muy por encima de los delitos contra la vida, aun cuando este último bien juicio mencionado es mucho más valioso por el primero, lo que se puede apreciar en el carácter disponible que tiene el patrimonio en comparación con la vida humana, desnaturaliza el fundamento de que la “legitimación de la pena como institución jurídica dependa de que sea una reacción necesaria, idónea y proporcional frente al delito cometido, con independencia de su concreta modalidad” (Meini, 2014). El crecimiento absolutamente exagerado, con respecto a las penas que ha experimentado en los últimos tiempos el delito de robo agravada, ha abandonado decididamente, el fin preventivo de resocialización que señala el artículo 139 inciso 22 del texto normativo fundamental del Perú, constituyendo una clara tendencia hacia las teorías absolutas, es decir, aquellas por la que “la pena retribuye o expía la culpabilidad del autor” (Roxin, 2007).

A nivel jurisprudencial, nuestro Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado respecto a la desproporcionalidad y la falta de razonabilidad con respecto al delito de robo agravado en su segundo párrafo, así al respecto el máximo intérprete del texto fundamental ha expresado que "...la razonabilidad y proporcionalidad deben estar presentes tanto en el proceso de formación de una ley como en el de su aplicación. El legislador y el juez deben ponderar las sanciones dependiendo de la gravedad de los delitos. No pueden establecerse e imponerse sanciones que no respondan a la naturaleza del hecho ilícito y al daño causado" (Expediente N° 413- 2021 PHC/TC), como puede advertirse el propio Tribunal, explica que, el grado de lesividad de la conducta ilícita es la que se debe tener en cuenta para que el legislador establezca los extremos mínimo y máximo de la pena, de ahí que cuando lo que se protege es un bien jurídico disponible como el patrimonio, la sanción conminada debe ser menor, que si se tratase de los delitos que protegen la vida de las personas.

Explica la sentencia citada por el Tribunal Constitucional que desde la vigencia del Código Penal -en el año 1991- la pena privativa de la libertad en ese delito ha ido cambiando en seis oportunidades, de ahí que en ese tiempo el texto original señalaba como extremo mínimo (189 segundo párrafo) tres años y una pena máxima de ocho años; en el año 1994, la pena mínima era cinco y el extremo máximo legal era quince años; en el año 1998 experimentaron un incremento absolutamente, desmedido, que puso como márgenes de pena de quince a veinticinco; en junio del año 2001, el legislador consideró establecer como pena mínima abstracta diez y una máxima de veinte años; y desde el año 2009 la pena conminada se ha situado entre doce a veinte años.

En esta sentencia el intérprete de la carta fundamental ha señalado de forma expresa que, con respecto al texto original, la sanción penal- en su extremo mínimo, en la actualidad se ha cuadruplicado- teniendo en cuenta la extremo mínimo-. De forma contundente, haciendo una comparación con el homicidio simple -que protege el bien jurídico más importante -(así lo señala la STC Expediente 2005- 2009 PA/TC, indica que “al comparar esta pena con las fijadas para delitos que afectan bienes jurídicos como la vida o la libertad, es claro, que no guardan proporción. (Expediente N° 413-2021 PHC/TC)”. Deja en claro el colegiado intérprete de la Constitución que “...el robo agravado tiene una sanción significativamente mayor que la prevista para el homicidio simple, el aborto sin consentimiento, la trata de personas y el trabajo forzoso”, mostrando con ello, la necesidad de que los jueces inapliquen esa pena por ser excesiva y con ello lesionar la proporcionalidad y la razonabilidad que el legislador inobservó al momento de establecer la pena para el robo agravado.

El Tribunal, considera como propuesta para la aplicación de la pena en el delito de robo agravado del primer párrafo, que la pena abstracta de la que se debe partir, para luego aplicar el sistema de tercios vigente desde el año 2013 con la vigencia del artículo 45- A, incorporado por ley 301076 debe reducirse tenido en cuante la pena del robo básico del artículo 188 del Código Penal; debe ser “si el juez penal considera que la sentencia a emitir es una de naturaleza condenatoria, no debe considerar este mínimo, pudiendo imponer una pena no menor a la mínima prevista para el tipo base robo” (FJ N° 10). Como punta Pariona Arana (2023), esta sentencia es “importante porque representa un reconocimiento de la proporcionalidad que debe existir no solamente en la aplicación de la pena, sino en la construcción de los tipos penales, lo cual se encuentra en el marco funcional del legislador que debe usar

criterios razonables al momento de agravar las penas, debiendo hacerlo siempre con base en la afectación al bien jurídico protegido”

En el Recurso de Nulidad N° 775- 2022 Lima, La Corte Suprema, sosteniendo que la pena abstracta fijada para este delito es desproporcional, pues imponer una pena más lata para un delito contra el patrimonio, que para un delito contra la vida es incoherente; toma en consideración que existen atenuantes privilegiadas como la responsabilidad restringida por edad y la eximente incompleta por ingesta de alcohol, realiza un control de proporcionalidad de la pena abstracta e impone un sanción de cuatro y la convierte en una de prestación de servicios. Cabe apuntar que, en este caso, es el juez quien hace un control de la sanción, pero también cabe advertir que el fiscal solicitó una pena de seis años, es decir, por debajo del mínimo. En relación a ello, cabe indicar que, si bien es cierto, existen atenuantes privilegiadas, el juez hizo un control de proporcionalidad de la sanción al aplicar tal sanción, en función a los fines de la pena, sobre todo si tuvo en cuenta que el procesado carecía de antecedentes penales.

En igual sentido, se pronuncia la jurisprudencia indicando que, siendo la edad de la persona, una que se encuentra comprendida dentro del artículo veintidós del Código Penal, la pena se puede reducir a cuatro años y luego convertirla en otro tipo de pena, que permita cumplir con sus fines. Así se apunta que “atendiendo a la corta edad del sentenciado y a la gravedad del delito cometido, el Tribunal Supremo, considera que no resulta de aplicación la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad, prevista en el artículo 57 del Código Penal, pues ello podría generar una falsa sensación de impunidad al sentenciado, reforzando su inclinación a la comisión del delito; de otro lado, la institucionalización penal a través de la efectividad a priori de la pena privativa de libertad, con la consiguiente prisionización, puede

generar un efecto de enculturación carcelaria que resulta contrario a los fines que persigue la pena.

Frente a este panorama, surge como alternativa idónea la conversión de la pena de cuatro años de privativa de libertad efectiva, por una pena de doscientos ocho jornadas de prestación de servicios a la comunidad, en aplicación del artículo 52 del código en mención, pues esta, permite al penado internalizar la gravedad de su condura y demostrar su voluntad de cambio a través del cumplimiento de los servicios comunitario” (Recurso de Nulidad N° 592-2022). Nuevamente aquí, el juzgador, hace un control constitucional de la pena abstracta para imponer una pena concreta, conforme al principio de proporcionalidad y razonabilidad, pues, como señala la doctrina, cuando la pena abstracta vulnera el principio de proporcionalidad, es el juez, al momento de la determinación concreta que debe hacer un control de esta en función del principio de proporcionalidad.

Con respecto al derecho comparado, advertimos que el Perú es el país que ha señalado penas más gravosas para el delito de robo agravado. En Costa Rica se ha establecido que “Se impondrá prisión de cinco a quince años, en los siguientes casos: 1) Si el robo fuere perpetrado con perforación o fractura de una pared, de un cerco, de un techo, de un piso, de una puerta o de una ventana, de un lugar habitado, o de sus dependencias; 2) Si fuere cometido con armas; y 3) Si concurriere alguna de las circunstancias de los incisos 1), 2), 4), 5), 6) y 7) del artículo 213. Los casos de agravación y atenuación para el delito de hurto, serán también agravantes y atenuantes del robo, y la pena será fijada por el juez, de acuerdo con el artículo 71. (Artículo 213). Como puede verse en el país centroamericano la sanción con respecto al delito de robo agravado no excede los 15 años, esto es en comparación con lo que sucede en el Perú una sanción- inclusive si nos situamos únicamente en el

primer párrafo del artículo 189 del Código Penal -marcadamente menor a la que se señala en el territorio nacional.

En Paraguay, el artículo 167 expresa que es robo agravado cuando "...1º Cuando el autor robara: 1. portando, él u otro participante, un arma de fuego; 2. portando, él u otro participante, un arma u otro instrumento o medio para impedir o vencer la resistencia de otro mediante la fuerza o amenaza con fuerza; 3. exponiendo, él u otro participante, a un tercero a un peligro presente para la vida o de una lesión grave conforme al artículo 112; o 4. como miembro de una banda que se ha formado para la realización continuada de robos y hurtos, y con la intervención de otro miembro de la misma, la pena privativa de libertad será de cinco a quince años" se advierte que, la misma sanción en su extremo mínimo y en el extremo máximo que contiene Costa Rica también lo ha considerado el legislador paraguayo, con lo cual nuevamente podemos percatarnos que este país sudamericano incorpora una sanción penal abstracta mucho más baja a la que se tiene en el Perú.

En Venezuela el delito de robo agravado que comparte algunas agravantes semejantes a las que se contienen el código penal peruano se establece también una pena por debajo de lo que considera legislador nacional aquí la pena en su extremo mínimo es de 7 años y eso estuvo máximo de 15 años esto es inclusive comparándolo con el primer párrafo del artículo 189 el extremo mínimo y el extremo máximo son 4 años inferiores a lo que sucede en el Perú pudiéndose observar claramente la tendencia marcadamente sobre criminalizadora y de aumento desmedido de penas que legislador peruano viene desarrollando. Su texto penal señala que: " ... Cuando alguno de los delitos previstos en los artículos precedentes robo y extorsión se haya cometido por medio de amenazas a la vida, a mano armada o por varias personas, una de las cuales hubiere estado manifiestamente

armada, o bien por varias personas ilegalmente uniformadas, usando hábito religioso o de otra manera disfrazadas, o si, en fin, se hubiere cometido por medio de un ataque a la libertad individual, la pena de presidio será por tiempo de ocho a dieciséis años; sin perjuicio de aplicación a la persona o personas acusadas, de la pena correspondiente al delito de porte ilícito de armas” (artículo 460).

En el Código Penal de Ecuador, el artículo 189 expresa que “...La persona que mediante amenazas o violencias sustraiga o se apodere de cosa mueble ajena, sea que la violencia tenga lugar antes del acto para facilitarlo, en el momento de cometerlo o después de cometido para procurar impunidad, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Si a consecuencia del robo se ocasionan lesiones de las previstas en el numeral 5 del artículo 152 se sancionará con pena privativa de libertad de siete a diez años”.

Se prescribe también que “Si el delito se comete sobre bienes públicos, se impondrá la pena máxima, dependiendo de las circunstancias de la infracción, aumentadas en un tercio. Si a consecuencia del robo se ocasiona la muerte, la pena privativa de libertad será de veintidós a veintiséis años. La o el servidor policial o militar que robe material bélico, como armas, municiones, explosivos o equipos de uso policial o militar, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años”. En Ecuador, las penas para el delito de robo agravado también son muchos menores en el Perú considerándose que por, ejemplo, si se comete lesiones leves para la comisión del delito de robo la pena no supera los diez años y tiene un extremo mínimo de siete; ahora bien, llama bastante la atención que, la pena -cuando se ocasiona la muerte a consecuencia de la sustracción producto de la violencia para cometer el delito de robo- en el Perú se tiene la pena de cadena

perpetua, mientras que en Ecuador la pena no supera los veintiséis años en su extremo máximo y en su extremo mínimo de veintidós años; lo cual nuevamente revela que en nuestro territorio nacional el legislador ha acogido una política criminal de penas excesivas sin analizar el bien jurídico que se protege y el grado de lesión a este.

En España el artículo 238 señala que “Son reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecuten el hecho cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1.º escalamiento; 2.º rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana; fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo; uso de llaves falsas; inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda”.

De la misma forma el artículo 240 prescribe que: “1. El culpable de robo con fuerza en las cosas será castigado con la pena de prisión de uno a tres años; 2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 235. El artículo 241 señala que: “1. El robo cometido en casa habitada, edificio o local abiertos al público, o en cualquiera de sus dependencias, se castigará con una pena de prisión de dos a cinco años. Si los hechos se hubieran cometido en un establecimiento abierto al público, o en cualquiera de sus dependencias, fuera de las horas de apertura, se impondrá una pena de prisión de uno a cinco años”

El artículo 242 prescribe: “1. El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase. 2. Cuando el robo se cometa en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en

cualquiera de sus dependencias, se impondrá la pena de prisión de tres años y seis meses a cinco años”.

En España también las sanciones son bastante proporcionales con respecto al bien jurídico que se protege principalmente que es el patrimonio, ya que, cuando se regulan agravantes semejantes a las que se encuentran en el artículo 189 del Código Penal peruano, la pena no supera los cinco años teniendo un extremo mínimo de 2 años; ahora bien, también -al igual que el Perú- se ha trabajado distintas niveles de agravantes y el artículo 241 del Código Penal español contiene varias de las agravantes también contenidas en el código penal peruano y la pena nuevamente es de dos a cinco años.

Lo mismo sucede en el artículo 242 donde se describen otros agravantes y la pena nuevamente es considerada de dos a cinco años. La conducta con mayor sanción es el robo cometido en casa vitara en donde la pena es de tres años y seis meses hasta cinco años.

V. CONCLUSIONES

1. El robo es un delito que protege principalmente al patrimonio y que contiene un sin número de agravantes que han sido detalladas por el legislador para hacer alusión a las circunstancias que representan un mayor contenido de lesividad y un mayor grado de culpabilidad del autor, varias de las cuales han sido analizadas por la doctrina y la jurisprudencia pues presentan ciertas dificultades para la interpretación de su alcance típico. Con respecto a la sanción penal que el legislador ha señalado para el robo agravado, esta se ha ido incrementando de forma exorbitante llegando en la actualidad tener una pena abstracta que en su extremo mínimo es cuatro veces más que la sanción establecida en el texto original del Código de 1991, estableciéndose una pena en el primer párrafo de 12 a 20 años y en el segundo párrafo de 20 a 30 años, así como la cadena perpetua en su fórmula más agravada del tercer párrafo. Todas estas penas son mayores a la sanción que se ha establecido para el homicidio simple.
2. El principio de proporcionalidad debe entenderse como la estricta coherencia que debe existir entre la lesión al bien jurídico y el grado de lesión a este con relación a la reacción punitiva que El estado despliega; es decir, debe existir una congruencia entre la dañosidad de la acción delictiva y la sanción que legislador para considerado castigar el delito, ello también debe ser observado por el juez al momento de imponer una pena concreta. El principio de proporcionalidad no solamente se lesiona cuando se impone una pena excesiva a nivel legislativo o en un caso concreto por el juez, sino también cuando la sanción que se establece a nivel judicial o a nivel legislativo es reducida con respecto al grado de lesividad de la acción ilícita, por lo que, la correspondencia que debe existir entre

el daño por la conducta y la sanción que se establece o se impone tiene como fundamento el cumplimiento del fin resocializador de la pena, de ahí que si se estipula o se impone una sanción desproporcionada entonces esa pena no cumplirá el fin preventivo resocializador que se busca.

3. La sanción penal establecida en el delito de robo agravado vulnera el principio de proporcionalidad habida cuenta que, si se compara con la sanción estipulada en el delito de homicidio simple, se advierte que el extremo mínimo de este delito es la mitad de lo que corresponde para el delito de robo agravado en su primer párrafo, ello es incoherente debido a que, como ha apuntado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la abundante doctrina, un delito que protege principalmente el patrimonio no puede tener una pena más grave que aquel delito que tutela un bien jurídico de mayor trascendencia como es la vida humana independiente; sin embargo el legislador no ha tenido en cuenta el principio de proporcionalidad, tampoco ha observado el grado de lesividad y la importancia del bien jurídico, sino que ha respondido a una política criminal de tendencia marcadamente reaccionaria cuyas acciones se reducen a la sobre criminalización de conductas y al aumento desmedido sin razonabilidad de las sanciones penales.
4. Las sanciones penales que se imponen en otras latitudes por la comisión del delito contra el patrimonio específicamente robo agravado, son marcadamente menores en comparación a las penas que ostenta el delito de robo agravado en el Perú, ello aunado al pronunciamiento del Tribunal Constitucional con respecto a la vulneración de la proporcionalidad en el establecimiento de la pena para el delito de robo con agravantes, ponen de manifiesto la obligación que tienen los jueces de hacer un control constitucional de las sanciones establecidas y regularlas conforme a los principios de legalidad lesividad culpabilidad y sobre todo proporcionalidad;

así como el deber del legislador de alejarse de los fines populistas y regular penas que respeten el principio de proporcionalidad para que así tengan utilidad en la resocialización.

VI. RECOMENDACIONES:

1. Se recomienda a los aplicadores de la ley que, cuando deban realizar la determinación de la pena concreta a imponer, no tomen la pena abstracta sin mayor análisis, sino que, sometan esa pena legal al análisis conforme al principio de proporcionalidad la sanción penal, pues solo así se podrá lograr el fin resocializador de la pena.
2. El legislador debe modificar la sanción del robo agravado de la siguiente manera:

Artículo 189:

La pena será **no menor de tres ni mayor de doce** años si el robo se comete:

(...)

La pena será **no menor de cinco ni mayor de quince** años si el robo es cometido

(...)

La pena será **no mayor de veinte** años cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización criminal, o si, como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental

Referencias

ALBERTO DONNA, E. (1996). *TEORIA DEL DELITO Y DE LA PENA*. BUENOS AIRES: ASTREA.

Almanza Altamirano, F., & Peña Gonzales, O. (2010). *TEORIA DEL DELITO :MANUAL PRACTICO PARA SU APLICACION EN LA TEORIA DEL CASO* . LIMA: ASOCIACION PERUANA DE CIENCIAS JURIDICAS Y CONCILIACION.

BACIGALUPO, E. (1996). *MANUAL DE DERECHO PENAL - PARTE GENERAL* . Santa Fe de Bogota: EDITORIAL TEMIS S.A.

CASACIÓN , N.º 993-2019 (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA 09 de MARZO de 2022).

CLERICO, L. (2009). *EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONALIDAD*. BUENOS AIRES: CEUDEBA.

Garrido Montt, Mario, 2003, Derecho Penal, Parte general. Tomo II. Tercera Edición Actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile,

Hans-Heinrich Jescheck, T. (2014). *TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL* . LIMA: INSTITUTO PACIFICO.

IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE TRANSITORIAS y ESPECIAL, ACUERDO PLENARIO N° 1-2008/CJ-116 (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA 18 de JULIO de 2008).

Klatt, M. (2017). *LA PROPORCIONALIDAD COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL UNIVERSAL*. MEXICO: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS.

LOPEZ CANTORAL, E. (27 de OCTUBRE de 2018). *PASION POR EL DERECHO*. Obtenido de La determinación legal, judicial y ejecutiva de la pena: <https://lpderecho.pe/determinacion-legal-judicial-ejecutiva-pena/#:~:text=Finalmente%2C%20la%20determinaci%C3%B3n%20de%20la,autor%20en%20concreto%5B3%5D>.

- Meini, I. (2013). La pena:Funcion y presupuestos . *DERECHO PUCP*, 141-167.
- MIR PUIG, S. (1982). *FUNCION DE LA PENA Y TEORIA DEL DELITO EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO*. BARCELONA: BOSCH.
- Mir Puig, Derecho Penal Parte General, cit. nota nº 1, p. 92 y 93; Luzón Peña, Diego, Curso de Derecho Penal, cit. nota nº24, p. 85.
- Paredes Infazon, J., & Pinedo Sandoval, C. (2013). *ROBO Y HURTO*. LIMA: GACETA JURIDICA.
- Quintero Olivares, Gonzalo, 1982, "Acto, resultado y proporcionalidad". En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XXXV, Fase. II, Mayo- Agosto
- Prado Manrique, B. V. (2021). La Política Criminal y criminología en el Peru : Encuentros y desencuentros . *Repositorio PUCP*.
- Silva Sanchez, Jesús María, 2007, "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo." En *Indret, Revista para el Análisis del Derecho* N°2, En: <http://www.indret.com>
- REATIGUI SANCHEZ, J. (2016). *TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL*. LIMA: LEGALES INSTITUTO.
- Rodriguez Romero, A. V. (2019). El incremento de la sanción penal y la prevención del delito de robo agravado en el Distrito Judicial de Lima Norte, 2018. *TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL*. Universidad Cesar Vallejo, LIMA.
- SALA PENAL PERMANENTE CASACION, 626 (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA 30 de JUNIO de 2015).
- SENTENCIA DE PLENA CASATORIA, N°01-2018 (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA 18 de DICIEMBRE de 2018).

Tito Huimpiri, J. L. (17 de octubre de 2022). *Determinacion Judicial de la Pena*.

Obtenido de Plataforma del Estado Peruano:

https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiLzeX0sfCEAxWTK7kGHXyaC0YQFnoECBEQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.mpfm.gob.pe%2Fescuela%2Fcontenido%2Factividades%2Fdocs%2F4067_determinaciondelapena.pdf&usg=AOvVaw3n4Z-3WLo