

UNIVERSIDAD ANDINA
“SIMÓN BOLÍVAR”
Sede: La Paz – Bolivia



ÁREA DE DERECHO

Curso de Maestría en
DERECHO PENAL Y
DERECHO PROCESAL PENAL

“NECESIDAD DE LIMITAR EL ARBITRIO
JUDICIAL EN LA DETERMINACIÓN
DE LA PENA”

Alumno:
NICOLÁS CUSICANQUI MORALES

La Paz – Bolivia

2010

**A la memoria de:
Benjamín Miguel Harb
Profesor Emérito – U. M. S. A.
Universidad Mayor de San Andrés
Facultad de Derecho La Paz – Bolivia**

(1926 – 2008)

ÍNDICE

	Página
1. INTRODUCCIÓN	1
2. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	1
Delimitación temática	
Delimitación temporal	
Delimitación Espacial	
3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	3
4. JUSTIFICACIÓN	4
Valor teórico de la investigación	
Valor Practico de la investigación	
Valor Económico de la investigación	
5. OBJETIVOS	5
Objetivos Generales	
Objetivos específicos	
6. PLANTEAMIENTO DE LA HIPÓTESIS	5
7. VARIABLES	6
8. METODOLOGÍA	6
Métodos Generales	
Métodos Específicos	
9. TIPO DE INVESTIGACIÓN	7
10. TÉCNICAS	7
CAPÍTULO I: TEORÍA GENERAL DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA	8
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	9
Primera etapa: la determinación de la pena no tiene ninguna regla	9
Segunda etapa: la determinación de la pena tiene reglas aunque todavía existe el arbitrio judicial para su fijación.	1
	0
2. CONCEPTO DE DETERMINACIÓN DE LA PENA	13

Características de la determinación de la pena	14
3. MOMENTOS O ETAPAS DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA	14
4. SISTEMAS DE DETERMINACIÓN DE LA PENA	15
Sistema de determinación legal absoluta o de total determinación	15
Sistema de indeterminación judicial relativa o de parcial determinación	16
Sistema de indeterminación legal absoluta o de indeterminación de la pena	16
Sistema flexible	16
5. CRITERIOS QUE RIGEN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA	17
6. ELEMENTOS A CONSIDERAR EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA	19
El grado de culpabilidad	20
La calidad de los motivos del autor	20
La gravedad del delito	20
La forma de ejecución del hecho	22
Las circunstancias del ilícito	23
La personalidad del procesado	24
La relevancia de la conducta previa y posterior al hecho	24
La intervención de la víctima	2
	5
Las circunstancias personales del autor	26
La conducta precedente	2
	7
7. PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE RIGEN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA	30
Principios generales de determinación de la pena	30
Principio de humanidad de la pena	30
Principio de proporcionalidad de la pena	31
Principio de culpabilidad	32
Principio de legalidad	3
	2
Principio de personalidad de la pena	33
Principio de prohibición de doble valoración	33
Principios procesales de determinación de la pena	34
Se debe fundar en la subsunción y abducción	34
El principio pro homine	35
Debe tomar en cuenta todo lo probado ya sea por subsunción o por abducción	36
Necesidad de contradictoriedad para dictar la sentencia	36
Principio de congruencia de la sentencia	37
Principio de motivación de la sentencia	37

8.	ELEMENTOS SUSTANCIALES DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL DICTADO DE SENTENCIA	37
	Los requisitos	
	Los motivos	
	La fundamentación de cada motivo	
9.	OBLIGACIÓN DE MOTIVAR LA SENTENCIA CON RESPECTO A LA DETERMINACIÓN DE LA PENA DEL PROCESADO	38
10.	PORQUE SE DEBE FUNDAMENTAR LA SENTENCIA PENAL SOBRE DETERMINACIÓN DE LA PENA	40
	Dar cumplimiento practico a los principios procesales de publicidad y oralidad	40
	Porque tiene un fin justificativo de la pena	41
11.	LA VALORACIÓN DE LA PERSONALIDAD DEL PROCESADO EN LA FIJACIÓN DE LA PENA ES UN ARBITRIO DEL JUEZ REGLADO	42
	CAPÍTULO II: ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN PENAL RELATIVA AL TEMA Y LEGISLACIÓN COMPARADA	46
1.	LA TEORÍA DE LA PENA QUE SIGUE LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA	47
		48
	Clasificación de las penas	
	Elementos a considerar en la determinación de la pena en la legislación penal boliviana	48
	Elementos propiamente relativos a la personalidad del procesado	5
		1
	Elementos relativos a la víctima del delito	55
	La Obligación de motivar la sentencia con respecto a la determinación de la pena en la legislación procesal boliviana	55
	La obligación de fijar la pena de acuerdo a los fines de la pena en la legislación penal	57
2.	LEGISLACIÓN COMPARADA	58
	Legislación argentina (código penal argentino. Ley 11.179 - texto ordenado por decreto 3992/84 código penal buenos aires, 21 de diciembre de 1984 boletín oficial, 16 de enero de 1985)	58
	Legislación mexicana (código penal federal de los estados unidos de México con las reformas del 2004. Ley publicada en el diario oficial de la federación el 14 de agosto de 1931)	60
	Legislación del Perú (código penal del Perú decreto legislativo nº 635. Promulgado el 3 de abril de 1991)	63
	CAPITULO III: RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN	67

1.	CARACTERÍSTICAS DE LA INVESTIGACIÓN	68
2.	TIPO DE INVESTIGACIÓN	68
3.	SUJETOS DE LA INVESTIGACIÓN	68
4.	UNIVERSO POBLACIONAL	69
5.	DETERMINACIÓN DE MUESTRA	71
6.	DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	73
7.	PROCEDIMIENTO	74
8.	VALORACIÓN DE SENTENCIAS	74
9.	VALORACIÓN DE SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES DE SENTENCIA DE LA CIUDAD DE LA PAZ	76
10.	VALORACIÓN DE SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES DE SENTENCIA DE LA CIUDAD DE SANTA CRUZ	81
11.	CRUZAMIENTO DE DATOS	85
12.	VALORACIÓN DE ENCUESTAS	86
	CAPITULO IV: PROPUESTA LEGISLATIVA	99
	CONCLUSIONES	103
	BIBLIOGRAFÍA	108

**NECESIDAD DE LIMITAR EL ARBITRIO
JUDICIAL EN LA DETERMINACIÓN
JUDICIAL DE LA PENA**

INTRODUCCIÓN

NECESIDAD DE LIMITAR EL ARBITRIO JUDICIAL EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

1. INTRODUCCIÓN

La individualización o determinación de la pena es el acto mediante el cual el juez fija las consecuencias de un delito. Se trata de un acto complejo, en el cual, según las disposiciones legales, se debe dar cumplimiento a las diferentes funciones de la reacción penal estatal frente a la comisión de un hecho punible.

Para ello, y por estar así previsto por nuestra ley penal, el juzgador está obligado a tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho, tal cual señala el Artículo 37 del Código Penal Boliviano (CPB) que dispone:

Artículo 37.- (Fijación de la Pena) Compete al juez, atendiendo la personalidad del autor, la mayor o menor gravedad del hecho, las circunstancias y las consecuencias del delito:

- 1. Tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho, en la medida requerida para cada caso.*
- 2. Determinar la pena aplicable a cada delito, dentro de los límites legales.*

Este proceso de individualización de la pena señalado por el Código Penal, tropieza en la práctica judicial, ya que nuestra ley penal, refiere a dos parámetros para determinar la pena, por un lado el Art. 13 que señala *que la culpabilidad y no el resultado es el límite de la pena*, es decir fundada específicamente en la culpabilidad del sujeto. Por otro lado, el Art. 25 -siguiendo a la Escuela Positiva- establece que *la pena tiene como fines la enmienda y readaptación social del delincuente, así como el cumplimiento de de las funciones preventivas en general y especial*. Es decir, el fin de la pena para nuestro sistema penal, es el corregir al delincuente y al mismo tiempo hacer conocer a la sociedad cuales son las consecuencias del delito.

En la práctica judicial, se impone la pena por la culpabilidad del sujeto, sin embargo, no se compatibiliza la sentencia con los fines de la pena, es decir, se olvida que la misma también debe tener el carácter de enmienda, readaptación y prevención general.

De hecho, la fundamentación judicial del proceso de medición de la pena en los Juzgados y Tribunales de Sentencia, no explican cómo se compatibilizará el *quantum* de la pena con el fin previsto en el art. 25 del Código Penal. Incluso más: las sentencias judiciales rara vez aluden siquiera a la consideración de algún fin preventivo en la determinación del castigo. En cualquier caso, la concepción de una culpabilidad orientada a la prevención tiene una escasa recepción en la jurisprudencia.

De tal forma que los criterios de individualización de la pena señalados en la parte general del Código Penal, resultan ser difusos en la práctica, con lo que se deja al libre arbitrio del juez la aplicación de los contenidos previstos en el art. 13, 25, 36, 37 y 38 del Código Penal, por ello la investigación pretende delimitar la individualización judicial de la pena, evitando que el momento final del proceso penal sea librado solamente al prudente criterio y conciencia del juez que impone una pena.

2. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA

La investigación se enmarca dentro del Derecho Penal, tomándose en cuenta el Derecho de Ejecución Penal y la Penología.

Dentro del Derecho Penal, porque es aquella parte del Derecho Interno Público que estudia al delito y a la pena como legítima consecuencia de éste.

Dentro del Derecho de Ejecución por ser aquella rama del Derecho que es el conjunto de normas referidas a la ejecución de las penas y sus aspectos administrativos conexos.

Dentro de la Penología por ser aquella ciencia que estudia las penas y las medidas de seguridad, su contenido y alcance.

2.2. DELIMITACIÓN TEMPORAL

La investigación se circunscribirá a las gestiones 2006 a 2008, para fines de trabajo de campo.

2.3. DELIMITACIÓN ESPACIAL

La investigación se circunscribirá, a las ciudades de La Paz y Santa Cruz, por ser las urbes de mayor numero de proceso penales.

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El problema de investigación tiene las siguientes cuestionantes:

- ☞ ¿Qué principios rectores existen en la determinación judicial de la pena?
- ☞ ¿La determinación judicial de la pena, estará sujeta al libre arbitrio del juzgador?
- ☞ ¿Existirá contradicción entre la culpabilidad como fundamento y criterio de determinación de la pena, con los fines de enmienda, readaptación social, prevención general y prevención especial que señala la ley penal?
- ☞ ¿Qué criterios rectores aplican los jueces penales para determinar la pena a un caso en concreto?
- ☞ ¿La determinación judicial de la pena deberá estar condicionada a los fines preventivos de la pena?

De las anteriores cuestionantes, se deducen los siguientes problemas generales a resolver en la investigación:

- ☞ *¿La determinación judicial de la pena, estará sujeta al libre arbitrio judicial?*
- ☞ *¿La imposición de la pena estará condicionada a los fines preventivos de la pena?*

4. JUSTIFICACIÓN

La justificación de la investigación deriva de los siguientes aspectos:

4.1. VALOR TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN

El valor teórico de la investigación deriva en el análisis de los elementos para la determinación de la pena de distintas corrientes y Teorías, buscando unificarlas en un todo coherente, para orientar al Juez o Tribunal de materia penal que aplica la pena a un caso en concreto.

4.1. VALOR PRÁCTICO DE LA INVESTIGACIÓN

El valor práctico de la investigación deviene de los siguientes aspectos:

- ⌘ Lograr a futuro la aplicación de los fines de la pena señalados por el Código Penal, en la fundamentación de la Sentencia.
- ⌘ La investigación pretende que los tribunales incluyan explícitamente valoraciones preventivas en la cuantificación de la pena, pues tales valoraciones están en la base de la legitimidad de la pena estatal, aspecto excluido en la realidad actual.
- ⌘ La aplicación de los fines preventivos de la pena redundaran en beneficio del procesado.
- ⌘ Se limitará el libre arbitrio del juez, en la determinación judicial de la pena.
- ⌘ Considerando las magnitudes penales en juego (derecho a la libertad del procesado) y la complejidad que de suyo importa el juicio de determinación de la pena, la investigación que se pretende realizar resulta imprescindible para que los jueces penales fundamenten su decisión sobre la pena en base a una orientación clara y no sujeta a su propio criterio. Las normas con cláusulas abiertas dan lugar arbitrio judicial, en cambio las normas con cláusulas cerradas, dan lugar a que los jueces tengan que enmarcarse dentro de ellas.
- ⌘ La legislación actual muestra que urge limitar el libre arbitrio en la determinación judicial de la pena, ya que las reglas genéricas que contiene nuestro código Penal, dan lugar que el juez tenga que aplicar su prudente

criterio, muchas veces sancionado gravemente al proceso y en otras ocasiones, dejando de sancionar a quien se lo merece.

4.2. VALOR ECONÓMICO DE LA INVESTIGACIÓN

El valor económico de la investigación es inestimable porque no se puede cuantificar el valor de la determinación por un juez o tribunal de un grado de penalidad a un caso concreto.

5. OBJETIVOS

Los objetivos que se plantea la investigación son:

5.1. OBJETIVOS GENERALES

- ∞ Demostrar que la determinación judicial de la pena está sujeta al libre arbitrio judicial
- ∞ Demostrar que la imposición de la pena no está condicionada a los fines preventivos de la pena

5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- ∞ Determinar cómo se fija la pena en la práctica judicial boliviana
- ∞ Analizar la Teoría sobre la determinación judicial de la pena
- ∞ Analizar la legislación comparada sobre determinación judicial de la pena
- ∞ Determinar las reglas y principios con que se debe fijar la pena.

6. PLANTEAMIENTO DE LA HIPÓTESIS

Las hipótesis que se plantea la investigación:

HIPÓTESIS 1:

“LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA ESTA SUJETA AL LIBRE ARBITRIO JUDICIAL”

HIPÓTESIS 2:

“LA IMPOSICIÓN DE LA PENA NO ESTÁ CONDICIONADA A LOS FINES PREVENTIVOS DE LA PENA”

7. VARIABLES

7.1. VARIABLE INDEPENDIENTE DE LA HIPÓTESIS 1

∞ Determinación Judicial de la Pena

7.2. VARIABLE DEPENDIENTE DE LA HIPÓTESIS 1

∞ Está Sujeta Al Libre Arbitrio Judicial

7.3. VARIABLE INDEPENDIENTE DE LA HIPÓTESIS 2

∞ Imposición de la Pena

7.4. VARIABLE DEPENDIENTE DE LA HIPÓTESIS 2

∞ No está condicionada a los fines preventivos de la pena

8. METODOLOGÍA

8.1. MÉTODOS GENERALES

∞ Método deductivo

Porque se organizará el desarrollo de la investigación de lo general a lo particular, además para detallar el objeto de estudio de lo amplio o general a los particular o preciso.

∞ Método inductivo

Porque del análisis específico de algunos casos de la realidad boliviana (revisión de sentencias sobre determinación judicial de la pena) se llegaran a conclusiones generales.

8.2. MÉTODOS ESPECÍFICOS

- ∞ Método dogmático jurídico
Porque se realizará un análisis del alcance y contenido de las normas positivas sobre el objeto de investigación.
- ∞ Método analítico
Porque se realizara una disección o separación de los elementos que componen el objeto de estudio
- ∞ Método comparativo.
Este método plantea comparar las legislaciones sobre el objeto de investigación. En el caso se estudio se comparará: las reglas, principios y procedimiento sobre determinación judicial de la pena.

9. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La investigación que se pretende realizar será: de tipo descriptiva y propositiva. Descriptiva, porque se realizo un estudio de las distintas partes, elementos y rasgos de la determinación judicial de la pena.

Propositiva, porque se realiza una propuesta legislativa de solución al final de la investigación al problema general planteado.

10. TÉCNICAS

Para la investigación de campo se aplicará como técnicas:

- ∞ La documental para la revisión de la bibliografía
- ∞ Las encuestas, eligiéndose para la elaboración de éstas las preguntas cerradas y abiertas.

CAPÍTULO I

TEORÍA GENERAL DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

CAPÍTULO I

TEORÍA GENERAL DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El desarrollo histórico de la determinación de la pena atraviesa por las siguientes etapas:

- A) **PRIMERA ETAPA:** La determinación de la pena no tiene ninguna regla
- B) **SEGUNDA ETAPA:** La determinación de la pena tiene reglas precisas

A) **PRIMERA ETAPA:** La determinación de la pena no tiene ninguna regla.

Se debe tomar en cuenta, que como mínimo hasta finales de siglo XIX, las legislaciones de entonces no establecían reglas en la determinación de la pena, ya que en este periodo histórico rige la idea esencial de *"la custodia o guarda del reo hasta que llegue el momento del juicio o de la ejecución de la pena"*,¹ su correspondencia con los intereses sociales y concepción de la sociedad es perfecta, porque tanto el Derecho Punitivo de las antiguas sociedades, como la medieval y con escasa medida con la renacentista moderna, no tienen necesidad de reglas para la determinación de la pena.

Serán necesarias profundas mutaciones para que se establezcan reglas en la determinación de la pena, y se fijaran reglas debido a:

- ☛ El desprestigio que comienza a gozar las penas ejemplarizadoras. Ya que los castigos supremos como la pena de muerte, destierro o castigos corporales en contra de los delincuentes, van perdiendo su esencia intimidadora.

¹ GARCÍA, Valdez Carlos: Teoría de la Pena. Ed. Tecnos S.A. Madrid España. 1987. Pág. 68.

- ☞ La sensibilidad humana tiende a sustituir las penas crueles con otras penas, como la privación de libertad.
- ☞ La labor del positivismo criminológico que añade a los elementos del derecho penal al delincuente.²

B) **SEGUNDA ETAPA:** La determinación de la pena tiene reglas aunque todavía existe el arbitrio judicial para su fijación.

El establecimiento de reglas en la determinación de la pena, surge recién en el Siglo XIX y se consolidará en el Siglo XX, donde se establecen las reglas para fijar la pena.

En ese sentido, la Escuela Italiana durante el Siglo pasado, incluye la regla de la valoración de la personalidad, como necesidad inaplazable para el logro de una verdadera justicia penal. Por ello Garófalo hizo hincapié en lo siguiente: *“La ley que ha establecido las formas de los delitos con predominio del elemento objetivo, no se preocupa casi nunca del delincuente y olvidan que lo único que justifica la represión penal es la defensa social. El sistema del procedimiento debe dirigirse al mismo fin preventivo que el Código en que las penas se establecen y a la valoración de la personalidad del delincuente, para que las amenazas legislativas pueden producir efectos sobre los delincuentes”*.³

Como ejemplo de la fijación de reglas para la determinación de la pena, se tiene el Código Penal Español de 1822 que recogía como reglas para la determinación de la pena, lo dispuesto en el Capítulo cuarto del Título Preliminar y donde correspondía al Juez declarar la *“la mayor ó menor gravedad, y al mayor ó menor número de circunstancias que agraven ó disminuyan el delito”*.⁴ Sin embargo, aun se mantenía el arbitrio judicial.

² GARCÍA, Valdez Carlos: Ob. Cit. Pág. 69.

³ LEÓN ORTIZ, Andrés: Teoría de la Pena. Ediciones de la Universidad Abierta. México D.F. México. 2000. Pág. 56.

⁴ LEÓN ORTIZ, Andrés: Op. Cit. Pág. 58, 59. Por otra parte, se tenía que el Art. 102 del Código Penal Español de 1822, graduaba la pena según el grado del injusto penal cometido así distinguía que: "Al delito en primer grado se aplicará el máximo de la pena señalada en la ley, pudiendo el juez de derecho disminuirlo hasta una sexta parte menos del total. Al delito en segundo grado se aplicará el término medio del mínimo y máximo señalados por la ley, pudiendo el juez de derecho aumentar ó disminuir el término medio hasta una sexta parte del máximo. Al delito en tercer grado se aplicará el mínimo, ó se aumentará este hasta una sexta parte más del

Posteriormente, el Código Penal Español de 1848 para mejorar la sistemática del Código penal de 1822, en relación a la determinación de la pena, recoge siete reglas:

- 1^a. *Cuando en el hecho no concurrieren circunstancias agravantes ni atenuantes, impondrán la pena señalada por la ley en su grado medio.*
- 2^a. *Cuando concurriere solo alguna circunstancia atenuante, la impondrán en su grado mínimo.*
- 3^a. *Cuando concurriere solo alguna circunstancia agravante, la impondrán en el grado máximo.*
- 4^a. *Cuando concurrieren circunstancias atenuantes y agravantes, las compensarán racionalmente para la designación de la pena, graduando el valor de unas y otras.*
- 5^a. *Cuando sean dos ó más, y muy calificadas las circunstancias atenuantes, y no concurra ninguna agravante, los Tribunales impondrán la pena inmediatamente inferior á la señalada por la ley en el grado que estimen correspondiente, según el número y entidad de dichas circunstancias.*
- 6^a. *Cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes, los Tribunales no podrán imponer pena mayor que la designada por la ley en su grado máximo.*
- 7^a. *Dentro de los límites de cada grado, los Tribunales determinarán la cuantía de la pena, en consideración al número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes, y á la mayor ó menor extensión del mal producido por el delito⁵.*

El Código Penal Español de 1932, mantiene la regla de arbitrio judicial para fijar la pena, así el artículo 67 disponía que: "En los casos en que la pena señalada por la Ley contenga tres grados, los Tribunales observarán para su aplicación, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las reglas siguientes:

- 1^a. *Cuando en el hecho no concurrieren circunstancias agravantes ni atenuantes, impondrán la pena señalada por la Ley en su grado medio.*
- 2^a. *Cuando concurriere sólo alguna circunstancia atenuante, la impondrán en el grado mínimo.*
- 3^a. *Cuando concurriere sólo alguna circunstancia agravante podrán imponerla en su grado máximo.*

máximo señalado en la ley; dejándose este arbitrio al prudente juicio de los jueces de derecho, según la mayor ó menor gravedad que resulte".

⁵ LEÓN ORTIZ, Andrés: Op. Cit. Pág. 60 a 61

4^a. Cuando concurrieren circunstancias atenuantes y agravantes, las compensarán racionalmente para la designación de la pena, graduando el valor de unas y otras.

5^a. Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes, o una sola muy calificada, y no concurra agravante alguna, los Tribunales podrán imponer la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en el grado que estimen correspondiente, según la entidad y número de dichas circunstancias.

6^a. Cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes, los Tribunales no podrán imponer pena mayor que la designada por la Ley en su grado máximo, salvo en el caso en que concurra la agravante decimocuarta del artículo 10 (reincidencia) en que será posible aplicar la pena inmediatamente superior en el grado que estimen conveniente.

7^a. Dentro de los límites de cada grado, los Tribunales determinarán la cuantía de la pena, en consideración al número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito.⁶

El Código Penal Español de 1995 reduce las reglas anteriores a cuatro:

1^a. Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurran unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia.

2^a. Cuando concurra sólo alguna circunstancia atenuante, los Jueces o Tribunales no podrán rebasar en la aplicación de la pena la mitad inferior de la que fije la Ley para el delito.

3^a. Cuando concurran una o varias circunstancias agravantes, los Jueces o Tribunales impondrán la pena en la mitad superior de la establecida por la Ley.

4^a. Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy calificada, los Jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias.⁷

⁶ LEÓN ORTIZ, Andrés: Op. Cit. Pág. 64.

⁷ LEÓN ORTIZ, Andrés: Op. Cit. Pág. 70 a 71.

2. CONCEPTO DE DETERMINACIÓN DE LA PENA

Existen diferentes conceptos sobre la determinación de la pena, seguidamente se analizan los más relevantes:

De acuerdo a Fidel Rojas Vargas la determinación de la pena es *"...el acto mediante el cual el Juez fija las consecuencias de un delito a un caso concreto."*⁸

Por su parte para Henry Vera Ortiz siguiendo al Código Penal Alemán señala *"que la determinación de la pena no es otra cosa que la cuantificación de la culpabilidad"*.⁹

Jeschek define la determinación de la pena ó individualización de la pena como *"...la fijación de las consecuencias jurídicas del delito, que comprende tanto la elección de la sanción y, en su caso la resolución respecto de la suspensión condicional de una pena o medida de seguridad"*.¹⁰

Santiago Mir Puig define a su vez la *"determinación de la pena como la fijación de la pena que corresponde al delito, refiriendo que esto además afecta tanto a la decisión de la clase de pena que ha de imponerse, como a la cantidad de la que se señale, sosteniendo además que en un sentido amplio la determinación de la pena incluye a su vez la decisión acerca de la suspensión de la pena o su sustitución por otras penas o por medidas de seguridad"*.¹¹

Por su parte Patricia Ziffer sostiene que la determinación de la pena es *"...el acto mediante el cual el Juez fija las consecuencias de un delito"*, refiriendo que en contra de lo que parece indicar su designación, *"...no se trata únicamente de la elección de la clase y monto de la pena, sino que el concepto hace referencia también a cuestiones que se relacionan con el modo de ejecución de la pena establecida, tales como la ejecución de la suspensión, el cumplimiento en un establecimiento determinado o bajo ciertas condiciones, la imposición de deberes especiales, la indemnización del daño o la forma de pago de la multa, entre otras. Se trata de un acto complejo, en el cual, según las*

⁸ ROJAS VARGAS, Fidel: Código Penal 16 Años de Jurisprudencia Sistematizada. Tomo I Parte General. IDEMSA Lima – Perú. Octubre 2007. Pág. 213.

⁹ ROJAS VARGAS, Fidel: Op. Cit. Pág. 210.

¹⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich: Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Edición New Inglad. Granada España. Diciembre 2002. Pág. 145.

¹¹ MIR PUIG, Santiago: Derecho Penal Parte General 7a Edición. Editorial B de F Montevideo. Buenos Aires Argentina. 2004. Pág. 190.

*disposiciones legales, se debe dar cumplimiento a las diferentes funciones de la reacción penal estatal frente a la comisión de un hecho punible”.*¹²

2.1. CARACTERÍSTICAS DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

De acuerdo a las definiciones vertidas se tienen las siguientes características:

Es un acto lógico jurídico mediante el cual el Juez fija las consecuencias de un delito a un caso concreto.

- ∞ Es un acto del Juez por el cual se realiza la elección de la clase, monto y modo de ejecución de la pena impuesta.
- ∞ Es un acto del Juez que abarca también la suspensión de la pena, su sustitución por otra pena o por unas medidas de seguridad.
- ∞ En sentido amplio es la identificación de los criterios que deben orientar la decisión y la fijación de cuáles son las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta y cuáles pueden ser descartadas en un caso concreto de determinación de la consecuencia de la comisión de un delito.

3. MOMENTOS O ETAPAS DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

En el proceso de determinación de la pena generalmente se reconoce tres etapas o momentos que son:

∞ Determinación de la pena legal

La determinación a nivel Legislativo, es la que practica el legislador al crear una ley formal, donde establece una determinada pena a una conducta específica.

¹² ZIFFER, Patricia. El deber de fundamentación de las resoluciones judiciales y la determinación de la pena. En Revista Peruana de Ciencias Penales N° 06. Editorial Juris Praxis. Lima Perú. 2003. Pág. 841.

Así el legislador señala la pena o medida de la pena en cada delito, de un modo general y abstracto.

Aquí se toma en cuenta las especificaciones del tipo y las pautas de la Parte General de los Códigos Penales.

∞ Determinación de la pena judicial

La determinación a nivel Judicial: es la realizada por el Juez que impone la pena correspondiente a cada caso, entre el mínimo y el máximo establecido por el legislador.

Se delega así al Juez el grado de precisión que el legislador no pudo darle, pues depende de las circunstancias concretas de cada individuo y su caso.

∞ Determinación de la pena ejecutiva o administrativa

La determinación de la pena ejecutiva o administrativa: se produce al ejecutar la condena, la que puede variar en su monto o duración.

Comprende así esta etapa, todas aquellas medidas relativas al tratamiento penitenciario.

4. SISTEMAS DE DETERMINACIÓN DE LA PENA

Cada Estado, según su política criminal y sistema penal adopta un sistema de determinación de la pena que se funda en reglas absolutas, sin margen para el arbitrio judicial (penas absolutamente predeterminadas) y las reglas relativas o flexibles que dan un margen al Juez para fijar la pena al caso concreto, de ello deviene que existen los siguientes sistemas jurídicos para las determinación de la pena.

4.1. SISTEMA DE DETERMINACIÓN LEGAL ABSOLUTA O DE TOTAL DETERMINACIÓN

En este sistema el legislador a través de la Ley establece y determina la pena y ella es fija para cada uno de los delitos con cláusula cerrada. Si bien de este modo se respeta el principio de legalidad, se desatiende en cambio los principios de igualdad.

4.2. SISTEMA DE INDETERMINACIÓN JUDICIAL RELATIVA O DE PARCIAL DETERMINACIÓN

En este sistema el Juez se limita a indicar en su sentencia condenatoria un mínimo y un máximo de pena a cumplir, pero sin ningún tipo de cuantificación concreta. El monto final de la pena se fijará en la etapa de ejecución de la sentencia, a cargo de la administración carcelaria. Este es el sistema adoptado por el derecho anglosajón

4.3. SISTEMA DE INDETERMINACIÓN LEGAL ABSOLUTA O DE INDETERMINACIÓN DE LA PENA

En este sistema el Juez no individualiza la pena, por ello no hay una pena dispuesta por el legislador, ni por el Juez sino que la misma ley permite dictar una sentencia condenatoria con una pena indeterminada. La determinación se producirá luego en la etapa de la ejecución penitenciaria (autoridad de aplicación). Este sistema es el propuesto por la corriente doctrinaria del Positivismo Criminológico, en clara contradicción con el principio fundamental de legalidad.

4.3. SISTEMA FLEXIBLE

El Sistema Flexible, consiste en que la pena para cada delito no está conminada de una forma fija, sino que el legislador dispuso dejar a cargo del juzgador la tarea de optar por el monto, cantidad y especie.

La ley determina la pena, pero es el Juez quien la individualiza. Debiendo cumplir éste último con determinadas exigencias constitucionales y legales, y aplicando: criterios, evaluación de circunstancias de hecho, y cierto margen de discrecionalidad.

Se sigue aquí el principio de sólo es justa aquella pena que se adecua a las particularidades del caso concreto.

El fundamento del sistema flexible, radica en la observancia de principios fundamentales como los de: legalidad, igualdad ante la ley, abstracción de la

norma y proporcionalidad de la pena. Y por otra parte, la flexibilidad contribuye también a que la norma no pierda vigencia ni aplicabilidad en el tiempo.

5. CRITERIOS QUE RIGEN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

Al ser la determinación de la pena un proceso complejo, no se puede prescindir del estudio de los fines de la pena, así los criterios para la determinación de la pena se rigen en las teorías que existen sobre la pena.

Las distintas teorías que existen sobre la determinación de la pena son:

∞ Teoría absoluta de la pena

El fundamento de la Teoría absoluta o Teoría de la culpabilidad de la pena reside en la retribución del daño ocasionado, indicando que el verdadero sentido de la retribución es el de compensar el mal de manera de reparar la lesión jurídica y extinguir la culpabilidad del autor. Es decir que el fundamento de la pena es compensar el daño causado con la imposición de la pena. Por otra parte, esta Teoría mira al pasado liberando a la pena de toda finalidad preventiva.

Fue Kant quien sostuvo que el sentido de la pena es la retribución de la culpabilidad, señalando que "como la imposición del castigo no se justifica en virtud de la utilidad social, éste no podría ser impuesto como medio para alcanzar otros fines".

Con la aflicción de una compensación justa, según esta Teoría, se agota el contenido de la pena.

∞ Teorías relativas de la pena

Las Teorías relativas de la pena se fundan en que la pena debe tener un fin determinado, que un principio para los positivistas, fue la enmienda o la corrección del condenado, posteriormente en su cariz más moderno se elabora la Teoría de la prevención especial y general de la pena.

⌘ Teoría de la prevención especial de la pena

La Teoría de la prevención especial plantea actuar sobre el individuo condenado para posibilitar su rehabilitación y resocialización.

Esta concepción de los castigos penales propone como fin de la pena:

- La Intimidación (preventivo – individual)
- La Rehabilitación
- La Resocialización

Von Liszt afirmaba que sólo la pena necesaria es justa, siendo el castigo necesario cuando, desde el punto de vista preventivo especial, impide la reincidencia del autor del delito. Por esa causa, dentro de la prevención especial, la culpabilidad carece de toda función en la determinación judicial de la pena.

⌘ Teoría de la prevención general de la pena

La Teoría de la prevención general persigue, mediante la amenaza, disuadir a la generalidad de la sociedad (prevención general genérica) y a los individuos en particular mediante la imposición de sanciones (prevención general específica) de obrar contrariando las normas legales. En ese sentido la idea de la prevención se emplea en dos sentidos:

La prevención general genérica, es la intimidación general mediante la amenaza de la pena y en virtud de la sanción individual. De esta forma se entiende comúnmente.

La prevención general específica se refiere a la imposición de sanciones con conocimiento público, haciendo conocer a los individuos que toda conducta contraria al derecho será sancionada debidamente.

En la prevención general subyace la idea de que el derecho es una institución destinada a la protección de la sociedad, lineamiento que determina la creación de los tipos penales, condicionando las conductas de los ciudadanos e incidiendo en la persecución del delito. Jakobs es el más claro expositor de esta Teoría, afirmando el autor alemán que la pena pública persigue el mantenimiento del

modelo de interpretación públicamente válido, es decir, la razón del proceso de punición no ha de ser la maldad del hecho sino, por el contrario, el mantenimiento de una determinada configuración social. Indica este autor que las sociedades sólo existen en tanto están reguladas por normas reales y generales, es decir, los individuos no deben actuar conforme a sus esquemas individuales sino que deben comportarse en concordancia con un ordenamiento jurídico social general.

⌘ Teoría unificadora de la pena o Teorías mixtas

La Teoría unificadora de la pena o Teoría mixta de la pena, busca un término medio entre los postulados absolutos y los relativos, por considerarlos no contrapuestos, afirmando que ni la Teoría de la retribución ni las Teorías de la prevención por sí solas son capaces de establecer adecuadamente el objetivo y límite de la pena.

Así según ésta Teoría, la Teoría absoluta culmina con la imposición de la pena y comienza la Teoría relativa buscando fines de resocialización, rehabilitación, prevención general o especial.

6. ELEMENTOS A CONSIDERAR EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

Los elementos que utilizan las legislaciones del mundo para la determinación de la pena son:

- ⌘ El grado de culpabilidad
- ⌘ La gravedad del delito
- ⌘ Las circunstancias del ilícito
- ⌘ La personalidad del procesado

El análisis de estos factores que agravan o atenúan la pena debe realizarse en forma separada, pero unirse al momento de fijar la pena definitiva al imputado. Por esta razón, en primera instancia, luego de haber individualizado la figura legal aplicable al caso, el Juez debe valorar qué alcance tuvo la lesión jurídica, analizando:

6.1. EL GRADO DE CULPABILIDAD

El grado de culpabilidad, se refiere al análisis que debe hacer el Juez sobre las motivaciones del acto. Otros autores se refieren al grado de culpabilidad como las razones por las cuales se incurrió en el hecho o a los factores que contribuyeron a la realización del hecho.

Baumann, sobre el grado de culpabilidad sostiene: *“los motivos del autor constituyen uno de los factores más importantes para la determinación de la gravedad de la culpabilidad”*.¹³

6.1.2. La calidad de los motivos del autor

Dentro del grado de culpabilidad se enuncia como circunstancias relevantes para la determinación de la pena, a la calidad de los motivos que determinaron al autor a cometer el delito.

Cuando se refiere a la calidad de los motivos del autor se está haciendo referencia a uno de los contenidos de la culpabilidad.

“Los aspectos más tomados en la doctrina para determinar los motivos del autor para cometer un delito son: la miseria y la dificultad para ganarse el sustento propio o de los suyos”.¹⁴

Generalmente, una situación económica apremiante, cuando fue la que condujo a la realización de un delito contra la propiedad, será considerada como un factor que disminuye el reproche penal.

Por el contrario, cuando el autor de un delito actuó movido por sentimientos de odio, codicia, con placer ante un delito contra la vida o integridad física de una persona, la doctrina es conteste en valorar este tipo de motivaciones en contra del imputado, es decir, agravando el reproche penal. Sin perjuicio de ello, al considerar este tipo de motivaciones debe cuidarse de no realizar dobles

¹³ PLAT, Gustavo: Notas Sobre el Régimen de Progresividad de la Pena. En Revista de Derecho Procesal t. II. Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires Argentina. 2001. Pág. 211.

¹⁴ CADIANDA Ernesto: Esquemas de Determinación de la Pena. Ediciones IANCA. Barcelona España. 1999. Pág. 52.

valoraciones. En efecto, *“toda vez que existen algunas normas penales que incluyen en el tipo objetivo referencia a especiales elementos subjetivos, este tipo de motivaciones no puede ser imputada contra el infractor en dos oportunidades”*.¹⁵

6.2. LA GRAVEDAD DEL DELITO

La gravedad del delito, se refiere al grado de puesta en peligro del bien jurídico protegido con la conducta antijurídica y es por ello que *“la magnitud de la infracción jurídica se mide, de una parte por la entidad del daño producido y la forma o clase de la ejecución del hecho”*.¹⁶

El Dr. Alfonso Reyes ha sostenido que prefiere referirse más que a la gravedad del delito a las *“características del hecho punible”*. *“Tales características, en efecto, dicen relación a la mayor o menor vulneración del bien jurídicamente tutelado; al grado de intensidad del dolo o de la culpa con que el agente haya actuado...”*.¹⁷

Ahora bien, aunque la entidad del bien jurídico afectado y la forma en que fue puesto en peligro o lesionado se hallan estrechamente vinculadas, resulta posible examinar estos separadamente.

La entidad del interés jurídico, para efectos de la determinación de la pena, la misma debe ser examinada desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo.

“Desde el punto de vista cualitativo, hay que considerar cuál o cuáles intereses jurídicos el comportamiento afecto y si él o ellos son individuales o colectivos”.¹⁸

“El examen cuantitativo del interés jurídico afectado, a su vez, ha de tomar en cuenta la valoración de los perjuicios (materiales o morales) ocasionado con la infracción”.¹⁹

La forma de la afectación del interés jurídico responde a la pregunta ¿como se efectuó la vulneración o puesta en peligro del bien jurídico?

¹⁵ HASSEMER, Winfried: Fundamentos de Derecho Penal, Traducción y Notas de Francisco Muñoz Conde y Luís Araya Zapatero. Editorial Bosh. Barcelona España. 1997. Pág. 226.

¹⁶ SANDOVAL HUERTAS, Emiro: La Pena Privativa de Libertad en Colombia y en Alemania. Editorial Temis. Bogotá Colombia. 1988; Pág. 117.

¹⁷ SANDOVAL HUERTAS, Emiro: Ob. Cit. Pág. 118.

¹⁸ GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel et al. Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal., Ediciones Dynamic, Segunda edición ampliada. San José Costa Rica. Abril de 1997. Pág. 773.

¹⁹ IBÍDEM. Pág. 774.

En el Derecho Penal este problema es tratado bajo la denominación de "*repercusiones del hecho*". Este concepto, tomado en términos amplios, abarca tanto las consecuencias típicas cuanto las extra típicas, pudiendo ellas tomar la forma de lesión y puesta en peligro.

Las consecuencias típicas deben ser valoradas conforme a la intensidad y la extensión de la lesión del bien jurídico (gravedad de las lesiones corporales, duración de la privación de la libertad, medida de la puesta en peligro producto de haber conducido en estado de ebriedad). Sin embargo, al considerar este tipo de consecuencias no debe obviarse que existe la prohibición de la doble valoración.

Con relación a las consecuencias extra típicas, el problema de la prohibición de la doble valoración no se plantea dado que tales consecuencias no forman parte del tipo penal. Dentro del marco de las consecuencias extra típicas pueden señalarse las que pueden padecer los parientes de la víctima (supuesto estado de shock de los padres, etc.)

6.2.1. La forma de ejecución del hecho

Dentro de la gravedad del delito se encuentra la forma de ejecución del hecho, que se refiere a la naturaleza de la acción y los medios empleados para llevarla a cabo.

"A la ejecución del hecho pertenece la elección de la modalidad de comisión del ilícito, para lo cual es necesario conocer en qué lugar u hora fue cometido. Estas circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión son útiles para revelar la gravedad del ilícito".²⁰

Asimismo, los medios utilizados para consumar el delito y la peligrosidad emanada de ellos, ocupan un lugar importante en la determinación judicial de la pena.

"No obstante lo expuesto, también al valorar estas circunstancias debe cuidarse de no evaluarlas doblemente (conforme al principio de prohibición de doble valoración). Esto es así ya que en muchos supuestos, las circunstancias del hecho, ya constituyen el

²⁰ CADIANDA Ernesto: Ob. Cit. . Pág. 50.

fundamento del tipo penal; y en esos casos, la prohibición de la doble valoración impide que esa característica sea considerada nuevamente”.²¹

En efecto, en un robo calificado por el uso de un revólver cargado y apto para el tiro, no se podría agravar el hecho por el uso del arma. Sin embargo, sí podría considerarse que "es más peligroso" utilizar como arma un revólver cargado, que un palo de billar.

Las circunstancias que agravan o atenúan tipos penales básicos pueden ser útiles para orientarnos en otros supuestos delictivos en los que existan diferencias semejantes. Es lógico que, si se sigue esta guía, deberá identificarse previamente la categoría de delitos que se va a agravar o atenuar.

En cuanto al número de coautores en el hecho corresponde hacer las siguientes distinciones. *“La intervención de varias personas en un hecho delictivo, revelará un ilícito más grave en cuanto represente un mayor poder ofensivo para la víctima, derivado de las circunstancias de comisión del delito plurisubjetivo. Por ello, en todos los casos será decisivo analizar el aporte de cada uno de los intervinientes en el hecho investigado”*.²²

6.3. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ILÍCITO

Si se tiene en cuenta que la circunstancia significa: *“un accidente de tiempo, lugar o modo que acompaña a un hecho”*, puede verse enseguida que las circunstancias del ilícito *“no son meros accidentes temporales, espaciales o modales del comportamiento antijurídico, sino que constituyen por sí mismas, hechos o situaciones autónomas relevantes para la determinación de la pena”*.²³

²¹ZUGALDIA ESPINAR, Mildred: El Derecho a Obtener una Sentencia Motivada y a la Individualización de La Pena" en Poder Judicial, N° 18. Ediciones Akal. Madrid España. 1998. Pág. 148.

²² HASSEMER, Winfried: Ob. Cit. . Pág. 224.

²³ D'ALBORA, Francisco: Código Penal y Procesal Penal Comentado. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires Argentina. 1996. Pág. 98.

6.4. LA PERSONALIDAD DEL PROCESADO

6.4.1 La personalidad

La personalidad, es la organización psicofísica del individuo de la cual se desprende los patrones característicos de conducta, pensamiento (dentro de éste el intelecto), sentimientos, temperamento, destrezas y moralidad.

Por ello, Oscar López al referirse a la personalidad en materia penal, asevera que son: *“las condiciones morales que le son propias y le dan una fisonomía particular a un hombre, de lo cual se concluye, que la personalidad es el modo de ser peculiar y privativo de cada persona por sus cualidades morales”*.²⁴

En la personalidad del procesado se deben tener en cuenta como elementos propios para ésta en la determinación de la pena los siguientes elementos:

- A) La relevancia de la conducta previa y posterior al hecho
- B) La intervención de la víctima
- C) Las circunstancias personales del autor
- D) La conducta precedente

A) La relevancia de la conducta previa y posterior al hecho

Este elemento es uno de los más complejos y el primer obstáculo se presenta en la delimitación de la personalidad del procesado. En efecto, el concepto de las conductas previas y posteriores al hecho sólo tiene sentido en tanto se pueda determinar con precisión cuál es la conducta constitutiva del hecho propiamente ilícito.

El problema se relaciona directamente con la graduación de culpabilidad. Si se parte de un concepto estricto de culpabilidad por el hecho se podría sostener que la culpabilidad se halla fijada sólo por éste y que no puede ser influenciada por ninguna otra circunstancia.

²⁴ LÓPEZ HERNANI, Oscar: Análisis del Código Penal y Procedimiento Penal a la Luz de las Doctrinas Contemporáneas. Edición Especial de Universidad Real. La Paz Bolivia. 2002. Pág. 47.

*“En este sentido, algunos autores creerán que es imprescindible realizar una clara distinción entre el componente de acción y el del resultado. Quienes no acepten los postulados de una Teoría basada en el disvalor de la acción, afirmarán que la no producción del resultado es una causa legal para atenuar la pena. En esta misma línea de pensamiento dirán que, los esfuerzos del reo para reparar el daño o para llegar a un compromiso con la víctima, también operan aminorando el castigo”.*²⁵

En esta línea de pensamiento se ha dicho que medidas materiales e ideales de indemnización respecto de la víctima deben reflejarse en una mejor posición del imputado con respecto de la fijación de la pena y en determinadas circunstancias pueden reducir la sanción aplicable.

B) La intervención de la víctima

El tema tratado en el punto anterior, introduce a otro aspecto de la valoración de la personalidad del imputado, que se relaciona con la importancia práctica que reviste la conducta de la víctima en la materia que nos ocupa.

*“Los aspectos centrales de la influencia del accionar de la víctima son los siguientes: los efectos sobre las consecuencias del hecho, su influencia en la conducta del autor y la significación de la víctima para la prevención especial y general”.*²⁶

En primer lugar, y para demostrar la trascendencia que tiene la participación de la víctima en el ámbito del derecho penal, basta con recordar que si la víctima, en cuanto titular del bien jurídico, teniendo la facultad de disponer del mismo, lo hace, su consentimiento excluirá la tipicidad del ilícito.

Asimismo, en aquellos casos en los que su facultad de disposición no sea tan amplia, su aprobación al hecho, tendrá relevancia para graduar la pena aplicable.

“Las cualidades personales y sociales de la víctima también pueden ser relevantes para poder valorar el grado de daño asumido por el autor. Así, por ejemplo, desde el punto de vista de las consecuencias del hecho tienen efecto de incremento de la ilicitud cuando el

²⁵ CADIANDA Ernesto: Ob. Cit. . Pág. 36.

²⁶ CADIANDA Ernesto: Ob. Cit. . Pág. 39.

*abuso se comete respecto de una persona enferma, cuando se sustraen los ahorros de un jubilado, los abusos sexuales a los niños, etc.”.*²⁷

Así como determinadas conductas de la víctima juegan en contra del autor del ilícito, otras no deben perjudicarlo. *“Por ejemplo, la omisión de la disminución del daño por parte de la víctima debe ser resuelto a través de la Teoría de la imputación objetiva: al autor sólo se le puede reprochar legítimamente la parte del resultado que le es imputable y que sólo a él le correspondía evitar”.*²⁸

Otro problema a tratar en este punto se relaciona con la actitud de la víctima que, de algún modo, "provoca" la comisión del delito. La resolución de este tipo de cuestionamientos, en definitiva, depende de decisiones de tipo valorativas que en la mayoría de los casos es subjetiva.

C) Las circunstancias personales del autor

A las circunstancias personales del autor pertenecen, entre otras, su edad, su estado de salud, su sexo, su inteligencia, su educación su posición profesional y social. Las consideraciones de las circunstancias personales del autor deben influir en la determinación de la pena, porque estos aspectos indudables, inciden en la realización del ilícito.

*“Esto rige especialmente para la cuestión relativa al posible efecto agravante de una elevada posición profesional o social del autor cuando ella fundamenta deberes incrementados sobre el bien jurídico lesionado”.*²⁹

El sexo, en cuanto tal, no es una causa suficiente para la diferenciación en la pena, sino más bien, se le debe agregar puntos de vista especiales que caractericen la situación del hecho (por ejemplo, por la mayor o menor agresividad impuesta sobre la víctima).

La calidad de extranjero no tiene, por lo general, efecto agravante o atenuante de la pena. Sin embargo, su condición sí debe ser tenida en cuenta si alega la

²⁷ IBÍDEM: Pág. 40.

²⁸ ZUGALDIA ESPINAR, Mildred: Ob. Cit. Pág. 139.

²⁹ CADIANDA Ernesto: Ob. Cit. . Pág. 43.

existencia de un error de prohibición ya que la mayor o menor evitabilidad del mismo puede tener un efecto atenuante de la culpabilidad.

Para algunos autores, *“la calidad de funcionario representa, por lo general, una causal de agravación de la pena siempre y cuando se relacione el delito con algunas de sus funciones públicas”*.³⁰

En síntesis, la situación personal del autor -su nivel de instrucción, su origen social, su estructura familiar- resulta determinante para poder establecer si él pudo ser más prudente, si pudo conocer la antijuridicidad de su hecho o si, por ejemplo, era capaz de no proceder conforme a la prohibición de la norma y actuar conforme a ese conocimiento.

D) La conducta precedente

En la conducta precedente se encuentran dos factores a tomar en cuenta para la valoración de la personalidad del procesado que son:

- Los antecedentes personales
- La reincidencia

∞ Los antecedentes personales

La regla en la valoración de los antecedentes personales es que *“se debe dejar fuera del análisis toda valoración relativa a la conducta precedente del autor que no sea directamente relacionada con el delito procesado”*.³¹ Esta fórmula impide que se agrave la pena del autor de un delito por su carácter o conducción de vida.

La sección más relevante de la vida previa del autor son sus condenas anteriores.

Quienes sostienen lo contrario aciertan dando un buen fundamento: *“los antecedentes y condiciones personales -edad, educación, composición familiar- permiten reconocer si el autor tuvo mayor o menor autodeterminación”*.³²

³⁰ ZUGALDIA ESPINAR, Mildred: Ob. Cit. Pág. 141.

³¹ CADIANDA Ernesto: Ob. Cit. . Pág. 47.

³² ZUGALDIA ESPINAR, Mildred: Ob. Cit. Pág. 143.

Un supuesto interesante de tratar es aquél que prevé la posibilidad de atenuarle la pena al infractor de una ley, tras considerar que tuvo -antes del hecho- una buena conducta. ¿Sería ésta una actividad legítima?

Hay que señalar que, a un planteo que legitime agravar o atenuar el castigo en función de una conducta anterior al hecho puede oponérsele un argumento de gran peso: *“la ausencia de condenas anteriores no conforma por sí sola una circunstancia atenuante. En efecto, existe un obstáculo difícil de sortear: ¿cuáles son los medios probatorios que, admisibles constitucionalmente, permiten -sin vulnerar el principio de reserva o la presunción de inocencia- verificar estos extremos?”*.³³

Este interrogante sólo puede ser contestado de la siguiente manera. La conducta precedente del autor de un delito sólo puede ser valorada en forma limitada. Esto es así puesto que poco aporta a la gravedad del delito la vida que -"buena" o "mala"- haya llevado el autor hasta el día del ilícito.

La regla podría ser formulada de la siguiente manera: desde la óptica del ilícito y de la culpabilidad, la conducta precedente sólo puede ser considerada en tanto y en cuanto se refleje en forma directa con el hecho.

∞ La reincidencia

El reincidente se define como aquel que habiendo alguna vez delinquirido vuelve a cometer un delito. En general la reincidencia es un concepto que se adquiere en base a un antecedente (de haber sido condenado por un delito y un hecho nuevo consecuente que es volver a delinquir). Cuando en base a una condena anterior el sujeto vuelve a delinquir adquiere la calidad de reincidente.

Existen básicamente dos sistemas sobre la reincidencia:

- El sistema de la reincidencia ficta

Es el sistema de reincidencia en el cual ésta se adquiere sobre la base de una condena independiente de que haya cumplido o no. Por ejemplo: Se puede haber

³³ ZUGALDIA ESPINAR, Mildred: Ob. Cit. Pág. 145.

condenado a la pena de multa, basta que tenga el antecedente de una condena y vuelva a delinquir. Para este sistema el condenado, aunque no fue nunca a la cárcel, si vuelve a delinquir, es reincidente.

- El sistema de la reincidencia legal

En este sistema hay reincidencia cuando habiendo cumplido total o parcialmente una pena privativa de la libertad (no basta con ser condenado) cometa otro delito previsto por la misma especie de pena (privativa de la libertad; si lo condenan o multan o inhabilitan no es reincidente.

La doctrina y la jurisprudencia internacional, se han encargado de sostener que la reincidencia debe ser valorada como agravante. *“La reincidencia agrava la pena, no porque agrave el delito cometido, sino porque al autor lo hace merecedor de una pena mayor que la normal; según unos, porque esa pena es insuficiente en relación con su sensibilidad; según otros, porque la recaída del autor en el delito a pesar de la condena anterior, demuestra su mayor rebeldía frente a la ley penal y así su mayor peligrosidad delictiva. Este último es el criterio que siguen muchas legislaciones penales”*.³⁴

Hay reincidencia *“siempre que el condenado por sentencia firme a pena privativa de la libertad, dictada por cualquier Tribunal de un Estado, cometiere un nuevo delito, el tiempo entre una y otra sentencia varía según la legislación penal que se aplique”*.³⁵

En el plano teórico de la reincidencia, no es relevante la opinión que sostiene que la existencia de condenas anteriores conlleva una mayor culpabilidad. El fundamento de tal afirmación es que, con la condena anterior el autor ya recibió el aviso de que debía adecuar su conducta a las normas legales que rigen en la comunidad y que, en una segunda oportunidad, a pesar de haber recibido esta primera advertencia, optó por contrariar nuevamente las normas.

Para esta concepción, parecería que la mayor reprochabilidad del infractor de la ley penal reside, no sólo en la existencia de condenas cumplidas sino, principalmente en que ha cometido nuevos delitos, aún cuando sobre éstos no haya recaído condena.

³⁴ CADIANDA Ernesto: Ob. Cit. . Pág. 49.

³⁵ ZUGALDIA ESPINAR, Mildred: Ob. Cit. Pág. 146.

La Teoría de la advertencia argumenta “...que la mayor culpabilidad del autor reside en que éste tiene una imagen más vívida de qué es lo que ocurre cuando se viola una norma penal”.³⁶ Con relación a la determinación de la pena y al establecimiento de un marco de culpabilidad adecuado, la reincidencia es uno de los puntos más debatidos en la doctrina.

7. PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE RIGEN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

Los principios jurídicos que rigen la determinación de la pena se dividen en:

- Principios generales
- Principios procesales

7.1. PRINCIPIOS GENERALES DE DETERMINACIÓN DE LA PENA

Los principios generales que rigen la determinación de la pena son:

- A) Principio de humanidad de la pena
- B) Principio de proporcionalidad de la pena
- C) Principio de culpabilidad
- D) Principio de culpabilidad
- E) Principio de legalidad
- F) Principio de personalidad de la pena
- G) Principio de prohibición de doble valoración

A) PRINCIPIO DE HUMANIDAD DE LA PENA

Conforme a este principio la pena no puede conllevar malos tratos ni indignidad para la persona. Acorde con este principio que limita el ejercicio de la potestad

³⁶ HASSEMER, Winfried: Fundamentos de Derecho Penal, Traducción y Notas de Francisco Muñoz Conde y Luís Araya Zapatero. Editorial Bosh. Barcelona España. 1997, Pág. 221.

punitiva del Estado, al penado se le debe preservar en su calidad de persona e indemnidad personal, cuando se cumple con la tarea de determinar la pena imponible; por ello, a ninguna persona se le puede someter a penas o medidas de seguridad perpetuas, imprescriptibles, crueles, inhumanas, o degradantes.

En la doctrina el principio tiene tres axiomas distintos:

El primer axioma, se refiere al postulado de que en la ejecución penal al condenado se le deben garantizar condiciones mínimas de reclusión y que no se desconozca su dignidad de persona.

El segundo axioma, alude al principio de respeto y reconocimiento de la dignidad humana, pues la persona siendo un ente con valor por sí mismo no puede ser un mero instrumento de imposición o ejecución de una pena por parte del Estado o de la sociedad.

Por último, el tercer axioma hace referencia al principio de la prohibición de someter al condenado a actos violentos, torturas o a tratos inhumanos o humillantes como producto de la comisión de un delito.

B) PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA

Este principio consiste en que el monto y clase de pena se impone en función de la distinta gravedad del hecho.

La sanción penal debe corresponder a la gravedad y lesión del bien jurídico protegido, de tal manera que las sanciones graves se destinen para los hechos punibles más atroces y las más leves para los de menor entidad.

En otras palabras: la proporcionalidad tiene que ser tanto de índole cualitativa (a infracciones de diversa naturaleza se les debe castigar con penas diferentes) como cuantitativa (a cada hecho punible le debe corresponder una sanción que se compadezca con su importancia).

Como corolario de este principio se tiene que la pena se limita en su uso e intensidad de acuerdo a la gravedad del hecho reprimible cometido y/o de los

riesgos objetivos o subjetivos de la comisión del delito produzca en el bien jurídico protegido.

C) PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

De acuerdo a este principio la pena se impone ante un hecho dañoso y se adjudica subjetivamente. Así para la determinación de la pena, uno de los criterios básicos de individualización de la pena es el grado de culpabilidad, de tal manera que al agente se le impone mayor o menor sanción atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad.

Conforme a este principio la pena se impone sobre la base de la responsabilidad subjetiva, según la cual no hay pena sin culpabilidad, pues la sanción criminal solo debe fundarse en la seguridad de que el hecho puede serle reprochado o exigido al agente de la comisión del delito.

Este principio comprende dos elementos:

- ☞ En primer lugar, no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad, de donde se deriva la exclusión de la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el mero resultado;
- ☞ En segundo lugar, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad y su imposición se hace atendiendo al grado de culpabilidad.

D) PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Según este principio la pena debe estar determinada en forma cierta y exacta por la ley. Para mayor abundamiento, según este principio, la intervención punitiva del Estado al determinar y ejecutar las consecuencias jurídicas del hecho punible (penas y medidas de seguridad) debe regirse por el imperio de la ley y determinar la pena en forma cierta y exacta en una ley previa a la comisión del delito, es decir que sólo la ley expedida por el órgano legislativo está autorizada para regular la materia de las penas y las medidas de seguridad, pues el poder legislativo es el único legitimado para restringir los derechos de los ciudadano.

Asimismo, el principio significa que injerencia e intervención del Estado en el ámbito punitivo, está limitada y controlada por el imperio de la Ley con miras a garantizar la seguridad jurídica y lograr los cometidos del derecho penal en una sociedad determinada.

De este principio emergen las garantías substantivas, procesales, y de ejecución penal que también cobijan a las consecuencias jurídicas del hecho punible. Las garantías substantivas implican que no hay pena o medida de seguridad sin ley previa, se prohíbe así la analogía, salvo favorabilidad y que las penas deben estar consagradas de manera clara, precisa, y concretizadas en la ley, para que no haya dudas en torno a su contenido y alcance.

Por otra parte, las garantías de orden procesal comportan que toda consecuencia jurídico penal tiene que ser impuesta en virtud de un proceso legal, proseguido por los órganos y los jueces instituidos por la ley anterior a la comisión del delito. Como es obvio, surge de estas garantías, el principio del debido proceso.

Finalmente, en el campo de la ejecución penal, el principio en estudio da lugar a que no puede haber pena ni medida de seguridad sin adecuado tratamiento penitenciario y asistencial, sin tratamiento humanitario y sin la resocialización.

E) PRINCIPIO DE PERSONALIDAD DE LA PENA

Este principio consiste en que la pena no puede trascender la personalidad del delincuente. Según éste principio, la sanción debe ser individual o estrictamente personal y sólo puede alcanzar a quien ha transgredido la ley en su calidad de autor o partícipe, mas no a terceros, así se encuentren ligados con el sujeto activo del comportamiento punible por vínculos de amistad, credo político o religioso, sangre, afectos, etc.

F) PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE DOBLE VALORACIÓN

La prohibición de la doble valoración establece que el Juez o Tribunal, no puede utilizar al definir el marco punitivo aplicable a un tipo penal dos veces el mismo elemento en la determinación de la pena. Es decir no puede utilizar dos veces un mismo elemento y ponderarlo ya sea para el grado de culpabilidad, la gravedad

del delito, las circunstancias del ilícito o la personalidad del procesado y, por tanto, no puede ser valorada en una nueva oportunidad.

7.2. PRINCIPIOS PROCESALES DE DETERMINACIÓN DE LA PENA

Los principios procesales que rigen la determinación de la pena son:

- A) Se debe fundar en la subsunción y abducción
- B) El principio pro homine
- C) Debe tomar en cuenta todo lo probado ya sea por subsunción o por abducción
- D) Necesidad de contradictoriedad para dictar la sentencia
- E) Principio de congruencia de la sentencia
- F) Principio de motivación de la sentencia

A) SE DEBE FUNDAR EN LA SUBSUNCIÓN Y ABDUCCIÓN

Como es bien sabido, la investigación judicial parte de la constatación empírica de que se ha producido un determinado resultado. Un resultado anómalo, es decir, que rompe la normalidad. Desde esa evidencia primaria, llevada al Juez habitualmente con un conjunto de otros datos, éste tratará de reconstruir el caso en la totalidad de sus elementos integrantes.

Fassone sobre la materia explica: *“El Juez para la determinación de la pena a un procesado opera fundado en dos reglas que actúan como premisas. La primera la subsunción, esta se halla bien determinada y contiene en sí misma toda la información relevante; así, operar la subsunción del caso concreto, es una simple aplicación, “una mera explicitación del contenido semántico de las premisas”³⁷ , que, si se hace con el necesario rigor formal, garantiza la validez del resultado. O dicho de otra forma no es más que reflejar en la sentencia penal lo probado por las partes sobre la pena a imponerse al imputado.*

Esta primera regla de la subsunción, no produce aumento de saber empírico, es decir, no permite ir hacia adelante en el conocimiento, descubrir algo nuevo y por

³⁷ FERRATER MORA, Juan José: La Determinación de la Pena, Proceso Probatorio, Vol. 1, Editorial Alianza. Madrid España. 1989. Pág. 705.

ello hay que aplicar la segunda regla que es la abducción. Sin embargo, en la subsunción prima el razonamiento deductivo, que como se sabe, utiliza una premisa mayor y una premisa menor, a partir de las cuales se obtiene una conclusión.

La segunda regla es la de la abducción que se caracteriza, porque ella *"...mira a encontrar, cosas no probadas pero con parte de la fijación de la pena y que deben ser unidas a la norma penal sustantiva. Esta puede ser de más o menos fácil localización, pero nunca susceptible de simple aplicación. Aquí el valor de verdad no está plenamente garantizado por la validez de las premisas, por eso existe un riesgo"*.³⁸

En la abducción, se conoce por ejemplo, que fulano es una persona apacible, que no es violenta, que es una persona honorable, que tiene una instrucción mínima por su forma de expresarse, que es una persona humilde por la forma de vestir, etc., que es justamente el punto de arranque del razonamiento. Se tiene o se puede llegar, además, al conocimiento de ciertas reglas (máximas de experiencia) que pueden hallarse más o menos codificadas, ser más o menos precisas, más o menos experimentadas, de mayor o menor nivel de generalidad. Pero de su aplicación, una vez identificadas, no se deriva una conclusión necesariamente válida, sino solo probable.

Porque, en suma, como escribió Peirce, mientras *"la deducción prueba que algo tiene que ser (...), la abducción sugiere meramente que algo puede ser"*.³⁹

B) EL PRINCIPIO PRO HOMINE

El principio pro homine no se encuentra expresamente establecido en ninguna norma y se ha ido formando en la jurisprudencia penal, éste indica claramente *"que debe presumirse que cuando el Estado en alguna forma incumple los requisitos de la determinación de la pena viola los derechos del acusado. No es algo que tenga que*

³⁸ FERRATER MORA, Juan José: Ob. Cit. . Pág. 706.

³⁹ PEIRCE, Chiesa: El Pragmatismo de la Aplicación de las Reglas de Razonamiento en el Proceso Penal, Traducción y Notas de Jean Vericat. Editorial Crítica. Barcelona España. 1988. Pág. 136.

demostrar el ciudadano, pero el Estado sí debe probar que determinó una pena en base a los principios establecidos en la Ley para la fijación de la pena” .⁴⁰

El principio pro homine, tiende a hacer efectivo dentro de una visión global, el respeto de la ley por parte de los jueces. Aquí se entra en el problema del arbitrio judicial y por ello Albin Eser, manifiesta: *“el margen de arbitrio judicial previsto en la ley con la sana crítica, no debe ser confundida con la irresponsabilidad judicial para dictar la sentencia o fallo; una cosa es que el Juez tenga libertad para interpretar la ley y valorar las pruebas conforme a la sana crítica y otra distinta es que pueda hacer lo que quiera. El Juez debe actuar como mandan las normas, en el marco de interpretación permitido por ellas” .⁴¹*

Y acota, *“en un Estado Social Democrático o democrático de derecho - como cada uno de ustedes lo quiera ver -, no puede aceptarse que las llaves de la justicia estén en manos de quien no sigue las reglas de determinación de la pena, pues su función cardinal es determinar el contenido axiológico de la norma jurídica para aplicarla al caso concreto y este es un hecho concreto” .⁴²*

C) DEBE TOMAR EN CUENTA TODO LO PROBADO YA SEA POR SUBSUNCIÓN O POR ABDUCCIÓN

Es decir, que al momento de la determinación de la pena, el Juez o Tribunal, también debe tomar en cuenta todo lo probado, por subsunción, o abducción, y de manera integral, guiar su decisión respecto a la imposición de una determinada pena.

D) NECESIDAD DE CONTRADICTORIEDAD PARA DICTAR LA SENTENCIA

El Juez o Tribunal, debe posibilitar el debate a la persona imputada, para conocer el delito y la pena que pretende la parte acusadora (fundamentos y tipos).

⁴⁰ ESER, Albin: Una Justicia Penal a la Medida del Ser Humano, Visión de un Sistema Penal y Procesal Justa para el Hombre como Individuo y Ser Social. Trad. Ediberto Planck. Guadalajara México. 1998. Pág. 108.

⁴¹ IBÍDEM. Pág. 109.

⁴² ESER, Albin: Ob. Cit. Pág. 111.

E) PRINCIPIO DE CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA

El Juez no debe ingresar ningún tipo de factor que no se haya debatido previamente, sea agravante o atenuante, fijándose por lo tanto, en una limitación al Juez.

F) PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

El Juez debe expresar en la sentencia toda aquella circunstancia, razón y fundamento, que lo lleven a establecer la pena determinada.

8. ELEMENTOS SUSTANCIALES DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL DICTADO DE SENTENCIA

Los elementos sustanciales de la determinación de la pena en el dictado de sentencia y que son ineludibles para finar una pena justa son:

- A) Los requisitos
- B) Los motivos, y
- C) La fundamentación de cada motivo

A) LOS REQUISITOS

Los requisitos, en sentido genérico, son *“todo aquello exigido por la ley para determinar la pena, en este caso referido específicamente a la personalidad del procesado; verbigracia la instrucción, la condición económica y social etc.”*.⁴³

⁴³ DALL'ANESE, Francisco: Falta de Fundamentación de la Sentencia sobre la Valoración de la Personalidad del Autor de un Delito. Editorial Gredos. Madrid España. 1999. Pág. 45.

B) LOS MOTIVOS

Los motivos son la suma probada ya sea por subsunción o abducción de los requisitos establecidos por ley de la valoración de la personalidad.

Francisco Dall'anese, expresa sobre el respecto: *“lo que se llama motivación de los requisitos de la valoración de la personalidad del procesado no es más que el conjunto de elementos previstos en la ley para valora la personalidad del autor sobre el reproche legal y que son examinados por el juzgador”*.⁴⁴

C) LA FUNDAMENTACIÓN DE CADA MOTIVO

*“La fundamentación de cada motivo consiste en la interpretación que hace el Juez de cada requisito previsto en la ley para demostrar la personalidad del procesado”*⁴⁵; es decir, es el razonamiento que hace el juzgador sobre lo probado de la personalidad de un procesado que sirven de sustento de la pena.

La fundamentación es la probanza razonada de los motivos, a esto se reduce el misterio.

La fundamentación debe ser progresiva y puntual y conforme a la jurisprudencia penal desarrollada.

9. OBLIGACIÓN DE MOTIVAR LA SENTENCIA CON RESPECTO A LA DETERMINACIÓN DE LA PENA DEL PROCESADO

A juicio de Hein Fix Zamudio que parafrasea a Calamandrei: *“la motivación constituye el signo más importante y típico de la racionalización de la función judicial al dictarse una sentencia”*.⁴⁶ Y, en la historia la imposición del deber de motivar ha

⁴⁴ DALL'ANESE, Francisco: Ob. Cit. . Pág. 47.

⁴⁵ IBÍDEM: Pág. 48.

⁴⁶ FIX ZAMUDIO, Hein: Derecho Penal y Proceso Penal. Ediciones EJEA. Buenos Aires Argentina. 1980. Pág. 115.

respondido al interés de conferir mayor racionalidad -en el más amplio sentido de racionalidad democrática- al ejercicio del poder de los jueces.

En efecto, *“por modesto que fuere el alcance dado al deber de motivar, el simple hecho de ampliar el campo de lo observable de la decisión, no solo para los destinatarios directos de la misma (los acusados), sino al mismo tiempo e inevitablemente para terceros, comporta para el autor de aquella la exigencia de un principio o un plus de justificación del acto”*⁴⁷ ; y una mayor exposición de éste a la opinión.

Este deber de motivar la sentencia penal con respecto a la determinación de la pena, se pone de manifiesto en la línea argumental, que ya en la primera mitad del siglo XIX, el eminentemente procesalista, Fernando Verlangue Huerta señalaba al expresar : *“el dar los motivos de la sentencia penal, prueba por lo menos un sagrado respeto a la virtud de la justicia, y una sumisión absoluta a la ley (...) El motivar los fallos tiene ya algo de publicidad, y he aquí una de las ventajas de esta práctica. Dispensar al juzgador de razonar los decretos que dé sobre la hacienda, vida y honor de los ciudadanos, es autorizarle tácitamente para ejercer la arbitrariedad”*.⁴⁸ Y añadía además: *“que para una verdadera individualización de la pena, se requiere que la personalidad del procesado, este motivada en la sentencia penal, esto quiere decir que se motiven y expliciten las razones, en virtud de las cuales, el Juzgador determina una concreta cantidad de pena en base a una personalidad determinada”*.⁴⁹

Sin embargo, esta dimensión de naturaleza político criminal y de derecho sustantivo y adjetivo, por así decir erga omnes, de la sentencia, no resulte eficazmente traducido en la práctica judicial. Por el contrario, parece que en ésta hay más bien una tendencia a entender *“el deber de motivar como pura exigencia técnica procesal que puede ser satisfecha con la simple mención de los artículos del Código Penal y Procesal Penal”*.⁵⁰

⁴⁷MURENA Maximiliano: Tratado de las Obligaciones del Juez. Trad. de David Cristoval Cladera. Editorial Tecno. Madrid España. 1990. Pág. 66.

⁴⁸ VERLANGA Huerta, Fernando: Procedimiento en Materia Criminal. Tratado que Comprende todas las Reglas Procesivas de dicha Materia Respecto a la Jurisdicción Ordinaria Penal, Tomo I, con notas y comentarios de Manuel Prieto Hoyos del Villar. Librería Editorial de Ríos. Madrid España. 1996. Pág. 326.

⁴⁹ IBÍDEM: Pág. 327.

⁵⁰ VERLANGA Huerta, Fernando: Ob. Cit. . Pág. 328.

10. PORQUE SE DEBE FUNDAMENTAR LA SENTENCIA PENAL SOBRE DETERMINACIÓN DE LA PENA

Las razones que se esbozan para el deber de fundamentar la sentencia penal sobre la valoración de la personalidad del procesado son:

- A) Dar cumplimiento práctico a los principios procesales de publicidad y oralidad
- B) Porque tiene un fin justificativo de la pena

A) DAR CUMPLIMIENTO PRÁCTICO A LOS PRINCIPIOS PROCESALES DE PUBLICIDAD Y ORALIDAD

Dar cumplimiento a dos fundamentales garantías procesales que son la publicidad y la oralidad, es un presupuesto totalmente coherente, puesto que, como ha escrito Chiesa Peirce es: *“garantía de garantías, de carácter instrumental, y condición sine qua non de la vigencia de las primarias o epistemológicas condiciones de la sentencia y del proceso penal, en general, como vehículo del derecho punitivo”*.⁵¹

De esta función, y de la consiguiente inserción de la sentencia en un marco abierto, deriva, a su vez la apertura de un nuevo ámbito de relaciones, que tiene como sujetos, por un lado, al Juez o Tribunal, y, por otro, a la totalidad de los otros sujetos procesales, que se constituyen en destinatarios de la sentencia. Esto porque el principio de publicidad y oralidad implican la demostración de la comisión del delito por parte del imputado y también la determinación del deber jurídico que pesa sobre el imputado para responder ante la sociedad por haber cometido un delito.

En este contexto, la *quaestio facti* y su tratamiento en la sentencia, más que cobrar otro sentido, es que pueden llegar a adquirir el reconocimiento explícito del que efectivamente tienen: *“que es ser el momento de ejercicio del poder judicial por antonomasia. Puesto que es en la reconstrucción o en elaboración de los hechos donde el*

⁵¹ PEIRCE, Chiesa: Ob. Cit. . Pág. 140.

*Juez es más soberano; más difícilmente controlable, y donde, por ende, puede ser -como ha sido y en no pocas ocasiones sigue siendo- más arbitrario”.*⁵²

B) PORQUE TIENE UN FIN JUSTIFICATIVO DE LA PENA

Los razonamientos para fijar la pena imponen que se justifique la personalidad probada del procesado para imponer una sanción, es decir: *“la individualización del iter lógico-jurídico mediante el cual el Juez ha llegado a la decisión que es una actividad de tipo prevalentemente descriptivo lógico jurídico”.*⁵³

De lo anterior se infiere que a la motivación de la personalidad del procesado en la sentencia penal se le atribuye un carácter más bien justificativo que opera como racionalización a posteriori de la decisión tomada.

Según esta regla cuando el Estado, representado por el Juez, impone al trasgresor de la ley una sanción lo hace con un objetivo, animado por una finalidad vinculada con el programa político criminal que la organización estatal se propone llevar a la realidad. Es de tal trascendencia esta exigencia, que, de un lado, si la imposición de las consecuencias juridicopenales se libran al capricho de cada juzgador, las garantías ciudadanas peligrarían y la seguridad jurídica se vería notablemente menoscabada ya que la pena no tendría ninguna finalidad jurídico penal.

Por otro lado, el Estado no puede contentarse con la mera tarea de perseguir los hechos punibles, sino que está compelido a que la imposición y ejecución de sanciones tenga un fin.

Lo que debe perseguir un Estado de derecho no es la causación de un mal al infractor, sino su readaptación, su resocialización, su reeducación, de tal manera que pueda llevar en el futuro una vida sin cometer delitos y reincorporarse al seno de la sociedad cuando se cumpla la condena (lo que en Teoría se llama la prevención especial) y por otro lado prevenir la comisión de nuevos hechos criminales y proteger a la sociedad de las conductas que infringen el orden jurídico con la imposición de la pena (prevención general).

⁵² AMODIO, Tarufo: "La Motivación Externa de la Sentencia Penal". Edición Especial del Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común. Murcia España. Marzo de 1985. Pág. 187.

⁵³ HURTADO POZO, José: Los Elementos Racionales de la Fijación de la Pena. Ediciones Beauregard. Bogotá Colombia. 1997. Pág. 67.

11. LA VALORACIÓN DE LA PERSONALIDAD DEL PROCESADO EN LA FIJACIÓN DE LA PENA ES UN ARBITRIO DEL JUEZ REGLADO

El arbitrio judicial en la valoración de la personalidad del procesado en la fijación de la pena, no puede significar la posibilidad de imponer una pena sin reglas. El Estado de Derecho y el Principio cardinal del Derecho Penal de Legalidad no coincide con un arbitrio judicial en la fijación de la pena. Al contrario, cuanto más limitado está el poder de decisión del Juez mayores garantías hay de que no se produzca arbitrariedad. Y en materia tan fundamental debe haber unos límites de mayor seguridad jurídica.

De hecho, tal y como acertadamente señala Pérez Alonso *“con el triunfo de las ideas de la Ilustración y del movimiento codificador, nuestro legislador se propuso acabar con el sistema de aplicación de las penas del Antiguo Régimen, el cual estaba dominado por un desmedido arbitrio judicial, que en muchos casos permitía al Juez la imposición de penas absolutamente arbitrarias y la modificación de las penas ordinarias establecidas en la ley”*.⁵⁴

En el mismo sentido se manifiesta Cussac González cuando dice que *“la implantación del principio de legalidad desde un Derecho penal liberal, a pesar de nuevos y numerosos embates técnicos y políticos, continúa hoy plenamente vigente, habiendo reducido a un ámbito muy limitado el poder discrecional del Juez. Y ello no podría ser de otra manera, pues en su respeto se halla el cabal entendimiento de un Derecho penal civilizado”*.⁵⁵ De otra manera el Juez tendría un poder casi ilimitado sobre los justiciables.

Si bien es cierto que ya desde 1981, Zugaldia Espinar requería una mayor *“racionalización y controlabilidad de la individualización de la pena”*, no es menos

⁵⁴ PÉREZ ALONSO, Miguel: Teoría General de Las Circunstancias: Especial Consideración de las Agravantes Indeterminadas en los Delitos contra la Propiedad y el Patrimonio. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid España. 1995. Pág. 292.

⁵⁵ CUSSAC GONZÁLEZ, León: Arbitrio Judicial y Artículo 61.4 del Código Penal: Comentario a la Sentencia de 20 de Marzo de 1986. en Revista del Poder Judicial, Nº 4. Ediciones Revista Jurídica Española La Ley. Barcelona España. 1987. Pág. 142.

cierto que *errare humanum est* y los Tribunales de apelación difícilmente revocan una sentencia, en aquellos aspectos donde el Juez tiene amplias facultades discrecionales, si ésta es mínimamente motivada –y en determinados casos, aunque no lo esté⁵⁶–. Como señala Luís Belestá Segura: “*existe desde antiguo una constante línea jurisprudencial que sostiene que los Tribunales disponen de una facultad discrecional privativa y personal no susceptible de ser revisada en casación*”.⁵⁷ Y además expresa: “*Esta tendencia se ha visto recientemente revisada, con la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1989 (refiriéndose a la justicia española), a través de la cual se hace una llamada a los Tribunales de instancia para que no confundan la discrecionalidad (que consiste en el uso motivado de las facultades de arbitrio) con la arbitrariedad (consistente en la no motivación del uso de las facultades discrecionales) ya que mientras la arbitrariedad es lícita y no revisable en casación, la arbitrariedad se encuentra vetada tanto por la legislación ordinaria como por la Constitución*”.⁵⁸ Pero esta sentencia no ha abierto una nueva vía. No deja de ser una sentencia aislada y de nuevo se ha vuelto a la tradición de no motivación en aspectos discrecionales.

“Cuando algún autor critica el actual o los anteriores sistemas de determinación de la pena aplicando peyorativamente el calificativo de decimonónicos y proponen un sistema moderno en que el arbitrio del Juez sea el máximo posible, están en realidad proponiendo una vuelta al Antiguo Régimen en este punto”.⁵⁹

Han criticado la ampliación del arbitrio judicial, para la determinación de la pena, entre otros autores, Cobo Del Rosal y Belestá Segura. El primero sostiene que “*la proliferación de juicios valorativos, de toda instancia, en los tipos penales y la discrecionalidad, a mi juicio desmesurada, que campea en el régimen de aplicación y ejecución de la pena es realmente preocupante*”⁶⁰ a continuación añade que “*todo cuanto antecede no significa que seamos contrarios a la existencia de un prudente arbitrio judicial, sometido a Derecho, motivado y que con respecto a su uso quepa el correspondiente régimen de recursos*”.⁶¹ Belestá Segura, por su parte –y refiriéndose

⁵⁶ ZUGALDIA ESPINAR, Mildred: La Prevención General en la Individualización Judicial de la Pena, en Anuario de Derecho Penal. Ediciones Tirant Lo Blanch. Madrid España. 1981. Pág. 878.

⁵⁷ BELESTÁ SEGURA, Luís: Determinación de la Pena en el Código Penal Español: El Artículo 66 del Nuevo Código Penal y el Arbitrio Judicial. Ediciones Consejo General del Poder Judicial. Navarra España. Septiembre de 1999. Pág. 34.

⁵⁸ BELESTÁ SEGURA, Luís: Ob. Cit. . Pág. 35.

⁵⁹ IBÍDEM: Pág. 38.

⁶⁰ COBO DEL ROSAL, Alonso: Consideración General Sobre el Nuevo Código Penal, La Ley 1996-3, D-181. Ediciones Actualidad Penal. Madrid España. 1997. Pág. 167.

⁶¹ IBÍDEM: Pág. 167.

sobre todo a la parte especial– manifiesta *“que el amplio arbitrio puede conculcar el principio de división de poderes que está en la base del principio de legalidad”*.⁶²

En la valoración de la personalidad del procesado para determinar la pena, existen dos elementos en tensión en base a los cuales se tiene que imponer la pena al autor de una infracción penal. *“Por una parte el principio de legalidad y por otra el principio de deber considerar todo lo probado ya sea por subsunción o por abducción sobre la personalidad del imputado, que es el presupuesto de entrada del arbitrio judicial, pero limitado. De la mayor o menor importancia que se dé a cada uno de estos elementos surgirá un sistema de determinación de la pena”*.⁶³

Lógicamente, ninguno de estos extremos se adopta en los Códigos Penales actuales. Pero sí se puede poner más el acento en uno u otro aspecto. *“Las nuevas tendencias político-criminales apuestan por dar mayor importancia principio de deber considerar todo lo probado ya sea por subsunción o por abducción sobre la personalidad del imputado y unirlo al principio de legalidad, para adecuar la pena al hecho y al autor”*.⁶⁴ Es precisamente que en este sistema de determinación de la pena, que el arbitrio judicial puede jugar un papel importante al no ser tan discrecional.

En la determinación de la pena teniendo presente el principio de legalidad y el principio de deber considerar todo lo probado ya sea por subsunción o por abducción sobre la personalidad del imputado, se derivan consecuencias relevantes para el juzgamiento no tan discrecional imputado que son: la prohibición de la indefensión y de la arbitrariedad, la concreción, la certeza, la taxatividad, la seguridad jurídica. Además, como advierte, el tantas veces citado Belestá Segura, *“un arbitrio judicial ilimitado o ampliado requiere una mayor dedicación y atención del Juez a cada proceso y a cada delincuente, cosa que actualmente no ocurre”*.⁶⁵

Y como advierte Cussac González, el arbitrio judicial no reglado *“no sirve suficientemente a la reeducación y resocialización del delincuente si termina en la sentencia, es decir, si las penas quedan como fosilizadas al concluir el proceso”*.⁶⁶

⁶² BELESTÁ SEGURA, Luís: Ob. Cit. . Pág. 40.

⁶³ BELESTÁ SEGURA, Luís: Ob. Cit. . Pág. 41.

⁶⁴ IBÍDEM: Pág. 43.

⁶⁵ IBÍDEM: Pág. 44.

⁶⁶ CUSA GONZÁLEZ, León: Ob. Cit. . Pág. 144.

A pesar de ello el arbitrio judicial resulta imprescindible para mantener la humanización de la justicia evitando la introducción de métodos automáticos de determinación de la pena *“sin consideración a toda la riqueza de matices del hecho y del sujeto que la ley por su propia generalidad no puede prever”*.⁶⁷

⁶⁷ BELESTÁ SEGURA, Luís: Ob. Cit. . Pág. 48.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN PENAL RELATIVA AL TEMA Y LEGISLACIÓN COMPARADA

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN PENAL RELATIVA AL TEMA Y LEGISLACIÓN COMPARADA

1. LA TEORÍA DE LA PENA QUE SIGUE LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA

Empezamos el estudio de la pena en relación a nuestra normativa penal, y en ese sentido, es necesario verificar si la calidad de pena que imponemos, está orientada hacia la Escuela Clásica (retribución) o de manera contraria a la Escuela Positiva (prevención), sin embargo, de un análisis apriorístico deducimos que más bien formamos parte de las Teorías eclécticas o denominadas Teorías de la Unión, en la que de manera dual al imponer la pena pretendemos imponer la retribución general y de mejor manera la prevención especial.

Por otra parte, cabe reflexionar que aunque parezcan irreconciliables, las Teorías absolutas -con algunas restricciones- y las relativas, pueden perfectamente armonizarse, así se desprende del artículo 25 del Código Penal Boliviano (CPB) que establece: *“La sanción comprende las penas y las medidas de seguridad, tiene como fines la enmienda y la readaptación social del delincuente, así como el cumplimiento de las funciones preventivas general y especial”*, sin embargo en la práctica judicial esta posición doctrinal ecléctica ha sido desvirtuada y no se cumple.

Asimismo, se debe tomar en cuenta lo dispuesto en la Nueva Constitución Política del Estado, que en el Capítulo sobre Garantías Jurisdiccionales y específicamente en el Art. 118 inc.III), hace referencia a la finalidad de la pena que persigue el Estado Boliviano:

Art. 118.

- I. Está prohibida la infamia, la muerte civil y el confinamiento*
- II. La máxima sanción penal será de treinta años de privación de libertad, sin derecho a indulto.*
- III. El cumplimiento de las sanciones privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas a la educación, habilitación e inserción social de los condenados, con respeto a sus derechos.*

Esta disposición, –que no estaba presente en la anterior Constitución- orienta al Estado respecto a la finalidad de la pena, situándola dentro de las teorías relativas de la pena.

1.1. CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS

El Código Penal, en su artículo 26 divide las penas en principales y accesorias.

Son penas principales de acuerdo a nuestra legislación sustantiva penal: el presidio, la reclusión, la prestación de trabajo y la multa. Son penas accesorias la inhabilitación especial o relativa, sin embargo, y en un análisis de la realidad procesal, de manera genérica solo se impone penas privativas de libertad, sin hacerse distinción alguna entre presidio y reclusión, ya que esta diferencia no existe dentro de la ejecución de la pena, más aun, cuando nuestro sistema progresivo no contempla reglas de tratamiento diferenciado respecto a un presidio o reclusión. Es decir, en los hechos solo existe privación de libertad.

En cuanto al sistema de determinación de la pena que sigue la legislación penal boliviana, podemos afirmar que se trata de un sistema flexible, es decir, aquel en que la pena prevista para la conducta punible debe determinarse a partir de un marco que señala los límites mínimos y máximos que dicha pena pueda alcanzar, y ser así determinado por el Juez o Tribunal.

1.2. ELEMENTOS A CONSIDERAR EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LA LEGISLACIÓN PENAL BOLIVIANA

Los elementos a considerar en la determinación de la pena se encuentran prescritos en el Art. 37 del Código Penal Boliviano que dispone:

Artículo 37.- (Fijación de la pena) *Compete al Juez, atendiendo la personalidad del autor, la mayor o menor gravedad del hecho, las circunstancias y las consecuencias del delito:*

1. *Tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho, en la medida requerida para cada caso.*
2. *Determinar la pena aplicable a cada delito, dentro de los límites legales.*

Los elementos a considerar para determinar la pena, conforme al Art. 37 del Código Penal son:

- La personalidad del autor
- La mayor o menor gravedad del hecho (gravedad del delito)
- Las circunstancias (circunstancias del ilícito)
- Las consecuencias del delito (forma de comisión o ejecución del hecho ilícito)

Cuando el Art. 37 del Código Penal Boliviano (CPB), se refiere a la personalidad del autor *“se refiere a las condiciones morales que le son propias y le dan una fisonomía particular a un hombre, de lo cual se concluye, que la personalidad es el modo de ser peculiar y privativo de cada persona por sus cualidades morales”*.⁶⁸

Ahora bien, la norma analizada al referirse a la mayor gravedad o menor gravedad del hecho, se refiere a como señala Jeschek *“a la magnitud de la infracción jurídica que se mide por la entidad del daño producido y el grado de la puesta en peligro, del derecho protegido por la norma, pero además la magnitud de la infracción jurídica depende además de la clase y la forma de ejecución del hecho”*.⁶⁹

Al respecto Alfonso Reyes, es más claro al manifestar: *“la gravedad del hecho constituye la mayor o menor vulnerabilidad del bien jurídico tutelado; el grado o intensidad del dolo o la culpa con que el agente haya actuado, y a las modalidades extra típicas de su conducta, es decir, a aquellas circunstancias significativas que no están legalmente en los tipos de la parte especial ni en las normas generales del código”*.⁷⁰

⁶⁸ LÓPEZ HERNANI, Oscar: Análisis del Código Penal y Procedimiento Penal a la Luz de las Doctrinas Contemporáneas. Ob. Cit. Pág. 47.

⁶⁹ IBÍDEM: Pág. 48.

⁷⁰ IBÍDEM: Pág. 48.

Por su parte, cuando el Código Penal Boliviano alude a las circunstancias, se refiere a los accidentes de tiempo, lugar y modo en la comisión de un delito, al respecto el Ex-Magistrado del Tribunal Constitucional, Willman R. Durán Ribera, en lo relativo al contenido del Art. 37 del Código Penal asevera:

*“Del contenido del Art. 37 del Código penal, se interpreta que la pena se individualiza en el caso concreto tomando en cuenta: la magnitud del injusto cometido (hecho punible), que es sinónimo de acción típica y antijurídica, y la culpabilidad. La fijación de la pena es posible efectuarla en el marco de la culpabilidad porque esta es mensurable, es medible. Así, para que pueda determinarse mayor o menor pena, dependerá de la entidad o el valor de los motivos y circunstancias que concurrieron para que el agente tome la decisión de actuar en contradicción con el orden jurídico. Por tanto, el objeto del juicio de culpabilidad, es el comportamiento antijurídico, en relación a la actitud interna del sujeto, jurídicamente desaprobada”.*⁷¹

Además sobre el Art. 37 añade: *“Si bien en la doctrina, los conceptos sobre la culpabilidad no son formulados de manera uniforme, de manera general se acepta que el sentido de la posibilidad de exigibilidad de otra conducta es la base de la reprochabilidad. Conforme a esto para Jescheck, “La culpabilidad es una censurable falta de actitud jurídica que se expresa en una acción típica y antijurídica”. Para Stratenwerth (conocido en Bolivia por su participación en la reforma del Código Penal de 1996), radica en la posibilidad de advertir la exigencia jurídica de deber ser y conducirse según la misma.*

En concreto, en el campo de la culpabilidad se exige al delincuente, en su actitud frente al Derecho, lo que otro podría hacer en su misma situación. En ello radica la esencia de la imputación subjetiva”.

*“En nuestro Derecho, la pena sólo puede fundarse en la constatación de que es posible formular al autor de un hecho típico y antijurídico, un reproche, y nunca puede ser más grave que lo que el autor merezca según su culpabilidad (Art. 13 C.P). Aquí constatamos la doble función de la culpabilidad; como fundamento de la pena y como límite o medida de la misma”*⁷².

⁷¹ Willman R. Durán Ribera: La Determinación Judicial de la Pena .Edición Conjunta del Tribunal Constitucional de Bolivia y la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales. La Paz Bolivia. 2003-02-02. Pág. 21.

⁷² IBÍDEM. Ob. Cit.

Por otra parte, el Art. 38 del Código Penal aclara como se va a valorar la personalidad del autor estableciendo expresamente lo siguiente:

Artículo 38 (Circunstancias)

1. Para apreciar la personalidad del autor, se tomará principalmente en cuenta:

a) La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente y posterior del sujeto, los móviles que le impulsaron a delinquir y su situación económica y social.

b) Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la ejecución del delito y los demás antecedentes y condiciones personales, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones, la calidad de las personas ofendidas y otras circunstancias de índole subjetiva.

Se tendrá en cuenta asimismo, la premeditación, motivo bajo antisocial, la alevosía y el ensañamiento.

2. Para apreciar la gravedad del hecho, se tendrá en cuenta: *La naturaleza de la acción, de los medios empleados, la extensión del daño causado y del peligro corrido.*

El Código Penal en el Art. 38 divide el análisis de la valoración de la personalidad del procesado en:

- A) Elementos propiamente relativos a la personalidad del procesado (estos se dividen a su vez en elementos objetivos y elementos subjetivos)
- B) Elementos relativos a la víctima del delito

A) ELEMENTOS PROPIAMENTE RELATIVOS A LA PERSONALIDAD DEL PROCESADO

Los elementos propiamente relativos a la personalidad del procesado se dividen en elementos objetivos y elementos subjetivos.

∞ **Los elementos objetivos son:**

- La edad y la educación, es decir el grado de desarrollo físico y nivel de formación, que se puede probar con prueba documental.⁷³
- Por otro lado, la situación económica y social, es decir la situación económica del procesado y el status o capa social a la cual pertenece el procesado⁷⁴.
- Las costumbres, es decir la práctica conforme y uniforme de conducta y usos del procesado.
- La conducta precedente y posterior del sujeto, es decir que aptitud y acciones realizó el procesado antes y después de la comisión del delito.
- Los vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones, es decir que haya relación de parentesco, amistad, laboral o académico del procesado con la víctima.
- La alevosía, es decir que la comisión del delito se produjo de improviso, pero principalmente sin riesgo de daño al procesado.
- El ensañamiento, es decir el aumento deliberado e indiscriminado e inhumano del dolor de la víctima del delito.⁷⁵

Con respecto a los elementos objetivos para valorar la personalidad del procesado, Willman R. Durán Ribera indica lo siguiente y por su importancia se transcribe parte de su investigación, en estos términos.

“La edad, es un factor que puede operar como agravante o atenuante. Por regla general, la delincuencia juvenil constituye una circunstancia atenuante; lo propio ocurre, también, en determinadas circunstancias, con la edad avanzada.

⁷³ LÓPEZ HERNANI, Oscar: Análisis del Código Penal y Procedimiento Penal a la Luz de las Doctrinas Contemporáneas. Ob. Cit. . Pág. 50.

⁷⁴ Cabe hacer constar que para los fines solamente doctrinales, se utilizará de manera genérica el término de “procesado” cuando se hace referencia al imputado (Etapa Preparatoria) o al Acusado (Juicio Oral). Por otro lado, cabe recordar que en Etapa Preparatoria, incluso el Juez de Instrucción puede imponer una pena, cuando se da el caso del Procedimiento Abreviado regulado en los artículos 373 y 374 del Código de Procedimiento Boliviano.

⁷⁵ IBÍDEM. Pág. 50 a 51.

En cuanto a la educación, debe operar por regla general como circunstancia agravante, al menos para determinada clase de delito; incluso en los delitos culposos, en los que la exigencia del deber de cuidado es mayor, según el nivel de conocimientos.

La posición económica, en realidad, el efecto más importante que puede recaer sobre este aspecto está vinculado con los delitos económicos, y naturalmente ha de repercutir en la fijación de los días-multa.

Una vida anterior libre de sanciones penales no se debe tomar sin más como atenuante para la determinación de la pena. Lo que sí debe considerarse como factor de atenuación, es que el autor haya desarrollado hasta la comisión del hecho punible una vida ordenada y acorde al derecho, de tal manera que el hecho delictivo signifique una notoria contracción con su conducta anterior. Una conducción de vida ordenada representa un importante punto de referencia como para estimar que aún con una pena mínima es posible provocar frente a dicho autor suficiente efecto inhibitorio para la no comisión de un nuevo delito, incluso, es posible lograrlo sin necesidad a lo mejor de la privación de libertad.

No deben considerarse como desfavorables las conductas indecentes pero no punibles, pero deben sí ser consideradas como efectos desfavorables en la medición de la pena por conducta anterior, por ejemplo, el hecho de que el autor haya socavado las bases de su matrimonio y su familia, debido al alcoholismo o una vida desordenada y dispendiosa; sin embargo, debe exigirse a los efectos de la culpabilidad, una concreta referencia o vinculación con el hecho, es decir que constituya la causa del hecho o que la ejecución de estos se entienda a partir de aquellos.

Constituye una cuestión especialmente de compleja estimación en la determinación de la pena, las prestaciones de utilidad social efectuadas con anterioridad al hecho, por el autor de un delito, en especial de beneficio para la colectividad. Serán siempre atendibles tales hechos si se puede establecer una relación directa con el hecho y su valoración desde la óptica de la culpabilidad. Ejemplo: un voluntario del grupo ZAR, provoca en el desarrollo de un salvataje, como consecuencia de su agotamiento, un accidente con muerte culposa. Aquí es posible beneficiar a quien con su acción voluntaria ha realizado prestaciones a la comunidad, dado que en ese quehacer tuvo lugar la acción delictiva.

La conducta posterior, se debe tomar en cuenta como factor para la determinación de la pena, el esfuerzo del autor por reparar el daño causado. También debe apreciarse como favorable la conducta del procesado en el proceso penal, cuando:

- 1) *Se haya entregado a la autoridad policial o judicial voluntariamente, pese a haber contado con la posibilidad de una fácil huida, o tener la posibilidad de no ser descubierto*
- 2) *La confesión que manifieste arrepentimiento, o bien que haya ayudado significativamente al establecimiento de la verdad mediante su declaración. Tómesese en cuenta que aquí a diferencia del sistema anglosajón, es el arrepentimiento el que se valora, no la delación.*

La reparación del daño, consiste fundamentalmente en aliviar las consecuencias materiales del hecho delictivo son también factor de atenuación; sin embargo, también puede tener un efecto atenuante de la pena, los actos que denoten voluntad de reparar Ej.: cuidado y socorro a la víctima en un accidente o agresión.

La extensión del daño causado debe ser delimitada sólo para aquello que tenga vinculación con el hecho típico, directamente. Ejemplo: no será aplicable el caso en que un cónyuge realiza un paseo de fin de semana con su amiga, con la que mantiene cierta relación extramatrimonial, en cuyas circunstancias se produce un accidente de tránsito de relativa gravedad en el que resulta herida la amiga, y como producto de aquello surgen gravísimos problemas con la esposa a la que el marido acaba dándole muerte. Esto no puede considerarse como parte de la extensión del daño, en el sentido de la ley".⁷⁶

∞ Los elementos subjetivos son:

Los móviles que le impulsaron a delinquir, es decir los motivos o causas que impulsaron la comisión del delito.

Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la ejecución del delito, es decir aquí la norma se refiere al estado emocional o psicológico en el momento mismo de la comisión del delito.

Antecedentes y condiciones personales, es decir la norma se refiere a los antecedentes delictivos, historial psiquiátrico o condiciones violentas o pacíficas del procesado.

La premeditación, es decir el designio o decisión de cometer el delito formado antes de la comisión de éste.

⁷⁶ Willman R. Durán Ribera: Ob. Cit. . Pág. 30 a 36.

El motivo bajo antisocial, es decir las causas perversas de la comisión de un delito.⁷⁷

B) ELEMENTOS RELATIVOS A LA VÍCTIMA DEL DELITO

Los elementos relativos a la víctima del delito se refieren a la calidad de las personas ofendidas.

*“La calidad de la personas ofendidas,... se relaciona directamente con el grado de honorabilidad de la víctima, nivel económico y condiciones intrínsecas y extrínsecas de la víctima”.*⁷⁸

Naturalmente todos estos elementos referidos la personalidad del procesado y los relativos a la víctima tienen que ser valorados expresamente en la sentencia que se dicte en proceso penal, por mandato del Art. 124 del Código de Procedimiento Penal (C.P.P). Aspectos que a continuación se detallan:

1.3. OBLIGACIÓN DE MOTIVAR LA SENTENCIA CON RESPECTO A LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL BOLIVIANA

Si se relaciona el Art. 124 del C.P.P. con los Arts. 37 y 38 del Código Penal Boliviano (CPB), es inexcusable establecer de forma razonada los elementos de determinación de la pena unidos al principio general de culpabilidad (Art. 13 del Código Penal) y fin de la pena (Art. 25 del Código Penal) en la sentencia final que se dicte dentro de un proceso, lo cual no puede ser omitido y es más el Art. 370 del C.P.P. dispone expresamente : *“Los defectos de la sentencia que habilitaran la apelación restringida, serán los siguientes : ... que no exista la fundamentación de la sentencia”.*

Previamente, hay que señalar que requisitos dispone el Código de Procedimiento Penal, para la realización de la Sentencia Penal, en ese sentido el Art. 360 del Nuevo Código de Procedimiento Penal, ordena que toda sentencia de materia penal contenga los siguientes aspectos:

⁷⁷ LÓPEZ HERNANI, Oscar: Ob. Cit. . Pág. 52.

⁷⁸ IBÍDEM : Págs. 52 a 54

- ☞ Debe pronunciarse a nombre de la República⁷⁹. Es decir, que se tiene que hacer mención en la suma y parte resolutive que se determina una pena o absolució n a nombre de Bolivia.
- ☞ La mención del Tribunal, lugar y fecha en que dicte, el nombre de los jueces, de las partes y los datos personales del imputado. Al señalar la norma legal mención del Tribunal se refiere al tipo de Tribunal que dicta la sentencia es decir Tribunal de sentencia o Juez de sentencia.
- ☞ No se puede dejar de observar que al remitirse la ley adjetiva al lugar y fecha, evidencia la trascendencia de estos aspectos no solo para fines, de términos de apelación, sino para fines de prescripción de la pena.
- ☞ La enunciación del hecho y circunstancias que hayan sido objeto del juicio *“Al referirse la norma a que la sentencia debe señalar expresamente la enunciación del hecho y circunstancias, evidencia diversos aspectos a tomar en cuenta, por una parte el delito imputado y por otro los elementos atingentes a la comisión o no comisión del delito relacionado con los accidentes de tiempo, lugar y forma o modo que acompañan a un hecho, en este caso el delito procesado, dentro de estas circunstancias se encuentra la personalidad del delincuente”*.⁸⁰

De tal manera que dentro de la enunciación del hecho y circunstancias que hayan sido objeto del juicio, se encuentra la valoración de la personalidad del delincuente. Por otra parte, otro requisito importante en la realización de las

⁷⁹ A momento de concluir la presente Tesis, el partido en función de Gobierno y luego de haberse promulgado el nuevo texto constitucional viene evitando el uso del término político de República de Bolivia, y lo viene sustituyendo por el de *Estado Plurinacional de Bolivia*, pese a que la actual Constitución Política del Estado en su Capítulo Tercero “Sistema de Gobierno”, y en su artículo 11, señala textualmente: *La República de Bolivia* adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres. Por otra parte, debe considerarse que el Art. 360 del Código de Procedimiento Penal que señala que: *La Sentencia se pronunciara en nombre de la República*, no ha sido modificado y por los menos hasta el momento en el que se terminó este trabajo de investigación los jueces y tribunales, todavía siguen pronunciando la sentencia en nombre de la República de Bolivia.

⁸⁰ LÓPEZ HERNANI, Oscar. Análisis del Código Penal y Procedimiento Penal a la Luz de las Doctrinas Contemporáneas. Ob. Cit. . Pág. 90.

sentencias penales es la fundamentación de estas, al respecto el Art. 124 del Código de Procedimiento Penal dispone:

Artículo 124.- (Fundamentación) Las sentencias y autos interlocutorios serán fundamentados. Expresaran los motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba.

La fundamentación no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos o la mención de los requerimientos de las Partes.

El magistrado, Willman R. Durán Ribera, sobre la fundamentación de la sentencia penal en Bolivia menciona:

*“La fundamentación es una exigencia inexcusable tanto para que el condenado sepa por qué ha recibido tal o cual pena en su condena, así como para que el Tribunal de casación valore adecuadamente los fundamentos de la pena impuesta y en su caso determine los correctivos necesarios. En efecto, el Juez debe exponer las circunstancias que para él han sido determinantes en la fijación de la pena. Por ejemplo, puede ocurrir, como en realidad ocurre, que la fijación de la pena no guarde coherencia con los factores de determinación que presenta el caso”.*⁸¹

1.4 LA OBLIGACIÓN DE FIJAR LA PENA DE ACUERDO A LOS FINES DE LA PENA EN LA LEGISLACIÓN PENAL

Ya ha quedado establecido que la sentencia penal debe motivarse, también, porque debe correlacionarse esta con los fines de la pena, y en ese camino, Willman R. Durán Ribera, acertadamente indica:

*“Resulta obvio que la pautas de determinación descritas precedentemente deben conjuncionarse e interpretarse en armonía con los fines asignados a la pena en el Art. 25 del Código penal. Esto significa, que los parámetros establecidos en los Arts. 37 y 38 no son los únicos que debe tomar en cuenta el Juez en el momento de la determinación de la pena, sino que la clase de pena que se imponga y la magnitud de la misma, debe ser la adecuada para cumplir los fines de la pena (enmienda, readaptación, prevención general y prevención especial)”.*⁸²

⁸¹ Willman R. Durán Ribera: Ob. Cit. . Pág. 40.

⁸² IBÍDEM: Pág. 44.

Más aún, como se explico anteriormente que la Nueva Constitución Política del Estado, promulgada en febrero de 2009, orienta la finalidad de la penas a las teorías relativas.

2. LEGISLACIÓN COMPARADA

2.1. LEGISLACIÓN ARGENTINA (CÓDIGO PENAL ARGENTINO. LEY 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 CÓDIGO PENAL BUENOS AIRES, 21 DE DICIEMBRE DE 1984 BOLETÍN OFICIAL, 16 DE ENERO DE 1985)

Para la fijación de la pena el Código Penal Argentino dispone en el Art. 40:

Art. 40.- En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los Tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

Al señalar penas divisibles se establece un sistema de pena relativas, es decir, aquellas en que la pena prevista para la conducta punible debe determinarse a partir de un marco que fija los límites mínimo y máximo que dicha pena puede alcanzar. Ahora bien para determinar el marco penal para la fijación de la pena, se deben tomar en cuenta las circunstancia atenuantes o agravantes (elementos accidentales que gradúan una pena mayor o menor) y valorarlas de acuerdo al Art. 41 del Código Penal Argentino, que establece :

Art. 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado;

2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que

*demuestren su mayor o menor peligrosidad. El Juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.*⁸³

Como expresa, Patricia Ziffer, *“en una primera aproximación y siguiendo esto a la doctrina tradicional, podría calificarse al primer inciso como objetivo - todo lo relativo al hecho - y al segundo, como subjetivo - todo lo relativo a la persona del autor “*. Asimismo acota: *“De acuerdo con la concepción del Art. 41, la determinación de la pena funcionaría en nuestro sistema legal como un doble proceso, consistente en determinar primero los aspectos objetivos del hecho y luego las circunstancias de las que puede inducirse un criterio de peligrosidad del sujeto, es decir la probabilidad de que vuelva a delinquir”*.⁸⁴

De tal forma que la determinación de la pena, en la legislación penal Argentina, debe ser decidida tomando en consideración la gravedad del hecho y la personalidad del procesado.

Ahora bien, sobre la relevancia de la valoración de la personalidad en la fijación de la pena Darío Rubén Arguiano, denota que *“El Código en el Art. 41 se adscribe indudablemente en los principios sustentados por la tesis objetiva y subjetiva. Sin embargo esta adhesión no es uniforme, puesto que la personalidad del autor es determinante en la fijación de la pena como es el caso de la tentativa.*

Como en la mayoría de las legislaciones penales, el Código Penal, remite la disposición de la pena a la que correspondería al autor al Juez, pues afirma la facultad reductora o aun exonerante del Juez en atención al grado de peligrosidad revelado por el delincuente”.⁸⁵

El citado Darío Rubén Arguiano señala asimismo: *“Para la defensa social, la ciencia moderna toma en cuenta tanto el hecho producido cuanto las condiciones de quien lo ejecuta. Por eso se ha concedido a los jueces un amplio margen de apreciación que puede ir desde la absolucón hasta la imposición de un castigo importante, según el grado de peligrosidad del agente. Pero como siempre al ser subjetiva la valoración de la personalidad del autor, se ha proyectado un programa de computación que sirva de ayuda*

⁸³ Extractado del sitio de Internet: http://www.sajj.jus.gov.ar/download/grt_codigo_penal.html. Sin Autor. Sin Fecha.

⁸⁴ ZIFFER, Patricia. Ob. Cit. . Pág. 115 a 117.

⁸⁵ RUBÉN ARGUIANO, Darío: La Escala Punitiva en los Delitos, El Art. 41 del Código Penal ¿Un Acertijo Normativo? Editorial Estrada. Buenos Aires Argentina. 2003 .Pág. 57.

*para diagnosticar la personalidad del autor que actualmente se encuentra en prototipo y que próximamente se utilizara en la judicatura nacional”.*⁸⁶

En apoyo a este programa el Dr. Magariños opina “*si la pena debe fundarse en lo que establece la ley (Art. 40 C.P.), y esta sólo puede válidamente seleccionarse en razón a reglas preestablecidas (Art. 41 C.P.)-, la determinación de la pena sólo adquiere legitimidad como respuesta a la realización del acto que la ley contempla si aparece como derivación, aunque sea parcial, de la valoración de la personalidad, del carácter o de la peligrosidad del individuo infractor de la ley penal y esto sólo se puede realizar en base a criterios objetivos uniformes que el programa en estudio se proyecta aplicar en la judicatura nacional”.*⁸⁷

Por otra parte, la necesaria motivación de la determinación de la pena en la sentencia, en la legislación penal argentina se desprende del Art. 122 de su Código de Procedimiento Penal que dispone:

*Art. 122.- Las sentencias y los autos deberán ser motivados, bajo pena de nulidad. Los decretos deberán serlo, bajo la misma sanción, cuando la ley lo disponga.*⁸⁸

2.2 LEGISLACIÓN MEXICANA (CÓDIGO PENAL FEDERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE MÉXICO CON LAS REFORMAS DEL 2004. LEY PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 14 DE AGOSTO DE 1931)

El Código Penal Federal de México, reformado en el 26 de mayo del 2004, sobre la fijación de la pena establece:

Artículo 52.-El Juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;

⁸⁶ IBÍDEM. Pág. 58.

⁸⁷ RUBÉN ARGUIANO, Darío: Ob. Cit. . Pág. 61.

⁸⁸ Extractado del sitio de Internet: <http://www.justiciacriminal.cl/C.P.P/argentina.pdf>. . Código de Procedimiento Penal Argentino. Sin Autor. 2003.

- II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;
- III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;
- IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;
- V.- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;
- VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y
- VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.⁸⁹

Andrés León Ortiz, refiriéndose a la legislación mexicana señala: “Para la fijación de la pena correspondiente, los primeros elementos del Código Penal Federal se alude a la culpabilidad del autor (I,II,III) , mientras que los siguientes a la personalidad del agente de tal manera que nuestra legislación, de acuerdo a la doctrina dominante, impone como factores para determinar la pena: la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente”.⁹⁰ Específicamente sobre la valoración de la personalidad, Irma Gricelda Amuchategui Requena, indica: “aunque el Código Penal Federal no prevé ninguna medida para la valoración de la personalidad por parte del juzgador en cuanto a los antecedentes, el carácter del condenado, forma y grado de intervención, edad, ilustración, etc. en la práctica procesal se viene imponiendo que el Juez pida un estudio de la personalidad del agente para valorar esta. De esta manera se admite que todos los factores subjetivos y materiales sean tomados en cuenta para la individualizar de la pena. El estudio de la personalidad fundamentalmente versa sobre el diagnóstico y pronóstico de la futura conducta del agente”.⁹¹

El mencionado estudio de la personalidad conforme a la jurisprudencia mexicana tiene el objetivo de relevar la suficiente información para establecer el diagnóstico

⁸⁹ Extractado del sitio de Internet: [http:// info 4 juridicas. unam. mx/ijure/tcfed/8 htm. .](http://info4juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm) Código de Penal Federal de México. Sin Autor. 2004.

⁹⁰ LEÓN ORTIZ, Andrés: Ob. Cit. . Pág. 84 a 85.

⁹¹ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Gricelda: Derecho Penal, Colección de Estudios Jurídicos Universitarios. Editorial Harla, S. A., México D.F. México. 2003. Pág. 156.

de la situación integral que se relaciona con el delincuente y consta de los siguientes elementos:

1. Diagnóstico
 - Circunstancias que lo llevaron a delinquir
 - Contexto educativo, laboral, familiar, económico
 - Sus relaciones interpersonales con grupos de pertenencia
 - Estado de salud integral
 - Antecedentes delictivos
 - Reincidencias
 - Tipo de delito cometido
2. Análisis y evaluación para establecer un pronóstico.
3. Informe de los antecedentes y proyectos al Juez
4. Orientación al Juez para decidir, de acuerdo al diagnóstico y pronóstico si el delincuente cometerá nuevamente otro delito o se abstendrá de ello.⁹²

Por supuesto la determinación de la pena debe estar adecuadamente motivada al emitir la sentencia, como dispone el Art. 94 del Código Federal de Procedimientos Penales, que señala:

Artículo 94.- Las resoluciones judiciales son: sentencias, si terminan la instancia resolviendo el asunto en lo principal; y autos, en cualquier otro caso. Toda resolución deberá ser fundada y motivada, expresara la fecha en que se pronuncie y se redactara en forma clara, precisa y congruente con la promoción o actuación procesal que la origine. Toda resolución deberá cumplirse o ejecutarse en sus términos.

Esta disposición concuerda con el Art. 95 del mismo cuerpo legal estudiado que establece:

Artículo 95.- Las sentencias contendrán:
I. El lugar en que se pronuncien;
II. La designación del Tribunal que las dicte;
III. Los nombres y apellidos del acusado, su sobrenombre si lo tuviere, el lugar de su nacimiento, nacionalidad, edad, estado civil, en su caso el

⁹² AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Gricelda: Ob. Cit. . Pág. 167 a 168.

grupo étnico indígena al que pertenece, idioma, residencia o domicilio, y ocupación, oficio o profesión.

- IV. *Un extracto breve de los hechos exclusivamente conducentes a los puntos resolutiveos del auto o de la sentencia en su caso, evitando la reproducción innecesaria de constancias.*
- V. *Las consideraciones, fundamentaciones y motivaciones legales de la sentencia; y*
- VI. *La condenación o absolución que proceda, y los demás puntos resolutiveos correspondientes.*⁹³

2.3 LEGISLACIÓN DEL PERÚ (CÓDIGO PENAL DEL PERÚ DECRETO LEGISLATIVO Nº 635. PROMULGADO EL 3 DE ABRIL DE 1991)

Las reglas de determinación de la pena, en la legislación penal peruana se encuentran básicamente en los Arts. 45 y 46, los cuales disponen lo siguiente:

Artículo 45º.- El Juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta:

- 1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente;*
- 2. Su cultura y sus costumbres; y*
- 3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen.*⁹⁴

El Art. 45 del Código Penal Peruano determina que para fundamentar la pena, el Juez debe considerar tres elementos:

En primer lugar, se debe considerar las carencias sociales del agente, con lo cual se consagra el llamado principio de la co-culpabilidad o corresponsabilidad de la sociedad en la comisión del delito. Así la legislación penal peruana considera como uno de sus elementos de cuantificación de la pena el grado de injusto en

⁹³ Extractado del sitio de Internet:

<http://info4juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/6.htm>. . Código Federal de Procedimientos Penales de México. Sin Autor. 2004.

⁹⁴ Extractado del sitio de Internet:

<http://www.devida.gob.pe/documentacion/Decreto20Legislativo20635-CODIGO20PENAL.doc>. Sin Autor. Sin Fecha.

relación a las condiciones especiales por los que puede pasar un sujeto y no únicamente la culpabilidad.

En segundo lugar, se debe considerar la cultura y las costumbres del agente del delito, con lo cual se refiere al grado de culpabilidad del autor del delito, en cuanto que su formación cultural y a sus costumbres, que demuestran un mayor o menor grado de reprochabilidad por el injusto cometido.

En tercer lugar, se debe evaluar los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen, con lo cual se refiere a los efectos de la comisión del delito en el afectado o su familia en lo atinente al daño colateral causado.

Artículo 46º.- Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificadorio de la responsabilidad, considerando especialmente:

- 1. La naturaleza de la acción;*
- 2. Los medios empleados;*
- 3. La importancia de los deberes infringidos;*
- 4. La extensión del daño o peligro causados;*
- 5. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión;*
- 6. Los móviles y fines;*
- 7. La unidad o pluralidad de los agentes;*
- 8. La edad, educación, situación económica y medio social;*
- 9. La reparación espontánea que hubiere hecho del daño;*
- 10. La confesión sincera antes de haber sido descubierto; y*
- 11. las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente.*

*El Juez debe tomar conocimiento directo del agente y, en cuanto sea posible o útil, de la víctima.*⁹⁵

La previsión legal peruana fija que las bases de tasación de la pena a las que debe acudir el Juez son en primer lugar “la responsabilidad y gravedad del hecho punible” que no son más que el grado de injusto y el grado de culpabilidad.

⁹⁵ Extractado del sitio de Internet:

<http://www.devida.gob.pe/documentacion/Decreto20Legislativo20635-CODIGO20PENAL.doc>.
Sin Autor. Sin Fecha.

Cabe destacar que el Código Penal Peruano es el único que consagra expresamente principio de la prohibición de la doble valoración de los elementos de la determinación de la pena, al disponer que el Juez para determinar la pena atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido y sólo se tomará en consideración a condición de que no hayan sido previstos por la misma ley penal como elementos constitutivos de la respectiva figura punible, o comporten modificación de la responsabilidad. Es decir, que el Código Penal Peruano prohíbe que aquellos elementos que sean de la esencia de los tipos penales respectivos no puedan ser empleados dos veces para fijar la pena en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificadorio de la responsabilidad.

Seguidamente la norma penal peruana pasa a enumerar 11 pautas que ésta obligado el Juez a seguir al fijar una pena a un caso concreto que son:

- La naturaleza de la acción (grado de culpabilidad)
- Los medios empleados (grado de gravedad del hecho),
- La extensión del daño o peligro causados (grado de puesta en peligro del bien jurídico protegido en un tipo penal)
- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión (forma de comisión del delito)
- La unidad o pluralidad de los agentes (esto comprende los diversos casos de concurso de personas en el hecho punible (participación criminal en sentido amplio) y las formas de autoría (autoría directa, autoría mediata, coautoría que distingue la legislación peruana).
- Los móviles y fines que animan al autor, es decir la causa de la comisión del delito.
- La importancia de los deberes infringidos (la mayor o menor afectación de los bienes jurídicos que conllevan una trasgresión especial de ciertos valores ético-sociales de la sociedad peruana).
- La edad, educación, situación económica y medio social (que se refieren a la personalidad del autor o la cultura y sus costumbres conforme al nomen juris peruanos)
- Las condiciones personales del agente que también se refieren a la personalidad del autor.

- Las circunstancias que lleven al conocimiento del agente, que se refiere al principio de inmediación para poder apreciar la valoración de la personalidad directa del juzgador.
- La reparación espontánea que hubiere hecho del daño y la confesión sincera antes de haber sido descubierto, estas son situaciones posteriores a la comisión del delito que posibilitan valorar el injusto y la culpabilidad con posterioridad al hecho.

Finalmente el Código Penal Peruano prescribe que el Juez debe tomar conocimiento directo del agente y, en cuanto sea posible o útil, de la víctima, reconociéndose la importancia de poder apreciar la personalidad del autor pero además conocer a la víctima, con lo cual se reconoce que ella juega un papel decisivo al momento de fijar la pena como titular de un derecho transgredido.

CAPÍTULO III

**RESULTADOS DE LA
INVESTIGACIÓN**

CAPÍTULO III

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

1. CARACTERÍSTICAS DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación, pretende limitar el arbitrio judicial en la determinación judicial de la pena, para lo cual utiliza como unidades de análisis la revisión de sentencias y aplica encuestas.

2. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La investigación que se realizó fue: de tipo descriptiva y propositiva.

- ☞ Descriptiva, porque se realizó un estudio de las distintas partes, elementos y rasgos de la determinación judicial de la pena a nivel teórico, en la legislación comparada, en legislación nacional y en la realidad vigente en Bolivia sobre ésta.
- ☞ Propositiva, porque se realiza una propuesta de determinación judicial de la pena con modificaciones puntuales de acuerdo al marco teórico utilizado y el trabajo de campo.

3. SUJETOS DE LA INVESTIGACIÓN

Los sujetos de la investigación tienen una triple vertiente:

- ☞ En primer lugar, los abogados penalistas del foro paceño
- ☞ En segundo lugar, los abogados penalistas del foro cruceño
- ☞ En tercer lugar, litigantes de apelación la ciudad de La Paz
- ☞ En cuarto lugar, litigantes de apelación de la ciudad de Santa Cruz

4. UNIVERSO POBLACIONAL

4.1. UNIVERSO POBLACIONAL DE ABOGADOS PENALISTAS DEL FORO PACEÑO

Conforme a la lista de inscritos en el Colegio de Abogados de La Paz a diciembre del 2007, se tienen 2781 abogados especialistas en materia de Derecho Penal sobre un total de 8722.

4.2. UNIVERSO POBLACIONAL DE ABOGADOS PENALISTAS DEL FORO CRUCEÑO

De acuerdo a la lista de inscritos en el Colegio de Abogados de Santa Cruz a diciembre del 2007, se tienen 1994 abogados especialistas en materia de Derecho Penal sobre un total de 7701.

4.3. UNIVERSO POBLACIONAL DE LITIGANTES DE APELACIÓN DEL FORO PACEÑO

De conformidad los libros diarios de las 3 salas penales existentes en la ciudad de La Paz se tienen 957 procesos en apelación en movimiento, teniéndose, por consiguiente 1914 litigantes de procesos de apelación restringida de sentencia.

4.5. UNIVERSO POBLACIONAL DE LITIGANTES DE APELACIÓN DEL FORO CRUCEÑO

En las 2 salas penales que existen en la ciudad de Santa Cruz de acuerdo a los libros diarios se tiene 578 procesos en apelación en movimiento, por tanto se tienen 1156 litigantes de procesos de apelación restringida de sentencia.

5. DETERMINACIÓN DE MUESTRA

5.1. DETERMINACIÓN DE MUESTRA DE ABOGADOS PENALISTAS DEL FORO PACEÑO

Para la determinación de los abogados penalistas del foro paceño, se aplicó la fórmula, expresada por Sanddy Guzmán Veliz, en su libro El ABC de una Tesis que señala:

Primero se determina matemáticamente el tamaño de la muestra conforme al grado de precisión deseado

$$n1 = \frac{Z^2 pq}{d^2}$$

Donde:

n1= tamaño deseado de la muestra calculado en relación a grado de precisión

Z = desviación en relación a una distribución normal estándar igual 2

p = proporción de la población de estudio, que se estima, tiene una característica determinada, que equivale a 0.50

q = 1.0-p que equivale 0.50

d = grado de precisión deseado, que equivale a 0.05

$$n = \frac{2^2 * 2^2 * (0.50) * (0.50)}{0.05 * 0.05}$$

$$\frac{4}{16}$$

$$n1 = 4$$

Luego de determinar el tamaño de la muestra se reemplaza en la siguiente fórmula:

$$n = \frac{n1}{1 + (n1/N)}$$

Donde:

n = tamaño de muestra

n1 = tamaño deseado de la muestra calculado en relación al grado de precisión, que equivale a 4

N = número de población estudiada⁹⁶

Sustituyendo la fórmula ya mencionada, se tiene en el caso de los de los abogados penalistas del foro paceño:

⁹⁶ GUZMÁN VELIZ, Sanddy: El ABC de una Tesis. Editorial GIDESA. La Paz Bolivia. 1994. Pág. 59.

$$n = \frac{400}{1 + \left(\frac{400}{2781} \right) \frac{400}{400}}$$

$$n = \frac{400}{1.1438331}$$

$$n = 349.70136$$

De tal modo, que se tenía que aplicar a 349 abogados penalistas del foro paceño, las encuestas para tener una muestra representativa.

5.2. DETERMINACIÓN DE MUESTRA DE ABOGADOS PENALISTAS DEL FORO CRUCEÑO

Sustituyendo la fórmula ya mencionada, se tiene en el caso de los abogados penalistas del foro cruceño se tiene:

$$n = \frac{400}{1 + \left(\frac{400}{1994} \right) \frac{400}{400}}$$

$$n = \frac{400}{1.2006018}$$

$$n = 333.16625$$

De modo tal, que se tenía que ejecutar 333 encuestas a los abogados del foro cruceño, para tener una muestra representativa. Sin embargo debido al poco apoyo y colaboración a las investigaciones y al limitado tiempo en la ciudad de Santa Cruz para aplicar las encuestas, solo se pudo aplicar 290 encuestas, que representa 14 % del total.

5.3. DETERMINACIÓN DE MUESTRA DE LOS LITIGANTES DE APELACIÓN RESTRINGIDA DEL FORO PACEÑO

Sustituyendo la fórmula ya mencionada, se tiene en el caso de los litigantes de apelación restringida del foro paceño, los siguientes resultados:

$$n = \frac{400}{1 + (400/1914)} = \frac{400}{1.2089864} = 330.85556$$

De modo tal, que se tenía que ejecutar 330 encuestas en el caso de los litigantes de apelación restringida del foro paceño, para tener una muestra representativa estadísticamente.

5.4. DETERMINACIÓN DE MUESTRA DE LOS LITIGANTES DE APELACIÓN RESTRINGIDA DEL FORO CRUCEÑO

Sustituyendo la fórmula utilizada para la extracción de muestra, se tiene en el caso de los litigantes de apelación restringida del foro paceño:

$$n = \frac{400}{1 + (400/1156)} = \frac{400}{1.3460207} = 297.17225$$

De modo tal, que se tenían que realizar 297 encuestas en el caso de los litigantes de apelación restringida del foro cruceño. Empero nuevamente se tropezó con la poca colaboración de los litigantes cruceños, pudiéndose solo ejecutar 200 encuestas, que representa 17 % del total de población.

6. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

El diseño de la investigación fue de tipo no experimental, debido a que los sujetos y ambiente de estudio no podían ser modificados o cambiados de forma voluntaria y en condiciones manipulables.

7. PROCEDIMIENTO

Para una cabal demostración de la hipótesis, conforme a la Teoría planteada, se procedió de la siguiente manera:

- ☞ Primero, se analizó la Teoría de la determinación de la pena en cuanto a sus elementos y requisitos.
- ☞ Segundo, se analizó la legislación comparada y nacional sobre la determinación de la pena.
- ☞ Tercer, se valoraron las encuestas aplicadas a los abogados penalistas y litigantes de apelación restringida de sentencia de las ciudades de La Paz y Santa Cruz, asimismo se examinan sentencias con los parámetros preestablecidos.
- ☞ Quinto, se propone una propuesta legislativa sobre determinación judicial de la pena, para limitar el arbitrio judicial.

8. VALORACIÓN DE SENTENCIAS

8.1. DETERMINACIÓN DE MUESTRA DE SENTENCIAS

Debido a que el universo de sentencias era cuantioso, se determino ejecutar el método de T.D. Koepsell que plantea “tomar el 25 % de unidades de estudio y aplicar en estas unidades de estudio un número igual de encuestas o aplicación de formularios de revisión”.⁹⁷

Así de acuerdo a éste método se tiene que existen 7 Tribunales de Sentencia en la ciudad de La Paz y 6 Tribunales de Sentencia de la ciudad de Santa Cruz y el 25% de estos es : 1.75 de Tribunales de Sentencia en la ciudad de La Paz y 1.5

⁹⁷ KOESELL, T.D.: Algunos Aspectos Metodológicos de Evaluación de Unidades de Estudio. Trad. de Martín Casanovas Aguilar. Madrid España. 1998. Pág. 209.

Tribunales de Sentencia de la ciudad de Santa Cruz, es decir que se tenía que aplicar en 2 Tribunales de Sentencia en la ciudad de La Paz, los formularios de revisión de sentencias e igualmente en 2 Tribunales de Sentencia de la ciudad de Santa Cruz, los formularios de revisión de sentencias, fijándose realizar la revisión de 10 sentencias por Tribunal de Sentencia. Empero en la ciudad de La Paz con mucho esfuerzo se pudo revisar un Tribunal de Sentencia más, por lo que revisaron en total 50 sentencias.

Por otro lado, se eligió para la revisión de los libros de tomas de razón, hacer la revisión de las sentencias con un intervalo de 5, es decir, 5, 10, 15, 20, etc.

9. VALORACIÓN DE SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES DE SENTENCIA DE LA CIUDAD DE LA PAZ

TIPOS DE DELITO

TIPO DE DELITO	NUMERO
ASESINATO	3
TRAFICO DE SUSTANCIAS CONTROLADAS	4
LESIÓN SEGUIDA DE MUERTE	1
HOMICIDIO	3
CONDUCCIÓN PELIGROSA DE VEHÍCULO Y HOMICIDIO	1
HURTO	5
LESIONES GRAVES	1
USO DE INSTRUMENTO FALSIFICADO	1
ABANDONO DE MUJER EMBARAZADA	1
ESTELIONATO Y ESTAFA	1
FALSIFICACIÓN DE MONEDA Y ESTAFA	1
ESTELIONATO	2
VIOLACIÓN	1
ROBO	3
FALSIFICACIÓN	1
ESTAFA	1
TOTAL	30

FUENTE: Elaboración Propia

Aunque la investigación se orienta a la determinación de la pena, se puede observar del cuadro precedente que los delitos más frecuentes de las sentencias revisadas en los Tribunales de Sentencia de La Paz son: Hurto, Tráfico de Sustancia Controlada, Asesinato, Homicidio y Robo.

ASPECTOS REVISADOS EN LAS SENTENCIAS DE LA PAZ

ASPECTOS REVISADOS EN LAS SENTENCIAS	ELEMENTOS ENCONTRADOS	ELEMENTOS ENCONTRADOS	ELEMENTOS ENCONTRADOS	ELEMENTOS ENCONTRADOS
GRADO DE CULPABILIDAD	No se valora el grado de culpabilidad, ya sea por dolo o culpa 29	Sí se valora el grado de culpabilidad por dolo 1 El caso encontrado se da en un delito de uso de instrumento falsificado y se señala expresamente: Segunda.- Uno de los elementos constitutivos del delito de falsedad, como se mencionó, es el perjuicio que necesariamente debe ser real o posible siendo la consecuencia del hecho incriminado, donde se incluye el dolo, que consiste en la conciencia y voluntad de inmutar la verdad y de producir daño, el agente actúa con dolo, cuando además de conocer que se fabrica un documento, conoce también que esa falsedad es dañosa; en el caso de autos, el voto resolutorio fue elaborado por los directivos de la Cooperativa Minera Canutillos Ltda., aumentando firmas, ... cometieron el delito de uso de instrumento falsificado, con plena conciencia de su falsedad, habida cuenta que, no todos los que firmaron asistieron a la asamblea, como se desprende de las declaraciones de los testigos de descargo. (Tribunal de sentencia cuarto)		
GRAVEDAD DEL DELITO	No se valora la gravedad del delito ya sea por el interés jurídico violado o forma de ejecución del hecho 25	Sí se valora la gravedad del delito ya sea por el interés jurídico violado, en este caso en el delito de tráfico de sustancias controladas (verbigracia delito contra la salud y la vida o un delito de lesa humanidad) 3	Se valora la gravedad del delito por la forma de ejecución del hecho (verbigracia, el manejo de un instrumento de	

				esta naturaleza (cuchillo) denota peligro, un seguro personal...) 2			
CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO	Solo se hace una relación de las circunstancias del delito 30						
PERSONALIDAD	Se valora la conducta precedente 2	Se valora las circunstancias personales (grado de instrucción y familia) 3	No se valora ninguno de los elementos de la personalidad 14	Se dice que se valora y se utiliza el principio de imediación (se valora actos premeditados y motivo bajo antisocial) 1	solo se hace mención a que se valora la personalidad 11		
A QUE ASPECTO DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA SE CIRCUNSCRIBEN LAS PRUEBAS PRESENTADAS	A la comisión del delito y conducta precedente 20	A la comisión del delito 10					
CONSIDERACIÓN DEL FIN DE LA PENA PARA FIJAR LA PENA	No se consideró en ninguna de las sentencias						

9.1. ASPECTOS REVISADOS EN LAS SENTENCIAS DE LA PAZ

FUENTE: Elaboración Propia

Del cuadro que precede se puede observar lo siguiente:

- ✎ No se valora el grado de culpabilidad, ya sea por dolo o culpa, en un número de 29, frente a sólo un caso en donde se valora el grado de culpabilidad por dolo.
- ✎ No se valora la gravedad del delito ya sea por el interés jurídico violado o forma de ejecución del hecho, en un número de 25 y sí se valora la gravedad del delito ya sea por el interés jurídico violado, en 3 casos y por último, se valora la gravedad del delito por la forma de ejecución del hecho en 2 casos.
- ✎ En todas las sentencias revisadas, solo se hace una relación de las circunstancias del delito.
- ✎ En cuanto a la personalidad: No se valora ninguno de los elementos de la personalidad, en 14 sentencias; solo se hace mención a que se valora la personalidad en 11 sentencias; se valora las circunstancias personales (grado de instrucción y familia) en 3 casos; se valora la conducta precedente, en 2 sentencias y se dice que se valora la personalidad y se utiliza el principio de inmediación en 1 caso.
- ✎ Las pruebas que se señalan en las sentencias se orientan a: la comisión del delito y conducta precedente en un número de 20 y a la comisión del delito en número de 10.
- ✎ No se considera en ninguna de las 30 sentencias el fin de la pena para fijar la pena.

Como se puede deducir las circunstancias del delito, es el elemento más utilizado por los Tribunales de sentencia páceños para la determinación de la pena y en menor medida:

- ✎ El grado de culpabilidad, ya sea por dolo o culpa (29 casos encontrados donde no se utiliza).
- ✎ La gravedad del delito ya sea por el interés jurídico violado o forma de ejecución del hecho (25 casos encontrados donde no se utiliza).
- ✎ No se valora ninguno de los elementos de la personalidad, sumados a su sola mención (25 casos encontrados donde no se utiliza).

Queda claro, que a pesar de que se debería considerar todos los elementos de la determinación de la pena para dictar una sentencia, estos no son considerados en su totalidad por los Tribunales de sentencia pácenos examinados.

10. VALORACIÓN DE SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES DE SENTENCIA DE LA CIUDAD DE SANTA CRUZ

TIPOS DE DELITO

TIPO DE DELITO	NUMERO
CONTRABANDO	1
ESTAFA Y ESTELIONATO	1
ESTELIONATO	2
VIOLACIÓN	2
FALSEDAD MATERIAL Y USO DE INSTRUMENTO FALSIFICADO	1
ASESINATO	1
ROBO	3
ESTAFA	1
HOMICIDIO	1
FABRICACIÓN DE SUSTANCIAS CONTROLADAS	1
DESPOJO	2
TOTAL	20

FUENTE: Elaboración Propia

Como se puede observar del cuadro que precede, los delitos más frecuentes son: en primer lugar el robo, en segundo lugar el estelionato, la violación y el despojo.

ASPECTOS REVISADOS EN LAS SENTENCIAS DE SANTA CRUZ

ASPECTOS REVISADOS EN LAS SENTENCIAS	ELEMENTOS ENCONTRADOS	ELEMENTOS ENCONTRADOS	ELEMENTOS ENCONTRADOS	ELEMENTOS ENCONTRADOS	ELEMENTOS ENCONTRADOS	ELEMENTOS ENCONTRADOS
GRADO DE CULPABILIDAD	No se valora el grado de culpabilidad, ya sea por dolo o culpa 18	Sí se valora el grado de culpabilidad por dolo 2 Se establece a los efectos de los Arts. 37 en relación al Art. 38, 20,13 y 14 del Código Penal Sustantivo, que no basta un resultado para imponer una sanción si por lo menos esa conducta no sea reprochable, para infringir el tipo penal mencionado y que el mismo haya sido cometido bajo dolo específico, es este caso establecido primero la voluntad de dolo iniciado ante los juzgados policiales de Pando, así como el reconocimiento de firmas y rubricas en la misma jurisdicción...' (TRIBUNAL DE SENTENCIA SEGUNDO , DELITO DE ESTELIONATO)				
GRAVEDAD DEL DELITO	No se valora la gravedad del delito ya sea por el interés jurídico violado o forma de ejecución del hecho 20					
CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO	Solo se hace una relación de las circunstancias del delito 20					
PERSONALIDAD	Se valora la conducta precedente	Se valora las circunstancias personales (grado de instrucción y familia)	No se valora ninguno de los	Se hace mención a la	Solo se hace mención a que	Se hace mención a atenuantes

	1	TRIBUNAL DE SENTENCIA CUARTO "... en cuanto al grado de instrucción y cultura que tienen los imputados en relación a que son padres de familia y que tienen hijos no atempera la pena tomando en cuenta la conducta asumida."	elementos de la personalidad 14	reincidencia 1	se valora la personalidad y se aplican las normas pertinentes 2	1 TRIBUNAL DE SENTENCIA CUARTO Solo el acusado..., se hace merecedor a atenuantes, en mérito al ofrecimiento de la prueba de descargo que lo aseverado en su declaración libre y voluntaria, así como establecer que tiene una familia constituida con dos hijos, no tiene antecedentes penales y que cometió el delito por circunstancias de apremio económico.
A QUE ASPECTO DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA SE CIRCUNSCRIBEN LAS PRUEBAS PRESENTADAS	A la comisión del delito y conducta precedente 15	A la comisión del delito 5				
CONSIDERACIÓN DEL FIN DE LA PENA PARA FIJAR LA PENA	No se consideró en ninguna de las sentencias					

10.1. ASPECTOS REVISADOS EN LAS SENTENCIAS

FUENTE: Elaboración Propia

Del cuadro que precede se puede observar, que:

- ✎ No se valora el grado de culpabilidad, ya sea por dolo o culpa, en 18 casos y sí es valorada en 2 sentencias.
- ✎ No se valora la gravedad del delito ya sea por el interés jurídico violado o forma de ejecución del hecho, en todas las sentencias revisadas.
- ✎ Se hace una relación de las circunstancias del delito, en todas las sentencias revisadas.
- ✎ En cuanto a la personalidad: No se valora ninguno de los elementos de la personalidad, en 14 sentencias examinadas; se hace mención a que se valora la personalidad y se señalan las normas pertinentes, en 2 casos; se valora la conducta precedente, en 1 caso; se valora la reincidencia en 1 caso; se hace mención a atenuantes en 1 caso; y, se valora las circunstancias personales (grado de instrucción y familia, en 1 caso.
- ✎ No se toma en consideración el fin de la pena para fijar la pena en ninguna de las sentencias revisadas.

Nuevamente al igual que en el caso de los Tribunales de Sentencia de la ciudad de La Paz, no se consideran en los Tribunales de Sentencia de la ciudad de Santa Cruz todos los elementos de la determinación de la pena.

11. CRUZAMIENTO DE DATOS

TRIBUNALES DE SENTENCIA	GRADO DE CULPABILIDAD	GRAVEDAD DEL DELITO	CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO	PERSONALIDAD	FIN DE LA PENA
LA PAZ	No se valora el grado de culpabilidad, ya sea por dolo o culpa 29 sentencias	No se valora la gravedad del delito ya sea por el interés jurídico violado o forma de ejecución del hecho 25 sentencias	Solo se hace una relación de las circunstancias del delito 30 sentencias	No se valora ninguno de los elementos de la personalidad 14 sentencias	No es considerado en las 30 sentencias para fijar la pena
SANTA CRUZ	No se valora el grado de culpabilidad, ya sea por dolo o culpa 18 sentencias	No se valora la gravedad del delito ya sea por el interés jurídico violado o forma de ejecución del hecho 20 sentencias	Solo se hace una relación de las circunstancias del delito 20 sentencias	No se valora ninguno de los elementos de la personalidad 14 sentencias	No es considerado en las 20 sentencias para fijar la pena
TOTAL	47 sentencias	45 sentencias	50 sentencias	28 sentencias	50 sentencias

FUENTE: *Elaboración Propia*

Queda establecido que, el elemento más utilizado para determinar o fija la pena, tanto en La Paz y Santa Cruz, es las circunstancias del delito, descuidándose en mayor medida el grado de culpabilidad y gravedad del delito, y menor proporción la personalidad del procesado.

12. VALORACIÓN DE ENCUESTAS

12.1 VALORACIÓN DE ENCUESTAS APLICADAS A ABOGADOS ESPECIALISTAS EN DERECHO PENAL DEL FORO PACEÑO DE ACUERDO A LA HIPÓTESIS:

“LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA ESTA SUJETA AL LIBRE ARBITRIO JUDICIAL”

¿EN LOS PROCESOS QUE USTED A PATROCINADO, CONSIDERA QUE EN LAS SENTENCIAS PENALES QUE EMITEN LOS DIFERENTES JUZGADOS PENALES SE VALORA EL GRADO DE CULPABILIDAD DEL DELITO?

RESPUESTAS OBTENIDAS	PORCENTAJE
NO	57 %
SI	32 %
NO RESPONDIERON	11 %
TOTAL	100 %

FUENTE: Elaboración Propia

En el foro paceño se confirma los resultados de la revisión de sentencias y se evidencia con un 57 % que no se valora el grado de culpabilidad del delito.

Los abogados que responden afirmativamente, en un porcentaje de 32, consideran que si se valora el grado de culpabilidad del delito considerando:

☞ Dolo o culpa, con un 6 %

¿EN LOS PROCESOS QUE USTED A PATROCINADO, CONSIDERA QUE LAS SENTENCIAS PENALES QUE EMITEN LOS DIFERENTES JUZGADOS PENALES SE VALORA LA GRAVEDAD DEL DELITO?

RESPUESTAS OBTENIDAS	PORCENTAJE
NO	51 %
SI	42 %
NO RESPONDIERON	7 %
TOTAL	100 %

Fuente: Elaboración Propia

Como se puede observar del cuadro que precede, un 51 % de los abogados del foro paceño no se valora o considera en las sentencias emitidas, la gravedad del delito.

Los abogados que responden afirmativamente, con un 41 % señalan que se considera, en la gravedad del delito:

- ☞ La naturaleza de la acción y los medios empleados, con un 16 %
- ☞ Los perjuicios (materiales o morales) ocasionado con la infracción, tan solo con un 14 %

¿EN LOS PROCESOS QUE USTED A PATROCINADO, CONSIDERA QUE LAS SENTENCIAS PENALES QUE SE EMITEN EN LOS DIFERENTES JUZGADOS PENALES SE VALORA LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ILÍCITO?

RESPUESTAS OBTENIDAS	PORCENTAJE
SI	67 %
NO RESPONDIERON	18 %
NO	15 %
TOTAL	100 %

Fuente: Elaboración Propia

El cuadro que precede, confirma que el elemento más tomado en consideración para fundar la determinación de la pena es las circunstancias del delito.

Los abogados del foro paceño ante la pregunta que se valora de las circunstancias del delito responden:

- ☞ Ambas, con un 34 %
- ☞ El accidente del tiempo, con un 16 %
- ☞ El accidente del lugar, con un 13 %

¿EN LOS PROCESOS QUE USTED A PATROCINADO, CONSIDERA QUE LAS SENTENCIAS PENALES QUE EMITEN LOS DIFERENTES JUZGADOS PENALES SE VALORA LA PERSONALIDAD DEL PROCESADO?

RESPUESTAS OBTENIDAS	PORCENTAJE
NO	83 %
NO RESPONDIERON	14 %
SI	3 %
TOTAL	100 %

Fuente: Elaboración Propia

Las respuestas de los abogados penalistas del foro paceño, aunque con un mayor porcentaje, que los resultados de las sentencias revisadas, muestran que no se considera la personalidad para fijar la pena con un 83 %.

Los abogados que responden que si se valora la personalidad, con un 3 % responden que se considera en este elemento:

- ∞ La intervención de la víctima, con un 2 %
- ∞ La relevancia de la conducta previa y posterior al hecho, con un 1 %

¿QUE PRUEBAS DE LAS SIGUIENTES A PRESENTADO DENTRO DEL PROCESO PARA PROBAR LA CULPABILIDAD O INOCENCIA?

RESPUESTAS OBTENIDAS	PORCENTAJE
PRUEBAS SOBRE LA COMISIÓN DEL DELITO (TESTIFICAL O DOCUMENTAL)	58 %
NO RESPONDIERON	14 %
SITUACIÓN ECONÓMICA DEL DELINCUENTE Y/O VICTIMA	9 %
CONDUCTA ANTERIOR Y POSTERIOR DEL DELINCUENTE Y/O VICTIMA	8 %
NIVEL DE INSTRUCCIÓN DEL DELINCUENTE	6 %
SI EL DELITO HA SIDO COMETIDO SABIENDO QUE SE COMETÍA UN DELITO O SE INFRINGÍA LA LEY	5 %
TOTAL	100 %

Fuente: Elaboración Propia

Como se puede observar, el cuadro que precede confirma que las principales pruebas que presentan los abogados del foro paceño, se refieren a la comisión del delito y conducta precedente. La prelación de pruebas presentadas y su objeto son:

- ☞ Pruebas sobre la comisión del delito (testifical o documental), con un 58
- ☞ Situación económica del delincuente y/o víctima , con un 9 %
- ☞ Conducta anterior y posterior del delincuente y/o víctima, con un 8 %
- ☞ Nivel de instrucción del delincuente, con un 6 %
- ☞ Si el delito ha sido cometido sabiendo que se cometía un delito o se infringía la ley, con un 5%.

¿CONSIDERA USTED QUE SE DEBE MODIFICAR EL CÓDIGO PENAL SEÑALANDO CON MAYOR PRECISIÓN QUE ASPECTOS DEBE VALORAR O CONSIDERAR EL JUEZ DE MATERIA PENAL PARA DICTAR UNA SENTENCIA CONDENATORIA O DE INOCENCIA?

RESPUESTAS OBTENIDAS	PORCENTAJE
SI	60 %
NO RESPONDIERON	30 %
NO	20 %
TOTAL	100 %

Fuente: Elaboración Propia

Como se puede observar, la mayoría de los abogados del foro paceño, afirman que se debe modificar el Código Penal señalando con mayor precisión que aspectos debe valorar o considerar, el Juez de materia penal para dictar una sentencia condenatoria o de inocencia, con un 50 %.

12.2. VALORACIÓN DE ENCUESTAS APLICADAS A ABOGADOS ESPECIALISTAS EN DERECHO PENAL DEL FORO PACEÑO DE ACUERDO A LA HIPÓTESIS:

“LA IMPOSICIÓN DE LA PENA NO ESTÁ CONDICIONADA A LOS FINES PREVENTIVOS DE LA PENA”

¿QUE FIN GUÍA LA IMPOSICIÓN DE LA PENA EN LAS SENTENCIAS PENALES QUE EMITEN LOS JUECES DE MATERIA PENAL?

RESPUESTAS OBTENIDAS	PORCENTAJE
SANCIONAR POR HABERSE COMETIDO UN DELITO (CULPABILIDAD)	71 %
NO RESPONDIERON	11 %
LA ENMIENDA Y LA READAPTACIÓN SOCIAL DEL DELINCUENTE	7 %
LA PREVENCIÓN GENERAL Y ESPECIAL	7 %
TODAS	4 %
TOTAL	100 %

Fuente: Elaboración Propia

Las respuestas que otorgan los abogados del foro paceño, evidencian que de hecho, los jueces de materia penal siguen la corriente del derecho penal clásico que es la de culpabilidad para imponer una pena, prevista en el Art. 13 del código penal y se deja de lado, la enmienda, la readaptación social del delincuente y la prevención general y especial.

12.3 VALORACIÓN DE ENCUESTAS APLICADAS A ABOGADOS ESPECIALISTAS EN DERECHO PENAL DEL FORO CRUCEÑO DE ACUERDO A LA HIPÓTESIS:

“LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA ESTA SUJETA AL LIBRE ARBITRIO JUDICIAL”

¿EN LOS PROCESOS QUE USTED A PATROCINADO, CONSIDERA QUE EN LAS SENTENCIAS PENALES QUE EMITEN LOS DIFERENTES JUZGADOS PENALES SE VALORA EL GRADO DE CULPABILIDAD DEL DELITO?

RESPUESTAS OBTENIDAS	PORCENTAJE
NO	41 %
SI	34 %
NO RESPONDIERON	25 %
TOTAL	100 %

Fuente: Elaboración Propia

Entre los abogados del foro cruceño aunque con menor porcentaje a los paceños (41 %), consideran que no se valora el grado de culpabilidad el delito para fundar la pena.

Por otro lado, los abogados que responden, que sí se valora el grado de culpabilidad del delito, manifiestan que se valora:

- ☞ Dolo o culpa, con un 19 %
- ☞ Sentimientos de odio , codicia o venganza, con un 7 %

¿EN LOS PROCESOS QUE USTED A PATROCINADO, CONSIDERA QUE LAS SENTENCIAS PENALES QUE EMITEN LOS DIFERENTES JUZGADOS PENALES SE VALORA LA GRAVEDAD DEL DELITO?

RESPUESTAS OBTENIDAS	PORCENTAJE
NO	47 %
SI	43 %
NO RESPONDIERON	10 %
TOTAL	100 %

Fuente: Elaboración Propia

Al igual que los abogados del foro paceño, los abogados del foro cruceño responden que la gravedad del delito, no es considerada a la hora de fija la pena.

Los abogados que responden afirmativamente señalan que se valora en la gravedad del delito:

- ☞ Los perjuicios (materiales o morales) ocasionado con la infracción, con un 14 %
- ☞ La naturaleza de la acción y los medios empleados, con un 13 %
- ☞ Si los bienes jurídicos afectados son individuales o colectivos, con un 1 %

¿EN LOS PROCESOS QUE USTED A PATROCINADO, CONSIDERA QUE LAS SENTENCIAS PENALES QUE SE EMITEN EN LOS DIFERENTES JUZGADOS PENALES SE VALORA LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ILÍCITO?

RESPUESTAS OBTENIDAS	PORCENTAJE
SI	66 %
NO RESPONDIERON	26 %
NO	8 %
TOTAL	100 %

Fuente: Elaboración Propia

Al igual que el caso de los abogados del foro paceño, los abogados del foro cruceño responden que si se valora las circunstancias del delito para fundar las penas, con un 66 %.

Los abogados que responden afirmativamente señalan que se valora en las sentencias en orden de prelación:

- ☞ Ambas, con un 38 %
- ☞ El accidente del tiempo, con un 8 %
- ☞ El accidente del lugar, con un 7 %

¿EN LOS PROCESOS QUE USTED A PATROCINADO, CONSIDERA QUE LAS SENTENCIAS PENALES QUE EMITEN LOS DIFERENTES JUZGADOS PENALES SE VALORA LA PERSONALIDAD DEL PROCESADO?

RESPUESTAS OBTENIDAS	PORCENTAJE
NO	69 %
NO RESPONDIERON	24 %
SI	7 %
TOTAL	100 %

Fuente: Elaboración Propia

Nuevamente, los abogados del foro cruceño, al igual que los abogados del foro paceño, consideran que no se valora la personalidad del delincuente para determinar la pena, con un 69 %.

Por otra parte, los abogados del foro cruceño difieren a los abogados del foro paceño y consideran, que en la valoración de la personalidad, en la ciudad de Santa Cruz se valora: la intervención de la víctima, con un 5 %.

¿QUE PRUEBAS DE LAS SIGUIENTES A PRESENTADO DENTRO DEL PROCESO PARA PROBAR LA CULPABILIDAD O INOCENCIA?

RESPUESTAS OBTENIDAS	PORCENTAJE
PRUEBAS SOBRE LA COMISIÓN DEL DELITO (TESTIFICAL O DOCUMENTAL)	36 %
NO RESPONDIERON	24 %
NIVEL DE INSTRUCCIÓN DEL DELINCUENTE	14 %
CONDUCTA ANTERIOR Y POSTERIOR DEL DELINCUENTE Y/O VICTIMA	13 %
SITUACIÓN ECONÓMICA DEL DELINCUENTE Y/O VICTIMA	10 %
SI EL DELITO HA SIDO COMETIDO SABIENDO QUE SE COMETÍA UN DELITO O SE INFRINGÍA LA LEY	3%
TOTAL	100 %

Fuente: Elaboración Propia

Las respuestas dadas entre los abogados del foro cruceño confirman que las principales pruebas presentadas dentro de los procesos, son referidas a la comisión del delito y conducta precedente; las respuestas obtenidas por prelación son:

- ☞ Pruebas sobre la comisión del delito (testifical o documental), con un 36 %
- ☞ Nivel de instrucción del delincente, con un 14 %
- ☞ Conducta anterior y posterior del delincente y/o víctima, con un 13 %
- ☞ Situación económica del delincente y/o víctima, con un 10 %
- ☞ Si el delito ha sido cometido sabiendo que se cometía un delito o se infringía la ley, con un 3%

¿CONSIDERA USTED QUE SE DEBE MODIFICAR EL CÓDIGO PENAL SEÑALANDO CON MAYOR PRECISIÓN QUE ASPECTOS DEBE VALORAR O CONSIDERAR EL JUEZ DE MATERIA PENAL PARA DICTAR UNA SENTENCIA CONDENATORIA O DE INOCENCIA?

RESPUESTAS OBTENIDAS	PORCENTAJE
SI	39 %
NO	33 %
NO RESPONDIERON	28 %
TOTAL	100 %

Fuente: Elaboración Propia

A pesar de que se reduce el porcentaje, con relación a los abogados del foro cruceño, sobre la necesidad de modificar el Código Penal, señalando con mayor precisión, que aspectos debe valorar o considerar el Juez de materia penal, para dictar una sentencia condenatoria o de inocencia, se tiene un 39 % de aceptación a la modificación.

12.4. VALORACIÓN DE ENCUESTAS APLICADAS A ABOGADOS ESPECIALISTAS EN DERECHO PENAL DEL FORO CRUCEÑO DE ACUERDO A LA HIPÓTESIS:

“LA IMPOSICIÓN DE LA PENA NO ESTÁ CONDICIONADA A LOS FINES PREVENTIVOS DE LA PENA”

**¿QUE FIN GUÍA LA IMPOSICIÓN DE LA PENA EN LAS SENTENCIAS?
¿PENALES QUE EMITEN LOS JUECES DE MATERIA PENAL?**

RESPUESTAS OBTENIDAS	PORCENTAJE
SANCIONAR POR HABERSE COMETIDO UN DELITO (CULPABILIDAD)	69 %
NO RESPONDIERON	16 %
LA PREVENCIÓN GENERAL Y ESPECIAL	7 %
LA ENMIENDA Y LA READAPTACIÓN SOCIAL DEL DELINCUENTE	6 %
TODAS	2 %
TOTAL	100 %

Fuente: Elaboración Propia

Las respuestas obtenidas entre los abogados del foro cruceño, confirman que los jueces de materia penal utilizan la corriente de la culpabilidad para dictar sus sentencias, con un 69 %, dejado atrás:

- ☞ La prevención general y especial, con un 7 %
- ☞ La enmienda y la readaptación social del delincuente, con un 6 %

12.5 VALORACIÓN DE ENCUESTAS APLICADAS A LOS LITIGANTES DE APELACIÓN RESTRINGIDA DEL FORO PACEÑO DE ACUERDO A LA HIPÓTESIS *LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA ESTA SUJETA AL LIBRE ARBITRIO JUDICIAL*

¿QUE ASPECTOS DE LOS SIGUIENTES, A CONSIDERADO EL JUEZ PARA DICTAR SENTENCIA?

RESPUESTAS OBTENIDAS	PORCENTAJE
LAS CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO (COMO SE HA COMETIDO EL DELITO EN LOS ACCIDENTES DE TIEMPO Y LUGAR)	55 %
NO RESPONDIERON	26 %
LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN Y LOS MEDIOS EMPLEADOS	10 %
LA MENOR O MAYOR INSTRUCCIÓN DEL DELINCUENTE	5 %
SITUACIÓN ECONÓMICA DEL DELINCUENTE	2 %
SI LOS DERECHOS AFECTADOS POR DELITO SON INDIVIDUALES O COLECTIVOS	2 %
TOTAL	100 %

Fuente: Elaboración Propia

Las respuestas dadas entre los litigantes de apelación restringida del foro paceño, confirma lo que se había establecido en la revisión de sentencias de los Tribunales de sentencia de La Paz y Santa Cruz, y los abogados de Derecho Penal del Foro Paceño y Cruceño, confirman que el elemento de la determinación de la pena, que tiene mayor preponderancia es la circunstancias del delito y no son considerados o son tomados en menor preponderancia, el grado de culpabilidad, la gravedad del delito y la personalidad.

Las respuestas obtenidas en prelación son:

- ☞ Las circunstancias del delito (como se ha cometido el delito en los accidentes de tiempo y lugar), con un 55%
- ☞ La naturaleza de la acción y los medios empleados, con un 10%
- ☞ La menor o mayor instrucción del delincuente, con un 5%
- ☞ Situación económica del delincuente, con un 2 %
- ☞ Si los derechos afectados por delito son individuales o colectivos, con un 2 %

¿QUE PRUEBAS DE LAS SIGUIENTES A PRESENTADO DENTRO DEL PROCESO PARA PROBAR LA CULPABILIDAD O INOCENCIA?

RESPUESTAS OBTENIDAS	PORCENTAJE
PRUEBAS SOBRE LA COMISIÓN DEL DELITO (TESTIFICAL O DOCUMENTAL)	70 %
NO RESPONDIERON	21 %
SITUACIÓN ECONÓMICA DEL DELINCUENTE Y/O VICTIMA	5 %
CONDUCTA ANTERIOR Y POSTERIOR DEL DELINCUENTE Y/O VICTIMA	4 %
TOTAL	100 %

Fuente: Elaboración Propia

Las respuestas de los litigantes de apelación restringida del foro paceño, muestran que el principal ofrecimiento y desarrollo de prueba es sobre la comisión del delito (70 %), le siguen en importancia:

- ∞ Situación económica del delincuente y/o víctima, con un 5 %
- ∞ Conducta anterior y posterior del delincuente y/o víctima, con un 4 %

¿CONSIDERA USTED QUE SE DEBE MODIFICAR EL CÓDIGO PENAL SEÑALANDO CON MAYOR PRECISIÓN QUE ASPECTOS DEBE VALORAR O CONSIDERAR EL JUEZ DE MATERIA PENAL PARA DICTAR UNA SENTENCIA CONDENATORIA O DE INOCENCIA?

RESPUESTAS OBTENIDAS	PORCENTAJE
SI	40 %
NO RESPONDIERON	31 %
NO	29 %
TOTAL	100 %

Fuente: Elaboración Propia

Una gran mayoría de los recurrentes de apelación restringida (40 %), consideran que debe se debe modificar el Código Penal señalando con mayor precisión que aspectos debe valorar o considerar el Juez de materia penal, para dictar una sentencia condenatoria o de inocencia y se oponen a esto sólo un 30 %.

12.6 VALORACIÓN DE ENCUESTAS APLICADAS A LOS LITIGANTES DE APELACIÓN RESTRINGIDA DEL FORO CRUCEÑO DE ACUERDO A LA HIPÓTESIS *LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA ESTA SUJETA AL LIBRE ARBITRIO JUDICIAL*

¿QUE ASPECTOS DE LOS SIGUIENTES, A CONSIDERADO EL JUEZ PARA DICTAR SENTENCIA?

RESPUESTAS OBTENIDAS	PORCENTAJE
LAS CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO (COMO SE HA COMETIDO EL DELITO EN LOS ACCIDENTES DE TIEMPO Y LUGAR)	60 %
NO RESPONDIERON	17 %
LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN Y LOS MEDIOS EMPLEADOS	10 %
SITUACIÓN ECONÓMICA DEL DELINCUENTE	5 %
LA MENOR O MAYOR INSTRUCCIÓN DEL DELINCUENTE	5 %
LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA VICTIMA	3 %
TOTAL	

Fuente: Elaboración Propia

Las respuestas dadas por los recurrentes de apelación restringida confirman la revisión de sentencias y las encuestas aplicadas a abogados de derecho penal, que el elemento de la determinación de la pena que más se utiliza es el examen de las circunstancias del delito y relegando otros elementos de la determinación de la pena.

¿QUE PRUEBAS DE LAS SIGUIENTES A PRESENTADO DENTRO DEL PROCESO PARA PROBAR LA CULPABILIDAD O INOCENCIA?

RESPUESTAS OBTENIDAS	PORCENTAJE
NO RESPONDIERON	47 %
PRUEBAS SOBRE LA COMISIÓN DEL DELITO (TESTIFICAL O DOCUMENTAL)	45 %
CONDUCTA ANTERIOR Y POSTERIOR DEL DELINCUENTE Y/O VICTIMA	6 %
NIVEL DE INSTRUCCIÓN DEL DELINCUENTE	2 %
TOTAL	100 %

Fuente: Elaboración Propia

Los recurrentes de apelación restringida de Santa Cruz, consolidan que las principales pruebas que se presentan dentro de un proceso son sobre la comisión del delito (45 %) y en menor preponderancia le siguen, las que versan sobre la conducta anterior y posterior del delincuente y/o víctima (6%) y el nivel de instrucción del delincuente (2%).

¿CONSIDERA USTED QUE SE DEBE MODIFICAR EL CÓDIGO PENAL SEÑALANDO CON MAYOR PRECISIÓN QUE ASPECTOS DEBE VALORAR O CONSIDERAR EL JUEZ DE MATERIA PENAL PARA DICTAR UNA SENTENCIA CONDENATORIA O DE INOCENCIA?

RESPUESTAS OBTENIDAS	PORCENTAJE
SI	50 %
NO	43 %
NO RESPONDIERON	7 %
TOTAL	100 %

Fuente: Elaboración Propia

Los recurrentes de apelación restringida de la ciudad de Santa Cruz, con un 50 % de aceptación, consideran que se debe modificar el Código Penal señalando con mayor precisión que aspectos debe valorar o considerar el Juez de materia penal, frente a un 43 % que niega esta posibilidad.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA LEGISLATIVA

CAPÍTULO IV

PROPUESTA LEGISLATIVA

Sobre la base del trabajo de campo que evidencia que se debe realizar modificaciones en los Arts. 25, 37 y 38 del Código Penal con respecto a la determinación de la pena, por lo que consecuentemente se hace la siguiente propuesta legislativa:

ANTEPROYECTO DE LEY

LEY DE MODIFICACIÓN DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

ARTÍCULO PRIMERO.- Se modifica el Artículo 25 del Código del Penal que será redactado de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 25.- (La sanción)

La sanción comprende las penas y las medidas de seguridad. Tiene como fines la enmienda y readaptación social del delincuente, así como el cumplimiento de las funciones preventivas en general y especial.

En cumplimiento de los fines de la pena, el Juez o Tribunal podrá prescindir de la persecución penal en los casos previstos en el Artículo 21 del Código de Procedimiento Penal”

ARTÍCULO SEGUNDO.- El Artículo 37 del Código Penal se modificará de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 37.- (Fijación de la pena)

Compete al Juez o Tribunal, atendiendo la personalidad del autor, la mayor o menor gravedad del hecho, las circunstancias y las consecuencias del delito:

1. Tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho, en la medida requerida para cada caso. Cuando el Juez o Tribunal necesite tener conocimiento exclusivo de la personalidad del autor del excepcionalmente podrá solicitar los informes que requiera, no pudiendo con esa facultad, incluir hechos no contemplados en alguna de las acusaciones, ni producir prueba de oficio respecto a los hechos acusados o que de algún modo desvirtúen la culpabilidad del autor.
2. Determinar la pena aplicable a cada delito, dentro de los límites legales.
3. Motivar la sentencia de conformidad a los Artículos 124, 173, 359, 360 y 365 del Código de Procedimiento Penal
4. El Juez o Tribunal, está obligado a motivar la sentencia con los elementos de determinación de la pena que se toman en consideración y cuál es el valor que se les da a cada uno y en conjunto, para fijar la pena, bajo pena de nulidad de la sentencia. Cuando dadas las circunstancias del hecho, exista agravación de la pena respecto a lo dispuesto por el tipo penal, el Juez o Tribunal, no podrá valorar negativamente los aspectos de la personalidad del autor o en relación a la víctima, cuando de ello pueda resultar una pena aun más grave.

El examen sobre la personalidad del autor y su relación con la fijación de la pena, se hará con posterioridad a que el Juez o Tribunal llegue a la convicción sobre la responsabilidad penal del autor del hecho delictivo. Asimismo, cuando exista más de un autor del hecho delictivo el Juez o Tribunal deberá fundamentar y tomar en cuenta las reglas de la Incomunicabilidad que señala el Artículo 24 de esta misma ley.”

ARTÍCULO TERCERO.- El Artículo 38 del Código Penal será modificado de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 38.- (Circunstancias)

1. Para apreciar la personalidad del autor, se tomará principalmente en cuenta:
 - a) La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente y posterior del sujeto, los móviles que lo impulsaron a delinquir y su situación económica y social.

- b) Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la ejecución del delito y los demás antecedentes y condiciones personales, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones, la calidad de las personas ofendidas y otras circunstancias de índole subjetiva.

Se tendrá en cuenta asimismo: El motivo bajo antisocial, la alevosía y el ensañamiento.

2. Para apreciar la gravedad del hecho, se tendrá en cuenta: la naturaleza de la acción, de los medios empleados, la extensión del daño causado y del peligro corrido.
3. Cuando en el proceso, no se hayan presentado pruebas relativas a la personalidad del autor del delito, el Juez o Tribunal luego de la acusación y del ofrecimiento de pruebas y con el fin exclusivo de conocer la personalidad del sujeto, pedirá los Informes que correspondan a las instancias públicas o privadas, quienes remitirán los mismos en sobre cerrado al Secretario del Juzgado o Tribunal, quien entregará dicha documentación, al momento de la deliberación del Juicio Oral.”

ARTÍCULO CUARTO.- Queda derogadas, todas las normas contrarias a la presente Ley.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

La investigación realizada arriba a las siguientes conclusiones:

1. La hipótesis planteada fue comprobada de la siguiente forma:

La Hipótesis 1: “LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA ESTA SUJETA AL LIBRE ARBITRIO JUDICIAL”, fue demostrada por dos aspectos:

- ☞ Primero, porque la legislación boliviana no establece reglas claras para establecer cuando se utiliza la culpabilidad para fijar la pena (art. 13 del Código Penal) y cuando se utiliza los fines de la pena para determinar la pena (art. 25 del Código Penal), dejado al libre arbitrio del juez de materia penal este aspecto de capital importancia.
- ☞ Segundo, porque los elementos de la determinación de la pena previstos en los Arts. 37 y 38 y que por mandato del Art. 124 del Código de Procedimiento Penal deben estar expresamente motivados, no están presentes en muchas sentencias estudiadas, solamente se incluye datos generales sobre la identidad de la persona, pero que no pueden ser tomados en cuenta como referentes sobre su personalidad.

La Hipótesis 2: “LA IMPOSICIÓN DE LA PENA NO ESTÁ CONDICIONADA A LOS FINES PREVENTIVOS DE LA PENA”, quedó claramente comprobada, pues del examen de sentencias en la ciudad de Santa Cruz y de La Paz, el fin de la pena no es considerado en ninguna sentencias para graduar la pena.

2. El acto mediante el cual el juez se fija las consecuencias de un delito a un caso concreto o cuantifica la culpabilidad de la comisión de un delito, no es un acto discrecional o arbitrario de un juez (decisión libre por parte del juez pero vinculada al derecho) sino la aplicación del Derecho Penal a partir de unas reglas determinadas, esto supone que la decisión esté fundamentada en criterios racionales explícitos, que fijen en expresamente en la sentencia.
3. El Juez o Tribunal de materia penal no puede partir de la valoración personal del ordenamiento jurídico penal para aplicarlo a un caso concreto, sino que

los parámetros que utilice debe explicitarlos expresamente en la sentencia que se dicte, por ello, se torna imprescindible que la normatividad penal establezca con claridad criterios a seguir para fijar la pena, vinculado el fin de la pena y la personalidad del autor.

4. La principal característica de una sentencia penal es la motivación escrita, respecto a un determinado Sentencia condenatorio o absolutoria, asimismo, con mención expresa de la ley aplicable y los parámetros que se valoraron a momento de fijar la pena.
5. La individualización judicial de la pena llevada a cabo en nuestro Sistema Penal es una facultad exclusivamente jurisdiccional acorde con el principio de legalidad; sin embargo lo que parece precisado sin lugar a dudas, se complica cuando la fijación de la sanción, se une el fin de la pena como es la enmienda, la readaptación social, la prevención general y especial. Más aún, cuando nuestro actual texto constitucional en su Art. 118 reafirma que la sanción privativa de libertad en nuestro Estado, busca la educación y reinserción social del condenado.
6. Los elementos de la determinación de la pena son:
 - ⌘ La gravedad del delito, que se refiere al grado de puesta en peligro del bien jurídico protegido, es decir, la entidad del daño producido al bien jurídico protegido y la forma o clase de la ejecución del hecho. Este último consiste en la naturaleza de la acción y los medios empleados para llevarla a cabo.
 - ⌘ Las circunstancias del delito son el accidente de tiempo, lugar o modo que acompañan a una conducta antijurídica.
 - ⌘ La personalidad, es la organización psicofísica del individuo de la cual se desprende los patrones característicos de conducta, pensamiento (dentro de éste el intelecto), sentimientos, temperamento, destrezas y moralidad. En la valoración de la personalidad el juez debe considerar:
 - La relevancia de la conducta previa y posterior al hecho, implica la determinación en el tiempo de la conducta antijurídica y los actos anteriores y posteriores al hecho.

- La intervención de la víctima consiste por un lado, en el grado de disposición del bien jurídico protegido por parte de la víctima para la aceptación o rechazo del delito y por otra las cualidades personales y sociales de la víctima para valorar el grado de daño asumido por el autor.
- A las circunstancias personales del autor pertenecen, la edad, el estado de salud, el sexo, la inteligencia, la educación, la profesional y la posición social, aspectos que deben ser valorados a la hora de fijar la pena.
- Dentro de la conducta precedente, se encuentran dos factores a tomar en cuenta para la valoración de la personalidad del procesado que son : los antecedentes personales, que son la conducta que llevaba el autor del delito antes de la comisión del delito y la existencia o ausencia de condenas anteriores

7. La revisión de sentencias de la gestión 2007, que sirve de sustento a la investigación arroja los siguientes resultados:

- ☞ El aspecto que más se utiliza para fundar la pena, es las circunstancias del delito, éste elemento fundo las 50 sentencias revisadas en las ciudades de la Paz y Santa Cruz.
- ☞ Le sigue en importancia, la valoración la personalidad con 22 sentencias examinadas, donde se valora este aspecto de la determinación de la pena, principalmente referido a las circunstancias personales del autor (instrucción, edad, familia, profesión) y en mínima medida la reincidencia (un sólo caso encontrado).
- ☞ No se valora la gravedad del delito ya sea por el interés jurídico violado o la forma de ejecución del hecho, en 45 sentencias.
- ☞ No se valora ninguno de los elementos de la personalidad, en 28 sentencias, las encuestas aplicadas entre los abogados del foro paceño y cruceño dan los siguientes resultados:
 - Los abogados del foro paceño consideran que no valoran la gravedad del delito con un 51 % y los abogados del foro cruceño manifiestan que no se valora la gravedad del delito en un 47 %.

- Las circunstancias del delito son el aspecto más valorado para fijar la pena, así responden con un 67 % entre los abogados del foro paceño y un 66 % entre los abogados del foro cruceño.
- La personalidad no es valorada con un 83 % entre abogados del foro paceño y con un 69 % entre los abogados del foro cruceño.
- Frente a la pregunta de modificar el Código Penal precisando que aspectos debe valorar o considerar el juez de materia penal para dictar una sentencia condenatoria o de inocencia, tanto abogados del foro cruceño y paceño dan muestras favorables, con un 60 entre los abogados paceños y 39 % entre los abogados cruceños.

8. Las encuestas aplicadas a los recurrentes de apelación restringida, arroja los siguientes resultados:

- ☞ El principal elemento de la determinación de la pena considerado para fija la pena, es las circunstancias del delito con un 55 % de respuestas favorables entre los recurrentes de apelación restringida de la ciudad de la Paz y 60 % entre los recurrentes de apelación restringida de la ciudad de Santa Cruz.
- ☞ La aceptación de la modificación del Código Penal señalando los aspectos precisos para fija la pena es del 40 % entre los recurrentes de apelación restringida de la ciudad de la Paz y 50 % entre los recurrentes de apelación restringida de la ciudad de Santa Cruz.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

La investigación se sustentó en los siguientes libros:

1. AMODIO, Tarufo: La Motivación Externa de la Sentencia Penal. Edición Especial del Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común. Murcia España. Marzo de 1985.
2. AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda: Derecho Penal, Colección de Estudios Jurídicos Universitarios. Editorial Harla, S. A., México D.F. México. 2003. Pg. 156.
3. BELESTÁ SEGURA, Luís: Determinación de la Pena en el Código Penal Español: El Artículo 66 del Nuevo Código Penal y el Arbitrio Judicial. Ediciones Consejo General del Poder Judicial. Navarra España. Septiembre de 1999.
4. CADIANDA Ernesto: Esquemas de Determinación de la Pena. Ediciones IANCA. Barcelona España. 1999.
5. COBO DEL ROSAL, Alonso: Consideración General Sobre el Nuevo Código Penal, La Ley 1996-3, D-181. Ediciones Actualidad Penal. Madrid España. 1997.
6. CUSSAC GONZÁLEZ, León: Arbitrio Judicial y Artículo 61.4 del Código Penal: Comentario a la Sentencia de 20 de Marzo de 1986. en Revista del Poder Judicial, N° 4. Ediciones Revista Jurídica Española La Ley. Barcelona España. 1987.
7. D'ALBORA, Francisco: Código Penal y Procesal Penal Comentado. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires Argentina. 1996.

8. DALL'ANESE, Francisco: Falta de Fundamentación de la Sentencia sobre la Valoración de la Personalidad del Autor de un Delito. Editorial Gredos. Madrid España. 1999.
9. ESER, Albin: Una Justicia Penal a la Medida del Ser Humano, Visión de un Sistema Penal y Procesal Justa para el Hombre como Individuo y Ser Social. Trad. Ediberto Planck. Guadalajara México. 1998.
10. FERRATER MORA, Juan José: La Determinación de la Pena, Proceso Probatorio, Vol. 1, Editorial Alianza. Madrid España. 1989.
11. FIX ZAMUDIO, Hein: Derecho Penal y Proceso Penal. Ediciones EJEA. Buenos Aires Argentina. 1980.
12. GARCÍA, Valdez Carlos: Teoría de la Pena. Ed. Tecnos S.A. Madrid España. 1987. Pág. 68.
13. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel et al. Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal.", Ediciones Dynamic, Segunda edición ampliada. San José Costa Rica. Abril de 1997.
14. GUZMÁN VELIZ, Sanddy: El ABC de una Tesis. Editorial GIDESA. La Paz Bolivia. 1994.
15. HASSEMER, Winfried: Fundamentos de Derecho Penal, Traducción y Notas de Francisco Muñoz Conde y Luís Arroyo Zapatero. Editorial Bosh. Barcelona España. 1997.
16. HURTADO POZO, José: Los Elementos Racionales de la Fijación de la Pena. Ediciones Beauregard. Bogotá Colombia. 1997.

17. JESCHECK, Hans-Heinrich: Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Edición New Inglad. Granada España. Diciembre 2002. Pág. 145.
18. KOEPEL, T.D.: Algunos Aspectos Metodológicos de Evaluación de Unidades de Estudio. Trad. de Martín Casanovas Aguilar. Madrid España. 1998.
19. LEÓN ORTIZ, Andrés: Teoría de la Pena. Ediciones de la Universidad Abierta. México D.F. México. 2000. Pg. 56.
20. LÓPEZ HERNANI, Oscar: Análisis del Código Penal y Procedimiento Penal a la Luz de las Doctrinas Contemporáneas. Edición Especial de Universidad Real. La Paz Bolivia. 2002.
21. MIR PUIG, Santiago: Derecho Penal Parte General 7a Edición. Editorial B de F Montevideo. Buenos Aires Argentina. 2004. Pág. 190.
22. MURENA Maximiliano: Tratado de las Obligaciones del Juez. Trad. de David Cristóbal Cladera. Editorial Tecnos. Madrid España. 1990.
23. PEIRCE, Chiesa: El Pragmatismo de la Aplicación de las Reglas de Razonamiento en el Proceso Penal, Traducción y Notas de Jean Vericat. Editorial Crítica. Barcelona España. 1988.
24. PÉREZ ALONSO, Miguel: Teoría General de Las Circunstancias: Especial Consideración de las Agravantes Indeterminadas en los Delitos contra la Propiedad y el Patrimonio. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid España. 1995.

25. PLAT, Gustavo: Notas Sobre el Régimen de Progresividad de la Pena. En Revista de Derecho Procesal t. II. Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires Argentina. 2001.
26. ROJAS VARGAS, Fidel: Código Penal 16 Años de Jurisprudencia Sistematizada. Tomo I Parte General. IDEMSA Lima – Perú. Octubre 2007. Pág. 213.
27. RUBÉN ARGUIANO, Darío: La Escala Punitiva en los Delitos, El Art. 41 del Código Penal ¿Un Acertijo Normativo?. Editorial Estrada. Buenos Aires Argentina. 2003.
28. SANDOVAL HUERTAS, Emiro: La Pena Privativa de Libertad en Colombia y en Alemania. Editorial Temis. Bogotá Colombia. 1988.
29. VERLANGA Huerta, Fernando: Procedimiento en Materia Criminal. Tratado que Comprende todas las Reglas Procesivas de dicha Materia Respecto a la Jurisdicción Ordinaria Penal, Tomo I, con notas y comentarios de Manuel Prieto Hoyos del Villar. Librería Editorial de Ríos. Madrid España.
30. DURÁN RIBERA Willman R.: La Determinación Judicial de la Pena. Edición Conjunta del Tribunal Constitucional de Bolivia y la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales. La Paz Bolivia. 2003-02-02.
31. ZIFFER, Patricia. El Deber de Fundamentación de las Resoluciones Judiciales y la Determinación de la Pena. En Revista Peruana de Ciencias Penales N° 06. Editorial Juris Praxis. Lima Perú. 2003. Pág. 841.
32. ZUGALDIA ESPINAR, Mildred: El Derecho a Obtener una Sentencia Motivada y a la Individualización de La Pena" en Poder Judicial, N° 18. Ediciones Akal. Madrid España. 1998.

33. ZUGALDIA ESPINAR, Mildred: La Prevención General en la Individualización Judicial de la Pena, en Anuario de Derecho Penal. Ediciones Tirant Lo Blanch. Madrid España. 1981.

La investigación utilizó los siguientes sitios de Internet:

1. [Http://www.sajj.jus.gov.ar/download/grt_codigo_penal.html](http://www.sajj.jus.gov.ar/download/grt_codigo_penal.html).
Sin Autor. Sin Fecha.
2. [Http:// www.justiciacriminal.cl./C.P.P/argentinapdf](http://www.justiciacriminal.cl/C.P.P/argentinapdf)
Código de Procedimiento Penal Argentino. Sin Autor. 2003.
3. [Http:// info4juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8htm](http://info4juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8htm)
Código de Penal Federal de México. Sin Autor. 2004.
4. [Http:// info4juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/6htm](http://info4juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/6htm)
Código Federal de Procedimientos Penales de México. Sin Autor. 2004.
5. [Http://www.devida.gob.pe/documentacion/Decreto20Legislativo20635-CODIGO20PENAL.doc](http://www.devida.gob.pe/documentacion/Decreto20Legislativo20635-CODIGO20PENAL.doc)
Sin Autor. Sin Fecha.