

§ 24 Determinación judicial de la pena

I. Definición. II. Etapas de la determinación judicial de la pena. 1. La identificación de la pena conminada. 2. La individualización de la pena concreta. III. Particularidades. 1. Determinación judicial de la pena de multa. 2. Clasificación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. a. Índole de las circunstancias. b. Efectos de las circunstancias. c. Relación de las circunstancias con la pena conminada. 3. Concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. IV. Circunstancias genéricas (art. 46). 1. Naturaleza de la acción. 2. Medios empleados. 3. Importancia de los deberes infringidos. 4. Extensión del daño o peligros causados. 5. Circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión. 6. Móviles y fines. 7. Unidad o pluralidad de agentes. 8. Edad, educación, situación económica y medio social. 9. Reparación espontánea que hubiere hecho del daño. 10. Confesión sincera antes de haber sido descubierto. 11. Condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente. V. Reincidencia, habitualidad y determinación judicial de la pena. VI. Determinación judicial de la pena y concursos de delitos. 1. Concurso ideal de delitos. 2. Concurso real de delitos. 3. Concurso real retrospectivo de delitos. 4. Concurso real de faltas. VII. Determinación judicial de la pena en el NCPP y el Anteproyecto de CP de 2009. 1. Sentencia penal y determinación judicial de la pena en el NCPP. 2. Determinación judicial de la pena en el Anteproyecto de CP de 2009.

I. Definición

En las sentencias penales se tipifica la conducta atribuida al acusado, a través del juicio de subsunción, determinándose si es inocente o culpable. En los casos donde el juez concluya en una sentencia condenatoria, deberá determinar la clase e intensidad de las consecuencias jurídicas que va imponer al condenado, individualizando la sanción¹⁴⁵. 2799

Para fundamentar el tipo de pena y su extensión, el juez debe apreciar todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, las cuales condicionarán la antijuridicidad del hecho imputado y servirán para fundamentar y limitar la culpabilidad del agente. La fijación de la pena debe realizarse dentro los márgenes previstos en la disposición legal correspondiente, empleando, entre otros, los principios de proporcionalidad¹⁴⁶, legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (arts. II, IV, V, VII y VIII). Así también, las reglas previstas en el Código sobre la individualización y determinación de la pena. 2800

Por un lado, según el art. 45, se deben considerar las carencias sociales que hubiere sufrido el agente, su cultura y sus costumbres, los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen. De otro lado, de conformidad con los arts. 46, 46-A, 46-B y 46-C, se debe tener en cuenta las circunstancias que modifican la responsabilidad penal; de cuya valoración, el juez determinará la mayor o menor gravedad del injusto, así como el mayor o menor grado de culpabilidad del autor o partícipe que lo cometió. 2801

¹⁴⁵ BRUNS, 1985, p. 16 ss.; ZIPF, 1969, p. 161 ss.

¹⁴⁶ GARCÍA CAVERO, 2008, p. 709 ss.

II. Etapas de la determinación judicial de la pena

2802 Tradicionalmente, se distingue entre la identificación de la pena conminada por la ley –llamada también pena abstracta– y la individualización de la pena concreta.

1. Identificación de la pena conminada

2803 El primer paso en el proceso de determinación judicial de la pena es precisar los límites de la pena o penas aplicables, en función de los límites mínimos y máximos que la ley prevé como pena conminada por la comisión del delito. Por ejemplo, en el caso del homicidio simple (art. 106), la pena básica o aplicable se extiende de seis años a veinte años.

2. Individualización de la pena concreta

2804 Una vez determinado el tipo de pena y su extensión mínima y máxima, el juez individualizará la pena concreta teniendo en cuenta las circunstancias legalmente relevantes que pudiesen concurrir en el caso. Con esta pena individualizada que se impone al acusado declarado culpable, se materializa el *jus puniendi* del Estado.

III. Particularidades

1. Determinación judicial de la pena de multa

2805 Según el art. 41, que prevé la pena de multa, el juez debe seguir diversas etapas para fijar el monto de dinero que deberá abonar el condenado. Primero, debe establecer el número concreto de días-multa a imponerse, según el grado de culpabilidad del imputado y la gravedad del delito cometido. Luego, debe fijar el importe en dinero del día-multa o cuota diaria dineraria, atendiendo a la capacidad económica del condenado, la misma que es establecida de acuerdo al promedio de su renta diaria de ingresos, deducidos los gastos de manutención, educación, pago de impuestos, etc. Por último, el juez, para obtener el importe total de la multa, deberá multiplicar el número de días-multa por el monto de la cuota diaria dineraria. La multa fijada deberá ser cancelada dentro de los 10 días siguientes de emitida la condena.

2. Clasificación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal

Se trata de indicadores, objetivos o subjetivos, de cuya utilización se permite valorar tanto el nivel de gravedad del hecho punible cometido (antijuridicidad del hecho) como la mayor o menor intensidad del reproche personal que se realiza contra quien lo cometió (culpabilidad del agente). De esta manera, se establece su nivel de responsabilidad penal, y se fija el *quantum* concreto de pena que se le debe imponer. 2806

Atendiendo a las características de nuestra legislación penal, consideramos que las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal pueden ser clasificadas según su índole, sus efectos y su relación con la pena conminada. 2807

a. Índole de las circunstancias

Las circunstancias comunes o genéricas están reguladas en el art. 46 y sirven para determinar la pena concreta de cualquier tipo de delito. Por otro lado, las circunstancias especiales o específicas se encuentran previstas en la parte especial del Código y conciernen sólo a determinados delitos. Por ejemplo, se tienen las previstas en el art. 186, que regula las agravantes del delito de hurto (art. 185), y en el art. 297, que prevé las del delito de tráfico ilícito de drogas (art. 296). 2808

Así mismo, en ciertas ocasiones el legislador ha recurrido a tipificar algunas circunstancias con el objeto de calificar de modo particular un tipo básico. Por ejemplo, el tipo legal de parricidio (art. 107) está constituido por el tipo legal del homicidio simple y por la circunstancia agravante referida a la relación familiar existente entre el sujeto activo y la víctima. 2809

b. Efectos de las circunstancias.

La concurrencia de circunstancias atenuantes disminuye la intensidad del hecho delictivo cometido, reduciendo la intensidad del reproche penal. Esto determina que la pena a imponerse sea menos grave. Por ejemplo, conforme al art. 146, la concurrencia del móvil de honor, en los delitos contra el estado civil, determina una reducción de la culpabilidad del agente, atenuando la pena. 2810

Por su parte, las circunstancias agravantes acentúan el injusto del hecho cometido e intensifican el reproche de culpabilidad. Su efecto es aumentar 2811

la severidad de la pena. Así, el hecho de cometer un hurto en el interior de una casa habitada (art. 186, inc. 1), constituye una agravante del delito de hurto simple (art. 185).

- 2812 De otro lado, las circunstancias denominadas mixtas pueden tener efectos agravantes, atenuantes o eximentes, según el tipo de hecho delictivo o los sujetos participantes en el hecho delictivo. Así por ejemplo, la circunstancia de parentesco entre agente y víctima tiene un efecto agravante tratándose del delito de promoción y favorecimiento de la prostitución (inc. 4 del art. 179), pero constituye una circunstancia eximente tratándose de delitos patrimoniales como el hurto o los daños (art. 208).

c. Relación de las circunstancias con la pena conminada

- 2813 Las circunstancias cualificadas o privilegiadas crean un nuevo marco de conminación penal, al modificar los límites legales, mínimos o máximos, de la pena prevista para el delito. Estas circunstancias cualificadas agravan la pena por encima del máximo legal previsto para el delito simple. Así, por ejemplo, según el art. 46-B, la reincidencia agrava la pena al preverse que el límite máximo será "...una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal". Las circunstancias privilegiadas, por el contrario, sustituyen el mínimo legal original por uno nuevo e inferior. Por ejemplo, el art. 22 faculta al juez a imponer una pena inferior al mínimo legal previsto, cuando el agente tenga más de dieciocho años y menos de veintiuno.

3. Concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal

- 2814 Es frecuente en los casos penales complejos, por ejemplo por la pluralidad de delitos o de agentes, que concurren diversas circunstancias de igual o distinta índole. En estos casos, la determinación de la pena concreta demanda una apreciación analítica compleja. El juez debe valorarlas en cada caso concreto para determinar la pena concreta.
- 2815 Así, por ejemplo, cuando concurren varias circunstancias agravantes, deberá imponerse un *quantum* de pena cercano al extremo máximo conminado en la ley o, de ser el caso, la pena máxima. En el mismo sentido, la concurrencia de una pluralidad de circunstancias atenuantes deberá permitir aplicar un *quantum* de pena cercano al límite mínimo fijado por ley.

Si concurren simultáneamente circunstancias agravantes y atenuantes en un solo caso, el proceso de determinación de la pena impone ejercer una valoración correspondiente a la compensación entre los factores de aumento y disminución de la sanción, pudiendo fijarse la penalidad concreta en el espacio intermedio entre el límite mínimo y máximo de la pena conminada por la ley. Este proceso de valoración debe encontrarse debidamente fundamentado en la sentencia, conforme a la garantía de motivación de las resoluciones judiciales. La violación de esta obligación puede dar lugar a que la decisión sea recurrida o anulada¹⁴⁷. 2816

Los efectos de las circunstancias concurrentes están limitados por la imposibilidad de realizar una doble valoración sobre un mismo factor de agravación o atenuación. Son, por tanto, aplicables los principios rectores o garantías procesales como el *ne bis in idem*. 2817

En este sentido, cuando las circunstancias concurrentes resultan incompatibles entre sí, su condición de agravación debe excluirse en función de su especialidad. Esto es, la circunstancia específica excluye a la genérica. Un ejemplo evidente es la incompatibilidad de la circunstancia genérica del art. 46-A, frente a la primacía de la circunstancia específica prevista en el art. 297, inc. 1. Si bien en ambas disposiciones el factor agravante se identifica con la condición de funcionario público del agente, lo específico del delito de tráfico ilícito de drogas cometido por aquél, excluye la consideración complementaria de los efectos de la citada agravante genérica, para decidir sobre la pena concreta. 2818

Un problema adicional se produce en los casos de concurrencia de circunstancias agravantes específicas compatibles pero de distinto grado o nivel. Esto ocurre cuando en la realización de un delito se presentan simultáneamente circunstancias agravantes que tienen diferente grado y, por tanto, distinta escala de pena conminada. Por ejemplo, cuando el agente ha cometido el delito de robo en *casa habitada* (art. 189, inc. 1, pf. 1), apoderándose de un *bien de valor científico* (art. 189, inc. 4, pf. 2) y causando *lesiones graves* (art. 189, pf. 3). 2819

En estos supuestos la circunstancia de mayor grado absorberá a las de grado inferior. Por consiguiente, la pena concreta se deberá determinar sólo entre los límites de la penalidad conminada que corresponda a la escala punitiva de dicha agravante de mayor nivel (en el ejemplo las lesiones graves 2820

¹⁴⁷ GONZÁLEZ, 1988, p. 222.

inferidas a la víctima tiene como escala punitiva la pena de cadena perpetua). Esta alternativa dogmática, que se basa en el principio de absorción, si bien carece de regulación legal propia en el Código, ha sido acogida recientemente por el AP N° 2-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, que en su F.J. 12 señala: “En estos casos la circunstancia de mayor grado absorberá el potencial y eficacia agravante de las de grado inferior. Por consiguiente, ella operará como pena básica a partir de la cual el juez determinará la pena concreta a imponer. Por tanto, ante tal concurrencia de circunstancias agravantes el juez deberá decidir la pena concreta en base a la escala punitiva del agravante específica de mayor grado o nivel”¹⁴⁸.

IV. Circunstancias genéricas (art. 46)

- 2821 Esta disposición contiene un amplio catálogo de circunstancias genéricas, ya previstas en el art. 51 del CP de 1924. Sin embargo, en éste código el legislador no distinguió entre agravantes y atenuantes, como sí se había hecho en el CP de 1863 (arts. 9 y 10).
- 2822 La concurrencia de las agravantes genéricas impone al juez la necesidad de determinar en cada caso, si los efectos de éstas radican en aumentar o atenuar la penalidad. Estas circunstancias se refieren, en buena cuenta, al grado del injusto o de culpabilidad del agente¹⁴⁹. Por cuestiones metodológicas, la doctrina ha clasificado estas circunstancias según estén vinculadas a la “gravedad del hecho punible” o a la “personalidad del autor”.
- 2823 Así, se consideran entre las primeras: la naturaleza de la acción, los medios empleados, la importancia de los deberes infringidos, la extensión del daño o del peligro causados, y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión. En el segundo grupo, se reúnen los móviles y fines, la unidad o pluralidad de agentes, la edad, educación, costumbres, situación económica y medio social, la conducta anterior y posterior al hecho, la reparación espontánea que hubiera hecho del daño, la confesión sincera antes de haber sido descubierto, y los demás antecedentes, condiciones personales y circunstancias que conduzcan al conocimiento de la personalidad del infractor.
- 2824 La misma clasificación fue empleada en los proyectos de octubre 1984 (art. 60), de 1985 (art. 71) y de 1986 (art. 70). Sin embargo, fue abando-

¹⁴⁸ Acuerdo Plenario emitido en el VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de la República, del 16 de noviembre de 2010, F.J. 12.

¹⁴⁹ BRAMONT ARIAS, 2003, p. 249.

nada en los proyectos de 1989 (art.51), de 1990 (art. 52) y de enero de 1991 (art. 46). El Código vigente conserva el mismo sistema general de circunstancias del CP de 1924, aunque con un número menor de circunstancias genéricas.

1. Naturaleza de la acción

El juez debe apreciar el tipo de delito cometido o el *modus operandi* empleado por el agente, esto es, la “forma cómo se ha manifestado el hecho”¹⁵⁰. Así mismo, debe tener en cuenta el efecto psíquico y social que el hecho produce. De allí, por ejemplo, que, respecto al delito de hurto, constituye una agravante específica “la utilización de sistemas de transferencia electrónica de fondos, de la telemática en general, o la violación del empleo de claves secretas” (art. 186, pf. 2, inc. 3).

2. Medios empleados

La realización del delito puede ser favorecida por el empleo de medios idóneos, cuyo uso puede comprometer en mayor o menor medida la seguridad de la víctima o provocar graves estragos. Por ello, se sostiene que esta circunstancia influye tanto en la ilicitud del hecho¹⁵¹ como en la peligrosidad del agente¹⁵². Un ejemplo de este tipo de circunstancia se prevé en el delito de homicidio calificado, esto es, cuando el agente mata a la víctima empleando “fuego, explosión, veneno o por cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas” (art. 108, inc. 4).

3. Importancia de los deberes infringidos

Es una circunstancia relacionada tanto con el injusto, como con la condición personal y social del agente. Mediante ésta se desvalora la violación por el agente de los deberes especiales (de orden funcional, profesional o familiar). Esta circunstancia está prevista con frecuencia tanto en la parte especial del Código como en diferentes leyes complementarias. Por ejemplo, la condición de “agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil” del autor de lavado de activos (art. 3, inc. a, de la Ley N° 27765).

¹⁵⁰ ZIFFER, 1996, p. 130 ss.

¹⁵¹ VILLAVICENCIO, 1992, p. 199.

¹⁵² PEÑA CABRERA, 1987, p. 259.

4. Extensión del daño o peligros causados

2828 Esta circunstancia se refiere a la magnitud del injusto en cuanto a su efecto material sobre el bien jurídico tutelado¹⁵³. No obstante, como bien destacaba Cornejo¹⁵⁴, en relación con el CP de 1924, esta valoración corresponde sobre todo a la conminación de la pena en cada delito y no a un nivel de circunstancia genérica. Por esto resulta más adecuado incluirla como circunstancia agravante específica, tal como se le considera en el delito de robo: “colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica” (art. 189, inc. 3, pf. 2).

5. Circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión

2829 Estas circunstancias conciernen al injusto, en la medida que el agente se aprovecha de éstas (tiempo, lugar, modo y ocasión) para facilitar la ejecución del delito. Por ejemplo, en los delitos de hurto y robo, se considera agravante que el delito se ejecute con “ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular de agraviado” (art. 186, inc. 4) o “durante la noche o en lugar desolado” (art. 189, inc. 2). En otros casos estos factores expresan también una actitud inescrupulosa, desafiante y audaz de parte del infractor frente a la ley y los sistemas de control penal. Este es el caso en el delito de tráfico ilícito de drogas cuando el “hecho es cometido en el interior o en inmediaciones de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, de salud, recinto deportivo, lugar de detención o reclusión” (art. 297, inc. 4).

6. Móviles y fines

2830 La motivación y los fines que determinan, inducen o guían la acción delictiva del agente, influyen, de modo determinante, en la mayor o menor intensidad de su culpabilidad. Es decir, coadyuvan a medir el grado de reproche que cabe formular al autor del delito. Su índole subjetiva se manifiesta en lo fútil, altruista o egoísta del móvil o finalidad. En tal sentido, la instigación o ayuda al suicidio, por ejemplo, es reprimida “si el agente actuó por un móvil egoísta” (art. 113, *in fine*). En cambio, en el art. 146, se atenúa la pena de los delitos contra el estado civil, cuando son cometidos “por un móvil de honor”.

¹⁵³ BRAMONT ARIAS, 2003, p. 249.

¹⁵⁴ CORNEJO, 1936, p. 250.

7. Unidad o pluralidad de agentes

La doctrina nacional, desde la vigencia del CP de 1924, ha considerado que la circunstancia de pluralidad de agentes indica un mayor grado de peligrosidad y de inseguridad para la víctima, precisamente por la actuación conjunta en la afectación de sus bienes jurídicos¹⁵⁵. Esta circunstancia genérica fundamenta la agravación tanto en el caso de que sean coautores como frente actos de participación de inductores o cómplices primarios. Sin embargo, toda vez que el propio legislador ha decidido que en la actividad del cómplice secundario de antemano concurre una circunstancia específica de atenuación (art. 25, pf. 2), la presente circunstancia, por interpretación sistemática, no es aplicable a éste último.

8. Edad, educación, situación económica y medio social

Se trata de circunstancias vinculadas a la culpabilidad del imputado y a su mayor o menor posibilidad para interiorizar el mandato normativo, así como para motivarse de acuerdo con éste y sus exigencias sociales. Estas circunstancias influyen en el grado de culpabilidad del agente. Sin embargo, hay que prestar atención al hecho que pueden ocultar rezagos de las superadas concepciones del positivismo criminológico y pueden ser, por tanto, incompatibles con la preeminencia de un derecho penal del acto sobre un derecho penal de autor¹⁵⁶. Cabe anotar que el art. 45, inc. 1, también prevé como fundamento para determinar la pena “las carencias sociales que hubiere sufrido el agente”. Por tanto, el juez debe incluir también en la valoración de estas circunstancias las posibilidades reales de interacción e integración que ha tenido el agente con su entorno social y con los patrones de conducta positiva imperantes en él.

9. Reparación espontánea que hubiere hecho del daño

Esta circunstancia esta referida a la conducta posterior al delito que realiza el agente. Así por ejemplo, la reparación del daño ocasionado por aquél revela una actitud positiva que debe apreciarse favorablemente con el objeto de atenuar la pena. La reparación debe ser espontánea y realizada con anterioridad a la emisión de la correspondiente sentencia. Así mismo, debe ser obra del autor y no de terceros¹⁵⁷.

¹⁵⁵ CORNEJO, 1936, p. 248.

¹⁵⁶ VILLAVICENCIO, 1992, p. 198.

¹⁵⁷ PEÑA CABRERA, 1987, p. 264.

10. Confesión sincera antes de haber sido descubierto

- 2834 Esta circunstancia se fundamenta en un acto de arrepentimiento posterior al hecho delictivo, y se expresa en la voluntad del agente de hacerse responsable de haberlo cometido y de asumir plenamente sus consecuencias jurídicas. En tal sentido, esta actitud es valorada como circunstancia atenuante toda vez que el agente demuestra no pretender asegurarse con las ventajas obtenidas por la comisión del delito ni lograr su impunidad, todo lo contrario. Al respecto, la doctrina, desde la vigencia del CP de 1924, sostiene que existe diferencia notable entre el hecho de huir después de consumado el delito y el de denunciarse ante las autoridades. Esto último pone de manifiesto que el agente asume su responsabilidad y, en consecuencia, demuestra que no está dispuesto a reiterar la comisión de similares hechos¹⁵⁸.
- 2835 Debe, pues, diferenciarse el efecto de la confesión sincera como circunstancia atenuante, prevista en el Código (art. 46), respecto de los efectos procesales de la confesión sincera que se rinde en sede judicial o fiscal (art. 136 CdePP y art. 160 NCPP). La concurrencia de la primera determina su valoración positiva como circunstancia genérica atenuante, y no es indispensable para su configuración la preexistencia de una investigación de carácter penal, por tanto, puede ser equivalente a una autodenuncia. Sin embargo, en la segunda es imprescindible la preexistencia de una pretensión persecutoria iniciada por los órganos de investigación de delito; por ello su fundamento no radica solo en la aceptación de cargos imputados o de las consecuencias jurídicas derivadas, sino en el aporte probatorio y la utilidad que debe tener la confesión para los fines de la investigación que se lleve a cabo, tan es así, que si la confesión carece de aporte o utilidad probatoria, no es aplicable el beneficio procesal previsto en el art. 136 CdePP y art. 161 del NCPP, esto es la disminución facultativa de la pena por debajo del mínimo legal.

11. Condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente

- 2836 Esta referencia constituye una cláusula general que reenvía a otras circunstancias distintas de las mencionadas expresamente en el texto legal. Así, con el objeto de evitar contradicciones con el principio de legalidad o

¹⁵⁸ PEÑA CABRERA, 1987, p. 264.

riesgos de arbitrariedad, el juez debe especificar en concreto la circunstancia que invoca y su equivalencia con las reguladas legalmente. Sobre todo, debe fundamentar razonablemente por qué tal o cual circunstancia resulta idónea para conocer mejor la personalidad del agente. Así, se evitará una vuelta a criterios del positivismo criminológico¹⁵⁹.

V. Reincidencia, habitualidad y determinación judicial de la pena

No son pocas las reformas hechas a la legislación penal nacional que aportan más problemas que soluciones. Un ejemplo de esta deficiencia político criminal es la reincorporación de las agravantes de *reincidencia* y *habitualidad*, mediante la Ley N° 28726, del 9 de mayo de 2006, que introdujo los arts. 46-B y 46-C. La imperfección legislativa se manifiesta en las sucesivas modificaciones realizadas a estas disposiciones (Ley N° 29407, del 18 de setiembre de 2009; Ley N° 29570, del 25 de agosto de 2010; y Ley N° 29604, del 22 de octubre de 2010)¹⁶⁰. 2837

Efectivamente, mediante la emisión de las citadas disposiciones, el legislador ha creado graves problemas de interpretación debido a las confusas reglas de determinación de la pena que éstas prevén. Así por ejemplo, en el art. 46-C, se reguló la habitualidad de acuerdo a presupuestos relacionados con la sucesión de delitos, los cuales debían ser realizados por el agente dentro de un plazo de cinco años. Además, se previó “aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal”. Paralelamente, en la Ley N° 28730, del 13 de mayo de 2006, se modificó el régimen punitivo del concurso real de delitos, adoptándose el criterio de la acumulación de penas. 2838

Con la reincidencia, prevista por el art. 46-B, también se suscitaron controversias en torno a su regulación y a la efectividad de su condición de circunstancia agravante. Al respecto, el AP N° 1-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, estableció, en sus Fs.Js. 12 y 13, algunos criterios hermenéuticos vinculantes para superar los problemas y dudas derivados de las normas sobre reincidencia y habitualidad. Aprobándose, entre otros, los siguientes acuerdos: 2839

¹⁵⁹ VILLAVICENCIO, 1992, p. 200.

¹⁶⁰ Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de las disposiciones referentes a dichas circunstancias agravantes mediante la STC del 19 de enero de 2007, Exp. N° 0014-2006-AI/TC.

- 2840 *Procesalmente debe tomarse en consideración dos requisitos.* El primero, el juzgador, para la calificación de reincidente de un imputado, ha de tener a la vista el boletín de condenas y, en su caso, la hoja carcelaria respectiva –que establece la fecha exacta de la excarcelación–; en defecto de uno o ambos documentos, ha de contar con copia certificada de la sentencia y, si correspondiere, de la resolución que dispone su excarcelación por la concesión de un beneficio penitenciario. El segundo, dado que la reincidencia es una circunstancia agravante cualificada, por imperio del principio acusatorio, ha de ser solicitada por el Fiscal en la acusación. Por tanto, ésta no puede establecerse de oficio sin el debate procesal correspondiente, pues ello importaría, además, un fallo sorpresivo que vulneraría el principio de contradicción.
- 2841 Sobre la operatividad de la agravante cualificada del art. 46-C frente a las reglas sobre concurso real y concurso real retrospectivo de delitos. Siendo la habitualidad una circunstancia agravante cualificada, se deberá aplicar sus efectos punitivos sólo en el tercer delito cometido en el lapso de cinco años, y luego se sumará la pena resultante a las penas concretas correspondientes a los otros delitos del concurso real, pero respetando siempre los límites punitivos fijados por los arts. 50 y 51 (la pena total no debe ser superior al doble del máximo conminado para el delito más grave, ni mayor de treinta y cinco años de privación de libertad; y si para uno de los delitos en concurso corresponde cadena perpetua, sólo se aplicara esta sanción excluyéndose las demás).
- 2842 *Sobre los elementos de las agravantes cualificadas previstas en los arts. 46-B y 46-C.* Se debe asumir que la reincidencia opera sólo hasta los cinco años posteriores al cumplimiento parcial o total de pena privativa de libertad por condena anterior. Este límite cronológico es compatible con el que históricamente se fijaba en el art. 111 del CP de 1924. Además, resulta similar al considerado por el art. 46-C para la habitualidad que regula una efectividad penal más gravosa. El nuevo delito que da lugar a la reincidencia puede ser de igual o distinta naturaleza que el que determinó la pena privativa de libertad cumplida total o parcialmente.
- 2843 En cuanto a la habitualidad, ella se produce solamente en el caso de que los tres delitos se hayan cometido en un lapso de 5 años y no medie condena sobre alguno de ellos en dicho plazo. También la habitualidad requiere que todos los delitos cometidos sean dolosos y de igual naturaleza. Esta especialidad en la reiteración delictiva indica la habituación delictiva del agente y justifica su mayor punibilidad.

Sobre la determinación de la pena concreta en caso de concurrencia de las circunstancias cualificadas del art. 46-A y las previstas en los arts. 46-B ó 46-C. Si concurrieran las agravantes cualificadas del art. 46-A (calidad de funcionario público, aprovechamiento de conocimientos privilegiados, comisión en prisión de delitos graves) con las agravantes de reincidencia o habitualidad, se deberán aplicar los efectos punitivos correspondientes en la determinación de la pena concreta, por ser todas circunstancias compatibles. No obstante, la pena concreta resultante no podrá exceder de los límites contemplados por el art. 46-A (de treinta y cinco años de privación de libertad). 2844

Límites de la penalidad derivada de las agravantes previstas en los arts. 46-B y 46-C. En coherencia con los límites punitivos fijados en los arts. 29, 46-A, 50 y 51, en ningún caso la pena concreta –que corresponda a la efectividad de la agravación por reincidencia o habitualidad– será mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad. Cuando los delitos que dan lugar a tales supuestos tengan prevista pena de cadena perpetua sólo se aplicará dicha pena. 2845

Eficacia de los antecedentes penales cancelados en los casos de reincidencia según los arts. 46-B y 69 in fine. La reforma del art. 69, sobre cancelación de antecedentes y rehabilitación inmediata, tuvo lugar mediante la Ley N° 28730, del 15 de mayo de 2006. Esto es, cuatro días después de emitida ésta, por la cual se introdujo el art. 46-B al Código (la agravante de reincidencia). Por consiguiente, la primera de las normas citadas modificó implícitamente a la segunda. Siendo así, el párrafo *in fine* del nuevo texto del art. 69, donde se dispone que “La reincidencia deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena”, derogó el párrafo final del art. 48-B que establecía que “A los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados”. De esta manera, pues, a partir de la vigencia de la citada Ley N° 28730, la reincidencia es una excepción a la regla general de la rehabilitación inmediata por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta. 2846

Dicha excepción sólo debe ser aplicable a condenas que se hayan impuesto y cumplido con posterioridad a la ya citada reforma del art. 69. En todo caso, cuando se haya vencido el plazo de prescripción de la reincidencia -acordado en cinco años posteriores a la excarcelación- operará definitivamente la cancelación de los antecedentes generados por dicha condena. 2847

- 2848 Como puede deducirse de estos criterios, los problemas de aplicación de las agravantes cualificadas por reincidencia y habitualidad han sido suficientemente esclarecidos. Por interpretación, se han explicado y completado las disposiciones legales. Por ejemplo, se incorporó un plazo de prescripción para la reincidencia de cinco años y se logró compatibilizar la cancelación de los antecedentes penales dispuesta en el art. 69 con dicho plazo. Ambos aportes fueron luego formalizados por la citada Ley N° 29407, al modificar los arts. 46-B y 69.
- 2849 Ahora bien, el marco punitivo que actualmente rige para las agravantes de reincidencia y habitualidad deviene en complejo e incoherente. En efecto, luego de las reformas introducidas por la citada Ley N° 29604 se han configurado los siguientes estándares de agravación:
- 2850 En caso de reincidencia se incrementará la pena conminada hasta en una mitad por encima del máximo legal previsto para el nuevo delito cometido. De modo innecesario se precisa que si el reincidente hubiera sido beneficiado con indulto o conmutación de pena también se elevará la penalidad en igual proporción. Sin embargo, cuando se trate de los delitos graves señalados en el pf. 2 del art. 46-B, la pena se aumentará en no menos de dos tercios por encima del máximo legal correspondiente. En estos casos no serán procedentes los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.
- 2851 En la habitualidad, se deberá elevar la pena conminada hasta un tercio por encima del máximo legal previsto para el delito que configura el agravante (tercer delito) y que debe ser cometido en un lapso no mayor de cinco años. No obstante, cuando se trate de los delitos señalados en la segunda parte del pf. 1, del art. 46-C, la penalidad se aumenta hasta una mitad por encima del máximo legal. Además para la habitualidad en esta clase delitos no rige el plazo de cinco años ni le serán aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.
- 2852 Por su parte, en el AP N° 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, en su F.J. 22, ha aportado también criterios de esclarecimiento en torno a los presupuestos y efectos legales de la reincidencia en faltas, Al respecto se ha sostenido lo siguiente: “Es en el art. 46-B, en donde luego de regular los requerimientos legales para la reincidencia en los delitos dolosos, se alude, con escasa claridad, a la reincidencia en faltas en los términos siguientes: *Igual condición tiene quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas*”.

El acuerdo plenario citado desarrolló los siguientes criterios de interpretación: 2853

- La reincidencia en faltas se produce cuando quien habiendo sido condenado como autor o partícipe de esta clase de infracción penal, incurra en la comisión de una nueva falta, luego de que la condena adquiere firmeza. Se trata, pues, de una modalidad de reincidencia ficta que no exige que se haya cumplido en todo o en parte la pena impuesta.
- La reincidencia en faltas determina modificaciones en la pena conminada para la nueva falta cometida. En tal sentido, el máximo de pena –establecido por la ley– se convertirá en mínimo y se configurará un nuevo límite máximo, que el será equivalente a la mitad por encima del máximo original.
- Para que se configure la reincidencia la nueva falta debe ser cometida en un plazo no mayor a dos años de quedar firme la condena anterior. De esa manera la reincidencia será compatible con los plazos ordinarios de prescripción de la acción penal y de la pena, estipulados en la segunda parte del art. 440, inc. 5.

VI. Determinación judicial de la pena y concursos de delitos

Cada delito cometido en concurso con otras infracciones, contiene una sanción penal propia, por lo surge el problema de definir cuál es la pena que corresponde aplicarle al agente. Esto justifica que algunas reglas sobre los concursos se encuentren ubicadas en el acápite de la aplicación de la pena. Sin embargo, habiéndose tratado ampliamente sobre las clases, definiciones y resoluciones de concursos en el marco de la teoría del delito, nos limitaremos a presentar sus consecuencias respecto a la determinación concreta de la pena. 2854

1. Concurso ideal de delitos

En el art. 48, modificado mediante la citada Ley N° 28726, se conserva la pena de la infracción más grave como base de determinación, pero se dispone sea aumentada hasta en una cuarta parte por encima del máximo fijado por la ley. Así mismo que no deberá superar, en ningún supuesto, el límite máximo de treinta y cinco años de la pena privativa de libertad temporal. No se consideró, en cambio, el caso en que concurren infraccio- 2855

nes reprimidas con pena de cadena perpetua. De presentarse tal situación, debido al carácter indeterminado de esta sanción, no procede incremento alguno.

- 2856 En el Anteproyecto de CP de 2009, se propone cambiar el límite máximo de la pena agravada. Así, el incremento se fija en el tercio de la pena básica en lugar del cuarto y no se reitera el límite general de 35 años en caso de penas privativas de libertad (art. 51). De este modo, se sigue combinando los principios de absorción y de asperación. Tampoco la regla propuesta se refiere al caso de delitos sancionados con pena de cadena perpetua.

2. Concurso real de delitos

- 2857 El texto original del art. 50 consideraba el denominado principio de absorción¹⁶¹. Conforme al cual, la pena básica es la más grave de las conminadas para los delitos en concurso, la misma que debía ser aumentada tomando en cuenta los demás delitos de menor gravedad (circunstancias agravantes).
- 2858 Esta regulación fue modificada mediante la citada Ley N° 28730, considerándose el principio de acumulación de las penas. Así, en primer lugar, debe determinarse la pena concreta de cada uno de los delitos en concurso; y, luego, acumular estas penas para obtener la pena concreta total que debería cumplir el sentenciado. Esta pena no podrá sobrepasar el límite de 35 años de pena privativa de libertad. Así mismo, tampoco deberá superar el doble de la pena concreta parcial impuesta por el delito más grave. Si uno de los delitos resulta sancionado con pena de cadena perpetua, no se tendrán en cuenta las demás penas concretas parciales. Este procedimiento ha sido tomado en cuenta en el AP N° 4-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009¹⁶².

3. Concurso real retrospectivo de delitos

- 2859 Existe particular dificultad en la determinación de la pena cuando existen delitos en concurso que no son juzgados simultáneamente en un solo proceso. Esto se debe a que el autor de las diversas infracciones es juzgado y sentenciado, primero, por una o algunas de éstas, y sólo con posterioridad

¹⁶¹ BRAMONT ARIAS, 2003, p. 263.

¹⁶² Cfr. Fs.Js. 7 al 9.

es sometido a nuevo proceso por las demás. Este caso ha sido regulado en el art. 51, modificado por la Ley N° 26832, del 03 de julio de 1997.

Para la imposición de la pena en esta forma de concurso real se debe tener 2860 como criterio rector que al agente no se le debe imponer una pena concreta final que resulte ser más severa que aquella que se le hubiere aplicado si se le hubiese juzgado simultáneamente por todos los delitos en concurso. Esto ha sido tomado en cuenta en la modificación del art. 51, mediante la Ley N° 28730. Así, se ha establecido que la pena concreta será determinada como si se tratara del concurso real de delitos previsto en el art. 50. En consecuencia, se sumarán las penas concretas parciales que se impongan por cada delito.

4. Concurso real de faltas

Mediante la citada Ley N° 29407, se incorporó el art. 50-A que regula el 2861 concurso real de faltas. Sistemáticamente, esta nueva regla debió insertarse en el Libro Tercero, dedicado a las reglas generales y especiales aplicables a esta clase de infracciones. Su contenido es deficiente en la medida en que no permite deducir cuales son los presupuestos, requisitos, modalidades y efectos del concurso real de faltas. En todo caso, hay que reconocer que los caracteres esenciales de esta nueva forma de concurso son, precisamente, la pluralidad de acciones, la concurrencia de faltas independientes, de personas perjudicadas y la unidad de autor.

Sin embargo, el mayor problema hermenéutico se relaciona con las reglas 2862 de determinación de la pena establecidas por el párrafo final del art. 50-A: “será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para éste, teniendo en cuenta el perjuicio total causado”. Teniendo en cuenta los criterios asumidos para el caso del concurso real de delitos (arts. 50 y 51), una primera opción interpretativa sería que la penalidad concreta se determine por la acumulación de las penas parciales correspondientes a cada falta en concurso. Pero, el problema subsiste cuando el legislador hace referencia a la “pena privativa de libertad prevista”, la cual no es conminada respecto a ninguna de las faltas previstas en el Libro Tercero del Código. Tampoco resuelve el problema, que en el modificado art. 440, inc. 3, se prevea que una pena privativa de libertad sólo puede ser consecuencia de una conversión en caso reincidencia en faltas contra la persona (art. 441) o contra el patrimonio (art. 444).

- 2863 Al parecer toda esta confusión se debe al hecho de haberse utilizado, en lo esencial, la errada propuesta contenida en el Proyecto Parlamentario definitivo que antecedió a la Ley N° 29407. Según esa propuesta: “Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deben considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, es castigado como autor o partícipe del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado”.
- 2864 Como se puede observar la redacción propuesta se refería a un “delito” y no una falta –como lo corroboró luego una fe de erratas publicada el 29 de setiembre de 2009– por lo que en ese contexto era posible considerar la aplicación de una pena privativa de libertad. Por consiguiente, pues, de *lege lata* sugerimos que la pena concreta será la correspondiente al resultado acumulado de todas las faltas cometidas por el agente. Y, de *lege ferenda*, planteamos que se modifique la regla y sea prevista en el art. 440, inc. 8, en el sentido siguiente: “Cuando concurran varias faltas independientes cometidas por un mismo autor, se sumáran las penas correspondientes que fije el juez para cada una de ellas, hasta un máximo del doble de la pena de la falta más grave”. Este criterio también ha sido asumido por el AP antes citado¹⁶³.

VII. Determinación judicial de la pena en el NCPP y el Anteproyecto de CP de 2009

1. Sentencia penal y determinación judicial de la pena en el NCPP

- 2865 A pesar de la gran importancia práctica de la cuestión, no se ha reflexionado de manera seria y profunda acerca de la relación que debe existir entre la sentencia y el procedimiento de la determinación judicial de la pena¹⁶⁴. La misma laguna se observa en los esfuerzos dirigidos a establecer pautas o guías metodológicas para la elaboración de sentencias penales¹⁶⁵. Lo cual parece indicar que aún para los especialistas nacionales, las pautas normativas, así como las precisiones teóricas sobre el particular, deben ser planteadas y debatidas exclusivamente en el ámbito del derecho penal sustantivo.

¹⁶³ AP N° 4-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009, FJ. 11.

¹⁶⁴ Cfr. TALAVERA, 2004, p. 83 ss.; MAVILA, 2005, p.200.

¹⁶⁵ Cfr. SANTA CRUZ, 2004, p. 42 ss.

En gran medida tal omisión y percepción resultan coherentes con el estilo restrictivo y lacónico mediante el cual legislador ha diseñado la determinación judicial de la pena, al regular los contenidos y formas de construcción de una sentencia condenatoria. Así, en el CdePP no se establecieron reglas detalladas para la configuración o el resultado de las decisiones que debía adoptar el juez al emitir una sentencia condenatoria. Sin embargo, en el art. 282, con bastante pragmatismo, se establecieron algunas reglas para facilitar la elección judicial de la pena concreta, cuando entre los magistrados a cargo del fallo se plantearan posturas discrepantes en torno a la índole y extensión de dicha sanción. 2866

Al respecto, la norma citada señalaba: “Cuando hubiere disconformidad entre los tres miembros del Tribunal respecto de la pena, se volverán a discutir y votar los puntos en que se haya disentido. Si en esta segunda votación continua la disconformidad, se impondrá la pena intermedia, esto es, la pena por la que voto el miembro del Tribunal en disentimiento con los que votaron por pena superior o inferior”. Según la exposición de motivos, esto era lo más razonable ya que aseguraba, cuando menos, el acuerdo tácito de dos votos por dicha pena intermedia. Así, se estimaba que “más fundado es aplicar la pena intermedia, respecto a la cual puede afirmarse que hay mayoría”¹⁶⁶. 2867

Cabe reconocer que la misma técnica legislativa ha sido utilizada por otros legisladores latinoamericanos. Por ejemplo, la regulación prevista en el CdePP colombiano de 2000, es similar a la nuestra. Tampoco se dan mayores detalles sobre las reglas para determinar la pena a imponer (arts. 410 a 412). Esto se debe, quizás, a que en el CP colombiano del mismo año (arts. 60 y 61) se prevén reglas más completas que en el nuestro. 2868

En cambio, otros sistemas procesales han optado por un patrón diferente, en el cual se fijan criterios específicos de determinación judicial de la pena. Así, por ejemplo, en el CPP chileno de 2001 se desarrollan pautas para los casos de delito continuado o concurso real de delitos. En su art. 351, sobre “reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie”, se estatuye que: “en los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie se impondrá la pena correspondiente a las diferentes infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados”. Además, se dispone, por un lado, que si por la naturaleza de las diversas infracciones, éstas no pudieren considerarse como un solo delito, el juez 2869

¹⁶⁶ Cfr. GUZMÁN, p. 481.

aplicará la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, según las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados, según fuere el número de los delitos. Y, por otro, que podrá, con todo, aplicarse las penas en la forma establecida en el art. 74 del citado código, si de seguirse este procedimiento hubiere de corresponder al condenado una pena menor. Por último, se dice que para los efectos de este artículo, se considerará delitos de una misma especie aquellos que afectaren al mismo bien jurídico.

- 2870 El NCPP mantuvo la misma orientación legislativa que el CdePP. Lo cual se advierte al realizar un análisis de los once artículos que integran el Título VI sobre “La deliberación y la sentencia” (arts. 392 a 403) del Libro Tercero que regula el proceso común. De estas disposiciones sólo tres guardan relación directa con la deliberación y determinación de la pena en una sentencia condenatoria (arts. 392, 393 y 397).
- 2871 En relación con el art. 392, lo relevante se encuentra en el inc. 4. En éste, se ratifica la elección del “término medio” ante la discordia que tengan los jueces al pronunciarse sobre la extensión de la pena concreta a imponer.
- 2872 En el art. 393, inc. 3, lit. e, se precisa que una cuestión específica sobre la que deben deliberar y votar los jueces, al elaborar un fallo de condena, tiene que ser “la individualización de la pena aplicable y, de ser el caso, de la medida de seguridad que la sustituya o concurra con ella”. En esta regla existe un error técnico, pues conforme al Código ninguna medida de seguridad, sea el internamiento o el tratamiento ambulatorio, pueden sustituir penas. Pero al margen de este yerro, lo interesante es que la ley obliga al juez a determinar la pena aplicable en atención a las circunstancias del caso, sin que esto implique afectar el criterio de conciencia que le reconoce la ley. No obstante, la norma ha omitido indicar cuál debe ser el procedimiento a seguir, dejando un vacío legal que debe ser oportunamente cubierto.
- 2873 En este dominio, en cambio, resultó oportuna e inédita, para la experiencia procesal penal nacional, la propuesta que sobre esta materia hizo el denominado “Proyecto Huanchaco”. Esta interesante y poco difundida iniciativa legislativa, elaborada por juristas nacionales y argentinos, incorporó la posibilidad de realizar un juicio sobre la pena. El cual, junto al denominado juicio de culpabilidad, sería también una base y finalidad fundamentales del desarrollo operativo de la audiencia o juzgamiento según el modelo adoptado por dicha propuesta legislativa. En tal sentido, el art. 255 de dicho Proyecto señala: “El juicio sobre la pena comenzará con la recepción de la

prueba que se haya ofrecido para individualizarla, hasta antes del inicio de la segunda parte del juicio, prosiguiendo de allí en adelante, según las normas comunes. Al finalizar el debate, el juzgador mencionará oralmente la pena y demás consecuencias jurídicas del delito que corresponde aplicar al caso concreto, lo que constará en el acta de cierre de la audiencia”¹⁶⁷.

Por último, el art. 397, inc. 3 del NCPP, respetando la primacía del principio acusatorio, aplicable también al ámbito de las circunstancias, prohíbe al juez “aplicar pena más grave que la requerida por el Fiscal, salvo que se solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación”. Debemos entender que la parte final de dicha disposición alude, entre otros supuestos, a una falta de circunstancias atenuantes privilegiadas o de aquellas causales imperfectas de justificación o exculpación regulada en el art. 21. 2874

2. Determinación de la pena en el Anteproyecto de CP de 2009

Al parecer las oportunidades para dar mejor operatividad a la determinación judicial de la pena, se encuentran vinculadas a la revisión oficial del Código vigente. Esto se debe a que durante el proceso de implementación del NCPP, actualmente en ejecución, no conviene realizar, por ahora, modificaciones sustanciales a las normas relacionadas con la deliberación punitiva de una sentencia condenatoria. 2875

La Comisión Especial Revisora del Código, creada por Ley N° 29153, aprobó en noviembre de 2008, un nuevo modelo regulador del procedimiento de determinación de la pena. El texto aprobado comporta la modificación sustancial del modelo previsto por los arts. 45 y 46 del Código. Además, se incluyen otras innovaciones puntuales. Sistemáticamente, el sistema regulador de la determinación judicial de la pena, propuesto por la referida Comisión, tiene la siguiente estructura: 2876

En el art. 43, referente a los presupuestos de fundamentación y determinación de la pena, se incorpora como contenido adicional al texto original del inc. 1: “la posición preeminente que ocupe en la sociedad”. De esta manera, se incluye este nuevo criterio de fundamentación y determinación de la pena como alternativo al ya existente, que sólo se refiere a las “carencias que hubiere sufrido del agente”. Con esto se pretende que el juez tenga en 2877

¹⁶⁷ Centro de Estudios para la Reforma de la Justicia, Democracia y Libertad - CERJUDEL, 2005, p. 346.

cuenta para su decisión punitiva la situación del criminal que delinque manipulando su posición de privilegio.

- 2878 También la reforma del citado artículo modifica el inc. 3, sustituyendo el término “intereses” por el de “derechos”, por estimarse más amplio, pues comprende tanto aspectos patrimoniales como no patrimoniales.
- 2879 El art. 44, relacionado con el procedimiento judicial de individualización de la pena, es objeto de cambios más trascendentes. En primer lugar, se dispone expresamente que toda condena debe fundamentar de modo suficiente y explícito los “motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena”. De esta manera se impone expresamente, al juez el deber de justificar su decisión punitiva y, por ende, de desarrollar un procedimiento coherente y técnico para individualizar la sanción aplicable al caso.
- 2880 En segundo lugar, se describen con precisión las etapas que deberá seguir el juez para determinar la pena. Al respecto, en el citado artículo se ratifica lo ya previsto en el texto original del Código, en el sentido de que los factores centrales para la individualización de la pena se relacionan con el grado de reproche que cabe hacer al agente por su actuar antijurídico (culpabilidad del agente), ello respecto del grado de desvalor que merece la conducta antijurídica realizada (antijuridicidad del hecho).
- 2881 Se esquematiza el procedimiento operativo que debe seguir el juez. Este debe identificar la pena básica, como espacio punitivo considerando la pena fijada en la ley para el delito (pena conminada); determinar la pena concreta, evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes; dividir el espacio punitivo de la pena básica en tres partes. Estas consisten en las hipótesis siguientes: si no se presentan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta deberá determinarse dentro del tercio inferior; si concurren agravantes y atenuantes, la pena concreta deberá determinarse dentro del tercio intermedio; y cuando concurren únicamente circunstancias agravantes la pena concreta deberá determinarse dentro del tercio superior.
- 2882 También en el art. 44, inc. 3, se describe un procedimiento operativo especial, para el caso de presencia de circunstancias atenuantes o agravantes “cualificadas”. En tales supuestos, se procederá del modo siguiente: tratándose sólo de circunstancias atenuantes la pena concreta se establecerá por debajo del tercio inferior, si sólo se trata de circunstancias agravantes la pena concreta se determinará por encima del tercio superior y en caso de

conurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes la pena concreta se fijará dentro de los límites de la pena básica.

El art. 45 reproduce el catálogo de circunstancias atenuantes genéricas. Se han considerado la carencia de antecedentes penales, obrar por móviles nobles o altruistas, actuar en estado de emoción, pasión o temor excusables, la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares, procurar voluntariamente la disminución de las consecuencias del delito, reparar espontáneamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado, presentarse voluntariamente a las autoridades admitiendo responsabilidad y, por último, la edad del imputado si ello influyó en su conducta. 2883

En el art. 46, se han insertado 13 circunstancias agravantes genéricas: que la acción recaiga sobre bienes de utilidad social o recursos necesarios para la satisfacción de necesidades básicas de la colectividad; la acción incida sobre bienes o recursos públicos, concurren móviles abyectos o fútiles o mediando precio, recompensa o promesa remuneratoria; concurren móviles de intolerancia y discriminación social, étnica, ideológica, religiosa; se empleen medios cuyo uso puede generar peligro común; se actué con prevalimiento, alevosía o de modo subrepticio; se intensifique innecesariamente las consecuencias nocivas del delito; se abuse del cargo, posición económica, formación, poder, oficio o profesión; haya pluralidad de agentes; valerse de inimputables; se dirija o ejecute total o parcialmente el delito, desde un centro carcelario o desde fuera del territorio nacional; se afecte gravemente el equilibrio de los ecosistemas naturales; se emplee explosión, veneno u otro medio de similar eficacia destructiva. 2884

Finalmente el art. 47 regula las circunstancias privilegiadas de atenuación y cualificadas de agravación y se precisan cuales son sus efectos punitivos. El pf. 1 describe como circunstancia privilegiada atenuante la afectación leve del bien jurídico. Para este caso la pena se atenuará hasta una mitad por debajo del mínimo legal. 2885

En el pf. 2, se definen dos circunstancias agravantes: la calidad de funcionario público y el abuso de tal condición para la comisión del delito; y la reincidencia. Para ambos supuestos la pena se incrementará hasta un tercio por encima del máximo legal del delito cometido, pero sin exceder del límite temporal máximo de 35 años de pena privativa de libertad. Se mantienen, pues, las circunstancias que actualmente contienen los arts. 46-A y 46-B, pero se suprime la relativa a la habitualidad del art. 46-C. La agravante 2886

cualificada de la reincidencia, prevista en el art. 49, inc. 2, se configura: “cuando después de haber cumplido en todo o en parte una condena a pena privativa de libertad efectiva se incurre en nuevo delito doloso dentro de los 5 años siguientes”.

- 2887 Como se puede inferir el nuevo modelo de determinación judicial de la pena, que se ha previsto en el Anteproyecto de CP de 2009, se pretende hacer menos complejo este proceso decisorio. Además, promueve la fundamentación y justificación del resultado punitivo, a la vez que orienta al juez hacia la solución de casos límite, como los que regula el art. 43.