UNIVERSIDAD NACIONAL JORGE BASADRE GROHMANN

Escuela de Posgrado

MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

INAPLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SOBREPENALIZACIÓN DE LA CONDUCTA DELICTIVA DEL BURRIER, EN EL DISTRITO JUDICIAL DE TACNA (2014 - 2016)

TESIS

PRESENTADA POR:

ROGER HERMINIO DAGA PALACIOS

Para optar el Grado Académico de:

MAESTRO EN CIENCIAS (*MAGISTER SCIENTIAE*) CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

TACNA - PERÚ

2021

UNIVERSIDAD NACIONAL JORGE BASADRE GROHMANN

Escuela de Posgrado

MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

INAPLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SOBREPENALIZACIÓN DE LA CONDUCTA DELICTIVA DEL BURRIER, EN EL DISTRITO JUDICIAL DE TACNA (2014-2016)

Tesis sustentada y aprobada el 18 de marzo del 2021; estando el jurado calificador integrado por:

PRESIDENTE : .....
Dr. Miguel Angel José Cruz Cuentas

SECRETARIO : .....
Dr. Pepe Alvarado Gonzalvez

MIEMBRO : .....
Dr. Wilber Alberto Chávez Torres

ASESOR : .....
Dr. Wilber Alberto Chávez Torres

DEDICATORIA

A Dios, por guiar mi camino y estar siempre presente en mi vida, dándome fortaleza para afrontar las adversidades, y vitalidad para disfrutar la vida a lado de mis seres queridos.

AGRADECIMIENTO

A mi familia, por su apoyo incondicional y constante motivación en mi desarrollo profesional y personal.

CONTENIDO

DEDICATORIA iii

AGRADECIMIENTO iv

RESUMEN x

ABSTRACT xi

INTRODUCCIÓN 1

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 3

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA 3

1.1.1. Antecedentes del problema 3

1.1.2. Problemática de la investigación 3

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA 6

1.3.JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA 7

1.4. ALCANCES Y LIMITACIONES 9

1.5. OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN 9

1.5.HIPÓTESIS 10

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO 12

2.2. BASES TEÓRICAS 17

2.2.1 Inaplicación del principio de proporcionalidad 17

2.2.1.1. La pena 17

2.2.1.2. Conceptualización de la pena 17

2.2.1.3. Teorías de las penas 19

2.2.1.7. Etapas de la determinación de la pena 39

2.2.2. Principio de proporcionalidad de las penas 44

2.2.2.1. Conceptualización 45

2.2.2.2. Perspectiva histórica del principio de proporcionalidad 47
2.2.2.3. Ordenamiento jurídico nacional e internacional 50
2.2.2.3.1. Principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico nacional. 51
2.2.2.3.2. Principio de proporcionalidad de las penas en el ordenamiento jurídico internacional 53
2.2.2.4. Sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier 55
2.2.2.4.1. Sobrepenalización de los delitos 55
2.2.2.4.2. Modalidades 55
2.2.2.5. Sobrecriminalizacion para hacer frente a la inseguridad ciudadana .. 56
2.2.2.5.1. Procesos de criminalización 56
2.2.2.5.2.Criminalización primaria 56
2.2.2.5.3.Criminalización secundaria 59
2.3.DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS 63
CAPÍTULO III: MARCO FILOSÓFICO 65
CAPÍTULO IV: MARCO METODOLÓGICO 68
4.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN 68
4.2. POBLACIÓN Y MUESTRA 68
4.2.1. Población 68
4.2.2. Muestra 69
4.3. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES 70
4.3.1. Identificación de las variables 70
4.3.2. Caracterización de las variables 71
4.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA RECOLECCIÓN DE DATOS 72
4.4.1. Técnicas 72
4.4.2. Instrumentos 72

4.5. PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS 73

CAPÍTULO V: RESULTADOS 75

5.1. DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO 75

5.2. RESULTADOS 75

5.3. CONTRASTE DE HIPÓTESIS 109

CAPÍTULO VI: DISCUSIÓN 119

CONCLUSIONES 123

RECOMENDACIONES 125

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 126

ANEXOS 131

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Población 69

Tabla 2. Muestra 70

Tabla 3. Necesidad 76

Tabla 4. Idoneidad 79

Tabla 5. Proporcionalidad 82

Tabla 6. Inobservancia de la situación socioeconómica 85

Tabla 7. Inaplicación del principio de proporcionalidad 88

Tabla 8.Aplicación de pena abstracta 90

Tabla 9. Presupuestos 93

Tabla 10. Sobrepenalidad del tráfico ilícito de drogas (TID) 96

Tabla 11. Comisión de delitos 99

Tabla 12. Sobrepenalización de la conducta delitiva del burrier 102

Tabla 13. Características 104

Tabla 14. Correlación 109

Tabla 15. Correlación 111

Tabla 16. Correlación 113

Tabla 17. Correlación 115

Tabla 18. Correlación 117

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1. Necesidad 77

Figura 2. Idoneidad 80

Figura 3. Proporcionalidad 83

Figura 4. Inobservancia de la situación socioeconómica 86

Figura 5. Inaplicación del principio de proporcionalidad..... 88

Figura 6. Aplicación de pena abstracta 91

Figura 7. Presupuestos 94

Figura 8. Sobrepenalidad del tráfico ilícito de drogas (TID) 97

Figura 9. Comisión de delitos..... 100

Figura 10. Sobrepenalización de la conducta delitiva del burrier 102

Figura 11. Características 104

Figura 12. Factores socioeconómicos..... 105

RESUMEN

La tesis intitulada “Inaplicación del principio de proporcionalidad y sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna, 2014-2016”, está se centra en el análisis de la inaplicación del principio de proporcionalidad de la pena y su influencia en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna, 2014-2016. Metodología : enfoque cuantitativo, tipo básica, diseño no experimental de nivel explicativo ,transversal. Se aplicaron como instrumentos de recolección de datos un cuestionario, una cédula de entrevista y una ficha de análisis. La muestra estuvo conformada por 160 abogados y 32 casos de comisión de delitos por conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna. Resultados: se estableció que la inaplicación del principio de proporcionalidad de la pena influye directamente en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna, 2014-2016.

Palabras clave: Proporcionalidad, penas, sobrepenalización, conducta, delictiva, burrier.

ABSTRACT

The thesis entitled “Inapplication of the principle of proportionality and over-criminalization of the criminal conduct of the burrier in the judicial district of Tacna, 2014-2016”, is focused on the analysis of the non-application of the principle of proportionality of the sentence and its influence on the Overcriminalization of the criminal conduct of the burrier in the judicial district of Tacna, 2014-2016. Methodology: quantitative approach, basic type, non-experimental design of explanatory level, cross-sectional. A questionnaire, an interview card and an analysis form were applied as data collection instruments. The sample consisted of 160 lawyers and 32 cases of commission of crimes for criminal conduct of the burrier in the judicial district of Tacna. Results: it was established that the non-application of the principle of proportionality of the sentence directly influences the over-criminalization of the criminal conduct of the burrier in the judicial district of Tacna, 2014-2016.

Keywords: proportionality, penalties, overcriminalization, conduct, criminal, burrier..

INTRODUCCIÓN

En el Perú, la legislación penal sobre el tráfico ilícito de drogas ha sido objeto de numerosos cambios legislativos a lo largo de los años. Cambios que los legisladores optaron para contener el desarrollo de dicha actividad delictiva; sin embargo, se ha generado una sobrecriminalización del delito de tráfico ilícito de drogas, en cuanto a la figura penal de la conducta delictiva del burrier, ya que, en los últimos años, los cambios que se realizaron fueron debido a los tratados internacionales que el Estado Peruano forma parte, como resultado estamos asumiendo un modelo de política criminal, no acorde a nuestra realidad socioeconómica, la misma que se ha plasmado en nuestra normatividad penal.

Por lo expuesto, se considera necesario el desarrollo de la presente investigación titulada “Inapplication of the principle of proportionality and over-criminalization of the criminal conduct of the burrier in the judicial district of Tacna, 2014-2016 “, estructurándose para ello el trabajo en capítulos:

Capítulo I, El Problema, en este capítulo se consignan la determinación y formulación del problema, los objetivos, la justificación e importancia y limitaciones de la investigación.

Capítulo II, Marco Teórico, se abordan los antecedentes del estudio, y se presentan Teorías y Conceptos de manera secuencial, temas cuyos contenidos constituyen las bases teórico científicas de nuestra Investigación.

Capítulo III, Marco Filosófico; en el cual se desarrolla el pensamiento crítico, tomando una posición filosófica en base a las corrientes de la investigación científica positivista o conductual.

Capítulo IV, Marco Metodológico, que contiene la formulación de las hipótesis y variables de investigación, así como el diseño metodológico, especificando: el tipo y diseño de estudio, población y las técnicas en el manejo de la información.

Capítulo V Resultados, en el que se expone la descripción del trabajo de campo; la presentación, análisis e interpretación de los datos obtenidos, los mismos que nos permiten verificar las hipótesis de nuestra Investigación.

Capítulo VI, Discusión que comprende la contrastación de los resultados del trabajo con teorías citadas en los antecedentes de investigación.

Asimismo, en el trabajo de investigación se consideran las conclusiones, recomendaciones y referencias bibliográficas y los anexos respectivos, que contribuyen a una mejor comprensión del mismo.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

1.1.1. Antecedentes del problema

En el Perú, la legislación penal con relación al tráfico ilícito de drogas ha sido objeto de numerosos cambios legislativos a lo largo de los años. Cambios que los legisladores optaron para contener el tráfico ilícito de drogas. Sin embargo, se ha generado una sobrecriminalización del delito de tráfico ilícito de drogas, ya que, en los últimos años, los cambios que se realizaron fueron debido a los acuerdos multinacionales que el Estado Peruano ha formado parte, como resultado estamos asumiendo un modelo de política criminal, no acorde a nuestra realidad socioeconómica, la misma que se ha plasmado en nuestra normatividad penal.

1.1.2. Problemática de la investigación

Prado (1989), menciona que “la tipificación del tráfico ilícito por el legislador peruano ha sido siempre un acto de subordinación, en muchas ocasiones exagerada, a los enunciados supranacionales” .Estas políticas se caracterizan por una clara orientación represiva, por lo que se les considera como un precedente del denominado derecho penal del enemigo. Situación que no debe ser aceptable en un Estado constitucional de derecho, por cuanto colisiona con el programa constitucional del derecho penal.

El proceso de criminalización o sobrecriminalización cumple un rol simbólico que concilia al Estado con sus compromisos extranjeros y con las demandas internas de su entorno social. Hassemer (1984) señala que: “no

interesa mucho que la estrategia penal no solucione el problema, sino que ella sea lo suficientemente dura como para lograr ", el apaciguamiento de la presión pública". En este orden de ideas, al no tener presente nuestra realidad socioeconómica para un adecuado modelo de política criminal, se ha generado una legislación Penal, con relación al delito de tráfico ilícito, sobrepenalizada, la misma que constituye una vulneración clara del principio de proporcionalidad.

Nuestra constitución reconoce al principio de Proporcionalidad de las penas, también denominado como principio de la “prohibición en exceso”, como un valor constitucional. Conforme en el 2012, el Tribunal Constitucional (TC) señalo que “El principio de proporcionalidad es un valor constitucional implícitamente derivado del principio de legalidad penal, así reconocido en el artículo 2, inciso 24, literal d), de la constitución, en interpretación conjunta con el último párrafo del artículo 200 constitucional, en el que se reconoce explícitamente el principio de proporcionalidad”. Así mismo, el principio de Proporcionalidad de las penas está dispuesto en el artículo VIII del Título Preliminar de nuestro código penal.

En base a la normatividad señalada, nuestro ordenamiento jurídico consagra al principio de proporcionalidad de las penas como un principio rector de la actuación del ius puniendi del Estado, limita la extensión de su potestad sancionadora frente a la comisión de delitos, prohibiendo que la pena sobrepase la responsabilidad derivada del hecho cometido. Constituyéndose como eje rector en la determinación de la pena, ya que, conforme el Tribunal Constitucional (TC) lo señaló, este principio tiene especial “connotación en el ámbito de la determinación de las penas, ya que opera de muy distintos modos, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial o, en su caso, la determinación administrativa-penitenciaria de la pena”.

Siendo, la determinación judicial o individualización de la pena muy importante, ya que se resuelve la limitación de un bien tan preciado como es la libertad en los casos de pena privativa de libertad, por lo que el juzgador debe

tomar en cuenta criterios normativos y valorativos tenga relación con el hecho delictivo regulados en normas positivas.

La vulneración del principio de proporcionalidad, es más notorio cuando se sanciona la conducta de los “correos de droga” o “burriers” (jerga que combina los vocablos “burro” y “courier”). Evidenciándose una desproporcionalidad en la determinación legal, Judicial y administrativa-penitenciaria de la pena.

La severidad excesiva de la política penal internacional frente al tráfico ilícito de drogas, que adoptamos, está dirigida a las personas que integran una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas, es decir personas que se dedican a cometer este ilícito penal, como una forma de vida, y que se encuentran en el núcleo o forman parte de una red clandestina del tráfico ilícito de drogas.

Sin embargo, por lo general, todo la severidad del ius puniendi recae en el último eslabón de la cadena del tráfico, es decir en el sujeto denominado burrier, quien solo es usado por las bandas organizadas como un objeto-instrumento para la realización de sus fines, conforme en el 2008, el Acuerdo Plenario Nº 3-2008 / CJ-116 indica en los lineamientos expuestos el burrier “solo interviene en el transporte, y es ajeno a la organización criminal, que lo captaron e hicieron posible el acto de trasporte”.

La sobrepenalización del delito de tráfico ilícito de drogas no solo se ve reflejado en la legislación nacional, sino que también ha influenciado en la perdida de la imparcialidad de los jueces, en la tarea de acometer a toda costa de identificar y condenar a un culpable de la materialidad de la comisión de del delito de tráfico ilícito de drogas. La falta de un mayor rigor por parte de la autoridad judicial en la aplicación de los criterios objetivos y normativos para la determinación de la pena constituye también una vulneración clara del principio de proporcionalidad.

En consecuencia, para una adecuada determinación de la pena, orientada bajo el principio de proporcionalidad, se debe de tener en cuenta las condiciones personales del burrier y las circunstancias concurrentes en la realización del hecho.

Al referirse a la condiciones personales del delincuente, nos referimos a las situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto, la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su ingreso económico, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración a la sociedad.

Sin embargo, estas condiciones personales y las circunstancias concurrentes en la realización del hecho, no son debidamente reconocidas y aplicadas al momento de determinar la pena de los burriers quienes incurren en su conducta ilícita debido a factores, principalmente socioeconómicos, que influenciaron de forma determinante en su actuar.

La problemática de que sí la inaplicación del principio de proporcionalidad, en la determinación legal, judicial y administrativa-penitenciaria, en la pena de la conducta delictiva del burrier influye en su sobrepenalización, la cual se pretende esclarecer con esta investigación.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

- Problema general

¿ Cómo influye la inaplicación del principio de proporcionalidad de la pena en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016?

- Problemas específicos

a. ¿ ¿Cómo influye la inaplicación del requerimiento de necesidad de la pena en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016?

b. ¿Cómo influye la inaplicación del requerimiento de idoneidad de la pena en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016?

c. ¿Cómo influye la inaplicación del requerimiento de proporcionalidad de la pena en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016?

d. ¿Cómo influye la Inobservancia de la situación socioeconómica del imputado en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016?

1.3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA

- Justificación

La ciudad de Tacna se le considera una ruta para el transporte de droga a otros países, debido a que está ubicado en la frontera con los países de Chile y Bolivia. Es frecuente la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del burrier, situación que se evidencia en el número de casos judiciales en el distrito judicial de Tacna.

Ante esta realidad, se realizó la presente investigación, principalmente, porque en el transcurso de la realización de el desarrollo de las prácticas pre-

profesionales, se tuvo la oportunidad de encarar la cruda realidad de muchas personas que fueron sentenciados por el delito mencionado.

Los burriers, son utilizados como objeto-instrumento por parte de las organizaciones criminales que se aprovechan de sus condiciones socioeconómicas o circunstancias concomitantes, como su bajo grado de formación en su educación, su entorno familiar, el desempleo, necesidades económicas, problemas de salud, la marginalidad, la migración del campo a la ciudad, el desconocimiento del ilícito, etcétera. Los mismos que pude conocer y comprender en las entrevistas que realice en el Penal de Pocollay y de la revisión de sus casos. Sin embargo, toda la severidad del ius puniendi recae sobre ellos, quienes ni siquiera son parte de la organización criminal.

Cabe enfatizar, que se requeriría una reforma normativa del código penal con relación al delito de tráfico ilícito de drogas, sobre todo la sanción penal de la conducta del burrier, por cuanto, drásticas sanciones a estos sujetos no solucionaran el problema del tráfico ilícito de drogas, dado que, los burriers solo son considerados objetos-instrumentos por las organizaciones criminales y que ante una pérdida de su objeto-instrumento, simplemente lo cambiara por otro, como se cambia cualquier instrumento común. Por lo tanto, sancionándolos drásticamente- sobre penalidad- lo único que se consigue es el incremento de la población penitenciaria los mismos que ocasionan elevados gastos al Estado.

En ese sentido, por lo general, los burriers también son víctimas de estas organizaciones criminales que los captan aprovechándose de sus condiciones personales y las circunstancias concurrentes en la realización del hecho delictivo. No obstante, se tiene que realizar un adecuado examen a cada caso concreto, dado que también hay burriers que solo buscan lucrar mediante el tráfico ilícito de drogas para obtener ganancias de forma fácil, cada caso se tiene que examinar para garantizar que se cumpla con el valor supremo del Derecho, la Justicia.

- Importancia

Ante la sobrepenalización de la conducta del burrier, es que nos planteamos realizar esta investigación científica, con la finalidad de proponer mediante un proyecto de ley para modificar el artículo 296 del código penal estableciendo penas proporcionales de acuerdo a la magnitud del daño ocasionado al bien jurídico, con el cual se pretende limitar el libre albedrio que tiene el juez con relación al margen de libertad (pena mínima y pena máxima); así mismo, insertar en nuestro ordenamiento jurídico penal la utilización de un Informe criminológico, el cual será de gran utilidad para la argumentación de las sentencias, dado que se garantizará y facilitará la aplicación adecuada del principio de proporcionalidad, y con ello se podrá emitir sentencias más justas, ya que se busca humanizar la pena del burrier en base al cumplimiento de la aplicación del principio de proporcionalidad.

1.4. ALCANCES Y LIMITACIONES

Entre las limitaciones que se tuvieron para el desarrollo del presente trabajo de investigación, se cita el factor del tiempo y la predisposición de la población de estudio para contestar oportunamente el instrumento de medición aplicado.

1.5. OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN

- **Objetivo general**

Analizar la influencia de la inaplicación del principio de proporcionalidad de la pena en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016.

- **Objetivos específicos**

a. Establecer la influencia de la inaplicación del requerimiento de necesidad de la pena en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016.

b. Determinar la influencia de la inaplicación del requerimiento de idoneidad de la pena en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016.

c. Especificar la influencia de la inaplicación del requerimiento de proporcionalidad de la pena en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016.

d. Describir la influencia de la inobservancia de la situación socioeconómica del imputado en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016.

e. Determinar en qué medida el desarrollo de la evaluación del desempeño ambiental para facilitar la implementación de la auditoría ecológica influye en la protección del medio ambiente en las empresas agroindustriales de Tacna en 2017-2018.

1.5. HIPÓTESIS

- Hipótesis general

La inaplicación del principio de proporcionalidad de la pena influye directamente en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016.

- Hipótesis específicas

a. La inaplicación del requerimiento de necesidad de la pena influye directamente en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016.

b. La inaplicación del requerimiento de idoneidad de la pena influye directamente en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016.

c. La inaplicación del requerimiento de proporcionalidad de la pena influye directamente en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016.

d. La inobservancia de la situación socioeconómica del imputado influye directamente en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 ANTECEDENTES DEL ESTUDIO

Nacionales

Cipra (2018), investigó sobre "La sobrepenalización del delito de falsedad ideológica por la calidad del sujeto agente" en la Universidad César Vallejo de Lima. El propósito fue analizar si la sobrepenalización del artículo 428° del Código Penal constituye una alternativa para sancionar adecuadamente los delitos de falsedad ideológica cometidos por funcionarios públicos; aplicando una metodología adecuada con enfoque cualitativo y diseño fenomenológico; con una población seleccionada a nuestra conveniencia, siendo seis profesionales especializados en la materia del Derecho Penal. Se establece como conclusiones que se debe sobrepenalizar el delito de falsedad ideológica respecto a los funcionarios públicos, porque a diferencia de terceros, éstos tienen un categoría especial que el Estado los brinda.

Mandujano (2018), investigó sobre el "Principio de proporcionalidad y racionalidad en la determinación judicial de la pena en el delito de secuestro", en la Universidad Particular de Chiclayo, en la que señala lo siguiente: El presente trabajo de investigación analizó si los supuestos delictivos segregados en los diferentes niveles o grados agravados en el delito de Secuestro, es proporcional y racional con la imposición de la pena estipulada, toda vez que, se vislumbra que la sanción punitiva es muy elevado, y no cumple con principios que resguarden y protejan las garantías constitucionales propios de todo ser humano, inmerso en un proceso penal, en este caso en específico las del condenado.

Salas (2018), estudió "Los criterios normativos y facticos de los jueces en la aplicación del principio de proporcionalidad de las penas en delitos de T.I.D en el juzgado penal Unipersonal de Tingo María - Huánuco, 2014" en la Universidad de Huánuco, en la que señala lo siguiente:

El presente trabajo de investigación esquematiza, respecto a los aspectos que comprende el principio de proporcionalidad desde la perspectiva del legislador quien determina el mínimo y el máximo de la pena en el delito de tráfico ilícito de drogas él es quien define el quantum de una pena para este caso particular. Y al mismo tiempo es quien establece los criterios para la aplicación del principio de proporcionalidad de las penas a los delitos previstos en el Artículo 296 - B del Código Penal peruano. Se advierte en el presente trabajo que el 47,06 % de los jueces encuestados indican que si existe una distorsión del principio de proporcionalidad, mientras que el 52,94 % de los jueces encuestados indican que no existe una distorsión del principio de proporcionalidad. Asimismo, el estudio indica que el 52,94 % de los jueces encuestados indican que nuestro Código no precisa sobre micro comercialización y micro producción de materias primas o insumos para ser destinados a la elaboración de droga y el 47,06 % de jueces encuestados indican que si lo precisa. En este orden de ideas de un total de 17 jueces encuestados el 82,35 % indican que si tomaron en consideración la cantidad de insumo comisado y el 17,65 % de jueces encuestados indican que no tomaron en consideración la cantidad de insumo comisado. Esto es para determinar la pena mínima y máxima. Finalmente, el 82,35 % de jueces indican que el tercer párrafo del Art.296 del C.P sobre materias primas o insumos para ser destinados a la elaboración ilegal de drogas debería ser reglamentado e incorporado una tabla respecto a la cantidad del I.Q.P.F.C, para en virtud de esto determinar la pena y reparación civil y solo el 17,65 % de jueces indican que no debería de ser reglamentada ni incorporada. En la realidad fáctica los jueces no aplican los criterios normativos al momento de aplicar el principio de proporcionalidad de las penas en los delitos de tráfico ilícito de drogas. De la misma manera los jueces si toman en consideración la cantidad de insumo comisado para determinar las penas.

Carbajal (2017), indagó sobre “El principio de proporcionalidad de las penas y los delitos de conducción en estado de ebriedad en la Corte Superior de Justicia del Callao-2017” en la Universidad Cesar Vallejo de Lima , en la que afirma: El objetivo fue verificar el grado de aplicación del principio de proporcionalidad de las penas en determinado proceso penal, ligado al delito de peligro común. En consecuencia, el presente trabajo de investigación no solo de análisis doctrinal sino también de campo, por cuanto se tiene que conocer la realidad fáctica y jurídica de los órganos jurisdiccionales penales que aplican el principio de proporcionalidad en el marco del Nuevo Código Procesal Penal, el objetivo del presente trabajo es determinar la influencia del principio de proporcionalidad de penas en los delitos de conducción en estado de ebriedad, en base a una estadística inferencial, aplicando los métodos y lineamientos estadísticos necesarios que coadyuguen a lograr determinar la relación entre las variables en estudio.

Rodríguez (2017), indagó sobre “Aplicación del principio de proporcionalidad como alternativa a la sobrepenalización de los delitos en la provincia de Trujillo” en la Universidad Nacional de Trujillo , en la que señala: El objetivo general es demostrar que la aplicación del principio de proporcionalidad es una alternativa a la sobrepenalización de los delitos, como lo ha establecido la jurisprudencia penal peruana en determinados casos. Se analizó una muestra de treinta sentencias condenatorias emitidas por los juzgados Penales colegiados de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, provincia de Trujillo, durante los años 2014 y 2015, ejecutorias supremas que nos han permitido establecer adecuadamente la determinación judicial de la pena. Se concluyó que en gran medida los juzgados Penales Colegiados de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, provincia de Trujillo, durante los años 2014 y 2015, no han aplicado el principio de proporcionalidad como alternativa a la sobrepenalización de los delitos, que el sistema de tercios es básicamente legalista y no se aplica el principio de proporcionalidad en sentido material, y que la sentencia casatoria N° 335- 2015 del Santa es un grave avance para la aplicación de penas por debajo del mínimo legal.

De la Fuente (2017), realizó la tesis denominada “Problemática de la determinación de la pena en el artículo 45-A del código penal y la afectación al principio proporcionalidad al tercer trimestre, Arequipa-2015” en la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez , en la que establece que: El objetivo fue determinar cuál es la problemática que presenta la determinación de la pena en el artículo 45-A del Código Penal y que viene afectando el principio de proporcionalidad. Puesto que la pena que establezca el legislador al delito deberá ser proporcional a la importancia social del hecho, en este sentido no deben de admitirse penas o medidas de seguridad, exageradas o irracionales en relación con la prevención del delito. Hay que distinguir dos exigencias: la pena debe ser proporcional al delito, es decir, no debe ser exagerada y la proporcionalidad se medirá con base en la importancia social del hecho.

Zavaleta (2014), investigó sobre “La Sobrecriminalización en el ordenamiento penal nacional” en la Universidad Privada Antenor Orrego , en la que precisa que: El objetivo fue determinar la eficacia que ha tenido la política criminal del Estado para lograr la seguridad ciudadana y convivencia pacífica de los ciudadanos. Para ello se analizó la doctrina y estadísticas, logramos concluir que la política criminal desplegada por el Estado a través del Derecho Penal no ha satisfecho completamente las necesidades de seguridad ciudadana y convivencia pacífica de los ciudadanos de nuestro país, por tanto, el aumento de las penas como se ha podido notar en los distintos gobiernos desde la vigencia del código penal y la sobrecriminalización de los tipos penales no es un camino adecuado para hacer frente al avance de la delincuencia.

Internacionales

Guacho (2017), investigó sobre “Las multas como pena accesoria del delito y el principio de proporcionalidad” en la Universidad Técnica de Ambato en el Ecuador, en la que declara que:

El objetivo fue establecer la relación entre las multas como pena accesoria del delito y el principio de proporcionalidad. Se concluye que la aplicación

mecánica que realiza el administrador de justicia al imponer las sanciones pecuniarias para la persona cuya sentencia es condenatoria, se la ejecuta mediante las y los presupuestos legales establecidos en la ley, pero cabe señalar que la misma ley no toma en consideración varios factores los cuales son de vital importancia para la imposición de las multas.

Erreyes (2015), realizó la tesis denominada "La aplicación del principio de proporcionalidad en la sanción a los conductores por exceso de velocidad" en la Universidad Central del Ecuador en Quito, y señala:

La Constitución de la República del Ecuador, dispone en su artículo 76 que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se garantizará el debido proceso que deberá observase varias garantías básicas, como el que la ley deberá establecer la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza, este principio constitucional hacer prever que toda sanción debe estar sujeta a esta disposición, pero en la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial.

Gavilanes (2013), indagó sobre "La aplicación constitucional del Principio de Proporcionalidad en las sanciones penales" en la Universidad San Francisco de Quito, y señala que:

El objetivo realizar un estudio sobre la aplicación del Principio de Proporcionalidad de la Pena en el Ecuador. Para esto se analizará la normativa constitucional, instrumentos internacionales, y jurisprudencia de la Corte Constitucional. Finalmente, se compararán casos prácticos y se expondrán sus consecuencias jurídicas.

Llorens (2005), realizó un estudio sobre la "Proporcionalidad de las penas en el derecho penal chileno" en la Universidad Austral de Chile en Valdivia, e informa que en:

El presente trabajo de investigación esta empíricamente comprobado que no existe una correlación significativa entre la severidad de las penas y la

disminución de la criminalidad Lamentablemente, prácticamente todos los estados diseñan su política criminal sobre modelos preventivos. Una adecuada aplicación de los principios de legalidad, proporcionalidad y subordinación, deben reducir la sanción penal al mínimo indispensable, privilegiando otros instrumentos de control social.

2.2. BASES TEÓRICAS

2.2.1 Inaplicación del principio de proporcionalidad

2.2.1.1. La pena

Según Prado (2010) “La pena es una consecuencia jurídica que deviene de la conducta delictiva que cumple con los requisitos de ser típica, antijurídica, culpable y punible. Por ello, la ley jurídico-penal consiste en que determinados presupuestos conllevan lógicamente a una sanción.” (p.127)

“En otras palabras, se constituye una conexión lógica entre el delito y pena: entre el antecedente y su consecuente. Por tanto, cuando se observa el delito, generalmente, se observa la pena, en la generalidad de los casos.” (Prado, 2010, p. 130).

2.2.1.2. Conceptualización de la pena

Según Prado (2010) quien sostiene que:

La manifestación del Ius puniendi del Estado, en la legislación peruana, implica dos instituciones fundamentales: la pena (a través de la cual se manifiesta el Ius puniendi) y el sancionado (en quien se concreta el Ius puniendi). Analizando la primera institución, la pena, ésta responderá a la pregunta ¿cómo se manifiesta el Ius puniendi? (p.135)

Al respecto, la legislación penal vigente señala que en el Perú existen cuatro tipos de penas:

- Pena privativa de libertad
- Pena restrictiva de libertad
- Pena limitativa de derechos, y
- Multa. (Art. 28º del Código Penal)

"Desde esta perspectiva, sea el tipo penal que se le imponga, el sancionado padecerá una privación, restricción, limitación y/o menoscabo de sus derechos y/o sus bienes jurídicos." (Mir, 2006, p. 156)

Asimismo, Mir (2006) afirma que :

Mediante la pena se puede lícitamente privar de su vida a una persona –lo que según la Constitución ahora sólo puede hacerse en tiempo de guerra y en base a las leyes militares- o tenerla encerrada en la cárcel durante años. Por ello, resulta comprensible que desde los postulados Ius filosóficos de Kant, la pena sea considerada un mal que se le impone a la persona que ha infringido una norma o ha cometido un delito; por lo que resulta coherente pensar que la pena no significa un remedio para la víctima sino, por el contrario, origina un nuevo mal". (p.157)

La imposición de una pena encuentra sus límites en la ley y se justifica jurídicamente, pues constituye la respuesta del Estado frente a la comisión de un delito.

Al respecto Prado (2010), opina lo siguiente:

La imposición de una pena no debería ser ilimitada, pues ésta tendría que pasar por un control constitucionalizado: "(…)podemos concluir sosteniendo que la pena si bien se expresa en un mal, ella tiene sus límites en la ley y su justificación en la realización de una infracción". (p. 168)

En el mismo sentido, Mir (2006) señala que:

La pena se halla sometida, en mayor o menor medida, a una serie de límites normativos que sirven de garantía al individuo. (…) El Estado de Derecho impone

el primer límite fundamental: el principio de legalidad, según el cual sólo pueden castigarse aquellos hechos que se hallan previstos por la ley como delitos, y únicamente con las penas que también señale de antemano la ley. (…) el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, según el cual no pueden castigarse hechos meramente inmorales; el principio de culpabilidad por el hecho, que prohíbe castigar más que en la medida en que al sujeto le sea atribuible una conducta antijurídica; el principio de proporcionalidad, que exige una cierta proporción entre la gravedad del hecho realizado y la pena a imponer, y el principio de resocialización". (p.156).

Se puede finalmente definir a la pena "como aquella consecuencia jurídica penal originado por una conducta típica, antijurídica, culpable y punible, consistente en la privación o restricción de derechos, que el estado impone a determinada persona, a través de un órgano jurisdiccional competente". (Mir, 2006, p.154)

2.2.1.3. Teorías de las penas

A continuación, se expondrá brevemente las teorías más relevantes de las penas, como la Teoría Absoluta de la pena, las Teorías Relativas de la pena y las Teoría dialéctica de la unión, teorías que gozan de mayor aceptación y que son indispensables su estudio a fin de reforzar los fundamentos de la presente investigación. (Cuello, 1958, p.150)

2.2.1.3.1. Teorías absolutas de la pena

Según Cuello (1958)

Conocidas también como teorías clásicas o retributivas, estas teorías postulan la función de la pena desde un punto de vista retributivo, pues señala que el mal producido no debe quedar sin castigo, y el responsable debe recibir su merecido. De ahí que se perciba aquella característica compensatoria de la

pena cuyo propósito único es cumplir con la Justicia. La sanción penal sea útil o inútil para asegurar la paz social, la pena debe imponerse si lo exige la Justicia. (p.152)

Los que siguen esta teoría:

(…) no conciben una utilidad social a la pena –ajena a su esencia,pues ésta posee un valor per se: ocasionar un sufrimiento a quien ha vulnerado las barreras jurídicas del derecho, independizando de todo efecto empírico-social que se desprenda de la pena; ya que si la pena tuviese efectos empírico-sociales se estaría instrumentalizando a la persona. Por ello, tanto la persona como la pena que se le impone son fines en sí mismo y sin alguna utilidad social. (Cuello,1958,p.155)

Según Cuello (1958) " las teorías absolutas de la pena pueden percibirse reflejadas en la Ley del Talión: "ojo por ojo, diente por diente" (p.162), de la cual derivan los criterios de justicia, igualdad y proporcionalidad.

La imposición de penas asumidas por las teorías absolutas se justifica exclusivamente por criterios éticos, de orden divino, y jurídicos.

a) Los criterios éticos se fundamentan en la necesidad de retribuir al sujeto por el mal ocasionado cuya consecuencia intrínseca era cumplir con la justicia. (Cuello, 1958,p.89)

b) Los criterios de orden divino tienen su referente en la expiación como un elemento retributivo que se desarrolla en la parte subjetiva del delincuente. A través de este criterio moral el delincuente buscaría reconciliarse consigo mismo y con la sociedad. (Cuello, 1958,p.89)

c) Los criterios jurídicos fundamentan a la pena como el elemento restablecedor del orden jurídico, en otros términos, la reafirmación del

Derecho ante la negación de las voluntades delictivas individuales". (Cuello, 1958,p.89)

Al respecto, Cuello (1958)

En la teoría retributiva se percibe dos lados o vertientes: uno objetivo, encaminado al suceso externo, al acto injusto, que sería compensado con la acusación del mal que supone la pena y, otro, subjetivo, en cuanto la pena opera como medio de expiación del sujeto. Compensación y expiación pues, son así los dos perfiles de las teorías retributivas, incidiendo la segunda en el aspecto anímico o moral de la persona que, a través de la pena, se reconcilia consigo mismo. No es de extrañar, por tanto, que la pena retributiva haya sido pensada como un bien al que el delincuente tendría derecho, al permitirle expiar su culpa y alcanzar así su libertad moral.(p.160)

Por lo tanto, la expiación se diferencia, a su vez, de la mera retribución, en que a través de la expiación el autor del delito puede contar con la presunción de volver a ser un miembro más de la sociedad. (Cuello,1958,p.163)

2.2.1.3.2. Teorías relativas de la pena

"Las teorías relativas de la pena, buscan en su imposición, frente a las teorías absolutas, utilidades sociales (prevención general) o individuales (prevención especial)". (Castro, 2008, p.177)

"El conflicto que pueda haber entre la retribución y las exigencias de prevención se resuelve a favor de ésta, porque la pena no tiende a la retribución del delito cometido, o sea, mira al futuro y no al pasado". (Castro, 2008, p. 179).

Según Castro (2008)

La prevención lleva a consecuencias contrarias a las que se obtienen desde la retribución, pues el problema de la culpabilidad humana puede ser eludido en tanto lo que interesa realmente es la peligrosidad del autor y la disposición criminal latente en la sociedad. El Estado enfrenta la tendencia al delito con penas, que, según su clase y gravedad, han de posibilitar una profunda intervención sobre la persona del delincuente y la comunidad, recibiendo el infractor no lo que merece de acuerdo a su culpabilidad sino lo que precisa para su resocialización. La prevención, en cuanto idea, importa que la pena es un medio para evitar futuros delitos (*ne peccetur*), que el hecho no es el fundamento sino el presupuesto de la pena, y revela que la intervención estatal se hace necesaria porque hay síntomas de estado peligroso, razón por la que la clase de pena y su medida se determinan por la finalidad preventiva y no por la gravedad de la culpabilidad. (p. 182)

La idea de prevención parte de tres presupuestos inmanentes, cuales son la posibilidad de un pronóstico suficientemente cierto de la conducta futura humana, que la pena puede adecuarse con tal exactitud a la peligrosidad que el éxito de la prevención resulte al menos posible y, finalmente, que la inclinación al delito puede enfrentarse eficazmente a través de los elementos de intimidación, corrección y seguridad que la pena ofrece, en especial por medio de la labor pedagógica de la ejecución penal. (Castro, 2008, p. 183).

Las doctrinas relativas son prevencionistas y según sea que el fin de la pena mira a la generalidad o sólo al delincuente se distingue, respectivamente, una prevención general y una prevención especial, cada una de ellas negativa y positiva. Históricamente, las tesis prevencionistas fueron ya formuladas por Séneca y por Protágoras, pero es con Feuerbach que toma cuerpo nítidamente la diferenciación entre prevención general y especial.” (Castro, 2008, p. 185)

- Teoría de la prevención general negativa

Según Carbonell (1996)

La prevención general negativa supone que la pena, con la amenaza de su mal, coacciona a la generalidad de los ciudadanos que no han delinquido para disuadirlos de hacerlo, es decir, mediante la amenaza e imposición de la pena se intimida a potenciales infractores de la ley, al respecto Carbonell señala que: La imposición de una pena persigue […] un fin de prevención general: la pena es una amenaza con la que se conmina a los ciudadanos para que se abstengan de delinquir; para que la amenaza funcione es necesaria la efectiva ejecución de la misma". (p. 144)

La prevención general negativa, como Silva (1992) lo menciona:

Constituye un elemento común entre las finalidades del moderno Derecho penal y las propias del Derecho penal previo a la modernidad, Derecho penal privado y medios de control social, de modo que se trata, según parece, de una constante característica del fenómeno punitivo, cual es el efecto de intimidación, el que, no obstante, no siempre se ha ubicado en el mismo momento del iter de la pena, siendo tradicionalmente vinculado a la imposición de la pena concreta y, más aún, a su ejecución, normalmente pública y de un gran contenido aflictivo. A este respecto, la gran novedad introducida por el liberalismo es que el cumplimiento de los fines de prevención general pasa a situarse concretamente en el nivel de la conminación penal típica, momento a partir del cual la amenaza de pena abstracta se convierte en el eje de cumplimiento de la misión del derecho penal así como los momentos posteriores se muestran como manifestaciones de la seriedad del Derecho penal en el cumplimiento de aquel cometido. (p. 113).

Es Von Feuerbach quien modernamente formula la prevención general negativa. Según Von Feuerbach (1847) :

El principal objetivo del Estado es crear la condición jurídica, que consiste en la existencia conjunta de los hombres conforme a las leyes del Derecho, de manera que toda lesión jurídica contradice el fin estatal de que ellas, cualquiera sea, no tengan lugar en el Estado" (…) "el que por ende tiene el derecho y el deber de hallar institutos ineludiblemente coactivos que impidan estas lesiones, introduciendo en ello, primordialmente, la coerción física del Estado, que cancela las lesiones jurídicas, ya con anterioridad a la contravención, si impide una lesión aún no consumada, lo que puede ocurrir coerciendo a dar una garantía a favor del amenazado o doblegando en forma inmediata la fuerza física del injuriante dirigida a la lesión jurídica, o bien con posterioridad, obligando al injuriante a la reparación o a la reposición. (p. 110)

Según Von Feuerbach (1847),"la coacción psicológica se configura […] mediante la efectividad armónica de los poderes legislativo y ejecutivo en el común objetivo intimidatorio." (p. 112)

Para Von Feuerbach (1847) dado que

el fundamento jurídico de la pena es la causa de la que depende su posibilidad jurídica, la pena no tiene por objeto ni fundamento jurídico la prevención contra futuras contravenciones de alguien en particular. Tampoco la retribución o alguna clase de intimidación mediata de otro a través de los sufrimientos inferidos al malhechor, y menos todavía un mejoramiento moral. (p. 114)

- Teoría prevención general negativa

La prevención general positiva (o prevención de integración) supone que la pena continuamente recuerda y hace presente la vigencia efectiva de las normas penales, ya que se contrapone al delito, que es una expresión simbólica de una falta de fidelidad al Derecho. La pena fortalece la convicción colectiva acerca de la vigencia de las normas penales, y promueve y dirige los lazos de integración

social ante posibles infractores y asegura la confianza en el sistema. La pena tiene por objeto la afirmación y aseguramiento de las normas básicas reforzando la seriedad de sus mandatos.

La amenaza de la imposición del castigo y la condena del culpable -que pone de manifiesto la seriedad de aquélla- constituye una manera de subrayar la importancia de los valores en juego y de educar al grupo social para que los introyecte y los acate, respetando la prohibición de lesionarlos o ponerlos en peligro, o dicho más breve, la pena pretende evitar la comisión de delitos por parte de la colectividad conformando la conciencia jurídica de los ciudadanos para fomentar en ellos su adhesión y fidelidad al Derecho, y el reconocimiento de los mandatos y prohibiciones legales. (Jescheck y Weigent, 1996, p. 112)

Para las doctrinas de la prevención general positiva el destinatario de la pena “no es el potencial infractor (prevención general negativa) ni el mismo delincuente (prevención especial) sino que el ciudadano honesto que cumple las leyes, la opinión pública, y cuya confianza en el sistema que fue afectado por el delito hay que fortalecer, siendo la protección de bienes jurídicos a lo sumo un objetivo mediato”. (García, 1982, p. 175)

Como refiere Jescheck y Weigent (1996)

Con la prevención general positiva lo más importante es que mediante la conminación penal y la condena del culpable se evita la legitimación del delito y se alienta la aversión normal que espontáneamente surge contra el injusto, lo que contribuye en gran medida a poner límite a la predisposición delictiva latente en la comunidad”. Conforme a la prevención general positiva, el fin de la pena es -antes dicho- ratificar y garantizar las normas básicas, dando fuerza a sus mandatos. “Señalando la amenaza e imposición de la pena cuán importante son los valores en juego y la educación del grupo social, para que éste internalice y obedezca tales valores, respetando la prohibición de lesionarlos o ponerlos en peligro.” (p. 114)

- Teoría prevención especial negativa

"La prevención especial negativa supone que la pena actúa sobre quien ya delinquió cumpliendo un fin de evitar que éste cometa futuros delitos." (Jescheck y Weigent, 1996, pág. 117).

La prevención especial tiende a impedir que se cometan delitos por medio de una influencia directa sobre el propio autor, quien a través de una adecuada influenciación debe ser conducido a llevar en el futuro una vida libre de penas. Por esto, si el delincuente no se adapta a las exigencias de una convivencia organizada o, inversamente, si puede hacerlo, es posible distinguir, respectivamente, una prevención especial negativa, que atribuye a la pena la función de eliminar o de alguna manera neutralizar al infractor, y una prevención especial positiva, que asigna a la pena la función de corregir al delincuente. (Jescheck y Weigent, 1996, p. 119)

La prevención especial negativa concibe la pena cumpliendo una función de evitar que el infractor exprese en sus relaciones sociales su mayor o menor peligrosidad, y por ello la pena tiene un efecto de inocuización o eliminación del transgresor, como alguien peligroso ante el colectivo social. (Jescheck y Weigent, 1996, p. 119)

La pena inocuizadora despliega sus efectos respecto de delincuentes en los que no es necesaria la resocialización, como el sujeto que delinque por vez primera y es muy probable que no lo haga otra vez (homicida que actúa bajo situación que difícilmente vuelva a producirse), o que no pueden ser resocializados, como el individuo que ya no acata el mandato o prohibición de la norma, el llamado delincuente por convicción. (Jescheck y Weigent, 1996, p. 121)

La prevención especial negativa se plantea a través de la intimidación y la neutralización, mientras que incumbe a la prevención especial positiva la

corrección del sujeto que ha delinquido, éste un delincuente habitual y principiante en la carrera delictiva, cuya particularidad posibilita recuperarlo si recibe un riguroso tratamiento disciplinario. (Jescheck y Weigent, 1996, p. 123).

Para Von Liszt (1984)

La ejecución de la pena se manifiesta de distinta forma según sea que en el contexto concreto se establezca como su fin la intimidación, o la corrección o la inocuización, siendo el efecto deseado conseguir sobre el delincuente (la prevención especial) el que determina la naturaleza y extensión de la pena, lo cual no significa perder de vista los efectos de la amenaza y ejecución de la pena que no tocan a quien delinque (la prevención general) cuando hay que instaurar la infracción criminal y fijar comprensivamente su sanción. (Von Lizt, 1984, p. 134)

- Teoría prevención especial positiva

Según Prado (2010) :

La prevención especial positiva importa que la pena, desarrollando una función admonitoria o resocializadora, tiende a impedir que el delincuente recaiga en el delito, consiguiéndose la amonestación normalmente a través de penas no privativas de libertad o privativas de libertad de corta duración. Si el autor es alguien integrado socialmente, como especialmente sucede con delincuentes ocasionales y de situación (sobre todo en casos de culpa), el medio primario de reacción, aquí, es la pena pecuniaria. Si la imagen de la personalidad del autor no está intacta y no se halla aun socialmente integrado, es necesario una intervención (re)socializadora, a objeto de capacitar al individuo para una participación consciente y responsable en la vida social". (p.178)

Al respecto García (1982) acota:

Concordante con el estado que presente el sujeto, los principales medios de reacción ahora son la remisión condicional de la pena (resocialización

ambulatoria) y la influencia mediante la ejecución de la pena privativa de libertad o la medida (resocialización estacionaria), consiguiéndose la combinación entre el tratamiento ambulatorio y el estacionario a través de la libertad condicional. Y, en este punto ha adquirido creciente importancia la idea de impedir la no socialización, de la cual surge, en casos adecuados, la preeminencia de las sanciones ambulatorias por sobre las estacionarias, y derivándose de aquí muchas tareas y posibilidades para la labor de asistencia mientras transcurre el cumplimiento condicional de la pena". (p.175)

- Teoria dialéctica de la unión

García (1982) precisa:

El máximo representante de las teorías de la unión es el maestro alemán Roxin quien en su libro Problemas básicos de Derecho Penal postula y desarrolla su teoría respecto a las penas. La pena, entonces, sólo será legítima cuando sea útil para la sociedad teniendo como único límite que la pena sea justa. (p. 175).

Esta teoría, pues, combina tanto las principales características de la prevención general y especial en correspondencia a sus fines. De ahí que se observe -según el catedrático de Münich- tres momentos o estadios en la imposición de la consecuencia jurídica:

a) La conminación legal;
b) La medición judicial de la pena; y,
c) La ejecución de la pena. (Roxin, 1973, p. 135).

"De esta manera, se procura evitar la exageración unilateral y dirigir los diversos fines de la pena hacia vías socialmente constructivas consiguiendo la proporción de todos los principios mediante el procedimiento de limitación recíproca." (Roxin, 1973, p. 137).

"Por tanto, en cada etapa de la imposición penal determinados fines concurrirían para enmendar aquellos vicios metodológicos de las teorías

absolutas y relativas cuya atención sólo giraba en torno a manifestaciones parciales de la potestad punitiva del Estado.” (Roxin, 1973, p. 139).

Según el maestro Roxin (1973), cada estadio se establece de la siguiente manera:

a) Conminación legal, período durante el cual la pena persigue el fin de la prevención general entendida como justificación en cuanto conminación subsidiaria destinada a la protección de bienes jurídicos y prestaciones vitales. (Roxin, 1973, p.142)

b) Medición judicial de la pena, período en el cual se confirma la amenaza penal, por tanto, la pena a imponerse no debe superar los límites de la culpabilidad del autor del hecho delictivo. En esta etapa se persigue el fin de la prevención especial pretendiendo intimidar al delincuente de una posible reincidencia y garantizando a la sociedad su seguridad durante el cumplimiento de la pena. (Roxin, 1973, p.142)

c) Ejecución de la pena, período posterior que presupone el dictado de una pena en correspondencia con los requisitos de la prevención general y dentro del marco de los límites de la culpabilidad. (Roxin, 1973, p.142)

Sin embargo, al realizar la diferencia entre la esencia y fin de la pena, afirma que la pena es la causación retributiva de un mal, mientras que su fin tiene a lograr objetivos preventivos, para lo cual formula dos observaciones:

a) La pena es una intervención coercitiva del Estado y una carga para el condenado, por lo que por ejemplo si la orden de disfrutar unas vacaciones en Mallorca no es una pena, es porque contradice el fin de prevención y no porque implica un mal;

b) Si bien la pena tiene un componente de reproche ético-social, la desaprobación social de la conducta genera una influencia preventivo especial sobre el autor.

"Nuestros legisladores del Código Penal peruano de 1991 y la doctrina tradicional se adhieren a esta teoría dialéctica de la pena al señalar en su Artículo XI del Título Preliminar: "La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora." (Roxin, 1973, p. 46)

2.2.1.3. Funciones y fines de la pena

Según Ferrajoli (2005):

La pena es como un medio es un rasgo común de todas las doctrinas relativas o utilitaristas, las ideologías de la prevención negativa se exponen además a la objeción kantiana de que ningún hombre puede ser tratado como un "mero medio" para fines de otros.(p.148)

Para él, con las "ideologías RE" la pena asume la forma de un tratamiento que apunta a la transformación o neutralización y la reeducación hacia los valores dominantes, lo que impone una aflicción al sujeto y constituye una lesión a su libertad moral. "Estas ideologías constituyen un menoscabo a la libertad interior del detenido y su derecho de ser y permanecer como es, entrometiéndose el estado en la personalidad psíquica del individuo, al pretender transformarlo moralmente mediante medidas preventivas o punitivas irrogadas por lo que es, más que por lo que hizo". (Ferrajoli, 2005, p. 150).

Considera además que en todo caso el fin pedagógico o de resocialización no es realizable. Por el contrario las cárceles son un lugar altamente criminógeno de formación e incitación al delito. Considera que la educación es incompatible con la represión y aunque el utilitarismo ha sido respaldado por buena parte de la cultura jurídica contemporánea, es una postura incompatible con el principio

de la libertad, el respeto a la persona y la autonomía de la conciencia". (Ferrajoli, 2005, p. 158).

"El correccionalismo atenta también contra principios fundamentales del Estado de Derecho como el de igual respeto a las diferencias y la tolerancia a todos, incluso a la personalidad más perversa y enemiga." (Ferrajoli, 2005, p. 160).

De las diferentes posiciones del utilitarismo, la única que sí resulta rescatable es la de la prevención general de los delitos, pero por sí misma no es suficiente como justificación y legitimación, pues podría dar base a una extralimitación del sistema en función de asegurar ese objetivo, por lo que señala el autor que ese argumento debe complementarse con otra finalidad, concretamente la prevención de las penas arbitrarias o desproporcionadas. (Ferrajoli, 2005, p. 163)

En resumen, se propone una doble finalidad del derecho penal y las penas: la prevención del delito y la prevención de las penas arbitrarias, justificándose el monopolio de la potestad punitiva únicamente en la medida que la violencia producida por el sistema penal sea menor que la que se produciría en completa anarquía punitiva. (Ferrajoli, 2005, p. 167).

De lo expuesto, según Ferrajoli (2005)

se extrae que la pena cumple funciones y fines; consideramos que las funciones de la pena son de signo negativo, desempeñados por la prevención general y especial negativa, mientras que los fines de la pena son de signo positivo, desempeñados por los efectos preventivos generales y especiales positivos. (p. 169)

Analizando nuestra normatividad, al extraer las funciones y finalidades de la pena del derecho positivo, en especial, del marco constitucional; tenemos que el art. 139 Inciso 22 de nuestra Constitución y los artículos I y IX del Título Preliminar del CP, preceptúan que la pena tiene fines de prevención, protección y resocialización, por lo que, podemos sostener que la legislación peruana vigente, al orientarse a la satisfacción de funciones y fines de prevención general y especial, parece compatibilizarse a los postulados de la teoría unificadora de Claus Roxin. (Roxin, 1973, p. 188).

2.2.1.5. Determinación de la pena

Con el desarrollo del presente tema analizaremos el marco teórico referido a la individualización de la pena.

Se tendrá una mejor apreciación de los requisitos legales establecidos en el Código Penal destinados a determinar el quantum de la pena; su análisis y revisión de la doctrina y jurisprudencia nos permitirá tener el fundamento idóneo para los documentos obtenidos en el proceso de recolección de datos con la finalidad de comprobar la hipótesis formulada para el presente trabajo de investigación". (Bustos, 1989, p.131).

"En ese sentido, podemos manifestar que, las disposiciones legales que integran nuestro Código Penal vigente expresan la potestad punitiva del Estado al señalar la consecuencia jurídica que se le impondrá a quien vulnere o infrinja determinada norma penal." (Bustos, 1989, p. 133)

Bustos (1989) señala que

El eje de derecho penal y procesal radica en la pena; lo demás sólo son los presupuestos de ella. Lo que en definitiva va a afectar directa y concretamente al ciudadano es la pena que se le va a aplicar y, por tanto, necesariamente dentro del proceso tiene que dársele la significación e importancia que merece. (p.90)

Las garantías penales sustanciales y procesales carecen de sentido si la determinación de la pena está desprovista de toda salvaguarda respecto del procesado, por lo que la imposición de una pena no debe comprenderse como un proceso mecánico, sino como un proceso en el cual se han valorado diversos criterios que buscan cumplir con losfines de la pena, salvaguardando las garantías del sancionado". (García, 1982, p. 187)

"El artículo 28º del Código Penal brinda un catálogo de penas a través de las cuales se concretiza el Ius Puniendi del Estado buscando cumplir con la finalidad preventiva." (Bustos, 1989, p. 135).

Prado Saldarriaga (2010) señala lo siguiente:

"La determinación de la pena o de cualquier otra clase de sanción penal-requiere, por tanto, de un marco regulador básico, el cual se edifica en base a un conjunto de principios rectores o políticas de gestión, que orientan las decisiones del legislador o del juez hacia la configuración legal o la aplicación procesal de penas justas y racionales. "Se trata, pues, de principios reguladores de las decisiones de criminalización primaria o secundaria en lo que corresponde a las consecuencias jurídicas del delito sean estas penas, medidas de seguridad o consecuencias accesorias." (p. 176)

"El Magistrado, en consecuencia, se encuentra vinculado a lo expresado por el legislador impidiendo la intervención de sus propias valoraciones o criterios. En ese sentido, se señala que:" (Prado, 2010, p. 178).

"La relación entre las distintas escalas penales caracteriza, al mismo tiempo, la importancia y el rango de la norma respectiva dentro del ordenamiento jurídico, siendo las valoraciones previamente dadas por el legislador, reflejadas en el marco penal, son vinculantes para el juez, quien debe dejar de lado sus propias valoraciones y aplicar las valoraciones legales." (Prado, 2010, p. 180)

La determinación judicial de la pena deberá respetar determinados principios que salvaguardan las garantías del sentenciado y la finalidad preventiva especial de la pena, para lograr con su finalidad: la imposición de una pena justa y proporcional que contribuya a la resocialización, reeducación y rehabilitación del sentenciado. La doctrina mayoritaria ha optado por señalar que existen tres estadios: etapa legal, etapa judicial y etapa administrativa.

"Otro sector de la doctrina señala que en este proceso se vislumbra dos momentos: primero, el momento de la pena abstracta y, segundo, el momento de la pena concreta." (Prado, 2010, p. 183)

Sin embargo, desde nuestra perspectiva, consideramos que este proceso complejo se desarrolla en cuatro etapas: etapa constitucional, etapa legal, etapa judicial y etapa administrativa. "De esta manera, consideramos que en la etapa constitucional se desarrollan los principios que fundamentan el estado constitucional de derecho en el que se enmarca jurídicamente el estado peruano." (Prado, 2010, p. 169)

"En la etapa legal, el legislador es quien en razón de la política criminal que adopte otorgará las leyes que regularán las conductas sociales y, con ello, las respectivas consecuencias jurídicas a quienes contravengan las normas jurídicas impuestas." (Prado, 2010, p. 172)

"Por tanto, el momento de la pena abstracta como el momento de la pena concreta pertenecen a la etapa judicial, ya que en este momento el juez se sirve de estos criterios entregados por el legislador para administrar justicia." (Prado, 2010, p. 185)

2.2.1.6. Sistema de la determinación de la pena

Según Carranca (1941) quien afirma:

La sanción penal puede estar determinada por la ley en forma absoluta: especie y medida de la pena, fijas. Pero también puede estar determinada en forma relativa: especie fija con máximo y mínimo. Por último, puede estar la pena absolutamente indeterminada: ni especie ni medida de la pena son fijas y toca al juez el elegirlas. Se puede dilucidar el grado de intervención e influencia que el legislador a través de las leyes que emite posee sobre la etapa judicial que le corresponderá al Juez al momento de la imposición de una pena." (pag.132)

- Sistema indeterminado

Según Jiménez de Asúa (1984)

Este sistema fue postulado en sus inicios por los seguidores del correccionalismo y, luego por los partidarios del positivismo criminológico, quienes sostenían que la pena no debería poseer márgenes que limiten el ámbito de discrecionalidad del Juez, por lo que sostienen que la pena debe encontrarse absolutamente indeterminada, por lo que cada delito no poseía su correspondiente pena, por lo que el juez era quien se encontraba obligado a cubrir ese vacío legal, ya que en los primeros escritos científicos se aprecia que se encontraba en contra del aferramiento estricto al principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, pues éste principio impedía una correcta e idónea individualización de la pena". (p.156)

De esta manera, el legislador sólo intervenía para la elaboración del tipo penal, mientras que se le otorgaba al juez un amplio e ilimitado espacio de discrecionalidad para determinar la pena a imponer. Por lo que, García (1982) cita a Enrico Ferri refiriendo que respecto a la indeterminación de la pena argumentaba que "no puede tener un término fijo de antemano sino que debe durar todo el tiempo que sea necesario para que el individuo se adapte a la vida libre; y cuando se trate de un sujeto incorregible, debe ser por tiempo absolutamente indeterminado". (García, 1982, p. 187).

A este sistema se le criticó que “la indeterminación de la pena resultaba incompatible con el principio de seguridad jurídica, pues las penas podrían tornarse ilimitadas y desproporcionales con el suceso delictivo, fundamento que sirvió para que diversas legislaciones no optaran por acoger este sistema” en su sistema jurídico (García,1982, p.189)

- Sistema determinado

Este sistema fue la reacción del racionalismo contra la arbitrariedad judicial, la misma que se concretó en el Código Penal francés de 1791, ya que éste adopta un sistema fijo de penas que impedía legalmente que el juez desarrollara su discrecionalidad al momento de determinar una pena. Este sistema programa una pena determinada para cada tipo de delito. “De tal manera que aquellos delitos que abstractamente eran iguales resultaban ser merecedores de la misma pena, pese a que los hechos -en la realidad resultaban diferentes.” (Carranca, 1941, p. 187)

De esta manera, la función individualizadora del juez se encontraba reducida al máximo, pues luego de comprobar la responsabilidad penal del procesado se disponía a imponer la pena establecida en la ley. En otros términos, la discrecionalidad del juez desaparecía para transformarse en un suceso mecánico que consistía en anunciar la pena que el legislador imponía para ese tipo de delitos.

A esta teoría se le criticó que no existían dos personas iguales, por lo que no podía existir dos sucesos delictivos idénticos; por ejemplo, no pueden existir dos homicidios iguales, ya que cada suceso se encuentra relacionado con las circunstancias que concurren en aquel momento. En consecuencia, resultaba injusto imponer la misma pena. (Carranca, 1941, p. 189)

- Sistema mixto

“Este sistema postula un marco punitivo de límites mínimos y máximos en cuyo margen se concretiza la discrecionalidad del juez para determinar una pena.” (García, 1982, p. 135).

“Otras legislaciones que, históricamente adoptaron este sistema son el Código penal francés de 1810 y el Código penal alemán de 1871, quienes previeron pautas generales para la determinación de la pena en el juzgamiento de cada evento delictivo.” (García, 1982, p. 138)

Righi (2010) afirma que:

Las legislaciones de nuestro ámbito cultural han optado con acierto por este sistema, pues la actividad de legislador consiste en emitir directrices normativas que permitirán al Juez desarrollar su discrecionalidad jurídica y determinar la pena a imponer para cada delito en razón de las circunstancias, agravantes y atenuantes del hecho delictivo ”. (p. 166)

En el mismo sentido, afirma que “la actividad del legislador está acotada a transferir a los órganos jurisdiccionales una serie de posibilidades, para que sean los tribunales quienes elijan discrecionalmente las pautas para la determinación de la pena en los casos concretos”.

En el mismo sentido, citando a Saleilles, la jurista española García (1982) señala que:

La verdadera individualización debe lograr la adecuación del tipo de pena a la naturaleza del agente y por ello, no puede existir auténtica individualización en el nivel legal: la ley no puede conocer a los individuos, sólo prever las especies y sentar las bases para la posterior individualización”. (Righi, 2010, p. 168)

Nuestra jurisprudencia ha adoptado este sistema en la Ejecutoria Suprema del 22/4/2010, al señalar que:

La determinación de la pena no es más que una teoría sobre los factores relacionados con el injusto y la culpabilidad que configuran el significado

comunicativo del hecho concreto" (Feijoo Sánchez, Bernardo, Individualización de la pena y teoría proporcional al hecho), debiendo asumirse la determinación de la pena del sistema mixto, pues subsume al sistema francés y anglosajón, correspondiéndose con nuestro ordenamiento jurídico en su vertiente de la advertencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, que el juez debe considerar en su labor de individualización en ese sentido, la determinación de la pena debe realizarse conforme a los fines de la misma, siendo importante resaltar la teoría de la prevención general positiva, lo que implica asumir como criterio de determinación de la pena el hecho delictivo, es decir, el quantum de la pena impuesta debe ser proporcional al hecho delictivo realizado, a efectos de modular o asumir una pena para arriba o hacia abajo, realizándose dicho razonamiento conforme al injusto y la culpabilidad del encausado, es decir, de acuerdo a una concepción material del delito.

Desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico el Acuerdo Plenario Nº 1-2008/CJ116, sobre reincidencia, habitualidad y determinación de la pena, en su fundamento 7, ha señalado lo siguiente:

(…) en nuestro país se ha adoptado un sistema legal de determinación de la pena de tipo intermedio o ecléctico. Esto es, el legislador sólo señala el mínimo y máximo de pena que corresponde a cada delito. Con ello se, en el caso concreto, la pena aplicable al condenado. Lo cual deja al Juez un arbitrio relativo que debe incidir en la tarea funcional de individualizar se hará en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (artículos II, IV, V, VII, y VIII del Título Preliminar del Código Penal), bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales (Corte Suprema de Justicia, 2011). (Righi, 2010, p. 172).

De esta manera, para dilucidar las etapas por la que transcurre la pena, es decir, desde su conminación, su determinación, su imposición y su cumplimiento, podemos encontrar cuatro momentos: momento constitucional, momento legal, momento judicial y el momento administrativo." (Righi, 2010, p. 173).

2.2.1.4. Etapas de la determinación de la pena

"En la etapa constitucional se encuentran los principios que fundamentan y limitan la imposición de una pena y en la etapa legal, el legislador entrega a los Magistrados de un catálogo de delitos con sus respectivas consecuencias jurídicas." (Prado, 2010, p. 173).

Nuestra jurisprudencia ha señalado que es de tener presente que "el primer tipo de determinación de la pena es la Determinación legal, que fundamentalmente toma en cuenta consideraciones de prevención general y proporcionalidad; como se sabe el marco legal de la pena se proyecta sobre el segundo tipo de determinación de la misma que es la Determinación judicial, destinada a la medición concreta o quantum de la pena, y que tiene en cuenta tanto el criterio de proporcionalidad de la misma como las necesidades preventivo especiales que presenta el imputado. (Prado, 2010, p. 176)

Sin embargo, "la etapa más importante es la Determinación judicial, pues en ésta el Juez, haciendo uso de su poder discrecional y de los criterios otorgados por el legislador, determinará el tipo de pena y su duración. Finalmente, en la Determinación administrativa o penitenciaria se vela por la correcta ejecución de la pena impuesta, en aras de cumplir los fines preventivos establecidos por nuestro Tribunal Constitucional". (Prado, 2010, p. 179)

"En ese sentido, conforme a nuestro trabajo de investigación nos delimitaremos solo al desarrollo de la determinación judicial de la pena." (Prado, 2010, p. 185)

2.2.1.7.1. Determinacion judicial de la pena

La imposición de una consecuencia jurídica constituye un proceso dinámico en el cual el Juez se sirve de las circunstancias en que se desarrolló del delito y de los criterios e instituciones otorgadas por el legislador para analizar y

determinar el tipo de pena a imponer y su duración. En otros términos, se entiende por “determinación judicial de la pena” como aquella función del Juez consistente en señalar, en el caso concreto, la clase de sanción penal que se impondrá a quien haya infringido o vulnerado la norma jurídica penal”. (Camaño, 1957, p. 137)

De esta manera, nos percatamos que la institución denominada “determinación judicial de la pena” es un proceso complejo, pues a través de ésta el Juez hará uso de su capacidad de discrecionalidad y deberá fijar el tipo de pena y su duración; dependiendo del hecho delictivo y de la capacidad para obrar de sus autores y/o partícipes.

Este poder discrecional del Juez se ejercita, como señala de dos maneras: (Camaño, 1957, p. 140).

Primero, en la elección de la clase de pena, pues el Código, en su Parte Especial, contiene dos o más clases de penas para el mismo delito o falta, entre las cuales el juez puede elegir, entendiéndose que la aplicación de una importa la exclusión de otra; y, segundo, en la determinación de la medida de la pena, pues el Código establece los límites mínimos y máximos de las penas. “En ese sentido, cuando en nuestro Código Penal se presentan dos penas alternativas para sancionar determinado delito, el Juez tiene que determinar el tipo de pena a imponer en el caso concreto.” (Camaño, 1957, p. 143)

Siendo así, la determinación judicial de la pena implica todo un proceso de análisis y valoración de diversos criterios, los cuales deberán ser observados por el juzgador al momento de fijar el tipo de pena y evaluar el quantum de la misma. El marco penal otorgado por el legislador establecerá los límites mínimos y máximos de la pena respecto al delito que se trate y a la gravedad del mismo, con lo cual se logrará fijar el quantum de la pena en el caso concreto. De esta manera se manifiesta la segunda actuación del poder discrecional del Juez. (Camaño, 1957, p. 145).

Nuestro órgano jurisdiccional a través del Acuerdo Plenario Nº 1-2008/CJ-116, sobre reincidencia, habitualidad y determinación de la pena, en su fundamento 6, segundo párrafo, define a la determinación judicial de la pena como aquel “procedimiento técnico y valorativo que se relaciona con aquella tercera decisión que debe adoptar un Juez Penal. En la doctrina también recibe otras denominaciones como individualización judicial de la pena o dosificación de la pena”. (Camaño, 1957, p. 148)

La importancia de las teorías de la Determinación judicial de la pena consiste en otorgar los fundamentos jurídicos y dogmáticos para la imposición de pena, ya que conforme Demetrio indica:

(…) sólo a partir de una determinada teoría de la I.J.P. [Individualización Judicial de la Pena] que sea coherente con los principios de un determinado ordenamiento jurídico, es posible llegar a una solución interpretativa adecuada y racional acerca de la pena final a imponer en el caso concreto.

Bajo estos lineamientos, se han desarrollado diversas teorías que pretenden argumentar desde sus perspectivas una adecuada teoría de la individualización judicial de la pena que permitiría la imposición de una pena proporcional, justa y adecuada al justiciable. Sin embargo, en esta ocasión solo nos ocuparemos de la teoría que resulta lo más compatible con nuestra estructura jurídica nacional; en ese sentido, Consideramos que conforme al art. VII del TP del CP de 1991 establece a la culpabilidad como criterio rector de determinación de la pena (en atención a los criterios de prevención, se puede disminuir la pena), lo cual guarda mayor compatibilidad con la teoría del espacio de juego. Teoría que desarrollaremos a continuación. (Demetrio, 1999, p.156)

- Teoría del espacio de juego

Esta teoría fue elaborada por la jurisprudencia alemana. Según el Tribunal Supremo Alemán: La pena adecuada a la culpabilidad no puede ser exactamente

determinada. Existe un espacio de juego, que está delimitado por arriba por la pena ya adecuada a la culpabilidad y por abajo por la pena todavía adecuada a la culpabilidad. “El juez no puede sobrepasar el límite superior. No está autorizado a imponer una pena tan severa en cuanto al tipo y cantidad que no sea ya, según su apreciación, adecuada a la culpabilidad.” (Demetrio, 1999, p. 160)

El juez puede sin embargo decidir según su criterio, en qué medida debe aplicar la pena dentro del espacio de juego.

El jurista alemán Dreher, manifiesta que la precitada jurisprudencia alemana presenta los siguientes postulados:

a. La pena adecuada a la culpabilidad no puede ser rebasada.
b. No existe, sin embargo, una pena adecuada a la culpabilidad fijamente determinada, y no por la imposibilidad subjetiva de conocerla, sino porque objetivamente no existe.
c. En su lugar hay varias penas adecuadas a la culpabilidad en cada caso, que se hallan en un marco cuyo límite superior viene determinado por la pena todavía adecuada a la culpabilidad, y el inferior por la que todavía lo es.
d. Los fines de la pena, tanto la prevención especial positiva y negativa, como la general negativa y la positiva (mantenimiento de la confianza jurídica de la comunidad), juegan su papel sólo en cuanto a la elección de la pena en el seno de dicho marco e influencia su medida hacia arriba o hacia abajo siempre con los límites de la frontera superior e inferior ya referidos. (Demetrio, 1999, p. 163)

“En ese sentido, el marco de la culpabilidad constituye solamente un punto de referencia entre los límites máximos y mínimos, pues es sólo una fase intermedia en el desarrollo de la determinación de la pena última.” (Demetrio, 1999, p.166)

“Por tanto, este espacio de juego se constituye como un margen de libertad en el cual el juez puede realizar determinadas valoraciones preventivas para graduar la imposición de determinada pena.” (Demetrio, 1999, p. 176)

En opinión de Roxin, citado por Demetrio (1999) refiere lo siguiente: “La prevención general, de acuerdo con su concepción, ya no juega en este ámbito papel alguno, ya que sus exigencias son cumplidas plenamente con la pena correspondiente a la culpabilidad.” (p. 178) .Sin embargo, a esta teoría “se le ha objetado que su fundamental problema radica en la determinación de los criterios que han de considerarse para otorgar de contenido a ese margen de libertad existente en el cual el juez gradúa la pena”. (Demetrio, 1999, p. 180)

2.2.1.8. Momentos técnicos –operativos de la determinación judicial de la pena

“En un primer momento se pronuncia sobre la tipicidad de la conducta atribuida al imputado (“juicio de subsunción”). Luego, a la luz de la evidencia existente decide sobre la inocencia o culpabilidad de éste (“declaración de certeza”). Y, finalmente, si declaró la responsabilidad penal deberá definir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponden al autor o partícipe de la infracción penal cometida (“individualización de la sanción”)”. “Bajo estos lineamientos, el tercer juicio que emite un Juez se encuentra destinado al tipo y quantum de pena a imponer, por lo que se servirá de diversos criterios y mecanismos para desarrollar su juicio final.” (Roxin, 1973, pág. 168).

En consecuencia, desde una perspectiva práctica, el Juez va a transitar por dos momentos secuenciales y necesarios cuando proceda a fija la pena a imponer: a) determinar la pena básica, b) individualizar la pena concreta. En ese sentido, el Acuerdo Plenario Nº 1-2008/CJ-116 (Anexo 04), sobre reincidencia, habitualidad y determinación de la pena, en su fundamento 7, señala que “En la primera etapa, el Juez debe determinar la pena básica. Esto es, verificar el mínimo y el máximo de pena conminada aplicable al delito. Aquí es importante advertir que existen delitos en los que el mínimo o el máximo de pena no

aparecen definidos en la sanción del delito en particular, razón por la cual la pena básica deberá configurarse tomando en cuenta los límites generales previstos en el Libro Primero del Código Penal. (…) En la segunda etapa, el juzgador debe individualizar la pena concreta, entre el mínimo y el máximo de la pena básica, evaluando, para ello, diferentes circunstancias como las contenidas en los artículos 46º, 46º A, 46º B y 46º C del Código Penal y que estén presentes en el caso penal". (Roxin, 1973, p. 171).

A criterio del penalista español Demetrio (1999), "durante el proceso de determinación judicial de la pena se advierte la presencia de dos etapas: 1) determinación legal de la pena, y 2) determinación o individualización judicial de la pena".

"De otra parte, en la segunda etapa, en la individualización judicial de la pena, el juez asume la responsabilidad de elegir la pena adecuada, racional e idónea al caso concreto dentro de los límites ofrecidos por el legislador." (Demetrio, 1999, pág. 182).

En el mismo sentido, se considera que

la determinación judicial de la pena es un procedimiento a través del cual el juzgador debe transitar hasta llegar a la imposición de la pena al sentenciado. Por tanto, advierte la existencia de dos etapas: a) la identificación de la pena básica y b) la individualización de la pena concreta". (Prado., 2010, p. 114)

2.2.2. Principio de proporcionalidad de las penas

Este principio ha sido denominado también como prohibición de exceso, razonabilidad o racionalidad, proporcionalidad de medios, proporcionalidad del sacrificio o proporcionalidad de la injerencia.

Tiene su razón de ser en los derechos fundamentales, cuya dogmática lo considera como límite de límites, con lo cual pretende contribuir a preservar la "proporcionalidad" de las leyes ligándolo con el principio de "Estado de Derecho" y, por ende, con el valor justicia. El principio de proporcionalidad caracteriza la idea de justicia en el marco de un Estado de Derecho.

Dicho principio, al regular el establecimiento y aplicación de toda clase de medidas restrictivas de los derechos y las libertades, persigue la "intervención mínima" del Estado. "En el ámbito penal rige tanto a las diversas categorías de la construcción dogmática del delito como a las personas; es decir, se aplica en el momento en el que se crea la norma por los legisladores, cuando es aplicada por los jueces y opera también en la fase de ejecución de las penas". (Prado, 2010, p. 157)

"El principio de proporcionalidad, entendido en sentido amplio, exige que las medidas restrictivas de derechos "se encuentren previstas en la ley" y que sean necesarias para alcanzar los fines legítimos previstos en una sociedad democrática." (Prado, 2010, p. 160)

2.2.2.1. Conceptualización

"El concepto de proporcionalidad de las penas es producto de una evolución histórica, surgiendo principalmente para limitar el ius puniendi del Estado, al limitar la facultad de su potestad sancionadora, la misma que se le otorgo mediante el contrato social." (Prado, 2010, p. 165)

"El Estado no se puede limitar a "culpar" y sancionar al autor de un determinado delito, sino también que la gravedad de la sanción impuesta resulte proporcionada a la del hecho cometido." (Prado, 2010, p. 169)

"Dos aspectos o exigencias hay que distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas. Por una parte, la necesidad misma de que la pena

sea proporcionada al delito. Por otra parte, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (a su "nocividad social"). La necesidad misma de la proporción se funda ya en la conveniencia de una prevención general no sólo intimidatoria, sino capaz de afirmar positivamente la vigencia de las normas en la conciencia colectiva (prevención general positiva).

"Un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de la "nocividad social" del ataque al bien jurídico". (Mir, 2006, p. 176)

Este principio ha sido denominado también en la doctrina como prohibición de exceso, otorgándoles una relación de sinonimia; sin embargo, esta denominación incurre en error dado que no estamos ante una relación de sinonimia sino ante una relación de especie genero ya que el principio de prohibición en exceso opera como un sub principio del principio de proporcionalidad.Conforme lo señala Oros (2014): el principio de proporcionalidad se interesa por determinar los criterios objetivos relevantes para la configuración de una pena justa, mientras que la prohibición de exceso solo se preocupa de excluir una sanción que por drástica sea inútil. "Vale decir, precisar el marco penal tanto en su límite máximo y mínimo; solo pretende colocar una barrera de contención para que no se rebase el límite máximo de la pena." (Oros, 2014, p. 165)

Así mismo, el principio de proporcionalidad de las penas es considerado por la dogmática como límite de límites, dado que está íntimamente ligado con el principio de "Estado de Derecho" y, por ende, con el valor justicia. En ese sentido, actualmente en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, el principio de proporcionalidad caracteriza la idea de justicia, concediéndose como uno de sus principios fundamentales que protege a las personas de tratos crueles e inhumanos o que afecte su dignidad de persona humana, conforme lo señala Oros (2014) "En la actualidad resulta inconcebible imaginar el concepto

de democracia y de Estado de Derecho desligado de la idea de igualdad y de proporcionalidad, que son elementos lógicos de justicia. “Por ende, este principio está establecido en acuerdos internacionales y regionales sobre derechos humanos, y muchos países lo han adoptado en su constitución y/o en su normativa jurídico penal.” (Oros, 2014, p. 167)

Finalmente, podemos conceptualizar “el principio de proporcionalidad como la valla restrictiva del ejercicio del ius puniendi, que dispone el cumplimiento de un equilibrio valorativo, entre la potestad sancionadora del Estado y la sanción que impondrá a una determinada conducta, legalmente establecida como delito o previa a su constitución, dado que este principio opera desde la determinación legal de la consecuencia jurídica penal (penas o medida de seguridad) pasando por la determinación judicial o individualización de la consecuencia jurídica penal; y, finalmente, en el caso de haber sido sancionado con una pena privativa de la libertad, en la determinación administrativa o penitenciaria de la pena”. (Oros, 2014, p. 169)

Conforme el Tribunal Constitucional (TC) lo señaló, “este principio tiene una especial connotación en el ámbito de la determinación de las penas, ya que opera de muy distintos modos, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial o, en su caso, la determinación administrativa-penitenciaria de la pena”. (Tribunal Constitucional, 2003, p. 164)

2.2.2.2. Perspectiva histórica del principio de proporcionalidad

Entender cuál es el origen del derecho penal nos ayudara a entender la razón de sus fundamentos y estructura básica, el porqué de sus sanciones y motivaciones legislativas, es decir, explicar el proceso histórico por el cual paso el principio de proporcionalidad de la pena, hasta alzarse como lo que es hoy en día. “Para eso debemos retroceder un poco en el tiempo y volvernos al nacimiento de esta ciencia.” (García, 1982, p. 178)

El derecho penal que actualmente conocemos y que rige nuestra vida cotidiana, tiene mucho más de aquellas antiguas tradiciones de las cuales nos sentimos tan lejanos, de lo que siquiera podemos imaginar, ya que somos iguales a nuestros antecesores que vivían en clanes y en tribus; en esencia seguimos siendo los mismos, movidos por las mismas pasiones y guiados por el mismo espíritu. (Prado, 2010, p. 171)

Desde antaño se ha buscado un medio de control social más eficaz y menos limitativo de las libertades individuales que el derecho penal, sin embargo a lo largo de su desarrollo y evolución, éste no ha podido ser reemplazado por otro medio de control más eficaz. (Prado, 2010, p. 173)

Podemos resumir el camino recorrido por el derecho penal en tres etapas: periodo de venganza privada, de justicia pública y finalmente el humanitario.

Según Carbajal (2017) :

Con la llegada del periodo humanitario la ciencia penal se fue desarrollando y transformando paulatinamente en lo que hoy conocemos. De gran ayuda fue la contribución de Cesar Beccaria, sobre todo en lo que respecta a la investigación y estudio del Principio de Proporcionalidad, su aporte en la sistematización y reconocimiento de este principio como limitador al ius puniendi sigue siendo reconocido y es precisamente en base a su pensamiento que autores posteriores han recogido la trascendencia de éste. (p. 112).

“El origen del principio en estudio si bien se remonta a la antigüedad, solo se pudo consagrar como tal en el periodo de la Ilustración, una vez que los demás presupuestos del derecho penal alcanzaron cierto desarrollo y madurez mínimos, entiéndase, la legalidad, la certeza, la igualdad y la culpabilidad”. (Ferrajoli, 2005, p. 130)

El Derecho Penal surge como un lujo de sociedades evolucionadas donde se busca la mayor libertad para todos y el menor grado de violencia, de tal forma que no solo procura la prevención del delito sino y sobremanera, la protección del más débil contra el más fuerte, desarrollándose la pena no como una nueva modalidad de la venganza sino que más bien procura la ruptura con la misma, ante las atrocidad cometidas en la historia de la humanidad:

Históricamente, en efecto, el derecho penal nace como desarrollo, sino como negación de la venganza; no en continuidad, sino en discontinuidad y conflicto con ella. Y se justifica no con el fin de garantizarla, sino con el de impedirla. Es bien cierto que en los orígenes del derecho penal la pena ha sustituido a la venganza privada. Pero esta sustitución no es ni explicable históricamente ni mucho menos justificable axiológicamente con el fin de satisfacer mejor el deseo de venganza, que es de por sí una culpable y feroz pasión, sino, al contrario, con el de ponerle remedio y prevenir sus manifestaciones. En ese sentido bien se puede decir que la historia del derecho penal y de la pena corresponde a la historia de una larga lucha contra la venganza. (Ferrajoli, 2005, p. 133)

La exigencia de que la pena sea proporcional al delito cometido la encontramos incluso en la obra de Platón (Las Leyes), conforme Ferrajoli lo mencionó en su obra derecho y razón (2005), al señalar las diferentes circunstancias que debe tener en cuenta el legislador al momento de aplicar la pena. En el mismo sentido Beccaria señaló:

De cuando hasta aquí se ha dicho puede sacarse un teorema general, muy útil, pero poco conforme al uso, legislador ordinario de las Naciones; esto es: para que la pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano debe ser la pena publica, pronta, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes". (Bonesana, 1993)

De lo antes mencionado se concluye que “este principio surge, fundamentalmente, como un medio para limitar la facultad punitiva del Estado, es decir, su derecho a castigar, dado por la tendencia natural de éste de extender su poder ante los ciudadanos con el consiguiente peligro de que sus derechos se vean vulnerados”. (Bonesana, 1993, p. 138)

Históricamente podemos señalar, que “se aplica en primera instancia como un principio limitador de las Medidas de Seguridad que se imponen a los inimputables (menores de edad y enajenados), para que la pena se establezca no solo de acuerdo a la peligrosidad del sujeto sino que también de acuerdo al hecho cometido”. (Bonesana, 1993, p. 140)

Posteriormente este principio se visualizó como un principio estructural que constituía un avance humanizador del derecho, por lo que se extendió a todas sus áreas y lógicamente cobró gran importancia en el derecho penal, al darse cuenta los legisladores que éste debía ser aplicado igual y primordialmente a los delitos y a las penas.

El principio actúa entonces, en primer lugar, como un límite a la criminalización de conductas que el legislador lleva a cabo a través de la creación de tipos penales, es además una de sus principales características y uno de sus principios estructurales, ya que sirve tanto para interpretar la norma penal, como para orientar la política criminal del Estado. (Bonesana, 1993, p. 143)

2.2.2.3. Ordenamiento jurídico nacional e internacional

“Habiendo tratado la conceptualización y la perspectiva histórica del principio de proporcionalidad, procederemos a dar conocer la regulación de dicho principio en el ordenamiento jurídico nacional e internacional.” (Bonesana, 1993, p. 145)

2.2.2.3.1. Principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico nacional

Nuestra constitución reconoce al principio de Proporcionalidad de las penas, también denominado erróneamente como principio de “prohibición en exceso”, como un valor constitucional. Conforme en el año 2012, nuestro Tribunal Constitucional señaló que: “El principio de proporcionalidad es un valor constitucional implícitamente derivado del principio de legalidad penal, así reconocido en el artículo 2, inciso 24, literal d), de la constitución, en interpretación conjunta con el último párrafo del artículo 200 constitucional, en el que se reconoce explícitamente el principio de proporcionalidad”. (Tribunal Constitucional, 2003, p. 115)

“En ese sentido, al ser un principio constitucionalizado tiene rigor para ser aplicado en cualquier ámbito del derecho de nuestro ordenamiento jurídico, así reconocido por el Tribunal Constitucional.” (Tribunal Constitucional, 2003, p. 117)

En ese sentido, al ser un principio constitucionalizado tiene rigor para ser aplicado en cualquier ámbito del derecho de nuestro ordenamiento jurídico, así reconocido por el Tribunal Constitucional en el año 2002

El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho, el cual se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. (Tribunal Constitucional, 2003, p. 119)

Así mismo, el principio de Proporcionalidad de las penas está dispuesto en el artículo VIII del Título Preliminar de nuestro código penal. Por cuanto dicho artículo está referido al principio de “prohibición en exceso” el cual es un subprincipio del principio de proporcionalidad.

En base a la normatividad señalada, nuestro ordenamiento jurídico consagra al principio de proporcionalidad de las penas como un principio rector de la actuación del Ius puniendi del Estado, limita la extensión de su potestad sancionadora frente a la comisión de delitos, prohibiendo que la pena sobrepase la responsabilidad derivada del hecho cometido. Constituyéndose como eje rector en la determinación de la pena. La limitación que ejerce el Principio de Proporcionalidad respeto al Ius puniendi se manifiesta en distintos ámbitos de la determinación de la pena. Ello reafirmado por el Tribunal Constitucional (TC) en el año 2002, al señalar que este principio. “Una especial connotación en el ámbito de la determinación de las penas, ya que opera de distintos modos, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial, en su caso, la determinación administrativa-penitenciaria de la pena.” (Tribunal Constitucional, 2003, p. 121). Siendo,

la determinación judicial o individualización de la pena la fase de mayor transcendencia, pues lo que se decide aquí es sobre la limitación de un bien tan preciado como es la libertad en los casos de pena privativa de libertad. Por tanto, esta última fase queda encomendada al juzgador quien debe tomar en cuenta criterios normativos y valorativos que son concomitantes al hecho delictivo y que se encuentran debidamente regulados en las normas positivas, lo que implica un marco de discrecionalidad delimitado, no por consideraciones subjetivas del juzgador, sino por parámetros objetivos, que permitirán una idónea graduación de la pena a aplicar. (Tribunal Constitucional, 2003, p. 123)

2.2.2.3.2. Principio de proporcionalidad de las penas en el ordenamiento jurídico internacional

El principio de proporcionalidad en las penas se halla sólidamente arraigado en el Derecho y las normas internacionales.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 29 inciso 2 establece una base para exigir la proporcionalidad de las penas al disponer que:

En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. (ONU, 2013, p. 13).

Así mismo, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) protege muchos derechos relevantes en el ámbito de las penas por delitos de drogas, especialmente los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad personales, a la vida privada y a no ser sometido a torturas. En su interpretación del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha señalado que cuando los Estados adopten medidas para limitar un derecho protegido por el PIDCP, “deberán demostrar su necesidad y sólo podrán tomar las medidas que guarden proporción con el logro de objetivos legítimos a fin de garantizar una protección permanente y efectiva de los derechos reconocidos en el Pacto”. Además, el Comité ha explicado que las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; debe ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse. (Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, 2004, p. 145)

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU adopta una interpretación parecida en el caso del derecho a la salud un derecho que es muy relevante en lo que se refiere a las penas impuestas a personas que dependen de sustancias, al indicar que las limitaciones a ese derecho “deberán

ser proporcionales, es decir, deberán corresponder a la solución menos restrictiva de entre los tipos de limitaciones previstos. (Naciones Unidas, 2004, p. 147)

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone en su artículo 49(3) que “la intensidad de las penas no deber ser desproporcionada en relación con la infracción” (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 2000), con lo que el principio de proporcionalidad adquiere un carácter vinculante en todas las jurisdicciones nacionales de Europa. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) exige que exista una “relación razonable de proporcionalidad” entre los medios empleados para restringir derechos fundamentales y el fin perseguido con ello. El TEDH, en concreto, se ha venido refiriendo cada vez más a que es necesario que las medidas sean “necesarias en una sociedad democrática”, lo cual entraña la expectativa de que todo obstáculo al disfrute de derechos fundamentales quede justificado por una “apremiante necesidad social”. (Diario Oficial de las Comunidades Europeas., 2013, p. 159)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) también reconoce la proporcionalidad como un principio consolidado. Según un dictamen de la Corte, en el contexto de la imposición de penas, “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que aún calificados de legales puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad”. Así pues, en resumen, la proporcionalidad es un principio de valor en el derecho internacional y se entiende que requiere que los derechos y las libertades de una persona solo se limiten en la medida en que sea estrictamente necesario y apropiado para alcanzar un fin legítimo. Un fin legítimo es aquel que persigue satisfacer “las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática” y que responde a una “apremiante necesidad social”.

“Además, el principio de proporcionalidad exige a los Gobiernos que se aseguren que las medidas adoptadas para limitar derechos fundamentales constituyan la opción menos intrusiva al alcance para lograr un objetivo legítimo.” (García, 2001, p. 187)

2.2.2.4. Sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier

2.2.2.4.1. Sobrepenalización de los delitos

Según Prado (2016)

Es conocida como sobrecriminalización, se expresa como medidas complementarias que intensifican la punibilidad y punición de una conducta criminalizada. Es decir, inciden en potenciar el efecto punitivo que debe recaer como consecuencia negativa sobre el delito. Este tipo de decisiones políticocriminales tienen la función de hacer más severa la reprensión de un hecho punible mediante disposiciones que acentúen su persecución penal o que inciden en la intensidad de las sanciones penales aplicables o en la mayor rigidez del régimen de ejecución penal que le corresponde. (p. 163)

2.2.2.4.2. Modalidades

Las modalidades de sobrecriminalización son las siguientes:

a) Modificar cualitativa o cuantitativa la pena del delito haciendo más grave su extensión y efectividad.
b) Incorporación o extensión de la pena de muerte o de prisión perpetua
c) Eliminación de todo tipo de flexibilización punitiva (aplicación de medidas alternativas o efectos premiales) o de reducción del cumplimiento de penas (prohibición de toda clase de beneficios procesales o penitenciarios de excarcelación) para el acto criminalizado.
d) Incorporación de circunstancias agravantes específicas
e) Inclusión de circunstancias agravantes cualificadas
f) Eliminación de circunstancias atenuantes privilegiadas

g) Ampliación diferenciada de los plazos de prescripción de la acción penal o de la pena
h) Declara imprescriptible la pena o el delito
i) Reducción de la imputabilidad etárea para la responsabilidad penal de menores de edad
j) Constitución de tribunales de excepción
k) Juzgamiento de delitos y delincuentes comunes por tribunales militares
l) Prohibición de acceso a garantías constitucionales como el hábeas corpus. (Prado, 2016, p. 165)

2.2.2.5. Sobrecriminalizacion para hacer frente a la inseguridad ciudadana

2.2.2.5.1. Procesos de criminalización

"Toda sociedad tiene normas y diferentes maneras de castigar su violación. Desde las culturas más punitivas hasta los estados más evolucionados castigan la realización de determinadas conductas sea de modo informal (ético-moral), o institucional (jurídico)." (Prado, 2016, p. 167)

"Para la aplicación pública de una sanción en un estado de derecho, el segundo modelo se impone. De allí que la desvaloración de una conducta deba realizarse formalmente a través de las instituciones legitimadas para ella." (Prado, 2016, p. 168)

2.2.2.5.2. Criminalización primaria

"Viene hacer el poder de definición a través del cual el legislador erige en delictivas algunas conductas." (Villavicencio, 2006, p. 11)

"Por lo general, la criminalización primaria la ejercen agencias políticas (parlamentos y ejecutivos)." (Zaffaroni, 1998, p. 36)

Asimismo, es producto de la formulación de las convenciones penales, cuya potestad la ejerce en exclusiva el legislador, como paradigma del Estado de Derecho, donde el proceso definitorial de la conducta prohibida reposa en la

potestad soberana del Parlamento. Este proceso se realiza en abstracto, pues se dirige a toda la colectividad para que los ciudadanos motiven con la norma a fin de que adecúen su conducta conforme al directivo de conducta plasmado en la norma; por eso se dice, que la norma produce una relación de comunicación simbólico-referencial con el ciudadano con el fin de prevenir la comisión de delitos y para ello utiliza a la norma secundaria, es decir, a la sanción punitiva como una forma de intimidar y de disuadir al colectivo en razón de sus innegables efectos perniciosos. (Peña, 2007, p. 123)

En el proceso de criminalización primaria se decide qué comportamientos socialmente negativos son tipificados como delito, cuál es la sanción punitiva que recaerá sobre los infractores y cuáles son los posibles autores que pueden incurrir en el injusto normativamente construido.

"La significación del Labeling Approach ha orientado la atención hacia un ámbito parcial de la Criminología y de la Política criminal hasta ahora desatendido: el concepto de delito y los problemas de selección en el procedimiento de persecución penal." (Peña, 2007, p. 80)

"La criminalización primaria importa la expresión de una simbolización normativa, pues, los efectos que despliegan en la realidad social son casi nulos, por la cantidad de casos penales que acontecen en proporción con aquellos que son debidamente perseguidos y sancionados por la Justicia Penal". (Peña, 2007, p. 83)

"El poder de definición de que conductas deben ser consideradas punibles, supone un conjunto de factores que inciden en la definición y posibilitan (condicionan) inicialmente la criminalización de conductas y estos son:" (Peña, 2007, p. 85)

"Protección de bienes Jurídicos: Nuestro sistema Penal de selección pretende ampararse en la protección de bienes jurídicos argumentándose que

este se constituye como un límite político criminal a la función punitiva estatal." (Villavicencio, 2006, p. 121)

La selección de conductas prohibidas y los limites imprecisos de los tipos penales: Es común observar entre los dispositivos legales una gran cantidad de tipos penales cuyos límites son difusos y que afectan a los derechos humanos. El ideal sería que los tipos penales fueran claros, precisos, entendibles al común de la gente y sobre todo exento de tipificaciones abiertas.

Criterios de Responsabilidad Objetiva: Si bien tendencia dominante en Latinoamérica busca rechazar los criterios de responsabilidad objetiva entendida como la responsabilidad penal sin dolo o culpa, todavía subsisten diferentes figuras relacionadas con el principio Versari in re ilícita.

Formas privilegiadas de Justificación: Son aquellas circunstancias que eliminan la antijuricidad de los delitos como, por ejemplo: Legitima defensa, obediencia debida, entre otras.

El tratamiento para inimputables: Se constituye como una de las formas de mayor violencia de los derechos humanos. Urge la necesidad de incentivar la eliminación de medidas de seguridad para inimputables de la legislación en la medida que se introduzca una legislación rodeada de garantías para los inimputables.

Las diferentes culturas y Tratamiento penal: En algunos países se vienen experimentando cambios en relación al respeto y protección a las autonomías culturales frente al sistema penal a fin que se respeten los Derechos Humanos de los individuos integrantes de los diferentes grupos sociales.

La detención preventiva y los presos si condena: La prolongada duración de la detención más alta de los plazos legales es violatoria de los derechos humanos. (Villavicencio, 2006, p. 125)

“La selección por clase y medida de la pena: La selección mediante la clase y medida de la pena hacen que la pena privativa de libertad siga siendo dominante prácticamente única.” (Villavicencio, 2006, p. 130)

A lo largo de toda la historia de la dogmática penal se ha intentado racionalizar la facultad estatal de aplicar una pena; entendiendo que no hay nada más irracional que fundar la criminalización primaria de una conducta en un sentimiento, lo que en el caso se traduce en la “sed de venganza. (Villavicencio, 1997, p. 134)

Se entiende que la criminalización primaria es la formalización penal de una conducta en una ley, o sea que es un acto legislativo de prohibición bajo amenaza de una pena, es decir, una conducta se encuentra criminalizada primariamente cuando está descrita en una ley como delito. (Villavicencio, 1997, p. 135)

2.2.2.5.3. Criminalización secundaria

Esta es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas, que tiene lugar cuando las agencias policiales detectan a una persona, a la que se atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente, la investiga, en algunos casos la priva de su libertad ambulatoria, la somete a la agencia judicial, ésta legitima lo actuado, admite un proceso, se discute públicamente si la ha realizado y, en caso afirmativo, admite la imposición de una pena de cierta magnitud que, cuando es privativa de la libertad ambulatoria de la persona, es ejecutada por una agencia penitenciaria. (Zaffaroni , 1998, p. 125).

“Entonces, es el poder de asignación en el que la calidad de delincuente es impuesta a ciertas personas por quienes aplican la ley (policías, fiscales, jueces, etc). Estas instituciones buscan cumplir el programa que enuncia la criminalización primaria, pero éste suele ser irrealizable.” (Zaffaroni, 1998, p.128).

En nuestro Sistema Penal, “la realización del programa políticocriminal prácticamente es irrealizable, en virtud de los escasos recursos y de limitada capacidad con que cuentan las agencias de persecución penal. Concretamente, la PNP cuenta con escaso número de efectivos policiales, instrumentos de reacción represiva y preventiva obsoletos, carece de una operatividad logística suficiente, unidades especializadas poco organizadas, presupuesto ínfimo, sueldos miserables, corrupción, etc.; problemas, que redundan en un sistema de persecución penal ineficaz e ineficiente”. (Peña, 2007, p. 145)

- Las Agencias o Instituciones del Control Penal

Según Solís (2004) :

“El subsistema normativo del sistema jurídico penal, es aplicado por un «subsistema institucional» conformado por diversas entidades o agencias oficiales que tienen dicha potestad, de las cuales sobresalen la Policía, el Ministerio Público, el Poder Judicial, la administración penitenciaria (INPE), entre las más importantes”. (p. 155)

- La Policía

“La policía constituye el órgano inmediato de aplicación del control penal y uno de los más importantes del control en general. Es el organismo que concentra y ejerce el mayor espacio del poder del control penal.” (Villavicencio, 2006, p. 179)

También es justo anotar que la función policial, si bien es cierto que presenta en muchos casos las deficiencias que hemos señalado, cumple también un papel necesario y positivo dentro de la sociedad actual. Al respecto, André Bossard señala que en el ámbito internacional el papel policial es muy variado, hallando hasta cinco funciones generales: (Villavicencio, 2006, p. 150)

1) Lucha contra la criminalidad

2) Acción puramente administrativa

3) Información a las autoridades establecidas

4) Mantenimiento del orden, y

5) Primeros socorros

En nuestro medio destacan las funciones de lucha contra la criminalidad y mantenimiento del orden público, y en forma secundaria.

Primeros Socorros. Sin negar su ligazón con el poder político que delinea los criterios generales de su actuación. (Villavicencio, 2006, p. 153)

- Poder Judicial

Es la agencia tradicional del control penal, que cumple funciones de administrar justicia, actualmente con la participación de otras instituciones ya mencionadas, siendo un poder que no tiene poder real como los otros poderes, el legislativo y el ejecutivo, cuya realidad de su praxis en nuestro medio es objeto de duda en su eficacia, por la morosidad en su actuar; también por el hecho de hacer recaer el mayor peso de la sanción penal sobre el sector social menos influyente y poderoso: así como por los problemas de una justicia sesgada debido a falta de moralidad en parte de los operadores judiciales. (Solis, 2004, p. 155)

- El Ministerio Público

Es otra de las agencias del control penal que juega un rol importante en la represión y control del crimen, pero que, en su quehacer cotidiano en algunos casos, cae en la desviación de su actividad que atenta también contra el principio de la igualdad de la ley penal. Actualmente, como una entidad paralela al Poder Judicial, tiene una función importante de formalizar las denuncias penales, ejercer el control de la legalidad y formular acusación penal en los casos que considera que se ha acreditado la existencia del delito investigado y la responsabilidad penal de los procesados. (Villavicencio, 2006, p. 179)

- La Administración Penitenciaria

Dentro de las agencias o instituciones del control penal, encargadas de aplicar el subsistema normativo, la que tiene en sus manos la ejecución de las penas conforme al derecho de ejecución penal, es precisamente la administración penitenciaria, que en muchos casos se ha identificado con la cárcel, que es probablemente la institución central donde se ejecuta la sanción penal conocida como pena privativa de libertad.

En este caso y en nuestra realidad, se supone que la ejecución de la pena está orientada a cumplir el propósito resocializador que se asigna a la sanción privativa de libertad, Sin embargo, en la realidad cotidiana de las cárceles, se observa una práctica diferente y hasta opuesta a los principios normativos de la ejecución penal, porque los operadores jurídicos encargados de su administración incumplen o violan los principios normativos penitenciarios.

Es conocido el alto volumen de presos sin condena, al que ya hicimos alusión, frente al menor número de condenados que se hallan en las cárceles peruanas. Además, es un problema impactante las condiciones de vida infrahumana de los reclusos, sobre todo en las cárceles más grandes del país. Asimismo, es una práctica frecuente la existencia de una serie de irregularidades que ocurren detrás de sus muros, como el tráfico de drogas y alcohol, sobre todo en las cárceles ya mencionadas y que se hallan sobrepobladas. Todo ello nos lleva a considerar que en los hechos cotidianamente, se asume una praxis retribucionista en la ejecución de la pena, incumpliendo el propósito resocializador". (Solis, 2004, p. 168)

- La Defensa

Si bien el abogado, formalmente, no es un agente del control penal, sin embargo, el ejercicio de esta profesión es un elemento del poder y resulta decisiva su influencia en los procesos selectivos que realizan policías, jueces, tribunal (los agentes del sistema penal), e incluso los condicionan.

“En el Perú, la defensa pública (defensa de oficio) se encuentra en “una etapa de unificación organizacional, en una tendencia a abandonar la doble dirección funcional que existía entre el Poder Judicial y el Ministerio de Justicia” con relación a los defensores. Por ello el artículo 300° de la Ley Orgánica del Poder Judicial otorga la facultad al Ministerio de Justicia para el nombramiento de los defensores de oficio. En este sentido, en los países andinos, que cuentan con diferentes sistemas de defensa pública, se vienen formulando recomendaciones para adoptar un modelo de defensa público más adecuado a las exigencias de cada país de la región. Sin embargo, un programa de modernización de la abogacía es ineludible para la reforma judicial y es también una tarea pendiente”. (Solis, 2004, p. 168)

De lo señalado anteriormente, se colige que:

la criminalización secundaria es la acción punitiva ejercida sobre personas determinadas, que tiene lugar cuando las instituciones policiales detectan a una persona, a la que se le atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente, la investiga, en algunos casos la priva de su libertad, la somete al órgano judicial, ésta legitima lo actuado, admite un proceso, se investiga y se decide si la ha realizado y, en caso de que sería cierto, admite la imposición de una pena de cierta magnitud que, cuando es privativa de la libertad de la persona, es ejecutada por una administración penitenciaria. (Villavicencio, 2006, p. 137)

2.3. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS

Burrier

Persona que es captada por banda de narcotraficantes para el transporte de productos prohibidos y nocivos para la salud de un lugar a otro donde su ingreso está restringido, prohibido o penado por la Ley”. (Mandujano,2018,p.187)

Sobrepenalización

"Es conocida como sobrecriminalización, se expresa como medidas complementarias que intensifican la punibilidad y punición de una conducta criminalizada". (García,2001,p.198)

Presupuestos

"Conjunto de los gastos e ingresos previstos para un determinado período de tiempo". (Carbajal, 2017,p.136)

Comisión de delitos

"La comisión de un delito semejante debe ser castigada con toda el peso de la ley", El acusado fue encontrado culpable por la comisión de abuso ultrajante". (De la fuente, 2017, p. 178)

Principio de proporcionalidad

"Utilización desmedida de las sanciones que conllevan una privación o una restricción de la libertad, para ello se limita su uso a lo imprescindible que no es otra cosa que establecerlas e imponerlas exclusivamente para proteger bienes jurídicos valiosos". (Mandujano, 2018, p. 175)

CAPÍTULO III

MARCO FILOSÓFICO

La presente investigación se ha desarrollado bajo el enfoque epistemológico - filosófico del positivismo jurídico.

El positivismo jurídico insiste en la separación estricta del derecho de la ética, moral y religión; así como, su independencia de toda consideración valorativa porque se debe limitar, a un análisis de las interrelaciones lógicas de las normas jurídicas.

El positivismo jurídico se conecta con el positivismo normativo de los iusformalistas, pero puede también ser relacionado con el positivismo empírico de los iusrealistas. Ambos comparten una actitud analítica ante el derecho y aunque utilizan el método positivo, difieren en la concepción del derecho porque se centran en un aspecto diferente del mismo.

La concepción del derecho de Kelsen “marcó el inicio de una etapa inédita, al separar tajantemente a la ciencia del derecho de elementos ideológicos tanto teológicos como metafísicos, como son el concepto de justicia y la idea de derecho natural, ya que su Teoría pura del derecho, construye una ciencia jurídica mediante la aplicación de un método puro, que consiste en hacer a un lado todo lo ajeno al derecho. Afirma que el objeto de la ciencia del derecho lo constituyen las normas jurídicas".(p.100)

Para Kelsen existe una estricta separación entre el "deber ser" -sollen- y el "ser" -sein-. Como positivista le interesa la forma de la norma y no su contenido. Así, lo importante es el proceso de formación de las normas y su validez extrínseca, sin tomar en cuenta si son justas o injustas, acorde con la

naturaleza del hombre o no, como lo era para los iusnaturalistas y que se prestaba a subjetivismos valorativos. En conclusión, a Kelsen y a los iusformalistas les preocupa la validez formal de la norma jurídica; por ello, llegan a igualar el concepto de derecho con el de norma jurídica reconocida por el Estado, y a éste con el derecho.

A esta concepción, le interesan las normas vigentes o formalmente válidas; es decir, las disposiciones normativas creadas por la voluntad humana y que han sido declaradas como jurídicamente obligatorias para un tiempo y espacio determinados por el Estado, en contraposición de las normas cuyo contenido justo o natural emana de la voluntad suprahumana o divina -iusnaturalismo teológico- o deriva del hombre como ser racional -iusnaturalismo laico.

Al aplicar la pureza metódica kelseniana, el derecho se reduce a las normas jurídicas, sin importar su contenido justo o no, porque provienen de la voluntad de Dios o por ser creadas racionalmente por el hombre ni la realidad de su aplicación. El iusformalismo se preocupa por las normas en su aspecto formal. Sin embargo, al estudiar a las normas jurídicas se puede orientar su estudio tanto hacia un "deber ser" justo o natural -iusnaturalistas- como a un "ser" eficaz o real -iusrealistas-.

La concepción iusformalista del derecho presenta grandes aciertos, como es el caso de señalar que los excesos y arbitrariedades de algunos regímenes totalitarios, por más atroces que parezcan, son o fueron derecho, como es el caso de la Alemania nazi y la persecución de judíos. Las abominables aberraciones que se cometieron no tenían un contenido justo ni natural a la esencia del hombre, pero era un derecho vigente o formalmente válido.

Las críticas que se pueden hacer a esta teoría pueden ser muy variadas, las que se puede resumir en tres. Primera, se preocupa en exclusiva de las normas jurídicas y de su forma, dejando de lado, el contenido de estas y su

materialización. Segunda, al interesarse principalmente por dichas normas jurídicas, subordina la conducta humana a la forma que la coordina o regula -a la estructura lógico-formal de la norma-. Tercera, no se puede pretender comprender al derecho como fenómeno o producto social, sin estudiar su interrelación con otras ciencias afines como son la economía, la política, la sociología; así como, la historia, la psicología, entre otras. No obstante, lo anterior, se resalta la concepción formalista del derecho, que se sintetiza en que, para los iusformalistas, el derecho es una norma formal o vigente.

Por ende, el presente estudio comprende la inaplicación del principio de proporcionalidad de la pena en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna, para lo cual según teorías de proporcionalidad de la pena, el hecho debe guardar relación con la pena, para ello el Estado de establecer políticas que garanticen su cumplimiento, tal como lo dice el positivsimo, el cual indica el cumplimiento de la ley en función de las normas establecidas, según legislación vigente.

CAPÍTULO IV

MARCO METODOLÓGICO

4.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

Investigación básica o pura o científica fundamental

"La investigación tiene como finalidad ampliar y profundizar el conocimiento de la realidad, busca conocimientos y actitudes que ocurren en la busca ampliar y profundizar el conocimiento de la realidad". (Hernández, Fernández, y Baptista, 2014, p.78).

Según Hernández, Fernández, y Baptista (2014)

> El diseño de investigación constituye el plan general a seguir por el investigador para obtener respuestas a sus interrogantes o comprobar la hipótesis de investigación. El diseño de investigación desglosa las estrategias básicas que el investigador acoge para generar información exacta e interpretable. El diseño que se utilizará será el no experimental, transversal, ya que no existe manipulación activa de alguna variable. (p.78)

4.2. POBLACIÓN Y MUESTRA

4.2.1. Población

La población del presente estudio está constituida por los abogados litigantes y magistrados especialistas en materia penal que laboran en el Distrito Fiscal de Tacna. Así mismo, también se encuentra comprendido como población

las sentencias condenatorias emitidas, en sedes de primera y segunda instancia de 2014 - 2016 , con referencia al delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del burrier:

Tabla 1
Población

	N°
Jueces penales	7
Fiscales penales	16
Abogados penalistas	328
Sentencias judiciales	32
Total	383

Fuente : ICAT (2020)

4.2.2. Muestra

Definida la población se determinó la muestra de tipo aleatoria probabilística.

Fórmula:

$$n = \frac{NZ^2}{4(n-1)\,e^2 + Z^2}$$

Donde:

N= Población

n= Muestra provisional

Z=Nivel de confianza

E= 0.05 (precisión o margen de error)

Procedimiento:

$$n = \frac{383 * 1.96^2}{4(383 - 1)0.05^2 + 1.96^2}$$

$$n = \frac{1471.3328}{7.6616}$$

$$n = 192.03$$

$$n = 192$$

Tamaño de la muestra por estrato:

Tabla 2

Muestra

	Población	Muestra
Jueces penales	7	3
Fiscales penales	16	6
Abogados penalistas	328	151
Sentencias judiciales	32	32
Total	383	192

Fuente : ICAT (2020)

4.3. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

4.3.1. Identificación de las variables

X: Inaplicación del principio de proporcionalidad

Y: Sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier

4.3.2. Caracterización de las variables

X: Inaplicación del principio de proporcionalidad

Dimensiones e indicadores:

$X_{1:}$ Necesidad

- Relación medio-medio

- Identificación de medios alternativos idóneos

- Nivel de necesidad de la intervención de la pena

$X_{2:}$ Idoneidad

- Relación entre el medio y el fin

- Nivel de reciprocidad

- Utilidad

$X_{3:}$ Proporcionalidad

- Sanción punitiva impuesta en relación al bien jurídico protegido

$X_{4:}$ Inoservancia de la situación socioeconómica

- Escasa instrucción

- Precariedad económica

Escala para la medición de la variable:

- Ordinal

Y= Sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier

Dimensiones e indicadores:

Y_1: Aplicación de la pena abstracta

- Incremento de la pena abstracta
- Nivel de aplicación de la pena abstracta

Y_2: Presupuestos

- Criterios normativos
- Criterios valorativos
- Nivel de orientación de los presupuestos destinados

Y_3: Sobrepenalidad del TID

- Severidad de las penas
- Penas desproporcionadas

Y_4: Comisión de delitos

- Índice de comisión del delito de T.I.D., bajo la conducta del burrier.

Escala para la medición de la variable:

- Ordinal

4.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA RECOLECCIÓN DE DATOS

4.4.1. Técnicas

Como técnicas para el desarrollo de la investigación se utilizó la encuesta, la entrevista y el análisis documental.

4.4.2. Instrumentos

Cuestionario

Los instrumentos de medición que se aplicaron fueron: cuestionario, cédula de entrevista y una ficha de análisis documental.

Validez del instrumento

El instrumento de medición del cuestionario fue sometido a la prueba de validez y confiabilidad. La prueba de validez se hizo a través del juicio de expertos, realizado por doctores en derecho y conocedores de metodología de la investigación, quienes hicieron llegar su opinión, y dieron validez al instrumento.

Confiabilidad del instrumento

Asimismo, la prueba de confiabilidad se realizó a través del coeficiente del Alfa de Cronbach, cuyo índice alcanzó el valor de 0,81, lo que demuestra la confiabilidad del instrumento aplicado.

4.5. PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

Luego de recogida la información, se procedió a la codificación de datos, y luego una sistematización, para ello se previó usar el software estadístico IBM SPSS estadistics 21, para análisis de datos cuantitativos, posteriormente se realizó un análisis exploratorio de datos por cada uno de las cuatro dimensiones con objetivo identificar el modelo teórico más adecuado para representar la población de la cual proceden los datos muestrales y luego representarlos en gráficos y estadísticos que permiten explorar la distribución identificando características tales como: valores atípicos, saltos o discontinuidades, concentraciones de valores, forma de la distribución, etcétera.

Este análisis se realizó sobre todos los casos conjuntamente y de forma separada por grupos. En este último caso, las tablas estadísticas permitieron identificar si los datos proceden de población con distribución aproximadamente normal.

Posteriormente, se empleó la inferencia estadística, para hacer predicciones y estimaciones como decidir entre dos hipótesis opuestas relativas a la población de la cual provienen los datos.

Asimismo, para demostrar la relación entre las variables a etudio se empleó el Coeficiente de relación de Pearson.

CAPÍTULO V

RESULTADOS

5.1 DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO

Acciones y actividades para la ejecución de la tesis:

- Para alcanzar los resultados y la discusión de los mismos, se aplicó el cuestionario, la ficha de análisis y la cédula de entrevista, como instrumentos de recolección de datos, los que fueron aplicados los días 5 al 10 de enero de 2020.

- Luego de la recolección de datos, se procedió a la tabulación, procesamiento y representación estadística de los dato, cuyos resulados se analizaron e interpretaron.

- Finalmente, se plantearon las conclusiones y recomendaciones.

5.2. RESULTADOS

Los resultados del cuestionario se presentan en tablas y figuras, con el análisis estadístico descriptivo correspondientemente.

- Inaplicación del principio de proporcionalidad

Tabla 3

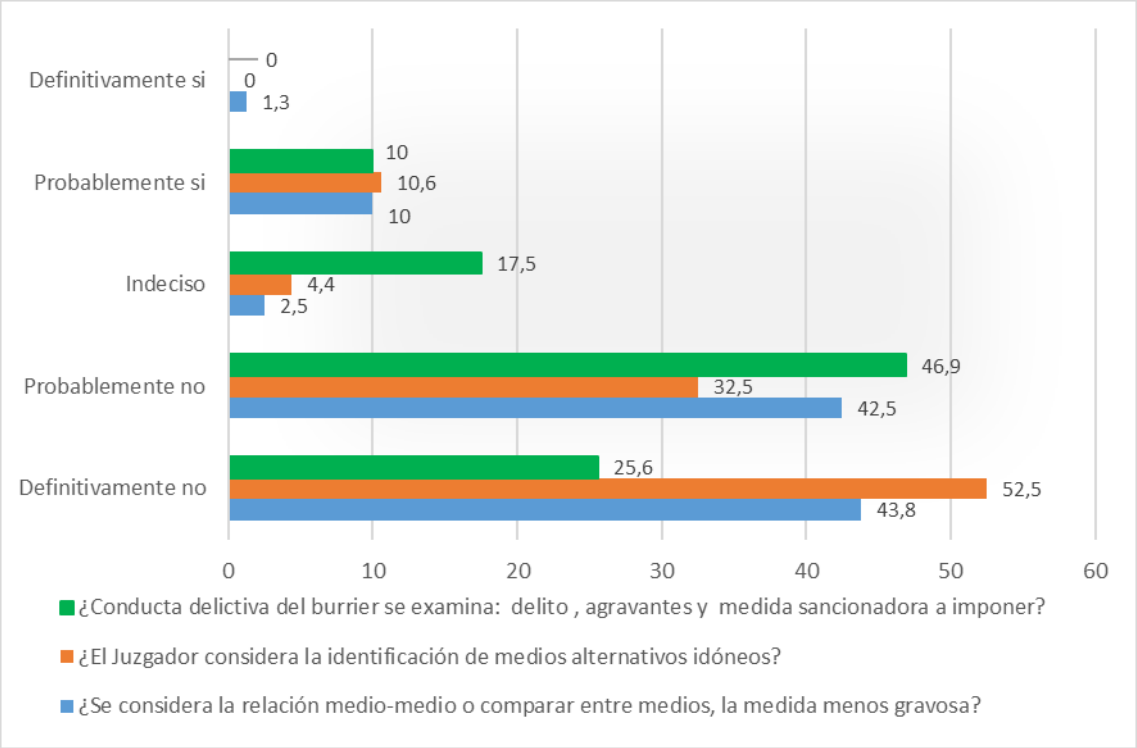
Necesidad

Valoración	Definitivamente no		Probablemente no		Indeciso		Probablemente si		Definitivamente si	
	Fi	%	Fi	%	Fi	%	Fi	%	Fi	%
¿Se considera la relación medio-medio o comparar entre medios, la medida menos gravosa?	70	43,8	68	42,5	4	2,5	16	10	2	1,3
¿Juzgador considera la identificación de medios alternativos idóneos?	84	52,5	50	32,5	9	4,4	17	10,6	0	0,0
¿Conducta delictiva del burrier se examina el delito y sus agravantes con medida sancionadora a imponer?	41	25,6	75	46,9	28	17,5	16	10	0	0,0
Promedio	65	40,6	64,3	40,5	13,7	8,1	16,3	10,2	0,7	0,4

Fuente: Cuestionario

Figura 1

Necesidad



Fuente: Tabla 3

Interpretación

Se halló que el 43,8 % de los encuestados señalan que “definitivamente no” se considera la relación medio-medio, es decir comparar entre medios, la medida menos gravosa; el 42,5 % señala que “probablemente no”; el 2,5 % señala que está “indeciso”; el 10 % dice que “probablemente si”; y, el 1,3 % manifiesta que “definitivamente si” se considera la relación medio-medio, es decir comparar entre medios, la medida menos gravosa.

El 52,5 % de los encuestados señalan que “definitivamente no” el juzgador ha considera la identificación de medios alternativos idóneos; el 32,5 % señala que “probablemente no”; el 4,4 % señala que está “indeciso”; el 10,6 % dice que

“probablemente si”; y, el 0 % manifiesta que “definitivamente si” el juzgador ha considera la identificación de medios alternativos idóneos.

El 46,9 % de los encuestados señalan que “probablemente no” en los casos de conducta delictiva del burrier se examina al detalle el delito y sus agravantes con la medida sancionadora a imponer; el 25,6 % señala que “definitivamente no”; el 17,5 % señala que está “indeciso”; el 10 % dice que “probablemente si”; y, el 0 % manifiesta que “definitivamente si” en los casos de conducta delictiva del burrier se examina al detalle el delito y sus agravantes con la medida sancionadora a imponer.Por lo que se puede concluir que el 40,6 % de los encuestados manifiestan que “definitivamente no” se considera el requerimiento de necesidad en la aplicación del principio de proporcionalidad de la pena.

Tabla 4

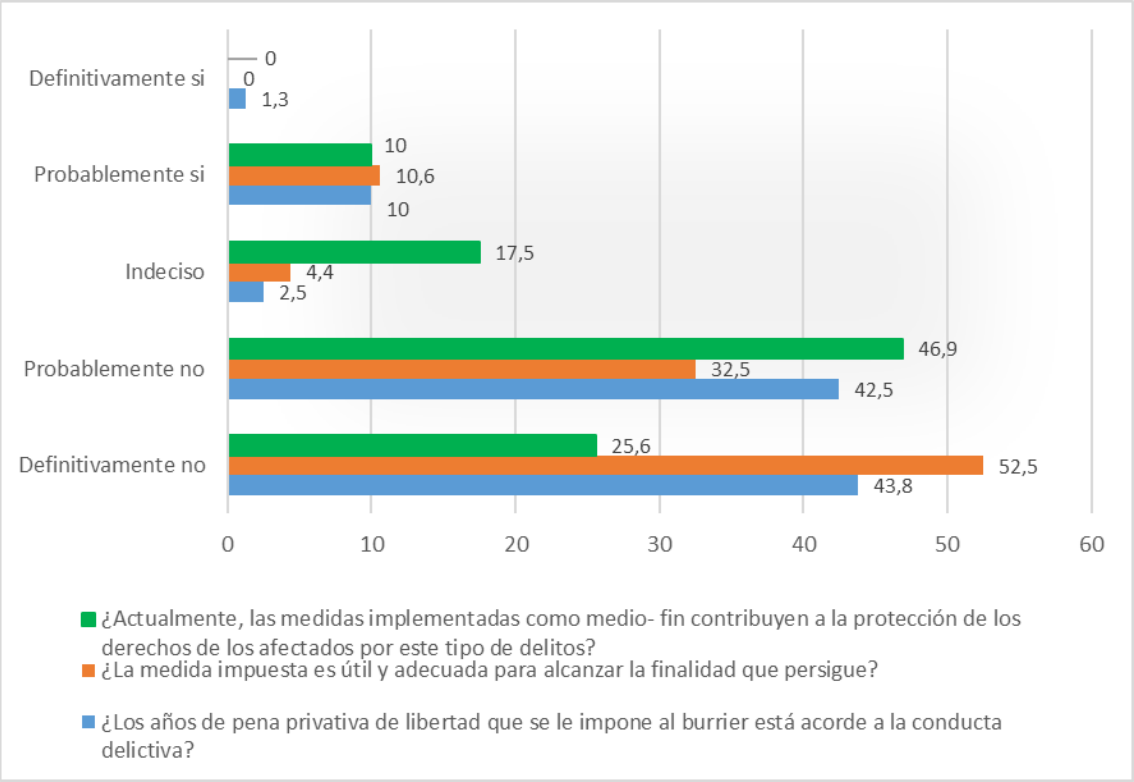
Idoneidad

Valoración	Definitivamente no		Probablemente no		Indeciso		Probablemente si		Definitivamente si	
	Fi	%	Fi	%	Fi	%	Fi	%	Fi	%
¿Los años de pena privativa de libertad que se le impone al burrier está acorde a la conducta delictiva?	41	25,6	90	56,3	3	1,9	25	1,1	0,0	0,0
¿La medida impuesta es útil y adecuada para alcanzar la finalidad que persigue?	113	70,6	39	24,4	2	1,3	4	2,5	2	1,3
¿Actualmente, las medidas implementadas como medio-fin contribuyen a la protección de los derechos de los afectados por este tipo de delitos?	76	47,5	60	37,5	17	10,6	5	3,1	2	1,3
Promedio	76,7	47,9	63,0	39,4	7,3	4,6	11,3	2,2	1,3	0,8

Fuente: Cuestionario

Figura 2

Idoneidad



Fuente: Tabla 4

Interpretación

Se observa que el 56,3 % de los encuestados señalan que “probablemente no” se considera los años de pena privativa de libertad que se le impone al burrier está acorde a la conducta delictiva; el 25,6 % señala que “definitivamente no”; el 1,9 % señala que está “indeciso”; el 1,1 % dice que “probablemente si”; y, el 0 % manifiesta que “definitivamente si” se considera los años de pena privativa de libertad que se le impone al burrier está acorde a la conducta delictiva.(Tabla 4 y Figura 2)

El 70,6 % de los encuestados señalan que “definitivamente no” la medida impuesta es útil y adecuada para alcanzar la finalidad que persigue; el 24,4 % señala que “probablemente no”; el 1,3 % señala que está “indeciso”; el 2,5 % dice que “probablemente si”; y, el 1,3 % manifiesta que “definitivamente si” la medida impuesta es útil y adecuada para alcanzar la finalidad que persigue. (Tabla 4 y Figura 2)

El 47,5 % de los encuestados señalan que “probablemente no” las medidas implementadas como medio- fin hasta el día de hoy contribuyen a la protección de los derechos de los afectados por este tipo de delitos; el 39,4 % señala que “definitivamente no”; el 4,6 % señala que está “indeciso”; el 2,2 % dice que “probablemente si”; y, el 0,8 % manifiesta que “definitivamente si las medidas implementadas como medio- fin hasta el día de hoy contribuyen a la protección de los derechos de los afectados por este tipo de delitos. (Tabla 4 y Figura 2)

Por lo que se puede concluir que el 47,9 % de los encuestados manifiestan que “definitivamente no” se aplica el requerimiento de idoneidad de la pena en el principio de proporcionalidad de la pena. (Tabla 4 y Figura 2)

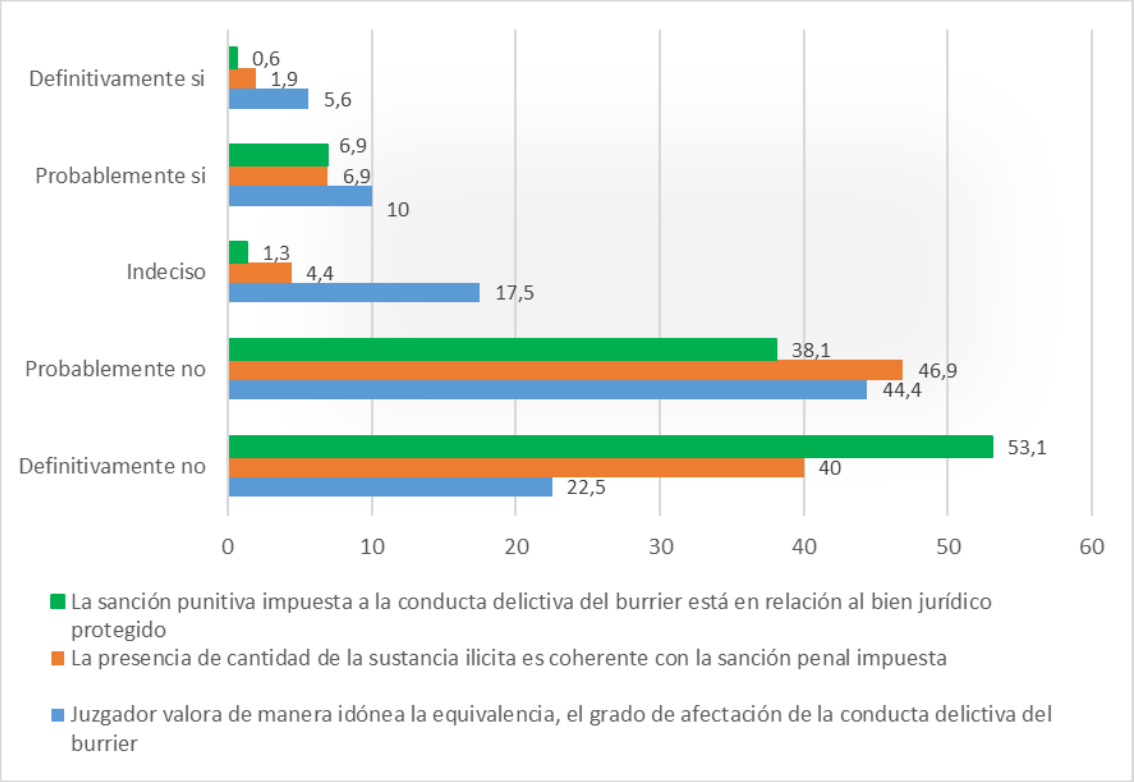
Tabla 5
Proporcionalidad

Valoración	Definitivamente no		Probablemente no		Indeciso		Probablemente si		Definitivamente si	
	Fi	%	Fi	%	Fi	%	Fi	%	Fi	%
El juzgador valora de manera idónea la equivalencia el grado de afectación de la conducta delictiva del burrier	36	22,5	71	44,4	28	17,5	16	10,0	9	5,6
La presencia de cantidad de la sustancia ilicita es coherente con la sanción penal impuesta	64	40,0	75,0	46,9	7,0	4,4	11,0	6,9	3,0	1,9
La sanción punitiva impuesta a la conducta delictiva del burrier está en relación al bien jurídico protegido	85	53,1	61	38,1	2	1,3	11	6,9	1	0,6
Promedio	61,7	38,5	69,0	43,1	12,3	7,7	12,7	7,9	4,3	2,7

Fuente: Cuestionario

Figura 3

Proporcionalidad



Fuente: Tabla 5

Interpretación

El 44,4 % de los encuestados señalan que “no” el juzgador valora de manera idónea la equivalencia el grado de afectación de la conducta delictiva del burrier; el 22,5 % señala que “definitivamente no”; el 17,5 % señala que está “indeciso”; el 10 % dice que “probablemente si”; y, el 5,6 % manifiesta que “definitivamente si” el juzgador valora de manera idónea la equivalencia el grado de afectación de la conducta delictiva del burrier. (Tabla 5 y Figura 3)

El 46,9 % de los encuestados señalan que “probablemente no” la presencia de cantidad de la sustancia ilícita es coherente con la sanción penal impuesta; el 40 % señala que “definitivamente no”; el 4,4 % señala que está “indeciso”; el 6,9 % dice que “probablemente si”; y, el 1,9 % manifiesta que “definitivamente si” la presencia de cantidad de la sustancia ilícita es coherente con la sanción penal impuesta. (Tabla 5 y Figura 3)

El 53,1 % de los encuestados señalan que “definitivamente no” la sanción punitiva impuesta a la conducta delictiva del burrier está en relación al bien jurídico protegido; el 38,1 % señala que “probablemente no”; el 1,3 % señala que está “indeciso”; el 6,9 % dice que “probablemente si”; y, el 0,6 % manifiesta que “definitivamente si” la sanción punitiva impuesta a la conducta delictiva del burrier está en relación al bien jurídico protegido. (Tabla 5 y Figura 3)

Por lo que se puede concluir que el 43,1 % de los encuestados manifiestan que “probablemente no” se aplique el requerimiento de proporcionalidad de la pena”. (Tabla 5 y Figura 3)

Tabla 6

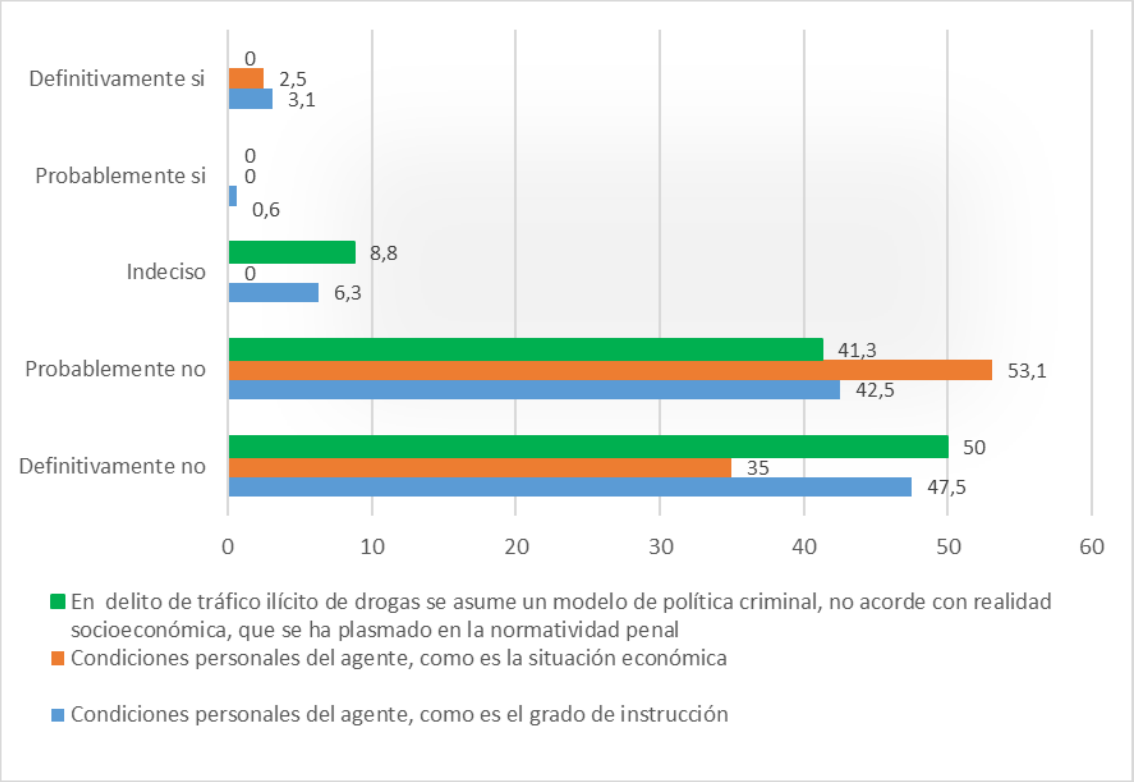
Inobservancia de la situación socioeconómica

Valoración	Definitivamente no		Probablemente no		Indeciso		Probablemente si		Definitivamente si	
	Fi	%	Fi	%	Fi	%	Fi	%	Fi	%
Condiciones personales del agente, como es el grado de instrucción	76	47,5	68	42,5	10	6,3	1	0,6	5	3,1
Condiciones personales del agente, como es la situación económica	56	35,0	85	53,1	0	0,0	15	9.4	4.0	2,5
En delito de tráfico ilícito de drogas se asume un modelo de política criminal, no acorde a nuestra realidad socioeconómica, que se ha plasmado en la normatividad penal	80	50,0	66	41,3	14	8,8	0	0,0	0	0,0
Promedio	70,7	44,2	73,0	45,6	8,0	5,0	5,3	3,3	3,0	1,9

Fuente: Cuestionario

Figura 4

Inobservancia de la situación socioeconómica



Fuente: Tabla 6

Interpretación

El 47,5 % de los encuestados señalan que “definitivamente no” el juzgador valora las condiciones personales del agente, como es el grado de instrucción; el 42,5 % señala que “probablemente no”; el 6,3 % señala que está “indeciso”; el 0,6 % dice que “probablemente si”; y, el 3,1 % manifiesta que “definitivamente si” el juzgador valora las condiciones personales del agente, como es el grado de instrucción. (Tabla 6 y Figura 4)

El 53,1 % de los encuestados señalan que “probablemente no” las condiciones personales del agente, como es la situación económica; el 35 % señala que “definitivamente no”; el 0 % se muestra “indeciso”; el 9,4 % dice que “probablemente si”; y, el 2,5 % manifiesta que “definitivamente si” las condiciones personales del agente, como es la situación económica. (Tabla 6 y Figura 4)

El 50 % de los encuestados señalan que “definitivamente no” respecto al delito de tráfico ilícito de drogas estamos asumiendo un modelo de política criminal, no acorde a nuestra realidad socioeconómica, la misma que se ha plasmado en nuestra normatividad penal; el 41,3 % señala que “probablemente no”; el 8,8 % señala que está “indeciso”; el 0 % dice que “probablemente si”; y, el 0 % manifiesta que “definitivamente si” respecto al delito de tráfico ilícito de drogas estamos asumiendo un modelo de política criminal, no acorde a nuestra realidad socioeconómica, la misma que se ha plasmado en nuestra normatividad penal. (Tabla 6 y Figura 4)

Por lo que se puede concluir que el 45,6% de los encuestados manifiestan que “probablemente no” haya inobservancia de la situación socioeconómica. (Tabla 6 y Figura 4)

Tabla 7

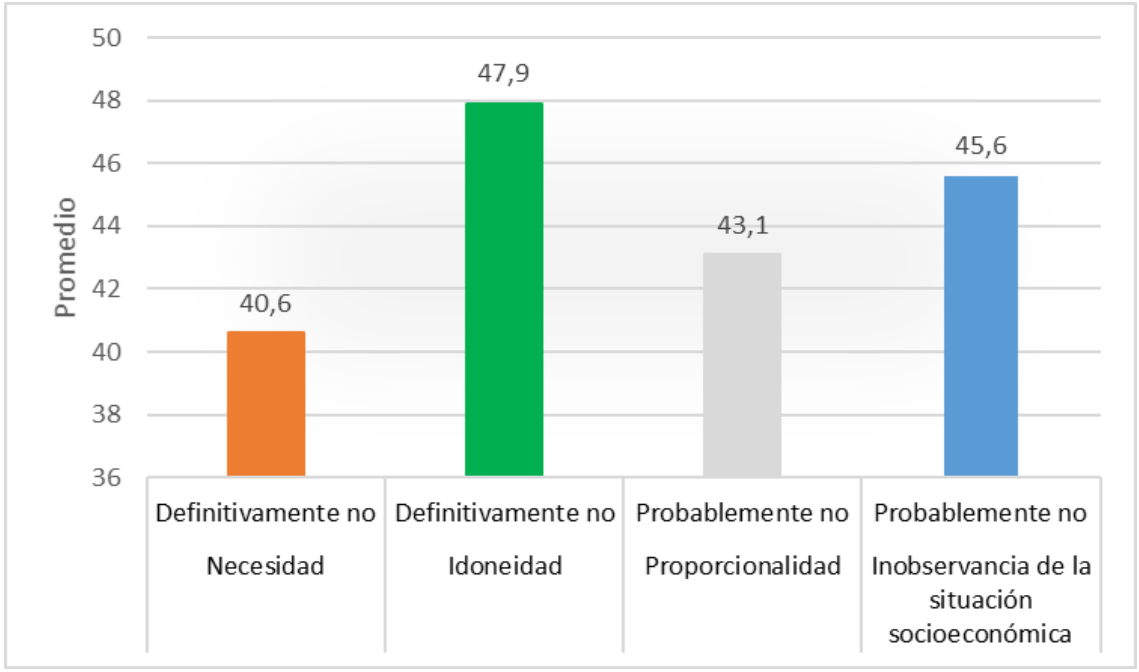
Inaplicación del principio de proporcionalidad

Dimensiones	Respuesta	Promedio
Necesidad	Definitivamente no	40,6
Idoneidad	Definitivamente no	47,9
Proporcionalidad	Probablemente no	43,1
Inobservancia de la situación socioeconómica	Probablemente no	45,6
Promedio		44,3

Fuente: Cuestionario

Figura 5

Inaplicación del principio de proporcionalidad



Fuente:Tabla 7

Interpretación

Según el cuestionario sobre la inaplicación del principio de proporcionalidad de la pena, se han alcanzado las siguientes puntuaciones:

El 40,6 % de los encuestados manifiestan que “definitivamente no” se aplica el requerimiento de necesidad en la proporcionalidad de la pena.El 47,90 % de los encuestados manifiestan que “definitivamente no” se aplica el requerimiento de idoneidad en la proporcionalidad de la pena.El 43,10 % de los encuestados manifiestan que “probablemente no” se aplica el requerimiento de proporcionalidad de la pena.El 45,6 % de los encuestados manifiestan que “probablemente no” haya observancia de la situación socioeconómica. (Tabla 6 y Figura 4)

El promedio de las puntuaciones alcanzadas sobre la inaplicación del principio de proporcionalidad es de 44,3 %, para la alternativa de “definitivamente no” lo que nos permite determinar que haya inaplicación del principio de proporcionalidad de la pena. (Tabla 6 y Figura 4)

- Sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier

Tabla 8

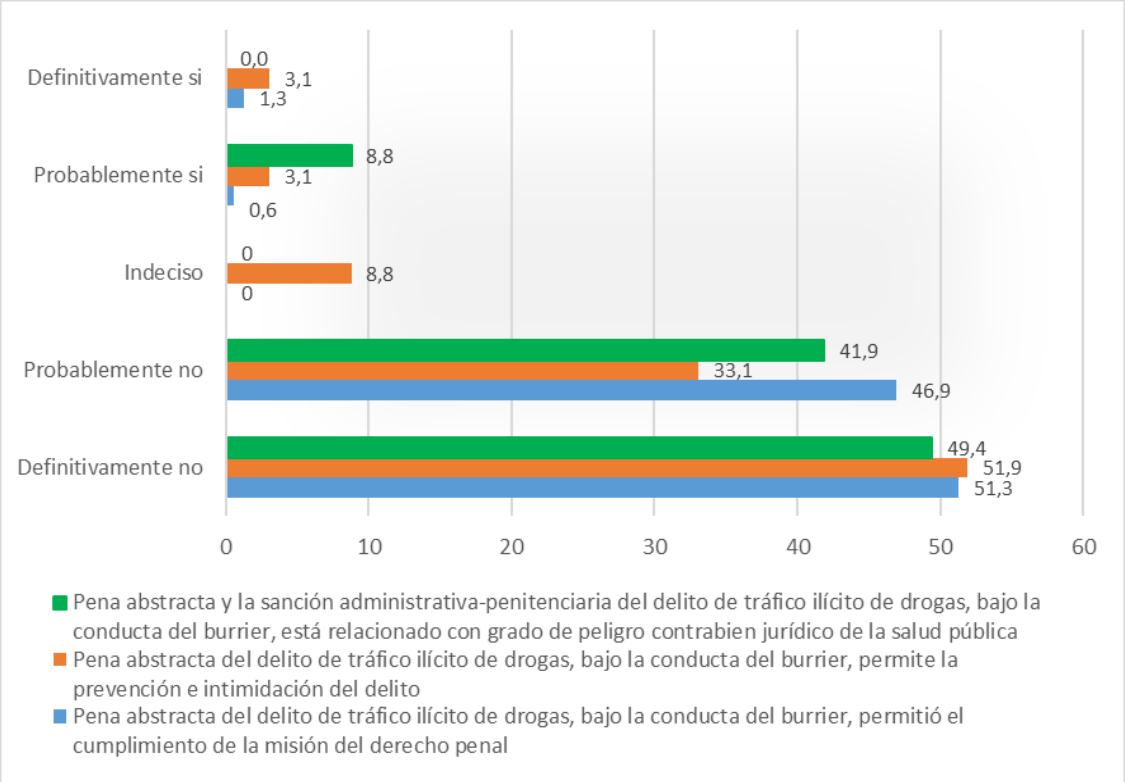
Aplicación de pena abstracta

Valoración	Definitivamente no		Probablemente no		Indeciso		Probablemente si		Definitivamente si	
	Fi	%	Fi	%	Fi	%	Fi	%	Fi	%
La pena abstracta del delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del burrier, permitió el cumplimiento de la misión del derecho penal	82	51,3	75	46,9	0	0,0	1	0,6	2	1,3
La pena abstracta del delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del burrier, permite la prevención e intimidación del delito	83	51,9	53	33,1	14	8,8	5	3,1	5	3,1
La pena abstracta y la sanción administrativa-penitenciaria del delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del burrier, está en relación al grado de peligro que genera al bien jurídico de la salud pública	79	49,4	67	41,9	0	0,0	14	8,8	0	0,0
Promedio	81,3	50,8	65,0	40,6	4,7	2,9	6,7	4,2	2,3	1,5

Fuente: Cuestionario

Figura 6

Aplicación de pena abstracta



Fuente: Cuestionario

Interpretación

El 51,3 % de los encuestados señalan que “definitivamente no” la pena abstracta del delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del burrier, permitió el cumplimiento de la misión del derecho penal; el 46,9 % señala que “probablemente no”; el 0 % se muestra “indeciso”; el 0,6 % dice que “probablemente si”; y, el 1,3 % manifiesta que “definitivamente si” la pena abstracta del delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del burrier, permitió el cumplimiento de la misión del derecho penal. (Tabla 8 y Figura 6)

El 51,9 % de los encuestados señalan que “definitivamente no” la pena abstracta del delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del burrier, permite la prevención; el 33,1 % señala que “probablemente no”; el 8,8% se muestra “indeciso”; el 3,1 % dice que “probablemente si”; y, el 3,1 % manifiesta que “definitivamente si” ” la pena abstracta del delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del burrier, permite la prevención. (Tabla 8 y Figura 6)

El 49,4 % de los encuestados señalan que “definitivamente no” la pena abstracta y la sanción administrativa-penitenciaria del delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del burrier, está en relación al grado de peligro que genera al bien jurídico de la salud pública; el 41,9 % señala que “probablemente no”; el 0 % señala que está “indeciso”; el 8,8 % dice que “probablemente si”; y, el 0 % manifiesta que “definitivamente si” la pena abstracta y la sanción administrativa-penitenciaria del delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del burrier, está en relación al grado de peligro que genera al bien jurídico de la salud pública.Por lo que se puede concluir que el 50,8 % de los encuestados manifiestan que “definitivamente no” se aplique la pena abstracta. (Tabla 8 y Figura 6)

Tabla 9

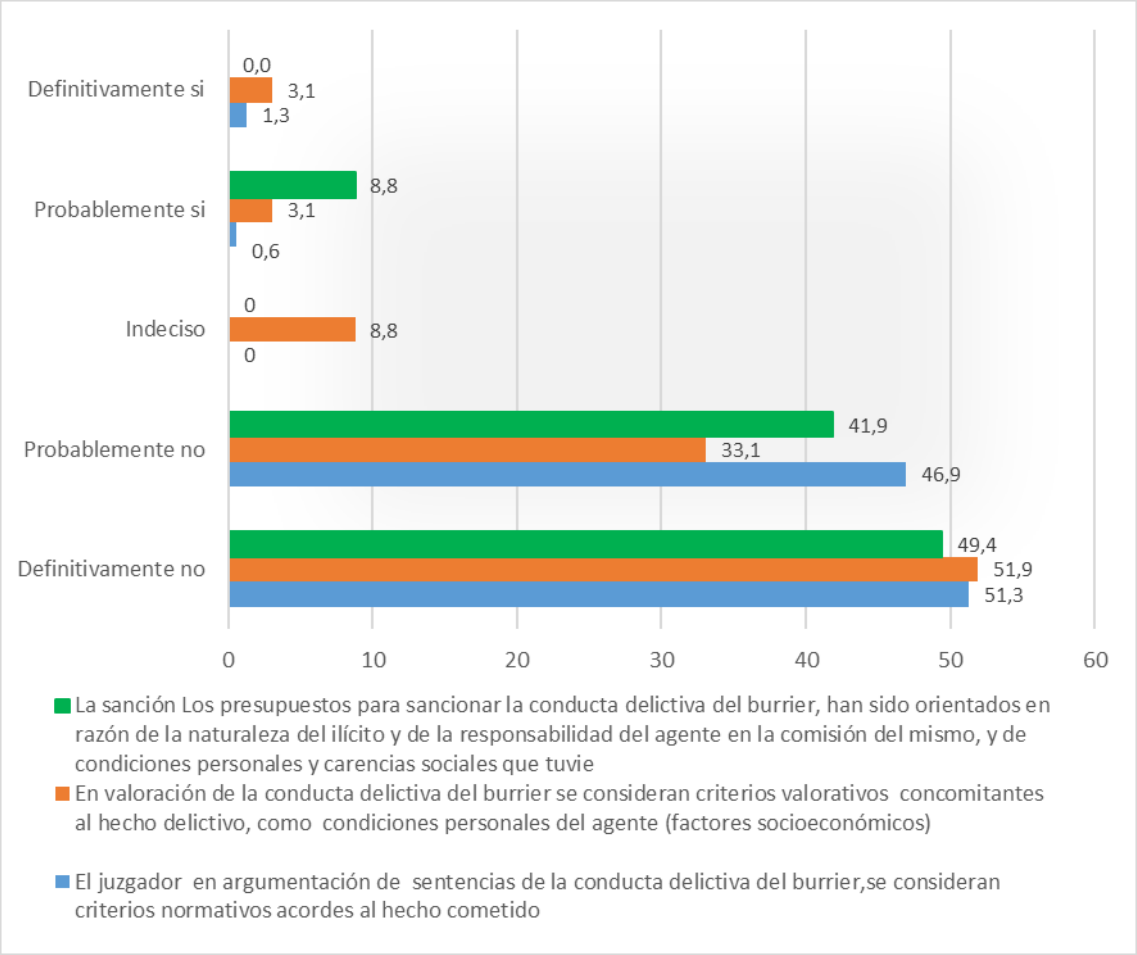
Presupuestos

Valoración	Definitivamente no		Probablemente no		Indeciso		Probablemente si		Definitivamente si	
	Fi	%	Fi	%	Fi	%	Fi	%	Fi	%
El juzgador en argumentación de sentencias de la conducta delictiva del burrier,se consideran criterios normativos acordes al hecho cometido	54	33,8	73	45,6	10	6.3	15	9,4	8	5,0
En valoración de la conducta delictiva del burrier se consideran criterios valorativos concomitantes al hecho delictivo, como condiciones personales del agente (factores socioeconómicos)	69	43,1	65.0	40,6	0	0.0	26	16.3	0	0,0
La sanción Los presupuestos para sancionar la conducta delictiva del burrier, han sido orientados en razón de la naturaleza del ilícito y de la responsabilidad del agente en la comisión del mismo, y de condiciones personales y carencias sociales que tuviere.	74	46,3	68	42,5	7	4,4	10	6,3	1	0,6
Promedio	65,7	41,0	68,7	42,9	5,7	3,5	17,0	10,6	3,0	1.9

Fuente: Cuestionario

Figura 7

Presupuestos



Fuente: Tabla 9

Interpretación

El 45,6 % de los encuestados señalan que “probablemente no” en la argumentación de las sentencias de la conducta delictiva del burrier se consideran criterios normativos acordes al hecho cometido; el 33,8 % señala que “definitivamente no”; el 6,3 % se muestra “indeciso”; el 9,4 % dice que “probablemente si”; y, el 5 % manifiesta que “definitivamente si” en la

argumentación de las sentencias de la conducta delictiva del burrier se consideran criterios normativos acordes al hecho cometido. (Tabla 9 y Figura 7)

El 43,1 % de los encuestados señalan que “definitivamente no” en la valoración de la conducta delictiva del burrier se consideran criterios valorativos que son concomitantes al hecho delictivo, como las condiciones personales del agente (factores socioeconómicos); el 40,6 % señala que “probablemente no”; el 0 % se muestra “indeciso”; el 6,3 % dice que “probablemente si”; y, el 0,6 % manifiesta que “definitivamente si” en la valoración de la conducta delictiva del burrier se consideran criterios valorativos que son concomitantes al hecho delictivo, como las condiciones personales del agente (factores socioeconómicos). (Tabla 9 y Figura 7)

El 46,3 % de los encuestados señalan que “definitivamente no” los presupuestos considerados para sanc ionar la conducta delictiva del burrier han sido orientados en razón de la naturaleza del ilícito y de la responsabilidad del agente en la comisión del mismo, como de las condiciones personales y carencias sociales que tuviere; el 42,5 % señala que “probablemente no”; el 4,4 % señala que está “indeciso”; el 6,3 % dice que “probablemente si”; y, el 0,6% manifiesta que “definitivamente si” los presupuestos considerados para sancionar la conducta delictiva del burrier han sido orientados en razón de la naturaleza del ilícito y de la responsabilidad del agente en la comisión del mismo, como de las condiciones personales y carencias sociales que tuviere. (Tabla 9 y Figura 7)

Por lo que se puede concluir que el 42,9 % de los encuestados manifiestan que “definitivamente no” se consideren los presupuestos generando la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier. (Tabla 9 y Figura 7)

Tabla 10

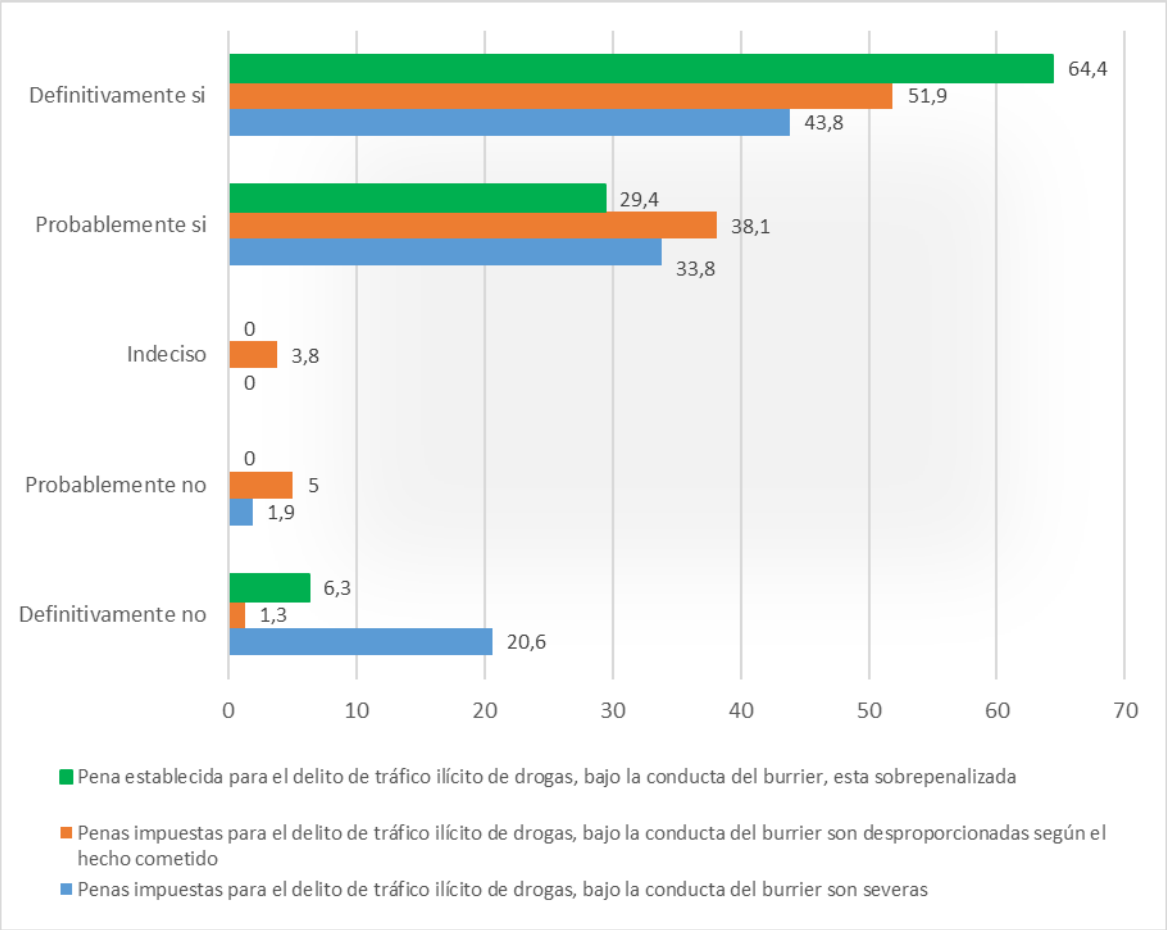
Sobrepenalidad del tráfico ilícito de drogas (TID)

Valoración	Definitivamente no		Probablemente no		Indeciso		Probablemente si		Definitivamente si	
	Fi	%	Fi	%	Fi	%	Fi	%	Fi	%
Penas impuestas para el delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del burrier son severas	33	20,6	3	1,9	0	0,0	54	33,8	70	43,8
Penas impuestas para el delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del burrier son desproporcionadas según el hecho cometido.	2	1,3	8	5,0	6	3,8	61	38,1	83	51,9
Pena establecida para el delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del burrier, esta sobrepenalizada.	10	6,3	0	0,0	0	0.0	47	29,4	103	64,4
Promedio	15,0	9,4	3,7	2,3	2,0	1,3	54,0	33,8	85,3	53,3

Fuente: Cuestionario

Figura 8

Sobrepenalidad del tráfico ilícito de drogas (TID)



Fuente: Tabla 10

Interpretación

El 43,8 % de los encuestados señalan que “definitivamente si” las penas impuestas para el delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del burrier son severas; el 33,8 % señala que “probablemente no”; el 0% se muestra “indeciso”; el2 0,6 % dice que “probablemente si”; y, el 1,9 % manifiesta que “definitivamente si” las penas impuestas para el delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del burrier son severas. (Tabla 10 y Figura 8)

El 51,9 % de los encuestados señalan que “definitivamente no” las penas impuestas para el delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del burrier son desproporcionadas según el hecho cometido; el 38,1 % señala que “probablemente no”; el 3,8 % se muestra “indeciso”; el 1,3 % dice que “probablemente si”; y, el 5 % manifiesta que “definitivamente si” las penas impuestas para el delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del burrier son desproporcionadas según el hecho cometido. (Tabla 10 y Figura 8)

El 64,4 % de los encuestados señalan que “definitivamente no la pena establecida para el delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del burrier, esta sobrepenalizada; el 29,4% señala que “probablemente no”; el 0 % señala que está “indeciso”; el 6,3 % dice que “probablemente si”; y, el 0 % manifiesta que “definitivamente si” la pena establecida para el delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del burrier, esta sobrepenalizada.Por lo que se puede concluir que el 53,3 % de los encuestados manifiestan que “definitivamente si” la pena establecida para el delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del burrier, esta sobrepenalizada. (Tabla 10 y Figura 8)

Tabla 11

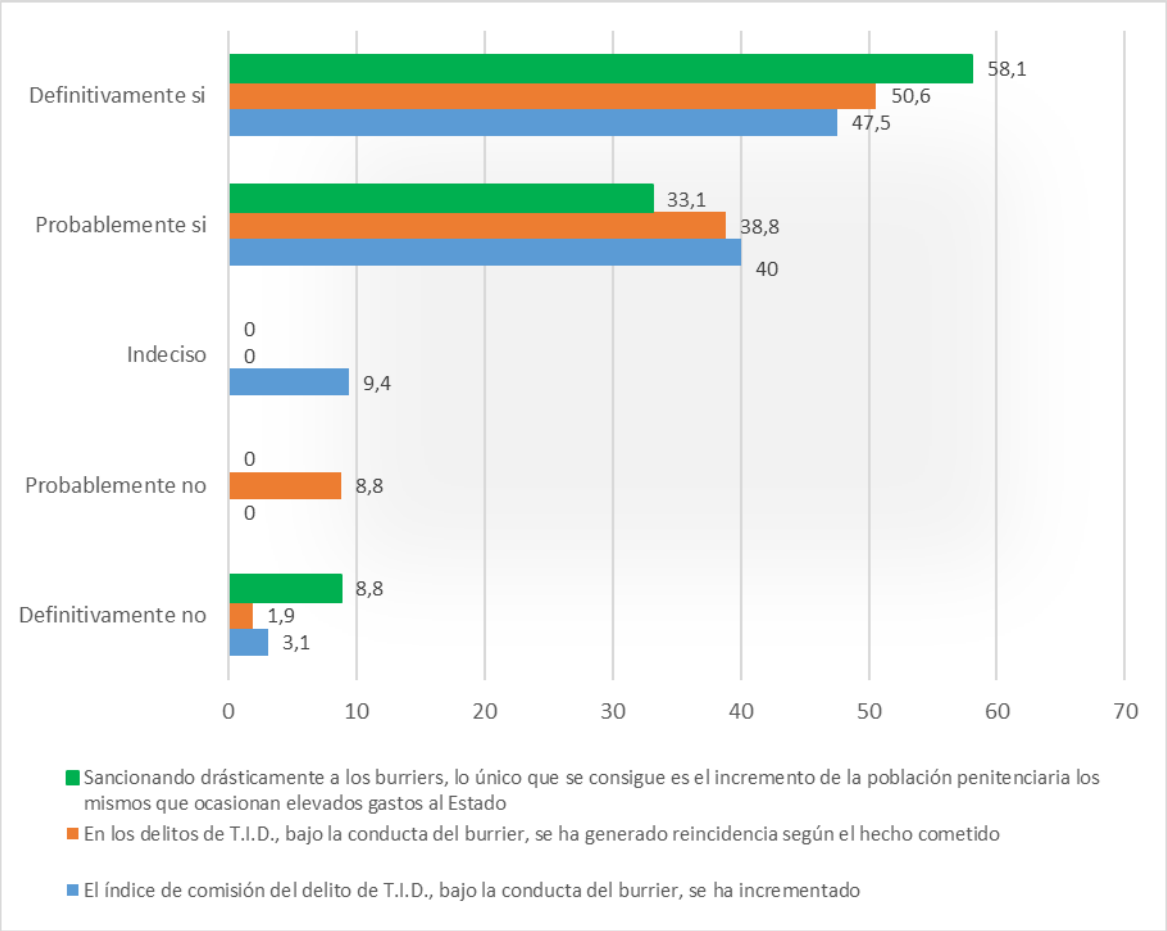
Comisión de delitos

Valoración	Definitivamente no		Probablemente no		Indeciso		Probablemente si		Definitivamente si	
	Fi	%	Fi	%	Fi	%	Fi	%	Fi	%
El índice de comisión del delito de T.I.D., bajo la conducta del burrier, se ha incrementado	5	3,1	0	0,0	15	9,4	64	40,0	76	47,5
En los delitos de T.I.D., bajo la conducta del burrier, se ha generado reincidencia	3	1,9	14	8,8	0	0,0	62	38,8	81	50,6
Sancionando drásticamente a los burriers, lo único que se consigue es el incremento de la población penitenciaria los mismos que ocasionan elevados gastos al Estado.	14	8,8	0	0,0	0	0,0	53	33,1	93	58,1
Promedio	7,3	4,6	4,7	2,9	5,0	3,1	59,7	37,3	83.3	52,1

Fuente: Cuestionario

Figura 9

Comisión de delitos



Fuente: Tabla 11

Interpretación

El 47,5 % de los encuestados señalan que “definitivamente si” el índice de comisión del delito de T.I.D., bajo la conducta del burrier, se ha incrementado; el 40 % señala que “probablemente si”; el 9,4 % se muestra “indeciso”; el 0 % dice que “probablemente no”; y, el 3,1 % manifiesta que “definitivamente no” el índice de comisión del delito de T.I.D., bajo la conducta del burrier, se ha incrementado. (Tabla 11 y Figura 9)

El 50,6 % de los encuestados señalan que “definitivamente si” en los delitos de T.I.D., bajo la conducta del burrier, se ha generado reincidencia; el 38,8 % señala que “probablemente si”; el 0 % se muestra “indeciso”; el 8,8 % dice que “probablemente no”; y, el 1,9 % manifiesta que “definitivamente no” en los delitos de T.I.D., bajo la conducta del burrier, se ha generado reincidencia. (Tabla 11 y Figura 9)

El 58,1 % de los encuestados señalan que “definitivamente si” sancionando drásticamente a los burriers, lo único que se consigue es el incremento de la población penitenciaria los mismos que ocasionan elevados gastos al Estado; el 33,1 % señala que “probablemente si”; el 0% señala que está “indeciso”; el 0 % dice que “probablemente no”; y, el 8,8 % manifiesta que “definitivamente no” sancionando drásticamente a los burriers, lo único que se consigue es el incremento de la población penitenciaria los mismos que ocasionan elevados gastos al Estado. (Tabla 11 y Figura 9)

Por lo que se puede concluir que el 52,1 % de los encuestados manifiestan que “definitivamente si” se ha incidido en la comisión de delitos de los burriers. (Tabla 11 y Figura 9)

Tabla 12

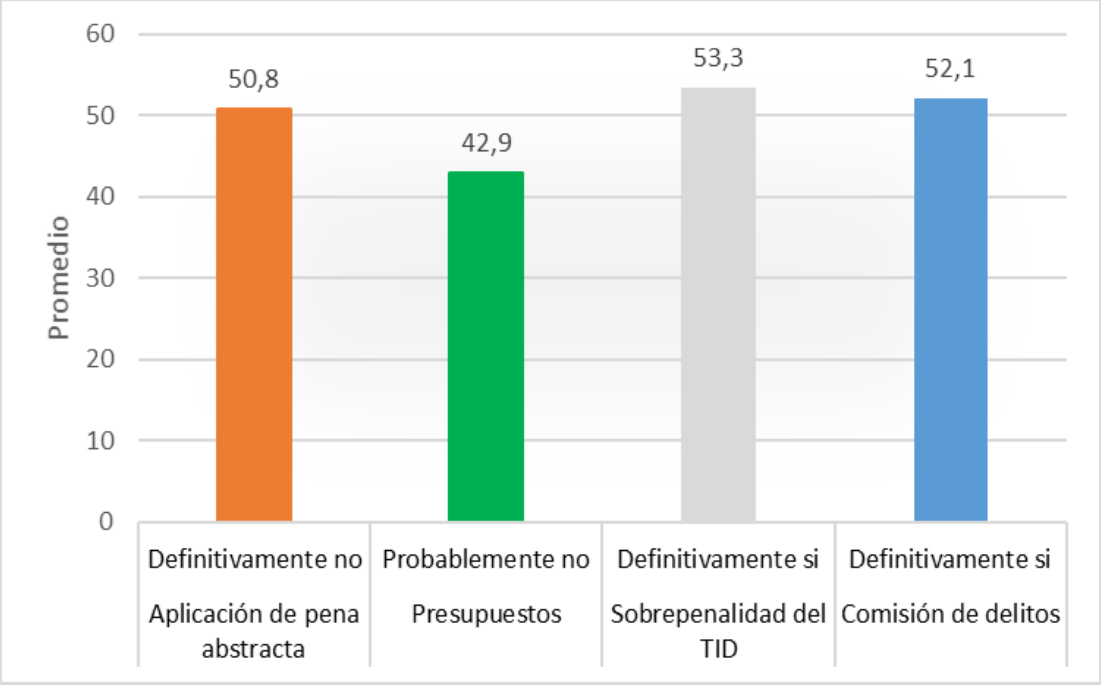
Sobrepenalización de la conducta delitiva del burrier

Dimensiones	Respuesta	Promedio
Aplicación de pena abstracta	Definitivamente no	50,8
Presupuestos	Probablemente no	42,9
Sobrepenalidad del TID	Definitivamente si	53,3
Comisión de delitos	Definitivamente si	52,1
Promedio		49,8

Fuente: Cuestionario

Figura 10

Sobrepenalización de la conducta delitiva del burrier



Fuente: Tabla 12

Interpretación

Se obtuvo para la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier, las siguientes puntuaciones:

El 50,8 % de los encuestados manifiestan que “definitivamente no” se aplica la pena abstracta.El 42,90 % de los encuestados manifiestan que “definitivamente no” se aplica los presupuestos en la proporcionalidad de la pena.El 53,30 % de los encuestados manifiestan que “definitivamente si” existe sobrepenalidad en la conducta delictiva del burrier.El 52,1 % de los encuestados manifiestan que “definitivamente si” existe incidencia en la comisión de delitos sobre conducta delictiva del burrier.El promedio de las puntuaciones alcanzadas sobre la inaplicación del principio de proporcionalidad es de 49,8 %, para la alternativa de “definitivamente no” lo que nos permite determinar que haya inaplicación del principio de proporcionalidad de la pena. (Tabla 12 y Figura 10)

– **Resultados de las sentencias**

Tabla 13

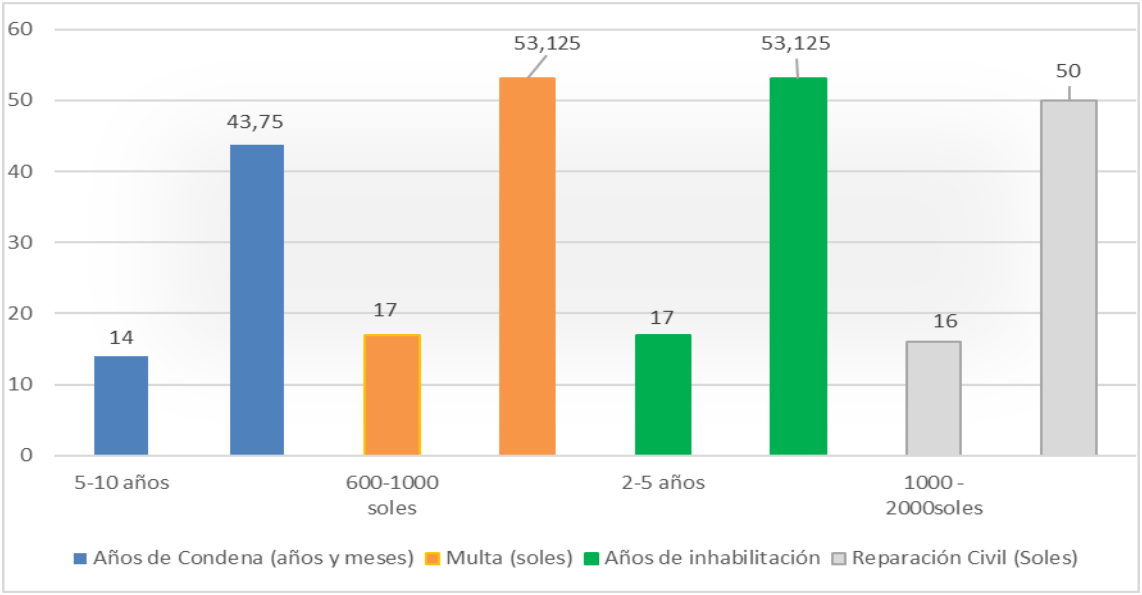
Características

Características	5-10 años		600-1000 soles		2-5 años		1000 -2000 soles	
	f	%	f	%	f	%	f	%
Años de Condena (años y meses)	14	43,75						
Multa (soles)			17	53,125				
Años de inhabilitación					17	53,125		
Reparación Civil (Soles)							16	50

Fuente: Cuestionario

Figura 11

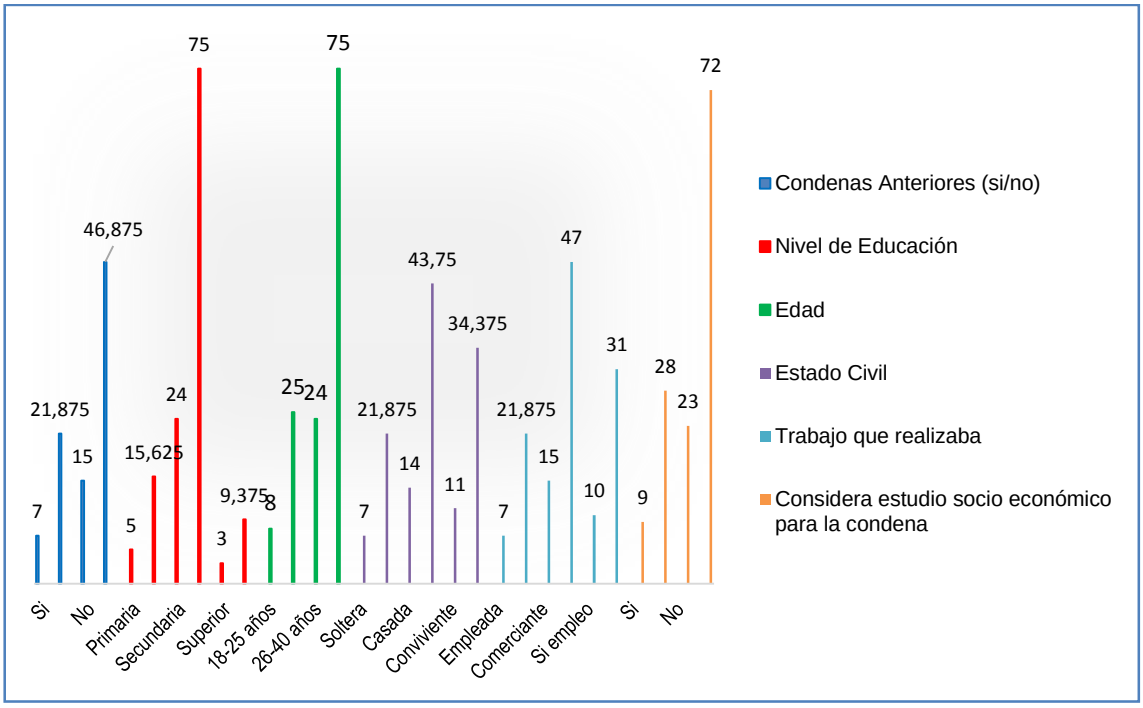
Características



Fuente : Tabla 13

Figura 12

Factores socioeconómicos



5.3.1 Análisis e interpretación de resultados de la entrevista aplicada

Los resultados de la entrevista aplicada a los magistrados de derecho penal, cuyas manifestaciones se muestran a continuación:

1. **¿Se consideró el principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad) en la determinación legal y judicial de la pena establecida para sancionar a las personas que cometen el delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta de burrier? Fundamente.**

No, porque la pena privativa para dicha modalidad delictiva son demasiadas severas en comparación a las penas de otros delitos, que inclusive afectan bienes jurídicos de mayor protección penal como la vida , el cuerpo y la salud o la libertad sexual.

2. **¿Considera usted que se consideran los factores socioeconómicos cuando sentencian a las personas que incurren en el delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta de burrier? Fundamente.**

No, aunque nuestro Código Penal exige que al momento de fundamentar y determinar la pena, se tenga en cuenta entre otras las carencias sociales que hubiere sufrido el agente, se aprecia que en los casos de tráfico ilícito de drogas se acostumbra a verificar sencillamente la configuración de la conducta punible, la cual en su mayoría de casos se cometan en flagrancia, razón por la cual, atendiendo a los casos de los burriers, debería tener mayor consideración en dicho aspecto, toda vez que dichas personas recurren aunque indebidamente a tales actividades ilícitas debido a su carencia social.

3. **¿Considera usted que el tipo penal establecido en el Código Penal para sancionar a las personas que incurran en el delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta de burrier, cumple con los fines de la pena? Fundamente.**

No, porque mas que un fin preventivo es un fin exageradamente sancionador, lo cual no representa el verdadero sentido de las normas penales, por lo que existe necesidad de reevaluar la prognosis de las penas.

4. **¿Considera usted que, respecto al delito de tráfico ilícito de drogas estamos asumiendo un modelo de política criminal, no acorde a nuestra realidad socioeconómica, la misma que se ha plasmado en nuestra normatividad penal? Fundamente.**

Si, efectivamente la política criminal no es acorde a nuestra realidad socioeconómica, dado que las causas por lo general son de índole económico, que es razón para que las personas incurren en tal delito, en cambio la política criminal que asumimos es de otro país, de distintas conductas delictivas que, si afecta gravemente el bien jurídico tutelado, siendo las penas severas.

5. **¿Cuál considera ud. son los efectos de las drásticas sanciones aplicadas a las personas que incurran en el delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta de burrier? Fundamente.**

Entre los efectos de las drásticas sanciones aplicadas a las personas que incurran en el delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta de burrier tenemos las siguientes: mayor clandestinidad en la comisión del delito, mayor oferta o promesa de pago a los burriers, quienes por necesidad se ven obligado a transportar la droga; y, mayor especialidad de los delincuentes.

6. **¿Considera usted que se tiene que realizar una reforma normativa del Código Penal con relación al delito de tráfico ilícito de drogas, realizando la diferenciación de las diversas conductas delictivas y estableciendo penas de acorde a la cantidad de la sustancia ilícita? Fundamente.**

Si, porque debe observarse el principio de lesividad y proporcionalidad de penas, de acuerdo a la naturaleza y bienes jurídicos protegidos, teniendo en cuenta la realidad del país.

5.3. CONTRASTE DE HIPÓTESIS

La hipótesis del presente trabajo es: La inaplicación del principio de proporcionalidad de la pena influye directamente en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna, 2014-2016. Las hipótesis fueron comprobadas mediante la aplicación de los instrumentos de medición (cuestionario, entrevista y análisis documental); con la aplicación de método mixto e inductivo. Los resultados de su comprobación son detallados a continuación

- **Comprobación de la primera hipótesis específica**

H_{i1}: La inaplicación del requerimiento de necesidad de la pena influye directamente en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016.

H_{01}: La inaplicación del requerimiento de necesidad de la pena no influye directamente en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016.

Tabla 14

Correlación

		Sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier
Necesidad	Coeficiente de Pearson	0,771(**)
	Sig. (bilateral)	0,000
	N	160

** La correlación es significativa al nivel 0,01 (bilateral).

Fuente: base de datos

En conclusión, esto significa que existe una correlación directa entre los índices de necesidad y sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier. Es decir que existe un 0, 77 % de probabilidad que el requerimiento de necesidad de la pena; tenga una relación directa en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier.Asimismo, estos resultados coinciden con los resultados de las sentencias de la conducta delictiva del burrier (Tablas y Figuras 11,12); y las entrevistas aplicadas a los magistrados.

Por lo que, se rechaza la hipótesis H0, y se acepta la hipótesis de estudio, concluyéndose que: la inaplicación del requerimiento de necesidad de la pena influye directamente en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016.

- **Comprobación de la segunda hipótesis específica**

H_{i2}:La inaplicación del requerimiento de idoneidad de la pena influye directamente en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016.

H_{02}: La inaplicación del requerimiento de idoneidad de la pena noinfluye directamente en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016.

Tabla 15

Correlación

		Sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier
Idoneidad	Coeficiente de Pearson	0,700(**)
	Sig. (bilateral)	0,000
	N	160

** La correlación es significativa al nivel 0,01 (bilateral).

Fuente: base de datos

En conclusión, esto significa que existe una correlación directa entre los índices de idoneidad y sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier. Es decir que existe un 0, 70 % de probabilidad que la idoneidad de la pena; tenga una relación directa en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier.

Asimismo, estos resultados coinciden con los resultados de las sentencias de la conducta delictiva del burrier (tablas y figuras 11,12); y las entrevistas aplicadas a los magistrados. Por lo que, se rechaza la hipótesis H0, y se acepta la hipótesis de estudio, concluyéndose que: la inaplicación del requerimiento de

idoneidad de la pena influye directamente en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016.

- **Comprobación de la tercera hipótesis específica**

H $_{i3}$:La inaplicación del requerimiento de proporcionalidad de la pena influye directamente en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016.

H$_{03}$: La inaplicación del requerimiento de proporcionalidad de la pena noinfluye directamente en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016.

Tabla 16

Correlación

		Sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier
Inaplicación del requerimiento de proporcionalidad de la pena	Coeficiente de Pearson	0,750(**)
	Sig. (bilateral)	0,000
	N	160

** La correlación es significativa al nivel 0,01 (bilateral).

Fuente: base de datos

En conclusión, esto significa que: existe una correlación directa entre los índices de proporcionalidad y sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier. Es decir que existe un 0, 75 % de probabilidad que la proporcionalidad de la pena; tenga una relación directa en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier.Asimismo, estos resultados coinciden con los resultados de las sentencias de la conducta delictiva del burrier (tablas y figuras 11,12); y las entrevistas aplicadas a los magistrados.

Por lo que, se rechaza la hipótesis H0, y se acepta la hipótesis de estudio, concluyéndose que: la inaplicación del requerimiento de proporcionalidad de la pena influye directamente en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016.

- **Comprobación de la cuarta hipótesis específica**

H_{i4}: La inobservancia de la situación económica del imputado influye directamente en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016.

H_{04}: La inobservancia de la situación económica del imputado no influye directamente en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016.

Tabla 17

Correlación

		Sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier
Inobservancia de la situación socioeconómica	Coeficiente de Pearson	0,730(**)
	Sig. (bilateral)	0,000
	N	160

** La correlación es significativa al nivel 0,01 (bilateral).

Fuente: base de datos

En conclusión, esto significa que: existe una correlación directa entre los índices de inobservancia de la situación socioeconómica y sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier. Es decir que existe un 0, 73 % de probabilidad que la inobservancia de la situación socioeconómica; tenga una relación directa en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier.

Asimismo, estos resultados coinciden con los resultados de las actividades de asistencia educativa (tablas y figuras 11,12); y las entrevistas aplicadas a los magistrados.

Por lo que, se rechaza la hipótesis H0, y se acepta la hipótesis de estudio, concluyéndose que: la inobservancia de la situación socioeconómica del imputado influye directamente en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016.

- **Comprobación de la hipótesis general**

H $_{i4}$: La inaplicación del principio de proporcionalidad de la pena influye directamente en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016.

H$_{04}$: La inaplicación del principio de proporcionalidad de la pena no influye directamente en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016..

Tabla 18

Correlación

		Sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier
Inaplicación del principio de proporcionalidad	Coeficiente de Pearson	0,740(**)
	Sig. (bilateral)	0,000
	N	160

** La correlación es significativa al nivel 0,01 (bilateral).

Fuente: base de datos

En conclusión, esto significa que existe una correlación directa entre los índices de la inaplicación del principio de proporcionalidad y sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier. Es decir que existe un 0, 74 % de probabilidad que la inaplicación del principio de proporcionalidad; tenga una relación directa en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier.

Asimismo, estos resultados coinciden con los resultados de las actividades de asistencia educativa (tablas y figuras 11,12); y las entrevistas aplicadas a los magistrados.

Por lo que, se rechaza la hipótesis H0, y se acepta la hipótesis de estudio, concluyéndose que: la inaplicación del principio de proporcionalidad de la pena influye directamente en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016.

CAPÍTULO VI

DISCUSIÓN

En este capítulo se discutirán los hallazgos obtenidos en el presente estudio, teniendo como objetivo analizar la influencia de la inaplicación del principio de proporcionalidad de la pena en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna, 2014-2016. En primer lugar, se discute sobre los hallazgos de la inaplicación del principio de proporcionalidad; y, en segundo lugar, la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier.

En cuanto a la inaplicación del principio de proporcionalidad, hallamos que el 40,6 % de los encuestados manifiestan que “definitivamente no” se aplica el requerimiento de necesidad en la proporcionalidad de la pena; al hallarse que no se consideró la relación medio-medio, identificación de medios alternativos idóneos; y, el nivel de necesidad de la intervención de la pena.El 47,90 % de los encuestados manifiestan que “definitivamente no” se aplica el requerimiento de idoneidad en la proporcionalidad de la pena, ya que no se ha previsto la aplicación de la relación entre el medio y el fin de la pena, el nivel de reciprocidad; y, la utilidad de la pena.El 43,10 % de los encuestados manifiestan que “probablemente no” se aplica el requerimiento de proporcionalidad de la pena; estos resultados son a consecuencia que no se considera la sanción punitiva impuesta en relación al bien jurídico protegido.El 45,6 % de los encuestados manifiestan que “probablemente no” haya observancia de la situación socioeconómica; al observarse que los operadores del derecho no han considerado evaluar la escasa instrucción y precariedad económica de los imputados.

El promedio de las puntuaciones alcanzadas sobre la inaplicación del principio de proporcionalidad es de 44,3 %, para la alternativa de “definitivamente

no” lo que nos permite determinar que haya inaplicación del principio de proporcionalidad de la pena.Estos resultados coinciden con lo manifestado por: (Salas, 2018) Los criterios normativos y facticos de los jueces en la aplicación del principio de proporcionalidad de las penas en delitos de T.I.D en el juzgado penal Unipersonal de Tingo María - Huánuco, 2014, quien señala lo siguiente: Se advierte que el 47,06 % de los jueces encuestados indican que si existe una distorsión del principio de proporcionalidad, mientras que el 52,94 % de los jueces encuestados indican que no existe una distorsión del principio de proporcionalidad. Asimismo, el estudio indica que el 52,94 % de los jueces encuestados indican que nuestro Código no precisa sobre micro comercialización y micro producción de materias primas o insumos para ser destinados a la elaboración de droga y el 47,06 % de jueces encuestados indican que si lo precisa. En este orden de ideas de un total de 17 jueces encuestados el 82,35 % indican que si tomaron en consideración la cantidad de insumo comisado y el 17,65 % de jueces encuestados indican que no tomaron en consideración la cantidad de insumo comisado. Esto es para determinar la pena mínima y máxima. Finalmente, el 82, 35% de jueces indican que el tercer párrafo del Art.296 del C.P sobre materias primas o insumos para ser destinados a la elaboración ilegal de drogas debería ser reglamentado e incorporado una tabla respecto a la cantidad del I.Q.P.F.C, para en virtud de esto determinar la pena y reparación civil y solo el 17,65 % de jueces indican que no debería de ser reglamentada ni incorporada. En la realidad fáctica los jueces no aplican los criterios normativos al momento de aplicar el principio de proporcionalidad de las penas en los delitos de tráfico ilícito de drogas. De la misma manera los jueces si toman en consideración la cantidad de insumo comisado para determinar las penas.

En cuanto a la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier, se halló los siguientes resultados: el 50,8 % de los encuestados manifiestan que “definitivamente no” se aplica la pena abstracta, al hallarse que: la pena abstracta del delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del burrier, no permitió el cumplimiento de la misión del derecho penal; la pena abstracta del delito de

tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del Burrier, no permite la prevención e intimidación del delito; la pena abstracta y la sanción administrativa-penitenciaria del delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del burrier, no está en relación al grado de peligro que genera al bien jurídico de la salud pública.El 42,90% de los encuestados manifiestan que “definitivamente no” se aplica los presupuestos en la proporcionalidad de la pena, al determinarse que no se consideran criterios normativos acordes al hecho cometido, los criterios valorativos concomitantes al hecho delictivo, como las condiciones personales del agente (factores socioeconómicos); y, los presupuestos considerados para sancionar la conducta delictiva del burrier no han sido orientados en razón de la naturaleza del ilícito y de la responsabilidad del agente en la comisión del mismo, como de las condiciones personales y carencias sociales que tuviere.El 53,30% de los encuestados manifiestan que “definitivamente si” existe sobrepenalidad en la conducta delictiva del burrier; estos resultados son a consecuencia de que las penas impuestas para el delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del burrier son severas; las penas impuestas para el delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del burrier son desproporcionadas según el hecho cometido; la pena establecida para el delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del burrier, esta sobrepenalizada.El 52,1 % de los encuestados manifiestan que “definitivamente si” existe incidencia en la comisión de delitos sobre conducta delictiva del burrier, al hallarse que el índice de comisión del delito de T.I.D., bajo la conducta del burrier, se ha incrementado; los delitos de T.I.D, bajo la conducta del burrier, ha generado reincidencia; asimismo se halló que sancionando drásticamente a los burriers, lo único que se consigue es el incremento de la población penitenciaria los mismos que ocasionan elevados gastos al Estado.

El promedio de las puntuaciones alcanzadas sobre la inaplicación del principio de proporcionalidad es de 49,8 %, para la alternativa de “definitivamente no” lo que nos permite determinar que haya inaplicación del principio de proporcionalidad de la pena.

Estos resultados guardan relación con lo manifestado por Rodríguez (2017) Aplicación del principio de proporcionalidad como alternativa a la sobrepenalización de los delitos en la provincia de Trujillo, quien señala lo siguiente: “la aplicación del principio de proporcionalidad es una alternativa a la sobrepenalización de los delitos, como lo ha establecido la jurisprudencia penal peruana en determinados casos. Además, como objetivos específicos: analizar las sentencias condenatorias con la finalidad de identificar la aplicación del principio de proporcionalidad, explicar las ejecutorias supremas y las sentencias del Tribunal Constitucional peruano sobre el principio de proporcionalidad y advertir a los operadores jurídicos la aplicación de principios del Derecho Penal”. (p.100). .

CONCLUSIONES

1. La inaplicación del principio de proporcionalidad de la pena influye directamente en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016.El coeficiente de relación del 0, 74 % señala que existe la probabilidad que la inaplicación del principio de proporcionalidad; tenga una relación directa en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier, al hallarse que la necesidad, idoneidad, proporcionalidad; y la inobservancia de la situación socioeconómica en la aplicación de la pena influye directamente en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna.

2. La inaplicación del requerimiento de necesidad de la pena influye directamente en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016. Existe un 0, 77% de probabilidad que el requerimiento de necesidad de la pena; tenga una relación directa en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier, al hallarse que no se consideró la relación medio-medio, identificación de medios alternativos idóneos; y, el nivel de necesidad de la intervención de la pena.

3. La inaplicación del requerimiento de idoneidad de la pena influye directamente en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016. Existe un 0, 70 % de probabilidad que la idoneidad de la pena; tenga una relación directa en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier, ya que no se ha previsto la aplicación de la relación entre el medio y el fin de la pena, el nivel de reciprocidad; y, la utilidad de la pena.

4. La inaplicación del requerimiento de proporcionalidad de la pena influye directamente en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016.Existe un 0, 75 % de probabilidad

que la proporcionalidad de la pena; tenga una relación directa en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier, a consecuencia que no se consideró la sanción punitiva impuesta en relación al bien jurídico protegido.

5. La inobservancia de la situación socioeconómica del imputado influye directamente en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna en 2014-2016. Existe un 0, 74 % de probabilidad que la inaplicación del principio de proporcionalidad; tenga una relación directa en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier, al hallarse que los operadores del derecho no han considerado evaluar la escasa instrucción y precariedad económica de los imputados.

RECOMENDACIONES

1. El Estado, a través del Poder Legislativo debe promulgar la Ley de racionalización de la pena de los burriers o correos de droga y otras conductas delictivas del delito de tráfico ilícito de drogas en base al principio de proporcionalidad, a fin terminar sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier a consecuencia de la inaplicación del principio de proporcionalidad de la pena.

2. Se tiene que modificar el artículo 296 del Código Penal, en el cual se debe de establecer en función de la necesidad, idoneidad, proporcionalidad e inobservancia de la situación socioeconómica a fin de hacer frente a la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier.

3. Los operadores del derecho deben evaluar al momento de fundamentar y determinar la pena, se tenga en cuenta las carencias sociales que hubiere sufrido el agente, ya que se aprecia que en los casos de tráfico ilícito de drogas se acostumbra a verificar sencillamente la configuración de la conducta punible, la cual en su mayoría de casos se cometan en flagrancia, razón por la cual, atendiendo a los casos de los burriers, debería tener mayor consideración en la vulne, toda vez que dichas personas recurren aunque indebidamente a tales actividades ilícitas debido a su carencia social.

4. El Estado debe de realizar políticas públicas, en cuanto a prevención del delito, difundiendo las consecuencias que generan la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas , en lugares marginales ubicadas en zonas fronterizas, dado que las personas que habitan en dichos lugares son vulnerables para ser captadas por organizaciones criminales que se dedican a la comercialización internacional de droga, para luego ser utilizadas como objetos instrumentos en el trasporte de la droga.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bonesana, C. (1993). *Tratado de los delitos y las penas.* Madrid: Tomás y Valiente.

Bustos, J. (1989). Buenos Aires.

Camaño, A. (1957). *Derecho Penal.Parte General.* Montevideo: Bibliográfica Uruguaya.

Carbajal, M. (2017). *El principio de proporcionalidad de las penas y los delitos de conducción en estado de ebriedad en la Corte Superior de Justicia del Callao-2017.* Lima: Universidad César Vallejo.

Carbonell, J. (1996). *Derecho Penal:Concepto y principios Constitucionales (2 ed).* Valencia: Tirant lo Blanch.

Carranca, R. (1941). *Derecho Penal. Parte General(2 ed).* México D.F: Robredo de José Porrúa.

Castro, A. (2008). *El por qué y el para qué de las penas (Análisis crítico sobre los fines de la pena).* Madrid: Dykinson.

Cipra, J. (2018). *La sobrepenalización del delito de falsedad ideológica por la calidad del sujeto agente.* Lima: Universidad César Vallejo.

Corte Suprema de Justicia. (2013). *IV Pleno jurisdiccional de las Salas permanentes,transitorias y especial.Acuerdo plenario N° 1.* Lima.

Cuello, E. (1958). *La moderna penología (Vol. 1).* Barcelona: Bosch.

De la fuente, S. (2017). *Problemática de la determinación de la pena en el artículo 45-A del código penal y la afectación al principio proporcionalidad*

al tercer trimestre, Arequipa-2015. Juliaca: Universdad Andina Néstor Cáceres Velásquez.

Demetrio, E. (1999). *Prevención General e Individualización judicial de la Pena.* Salamanca: Universidad de Salamanca.

Diario Oficial de las Comunidades Europeas. (2013). *Carta de los Derechos Fundamentales.* Lima: Idemsa.

Erreyes, V. (2015). *La aplicación del principio de proporconalidad en la sanción a los conductores por exceso de velocidad.* Quito: Universidad Central del Ecuador.

Ferrajoli, L. (2005). *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal (7 ed.).* Madrid: Trotta.

García, M. (1982). *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español.* Barcelona: Universidad de Barcelona.

García, M. (2001). *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* México D.F: UNAM.

Gavilanes, M. (2013). *La aplicación constitucional del principio de proporcionalidad en las sanciones penales.* Quito: Universidad San Francisco de Quito.

Guacho, E. (2017). *Lasmultas como pena accesoria del delito y el principio de proporcionalidad.* Ambato: Universidad Técnica de Ambato.

Jescheck, H., y Weigent, T. (1996). *Tratado de derecho Penal:Parte General (5 ed).* Berlín: Duncker u Humbolt.

Jiménez de Asúa, L. (1984). *La ley y el delito Principios de Derecho Penal (13 ed).* Buenos Aires: Sudamericana.

Llorens, R. (2005). *Proporcionalidad de la penas en el derecho penal chileno.* Valdivia: Universidad Austral de Chile.

Mandujano, A. (2018). *Principio de proporcionalidad y racionalidad en la determinación judicial de la pena en el delito de secuestro.* Chiclayo: Universidad Particular de Chiclayo.

Mir, S. (2006). *Estado, pena y delito.* Buenos Aires: B de F.

Naciones Unidas. (2004). *Convención de las Naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos.* Lima: Idemsa.

Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. (20 de 02 de 2004). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.* Obtenido de http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2845.pdf?view=1: http://www.acnur.org

ONU. (11 de 04 de 2013). *http://www.un.org/es/documents/udhr/.* Obtenido de http://www.un.org/es/documents/udhr/: http://www.un.org/es/documents/udhr/

Oros, R. (2014). *El Derecho Penal en la era de la postmodernidad.* Lima: Grijley.

Peña, A. (2007). *Derecho Penal Parte General - Teoria del Delito y de la Pena y las Consecuencias Juridicas (SEGUNDA EDICION ed.).* Lima: Rhodas S.A.C.

Prado, V. (2010). *Determinación judicial de la pena y Acuerdos Plenarios.* Lima: Idemsa.

Prado, V. (2016). *Consecuencias jurídicas del delito.giro punitivo y nuevo marco legal.* Lima: Idemsa.

Righi, E. (2010). *Derecho Penal.Parte General(2 ed.).* Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Rodríguez, E. (2017). *Aplicación del principio de proporcionalidad como alternativa a la sobrepenalización de los delitos en la provincia de Trujillo.* Trujillo: Univerisdad Nacional de Trujillo.

Roxin, C. (1973). *Problemas básicos del derecho penal.(D.Luzón,Trad.).* Mdrid: Reus S.A.

Salas, A. (2018). *Los criterios normativos y fácticos de los jueces en la aplicación del principio de proporcionalidad de las penas en delitos de T.I.D en el juzgado penal unipersonal de Tingo María -Huánuco, 2014.* Huánuco: Universidad de Huánuco.

Silva. (1992). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo.* Barcelona: Bosch.

Solis, A. (2004). *Criminología Panorama Contemporáneo(Cuarta edición ed.).* Lima: Editorial BYB.

Tribunal Constitucional. (31 de 07 de 2003). *http://www.justiciaviva.org.pe/jurispu/Sentencia-Legislacion%20Antiterrorista.pdf*. Obtenido de http://www.justiciaviva.org.pe/jurispu/Sentencia-Legislacion%20Antiterrorista.pdf.

Villavicencio, F. (1997). *Introducción a la Criminología (Primera edición ed.).* Lima: Grijley.

Villavicencio, F. (2006). *Derecho Penal-Parte General (Primera edición ed.).* Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

Von Feuerbach, P. (1847). *Tratado de Derecho Penal Común vigente en Alemania(14 ed).* Giessen: Alemana.

Von Lizt, F. (1984). *La idea de fín en el Derecho Penal.* Valparaíso: Edeval.

Zaffaroni, E. (1998). *Manual de Derecho Penal.* Lima: Idemsa.

Zaffaroni, R. (1998). *Dereho Penal Parte General.* Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrias y Financiera.

Zavaleta, J. (2014). *La Sobrecriminalización en el ordenamiento penal nacional.* Trujillo: Universidad Privada Antenor Orrego.

ANEXOS

ANEXO 1. Cuestionario

INAPLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SOBREPENALIZACIÓN DE LA CONDUCTA DELICTIVA DEL BURRIER EN EL DISTRITO JUDICIAL DE TACNA

Estimado, la presente encuesta tiene por finalidad la obtención de información acerca de la influencia de la inaplicación del principio de proporcionalidad de la pena en la sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier en el distrito judicial de Tacna. La presente encuesta es anónima, por favor responda con sinceridad, marcando con un aspa en el recuadro correspondiente a la alternativa que usted elija:

Tipo de actividad: _____

Años de experiencia: _____

Sexo: _____ Edad: _____

I. Inaplicación del principio de proporcionalidad

Proposición	**Escala de Valoración**				
	Definitivamente si	**Probablemente si**	**Indeciso**	**Probablemente no**	**Definitivamente no**
A. Necesidad					
1. ¿Se considera la relación medio-medio, es decir comparar entre medios, la medida menos gravosa?					
2. ¿Considera usted que el juzgador ha considera la identificación de medios alternativos idóneos?					
3. ¿Considera Ud., en los casos de conducta delictiva del burrier se examina al detalle el delito y sus agravantes con la medida sancionadora a imponer?					

B. Idoneidad					
4. ¿Los años de pena privativa de libertad que se le impone al burrier está acorde a la conducta delictiva?					
5. ¿La medida impuesta es útil y adecuada para alcanzar la finalidad que persigue?					
6. ¿Considera que las medidas implementadas como *medio- fin* hasta el día de hoy contribuyen a la protección de los derechos de los afectados por este tipo de delitos?					
C. Proporcionalidad					
7. ¿Considera Ud., que el juzgador valora de manera idónea la equivalencia el grado de afectación de la conducta delictiva del burrier?					
8. ¿Considera que la presencia de cantidad de la sustancia ilicita es coherente con la sanción penal impuesta?					
9. ¿Considera que la sanción punitiva impuesta a la conducta delictiva del burrier está en relación al bien jurídico protegido?					
D. Inobservancia de la situación socioeconómica					

10. Se considera las condiciones personales del agente, como es el grado de instrucción.					
11. Se considera las condiciones personales del agente, como es la situación económica.					
12. Respecto al delito de tráfico ilícito de drogas estamos asumiendo un modelo de política criminal, no acorde a nuestra realidad socioeconómica, la misma que se ha plasmado en nuestra normatividad penal.					

II. Sobrepenalización de la conducta delictiva del burrier

Proposición	Escala de Valoración				
	Definitivamente si	Probablemente si	Indeciso	Probablemente no	Definitivamente no
E. Aplicación de pena abstracta					
13. ¿La pena abstracta del delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del Burrier, permitió el cumplimiento de la misión del derecho penal?					
14. ¿La pena abstracta del delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del Burrier, permite la prevención e intimidación del delito?					
15. ¿La pena abstracta y la sanción administrativa-penitenciaria del delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del burrier, está en					

relación al grado de peligro que genera al bien jurídico de la salud pública??					
F. Presupuestos					
16. ¿En la argumentación de las sentencias de la conducta delictiva del burrier se consideran criterios normativos acordes al hecho cometido?.					
17. ¿En la valoración de la conducta delictiva del burrier se consideran criterios valorativos que son concomitantes al hecho delictivo, como las condiciones personales del agente (factores socioeconómicos)?					
18. ¿Considera ud. que los presupuestos considerados para sancionar la conducta delictiva del burrier han sido orientados en razón de la naturaleza del ilícito y de la responsabilidad del agente en la comisión del mismo, como de las condiciones personales y carencias sociales que tuviere?					
G. Sobrepenalidad del TID.					
19. ¿Considera ud. que las penas impuestas para el delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del burrier son severas?					
20. ¿Considera ud. que las penas impuestas para el delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del burrier son desproporcionadas según el hecho cometido?					

21. La pena establecida para el delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la conducta del burrier, esta sobrepenalizada.					
H. Comisión de delitos					
22. ¿Considera usted que el indice de comisión del delito de T.I.D., bajo la conducta del burrier, se ha incrementado?					
23. ¿Considera usted que en los delitos de T.I.D., bajo la conducta del burrier, se ha generado reincidencia?					
24. Sancionando drásticamente a los burriers, lo único que se consigue es el incremento de la población penitenciaria los mismos que ocasionan elevados gastos al Estado.					

ANEXO 2. Ficha de recopilación

FICHA DE RECOPILACIÓN DE EXPEDIENTES DE LAS PERSONAS QUE FUERON SENTENCIADOS POR EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS, BAJO LA CONDUCTA DEL BURRIER, EN EL DISTRITO JUDICIAL DE TACNA (2016-2018)

Datos Generales				
Nro. de Expediente				
Años de Condena (años y meses)				
Multa (soles)				
Años de inhabilitación				
Reparación Civil (Soles)				
Factores Socioeconómicos				
Condenas Anteriores (si/no)	Si		No	
Nivel de Educación				
Procedencia				
Edad				
Estado Civil				
Trabajo que realizaba				
Considera estudio socio económico para la condena	Si		No	

ANEXO 3. Proyecto de Ley

PROYECTO DE LEY

"Ley de racionalización de la pena de los burriers o correos de droga y otras conductas delictivas del delito de tráfico ilícito de drogas en base al principio de proporcionalidad"

Articulo 1.- Objeto de la ley

La presente ley tiene como finalidad racionalizar la sanción penal de los burriers o correo de droga y otras conductas delictivas del delito de tráfico ilícito de drogas estableciendo penas de acorde al principio de proporcionalidad, es decir, debe existir cierta relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena.

Artículo 2.- Modifica el Artículo 296 del Código Penal.

Modifíquese el artículo 296 del código penal en el siguiente término:

El que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, mediante actos de fabricación o tráfico, o el que las posea par su tráfico ilícito, será reprimido con pena privativa de libertad de la siguiente manera:

a) Mínima escala de dos a seis meses.

b) Mediana escala de uno a tres años.

c) Alta escala de cinco a siete años.

d) Gran escala de ocho a doce años.

Y en el caso del literal c y d adicionalmente serán sancionados con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días -multa, e inhabilitación conf orme al artículo 36, incisos 1), 2) y 4).

El que comercialice o distribuya pegamentos sintéticos que expelen gases con propiedades psicoactivas, acondicionados para ser destinadas al consumo humano por inhalación, será reprimido con pena privativa de libe rtad no menor de tres ni mayor de cinco años y con sesenta a ciento veinte días-multa.

El que provee, produce, acopie o comercialice materias primas o insumos para ser destinados a la elaboración ilegal de drogas en cualquiera de sus etapas de maceración, procesamiento o elaboración y/o promueva, facilite o financie dichos actos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años y con sesenta a ciento veinte días-multa.

El que toma parte en una conspiración de dos o más personas para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas, será reprimido con pena privativa de libertad no men de cinco ni mayor de ocho años y con sesenta a ciento veinte días-multa."

Artículo 3.- Modifica el Artículo 297 del Código Penal.

Modifíquese el artículo 297 del código penal en el siguiente término:

La pena será privativa de libertad no menor de doce ni mayor de quince años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 4), 5) y 8) cuando:

1. El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública.

2. El agente tiene la profesión de educador o se desempeña como tal en cualquiera de los niveles de enseñanza.

3. El agente es médico, farmacéut ico, químico, odontólogo o ejerce otra profesión sanitaria.

4. 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.

5. El agente vende drogas a menores de edad, o los utiliza para la venta o emplea a una persona inimputable.

6. El hecho es cometido por tres o más personas, o en calidad de integrante de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas o que se dedique a la comercial ización de insumos para su elaboración.

7. La droga a comercializarse o comercializada excede las siguientes cantidades: veinte kilogramos de pasta básica de cocaína, diez kilogramos de clorhidrato de cocaína, cinco kilogramos de látex de opio o quiniento s gramos de sus derivados, y cien kilogramos de marihuana o dos kilogramos de sus derivados o quince gramos de éxtasis, conteniendo Metilendioxianfetamina - MDA, Metilendioximetanfetamina- MDMA, Metanfetamina o sustancias análogas.

La pena será privativa de libertad no menor de seis años ni mayor de diez años y de trescientos sesenta a setecientos días -multa cuando el agente ejecute el delito en las circunstancias previstas en los numerales 1,2, 3, 4, 5 o 6 y se tratase de tráfico ilícito de drogas en mínima escala.

La pena será privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta y cinco años cuando el agente actúa como jefe, dirigente o cabecilla de una organización dedicad al tráfico ilícito de drogas o insumos para su elaboración.

Igual pena se aplicará al agente que se vale del tráfico ilícito de drogas para financiar actividades terroristas."

Artículo 4.- Expedir las siguientes tablas de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala:

SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES												
Escala (gramos) Peso Neto	Pasta Básica de Cocaína y Derivados Ilícitos		Clorhidrato de Cocaína		Látex de Opio		Derivados de Látex de Opio		Marihuana	Derivados de Marihuana		
	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo
Mínima Escala	>5	50	>2	25	>1	5	>0,2	1	>8	100	>2	10
Mediana Escala	>50	1000	>25	2000	>5	20	>1	5	>100	2000	>10	50
Alta Escala	>1000	3000	>2000	5000	>20	100	>5	20	>2000	10000	>50	300
Gran Escala	>3000	20000	>5000	10000	>100	5000	>20	500	>10000	100000	>300	2000

SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS								
Escala (gramos) Peso Neto	Anfetaminas		Metanfetamina o sustancias análogas		Metilendioxianfetamina (MDA)		Éxtasis (MDMA)	
	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo
Mínima Escala	>0,25	2	>0,25	2	>0,25	2	>0,25	2
Mediana Escala	>2	5	>2	5	>2	5	>2	5
Alta Escala	>5	10	>5	10	>5	10	>5	10
Gran Escala	>10	<15	>10	<15	>10	<15	>10	<15

Artículo 5.- Vigencia de la ley

La presente ley entra en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial “El Peruano”.

Articulo 6.- Derogatoria

Derogase el artículo 298 del código penal y todas las normas que se opongan a esta ley.

I.- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

En el Perú, la legislación penal con relación al Tráfico Ilícito de Drogas ha sido objeto de numerosos cambios legislativos a lo largo de los años. Cambios que los legisladores optaron para contener el desarrollo de dicha actividad delictiva; sin embargo, se ha generado una sobrecri minalización del delito de tráfico ilícito de drogas, ya que, en los últimos años, los cambios que se realizaron fueron debido a los tratados internacionales que el Estado Peruano forma parte, como resultado estamos asumiendo un modelo de política criminal , no acorde a nuestra realidad socioeconómica, la misma que se ha plasmado en nuestra normatividad penal.

Nuestro ordenamiento jurídico consagra al principio de proporcionalidad de las penas como un principio rector de la actuación del *Ius puniendi* del Estado, limita la extensión de su potestad sancionadora frente a la comisión de delitos, prohibiendo que la pena sobrepase la responsabilidad derivada del hecho cometido. Constituyéndose como eje rector en la determinación de la pena.

La severidad excesiva de la política penal internacional frente al tráfico ilícito de drogas, la misma que adoptamos, está dirigida a las personas que se encuentran en el núcleo o forman parte de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas, al respect la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en su artículo 2 literal a), esboza las características esenciales para poder calificar a las acciones de un grupo delictivo como "criminalidad organizada". Así menciona la pluralidad de sujetos, la idea de organización estructurada, es decir con reparto funcional y jerárquico, el conjunto de actividades desarrolladas vinculadas a la comisión de ilícitos penales graves, el espíritu de permanencia, quiere decir que son organizaci ones con actividades que se perpetúan en el tiempo y no meras confluencias de voluntades para actos concretos; y el fin de lucro como objetivo de dicho accionar.

Por su parte la legislación nacional, en el artículo 2 de la ley N° 30077 adopta características, para poder calificar a las acciones de un grupo delictivo como "criminalidad organizada", similares al esbozado por la convención, sin embargo es de anotar que no recoge la característica relacionado al fin o ánimo de lucro.

La vulneración del princi pio de proporcionalidad, es más evidente cuando se sancionan la conducta de los burriers (jerga que surge a raíz de la combinación de los vocablos "burro" y "courier") denominados en otros países como mulas o camellos por encargo, a quienes recientemente se le ha denominado por parte de la judicatura, como "correos de droga". Al estar establecido en nuestro ordenamiento jurídico (primer párrafo del artículo 296 del código penal) como sanción a su conducta delictiva una pena privativa de liberta de 08 a 15 años.

Habiendo determinado las características esenciales para poder calificar a las acciones de un grupo delictivo como "criminalidad organizada", y teniendo en cuenta el Acuerdo Plenario Nº 3-2008 / CJ-116 que conceptualiza la conducta delictiva del burrier (Individuos que se deslazan usualmente por vía aérea o terrestre transportando droga - usualmente cocaína, marihuana u opio-en sus bienes personales, en paquetes adheridos

organización criminal porque su actuar es de forma tercerizada, no constituyéndose dentro de la estructura de la organización, por cuanto no tiene reparto funcional y jerárquico, y por lo general su actuar es de forma ocasional, no permanente.

Así mismo, el Acuerdo Plenario Nº 3-2008 / CJ-116 indicó en sus lineamientos expuestos que el burrier "solo interviene en el transporte, y es ajeno a la organización criminal, que lo captaron e hicieron posible el acto de trasporte" (CSJ, 2011).

Sin embargo, toda la severidad del *ius puniendi* recae sobre los burriers quienes representan los últimos eslabones de la cadena del tráfico ilícito de drogas y, por lo general, son víctimas de organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilícito de drogas, ya que son utilizados como objeto-instrumento por parte de dichas organizaciones que se aprovechan de sus condiciones socioeconómicas o circunstancias concomitantes (bajo grado de formación en su educación, su entorno familiar, el desempleo, necesidades económicas, problemas de salud, la marginalidad, la migración del campo a la ciudad, el desconocimiento del ilícito, etc) para influenciar determinantemente en ellos y proponerles que realicen su conducta típica a cambio de dinero, quienes incurren en dicho actuar delictivo principalmente debido a sus limitantes de índole socioeconómica. Personas que arriesgan su vida y en caso de ser descubiertos por las autoridades policiales son dejados a su suerte, y ahora también son utilizados como maniobras de distracción, es decir, como carnadas que son delatados por sus propios captores o miembros de la organización criminal para que otros burriers u otras formas de transporte, con mayor cantidad de droga, puedan salir sin problemas.

Siendo la salud pública el bien tutelado en el delito de tráfico ilícito de drogas, tienen un mayor desvalor el tráfico a gran escala y la producción, respecto de la conducta delictiva del burrier. Como delito de peligro abstracto, su conducta para los fines ilícitos mencionados se encuentra más alejada de una venta a los consumidores, por lo cual la peligrosidad respecto de la salud pública es menor.

Dado que, los actos de producción y tráfico a gran escala son realizadas por miembros que integran una organización criminal y son quienes fomentan/promueven directamente el consumo final, distinto es el actuar de los burriers, quienes usualmente no transportan la droga para los consumidores finales, sino que la trasladan a otros eslabones de la cadena, como vendedores, acopiadores, distribuidores locales, etc. Por lo tanto, no tiene contacto directo con el consumidor final, actúan como tenedores circunstanciales y al no ser miembro de la organización criminal no determinan la concretización del ciclo del tráfico ilícito de droga (venta al consumidor final).

En el caso del Tráfico Ilícito de Drogas, entendido el principio de lesividad como la efectiva lesión o puesta en peligro concreto, de la salud pública como bien jurídico protegido, y situado como el fundamento de la intervención del Derecho Penal en el nocivo mundo del Tráfico Ilícito de Drogas, se establece que tráfico a gran escala y producción importan un contenido de injusto superior al de un tenedor circunstancial con fines de tráfico. Compete al juzgador juzgar también el desvalor de la conducta delictiva

Por su par te, el principio de proporcionalidad obliga a que la pena no pueda sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Por ende, en el plano legislativo, se debe establecer penas proporcionales al delito, para que posteriormente, en el plano jurisdiccional, el juzgador las aplique equilibradamente.

II.- ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La aprobación de esta iniciativa legislativa no ocasionará costo alguno al erario nacional, por el contrario permitirá paliar la superpoblación de las prisiones y racionalizar los marcos de imposición de penas desproporcionadas que actualmente exacerban situaciones socioeconómicas ya precarias e incrementan la vulnerabilidad de grupos marginados.

II.- EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

La presente ley racional iza la sanción penal de los burriers y otras conductas delictivas del delito de tráfico ilícito de drogas estableciendo penas de acorde al principio de proporcionalidad, para ello se deroga el artículo 298, y se modifican los artículos 296 y 297 del código penal; así mismo, se expide tablas de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala.