ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN
DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 3, n.° 5, julio-diciembre, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2021.v3n5.03

(cc) BY

El principio de proporcionalidad en la determinación de la pena por la Corte Suprema

The principle of proportionality in the determination of the penalty by the Supreme Court

Percy Raúl Chalco Ccallo*
Corte Superior de Justicia de Arequipa
(Arequipa, Perú)
pchalco@pj.gob.pe
https://orcid.org/0000-0002-0659-5178

Resumen: El presente estudio analiza el principio de proporcionalidad y su implicancia en la determinación de la pena, además de la utilización del test de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Se revisan sentencias de casación y recursos de nulidad dictados por las Salas Penales de la Corte Suprema de la República. Seguidamente, se define el principio en mención y cómo se efectúa el test de proporcionalidad al determinar la pena. Se trata de un estudio eminentemente documental y dogmático, por ello se analiza la Jurisprudencia de la Corte Suprema y se relaciona con el objeto de estudio. Su finalidad implica la determinación del esquema que se utiliza en la aplicación del test de proporcionalidad. Finalmente, se configura para

* Juez Especializado del Segundo Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Permanente de Arequipa

obtener un esquema modelo que usen las instancias inferiores del Poder Judicial en la determinación de la pena de casos concretos.

Palabras clave: proporcionalidad, principio, conflicto, test, proceso

Abstract: This study analyzes the principle of proportionality and its implication in the determination of the sentence, in addition to the use of the proportionality test in the jurisprudence of the Supreme Court. Cassation judgments and annulment appeals issued by the Criminal Chambers of the Supreme Court of the Republic are reviewed. Next, the principle in question is defined and how the proportionality test is carried out when determining the penalty. It is an eminently documentary and dogmatic study, which is why the jurisprudence of the Supreme Court is analyzed and is related to the object of study. Its purpose involves determining the scheme used in the application of the proportionality test. Finally, it is configured to obtain a model scheme that the lower levels of the Judiciary use in determining the penalty of specific cases.

Key words: Proportionality, principle, conflict, test, process

Recibido: 30/11/2021 Revisado: 20/12/2021
Aprobado: 27/12/2021 Financiamiento: Autofinanciado

1. Introducción

Este artículo comprende el estudio del principio de proporcionalidad y su implicancia en la determinación y cuantificación de la pena, así como la aplicación del test de proporcionalidad por parte de la Corte Suprema. El análisis realizado implica la verificación de la aplicación del test de proporcionalidad en la determinación de la pena, es decir, corroborar el esquema utilizado. La tarea no es sencilla en tanto que es un tema discutible aún y se pretende profundizar sobre ella.

La primera premisa corresponde a la definición del principio de proporcionalidad, y la descripción del test y de los aspectos que comprende. Una vez entendido esta figura constitucional se sabrá con claridad cómo debe aplicarse este principio en la determinación de la pena. En esta parte, también se realiza una revisión de la jurisprudencia de diversos tribunales nacionales e internacionales con contenido afín al tema.

Luego, se analiza la metodología de determinación de la pena que se encuentra reglada por el Código Penal, es decir, los pasos y procedimientos que corresponden, así como los principios que implican dicho proceso. Seguidamente se procede a analizar las sentencias de casación y los recursos de nulidad recopilados, los mismos que han sido emitidos por las Salas

Penales de la Corte Suprema. En estos documentos, se verifica el aspecto relativo a la determinación de la pena: si existe aplicación del principio de proporcionalidad, en especial, en cuanto al test, y, por último, su aplicación concreta al caso estudiado.

El esquema final atiende, además del aspecto teórico, la mención de los materiales y métodos utilizados. También se verifican los resultados obtenidos, así como la discusión del tema.

Al término, se concluye que: a) el principio de proporcionalidad es transversal al ordenamiento jurídico, en particular al derecho penal; b) la determinación de la pena es un procedimiento que contiene determinados pasos para su imposición; c) las salas supremas no utilizan la metodología o test de proporcionalidad; y d) la pena es desproporcionada si no tiene por finalidad la reeducación, resocialización y reintegración de la persona a la sociedad (ponderación).

2. El principio de proporcionalidad

Según el diccionario, el término «proporcional» es sinónimo de igualdad, equidad, armonía, simetría, entre otros. En el Derecho, el significado no es diferente, empero no hay uniformidad para conceptualizar la palabra «proporcionalidad». La razón es que se le vincula con diferentes términos como son razonabilidad, ponderación y prohibición de exceso o justicia. Este principio tiene una función argumentativa en la interpretación, en un caso concreto, de los derechos y principios afectados; de tal modo que permite establecer el significado concreto de las normas de la constitución (Sánchez, 2017).

Pero el principio de proporcionalidad como se conoce ahora fue delineado en Alemania, por su Tribunal Constitucional. Ahí se sostuvo que el fundamento principal del principio de proporcionalidad es ser un remedio a la prohibición por exceso, dirigido principalmente a limitar el poder punitivo del Estado que se ejerce a través del legislador, quien de forma indiscriminada aumenta el quantum de las sanciones frente a los delitos y faltas.

Dicho principio implica una metodología o test que se aplica en el conflicto que se presenta entre derechos o principios. Para el caso de estudio, se trata de la ponderación entre un derecho —libertad personal— y un principio —*ius puniendi*— que entran en conflicto cada vez que corresponde la determinación e individualización de la sanción penal, concretamente al momento en que el juzgador emite una sentencia condenatoria. Al final y luego del proceso ponderativo, el juez debe decidir si es el principio el que tendrá preeminencia sobre el derecho o viceversa.

La proporcionalidad no tiene por objetivo controlar la violación de un derecho fundamental por parte de personas naturales ni soluciona los

conflictos sobre derechos de los particulares. Tampoco es detectar lo arbitrario o antijurídico y solucionarlo; no es frenar el exceso en que incurre el legislador en la determinación de las sanciones ni servir de herramienta delimitadora para el juez.

En este sentido, este principio funciona como regla hermenéutica, con la cual se puede tener una correcta lectura a un texto normativo o de un principio positivado, también, en razón de que se encuentra en un nivel superior a las leyes y tiene vigencia sin que se encuentre expresamente en la constitución, es que se le denomina como técnica mental supranormativa destinada a controlar la razonabilidad del orden jurídico (Riofrío, 2016).

Sin embargo, es importante resaltar que este principio se utilizará de manera excepcional, pues no siempre se encontrará ante casos complejos y conflictivos que requiere su aplicación. Se está de acuerdo con aplicar el test a pesar de que en la actualidad hay corrientes que precisan una aplicación subjetiva de este principio y la primacía de los objetivos estatales por sobre los particulares.

En esa línea, se critica que la estructura actual del test permita que los derechos queden, en buena medida, bajo un cálculo en el que, en la mayoría de casos, hay una supuesta primacía de aquellos objetivos del Estado que, de forma legítima se pretende alcanzar a costa de sacrificar los derechos fundamentales de los individuos, situación que se presenta como una paradoja (Covarrubias, 2012).

Este principio se aplica en las medidas restrictivas de derechos y libertades, por ello su finalidad es la «intervención mínima» de parte del Estado. Su influencia se presenta en todo el derecho, especialmente, en el ámbito penal. En esta rama del derecho, su influencia tiene que ver con tres ámbitos. El primero, en cuanto a la naturaleza y cuantificación de las sanciones penales, papel que le corresponde al legislador frente a la comisión de delitos y faltas, aquí se observa en el ámbito abstracto.

El segundo se verifica en la parte concreta, esto es cuando el operador judicial —juez—, al emitir una sentencia penal, concluye que una persona es autor de un delito o una falta y como siguiente paso, debe determinar e individualizar la pena a imponerse a aquella. Finalmente, el tercer momento tiene que ver con la ejecución de la pena, en particular, cuando esta es privativa de libertad u otra pena impuesta a una persona, papel que también le corresponde al juez.

El objeto del presente estudio corresponde al segundo momento descrito, en el cual el juzgador analizará si la pena que va a imponer como consecuencia de la comisión de un delito es proporcional o equivalente al injusto cometido, así como a la culpabilidad del agente.

3. La determinación e individualización de la pena

Como segunda cuestión, es importante definir cómo se determina e individualiza la pena privativa de libertad, que se impone al culminar el juicio oral, tras haber concluido que el imputado es responsable penalmente.

El *ius puniendi* del Estado es el principio más importante del Derecho Penal y se traduce en su elemento más importante: la «pena», en particular cuando esta es privativa de libertad, sanción jurídico-penal por excelencia que aún mantiene su vigencia y que termina siendo un mal necesario.

Según el Tribunal Constitucional, en un Estado Social y Democrático de Derecho, uno de los instrumentos principales que utiliza el Estado, con el fin de exigir el cumplimiento de las disposiciones del ordenamiento jurídico, es la pena. Su función está vinculada a la función que cumple el Estado (Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) - Exp. n.° 0012-2006-PI/TC).

Para dicho Tribunal, el fundamento del delito y, en especial de la pena, se puede encontrar en la concepción de Estado social y democrático de derecho (STC, Exp. n.° 0012-2006-PI/TC, 2006), por ello, está justificado, en el nivel constitucional, que se proteja a la sociedad frente al delito (STC, Exp. n.° 010-2002-AI/TC, 2003).

El supremo intérprete de la constitución añade que la pena, y en particular la privativa de libertad, tiene como finalidad la prevención de la comisión de hechos delictivos; por ello, se constituyen en garantía institucional de las libertades, así como de la convivencia armónica a favor del bienestar de todos (STC, Exp. n.° 0012-2006-PI/TC, 2006; STC - Exp. n.° 0019-2005-PI/TC, 2005)

Respecto a la función que debe cumplir la pena, el alto tribunal aclaró que son funciones de prevención especial y prevención general, ello al estar dentro de un Estado social y democrático de derecho. Es por eso que, goza de protección directa por la Constitución; sin embargo, no es posible negar la naturaleza retributiva de las sanciones penales (STC, Exp. n.° 0019-2005-PI/TC, 2005).

En concreto, la pena es determinada por el juez, quien, después de culminar el juicio oral y al encontrar culpable al acusado del delito que se le atribuye, sigue el procedimiento fijado en el Código Penal, específicamente los establecidos por los artículos 45 y 45-A (Ley n.° 30076, 2013). En este sentido, el artículo 45° precisa los presupuestos que le servirán al juez para fundamentar y definir la pena a imponerse, como son las carencias sociales que ha sufrido el imputado, si al cometer el ilícito penal abusó de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función que ocupa en la sociedad; también debe valorar la cultura y costumbres del acusado;

y, finalmente, considerar los intereses de la víctima de su familia o de las personas dependientes de ella.

En el artículo 45-A, se precisa el procedimiento de individualización de la pena y requiere motivación expresa y suficiente respecto a las razones de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena. Además, señala que la pena no puede ser fijada más allá de los límites de la ley, considerando la responsabilidad y gravedad del delito cometido, describiendo que se desarrolla en tres etapas: i) identificar cuál es el espacio punitivo de determinación conforme a la pena que está prevista por ley para el delito, luego se divide en tres espacios o partes; ii) determinar la pena concreta que será aplicable al sentenciado, debe evaluarse y analizarse si concurren circunstancias que agraven o atenúen el hecho delictivo, las mismas que pueden clasificarse en cualificadas o privilegiadas o, de ser el caso, genéricas.

Este procedimiento debe atender a la responsabilidad y gravedad del hecho delictivo, es decir, hay una relación directa con la noción de «gravedad» del delito. Al respecto, existen dos orientaciones: la primera que es la objetivista, que entiende a la gravedad del delito y, por consecuencia, a la de la pena, según sea la entidad del daño causado con la conducta; la segunda, es la corriente subjetivista, cuya medición se basa en el grado de la culpabilidad (Ferrajoli, 1995). En el ordenamiento peruano, se puede afirmar que han sido consideradas ambas orientaciones para relacionarlo con la proporcionalidad de la pena. Es decir, una tercera opción que podría llamarse mixta.

4. La proporcionalidad y su correlación con la determinación de la pena privativa de libertad

Recientemente, el legislador peruano ha efectuado un aumento indiscriminado de los márgenes mínimos y máximos de la pena, así se evidencia un incremento desmedido del ius puniendi estatal, derivado de una «política popular penal» y sobre la falacia de que el derecho penal soluciona los problemas sociales. La poca reflexión que la precede hace referencia a los tiempos de la Ley del Talión, cuyas penas se fundamentaban en la venganza y la retribución. Entonces, es evidente que existía una distancia de la función preventiva de la pena y, por cierto, de la proporcionalidad de la sanción.

Ciertamente, respecto a la cuantificación de la pena, no se puede hablar de la existencia de criterios naturales, sino de razones pragmáticas que se basan en juicios ético-políticos o de oportunidad, con el fin de establecer cuál sería la calidad y la cantidad de la sanción penal que sea adecuada a cada uno de los delitos (Ferrajoli, 1995). Sin embargo, en un Estado constitucional de derecho, se aspira a penas que sean la medida de la gravedad del bien jurídico afectado.

Al respecto, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal indica que la pena no puede ser mayor o sobrepasar a la responsabilidad por el hecho, además precisa que esta norma no regirá cuando se trata de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. Asimismo, añade que la medida de seguridad se ordena solo por intereses públicos predominantes.

En dicho contexto, el marco normativo para determinar la pena no solo es el artículo 45 y 45-A del Código sustantivo que regula el procedimiento de su fijación, sino que resulta trascendental la aplicación del principio de proporcionalidad, como un aspecto adicional al procedimiento de determinación de pena y debajo del mínimo legal.

Esto último no está definido en la jurisprudencia ni en la doctrina. En la ley peruana, solo se indica que se aplica una disminución discrecional y razonable («prudencial») de la pena conminada para el hecho delictivo, pero que siempre opera por debajo de su extremo inicial («hasta límites inferiores al mínimo legal») y cuyo límite final es, en teoría, la pena concreta que fije el órgano jurisdiccional de modo excepcional, pero observando la proporcionalidad adecuada al caso (Prado, 2016).

Bajo dicho contexto, la pena se degrada siempre en forma descendente, teniendo como único límite la proporcionalidad fijada por el juez, la cual se produce luego de verificar los hechos del proceso de forma razonada y prudente, así como de las dimensiones jurídicas del mismo y del nivel de intervención del acusado (Prado, 2016).

El principio de proporcionalidad es una estructura, pero cuando se hace referencia a esa estructura ya no se puede hablar de «principio», sino del «test de proporcionalidad» (Grandez, 2010). En ese contexto, la verificación sobre las posibilidades de hecho en que pueden ser cumplidos los derechos fundamentales, dependerá de subprincipios como son, la idoneidad y necesidad. Por el contrario, la verificación respecto de las posibilidades de cumplimiento de los derechos fundamentales, en cuanto a sus posibilidades jurídicas, depende del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (Alexy, 1993).

Estos subprincipios se entienden de la siguiente forma:

a) **Juicio de idoneidad:** este juicio implica evaluar si la medida que se impone es un medio adecuado para la finalidad perseguida. Para el caso, el juicio está relacionado con la determinación o declaración de responsabilidad penal, es decir, si la conducta realizada por el sentenciado afecta un bien jurídico que ha merecido protección por la norma penal.

b) **Juicio de necesidad:** Este juicio implica analizar dos aspectos: i) determinar la existencia de medios hipotéticos alternativos y a la vez idóneos; y ii) establecer, si tales medios –idóneos— no intervienen en la prohibición de discriminación, o si, haciéndolo, es de menor intensidad (STC, Expediente n.° 0045-2004-PI/TC). En concreto, significa, para el juez, evaluar si corresponde la imposición de la pena privativa de libertad descrita en el tipo penal concreto, calidad y cantidad de la misma, finalmente si es posible su reserva, suspensión o conversión. La labor implicará no dejar de lado la finalidad preventiva de la pena, pues esta se vincula con la conveniencia de una prevención general positiva, que comprende no solo intimidar, sino afirmar positivamente, la vigencia de la norma en la conciencia colectiva (prevención general positiva) (Mir, 2016).

   Aquí se analizará si la rebaja de pena es una medida alternativa igualmente idónea para alcanzar los fines. En principio, prima facie, y solo conceptualmente, cuando mayor sea la pena a imponerse, mayor será el grado de conminación penal a los ciudadanos y mayor será el tiempo que los acusados tendrían para resocializarse. Por lo que, no resulta posible que se advierta medidas alternativas a las adoptadas que resulten igualmente idóneas, dado que solo ellas aseguran la imposición total (no reducida) de la pena.

c) **Juicio de ponderación en sentido estricto:** se analiza si la medida que constituye el trato diferenciado supera el subprincipio de proporcionalidad, en sentido estricto o ponderación. La ley de ponderación o proporcionalidad propiamente dicha, proyectada al análisis de la intervención de la igualdad, enuncia lo siguiente: «cuanto mayor es el grado de intervención en el principio de igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de optimización o realización de los derechos, principios o valores que a través de ella se pretende» (STC, Exp. n. ° 12-2010-PI/TC).

   A este respecto, existen dos exigencias para que una pena sea considerada proporcional, la primera que la pena sea proporcional al delito; en segundo lugar, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se base en relación a la importancia social del hecho o, mejor dicho, a su «nocividad social» (Mir, 2016). En tal sentido, es de notar que la primera exigencia le corresponde cumplir al legislador; y la segunda, en especial, al juzgador.

   Es en esta línea que se analizan las sentencias materia del presente estudio, lo cual se desarrolla a continuación.

4. Materiales y métodos

Por ser un estudio dogmático y jurisprudencial, se utilizó como fuentes los fallos de la Corte Suprema. Se verificó en la parte dogmática decisiones del Tribunal Constitucional, se efectuaron búsquedas relacionadas al tema en su página web y en internet.

Se han revisado tesis o trabajos de investigación en diferentes universidades y revistas. Se verificó en internet y en las principales páginas web que contienen artículos científicos. También se consultaron textos sobre derecho procesal penal y revistas publicadas por instituciones nacionales.

5. Métodos

Se verificó el material bibliográfico de derecho constitucional y derecho penal relacionado a la figura de la proporcionalidad y determinación de la pena.

Del internet, se han recopilado resoluciones (jurisprudencia) de la Corte Suprema relacionadas al tema objeto de estudio.

La principal fuente de información son los textos especializados, luego la jurisprudencia nacional y comparada.

6. Resultados

Los resultados de la presente investigación responden a la línea de definir dogmática y teóricamente el principio de proporcionalidad. A continuación, se explica el proceso o método utilizado para establecer e individualizar la pena a imponerse.

En primer lugar, se vincularon ambos temas para definir cómo debe ser la verificación del test o metodología de la proporcionalidad en la determinación y cuantificación de la pena a imponerse.

Luego, se verificó la aplicación de este test en las decisiones de las Salas Penales de la Corte Suprema. Seguidamente, se corroboró el esquema que utiliza este órgano al momento de determinar la pena.

Finalmente, se establecieron parámetros o esquemas prácticos sobre el test de proporcionalidad para que puedan ser utilizados por los jueces de la República en las sentencias penales, en las cuales se fijan penas privativas de libertad.

A continuación, se presenta la Tabla 1, en la que se efectúa un análisis de las sentencias de la Corte Suprema, sobre cómo se viene utilizando la metodología o test de proporcionalidad al definir la pena final que corresponde a aquella persona declarada culpable de un hecho ilícito

Tabla 1

Análisis de sentencias de la Corte Suprema de la República del Perú

Casación - recurso de nulidad	Sentido de la decisión	Idoneidad	Necesidad	Ponderación
Casación n.° 1476-2017 Lambayeque **Delito: Violación sexual de menor de edad, Art. 173.** **Sumilla: Inaplicación Cas. 335-2015/SANTA**	Se reforma la pena de 10 años de prisión a 12	Se demostró la comisión del delito, por ende, la pena es idónea, porque busca hacer justicia al haberse afectado el bien jurídico «libertad sexual».	Para dosificar la pena, se debe considerar una reducción por responsabilidad restringida (fundamento 3.11). Dicha norma quebranta el principio de igualdad (fundamento 3.10).	Se analiza la edad del acusado al momento del delito, la forma y circunstancias del hecho delictivo, por ello no corresponde tratarlo como a un agente plenamente responsable (fundamento 3.12). No es justa la imposición de la pena mínima establecida en la ley, sino que debe evaluarse el impacto de las otras condiciones personales generales del agente (fundamento 3.12).
Casación n.° 66-2017 Junín **Delito:** **Tentativa de robo agravado. Artículos 188, 189, incisos 2, 3 y 4.** **Sumilla:** **Responsabilidad restringida por la edad es causal que disminuye la punibilidad**	Se reformó la pena de 6 años, 9 meses y 9 días a 5 años de pena privativa de la libertad.	Se demostró la comisión del delito, por ende, la pena es idónea porque busca hacer justicia al haberse afectado el bien jurídico «patrimonio».	La pena debe tener una equivalencia razonable en sus aspectos cuantitativos y cualitativas (fundamento 7). No puede fijarse un cómputo a seguir para establecer el nuevo mínimo que servirá para calcular la pena concreta (fundamento 18).	Respecto a los criterios de gravedad del injusto, el perjuicio ocasionado a la víctima y al principio de proporcionalidad Se disminuye prudencialmente la pena en base al principio de proporcionalidad, por cada causal de disminución de punibilidad: un año diez meses por la edad, tres años por la tentativa y un año adicional. Quedando en 5 años 10 meses de cárcel, luego se disminuyó un séptimo por conclusión anticipada, quedando una pena final de 5 años (fundamento 24).

Casación n.° 335-2015 Del Santa **Delito:** **violación de menor de edad, art. 173.** **Sumilla:** **La inaplicación de la pena del art. 173°, inciso 2 del Código Penal. es compatible con la constitución.**	Se declara infundada la casación.Se reformó la pena de 30 años a 5 años de pena privativa de la libertad.	Se demostró la comisión del delito, por ende, la pena es idónea porque busca hacer justicia al haberse afectado el bien jurídico «indemnidad sexual» (14). .	La pena de 30 a 35 años de pena es gravísima, es la pena temporal más drástica en el ordenamiento jurídico nacional.No es una pena necesaria para proteger el bien jurídico» (23).	Estadeproporcionalidad art. 200, último párrafo (fundamento 13). Relación entre: hecho ilícito y consecuencias jurídicas que se le imponen con la gravedad del delito (fundamento 14). El principio de proporcionalidad limita el ius puniendi del Estado, en cuanto a su ejercicio adecuado reforzando el principio de la proscripción de la arbitrariedad (fundamento 17). Debe valorarse las intensidades mediante una escala triádica (Grave, medio o leve) (fundamento 26). La pena de 30-35 años privativa de libertad implica intervención de intensidad grave sobre la libertad y dignidad personal y libertad personal del imputado siendo esta medida de grado medio (27).
Recurso de nulidad n.° 2426-2009. Lima **Delito: Tráfico ilícito de drogas, Artículo. 296° y 297°, inciso 4.**	Condena al imputado a 12 años de pena privativa de la libertad.	La valoración de determinación de la pena se hace en dos momentos: a) en su aplicación, considerando los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad; b) cuando se toma los criterios específicos de individualización.		La pena impuesta debe ser aumentada, puesto que, si bien resulta acertada la imposición de una pena por debajo del mínimo legal, empero, determinarla en ocho años no resulta adecuada, al no estar presente la concurrencia de circunstancias atenuantes que lo ameriten.

Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura 3(5), 2021, 55 - 68 / ISSN: 2707-4056 (en línea)

7. Discusión

La discusión radica fundamentalmente en si la Corte Suprema, a través de las Salas Penales, entiende claramente el principio de proporcionalidad al igual que la doctrina sobre el tema. Además, si a partir de ella aplican el test de proporcionalidad de forma correcta y adecuada al definir la pena e imponerse.

Sobre lo primero es evidente que la Corte Suprema de forma reiterada mencionan este principio al determinar la pena a imponerse, aunque no llega a explicar cómo es que en concreto debe aplicarse el test de proporcionalidad.

También la discusión va en la línea de saber si a partir de la aplicación del test de proporcionalidad por las salas supremas se puede determinar un esquema de trabajo. Luego verificar si este test servirá para ser utilizado por los jueces de otras instancias inferiores en todo el país, como modelo a seguir.

No existe diferencia en cuanto se analiza el subprincipio de idoneidad para la imposición de la pena. Aquí se justifica, básicamente, en cuanto a la determinación de responsabilidad penal y al daño de un bien jurídico que es objeto de protección por un delito en particular.

En relación al subprincipio de necesidad que se confunde con la proporcionalidad en sentido estricto, en tanto que, si bien la necesidad tiene que ver con la cuantificación y cualidad de la pena, no se analizó pese a que, si era necesaria la pena, pero en relación con otras «penas» que sean igual de satisfactorias y menos lesivas.

Respecto a la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, se aprecia que se analizó confundiéndolo con el de necesidad y no existe claridad en cuál ha sido la ponderación que se efectuó en el caso concreto.

De la Tabla 1, se resume que las Salas Supremas, pese a anunciar que efectuarán o determinarán una pena proporcional, no han analizado, en las Sentencias de Casación o Recursos de Nulidad dentro del tamiz del test o metodología que buscan una sanción proporcional. Es decir, el análisis para determinar si la pena impuesta es idónea, resulta necesario, además de establecer si es proporcional al hecho cometido.

8. Conclusiones

- **Primera**: El principio de proporcionalidad es un principio transversal al ordenamiento jurídico, en particular al derecho penal. Se trata de un remedio al exceso de poder del legislador. Es una herramienta judicial estructurada que se presenta como un test, el cual que debe ser aplicado por el juez cada vez que impone una pena, en particular, cuando es privativa de libertad y, en especial, si es efectiva.

- **Segunda**: La determinación de la pena es un procedimiento a través del cual el juzgador define la pena final a imponer, la misma que contiene determinados pasos para su imposición. Sin embargo, esta no puede realizarse sin respetar el principio previsto en el título preliminar: que la pena sea proporcional al delito cometido.
- **Tercera**: Las salas supremas, al resolver en última instancia, a pesar de que anuncian al momento de decidir la pena que esta debe de ser proporcional al hecho cometido, no utilizan la metodología o test que de ella deriva, o lo realizan de forma incompleta o parcial.
- **Cuarta**: La pena, en particular la privativa de libertad (medio), cumple funciones preventivo generales, con el propósito de evitar que otras personas cometan nuevos delitos (fin), es desproporcionado si no tiene por finalidad la reducación, resocialización y reintegración de la persona a la sociedad (ponderación).

Referencias

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.

Casación n.° 1476-2017-Lambayeque (20 de agosto de 2020). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República. https://tinyurl.com/e635uztc

Casación n.° 335-2015 Del Santa. (01 de junio de 2016). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República. https://tinyurl.com/fwvp32z9

Casación n.° 66-2017 Junín. (18 de junio de 2019). Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República. https://tinyurl.com/arju4cya

Covarrubias, I. (2012). La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación. *Revista Chilena de Derecho*, 39(2), 447-480.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.

Grandez, P. (2010). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *En El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo.* Palestra Editores.

Ley n.° 30076. Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea Registros y Protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana. (2013, agosto 19). Congreso de la República. https://tinyurl.com/46ffbwv

Mir, P. (2016). *Derecho penal. Parte general.* Reppertor.

Prado, V. (2015). *Determinación Judicial de la Pena* (1.a ed.). Pacífico Editores SAC.

Prado, V. (2016). *Consecuencias Jurídicas del Delito. Giro Punitivo y nuevo marco legal.* Idemsa.

Recurso de Nulidad n.° 2426-2009 Lima. (25 de enero de 2010) Sala Penal transitoria de la Corte Suprema de la República. https://tinyurl.com/2n4nf7x5

Riofrío, J. (2016). Alcance y límites del principio de proporcionalidad. *Revista chilena de derecho*. 43(1), 283-309.

Sánchez, R. (2017). *El principio de proporcionalidad.* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. https://tinyurl.com/y62zfw7h

Sentencia del Tribunal Constitucional (STC), Exp. n.° 0010-2002-AI/TC (03 de enero de 2003). Tribunal Constitucional del Perú. https://tinyurl.com/82mbkefd

Sentencia del Tribunal Constitucional (STC), Exp. n.° 0012-2006-PI/TC (15 de diciembre de 2006). Tribunal Constitucional del Perú. https://tinyurl.com/fnved3ej

Sentencia del Tribunal Constitucional (STC), Exp. n.° 0012-2010-PI/TC (11 de noviembre de 2011). Tribunal Constitucional del Perú. https://tinyurl.com/2an4x25t

Sentencia del Tribunal Constitucional (STC), Exp. n.° 0019-2005-PI/TC (21 de julio de 2005). Tribunal Constitucional del Perú. https://tinyurl.com/33tjmjka

Sentencia del Tribunal Constitucional (STC), Exp. n.° 0045-2004-PI/TC (29 de octubre de 2005). Tribunal Constitucional del Perú. https://tinyurl.com/yhku3bjb

Solis, H. (2019). El principio de Proporcionalidad procesal en la determinación de la pena. *Revista Cátedra Fisca*l, 1(1), 82-92. https://tinyurl.com/45zwmjjb