



UNIVERSIDAD CATÓLICA LOS ÁNGELES
CHIMBOTE

**FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**LA TENTATIVA Y LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE
LA PENA, EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL,
PERIODO 2018 – 2021 – PIURA. 2023**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

AUTOR

**REYNA ESTEVES, ENMANUEL EMILIE
CODIGO ORCID: 0000-0002-8364-8720**

ASESOR

**KODZMAN LOPEZ, MARCO ALDRIN
CODIGO ORCID: 0000-0001-8228-979X**

PIURA – PERU

2023

I

TÍTULO

**LA TENTATIVA Y LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA,
EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL, PERIODO 2018 – 2021 –
PIURA. 2023**

EQUIPO DE TRABAJO

AUTOR

Reyna Esteves, Enmanuel Emilie
ORCID: 0000-0002-8364-8720
Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote, Estudiante de Pregrado,
Piura, Perú

ASESOR

Kodzman López, Marco Aldrin
ORCID: 0000-0001-8228-979X
Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote, Facultad de Derecho y
Humanidades, Escuela Profesional de Derecho, Chimbote, Perú

JURADO

Presidente

Barraza Torres, Jenny Juana
ORCID:0000-0002-0834-4663

Miembro 1

Centeno Caffo, Manuel Raymundo
ORCID: 0000-0002-2592-0722

Miembro 2

Gonzales Trebejo, Cinthia Vanessa
ORCID: 0000-0001-6931-1606

JURADO EVALUADOR Y ASESOR

Barraza Torres, Jenny Juana
ORCID:0000-0002-0834-4663
Presidente

Centeno Caffo, Manuel Raymundo
ORCID: 0000-0002-2592-0722
Miembro 1

Gonzales Trebejo, Cinthia Vanessa
ORCID: 0000-0001-6931-1606
Miembro 2

Kodzman López, Marco Aldrin CODIGO
ORCID: 0000-0001-8228-979X **Asesor**

AGRADECIMIENTO

A mis padres:

Manuel y Doris por fundar una familia unida, fortalecer un hogar con valores, y darme el amor necesario para continuar mi camino bajo la luz de sus principios.

Enmanuel Emilie Reyna Esteves

DEDICATORIA

A mi compañera:

Rossy, por estar presente en mi
vida y completar el sentido de
mi existencia.

Enmanuel Emilie Reyna Esteves

RESUMEN

La investigación tuvo como problema: ¿cuál es la relación entre la tentativa y la determinación judicial de la pena? de este planteamiento hemos podido trazar el objetivo general del proyecto en los siguientes términos: determinar la relación entre la tentativa y la determinación judicial de la pena. A su vez, este objetivo general ha dado nacimiento a los siguientes objetivos específicos: el primero, es determinar la relación entre la tentativa y la regla de tercios; y, el segundo, es determinar la relación entre la tentativa y el principio de proporcionalidad. La metodología empleada es básica o pura, con un enfoque mixto, su diseño de investigación es no experimental, transversal y correlacional causal, profundizando en el nivel de investigación descriptivo y correlacional. Los resultados han sido plasmados en una tabla; de tal manera que, se alineen a los objetivos trazados en la investigación. Así, las conclusiones redondean la naturaleza jurídica de la tentativa, además de señalar los criterios jurisprudenciales esbozados por nuestros magistrados en los casos de tentativa y su correspondiente determinación judicial de la pena.

Palabras clave: determinación judicial de la pena, regla de tercios, tentativa

ABSTRACT

The investigation had as a problem: what is the relationship between the attempt and the judicial determination of the sentence? From this approach we have been able to outline the general objective of the project in the following terms: to determine the relationship between the attempt and the judicial determination of the sentence. In turn, this general objective has given rise to the following specific objectives: the first is to determine the relationship between the attempt and the rule of thirds; and the second is to determine the relationship between the attempt and the principle of proportionality. The methodology used is basic or pure, with a mixed approach, its research design is non-experimental, cross-sectional and causal correlational, delving into the descriptive and correlational level of research. The results have been reflected in a table; in such a way that they are aligned with the objectives outlined in the investigation. Thus, the conclusions round off the legal nature of the attempt, in addition to pointing out the jurisprudential criteria outlined by our magistrates in cases of attempt and their corresponding judicial determination of the penalty.

Keywords: judicial determination of the sentence, rule of thirds, attempt

ÍNDICE GENERAL

TÍTULO	II
EQUIPO DE TRABAJO	III
JURADO EVALUADOR Y ASESOR	IV
AGRADECIMIENTO.....	V
DEDICATORIA	VI
RESUMEN.....	VII
ABSTRACT	VIII
ÍNDICE GENERAL	IX
ÍNDICE DE RESULTADOS.....	XI.
INTRODUCCIÓN.....	1
1.1. Descripción de la Realidad Problemática.....	1
1.2. Problema de Investigación	1
1.3. Objetivos de la Investigación	2
1.4. Justificación de la Investigación.....	3
II. REVISIÓN DE LA LITERATURA.....	5
2.1 Antecedentes	5
2.1.1. Nacional.....	5
2.1.2 Local.....	7
2.1.3 Internacional	9
2.2 Bases Teóricas de la Investigación	12
2.2.1 Fundamento Teórico.....	12
2.2.1.1 La Tentativa.....	12
2.2.1.1.1 Historia de la Tentativa.....	12
2.2.1.1.2 Definición.....	13
2.2.1.1.2.1 Definición Doctrinaria	13
2.2.1.1.2.2 Definición Legal.....	14
2.2.1.1.2.2.1 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	14
2.2.1.1.2.2.2 Código Penal Peruano	15
2.2.1.1.2.2.3 Código Penal Español	15
2.2.1.1.3 Tipos de Tentativa	15
2.2.1.1.3.1 Tentativa Acabada	15
2.2.1.1.3.2 Tentativa Inacabada	16
2.2.1.1.3.3 Tentativa Inidónea.....	16
2.2.1.1.4 Teorías Acerca del Fundamento de Punición en la Tentativa	17
2.2.1.1.4.1 Teoría de la Unificación.....	17
2.2.1.1.4.2 Teoría Objetiva.....	18
2.2.1.1.4.3. Teoría Subjetiva	19
2.2.1.1.4.4 Teoría de la Impresión	19
2.2.1.2 Determinación Judicial de la Pena.....	20
2.2.1.2.1 Determinación Legal.....	20
2.2.1.2.2 Determinación Judicial	21
2.2.1.2.3 Determinación de la Pena Según el Grado de Ejecución del Delito	22
2.2.1.2.4 Regla de Tercios	23

2.2.1.2.4.1. Determinación de la Pena: El Pasó de lo Cualitativo a lo Cuantitativo.....	24
2.2.1.2.4.2. Atenuantes y Agravantes.....	25
2.2.1.2.4.3. Atenuante Privilegiada y Agravante Calificada	25
2.2.2 Fundamento Jurisprudencial	26
2.2.2.1 La Posición de Principio sobre la Inaplicación de la Regla Tercios.....	27
2.2.2.2 Consideraciones Hermenéuticas.....	28
2.2.2.3 La Discrecionalidad del Juez y el Quantum a Disminuir	29
2.2.2.4 Sobre la Imposición de la Pena por Debajo del Límite Legal.....	31
2.2.2.5 La Tentativa Constituye una Atenuante Privilegiada	32
2.2.2.6 La Tentativa es Causal de Disminución de Punibilidad no Atenuante Privilegiada.	33
2.3. Marco Conceptual.....	34
2.3.1. Iter Criminis.....	34
2.3.2. La Pena	34
2.3.3. Determinación Judicial de la Pena en Sentido General.....	34
2.3.4. Sistema de tercios.....	35
2.3.5. Esquemas Operativos de Dosimetría Penal.....	35
2.3.6. Principio de Proporcionalidad.....	36
III. HIPÓTESIS	37
IV. METODOLOGIA	38
4.1. Tipo y Nivel de Investigación.....	38
4.2. Diseño de la Investigación	39
4.3. Unidad de Análisis.....	41
4.4. Definición y operacionalización de variables e indicadores	43
4.5. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos	43
4.6. Procedimiento de Recolección y Plan de Análisis de Datos.....	43
4.7. Matriz de Consistencia Lógica	45
4.8. Principios Éticos.....	46
V. RESULTADOS.....	47
5.1 Resultados	47
5.2 Análisis de Resultados	48
VI. CONCLUSIONES	53
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56
ANEXO 01: INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	61
ANEXO 02: DECLARACIÓN DE COMPROMISO ETICO Y NO PLAGIO	62
ANEXO 03: CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES	63
ANEXO 04: PRESUPUESTO.....	64
ANEXO 05: DEFINICIÓN Y OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES E INDICADORES	65
ANEXO 06: Evidencia Empírica del Objeto de Estudio: Jurisprudencias (Dos (02) Casaciones y Cuatro (04) Recursos de Nulidad).....	66

ÍNDICE DE RESULTADOS

Tabla N° 01	47
-------------------	----

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Descripción de la Realidad Problemática

El problema central de esta investigación estriba en el hecho de que a nivel jurisprudencial existen diversos pronunciamientos judiciales disimiles entre sí; estos sitúan a la tentativa desde dos perspectivas distintas: la primera, como atenuante privilegiada; y, la segunda, como causa de disminución de punibilidad. Ambas opciones predisponen el curso a tomar, en cuanto a la determinación judicial de la pena, por parte de los magistrados.

No sin razón, concordamos con la siguiente cita:

En síntesis, analizados los principales pronunciamientos jurisdiccionales de la máxima instancia en lo referente a la determinación de la pena en los delitos tentados, el estado actual es de un desarrollo incipiente en materia del procedimiento de determinación judicial de la pena concreta debido aparentemente a la presencia de remanentes inquisitivos en ciertos operadores judiciales y jurídicos en general, por un lado, ya que, por otro lado, se detecta una falencia en el dominio de categorías y principios no solamente de carácter jurídico, sino de naturaleza lógica y científica en general. (GUEVARA VASQUEZ, 2021, pág. 361)

1.2. Problema de Investigación

El problema de investigación trata de clarificar la relación existente entre el delito tentado y el criterio judicial por el cual se impone una pena en concreto sobre la tentativa.

Al dilucidar este problema se podrá esclarecer si el criterio desarrollado por nuestra jurisprudencia nacional es producto de una profunda reflexión dogmática o, por el contrario, nuestra ley penal es deficiente al momento de resolver esta problemática.

Por todas estas consideraciones planteamos el problema de investigación en los siguientes términos:

- ¿Cuál es la relación entre la tentativa y la determinación judicial de la pena?

1.3. Objetivos de la Investigación

1.3.1. General: Del problema de investigación hemos obtenido nuestro objetivo general; es decir, nuestro objetivo de investigación se ha alineado a nuestro problema de investigación, al plantearse con un verbo infinitivo, el mismo que ha sido formulado del siguiente modo:

- Determinar la relación entre la tentativa y la determinación judicial de la pena.

1.3.2. Específicos: Atendiendo a los problemas específicos, es que hemos alineado nuestros objetivos específicos de investigación, conforme se detalla a continuación:

En primer lugar, lo que se pretende es verificar la idoneidad de la aplicación de la regla de tercios en los delitos tentados. En ese sentido, realizamos el siguiente planteamiento:

- Determinar la relación entre la tentativa y la regla de tercios.

En segundo lugar, lo que se busca es señalar como se realiza la determinación judicial de la pena para los delitos tentados, en función del principio de proporcionalidad.

Por estas consideraciones hemos planteado el siguiente problema:

- Determinar la relación entre la tentativa y el principio de proporcionalidad.

1.4 Justificación de la Investigación

La investigación que se emprende en este proyecto trata de solucionar el problema suscitado por los distintos enfoques jurídicos que se presentan en la praxis jurisprudencial; respecto a, la determinación judicial de la pena aplicable a la tentativa, en torno a la jurisprudencia nacional. En ese sentido, nuestros operadores judiciales tienen que aplicar una norma genérica para resolver un caso en particular. Pero, para esto se requiere de un procedimiento lógico-jurídico, es decir, la aplicación de un criterio técnico-jurídico básico para imponer una sanción justa o reglada a derecho. En el caso de la tentativa, el tema es verdaderamente preocupante, ya que el juez tiene la absoluta discrecionalidad para resolver aplicando un proceder signado por la prudencia, dicho de otro modo, sin la aplicación de tal criterio. Por lo tanto, creemos que es necesario y prioritario resolver esta problemática para que el nivel de predictibilidad de los pronunciamientos judiciales sea más coherente y menos errático dentro de nuestra jurisprudencia nacional.

La contraparte, pero, no por ello su antinomia es la disposición teórica que adquiere la presente investigación para servir de asidero, fuente y complemento de los lineamientos prácticos conducentes a resolver el presente problema. Así, dentro del ámbito absolutamente teórico esta investigación sirve para indagar y plantear perspectivas innovadoras respecto de este problema jurisprudencial. Propuestas cimentadas en teorías rigurosamente establecidas y explicadas que pretenden situarse no solo dentro del debate jurídico actual, sino dentro del contexto científico en general. Propugnado y arribando a soluciones que enriquezcan el quehacer científico en el ámbito del derecho penal.

Al abordar el problema de investigación planteado en el enunciado del problema se busca encontrar la solución respecto de la determinación judicial de la pena, en caso de delitos tentados, los mismos que son recurrentes en nuestra jurisprudencia nacional. Pero, al sumergirnos en el cauce de este fenómeno problemático llegamos en última instancia a observar, por parte de nuestros magistrados, la aplicación de criterios jurídicos disimiles, lo que agudiza el debate doctrinario en lugar de unificarlo. Razón por la cual, el presente trabajo constituye una reafirmación y consolidación de enfoques doctrinarios válidos, y no la edificación pragmática de enfoques escépticos.

II. REVISIÓN DE LA LITERATURA

2.1 Antecedentes

2.1.1. Nacional

Si en el ámbito internacional hemos identificado los contornos generales que delimitan la investigación en sus aspectos más globales. En el ámbito nacional, podemos resaltar los parámetros específicos, que correlacionan a la tentativa con la determinación judicial de la pena.

En ese marco de ideas, cabe destacar, los siguientes antecedentes por la amplitud con la que exponen el problema materia de análisis, además de enfocar las posibles causas que inciden en la determinación judicial de la pena en los delitos tentados.

Así tenemos:

(APUMAYTA RIVEROS, LEONCIO & VALENCIA CHANCHA, FRANZ LINCOLN, 2020) en su trabajo de investigación “La naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Huancavelica en el 2018”; utilizo una muestra de 64 abogados, con una exclusión de 43 de las otras especialidades y una inclusión de 21 penalistas, se encontró que “El estadístico alfa de Cronbach (0,899), nos indica que los 11 ítems de la encuesta presentan un alto grado de correlación; esto significa que la encuesta es altamente confiable ($>0,89$) para medir de manera estable, confiable y consistente los rasgos relacionados con el sistema de determinación de la pena, en el que se encuentra presente la tentativa”, concluyendo que “1. En el 2018 en el Distrito Judicial de Huancavelica, en la fase de determinación de la pena concreta por los jueces, éstos

han tratado de manera indistinta a la tentativa, como atenuante privilegiada y como causal de reducción de la punibilidad en sus sentencias sin ninguna justificación ni explicación, sin dar cumplimiento al primer párrafo del artículo 45-A del Código Penal: “Toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena”, “3. En el 2018 en el Distrito Judicial de Huancavelica, en la fase de determinación de la pena por los jueces, no han realizado una diferenciación entre la tentativa acabada e inacabada en sus decisiones judiciales, solo se han limitado a considerar a la tentativa como tal de forma genérica, sin distinguir entre sus formas”, “4. De las encuestas realizadas a los jueces, fiscales y abogados penalistas, se advierte que no existe uniformidad para determinar la naturaleza jurídica de la tentativa como atenuante privilegiada o como causal de reducción de la punibilidad.”, “7. Los términos “reducirá prudencialmente la pena” que se tiene en el artículo 16 del Código Penal resulta ser genérico para la imposición de penas en caso de delitos tentados, circunstancia que produce: reducciones desproporcionadas de la pena, diversidad de interpretación por los distintos jueces, y falta de predictibilidad de los pronunciamientos judiciales en los delitos de imperfecta realización; por lo que, se debe formular una propuesta legislativa para regular el íntegro del procedimiento de imposición de las consecuencias jurídicas penales en casos de delitos tentados.”

(RODRÍGUEZ GENNELL, DAVID & CASTAÑEDA RODRÍGUEZ, WESMER, 2019) en su trabajo de investigación “CRITERIOS PARA LA

DETERMINACION JUDICIAL DEL LÍMITE MÁXIMO DE LA REDUCCIÓN DE LA PENA EN CASO DE ATENUANTES PRIVILEGIADAS DEL CÓDIGO PENAL PERUANO”, utilizo la siguiente muestra: La muestra queda conformada por material jurídico (legislación, jurisprudencia y doctrina) en torno a la determinación judicial del límite máximo de la reducción de la pena y atenuantes privilegiadas del código penal peruano, la misma que ha sido considerada a conveniencia de autor. Concluyendo que: “5. Los efectos relevantes son la observancia de los principios de prevención general y especial y predictibilidad de las resoluciones. Esto se produce porque, los límites o parámetros que el juez tiene para disminuir la pena de manera discrecional deben ser regidos por el principio de razonabilidad y proporcionalidad, hecho que genera que la pena responda necesariamente a los principios de prevención general y especial. Por ello, el establecimiento de límites o parámetros mediante tercios o cuartos, como en otras legislaciones, optimiza la labor de individualización de la pena, pues todos los casos siempre son distintos y merecen un tratamiento punitivo singular”.

2.1.2 Local

Luego de haber realizado las precisiones pertinentes tanto en el ámbito internacional como en el plano nacional. Nos resta analizar los casos específicos donde nos encontremos frente a la comisión de un delito en grado de tentativa. Por ello, en lo concerniente al medio local presentamos los antecedentes más representativos sobre los trabajos de investigación realizados a nivel de tentativa.

Así, tenemos:

(CHIRA MONTOYA, 2019) en su trabajo de investigación “Calidad de sentencias de primera y segunda instancia sobre el delito de robo agravado en grado de tentativa, en el expediente N° 05381-2013-6-2001-JR-PE-01, del distrito judicial de Piura – Piura. 2019”; utilizo una metodología de investigación de tipo cuantitativo-cualitativo, con un nivel de investigación exploratorio – descriptivo y un diseño de investigación no experimental, transversal, retrospectivo, encontró que “El cuadro 1, revela que la calidad de la parte expositiva de la sentencia de primera instancia fue de rango: muy alta. Se derivó de la calidad de la: introducción, y la postura de las partes, que fueron de rango: muy alta y muy alta, respectivamente. En, la introducción, se encontraron los 5 parámetros previstos: el encabezamiento; el asunto; la individualización del acusado; los aspectos del proceso; y la claridad. Asimismo, en la postura de las partes, se encontraron los 5 parámetros previstos: la descripción de los hechos y circunstancias objeto de la acusación; y la claridad; mientras que: la calificación jurídica del fiscal; la formulación de las pretensiones penales y civiles del fiscal /y de la parte civil, y la pretensión de la defensa del acusado, se encontraron”, concluyendo que “Se concluyó que, de acuerdo a los parámetros de evaluación y procedimientos aplicados en el presente estudio la calidad de las sentencias de primera instancia y segunda instancia sobre Robo agravado en grado de tentativa en el expediente N° 05381-2013-50-2001-JR-PE-01, del Distrito Judicial de Piura - Piura, fueron de rango muy alta y muy alta, respectivamente (Cuadro 7 y 8)”

(GUTIERREZ GARCIA, 2018) en su trabajo de investigación “CALIDAD DE SENTENCIAS DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA SOBRE HURTO AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA, EN EL EXPEDIENTE N° 04982-2013-8-2001-JR-PE-01, DEL DISTRITO JUDICIAL DE PIURA-PIURA, 2018”

La unidad de análisis fue un expediente judicial, porque así lo requiere la línea de investigación (ULADECH, 2014) es un recurso que facilita la investigación, los criterios relevantes para ser seleccionado fueron: proceso común; con interacción de ambas partes; concluido por sentencia; con participación de dos órganos jurisdiccionales en primera instancia el sexto juzgado unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Piura y en segunda instancia la segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Piura. Concluyendo que: “Se concluyó que la calidad de las sentencias de primera instancia y segunda instancia sobre el delito de hurto agravado en grado de tentativa, en el expediente N° 04982-2013-8-2001-JR-PE-01, perteneciente al distrito Judicial de Piura-Piura 2018 fueron de rango muy alta y alta, es por ello que se pudo apreciar que no se guardó relación en comparación con la hipótesis general planteada que tuvo un rango de calificación de muy alta y muy alta respectivamente, conforme a los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes, aplicados en el presente estudio”.

2.1.3 Internacional

Es evidente, que en otras latitudes la tentativa, en términos generales, representa una problemática particular. No siempre de la misma magnitud, pero siempre generando

nuevas perspectivas con respecto a su base teórica y jurisprudencial. Sobre el primer punto, es importante señalar como se configura la tentativa dentro de la dogmática penal y como esta, a su vez, se ha traducido en su respectiva codificación sustantiva. En cuanto, al segundo punto es necesario diferenciar los diversos criterios que emplean los magistrados para sancionar la tentativa ante supuestos de hecho análogos.

Sopesando estos planteamientos, consideramos necesario identificar a nivel supranacional los aportes más destacados sobre la temática concerniente a la tentativa.

En esos términos presentamos a:

(ALBA ZURITA, 2017) en su trabajo de investigación “CRITERIOS DE IDONEIDAD COMO REQUISITO PREVIO PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA TENTATIVA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”, según su muestra: Se trata de una investigación que al ser de carácter jurídico-dogmática es de aplicación general por lo que no se puede delimitar en un espacio de población determinado, me valdré del juicio de expertos para corroborar la trayectoria del tema y demás experiencias cualificadas de los mismos. Concluyendo: “1. El Código Orgánico Integral Penal determina en el art. 39 la definición de tentativa y en qué casos amerita pena, varios son los tribunales que aplican están figura desde visiones clásicas sin ninguna construcción dogmática dando pie a una serie de arbitrariedades y aplicación errónea de esta figura de la teoría del delito, lo que deja claro la necesidad de establecer requerimientos o criterios previos que deben ser vistos por los miembros de los Tribunales, a pesar de que la ley y la doctrina son bastante claras en este sentido”; “4. La tentativa

requiere que se analicen criterios objetivos y subjetivos para su configuración que dependen de una construcción dogmática en donde convergen aspectos subjetivos relacionados con los medios de realización y resultado, es necesario que este tipo de aspectos no sean dejados a un lado por operadores de justicia ya que no se puede partir únicamente de la definición establecida por el Código Orgánico Integral Penal”.

(ACEVEDO ZEPEDA CAROLINA & TORRES FIGUEROA ANGÉLICA, 2009) en su trabajo de investigación “DETERMINACIÓN DE LA PENA EN CHILE. PRINCIPIOS DE UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y FINES DE LA PENA.”, concluyo que: “Por último, tenemos la convicción que los problemas existentes en el sistema de determinación de la pena son sólo un reflejo de las debilidades de nuestro Derecho Penal, derivadas de una incoherencia entre la Política Criminal implementada por nuestro país y la consagración constitucional de Chile como un Estado Democrático de Derecho. Si bien la solución planteada por esta investigación sugiere establecer con claridad cuáles deben ser los fines de la pena que orientan la determinación de ésta, estimamos que es necesaria una reforma global y sustantiva, que abarque todos los aspectos del Derecho Penal, única vía para lograr el respeto a los principios de un Estado Democrático de Derecho”.

2.2 Bases Teóricas de la Investigación

2.2.1 Fundamento Teórico

2.2.1.1 La Tentativa

En este apartado, nuestra investigación ha delineado el contexto dogmático presente en la tentativa. Sin dejar de lado su revestimiento histórico y su conceptualización legal. Hitos que representan tanto el decurso de su línea historia dentro de la dogmática penal, así como su desarrollo legal. Además, del desarrollo teórico que modernamente la configura como un elemento problemático dentro de la teoría general del delito, y, por ende, de nuestra jurisprudencia nacional.

2.2.1.1.1 Historia de la Tentativa

Para entender la utilidad de la presente investigación es necesario revisar la evolución histórica que ha encauzado la institución jurídica de la tentativa; dentro de la dogmática penal, y no solo en las ciencias jurídicas, sino, también, dentro del fenómeno social del que proviene. Así, tenemos que, en el mundo antiguo se castigaba el resultado; es decir, la parte culminante y visible del delito. Por lo tanto, la actividad delictuosa se configuraba en función del resultado; no existía el concepto de tentativa tal como lo conocemos hoy. En estos términos, podríamos afirmar que el derecho penal emergente en el mundo antiguo castigaba solo el resultado.

Profundizando en la historia, tampoco podemos situar a la tentativa en el mundo antiguo; pues, esta figura no es desarrollada por el derecho romano. No obstante, con la caída del imperio romano de occidente y la llegada de la edad media, surge en Italia el concepto que rige hoy el *corpus* de la tentativa; es decir, el “*conatus*”, pero castigándose

sin mayor dureza. En el mismo sentido, el derecho canónico sancionaba la tentativa con mayor benignidad que los delitos donde se había producido la consumación.

Posteriormente, con el advenimiento de las ciencias jurídicas y su apogeo en el siglo XIX, es donde se va a desarrollar las bases jurisprudenciales que permiten determinar la sanción que cabe imponer sobre los delitos tentados. Este es el caso, de la jurisprudencia en Prusia que, establece la sanción para la tentativa solo en el caso de que la Ley así lo determine.

Brevemente, hemos expuesto la dinámica histórica, de donde la tentativa ha pasado de ser una mera ausencia de castigo, a un castigo determinado por Ley con una base jurisprudencial que otorga benignidad a dicha sanción. Es decir, la tentativa es considerada como causal de disminución punibilidad, ítem que tocaremos con mayor detalle, en el título correspondiente.

2.2.1.1.2 Definición

La tentativa es definida desde la perspectiva dogmática hasta su correspondiente marco legal. En su enfoque dogmático, se nos representa la naturaleza jurídica de la tentativa, caracterizada por su no consumación del delito; en tanto, que, en la conceptualización legal se determina su marco de punición, cuya característica fundamental es la atenuación de su sanción.

2.2.1.1.2.1 Definición Doctrinaria

La tentativa, tiene una definición escueta, en tanto que como fase del *iter criminis* se encuentra en el umbral entre los actos preparatorios y la consumación del delito; esto es, en la fase de ejecución del delito, así se afirma que: “Cuando el autor pasa el límite

máximo de los actos preparatorios e inicia los actos ejecutivos, estamos frente a la tentativa”. (VILLA STEIN, 2014, pág. 347)

En efecto, la tentativa es una institución dogmática presente en el *iter criminis*; se ubica entre los actos preparatorios y la consumación del delito. Esto significa que, el agente comisor del delito ya ha dado inicio a la fase de ejecución del delito; pero, por otro lado, no se ha producido la consumación del mismo, esto es, no se ha producido el resultado. La falta de presencia del resultado a meritado que la tentativa merezca la denominación de “imperfecta realización del delito”.

2.2.1.1.2.2 Definición Legal

La definición otorgada por nuestra legislación nacional -Código Penal Peruano-, no hace referencia al elemento volitivo dentro de la acepción legal de la tentativa; situación que representa una análoga coincidencia respecto de otros textos legales, donde la tentativa se circunscribe a circunstancias ajenas o independientes de la voluntad del agente comisor del delito. Característica por la cual se evidencia que estamos frente a la definición de la tentativa bajo la fórmula: de la imperfecta realización de delito.

2.2.1.1.2.2.1 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

(ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, 1998)
Celebrado el 17 de julio de 1998, entra en vigor el 1 de julio del 2002, y señala en su artículo 25°, titulado sobre la “Responsabilidad penal individual”, conforme a su numeral 3: “De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: f) Intente

cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad”.

2.2.1.1.2.2.2 Código Penal Peruano

(CODIGO PENAL. DL N° 635, 1991) Conforme a su primer párrafo del artículo 16° se define a la tentativa en los siguientes términos: “En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo”. Asimismo, en su segundo párrafo agrega: “El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena”.

2.2.1.1.2.2.3 Código Penal Español

(CODIGO PENAL. LEY ORGANICA DEL CODIGO PENAL, 1995) El mismo que en artículo 1°, numeral 1) señala: “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”.

2.2.1.1.3 Tipos de Tentativa

En función al grado de realización del delito tenemos la clasificación de la tentativa en: acabada e inacabada. Y, con respecto a, la incapacidad para lesionar el bien jurídico protegido, tenemos la tentativa inidónea.

2.2.1.1.3.1 Tentativa Acabada

En este tipo de tentativa el autor llega a la culminación de todos los actos preparatorios, no obstante, no llega a producir el resultado. “Llamada también delito frustrado, tentativa perfecta, agotada o delito fallido [...]”. (VILLA STEIN, 2014, pág. 356)

El hecho de haber realizado todos los actos preparatorios, conforme al plan del autor, y solo esperar la producción del resultado, dota a la tentativa acabada de un mayor grado de peligrosidad; con respecto a, las condiciones del autor, frente a lo que cabe esperar, en comparación con la tentativa inacabada, de la cual damos noticia a continuación.

2.2.1.1.3.2 Tentativa Inacabada

En la tentativa inacabada el agente da inicio a los actos preparatorios de la comisión del delito, pero no alcanza la consumación del mismo. “A la tentativa inacabada *-conatus imperfectus-* se le llama tentativa simple y pura o propiamente tentativa, porque el sujeto activo no llega a realizar todos los actos que hubieren sido necesarios al propósito frustrado, de malograr el bien jurídico”. (VILLA STEIN, 2014, pág. 356)

La tentativa inacabada, al contrario de la tentativa acabada connota un menor reproche social; ya que, en esta no se han alcanzado a realizar todos los actos ejecutivos concernientes a la consumación del resultado. No obstante, nuestra legislación nacional no hace diferenciación alguna entre una y otra figura, tratándola como una sola.

2.2.1.1.3.3 Tentativa Inidónea

Cerrando los tipos de tentativa tenemos la inidónea, de la cual daremos su definición, pero no la analizaremos a profundidad, pues ella no es objeto del presente estudio. Sin embargo, debemos presentar su contenido, en particular, de tal modo que, alcancemos a tener el panorama completo, sobre la tentativa, en general.

Asimismo, tenemos que la naturaleza de la tentativa inidónea se define por la imposibilidad de alcanzar el resultado lesivo contra el bien jurídico, en esos términos

tenemos: “A la tentativa inidónea también se le conoce como delito imposible debido a la imposibilidad total de que la conducta pueda llegar a configurar delito”. (ALMANZA ALTAMIRANO, 2022, pág. 153)

2.2.1.1.4 Teorías Acerca del Fundamento de Punición en la Tentativa

El fundamento de punición radica en la peligrosidad que representa el autor para el derecho y la sociedad. No obstante, el desarrollo de este fundamento a tenido a lo largo de la historia un registro recurrente entre extremos opuestos; los mismos que examinaremos a la luz de los cambios e innovaciones presentes en torno a la discusión actual de la teoría del delito.

2.2.1.1.4.1 Teoría de la Unificación

Esta concepción tiene un doble fundamento: por el cual, subsisten alternativamente, la puesta en peligro respecto del tipo; y, en menor grado, la infracción señida al ambito de aplicación de la norma penal.

Así tenemos:

La peculiaridad de esta concepción radica en que atribuye el fundamento penal de la tentativa a dos raíces distitnas. Primeramente, se basa en la puesta en peligro cercana al tipo, la cual se encuentra en la tentativa idónea, pero subsidiariamente incluye tamién la infracción de la norma cercana al tipo que causa una conmoción (o impresión) jurídica, la cual caracteriza a la tentativa inidónea. (ROXIN, 2021, pág. 352)

De acuerdo a, lo señalado anteriormente, el fundamento de punición más relevante para el caso de la tentativa esta representado, por la puesta en peligro presente en el tipo

penal. Hecho que determina una menor sanción a imponer en este caso, con respecto a la consumación. De igual modo, los actos desplegados para la consumación del delito que representen una mínima peligrosidad, tendrán también un menor o nulo castigo.

2.2.1.1.4.2 Teoría Objetiva

En esta perspectiva, la tentativa representa un peligro auténtico y es sancionable, dado que se ha atentado contra el bien jurídico protegido. Por ello, para esta teoría no sería punible la tentativa inidónea, pues en esta no se ha lesionado al bien jurídico.

En ese sentido, tenemos:

Hoy en día, estas teorías ya no son apropiadas para explicar plenamente la punibilidad de la tentativa, debido a la indudable punibilidad de la tentativa inidónea en el derecho vigente. Pero aun así ellas deben ser todavía explicadas, debido a su importancia para la tentativa idónea. (ROXIN, 2021, pág. 357)

Al respecto, cabe mencionar, que nominalmente la denominación de este grupo de teorías no corresponde a su sentido argumentativo, pues en ellas siempre se incluyen elementos de carácter subjetivo tal como el dolo entre otros. Por otro lado, la máxima manifestación y posterior continuidad de estas posturas se presenta bajo la forma de “teoría de la peligrosidad”. Aquí el peligro es incuestionable, por el aporte significativo que realiza el observador: al percibir los hechos constitutivos de peligro real contra el bien jurídico protegido.

2.2.1.1.4.3. Teoría Subjetiva

Un presupuesto básico que fundamenta esta teoría es la relevancia de la voluntad del autor en contra del derecho. No obstante, estas teorías han evolucionado y han sido reformuladas con nuevos planteamientos.

Así tenemos:

Entonces, la teoría subjetiva no es sostenible en su forma conocida hasta ahora y contradice el derecho vigente. Dos modernas variantes de la teoría subjetiva formulan mejor sus aspectos acertados, pero tampoco son apropiados para servir como el único fundamento penal de la tentativa. (ROXIN, 2021, pág. 362)

Una vertiente de esta teoría subjetivista señala que el fundamento de punición de la tentativa, se encuentra en la comprobación de la voluntad opuesta al derecho, la cual tiene la capacidad de producir nuevas conductas peligrosas. Otra vertiente, no menos importante es la que plantea como fundamento de punición la infracción de la norma.

2.2.1.1.4.4 Teoría de la Impresión

Esta teoría se presenta dentro de la evolución doctrinaria de la dogmática jurídica penal como un punto medio entre los dos sentidos contrapuestos expresados en las teorías objetivas y subjetivas sobre el fundamento de punición en la tentativa.

De tal modo, indicamos:

Aun cuando no se produce el resultado, la conducta del autor fundamenta una perturbación de la paz social que exige una sanción. Esta teoría mantiene un término medio entre lo subjetivo y lo objetivo, entre el injusto de la voluntad y la

puesta en peligro, tomando como motivación para la punición no solamente la voluntad criminal puesta en acción, sino también la impresión que causa en la colectividad[...]. (ROXIN, 2021, págs. 364-365)

Podemos, remarcar el sentido de esta teoría señalando que: los actos preparatorios seran impunes cuando estos no representen una conmoción o “impresión” que altere la paz social; por el contrario, cuando los actos preparatorios representen en sí mismos una alteración de la paz social, adquieren relevancia jurídica y, con ello, se hace exigible su punibilidad.

2.2.1.2 Determinación Judicial de la Pena

La determinación judicial de la pena se desarrolla en el estrato ulterior inmediato a la determinación legal de la pena, y, así mismo, representa el momento culminante en la imposición de la pena en concreto, todo esto se logra a través del procedimiento de la “regla de tercios”; temas conexos, que, a continuación, detallamos en su vinculación a la tentativa.

2.2.1.2.1 Determinación Legal

La pena abstracta es aquella pena que se encuentra predeterminada por ley, en el sentido de la consideración de un determinado elemento de la penalidad, que sirve de marco referencial, a manera de un espacio punitivo original, para arribar posteriormente a la determinación judicial de la pena concreta. (GUEVARA VASQUEZ, 2021, pág. 62)

Cuando en doctrina se hace referencia a la pena abstracta, se indica en otras palabras la pena señalada por ley, es decir, el espacio punitivo original, que ha señalado

el legislador en la norma concomitante. Es importante y necesario señalar está clara diferenciación, pues al hacerlo estamos verificando el primer nivel o parámetro para determinar la pena. En segundo término, tenemos el rango original que tiene la pena, se denomina espacio punitivo original, y es la delimitación espacial de la penalidad con la cual a posteriori se va a determinar la pena judicial, en su sentido más concreto.

Es palmario que, al acercarnos a conceptos como la pena abstracta y espacio punitivo original, nos ponemos frente a frente con la tipificación primaria, es decir, con la criminalización de conductas que reflejan en nuestro cuerpo normativo nuestra realidad social en su fuero más profundo.

Asimismo, sobre la determinación legal de la pena, en el sentido de su pena abstracta, el juez va a poder realizar la determinación judicial de una pena concreta, para ello se tiene que pasar del sentido abstracto de la pena, al quantum, lo que impone en el juzgador la responsabilidad de realizar una correcta dosimetría de la pena a establecer. Elemento de vital importancia en nuestra investigación, el mismo que se concatena con el ítem que prosigue.

2.2.1.2.2 Determinación Judicial

En el apartado anterior incidimos en el primer nivel de lo que será *a posteriori* la pena concreta. Ahora bien, para llegar a la determinación judicial de la pena concreta, se advierte que se hace necesaria la participación de las diversas magistraturas encargadas de administrar justicia, por efectos del *ius puniendi*.

Esta afirmación, en doctrina se define de este modo:

Si la determinación de la pena en su aspecto legal depende de los Parlamentos políticos, la determinación judicial de la pena depende de la magistratura judicial por excelencia; es decir, de los jueces. La magistratura fiscal postula, a manera de proyección, la pena concreta; pero es la magistratura judicial, en sus sentencias, la que decide la determinación de la pena a través de la imposición de la pena concreta. (GUEVARA VASQUEZ, 2021, pág. 64)

En este marco de ideas, descubrimos no solo niveles diferenciados para imponer una determinada pena, por los órganos judiciales; sino que se evidencia la necesidad que tienen dichas magistraturas, de emplear un mecanismo o criterio jurídico para concluir determinando la pena en concreto.

2.2.1.2.3 Determinación de la Pena Según el Grado de Ejecución del Delito

En cuanto a, los supuestos específicos de determinación de la pena, tenemos diversos criterios clasificatorios, los cuales integran figuras como el concurso real de delito o el concurso ideal de delitos, no obstante, ante la pluralidad de criterios, hemos optado por desarrollar aquel que pone su atención solo en la tentativa como supuesto específico de determinación de la pena.

Conforme a su especificidad tenemos:

Se admiten tres fases relevantes en el *iter criminis*: los actos preparatorios punibles; la tentativa; y el delito consumado. “Descartando este último, en el que la determinación de la pena no requiere la aplicación de reglas especiales, la realización imperfecta del delito entraña siempre un menor desvalor que se traduce en una reducción de la pena”.

(SILVANA, y otros, 2019)

La determinación de la pena en la figura de la tentativa, se muestra en el sentido de una modalidad especial; puesto que la doctrina la enmarca como un elemento intermedio entre los actos preparatorios y el delito consumado, es decir en un estadio intermedio del *iter crimis*. Esto conlleva, necesariamente a una menor desvalorización de la acción delictuosa y, por ende, a una disminución de su penalidad.

2.2.1.2.4 Regla de Tercios

Por esta regla nos referimos a la sub división efectuada sobre la pena abstracta o espacio punitivo original, esta operación ha sido incorporada por la voluntad del legislador nacional en nuestro sistema de codificación penal.

Así tenemos:

En esa media, podemos afirmar que la regla de los tercios fue incorporada al Código Penal peruano, expresamente, por el Artículo 2 de la Ley N° 30076, publicada con fecha 19 de agosto de 2013 en el Diario Oficial El Peruano, en el artículo 45-A, con la sumilla “individualización de la pena”, sin que hasta la fecha se modifique [...]. (GUEVARA VASQUEZ, 2021, pág. 80)

Arribamos mediante la inclusión de dicho dispositivo legal, en nuestra codificación penal, a la determinación judicial de la pena. Teniendo como base los estratos delimitados por esta regla de tercios; a saber, el tercio inferior, el tercio intermedio y el tercio superior. Ejemplificando, tenemos para el delito de robo agravado establecido en el artículo 189° del Código Penal, una pena abstracta de entre doce a veinte años de pena privativa de la libertad, la estratificación por tercios sería la siguiente:

T. Inferior	T. Intermedio	T. superior
2.66	2.66	2.66
12 años	14.66 años	17.33 años
		20 años

2.2.1.2.4.1. Determinación de la Pena: El Pasó de lo Cualitativo a lo Cuantitativo

En este apartado queremos precisar el recorrido gradual de la determinación de la pena, esto es desde su aproximación cualitativa hasta su concreción cuantitativa.

Esta forma de proceder la verificamos en el siguiente texto:

Lo cualitativo es lo opuesto a lo cuantitativo. Pero, aparte de la contraposición de los términos, tenemos que el acto de cuantificar, en el ámbito del derecho penal, no se da sobre un plano de nada, sino sobre la base de lo cualitativo. (GUEVARA VASQUEZ, 2021, pág. 83)

Es decir, si queremos aplicar un quantum que determine la pena a imponer, como procedimiento cuantitativo; *prima facie* tenemos que realizar una indagación o circunspección cualitativa. Esta apreciación, la podemos encontrar como un introito a la aplicación de la regla de tercios establecida en el artículo 45-A del Código Penal. En otras palabras, el juzgador tiene que determinar la pena concreta en el marco cuantitativo, realizando un diagnóstico cualitativo previo, que permita fundamentar la pena; es decir, motivando tanto cuantitativamente como cualitativamente su decisión.

No queremos terminar este apartado, sino afirmando que ambas dimensiones en torno a la determinación judicial de la pena; están signadas por la medición que tiene que realizar el operador jurídico en su afán de determinar la pena concreta, pasando de un

estadio cualitativo a otro cuantitativo, como consecuencia lógica insalvable. Lo que implica una consecuencia jurídica; que en primera instancia determina el tipo de pena a imponer y, en segunda instancia, cuantifica dicha pena.

2.2.1.2.4.2. Atenuantes y Agravantes

El presente sub título, podría llamarse circunstancias genéricas modificatorias de la responsabilidad penal. Siendo que, en concreto estas delimitan la sanción a imponer, centrándose según su mayor o menor gravedad en uno de los tercios del marco punitivo abstracto. No obstante, el Código Penal –Artículo 46º-, las titula como “circunstancias de atenuación y agravación”. Siendo importante señalar estas figuras, pues inciden en la ulterior determinación de la pena concreta.

Tanto las atenuantes como las agravantes son circunstancias comunes modificatorias de la responsabilidad penal. En las atenuantes se mitiga la pena, siempre que concurren circunstancias comprendidas en el hecho punible o, igualmente, concurren circunstancias anteriores o posteriores al hecho que modifiquen la responsabilidad penal. Análogamente, en las agravantes se amplía el rango de punición debido a la concurrencia de circunstancias propias al hecho punible que modifican la responsabilidad penal o, bien por la presencia de circunstancias anteriores o posteriores al hecho que modifican dicha responsabilidad penal.

2.2.1.2.4.3. Atenuante Privilegiada y Agravante Calificada

En cuanto, a este tópico es necesario considerar, que la determinación de la pena tiene un carácter secuencial, conforme lo señala el artículo 45-A, del Código Penal. Así visto, la pena se concretiza a tenor de la observancia de los parámetros signados dentro de

dicho artículo. En primer orden, se consideran las circunstancias genéricas que permiten establecer la pena concreta dentro de uno de los tercios señalados en su espacio punitivo abstracto. En segundo lugar, se verifican las circunstancias específicas, es decir, tanto las atenuantes privilegiadas como las agravantes calificadas.

Con respecto a las primeras, estas determinan que la pena a imponer oscile por debajo del tercio inferior y, en relación, a las segundas estas elevan la pena por encima del tercio superior. Por lo tanto, podemos concluir que ambas circunstancias específicas alteran el rango de punibilidad, tanto de la atenuante privilegiada, como de la agravante calificada. En esta por encima del rango o tercio superior y en aquella por debajo del tercio inferior.

2.2.2 Fundamento Jurisprudencial

En este apartado, se presentan las jurisprudencias más relevantes sobre la tentativa y la determinación judicial de la pena. Esta temática tiene una evolución doctrinaria que se ajusta a sus propias leyes internas; manifestando de un lado el desarrollo doctrinal alcanzado sobre el tema en particular y, por otra parte, evidenciando su problemática general.

Debe señalarse también, que el fundamento jurisprudencial a exponer, todavía no ha alcanzado los estándares de la doctrina jurisprudencial vinculante. Pero, creemos que, en lo posible, estos aportes: criterios, principios y fundamentos doctrinales servirán de asidero para resolver los problemas aún pendientes dentro del ámbito de la tentativa y la determinación judicial de la pena. Por ello, los presentamos en la siguiente sección de forma cronológica y resaltando sus aportes más sobresalientes.

2.2.2.1 La Posición de Principio sobre la Inaplicación de la Regla Tercios

Cuando se discute sobre el marco punitivo aplicable a la tentativa, se sostiene no sin razón, que esta no puede merecer la misma connotación punible que el resto de los delitos consumados. Este es un argumento o juicio analítico de primer orden, al dilucidar la pena a imponer para estos casos. Afirmando, en estricto sentido una fundamentación cualitativa sobre este tipo de injusto. No obstante, cuando el artículo 16° del Código Penal, también afirma que debe realizarse una disminución prudencial para sancionar la tentativa, es evidente que no se puede realizar tal disminución sin un marco referencial, lo que nos obliga a volver a la pena abstracta, preliminarmente desechada.

La sanción y la punibilidad ontológicas presentes en la tentativa se canalizan; en el primer caso, sobre su sanción siempre genéricamente y, en el segundo caso, sobre su punibilidad siempre de modo especial. Es decir, cuando el Código Penal prescribe su sancionabilidad, está indicando genéricamente que en todos los casos en que se presente la tentativa se la debe sancionar y cuando señala su punibilidad, está indicando una excepción a la regla, esgrimida en su disminución prudencial, a comparación de los delitos señalados en la parte especial del Código Penal.

No obstante, la jurisprudencia nacional defiende así su postura principista:

(CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA.SALA PENAL PERMANENTE, 2018). CASACIÓN N° 1083-2017-AREQUIPA, de fecha catorce de agosto de dos mil dieciocho, en su parte considerativa, CUARTO. PRONUNCIAMIENTO JURISDICCIONAL, numeral 4.3 DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN DELITOS TENTADOS, señala: Para la determinación

judicial de la pena, en casos de tentativa, no son aplicables las reglas de los tercios previstas en el artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal, dado que la redacción y el sentido ontológico del mencionado artículo denotan una aplicación para casos en los que se determine la sanción en los marcos de la pena legal prevista en la parte especial. Por tanto, no se puede exigir al Tribunal la aplicación de esta regla en casos de tentativa.

La posición propia, que emana de analizar el sentido interpretativo de la presente Casación; vislumbra en la presente jurisprudencia nacional su *crasso* sesgo dogmático y, por ende, su posición de principio o dogmatismo jurídico. Al no señalar claramente la problemática subyacente en torno a la tentativa, posición que debe ser superada en aras de establecer criterios jurídicos más razonables.

2.2.2.2 Consideraciones Hermenéuticas

La problemática de la determinación judicial de la pena en torno a la tentativa esta signada por un carácter hermenéutico que propende hacia a una interpretación caótica cuando no imprecisa de sus instituciones circundantes.

Para tales efectos señalamos:

(CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA. SALA PENAL TRANSITORIA, 2019) CASACIÓN N° 66-2017-JUNIN, de fecha dieciocho de junio de dos mil diecinueve, esta sentencia cuenta con un voto singular, del cual hacemos un extracto en el siguiente orden de ideas:

El hecho meritorio de señalar que en cierto sector de la doctrina e, incluso, en la jurisprudencia nacional prolifera conceptos inexactos en torno a la determinación judicial de la pena, ejemplificando este malestar al señalar que la tentativa se considera como atenuante privilegiada, entre otros casos no menos importantes.

Estas consideraciones no dejan de tener menor relevancia tanto en el ámbito académico como en el judicial. Pues, a través de la doctrina se establecen los fundamentos jurídicos que serán sustento y motivación de los futuros fallos judiciales que aportarán en uno u otro sentido a la jurisprudencia nacional. Para el caso de análisis, cabe destacar, que la naturaleza jurídica de la tentativa se define por su causal de disminución de punibilidad más no por su imposición como atenuante privilegiada.

Finalmente, esta jurisprudencia es de un enorme valor hermenéutico, porque señala claramente que instituciones jurídicas de la parte general del Código Penal son causas de disminución de punibilidad y no atenuantes privilegiadas, entre ellas: la tentativa, la responsabilidad restringida por la edad, las eximentes imperfectas de responsabilidad penal sobre las que recae la responsabilidad atenuada, entre otras.

2.2.2.3 La Discrecionalidad del Juez y el Quantum a Disminuir

En un análisis reflexivo del artículo 16° del Código Penal, titulado: tentativa; se podrá observar de su segundo párrafo, quizás el elemento más destacado de dicha norma. Esto es la discrecionalidad que el legislador otorga al operador jurídico para determinar el quantum a disminuir en el caso de la tentativa. Aquí radica la relevancia de dicha disposición, pues no solo otorga discrecionalidad máxima al juez, sino que

inadvertidamente no determina el quantum a disminuir para el caso ya señalado de la tentativa.

En ese sentido presentamos la parte *in fine* del Fundamento Decimo, del literal B. sobre la determinación judicial:

(CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA. SALA PENAL PERMANENTE, 2019) RECURSO DE NULIDAD N° 1886-2018-LIMA, de fecha diecisiete de junio de dos mil diecinueve. El quantum de lo que corresponde disminuir por la tentativa no responde a criterios legales, tasados o predeterminados, sino que atiende a la prudencia del juzgador. Se otorga un amplio margen de discrecionalidad, por lo que ha de seguirse criterios racionales motivados. La reducción penológica se efectúa en virtud del principio de proporcionalidad y de la gravedad del hecho. No son amparables aminoraciones excesivas y arbitrarias, que vacían de contenido el mandato normativo que emana del artículo 16 del Código Penal.

En este extracto jurisprudencial se aprecia la incongruencia entre la discrecionalidad puesta a cargo del juez y la inoperancia de la norma, para la determinación específica de un criterio de disminución de penalidad. Es decir, el juez no tiene un criterio cuantitativo para realizar la disminución de la pena. Por ello, al carecer de este quantum específico el juez, deberá fundamentar dicha disminución. Lo que nos encausa hacia la búsqueda de dicho criterio cuantificador o quantum, por el cual se determina la disminución de la pena concreta.

2.2.2.4 Sobre la Imposición de la Pena por Debajo del Límite Legal

En cuanto a, la imposición de la pena por debajo del límite legal, se ha postulado mayoritariamente por la jurisprudencia nacional esta identidad casi innegable al momento de determinar la pena para los casos de tentativa. Este supuesto se aplica se debe de aplicar para los casos de concurrencia de atenuantes privilegiadas, conforme lo señala el artículo 45-A del Código Penal, no obstante, nuestros magistrados hacen extensiva la aplicación de este criterio para los casos de causal de disminución de punibilidad, como es el caso de la tentativa.

Así tenemos la siguiente jurisprudencia:

(CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA. SALA PENAL PERMANENTE, 2020) RECURSO DE NULIDAD N.º 40-2020 LIMA SUR, de fecha doce de noviembre de dos mil veinte; en su parte considerativa, numeral Tercero. Pronunciamiento Jurisdiccional, en su numeral 3.9, hace referencia de que no es preciso imponer una pena por debajo del límite legal para los casos de tentativa, esto considerándola como causal de disminución de punibilidad y no como atenuante privilegiada.

En ese sentido, este pronunciamiento abre la posibilidad de someter la tentativa a otro mecanismo o sanción diferente de su conocida imposición por debajo del límite legal; por lo que esta postura jurisprudencial se situaría lo más próximo al procedimiento de aplicación de la regla de tercio, dejando claro que no lo expresa fehacientemente, pero, sin embargo, se aproxima a esta solución.

2.2.2.5 La Tentativa Constituye una Atenuante Privilegiada

La única disidencia en el sentido de la consideración doctrinaria que amerita la tentativa; lo constituye un fallo jurisprudencial que enmarca la tentativa como atenuante privilegiada, siendo esta postura un hecho aislado en comparación con toda la temática desarrolla a nivel jurisprudencial en el Perú.

Así tenemos:

(CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA. SALA PENAL PERMANENTE, 2021) RECURSO DE NULIDAD N.º 803-2020 LIMA SUR; en este fallo podemos ver una vertiente distinta a las ya señaladas que se decantan a favor de considerar a la tentativa como causal de disminución de punibilidad, no obstante, en este pronunciamiento no se expresan los fundamentos doctrinales que llevarían a tal consideración.

Este fallo jurisprudencial es relevante para el presente trabajo de investigación, porque, en contraposición, muestra una disidencia con respecto del resto de decisiones judiciales. En este se sostiene que la tentativa es una causal de disminución de punibilidad en aquel se afirma que la tentativa es una atenuante privilegiada. Sobre este punto, en particular, de la jurisprudencia bajo comentario, podemos verificar que; aunque, declarativamente se señale que la tentativa es una atenuante privilegiada no se sostiene esta afirmación con ningún sustento doctrinario. Por lo que, se demuestra que esta postura no ha alcanzado el desarrollo jurisprudencial necesario para futuras consideraciones académicas.

2.2.2.6 La Tentativa es Causal de Disminución de Punibilidad no Atenuante

Privilegiada.

Nuestra jurisprudencia más reciente hace una distinción entre la tentativa tomada como causal de disminución de punibilidad y su negación con referencia a su actual tratamiento como atenuante privilegiada. Dicha distinción no es vana, ni meramente doctrinal; sino que, en el campo de la actividad jurisprudencial, responde a un juicio de valor operacional que es válido resaltar.

Encontramos dicha postura en la siguiente jurisprudencia nacional:

(CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA. SALA PENAL TRANSITORIA, 2021) RECURSO DE NULIDAD N° 1309-2019-LIMA SUR, de fecha 12 de mayo del 2021. En sus fundamentos, consignados en el numeral III. ANÁLISIS JURÍDICO FACTICO, punto Séptimo, numeral 4.3. DETERMINACION JUDICIAL DE LA PENA EN LOS DELITOS TENTADOS, señala lo siguiente:

- La tentativa es una causa de disminución de punibilidad. No es una Atenuante privilegiada.
- A partir de lo mencionado, surge una primera cuestión respecto al momento operacional a partir del cual se efectúa la reducción de la sanción. Si bien la imposición de la sanción debería ser por debajo del mínimo legal, su utilidad jurídica, así como su operatividad, distan de una auténtica circunstancia privilegiada.

2.3. Marco Conceptual

2.3.1. Iter Criminis

La visión general del delito, así como su particular concepción y desarrollo la encontramos en ALMANZA ALTAMIRANO (2022) “nos referimos al recorrido, al camino que realiza el delito. Pero, en específico, nos referimos a los delitos dolosos, pues solo en los delitos dolosos podremos distinguir las etapas que analizaremos” (p. 141), en el caso de la tentativa, esta se presenta entre los actos preparatorios y la consumación del delito.

2.3.2. La Pena

Examinando el concepto de SOLER (1992) encontramos que la pena “es un mal amenazado primero, y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución consistente en la disminución de un bien jurídico, y cuyo fin es evitar los delitos”. (p. 400), es decir, ante la lesión causada a un bien jurídico protegido se debe imponer una pena como medida retributiva contra el penado logrando con ello proteger a la persona humana y a la sociedad en su conjunto.

2.3.3. Determinación Judicial de la Pena en Sentido General

El sentido amplio de la determinación judicial de la pena integra dos niveles diferenciados por el cual se impone la pena en concreto, desde su determinación legal hasta su determinación judicial.

Así tenemos:

No existe una única determinación de la pena, sino una determinación que se explica sustancialmente en dos niveles: la determinación legal, perteneciente por

excelencia a la esfera de dominio de los legisladores en un sistema de gobierno democrático como el nuestro; y la determinación judicial, perteneciente por antonomasia al ámbito en el cual los jueces desarrollan su función pública. (GUEVARA VASQUEZ, 2021, pág. 61)

2.3.4. Sistema de tercios

El sistema de tercios está establecido en el artículo 45-A, del Código Penal, y es un mecanismo por el cual se secciona la pena abstracta en segmentos para conforme a una regla de atenuación o agravación de penas determinar el tercio sobre el cual corresponde imponer la pena en concreto.

Sobre el particular tenemos:

“... se adscribe en un plano reglamentarista y formalista a la vez, por cuanto reduce de forma sustantiva la discrecionalidad judicial, al colocarla frente a una operación matemática en lo que respecta al quantum de la pena y al tener que seguir ciertas pautas en la aplicación punitiva.” (PEÑA CABRERA FREYRE, ALONSO RAÚL & CHRISTIAN SALAS BETETA, 2021, pág. 242)

2.3.5. Esquemas Operativos de Dosimetría Penal

Los esquemas operativos de dosimetría penal se encuentran dispersos en nuestra legislación penal, sin embargo, el más importante de ellos al momento de la determinación judicial de la pena, es la regla de tercios, contenida en el artículo 45-A de nuestro Código Penal.

Así tenemos, la siguiente apreciación:

Se trata de protocolos de actuación y gestión de casos penales que no sólo permitan a los órganos jurisdiccionales emplear de modo idóneo y sistemático las reglas y disposiciones que aportó la Ley 30076 sino también aquellas preexistentes a dicha reforma legislativa. Pero, además, con ellos es posible promover una estandarización de las formas de actuación de los operadores de justicia. (PRADO SALDARRIAGA, 2018, pág. 255)

2.3.6. Principio de Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad tiene un asidero constitucional y, por ende, puede aplicarse a todo nuestro ordenamiento jurídico cuando este colisiona; sin duda el derecho penal no es la excepción; por ello, cuando se trata de la determinación judicial de la pena este principio auxilia al juzgador para imponer la pena dentro de los límites de la legalidad.

Así tenemos:

El principio de proporcionalidad tiene su punto de partida en la Constitución, su alcance es transversal: a principios y reglas. El sistema jurídico, por su propia naturaleza, puede colisionar; cuando ello ocurre, el principio de proporcionalidad -como principio regulativo general- no puede quedar al margen e ingresa a través de la jurisdicción ordinaria y constitucional con la finalidad de definir casos de posibles excesos, deficiencias legislativas, restricciones u otros... (URQUIZO OLAECHEA, 2021, pág. 155)

III. HIPÓTESIS

3.1. Hipótesis General

En este punto se debe concretizar el entendimiento del problema planteado por el investigador y postular la posible respuesta. La misma que tendrá que estar alineada con el objetivo general trazado en el inicio de la investigación. En la etapa culminante de nuestra investigación deberá delimitarse los argumentos que hacen viable la hipótesis planteada. Así mismo, de no ser el caso deberá replantearse la hipótesis.

Este concepto es definido metodológicamente de la siguiente forma:

En esta etapa el investigador después de haber planteado el problema, sus objetivos y el marco teórico, procede a formular su o sus hipótesis. Si el estudio es exploratorio, descriptivo, correlacional o explicativo, la hipótesis que se formule tendrá una de estas particularidades. **(PINO GOTUZZO, 2016, pág. 103)**

Tomando este marco referencial hemos planteado nuestra hipótesis de investigación en los siguientes términos:

3.1.1 Hipótesis de Estudio

- Existe relación entre la tentativa y la determinación judicial de la pena.

3.2. Hipótesis Especificas

- Existe relación entre la tentativa y la regla de tercios.
- Existe relación entre tentativa y el principio de proporcionalidad.

IV. METODOLOGIA

4.1. Tipo y Nivel de Investigación

4.1.1. Tipo de Investigación. La investigación es de tipo cualitativa

Cualitativa. Será una investigación de tipo cualitativa, su naturaleza será bibliográfica se usará el método de estudio de casos, lo cual permitirá describir y analizar las características de la regulación respecto de la institución jurídica en estudio. La finalidad del estudio no será concluyente lo que se pretende es que el investigador (estudiante en formación profesional) se aproxime al conocimiento existente el marco normativo utilizando para ello fuentes doctrinarias para facilitar la interpretación y alcances respectivos. Además, lo que se pretende con este enfoque es comprender las variables en toda su extensión. Para, luego asimilar el conocimiento y enriquecer la investigación con la actividad interpretativa o reflexiva en torno a los hallazgos y planteamientos que surjan de la investigación.

En esa misma línea de ideas tenemos:

La investigación cualitativa se fundamenta en una perspectiva interpretativa centrada en el entendimiento del significado de las acciones de seres vivos, sobre todo de los humanos y sus instituciones (busca interpretar lo que va captando activamente). (HERNÁNDEZ SAMPIERI, ROBERTO; FERNÁNDEZ COLLADO, CARLOS; BAPTISTA LUCIO, PILAR, 1991, pág. 9)

4.1.2. Nivel de Investigación. El nivel de investigación es exploratorio, descriptivo y correlacional

Nivel Exploratorio. Se trata de un estudio que se aproximó y exploró contextos poco estudiados; dado que la revisión de la literatura reveló pocos estudios respecto del fenómeno propuesto; por lo tanto, la intención fue indagar nuevas perspectivas. (Hernández, Fernández & Baptista, 2010). Metodología de la Investigación. Quinta edición. México: Mc Graw Hill

El nivel exploratorio del estudio, se evidenció en varios aspectos de la investigación: en la búsqueda de antecedentes; estudios con metodología similares; líneas de investigación; siendo las más próximas los que se derivaron de la misma línea.

Nivel Descriptivo. La presente investigación inicia con un estudio descriptivo, en tanto que se han encontrado estudios previos referidos a las variables analizadas, estas primeras indagaciones son expuestas en los antecedentes, y serán tomadas como marco referencial para toda la investigación posterior.

Nivel Correlacional. El objeto de estudio vincula dos variables; de las cuales se investiga la relación existente entre ambas, sin que la correlación signifique un proceso de causación, sino más bien una explicación de los conceptos que engloban a las variables de estudio. Es decir, una adecuación del plano teórico o conocimiento dogmático como fundamento de la relación entre las variables estudiadas.

4.2. Diseño de la Investigación

El diseño de investigación es: no experimental, transversal y correlacional causal. El estudio no está orientado a manipular ningún aspecto del objeto de estudio, tampoco

tiene el propósito hacer propuestas legislativas; sino de examinar la regulación vigente sobre la institución jurídica seleccionada.

El estudio en sí no obedece a un diseño pre existente. Se trata en sí de un diseño particular “sui géneris”, porque el propósito del estudio es introducir y orientar al investigador en la profundización del conocimiento profundo respecto de la institución jurídica seleccionada. Será una actividad básicamente observacional y analítica del contenido normativo existente respecto de la institución jurídica elegida.

No Experimental. Se ha escogido el diseño no experimental, dado que la variable de estudio pertenece al campo de las ciencias humanas, en rigor se encuentra comprendida en el ámbito de las ciencias jurídicas. Donde los problemas de investigación por su objeto requieren, generalmente, un estudio no experimental. Pues, en nuestro caso no es posible tener control sobre la variable de estudio. Por lo tanto, la variable independiente no puede ser sometida a ningún tipo de experimentación.

Transversal. Conforme a los datos extraídos para realizar la presente investigación esta se desarrolla a escala transversal, ya que la información ha sido recolectada en un periodo específico de tiempo, para poder ser analizada dentro de esos parámetros temporales.

Correlacional Causal. Finalizando con el diseño de investigación es necesario establecer el nivel de correlación de estudio entre las variables - dependiente/independiente-, es decir, determinar el tipo de correlación que pretende examinar.

Para ello, nos servimos de la siguiente cita:

Por tanto, los diseños correlacionales-causales pueden limitarse a establecer relaciones entre variables sin precisar sentido de causalidad o pretender analizar relaciones causales. Cuando se limitan a relaciones no causales, se fundamentan en planteamientos e hipótesis correlacionales; del mismo modo, cuando buscan evaluar vinculaciones causales, se basan en planteamientos e hipótesis causales. (HERNÁNDEZ SAMPIERI, ROBERTO; FERNÁNDEZ COLLADO, CARLOS; BAPTISTA LUCIO, PILAR, 1991, pág. 155)

En ese sentido, nos adherimos al tipo de investigación correlaciona causal, ya que en el presente estudio nos es posible determinar no solo un correlato entre ellas, sino que, además es posible precisar las relaciones de causalidad entre las variables objeto de estudio.

4.3. Unidad de Análisis

Conceptualmente, la unidad de análisis: “Son los elementos en los que recae la obtención de información y que deben de ser definidos con propiedad, es decir precisar, a quien o a quienes se va a aplicar la muestra para efectos de obtener la información. (Centy, 2006, pág. 69).

La selección puede ser aplicando los procedimientos probabilísticos y los no probabilísticos. En el presente estudio se utilizó el procedimiento no probabilístico; es decir, “(...) no utilizan la ley del azar ni el cálculo de probabilidades (...). El muestreo no probabilístico asume varias formas: el muestreo por juicio o criterio del investigador, el muestreo por cuota y muestreo accidental (Arista, 1984; citado por Ñaupas, Mejía, Novoa y Villagómez, 2013; p. 2011)

En este trabajo, la elección se realizó mediante muestreo no probabilístico; es decir a criterio del investigador (acorde a la línea de investigación). Que, según Casal y Mateu (2003) se denomina muestreo no probabilístico, llamado técnica por conveniencia; porque, es el mismo investigador quien establece las condiciones para seleccionar la unidad de análisis.

En el presente estudio, la unidad de análisis está representada por seis (06) jurisprudencias las mismas que se señalamos en orden cronológico:

1. CASACIÓN N.º 1083-2017-AREQUIPA (14.08.2018)
2. CASACIÓN N.º 66-2017- JUNIN (18.06.2019)
3. RECURSO DE NULIDAD N° 1886-2018 LIMA (17.06.2019)
4. RECURSO DE NULIDAD N° 40-2020 LIMA SUR (12.11.2020)
5. RECURSO DE NULIDAD N° 803-2020 LIMA SUR (25.01.2021)
6. RECURSO DE NULIDAD N.º 1309-2019-LIMA SUR (12.05.2021)

La evidencia empírica del objeto de estudio; son las jurisprudencias que se insertan en el **Anexo 06**; su contenido no fue alterado en esencia, los únicos datos sustituidos son los que identifican a los sujetos mencionados en el texto de las jurisprudencias, se les asignó un código para proteger su identidad y respetar el principio de reserva y protección a la intimidad (sean personas naturales y jurídicas mencionadas en el texto) los códigos son: A, B, C, etc., se aplican por cuestiones éticas y respeto a la dignidad.

4.4. Definición y operacionalización de variables e indicadores

La definición y operacionalización de la variable se encuentra en el Anexo N°05

4.5. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos

4.5.1. Técnicas de Recolección de Datos.

La recolección de datos básicamente será de fuentes documentales tales como: Jurisprudencia, legislación y doctrina (porque facilita la interpretación) por ello se aplicará la técnica de revisión bibliográfica utilizando la observación y el análisis, las dos actividades será predominantes para extraer los datos existentes en las fuentes seleccionadas.

4.5.2. Instrumentos de Recolección de Datos

Instrumento: Fichas Textuales. Se ha optado por este instrumento (**Anexo 01**), porque brinda la seguridad y fortaleza para poder extraer la información exacta de los documentos objeto de análisis, lo que permite no solo conservar los datos bibliográficos, sino, también, el sentido cabal de las citas. Además, si tenemos el método de estudio de casos múltiples, sobre el cual aplicamos la técnica de análisis documental, es imprescindible que el instrumento elegido para nuestra investigación sea la ficha textual.

4.6. Procedimiento de Recolección y Plan de Análisis de Datos

Procedimiento de Recolección. Para procesar los datos de la investigación se realizará un abordaje en lo posible secuencial, progresivo y desarrollado por etapas, aunque, por lo general, estas etapas son plásticas y suele haber una retroalimentación entre ellas.

Asimismo, corresponde destacar que las actividades de recolección y análisis fueron simultáneas que se ejecutaron por etapas o fases, conforme sostienen Lenise Do Prado; Quelopana Del Valle; Compean Ortiz, y Reséndiz González (2008). (La separación de las dos actividades solo obedece a la necesidad de especificidad).

Plan de Análisis

Etapas Exploratoria. En esta etapa de la investigación nos aproximamos al objeto de estudio, a través de los antecedentes más importantes y cercanos a nuestro estudio y, también, indagamos sobre los elementos teórico conceptuales que formaran parte de la revisión de la literatura.

Etapas Analítica. En esta fase predominan los procesos de sistematización en referencia a los datos obtenidos en el nivel anterior. Aquí se plantean tareas como reducir datos, encontrar resultados y plasmar conclusiones.

Etapas Informativa. Es la fase final del plan de análisis, aquí presentamos los resultados encontrados en nuestra investigación.

4.7. Matriz de Consistencia Lógica

PROBLEMA DE INVESTIGACION	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES Y DIMENSIONES	METODOLOGÍA
<p>Problema General</p> <p>¿Cuál es la relación entre la tentativa y la determinación judicial de la pena?</p>	<p>Objetivo General</p> <p>Determinar la relación entre la tentativa y la determinación judicial de la pena</p>	<p>Hipótesis General</p> <p>Existe relación entre la tentativa y la determinación judicial de la pena</p>	<p>Variable 1 Tentativa</p> <p>Dimensiones Tentativa Acabada</p> <p>Tentativa Inacabada</p>	<p>Tipo de Investigación</p> <p>Pura o Básica</p>
<p>Problemas Específicos</p> <p>¿Cuál es la relación entre la tentativa y la regla de tercios?</p> <p>¿Cuál es la relación entre la tentativa y el principio de proporcionalidad?</p>	<p>Objetivos Específicos</p> <p>Determinar la relación entre la tentativa y la regla de tercios</p> <p>Determinación la relación entre la tentativa y el principio de proporcionalidad</p>	<p>Hipótesis Específicas</p> <p>Existe relación entre la tentativa y la regla de tercios</p> <p>Existe relación entre la tentativa y el principio de proporcionalidad</p>	<p>Variable 2 Determinación Judicial de la Pena</p> <p>Dimensiones Regla de Tercios Principio de Proporcionalidad</p>	<p>Enfoque de la Investigación</p> <p>Cualitativa-Cuantitativa (Mixta)</p> <p>Diseño de Investigación</p> <p>No Experimental Transversal Correlacional Causal</p>

4.8. Principios Éticos

Uno de los objetivos inmanentes que circunscriben la presente investigación se ciñe y dirige hacia el cumplimiento de los principios éticos establecidos en el Código de Ética para la Investigación, Aprobado por acuerdo del Consejo Universitario con Resolución N° 0916-2020-CU-ULADECH Católica, de fecha 29 de octubre del 2020. Motivo por el cual, el suscrito en su calidad de investigador declara y manifiesta su absoluto compromiso en la aplicación de los principios bioéticos que esta casa de estudios garantiza.

Asimismo, el presente trabajo ha seguido la línea directriz trazada por el principio de buena fe, concordante con el principio de veracidad y, finalmente, el respeto a la dignidad humana.

V. RESULTADOS

5.1 Resultados

Tabla N° 01

OBJETIVOS		RESULTADOS	
General	Determinar la relación entre la tentativa y la determinación judicial de la pena	Sobre la Disminución de la Punibilidad	La tentativa es causal de disminución de punibilidad. No atenuante privilegiada. Sobre estos axiomas se han desarrollado una cadena de razonamientos que confluyen en la no aplicación de la regla de tercios, conforme a una distinción categorial entre la tentativa y los delitos consumados. Por lo tanto, la pena se impone siempre por debajo del límite legal.
		Sobre la Imposición de la Pena por debajo del Límite Legal	La tentativa no amerita necesariamente una imposición por debajo del límite legal. Sobre este supuesto cabría la posibilidad de aplicar la regla de tercios.
Específico	Determinar la relación entre la tentativa y la regla de tercios	Sobre la Regla de Tercios	Para la determinación judicial de la pena en caso de tentativa no se aplica la regla de tercios, al contrario, se aplica, como regla general, el principio de proporcionalidad.
Específico	Determinar la relación entre la tentativa y el principio de proporcionalidad	Sobre el Principio de Proporcionalidad	La prudencia del juzgador se plasma en la aplicación del principio de proporcionalidad, por el cual la pena debe imponerse por debajo del límite legal en los casos de tentativa.

5.2 Análisis de Resultados

Sobre la Disminución de la Punibilidad:

En cuanto, al objetivo general: Determinar la relación entre la tentativa y la determinación judicial de la pena, se ha encontrado el siguiente resultado contenido en la Tabla N° 01: “La tentativa es causal de disminución de punibilidad. No atenuante privilegiada. Sobre estos axiomas se han desarrollado una cadena de razonamientos que confluyen en la no aplicación de la regla de tercios, conforme a una distinción categorial entre la tentativa y los delitos consumados. Por lo tanto, la pena se impone siempre por debajo del límite legal.”, resultados que al ser comparados con el antecedente de: (APUMAYTA RIVEROS, LEONCIO & VALENCIA CHANCHA, FRANZ LINCOLN, 2020) 1. En el 2018 en el Distrito Judicial de Huancavelica, en la fase de determinación de la pena concreta por los jueces, éstos han tratado de manera indistinta a la tentativa, como atenuante privilegiada y como causal de reducción de la punibilidad en sus sentencias sin ninguna justificación ni explicación, sin dar cumplimiento al primer párrafo del artículo 45-A del Código Penal: “Toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena”. Estos resultados confirman una evolución positiva en cuanto a la noción primaria que distingue a la tentativa como causal de disminución de punibilidad, institución jurídica distante de la atenuante privilegiada. No obstante, se verifica que los argumentos expresados para sustentar la no aplicación de la regla de tercios en los casos de tentativa apelan a una pretendida distinción categorial entre la tentativa y los delitos consumados tipificados en el catálogo de la parte especial del Código Penal. Más esta distinción,

aunque evidente no encuentra respaldo expreso en la norma en mención, la cual creemos que debiera ser taxativa, si fuera el caso para su no aplicación. Por otro lado, puede argumentarse en un sentido amplio que las instituciones jurídicas enmarcadas en la parte general del Código Penal son el fundamento dogmático de la teoría general del delito, y se aplican extensivamente a la parte especial del Código, pues son su sustento. Y una no aplicación de las mismas debería expresarse taxativamente a la vez que fundamentarse de manera categorial, de modo tal que no despierte dudas sobre su no aplicación.

Sobre la Imposición de la Pena por debajo del Límite Legal:

En cuanto, al objetivo general: Determinar la relación entre la tentativa y la determinación judicial de la pena, se ha encontrado el siguiente resultado contenido en la Tabla N° 01: “La tentativa no amerita necesariamente una imposición por debajo del límite legal. Sobre este supuesto cabría la posibilidad de aplicar la regla de tercios.”, resultados que al ser comparados con el antecedente de: (ALBA ZURITA, 2017)¹. El Código Orgánico Integral Penal determina en el art. 39 la definición de tentativa y en qué casos amerita pena, varios son los tribunales que aplican esta figura desde visiones clásicas sin ninguna construcción dogmática dando pie a una serie de arbitrariedades y aplicación errónea de esta figura de la teoría del delito, lo que deja claro la necesidad de establecer requerimientos o criterios previos que deben ser vistos por los miembros de los Tribunales, a pesar de que la ley y la doctrina son bastante claras en este sentido”. Estos resultados permiten afirmar que para el caso de la tentativa se realizó una construcción dogmática, que tiene que ser revisada para determinar si efectivamente corresponde aplicar una pena por debajo del límite legal o esta se determina dentro de la pena abstracta.

En ese sentido, debemos afirmar que al ser la tentativa una causal de disminución de punibilidad y no una atenuante privilegiada no amerita una imposición de la pena por debajo del mínimo legal. Ahora, en este supuesto la pena debe ser indefectiblemente sometida a la aplicación de la regla de tercios, pues como vemos en la tentativa, también concurren las circunstancias de atenuación y agravación genéricas que son el fundamento de la aplicación de la regla de tercios, lo que indicaría inicialmente un correlato lógico jurídico viable para la aplicación de la regla de tercios.

Sobre la Regla de Tercios:

En cuanto, al objetivo específico: Determinar la relación entre la tentativa y el criterio jurídico aplicado por el Juzgador, se ha encontrado el siguiente resultado contenido en la Tabla N° 01: “Para la determinación judicial de la pena en caso de tentativa no se aplica la regla de tercios, al contrario, se aplica, como regla general, el principio de proporcionalidad”, resultados que al ser comparados con el antecedente de: (RODRÍGUEZ GENNELL, DAVID & CASTAÑEDA RODRÍGUEZ, WESMER, 2019)

5. Los efectos relevantes son la observancia de los principios de prevención general y especial y predictibilidad de las resoluciones. Esto se produce porque, los límites o parámetros que el juez tiene para disminuir la pena de manera discrecional deben ser regidos por el principio de razonabilidad y proporcionalidad, hecho que genera que la pena responda necesariamente a los principios de prevención general y especial. Por ello, el establecimiento de límites o parámetros mediante tercios o cuartos, como en otras legislaciones, optimiza la labor de individualización de la pena, pues todos los casos siempre son distintos y merecen un tratamiento punitivo singular”.Resultados que nos

permiten señalar la importancia de establecer con claridad las reglas aplicables para el caso de la tentativa, sino vía reforma del Código Penal, con una interpretación acorde a la naturaleza de la tentativa, situación que se puede esclarecer con una doctrina jurisprudencial vinculante para estos casos. Ya que, la aplicación del principio de proporcionalidad es legítima; lo que creemos cuestionable es aplicar una pena por debajo del límite legal cuando la norma no hace una referencia expresa de dicha situación, Máxime si existe un procedimiento regulado para imponer las penas conforme al artículo 45-A, del Código Penal.

Sobre el Principio de Proporcionalidad:

En cuanto, al objetivo específico: Determinar la relación entre la tentativa y la pena en concreto, se ha encontrado el siguiente resultado contenido en la Tabla N° 01: “La prudencia del juzgador se plasma en la aplicación del principio de proporcionalidad, por el cual la pena debe imponerse por debajo del límite legal en los casos de tentativa.”, resultados que al ser comparados con el antecedente de: (ACEVEDO ZEPEDA CAROLINA & TORRES FIGUEROA ANGÉLICA, 2009) “Por último, tenemos la convicción que los problemas existentes en el sistema de determinación de la pena son sólo un reflejo de las debilidades de nuestro Derecho Penal, derivadas de una incoherencia entre la Política Criminal implementada por nuestro país y la consagración constitucional de Chile como un Estado Democrático de Derecho. Si bien la solución planteada por esta investigación sugiere establecer con claridad cuáles deben ser los fines de la pena que orientan la determinación de ésta, estimamos que es necesaria una reforma global y sustantiva, que abarque todos los aspectos del Derecho Penal, única vía para lograr el

respeto a los principios de un Estado Democrático de Derecho”. Estos resultados confirman que todo sistema de administración de justicia tiene problemas y que la debilidad existente en nuestro caso de estudio se presenta a la hora de establecer la discrecionalidad con la cual se sanciona la tentativa; que, para el caso en concreto, se resuelve con la aplicación del principio de proporcionalidad, por el cual se señala que la pena debe imponerse por debajo del límite legal en los casos de tentativa.

VI. CONCLUSIONES

6.1 Conclusiones

Sobre la Disminución de la Punibilidad

En este trabajo se determinó la relación existente entre la tentativa y la determinación judicial de la pena. Lo más importante para comprender esta relación fue establecer que el enfoque jurisprudencial que funda la tentativa sobre la causal de disminución de punibilidad, se sitúa en lo previsto en el artículo 16° del Código Penal. Por el contrario, no se pudo establecer las razones o criterios que configurarían a la tentativa como una atenuante privilegiada. Además, esta visión configura en último término, la no aplicación de la regla de tercios en los casos de tentativa, situación que conlleva a plantear argumentos, por lo menos cuestionables por su falta de desarrollo doctrinal.

Sobre la Imposición de la Pena por debajo del Límite Legal

En este trabajo se determinó la relación existente entre la tentativa y la determinación judicial de la pena. Entendiendo la tentativa como causal de disminución de punibilidad queda expedito el análisis sobre la procedencia de determinar la pena conforme a la aplicación de la regla de tercios, establecida en el artículo 45-A del Código Penal, posibilidad hasta ahora negada por nuestra jurisprudencia nacional, pero que la ley penal establece como parámetro para la individualización de la pena, y que como hemos visto no excluye a la tentativa, sino que la acoge dentro de la aplicación de su ámbito normativo.

Sobre la Regla de Tercios:

En este trabajo se determinó que la relación existente entre la tentativa y la regla de tercios. Así tenemos, que, si bien es cierto, no se aplica la regla de tercios para los casos de tentativa; en razón a que esta regla solo se aplica a los tipos consumados propios del catálogo de la parte especial del Código Penal. Por defecto de la noma, se estatuye según el criterio empleado por las judicaturas supremas aplicar el principio de proporcionalidad allí donde no se puede aplicar la regla de tercios como es el caso de la tentativa.

Sobre el Principio de Proporcionalidad:

En este trabajo se determinó la relación existente entre tentativa y el principio de proporcionalidad. La jurisprudencia nacional es rotunda en señalar que la sanción a considerar e imponer en caso de tentativa debe ser impuesta por debajo del límite legal. Todo ello como resultado de la aplicación del principio de proporcionalidad en lugar de la aplicación de la regla de tercios.

6.2 Recomendaciones

Sobre la Disminución de la Punibilidad

Invocar a los magistrados supremos a unificar, esclarecer y establecer doctrina jurisprudencial vinculante para la determinación judicial de la pena en casos de tentativa.

Sobre la Imposición de la Pena por debajo del Límite Legal

Evaluar en futuras investigaciones la importancia de extender la aplicación de la regla de tercios a los tipos en grado de tentativa.

Sobre la Regla de Tercios:

Evaluar la posible aplicación de la regla de tercios en la determinación judicial de la pena en caso de tentativa.

Sobre el Principio de Proporcionalidad:

Examinar si los fundamentos que señalan la imposición de la pena por debajo del límite legal, para la los casos de tentativa tienen un sustento doctrinal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acevedo Zepeda Carolina & Torres Figueroa Angélica. (2009). Determinación De La Pena En Chile. Principios De Un Estado Democrático De Derecho Y Fines De La Pena. Santiago, Chile: Universidad De Chile. Facultad De Derecho. Departamento De Ciencias Penales. Obtenido De https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/106934/De-Acevedo_C.Pdf?sequence=3&isallowed=Y
- Alba Zurita, E. M. (Enero De 2017). Criterios De Idoneidad Como Requisito Previo Para La Configuración De La Tentativa En El Código Orgánico Integral Penal. Quito, Ecuador: Universidad Central Del Ecuador. Facultad De Jurisprudencia, Ciencias Políticas Y Sociales Carrera De Derecho. Obtenido De <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/8337/1/T-Uce-0013-Ab-009.Pdf>
- Almanza Altamirano, F. (2022). *Manual De Teoria Del Delito*. Lima: San Bernardo Libros Jurídicos E.I.R.L.
- Apumayta Riveros, Leoncio & Valencia Chancha, Franz Lincoln. (2020). La Naturaleza Jurídica De La Tentativa En La Determinación Judicial De La Pena En El Distrito Judicial De Huancavelica En El 2018. Huancavelica. Obtenido De https://repositorio.continental.edu.pe/bitstream/20.500.12394/8065/2/Iv_Pg_Mddp_Te_Valencia_Apumayta_2020.Pdf
- Casal, J., & Mateu, E. (2003). *En Rev. Epidem. Med. Prev. 1: 3-7. Tipos De Muestreo. Cresa. Centre De Recerca En Sanitat Animal / Dep. Sanitat I Anatomia Animals, Universitat Autònoma De Barcelona, 08193-Bellaterra, Barcelona.* Doi:[http://www.mat.uson.mx/~ftapia/Lecturas%20adicionales%20\(Cómo%20diseñar%20una%20encuesta\)/Tiposmuestreo1.Pdf](http://www.mat.uson.mx/~ftapia/Lecturas%20adicionales%20(Cómo%20diseñar%20una%20encuesta)/Tiposmuestreo1.Pdf)
- Centty, D. (2006). *Manual Metodológico Para El Investigador Científico. Facultad De Economía De La U.N.S.A. (Sin Edición Ed.)*. Arequipa: Nuevo Mundo De Investigadores & Consultores. Obtenido De <http://www.eumed.net/libros-gratis/2010e/816/Unidades%20de%20 analisis.Htm>
- Chira Montoya, Y. (2019). Calidad De Sentencias De Primer Y Segunda Instancia Sobre El Delito De Robo Agravado En Grado De Tentativa, En El Expediente N° 05381-2013-6-2001-Jr-Pe-01, Del Distrito Judicial De Piura- Piura.2019. Piura. Obtenido De http://repositorio.uladech.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13032/13573/Calidad_Delito_Chira_Montoya_Yolanda_Elizabeth.Pdf?sequence=1&isallowed=Y
- Código Penal. Dl N° 635. (08 De Abril De 1991). Lima, Peru. Obtenido De https://apps.contraloria.gob.pe/unetealcontrol/pdf/07_635.Pdf

- Codigo Penal. Ley Organica Del Codigo Penal. (23 De Noviembre De 1995). España.
- Corte Suprema De Justicia De La Republica. Sala Penal Transitoria, Recurso De Nulidad N.º 1309-2019-Lima Sur (Bases Para Imponer La Pena En Delitos Tentados 12 De 05 De 2021). Obtenido De [Https://img.Lpderecho.Pe/Wp-Content/Uploads/2021/07/Recurso-Nulidad-1309-2019-Lima-Sur-Lp.Pdf](https://img.lpderecho.pe/Wp-Content/Uploads/2021/07/Recurso-Nulidad-1309-2019-Lima-Sur-Lp.Pdf)
- Corte Suprema De Justicia De La Republica. Sala Penal Permanente, Recurso De Nulidad N° 1886-2018 (Determinación De La Pena, Coexistencia Simultáneade Una “Causal De Disminución De La Punibilidad” Y De Una “Circunstancia Agravante Cualificada 17 De 06 De 2019). Obtenido De [Https://img.Lpderecho.Pe/Wp-Content/Uploads/2021/10/Recurso-De-Nulidad-1886-2018-Lima-Lpderecho.Pdf](https://img.lpderecho.pe/Wp-Content/Uploads/2021/10/Recurso-De-Nulidad-1886-2018-Lima-Lpderecho.Pdf)
- Corte Suprema De Justicia De La Republica. Sala Penal Permanente, Recurso De Nulidad N.º 40-2020 (Determinación Individual De La Pena 12 De 11 De 2020). Obtenido De [Https://img.Lpderecho.Pe/Wp-Content/Uploads/2021/04/Recurso-De-Nulidad-40-2020-Lima-Sur-Lp.Pdf](https://img.lpderecho.pe/Wp-Content/Uploads/2021/04/Recurso-De-Nulidad-40-2020-Lima-Sur-Lp.Pdf)
- Corte Suprema De Justicia De La Republica. Sala Penal Transitoria, Casación N.º 66-2017 Junin (Determinación Judicial De La Pena Y Causales De Disminución De Punibilidad 18 De 06 De 2019). Obtenido De [Https://Www.Pj.Gob.Pe/Wps/Wcm/Connect/2a07710043f9b93a956095c9d91bd6ff/66-2017.Pdf?Mod=Ajperes&Cacheid=2a07710043f9b93a956095c9d91bd6ff](https://www.pj.gob.pe/Wps/Wcm/Connect/2a07710043f9b93a956095c9d91bd6ff/66-2017.Pdf?Mod=Ajperes&Cacheid=2a07710043f9b93a956095c9d91bd6ff)
- Corte Suprema De Justicia De La Republica.Sala Penal Permanente, Casación N.º 1083-2017-Arequipa (La Determinacion De La Pena En Casos De Tentativa 14 De 08 De 2018). Obtenido De [Https://Static.Legis.Pe/Wp-Content/Uploads/2018/08/Casaci%C3%B3n-1083-2017-Arequipa-Legis.Pe_.Pdf](https://static.legis.pe/Wp-Content/Uploads/2018/08/Casaci%C3%B3n-1083-2017-Arequipa-Legis.Pe_.Pdf)
- Corte Suprema De La Republica. Sala Penal Permanente, Recurso De Nulidad N.º 803-2020 Lima Sur (La Tentativa Constituye Una Atenuante Privilegiada 25 De 01 De 2021). Obtenido De [Https://img.Lpderecho.Pe/Wp-Content/Uploads/2021/04/Recurso-De-Nulidad-803-2020-Lima-Sur-Lp.Pdf](https://img.lpderecho.pe/Wp-Content/Uploads/2021/04/Recurso-De-Nulidad-803-2020-Lima-Sur-Lp.Pdf)
- Estatuto De Roma De La Corte Penal Internacional. (17 De 7 De 1998). Roma, Italia. Obtenido De [Https://Www.Un.Org/Spanish/Law/Icc/Statute/Spanish/Rome_Statute\(S\).Pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)
- Guevara Vasquez, P. I. (2021). *La Determinacion Judicial De La Pena Concreta*. Lima: Roquigraf S.R.L.
- Gutierrez Garcia, D. M. (2018). Calidad De Sentencias De Primera Y Segunda Instancia Sobre Hurto Agravado En Grado De Tentativa, En El Expediente N° 04982-2013-8-2001-Jr-Pe-01, Del Distrito Judicial De Piura-Piura, 2018. 223. Sullana, Peru: Universidad Catolica Los Angeles De Chimbote - Uladech. Obtenido De [Http://Repositorio.Uladech.Edu.Pe/Bitstream/Handle/20.500.13032/3553/Hurto_](http://repositorio.uladech.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13032/3553/Hurto_)

Agravado_Tentativa_Gutierrez_Garcia_Duber_Manuel.Pdf?Sequence=1&Isallowed=Y

- Hernández Sampieri, Roberto; Fernández Collado, Carlos; Baptista Lucio, Pilar. (1991). *Metodología De La Investigacion* (5 Ed.). Mexico. Obtenido De [Https://Www.Icmujeres.Gob.Mx/Wp-Content/Uploads/2020/05/Sampieri.Met.Inv.Pdf](https://www.icmujeres.gob.mx/Wp-Content/Uploads/2020/05/Sampieri.Met.Inv.Pdf)
- Lenise, M. Q. (2008). *Lenise, M., Quelopana, A., Compean, L. Yel Diseño En La Investigación Cualitativa. En: Lenise Do Prado, M., De Souza, M. Y Carraro, T. Investigación Cualitativa En Enfermería: Contexto Y Bases Conceptuales. Serie Paltex Salud Y Sociedad 2000 N° 9. (Pp.87-100). Washington: Organización Panamericana De La Salud.*
- Ñaupas, H., Mejjía, E., & Novoa, E. Y. (2013). *Metodología De La Investigación Científica Y Elaboración De Tesis*. (Tercera Edición. Lima - Perú: Centro De Producción Editorial E Imprenta De La Universidad Nacional Mayor De San Marcos Ed.). Lima.
- Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl & Christian Salas Beteta. (2021). *La Teoría Del Delito Y La Teoría Del Caso En El Proceso Penal*. Lima: Pacifico Editores S.A.C.
- Pino Gotuzzo, R. (2016). *Metodología De La Investigación*. Lima: Editorial San Marcos E.I.R.L. Editor.
- Prado Saldarriaga, V. R. (2018). *La Dosimetría Del Castigo Penal. Modelos, Reglas Y Procedimientos*. Lima: Ideas Solución Editorial S.A.C.
- Rodríguez Gennell, David & Castañeda Rodríguez, Wesmer. (2019). “Criterios Para La Determinación Judicial Del Límite Máximo De La Reducción De La Pena En Caso De Atenuantes Privilegiadas Del Código Penal Peruano”. 58. Trujillo, Peru: Universidad Privada De Trujillo. Facultad De Derecho.Carrera Profesional De Derecho. Obtenido De [Http://Repositorio.Uprit.Edu.Pe/Bitstream/Handle/Uprit/355/Ti-Casta% C3%91eda% 20rodr% C3%8drguez% 20y% 20rodr% C3%8drguez% 20genne ll.Pdf?Sequence=1&Isallowed=Y](http://Repositorio.Uprit.Edu.Pe/Bitstream/Handle/Uprit/355/Ti-Casta%C3%91eda%20rodr%C3%8drguez%20y%20rodr%C3%8drguez%20genneIl.Pdf?Sequence=1&Isallowed=Y)
- Roxin, C. (2021). *La Teoria Del Delito En La Discusión Actual* (3 Ed., Vol. I). (M. A. Vásquez, Trad.) Lima: Instituto Pacifico S.A.C.-2021.
- Silvana, B. S., Fernández, M. B., J., B. G., Manuel, C. M., Julio, D.-M. Y., Yamila, F. G., . . . Fernando, M. F. (2019). *Manual De Introduccion Al Derecho Penal*. Madrid, España: Boletín Oficial Del Estado. Obtenido De [Https://Www.Boe.Es/Biblioteca_Juridica/Abrir_Pdf.php?Id=Pub-Dp-2019-110](https://www.boe.es/Biblioteca_Juridica/Abrir_Pdf.php?Id=Pub-Dp-2019-110)

Soler, S. (1992). *Derecho Penal Argentino* (5 Ed., Vol. II). Buenos Aires, Argentina: Tipografica Editora Argentina.

Urquiza Olachea, J. (2021). *Derecho Penal. Principios Fundamentales*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Villa Stein, J. (2014). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Ara Editores E.I.R.L.

**A
N
E
X
O
S**

ANEXO 01: INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

FICHA DE RECOLECCION DE DATOS	
Institución Jurídica	
Componentes Teóricos	
Fuente Normativa	
Artículo Examinado	
Análisis Jurídico	
Contenido	
Comentarios	
Información Adicional	
Fecha	
Fuente Consultada	

ANEXO 02: DECLARACIÓN DE COMPROMISO ETICO Y NO PLAGIO

Mediante el presente documento denominado **declaración de compromiso ético y no plagio** quien suscribe en la condición de autor del presente trabajo de investigación titulado: LA TENTATIVA Y LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA, EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL, PERIODO 2018 – 2021 – PIURA. 2023. declaro conocer las consecuencias por la infracción de las normas del Reglamento de Investigación de la Universidad Católica los Ángeles de Chimbote y el Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales – RENATI; que exigen veracidad y originalidad de todo trabajo de investigación, respeto a los derechos de autor y la propiedad intelectual. Asimismo, cumplo con precisar que éste trabajo forma parte de una línea de investigación impulsada por la Universidad, se aplicó un diseño metodológico común, por lo tanto, es posible que tenga similitud en ese sentido y se explica, porque forma parte de dicha línea. También se declara que al examinar las fuentes de donde se ha accedió a tomar conocimiento de datos sensibles, a cada uno se les asignó un código para preservar su identidad y proteger los derechos constitucionales. Finalmente se declara que: el presente trabajo es auténtico, siendo el resultado el producto de un trabajo personal acorde con la línea de investigación del cual se deriva, trabajado bajo los principios de la buena fe y respeto de los derechos de autor y propiedad intelectual, de modo que al utilizar las fuentes para su elaboración no hay copia, ni uso de ideas, apreciaciones, citas parafraseadas o citas textuales, etc., tomadas de cualquier fuente sean en versión física o digital, sin mencionar de forma clara y exacta su origen o autor, por el contrario, en todos los casos se ha incorporado la cita y referencias respectivas conforme orienta las normas APA, previsto en la Universidad. En caso de infringir los derechos de autor y propiedad intelectual es de responsabilidad del autor del trabajo no de la universidad, dado que se trabajó bajo los principios éticos de buena fe y de fidelidad en el manejo de las fuentes. En conformidad del presente contenido y como su legítimo autor(a) se firma el presente documento.

Piura, febrero de 2023

Reyna Esteves Enmanuel Emilie
CÓDIGO: 1206092105
DNI N° 43171724
CODIGO ORCID: 0000-0002-8364-8720

ANEXO 03: CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES

N°	Actividades	Año 2022															
		Semestre I				Semestre II				Semestre I				Semestre II			
		Mes				Mes				Mes				Mes			
		1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
1	Elaboración del Proyecto	X															
2	Revisión del proyecto por el jurado de investigación		X														
3	Aprobación del proyecto por el Jurado de Investigación			X													
4	Exposición del proyecto al Jurado de Investigación				X												
5	Mejora del marco teórico y Metodológico					X											
6	Elaboración y validación del instrumento de recolección de Datos						X										
7	Recolección de datos							X									
8	Presentación de Resultados								X								
9	Análisis e Interpretación de los resultados									X							
10	Redacción del informe preliminar										X						
11	Revisión del informe final de la tesis por el Jurado de Investigación											X					
12	Aprobación del informe final de la tesis por el Jurado de Investigación												X				
13	Presentación de ponencia en jornadas de investigación													X	X		
14	Redacción de artículo científico															X	X

ANEXO 04: PRESUPUESTO

Presupuesto desembolsable (Estudiante)			
Categoría	Base	% o Número	Total (S/.)
Suministros (*)			
• Impresiones	0.10	900	90.00
• Fotocopias	0.10	300	30.00
• Empastado	40.00	1	40.00
• Papel bond A-4 (500 hojas)	12.00	5	60.00
• Lapiceros	2.50	9	22.5
Servicios			
• Uso de Turnitin	50.00	2	100.00
Sub total			
Gastos de viaje			
• Pasajes para recolectar información	24.00	2	48.0
Sub total			
Total de presupuesto desembolsable			390.5
Presupuesto no desembolsable (Universidad)			
Categoría	Base	% o Número	Total (S/.)
Servicios			
• Uso de Internet (Laboratorio de Aprendizaje Digital - LAD)	30.00	4	120.00
• Búsqueda de información en base de datos	35.00	2	70.00
• Soporte informático (Módulo de Investigación del ERP University MOIC)	40.00	4	160.00
• Publicación de artículo en repositorio institucional	50.00	1	50.00
Sub total			400.00
Recurso humano			
• Asesoría personalizada (5 horas por semana)	63.00	4	252.00
Sub total			252.00
Total de presupuesto no desembolsable			652.00
Total (S/.)			1042.50

ANEXO 05: DEFINICIÓN Y OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES E

INDICADORES

VARIABLES		DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIÓN	INDICADOR
V1	Tentativa	En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena. (Art. 16 CP)	Tentativa Acabada	Puesta en peligro del bien jurídico
			Tentativa Inacabada	Disvalor del acto
V2	Determinación Judicial de la pena	Es el criterio jurídico aplicado por el juez para imponer una pena en concreto.	Regla de tercios	Tercio Inferior
				Tercio Intermedio
				Tercio Superior
			Principio de Proporcionalidad	La pena en abstracto
				La pena en concreto
				Ejecución penal

ANEXO 06: Evidencia Empírica del Objeto de Estudio: Jurisprudencias (Dos (02)

Casaciones y Cuatro (04) Recursos de Nulidad)

CASACIÓN N° 1083-2017 AREQUIPA

**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.° 1083-2017
AREQUIPA**

Sumilla. Determinación de la pena en casos de tentativa.

i) La tentativa es una causa de disminución de punibilidad. No es una atenuante privilegiada. ii) La legislación penal peruana, aun cuando la parte general referida a las consecuencias jurídicas del delito establece el tratamiento normativo de las atenuantes privilegiadas en las que la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior –literal a del inciso tres del artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal–, no registran expresamente la concurrencia de estas para su aplicación. iii) La tentativa como causa de disminución de punibilidad se halla regulada en el segundo párrafo del artículo dieciséis del Código Penal, que establece: “*El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena*” Este precepto concede al juez penal la facultad para establecer la reducción de la sanción, atendiendo a diversos factores, entre ellos, los efectos generados por el hecho tentado.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, catorce de agosto de dos mil dieciocho

VISTOS y **OÍDOS**: los recursos de casación interpuestos por AAA y la representante de la Cuarta Fiscalía Superior Penal de Apelaciones de Arequipa contra la sentencia de vista expedida por los integrantes de la Cuarta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que: i) declaró

FUNDADO en parte el recurso de apelación interpuesto por AAA y en consecuencia revocaron la sentencia de primera instancia en el extremo que lo declaró como autor del delito de actos contra el pudor; y, reformándola, lo absolvieron de la citada imputación; ii) revocaron la sentencia de primera instancia que condenó a AAA como autor del delito contra la indemnidad sexual-violación sexual de menor de edad e impuso la pena de treinta años de privación de libertad; reformándola, le impusieron quince años de pena privativa de libertad, confirmando en los demás extremos.

Intervino como ponente el señor juez supremo CCC.

CONSIDERANDO

PRIMERO. ÁMBITO DE PRONUNCIAMIENTO

Elevada la causa a este Supremo Tribunal, y cumplido con el trámite de traslado a las partes procesales con interés y legitimidad para obrar, se expidió el auto de calificación el diez de noviembre de dos mil diecisiete –cfr. folios cuarenta y uno a cuarenta y nueve del cuaderno de casación–, que declaró bien concedidos los recursos de casación interpuestos tanto por el ahora sentenciado –para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial– como por la representante del Ministerio Público, por la causa prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal –La sentencia importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación–.

SEGUNDO. FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN

El sentenciado interpuso su recurso de casación alegando la configuración de una errónea interpretación e indebida aplicación de la norma penal, en específico, el artículo cuarenta y cinco A del Código Penal, concordado con el artículo dieciséis de la misma norma, que determinó que se le impusiera una pena mayor a la que correspondería por haberse cometido en grado de tentativa el delito de violación sexual de persona menor de catorce años de edad.

La representante del Ministerio Público alegó la inadecuada motivación de la sentencia de vista, toda vez que el Tribunal Superior no valoró en conjunto todas las pruebas presentadas –valoración aislada de pronunciamientos médicos–, lo que determinó que se concluyera que se trataba de un acto tentado y, en consecuencia, se realizó un análisis de dosificación de pena errada, conllevando a una errónea interpretación al considerar a la tentativa como circunstancia atenuante privilegiada – numeral tres del artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal–, cuando la norma no lo prevé así.

TERCERO. IMPUTACIÓN

3.1. FÁCTICA

A AAA se le atribuyen dos hechos que configuran tanto el delito de actos contra el pudor como el de violación sexual de menor de edad en agrado de tentativa, en perjuicio de la menor de doce años de edad, de identidad reservada, con las iniciales BBB El imputado es tío materno de la menor agraviada y estudiante de la escuela de la Policía Nacional del Perú.

Así:

6. **Respecto al delito de actos contra el pudor.** En el año dos mil trece, cuando la menor agraviada contaba con nueve años de edad, el imputado, en el interior del inmueble ubicado en ..., lugar en el que residía la menor agraviada, en diversas oportunidades, efectuó tocamientos indebidos en los senos y vagina de la menor por debajo de la ropa, conforme esta lo narra en la entrevista única de cámara Gesell, quien indicó: “Me tocaba mis pechos y mi parte genital por debajo de la ropa”. La menor precisó que su tío vivía a una cuadra y media de su domicilio.
7. **Respecto al delito de violación sexual.** El veintinueve de mayo de dos mil dieciséis, cuando la menor contaba con doce años de edad, al promediar las veintidós horas con cuarenta minutos, aproximadamente, imputado se personó al inmueble ubicado en ... Tocó la puerta y le indicó a la menor que su madre lo había enviado para llevar un biberón y frazada para su hermano menor. Entonces empujó a la menor agraviada a la cama, tapándole la boca. Se echó encima de ella, le bajó su pantalón e introdujo su pene dentro de la vagina de la agraviada, mientras esta lo pateaba. En esos instantes ingresó el menor CCC, quien indicó: “Ingresé al cuarto y la luz y la tele estaban prendidas, es así que vi a mi primo encima de la menor agraviada, abriéndole las piernas y con el antebrazo izquierdo le tapaba la boca y con el derecho le impedía moverse y se movía encima de ella. Siendo que el denunciado se paró y su correa estaba suelta y el broche del pantalón abierto”.

CUARTO. PRONUNCIAMIENTO JURISDICCIONAL

4.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

8. La representante del Ministerio Público impugnó únicamente el extremo referido a la variación de la calificación del hecho de un tipo consumado a uno tentado, en la imputación por el delito de violación sexual de menor de edad. Por tanto, la absolución por la presunta comisión del delito de actos contra el pudor quedó firme. En ese sentido, constituye únicamente el objeto del debate la imputación por el delito de violación sexual de menor de edad.
9. El procesado ha expresado conformidad respecto a los hechos por tentativa de violación sexual. Afirmó que no hubo penetración y, por ello, pretende la reducción de su sanción. Con tal declaración, el ámbito de pronunciamiento se producirá en dos aspectos: i) si fue correcta la recalificación efectuada por la Sala Penal Superior de Arequipa de un delito consumado a uno tentado; y ii) si la pena impuesta por la Sala Superior, se condice con los criterios fijados en la norma para los casos de tentativa.

4.2. RESPECTO A LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL EN GRADO DE TENTATIVA

- La declaración del imputado, asimilada en el proceso como un medio de defensa, fija el objeto de debate para diferenciar si el caso es consumado o tentado.
- El artículo ciento setenta y tres del Código Penal es uno cuyo ámbito de protección penal es la indemnidad sexual, entendida como la protección que brinda el Estado a la integridad sexual de las personas menores de catorce años de edad. Es un tipo penal de resultado. No es necesaria la concurrencia de violencia para sancionar el acceso carnal con personas de este grupo etario. La consumación está condicionada al acceso carnal. Por vía vaginal, anal o bucal o la realización de otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías
- Al respecto, son importantes las conclusiones establecidas en el Certificado médico legal número trece mil cuatrocientos sesenta y seis-IS –cfr. folio ciento sesenta y cinco–, efectuado el treinta de mayo de dos mil dieciséis –al día siguientes de los hechos denunciados– oralizado en juicio oral en la sesión del diecisiete de marzo de dos mil diecisiete, que respecto a la menor refiere: i) himen complaciente, ii) lesiones genitales recientes, iii) no presenta signos de acto contra natura y iv) se tomó muestra de introito y contenido vaginal para estudio espermatoológico en el laboratorio de biología forense.
- De las conclusiones mencionadas, la naturaleza de himen complaciente no permite aseverar que hubo una penetración en la cavidad vaginal de la menor. No se aprecia un dato físico objetivo; no es factible ubicar lesiones. Sin embargo, sí son importantes las lesiones genitales recientes –vello púbico negro en regular cantidad de distribución ginecoide, orificio himeneal mediano, equimosis violácea de aproximadamente cero punto dos por cero punto dos en borde libre de membrana himeneal a horas VII de esfera himeneal (referencia horaria). Distensible a la maniobra digital. Erosión superficial de aproximadamente cero punto tres centímetros a nivel de orquilla posterior–. A partir de estas conclusiones, durante el debate pericial llevado a cabo en primera instancia –diecisiete de marzo de dos mil diecisiete–, no se pudo corroborar que estas lesiones sean como consecuencia de la penetración que habría padecido la menor, o si son el resultado de la

violencia ejercida por la menor agraviada. Si bien la menor aseveró haber sentido dolor y ser penetrada por el miembro viril del procesado, esta proposición no se acreditó suficientemente.

- En estos escenarios resulta importante evaluar el contenido de microorganismos transmitidos como consecuencia de la eventual relación sexual materia de juzgamiento, razón por la que se tomaron muestras de introito y contenido vaginal para el estudio espermatozoidal. Efectuada la evaluación mencionada, el Servicio de Biología Forense concluyó que en la muestra extraída y analizada correspondiente a la menor de iniciales BBB se determinó que en hisopado de introito vaginal y contenido vaginal no se observaron espermatozoides.
- Complementariamente, se tienen los resultados del examen de biología forense de la menor efectuados a la prenda íntima que esta portaba el día de los hechos, el cual emitió las siguientes conclusiones: i) en la muestra analizada (calzón) no se encontraron restos de sangre, ii) al examen espermatozoidal se halló restos de líquido prostático sin presencia de espermatozoides, iii) se evidenció al examen citológico presencia de células superficiales e intermedias del epitelio vaginal, iv) se halló adherido a la prenda un pelo que al análisis tricológico, presentan las características macromicroscópicas descritas en el examen y corresponde a cabellos humano de adulto de sexo masculino y v) no se hallaron otros elementos biológicos de interés criminalístico; conclusiones que permiten aseverar que el resultado típico de penetración o el contacto entre la vagina y el miembro viril del imputado no se produjo; y, con ello, no es amparable con certeza razonable que el resultado antes descrito se hubiera producido.
- Los medios probatorios, como la declaración de la menor, el resultado de la pericia psicológica y el resultado del examen médico, son compatibles cuando menos con el intento de violación, como en efecto reconoció el sentenciado. Por tanto, en este extremo no se configura algún supuesto de indebida aplicación, errónea interpretación o falta de aplicación de la ley penal y otras normas jurídicas necesarias para su aplicación; lo que ocasiona la desestimación del recurso propuesto.

4.3. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN DELITOS TENTADOS

10. La tentativa es una causa de disminución de punibilidad. No es una atenuante privilegiada.
 - La legislación penal peruana, aun cuando la parte general referida a las consecuencias jurídicas del delito establece el tratamiento normativo de las atenuantes privilegiadas en las que la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior –literal a del inciso tres del artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal–, no registra expresamente la concurrencia de estas para su aplicación.
 - La tentativa como causa de disminución de punibilidad se halla regulada en el segundo párrafo del artículo dieciséis del Código Penal, que establece: “El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena” Este precepto concede al juez penal la facultad para establecer la reducción de la sanción, atendiendo a diversos factores, entre ellos, los efectos generados por el hecho tentado.

- A partir de lo mencionado, surge una primera cuestión respecto al momento operacional a partir del cual se efectúa la reducción de la sanción. Si bien la imposición de la sanción debería ser por debajo del mínimo legal, su utilidad jurídica, así como su operatividad, distan de una auténtica circunstancia privilegiada.
- La imposición de la sanción por debajo del mínimo legal obedece a los siguientes criterios:
 - La parte especial del Código Penal regula la sanción de conductas consumadas.
 - No se puede equiparar una conducta consumada –hubo violación– con un intento de violación –no hubo violación–. La naturaleza del delito determinará cuando en uno u otro caso se está ante un tipo penal de resultado. La violación sexual, tanto de menor así como de mayor de edad, son tipos penales de resultado. La penetración determina cuándo se consume el tipo penal de violación.
 - La proporcionalidad demanda diferencias en la sanción a imponer a partir de la tradición legislativa con la que se regula la parte especial del Código Penal. La pena prevista en la parte especial no comprende a los delitos tentados, sino únicamente a aquellos casos en los que efectivamente hubo lesión al bien jurídico.
- En el presente caso, habiendo superado el momento operacional a partir del cual se deben fijar los parámetros de pena, corresponde evaluar la naturaleza de la reducción a fijar en casos de tentativa; por ello, se debe precisar lo siguiente:
 - Para la determinación judicial de la pena, en casos de tentativa, no son aplicables las reglas de los tercios previstas en el artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal, dado que la redacción y el sentido ontológico del mencionado artículo denotan una aplicación para casos en los que se determine la sanción en los marcos de la pena legal prevista en la parte especial. Por tanto, no se puede exigir al Tribunal la aplicación de esta regla en casos de tentativa.
 - Tampoco se puede exigir al Tribunal aplicar la analogía con la bonificación punitiva concedida tanto con la terminación o conclusión anticipada, confesión sincera, en las que la naturaleza de dichas causas de disminución de punibilidad es procesal. Los fines perseguidos en ellas están vinculados con la asunción de responsabilidad del procesado sin que el Estado demande mayor valor en la acreditación de responsabilidad; en la tentativa se sanciona estrictamente el hecho, no la conducta procesal. Por tanto, la aplicación de la analogía en escenarios distintos no resulta razonable.

- La regla estipulada en el artículo dieciséis concede al juez la facultad de disminuir prudencialmente la pena. El término prudencial no implica la fijación de una sanción simbólica, pues en la perpetración del hecho se realizaron todos los actos tendientes a la consumación; la voluntad criminal del agente se ejecutó, sin lograr el resultado por causas ajenas a su voluntad; en el presente caso, el ingreso del primo menor de la agraviada determinó que el ahora sentenciado no prosiga con su afán de someter sexualmente a la menor.
- A partir de lo mencionado, la propuesta efectuada por el señor abogado del imputado tanto en su recurso como en la audiencia de casación respecto a la creación de un nuevo marco de punibilidad que oscila entre los dos días hasta los veintinueve años y trescientos sesenta y cuatro días –referencialmente–, y dentro de tales marcos aplicar la regla de los tercios, no es amparable, dado que se restringe a una mera aplicación mecánica de la norma, sin analizar las exigencias establecidas en el segundo párrafo del artículo cuarenta y cinco del Código Penal que establece: “Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas de delito o modificatorias de responsabilidad”. En el presente caso, se juzga el intento de violación de una persona de doce años de edad, quien como consecuencia de la tentativa de sometimiento sexual quedó con una marcada huella psíquica que fue expresada tanto en el Protocolo de pericia psicológica número trece mil quinientos setenta y tres-dos mil dieciséis-PSC, como durante el debate oral de primera instancia, cuyas conclusiones indican que la menor presenta: i) estado de ansiedad y tensión que se relaciona al recordar los incidentes señalados –violación tentada–, y ii) la actitud hacia el presunto agresor es de indignación, odio y rechazo. Por tanto, con estos resultados, el principio de proporcionalidad y una lógica razonable demandan liminarmente que por el suceso realizado no se podría imponer una pena de dos días, puesto que con el delito tentado únicamente no se produjo el resultado; empero, los efectos colaterales del delito sí adquirieron la cúspide de su cometido; tanto más si el delito previsto en el artículo ciento setenta y tres del Código Penal reprime cualquier afectación vinculada a la indemnidad sexual de los menores de catorce años de edad.
- En ese sentido, el término disminución prudencial concede al juez la facultad de evaluar las circunstancias concretas del caso, en el que se analicen los efectos generados en el sujeto pasivo con la acción antijurídica desplegada por el sentenciado. Por tanto, tampoco se configura la errónea aplicación del artículo dieciséis del Código Penal, con lo cual se desestima el recurso propuesto por el sentenciado.

DECISIÓN

Por ello, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República **ACORDARON**:

I. DECLARAR INFUNDADOS los recursos de casación interpuestos por **AAA** y la representante de la **Cuarta Fiscalía Superior Penal de Apelaciones de Arequipa** contra la sentencia de vista expedida por los integrantes de la Cuarta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que: i) declaró **FUNDADO** en parte el recurso de apelación interpuesto por **AAA** y en consecuencia revocaron la sentencia de primera instancia en el extremo que lo declaró como autor del delito de actos contra el pudor; y, reformándola, lo absolvieron de la citada imputación; ii) revocaron la sentencia de primera instancia que condenó a **AAA** como autor del delito contra la indemnidad sexual-violación sexual de menor de edad e impuso la pena de treinta años de privación de libertad; reformándola, le impusieron quince años de pena privativa de libertad, confirmando en los demás extremos.

II. ORDENAR que se devuelvan los actuados al Tribunal de origen. Archívese. Intervino la señora jueza suprema **DDD** por haber sido elegido presidente del Poder Judicial el señor juez supremo **EEE**.

S. S.

ABC

DEF

GHI

JKL

MNÑ

CASACIÓN N° 66-2017 JUNIN

**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N.º 1083-2017
JUNIN**

DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA Y CAUSALES DE DISMINUCIÓN DE PUNIBILIDAD

Sumilla. La tentativa, responsabilidad restringida por la edad, responsabilidad restringida por las eximentes imperfectas de responsabilidad penal, el error de prohibición vencible, error de prohibición culturalmente condicionado vencible y la complicidad secundaria, no son circunstancias atenuantes privilegiadas, sino se tratan de causales de disminución de punibilidad. Las concurrentes para el análisis del caso, determinan la pena por debajo del mínimo legal, y con el fin de establecer la pena concreta, se debe atender a los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la pena. En tal sentido, cuan mayores causales de disminución de punibilidad concurren, la pena deberá disminuirse prudencialmente en mayor grado hacia su extremo mínimo.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, dieciocho de junio de dos mil diecinueve

VISTO: en audiencia pública, el recurso de casación interpuesto por la defensa de **AAA** contra la sentencia de vista del veintisiete de setiembre de dos mil dieciséis (foja 260), emitida por la Sala Penal de Apelaciones de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, que revocó la de primera instancia del veinticuatro de febrero de dos mil dieciséis (foja 121) en el extremo que le impuso ocho años de pena privativa de libertad, y la reformó a seis años, diez meses y nueve días, como coautor del delito contra el patrimonio, tentativa de robo con agravantes, previsto en el artículo 188, concordante con los incisos 2, 3 y 4, primer párrafo, artículo 189, del Código Penal, en perjuicio de **BBB**.

Intervino como ponente la jueza suprema **CCC**.

CONSIDERANDO

HECHOS OBJETO DEL PROCESO PENAL

PRIMERO. El fiscal provincial en la acusación (foja 48) atribuyó a AAA, que el tres de setiembre de dos mil quince, a las veintitrés horas aproximadamente, cuando BBB se encontraba en la intersección ..., en dirección a su domicilio, observó que el citado AAA y DDD –quienes habían libado licor desde horas antes– venían en sentido contrario, cuando este último lo tomó por el cuello, mientras que AAA lo amenazó con un cuchillo en la espalda, le rebuscó en los bolsillos y le dijo “ya perdiste”. Ante este hecho de violencia, el agraviado opuso resistencia y pidió auxilio a sus amigos, quienes se encontraban a una cuadra del lugar, lo que motivó que los acusados empezaran a correr, pero AAA se cayó y fue capturado, por lo que no se consumó el robo.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

SEGUNDO. Los actuados remitidos por la Sala Penal de Apelaciones, dieron cuenta de los siguientes actos procesales relevantes:

2.1. La Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huancayo formuló acusación contra AAA y DDD, como coautores de tentativa del delito de robo, previsto en el artículo 188 del Código Penal (CP), con las circunstancias agravantes: durante la noche o en lugar desolado, a mano armada y con el concurso de dos o más personas, establecidas en los incisos 2, 3, y 4 del artículo 189, concordado con el artículo 16 del acotado Código, en perjuicio de BBB.

2.2. Al inicio del juicio oral, el fiscal provincial, AAA y su defensa, el llegaron a un acuerdo de conclusión anticipada, el cual fue aprobado parcialmente, respecto a la aceptación de los cargos y responsabilidad civil. Es así que por sentencia del veintiuno de enero de dos mil dieciséis (foja 121), el Juzgado Penal Colegiado de Huancayo, lo condenó como coautor de mencionado delito y fijó en cuatrocientos soles la reparación civil a favor del agraviado. Mediante sentencia del veinticuatro de febrero del mismo año, se impuso a AAA ocho años de pena privativa de libertad. Absolvió a DDD de la acusación fiscal (foja 161).

2.3. La sentencia fue impugnada por el fiscal provincial y su defensa, apelación que fue concedida el cuatro de marzo del mismo año (foja 229). 2.4. La Sala Penal de Apelaciones, el veintisiete de setiembre de dos mil dieciséis, por mayoría revocó la sentencia y reformó la pena impuesta, y que fijó en seis años, diez meses y nueve días. Por unanimidad confirmó la absolución de DDD (foja 260). 2.5. El doce de octubre del mismo año, su defensa interpuso recurso de casación, que es materia de la presente ejecutoria suprema.

SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO Y ÁMBITO DE PRONUNCIAMIENTO

TERCERO. La defensa de AAA interpuso casación excepcional, conforme al inciso 4, artículo 427, del CPP (foja 281). Invocó como causal de procedencia la prevista en el inciso 1, artículo 429, del acotado Código, relativo a la casación constitucional. Además,

propuso como tema de desarrollo de doctrina jurisprudencial, que se deben seguir los lineamientos de la Casación N.º 335-2015 del Santa1 y se aplique el artículo 29 del CP.

CUARTO. Conforme con la ejecutoria suprema del veintiséis de enero de dos mil dieciocho (foja 37), se concedió el recurso de casación por la causal invocada, y se consideró necesario precisar, qué circunstancias deben ser consideradas privilegiadas de atenuación, en tanto el Código Penal no las ha fijado, y de concurrir tales circunstancias, cuál debe ser el cómputo a seguir para fijar el nuevo mínimo sobre el cual debe calcularse la pena concreta, sin perder de vista que la causa trata de una conclusión anticipada.

QUINTO. Luego de la admisión del recurso de casación, el expediente se puso a disposición de las partes por el plazo de diez días. Mediante decreto del veintitrés de abril de dos mil diecinueve (foja 53 cuadernillo), se fijó fecha para la audiencia de casación el dieciséis de mayo del año en curso. En dicha fecha, se realizó la audiencia con la concurrencia de la abogada defensora del sentenciado. Su desarrollo consta en el acta correspondiente.

SEXTO. Concluida la audiencia, se realizó la deliberación de la causa en sesión secreta. Luego se efectuó la votación, en la que se obtuvo los votos necesarios para la emisión de la presente sentencia de casación, cuya lectura se programó para el día de la fecha.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO

SOBRE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

SÉTIMO. Las distintas clases de pena que señala el artículo 28 del CP –privativa de libertad, restrictivas de libertad, limitativas de derechos y multa–, conforme lo señala el artículo IX, del Título Preliminar, del acotado Código, tienen una función preventiva, protectora y resocializadora, cuya base se encuentra en el inciso 22, artículo 22, de la Constitución Política.

En esa perspectiva, la aplicación de las sanciones penales, debe guardar una equivalencia razonable, en sus dimensiones cualitativas o cuantitativas, con la magnitud del daño ocasionado y la trascendencia del bien jurídico lesionado². Es por ello, que deben ser impuestas con base en los principios de responsabilidad, proporcionalidad y racionalidad, pues el derecho a la libertad personal puede restringirse por una pena bien aplicada, más no cuando, la misma sea una excesiva o errada.

OCTAVO. En relación con la determinación judicial de la pena, se han emitido diversos acuerdos plenarios y casaciones, entre ellos, el Acuerdo Plenario N.º 4- 2009/CJ-1164 , según el cual, constituye un procedimiento técnico y valorativo regulado por el CP, en cuya apreciación se debe considerar los hechos y circunstancias que la rodean. En el artículo 45 del CP, se establecen los criterios de fundamentación y determinación de la pena, mientras que las circunstancias tienen como función esencial ayudar a la medición

judicial de la intensidad de un delito y a la decisión sobre la calidad o extensión del castigo que aquel se merece, las que pueden ser circunstancias atenuantes y agravantes⁵. Por lo que, primero se recurre a los citados criterios y luego se debe observar la concurrencia de tales circunstancias, las cuales se encuentran previstas en el artículo 46 del CP. Además, debe verificarse la concurrencia de otras reglas que afecten la construcción o extensión de la pena básica o concreta, como son las denominadas causales de disminución o incremento de punibilidad y las reglas de reducción punitiva por bonificación procesal.

NOVENO. Asimismo, el Código Penal prevé circunstancias agravantes y atenuantes específicas⁶, que son aquellas que se encuentran adscritas a determinados delitos de la parte especial del Código acotado, y para las cuales, la ley establece escalas punitivas conminadas de diferente extensión y gravedad. Es el caso por ejemplo, de las circunstancias agravantes establecidas en el catálogo del artículo 189 del CP.

DÉCIMO. Ahora bien, el literal a, inciso 3, del artículo 45-A, del CP, se refiere a las circunstancias atenuantes privilegiadas, en cuyo caso la pena concreta se determinará por debajo del tercio inferior; sin embargo, el Código no las ha fijado. Lo que no ocurre con las circunstancias agravantes calificadas, en que se hace una referencia explícita de ellas: artículo 46-A (condición del sujeto activo), artículo 46-B (reincidencia), artículo 46-C (habitualidad), artículo 46-D (uso de menores en la comisión de delitos), artículo 46-E (circunstancia agravante calificada por abuso de parentesco).

DECIMOPRIMERO. Este Supremo Tribunal considera que la tentativa (artículo 16 del CP), responsabilidad restringida por la edad (artículo 22 del CP), responsabilidad restringida por la eximentes imperfectas de responsabilidad penal (artículo 20 del CP), el error de prohibición vencible (artículo 14 del CP), error de prohibición culturalmente condicionado vencible (artículo 15 del CP) y la complicidad secundaria (artículo 25 del CP), son causales de disminución de punibilidad, y no circunstancias atenuantes privilegiadas.

DECIMOSEGUNDO. Estando a lo anotado y en atención a la delimitación del recurso de casación, tenemos las siguientes causales de disminución de punibilidad: tentativa, responsabilidad restringida y la eximente incompleta por alteración de la conciencia por estado de ebriedad.

Con relación a un delito tentado, el artículo 16 del CP faculta al juez a disminuir “prudencialmente” la sanción. A efectos de determinar hasta cuánto es posible rebajar la pena en estos casos, este Supremo Tribunal ha dejado sentado que debe ser necesariamente por debajo del mínimo legal, hasta en una tercera parte del marco penal, conforme con los presupuestos de dosificación.

En este punto, se considera que la parte especial del Código Penal regula la sanción de conductas consumadas, en que se produce la efectiva lesión al bien jurídico. Y que, en efecto no se puede equiparar una conducta consumada con un intento de delito. Es por ello que, en aplicación del principio de proporcionalidad, para la determinación judicial de la pena en casos de tentativa, no resultan aplicables las reglas de los tercios previstas

en el artículo 45-A del CP, cuya redacción y sentido ontológico es para los casos de las penas previstas en la parte especial.

DECIMOTERCERO. Sobre la responsabilidad restringida, el artículo 21 del CP prescribe: “En los casos del artículo 20, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal”

Al respecto, cuando se está ante una causal de disminución de la punibilidad en los supuestos de los artículos 21 y 22 del CP –son eximentes imperfectas–, por su propia función, la disminución debe operar por debajo del mínimo de la pena legalmente establecida. Debe interpretarse el precepto como una regla en que, si se presenta tal situación, puede hacerlo en un ámbito discrecional, sin dejar de considerar el principio de proporcionalidad.

DECIMOCUARTO. En lo que concierne a la eximente incompleta por embriaguez (inciso 1, artículo 20, del CP) está reservada para aquellos casos de perturbaciones profundas de las facultades, que no llegan a su anulación total, de modo que dificultan en forma importante la comprensión de la licitud del hecho cometido bajo sus efectos o la actuación acorde con esa comprensión. En estos casos, aunque no desaparece la capacidad de culpabilidad, puede apreciarse una seria disminución de la misma (conforme: STSE 1765/2003, del veintiséis de diciembre).

DECIMOQUINTO. Por otro lado, el artículo 22 del CP regula lo atinente a la responsabilidad restringida por la edad, en cuyo caso puede reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido si el sujeto activo tiene más de dieciocho y menos de veintinueve años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar el delito.

El legislador como política criminal ha establecido un listado de delitos –entre ellos, el robo con agravantes– en los cuales, el juez no debería aplicar esta rebaja de pena, por razones de edad. Sin embargo, la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N.º 4-2016/CIJ-116, dejó establecido que las exclusiones contenidas en el referido dispositivo legal son inconstitucionales, por afectar el principio-derecho a la igualdad, reconocido en el inciso 2, artículo 2, de la Constitución Política.

DECIMOSEXTO. Ahora bien, en los considerandos precedentes se han revisado las causales de disminución de punibilidad –aquellas concurrentes para el análisis del caso–. Se aprecia que todas estas determinan la pena por debajo del mínimo legal. Con el fin de establecer qué pena concreta corresponde por debajo de este mínimo, se debe atender a los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la pena. En tal sentido, si la Corte Suprema ha establecido que, para el caso de la concurrencia de circunstancias agravantes específicas, cuan mayor número se verifiquen, mayor será la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena básica. En la misma línea de interpretación, cuan mayores causales de disminución de punibilidad concurren, la pena deberá disminuirse prudencialmente en mayor grado hacia su extremo mínimo.

DECIMOSÉTIMO. Ahora bien, referente a la conclusión anticipada corresponde a un método de reducción de la pena por bonificación procesal y supone el último paso en la individualización de la misma.

Para tal fin, debe verificarse lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley N.º 28122, que regula la institución de la conformidad, mediante la cual, la Sala Penal Superior insta al acusado si acepta ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil, si se produce su confesión, luego de la formal y expresa aceptación de su abogado defensor, se declarará la conclusión anticipada del debate oral y se emitirá, en el plazo correspondiente, la sentencia conformada respectiva.

Conforme al Acuerdo Plenario N.º 5-2008/CJ-11612, la conformidad tiene como efecto el beneficio de reducción de la pena, que podrá graduarse entre un sétimo o menos, según la entidad o complejidad de la causa, las circunstancias del hecho y la situación personal del imputado, y el nivel y alcance de su actitud procesal.

DECIMOCTAVO. En conclusión, respecto al tema formulado para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, en el literal a, inciso 3, del artículo 45-A, del CP, se menciona las circunstancias atenuantes privilegiadas, pero no se hace una referencia explícita de ellas. Y por esta razón, no puede establecerse un cómputo a seguir para fijar el nuevo mínimo sobre el cual debe calcularse la pena concreta.

ANÁLISIS DEL CASO

DECIMONOVENO. Con relación a la determinación judicial de la pena, corresponde determinar la corrección de la sanción que se le impuso a AAA, de conformidad con los criterios señalados.

Según la acusación fiscal, se le imputó el delito de tentativa de robo con las circunstancias agravantes: durante la noche o en lugar desolado, a mano armada y con el concurso de dos o más personas, previstas en los incisos 2, 3 y 4, primer párrafo, artículo 189, del CP. El fiscal provincial solicitó la pena de cinco años de privación de libertad, pero luego del acuerdo de conclusión anticipada propuso tres años, once meses y diez días de pena privativa de la libertad.

VIGÉSIMO. En la sentencia emitida por el juzgado colegiado, se consideró que concurrió la circunstancia atenuante genérica de carencia de antecedentes penales, y ninguna agravante. Se aplicó el sistema de tercios y estableció la pena en el tercio inferior, esto es, entre los doce hasta los catorce años y ocho meses. Seguidamente, consideró que concurrieron tres “atenuantes privilegiadas”: la tentativa de delito, el estado de ebriedad del imputado y la responsabilidad restringida por la edad. Consideraron que la pena debía ser disminuida prudencialmente en un tercio inferior del mínimo legal, por lo que la nueva pena abstracta quedó comprendida entre los nueve años y cuatro meses (extremo mínimo) hasta los doce años de pena privativa de libertad (extremo máximo).

Finalmente, se recurrió a criterios de gravedad del injusto, perjuicio ocasionado a la víctima y al principio de proporcionalidad, determinó la pena concreta en nueve años con cuatro meses. Y por tratarse de una conclusión anticipada, disminuyó la pena en un sétimo (un año y cuatro meses), y quedó en ocho años de privación de libertad.

VIGESIMOPRIMERO. Por otro lado, la Sala Penal de Apelaciones, consideró que por la concurrencia de tres “circunstancias atenuantes privilegiadas”, se debía proceder a rebajar la pena por debajo del mínimo legal en cuatro años, y quedó ocho años como pena concreta. Y luego, redujo la pena en un sétimo (un año, un mes y veintiún días), por conclusión anticipada. Le impuso seis años, diez meses y nueve días de pena privativa de libertad.

VIGESIMOSEGUNDO. La defensa en su recurso de casación consideró la concurrencia de la carencia de antecedentes penales, y como “atenuantes privilegiadas”: tentativa del delito, responsabilidad restringida por encontrarse en estado de ebriedad, y responsabilidad restringida por la edad.

VIGESIMOTERCERO. Este Supremo Tribunal para determinar la pena concreta en el presente caso, verifica la concurrencia de las siguientes causales de disminución de punibilidad: **a)** los hechos materia de análisis se subsumieron como un delito tentado; **b)** responsabilidad restringida por la edad, conforme se corrobora de la ficha Reniec de AAA, quien al momento de los hechos tenía diecinueve años; **c)** responsabilidad restringida por la eximente incompleta del inciso 1, artículo 20, del CP, la que se corrobora con el Informe Pericial Toxicológico-Dosaje Etílico N.º 808-809/2015, que concluyó 1,05 gramos de alcohol etílico por litro de sangre. La sentencia de vista aclaró que la toma fue practicada cinco horas después de los hechos, y conforme el método de Widmarck, al momento de su detención habría tenido 1,88 gramos de alcohol etílico por litro de sangre.

VIGESIMOCUARTO. En consideración a la concurrencia de las mencionadas causales de disminución de punibilidad que se presentan en este suceso criminal, la sanción a imponerse se determina por debajo del mínimo legal que, para el delito de robo con agravantes, es de doce años de pena privativa de libertad. Con base en el principio de proporcionalidad, corresponde disminuir prudencialmente la pena por cada causal de disminución de punibilidad: tres años por la tentativa, un año y diez meses por la edad; y, un año por el estado de ebriedad. Lo que determina como pena concreta, cinco años y diez meses de privación de libertad. Asimismo, se disminuye un sétimo por bonificación procesal (conclusión anticipada); por lo que, corresponde una pena privativa de libertad pena de cinco años.

Por otro lado, se precisa, que al haber sido absuelto DDD, la condición de AAA, es la de autor y no de coautor como se indica en la sentencia de primera instancia y la de vista.

Asimismo, el juez supremo ABC coincide con la resolución adoptada por este Supremo Tribunal; no obstante, lo fundamenta en consideraciones distintas, las mismas que son plasmadas en el voto singular que se adjunta al final de la presente ejecutoria.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

I. FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la defensa de AAA, contra la sentencia de vista del veintisiete de setiembre de dos mil dieciséis, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, que revocó la de primera instancia del veinticuatro de febrero de dos mil dieciséis en el extremo que le impuso ocho años de pena privativa de libertad, y la reformó a seis años, diez meses y nueve días, como autor del delito contra el patrimonio, tentativa de robo con agravantes, previsto en el artículo 188 y los incisos 2, 3 y 4, primer párrafo, artículo 189, del Código Penal, en perjuicio de BBB.

II. CASAR la sentencia de vista y la declararon NULA en el extremo de la pena impuesta, y actuando en sede de Instancia, **REVOCARON** la pena de seis años, diez meses y nueve días impuesta por el Juzgado Penal Colegiado de Huancayo, y **REFORMÁNDOLA** le impusieron **CINCO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD**, que se computará desde su captura.

III. DISPONER que se remita el expediente a la Sala Penal de Apelaciones de origen para su debido cumplimiento, y se publique la presente sentencia en la página web del Poder Judicial.

S. S.
ABC
DEF
GHI
JKL
MNÑ

EL VOTO SINGULAR DEL JUEZ SUPREMO ABC ES COMO SIGUE:

El que suscribe, expresa conformidad con el sentido resolutivo de la sentencia de casación; sin embargo, no comparte los fundamentos expuestos. En dicha virtud, expreso fundamentos propios sobre el punto discutido en la citada sentencia.

I. Sobre el marco legal vigente para la determinación judicial de la pena

Primero. Las reglas sobre determinación judicial de la pena que introdujo la Ley N.º 30076 modificaron la operatividad funcional de distintas disposiciones legales del Código Penal como los artículos 45º y 46º; pero, también, incluyeron innovaciones procedimentales como las contenidas en el artículo 45º-A. A partir, pues, de estas reformas legales **el marco legal de la determinación judicial de la pena** adquirió una nueva configuración cuya sistemática y contenidos esenciales pueden ser resumidos del modo siguiente:

- 1.1.** El artículo 45º regula un conjunto de presupuestos ideológicos y de políticas de gestión de casos que el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta para la fundamentación y determinación de las penas en situaciones especiales por la calidad del autor o partícipe del delito o por las necesidades de justicia que corresponden a las víctimas directas o mediatas de un hecho punible. Esta disposición ha sido objeto de dos modificaciones. La primera generada por la Ley 30076 incorporó como un presupuesto adicional en el **literal a** que el agente al cometer el delito haya hecho “abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función que ocupe en la sociedad”. Y, la segunda, derivada de la Ley 30364 afectó la redacción original del **literal c** que ahora considera también, respecto de la víctima, “la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad”.
- 1.2.** Luego, en el **artículo 45º- A**, se ha diseñado un procedimiento operativo básico que permite construir técnicamente la pena aplicable al autor o partícipe culpable de un hecho punible. Por tanto, esta disposición legal tiene como función principal regular las etapas que debe transitar el Juez para realizar de modo ordenado y coherente la dosimetría de los castigos penales únicamente en delitos que no poseen circunstancias agravantes o atenuantes propias o específicas.
- 1.3.** Finalmente, el **artículo 46º** contiene dos catálogos donde se identifican circunstancias genéricas de atenuación y agravación. Así, en el inciso 1 se describen ocho circunstancias atenuantes genéricas. Por su parte, el inciso 2 menciona catorce circunstancias agravantes genéricas.

Segundo. Ahora bien, el articulado citado se complementa también con otras disposiciones legales contenidas en los artículos 46°-A, 46°-B, 46°-C, 46°-D y 46°-E. En todas ellas se precisan los presupuestos y efectos de circunstancias agravantes cualificadas. En concreto, respectivamente, se alude a la calidad funcional del agente del delito; a los casos de reincidencia y habitualidad; al empleo de inimputables en la comisión del hecho punible; o al abuso por parte del autor de la conducta delictiva de una posición de parentesco que lo vincula a la víctima.

II. Problemas hermenéuticos frecuentes

Tercero. La condición innovadora de este marco legal, exige, pues, una reflexión dogmática integral y exhaustiva que sirva de apoyo a la mejor inserción y aplicación de sus normas, categorías y procedimientos. Esta exigencia técnica adquiere urgencia en la actualidad, debido a la persistencia y proliferación de conceptos errados o distorsionados en la doctrina y jurisprudencia que se viene difundiendo sobre sus reglas y eficacia.

Cuarto. Ejemplos crónicos de estas deficiencias lo son el calificar a **la confesión sincera, la tentativa o la complicidad secundaria como circunstancias atenuantes privilegiadas** pese a que este tipo de circunstancias no ha sido regulado en la legislación vigente. Así como sostener que la frase **“el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal”**, que se utiliza en varios dispositivos del Código Penal, como los artículos 21 o 22, para identificar el efecto de causales de disminución de punibilidad se refiere a una aplicación judicial opcional o facultativa. Esto es, que pese a la concurrencia de los presupuestos y requisitos formulados en dichas normas, el órgano jurisdiccional siempre queda en aptitud de eludir sus efectos de reconocer y decidir la menor punibilidad que legalmente se establece para tales casos.

Quinto. En dicho contexto, pues, cabe precisar que no tienen la calidad ni eficacia de atenuantes privilegiadas **las causales de disminución de punibilidad ni las de reducción punitiva por bonificación procesal**. Ellas si bien posibilitan una penalidad por debajo del mínimo legal, su naturaleza y utilidad jurídicas así como su oportunidad operativa son muy distintas. Finalmente, otra distorsión práctica reiterada radica en aplicar el esquema operativo diseñado en el artículo 45-A (“de los tercios”), y que opera exclusivamente para determinar la pena en delitos que carecen de circunstancias específicas reguladas en la Parte Especial, en hechos punibles que como el robo cuentan con **catálogos de circunstancias agravantes específicas (artículo 189)** las que tienen un esquema operativo de determinación de la pena distinto al del artículo 45-A y preexistente a él (Cfr. Víctor Roberto PRADO SALDARRIAGA. Ideas. Lima. 2018, p. 259-261).

III. Sobre la eficacia de las causales de disminución de la punibilidad

Sexto. La punibilidad es el estándar o posibilidad de penalidad conminada que corresponde a un delito. Cada delito, por tanto, tiene una determinada punibilidad que es definida legalmente a través de la pena conminada. Así la punibilidad del delito de homicidio está precisada en el artículo 106 del Código Penal a través de su pena conminada que ha sido definida entre no menor de 6 ni mayor de 20 años de pena privativa de libertad. Como ya se ha precisado, **las causales de disminución no son circunstancias atenuantes**, en tanto aquellas a diferencia de estas últimas no están fuera del delito sino que se construyen dentro de él como parte de su estructura, de su grado de realización, o desde los niveles de intervención de los autores o partícipes.

Séptimo. Por tanto, devienen en erradas las referencias a una **eficacia atenuante** que contempla el Código Penal para los casos de la omisión impropia o de los errores de prohibición vencibles que se consignan en los artículos 13, 14 y 15, respectivamente. Pero, también, la que formula el artículo 2, inciso c, del Código Procesal Penal, vinculado al principio de oportunidad. Según esta última norma: “Cuando conforme a las **circunstancias del hecho** y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren **los supuestos atenuantes de los artículos 14, 15, 16, 18, 21, 22, 25** y 46 del Código Penal ...”. En todos esos casos de lo que en realidad se trata es de causales de disminución de punibilidad, que afectarán la extensión mínima de la punibilidad establecida para el delito generando un umbral menor o por “debajo del mínimo legal” regulado ya que este resulta excesivo para el grado de lesividad o relevancia de la conducta realizada por su autor o partícipe. Ellas generan una menor punibilidad que la establecida en la penalidad conminada por un defecto consistente, por ejemplo, en la exclusión parcial de sus componentes o categorías sistemáticas (tipicidad, antijuricidad o culpabilidad); o desde la imperfecta realización material del hecho punible (tentativa); así como desde el grado menor de intervención de las personas en la ejecución de aquel (complicidad secundaria).

Octavo. De allí, pues, que sea común que el legislador aluda con frecuencia a que su eficacia esencial sea la de “**disminuir prudencialmente la pena**” (Cfr. Artículos 16, 21 y 22 del Código Penal) y no “**atenuarla**”. En la legislación nacional vigente se otorga la condición y eficacia de causales de disminución de punibilidad a los siguientes casos:

- La Tentativa (artículo 16 del CP).
- El error de prohibición vencible (artículos 14 y 15 in fine del CP).
- Las Eximentes Imperfectas (artículos 21 y 22 del CP).
- La Complicidad Secundaria (artículo 25 in fine del CP).

IV. Sobre la eficacia de las reglas de reducción por bonificación procesal

Noveno. Las reglas de reducción por bonificación procesal son premios o recompensas que inciden en la pena concreta, previamente determinada por el juez en base a las circunstancias del caso, reduciendo porcentualmente su extensión. Se justifican por la eficacia motivadora que ejercen para generar efectos de abreviación de

la actividad procesal que demanda el caso sub iudice o de una conducta proactiva de colaboración con la administración de justicia que ejerce el autor o partícipe de un delito. Generalmente su ubicación normativa se detecta siempre en los Códigos o normas procesales. Actualmente, en el derecho nacional tienen la condición de reglas de reducción por bonificación procesal los siguientes supuestos:

- La confesión sincera (artículo 161 CPP).
- La terminación anticipada del proceso (artículo 471 CPP).
- La colaboración eficaz (artículo 474, inciso 2 CPP).
- La conclusión anticipada de la audiencia o conformidad (artículo 372, inciso 5 del CPP).

Décimo. Cabe destacar que a diferencia de las circunstancias atenuantes o de las causales de disminución e punibilidad, las **reglas de reducción por bonificación procesal** no están vinculadas a juicios de valor propios del procedimiento de individualización de la pena ni a la verificación de defectos de estructura o realización del delito. Ellas tienen una operatividad más bien complementaria, final o de refinamiento del resultado punitivo obtenido como pena concreta y que se produce por imperio de la ley. El juez, por tanto, no valora ni razona sobre su eficacia, ya que simplemente ejecuta sus efectos reductores de la pena concreta, cada vez que concurren los presupuestos legales que las definen o validan.

Decimoprimer. Asimismo, es pertinente señalar que la extensión de su efecto premial reductor sobre la pena concreta no puede exceder nunca el límite legal fijado (un sétimo, un tercio, etc.). Ello se observa, por ejemplo, en el caso de la terminación anticipada donde el artículo 471 del Código Procesal Penal se limita a disponer lo siguiente: “El imputado que se acoja a este procedimiento **recibirá un beneficio de reducción de la pena de una sexta parte**”. Ahora bien, hay que esclarecer que la pena a reducir no es la pena conminada, ni la pena básica, ni mucho menos la que pudo postular como pretensión punitiva el Ministerio Público en su acusación. **Se trata de modo exclusivo y excluyente de una reducción sobre la pena concreta o resultado punitivo obtenido luego de aplicar el procedimiento de determinación de la pena que corresponda al caso judicializado.**

Decimosegundo. De allí, pues, que resulte confusa a la vez que técnicamente incorrecta, la redacción del artículo 161 del Código Procesal Penal vigente, que trata de los efectos reductores de la pena concreta en supuestos de confesión sincera. Efectivamente, la citada disposición señala: “**El juez puede disminuir prudencialmente la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal, si se cumplen los presupuestos establecidos en el artículo 160°**”. En todo caso, debe interpretarse dicha disposición como un límite a las posibilidades de reducción del resultado punitivo o pena concreta que tiene el Juez y no de la pena conminada o de la pena básica. Esto es, el órgano jurisdiccional, según los casos, luego de aplicar la reducción porcentual autorizada por la

ley sobre la pena concreta, puede llegar a obtener un resultado punitivo final que en ningún caso puede ser mayor al equivalente a una tercera parte del mínimo legal de la pena conminada para el delito.

Decimotercero. Similar lectura y eficacia debe proyectarse sobre las reglas vinculadas a la colaboración eficaz que define el inciso 2, del artículo 474, del Código Procesal Penal. En esta norma nuevamente el lenguaje utilizado es técnicamente inapropiado, ya que el legislador vuelve a referirse a una **“disminución de la pena hasta un medio por debajo del mínimo legal...”**. Al respecto, era menos imprecisa la fórmula legal empleada por el párrafo segundo del artículo 136 del Código de Procedimientos Penales, también referido a la confesión sincera como regla de reducción por bonificación procesal. Dicha disposición señalaba que: **“La confesión sincera debidamente comprobada puede ser considerada para rebajar la pena del confeso a límites inferiores al mínimo legal, salvo que se trate de los delitos de secuestro y extorsión, previstos en los artículos 152 y 200 del Código Penal, respectivamente, en cuyo caso no opera la reducción”**.

Decimocuarto. Por consiguiente, pues, en todos los casos citados debe entenderse que la reducción operará siempre después de que se fije una pena concreta, aunque los alcances finales de la misma arrojen un resultado cuantitativo que sea inferior al mínimo de la pena conminada para el delito objeto de condena. Esto es trascendente, pues, como ya se ha señalado, los efectos y la oportunidad operativa de las reglas de reducción por bonificación procesal no son los mismos que aquellos que corresponden a las atenuantes genéricas. Estas últimas operarían dentro del procedimiento de determinación de la pena, mientras que, las primeras sólo cuando este haya concluido.

V. Aplicación de la pena en casos con causales de disminución de punibilidad, reglas de reducción por bonificación procesal y circunstancias agravantes específicas

Decimoquinto. El presente supuesto toma en cuenta la concurrencia de causales de disminución de punibilidad como la tentativa (artículo 16 del Código Penal) y la imputabilidad disminuida por la edad del sujeto activo (artículo 22 del Código Penal) o ebriedad relativa del agente (artículo 21 del Código Penal), cuando la conducta antijurídica realizada está vinculada con un delito para el cual la ley tiene reguladas circunstancias agravantes específicas.

Decimosexto. Esta situación se produce con frecuencia en el ámbito de procesos penales por ilícitos patrimoniales como el robo (artículo 188 del CP). Por ejemplo, cuando en la realización de una tentativa de delito de robo intervino un agente que contaba con 20 años de edad y que portaba arma de fuego pero no logra el apoderamiento de ningún bien mueble total o parcialmente ajeno. En este dominio se ha aplicado generalmente un pragmatismo judicial que ha promovido que en tales casos se imponga al procesado una pena concreta que tiene una extensión por debajo del mínimo legal de 12 años de privación de libertad, que establece como pena conminada el primer párrafo, del artículo 189, del

Código Penal, para el catálogo de circunstancias agravantes específicas de primer grado o nivel que allí se integran.

Decimoséptimo. Sin embargo, se han formulado cuestionamientos y dudas acerca de si dicha praxis de dosificación punitiva es técnicamente legal y justa. Sobre todo al constatar que siempre la pena impuesta de esta manera resulta ser superior al máximo legal de 8 años, que el legislador ha considerado en el artículo 188 para un delito de robo consumado que es cometido por un autor con capacidad penal plena (no menor de tres ni mayor de ocho años de pena privativa de libertad). Las observaciones planteadas a dicho generalizado proceder de los órganos jurisdiccionales, se han incrementado también al verificarse que en el enunciado inicial del citado artículo 189 del CP, la norma exige, expresamente, que todas sus circunstancias agravantes específicas y las escalas penales asignadas para ellas, según su grado o nivel, demandan para su configuración y operatividad de **un delito de robo plenamente realizado (“si el robo es cometido”)**. Lamentablemente, no hay, de momento, en nuestra legislación penal vigente, una disposición normativa que regule la problemática descrita. De allí, pues, que sea necesario y pertinente desarrollar un pronunciamiento jurisprudencial de eficacia vinculante sobre dicho conflicto hermenéutico, tal como ha sido requerido por el recurso de casación interpuesto.

Decimoctavo. Ahora bien, en torno al tema planteado cabe destacar que toda alternativa o criterio de interpretación que se plantee, deberá, en principio, observar la regla de dogmática penal general que enuncia que no pueden configurarse ni operar circunstancias **sin un delito perfectamente realizado por un agente imputable**. Al respecto, la doctrina más caracterizada ha precisado que: “Circunstancia del delito (de circum stat) es, en general, aquello que está en torno al delito. Implicando por su misma índole la idea de accesoriedad, **presupone necesariamente lo principal, que está constituido por un delito perfecto en su estructura**. Por ello se distingue la circunstancia de los elementos esenciales, que son indispensables para la existencia del delito. Mientras la falta de un elemento esencial hace que un hecho no pueda considerarse delito, la ausencia de una circunstancia no influye sobre la existencia del delito o de un determinado delito. La circunstancia puede existir o no, sin que el delito desaparezca en su forma normal, teniendo por ello carácter eventual” (Francesco ANTOLLISEI. Manual de Derecho Penal. Parte General. Uteha Argentina. Buenos Aires.1960., p. 319).

Decimonoveno. En el mismo sentido se ha sostenido que: “El delito que presenta una o varias circunstancias se denomina delito circunstanciado, y se distingue del delito simple por cuanto contiene uno o varios elementos accidentales que se agregan a la estructura de este, **de suyo ya perfecta**. Así, pues, las circunstancias constituyen siempre algo que está por demás con respecto a los elementos del delito simple, y, por lo mismo, no existen circunstancias que sustituyan los elementos constitutivos del delito, porque, sea que los

sustituyan como equivalentes, sea que hagan cambiar el modelo criminoso, se trata siempre de elementos constitutivos del delito, de cuya estructura entran a formar parte, y no de circunstancias. Puesto que para que exista una circunstancia es suficiente que se dé una modificación de la entidad del delito ya perfecto en su estructura y, consiguientemente, una modificación de la cantidad o de la calidad de la pena establecida para el delito simple, siempre que se conserven tales características, es indiferente tanto en el momento de manifestación de la circunstancia, como su modo de actuar“(Cfr. Silvio RANIERI. Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte General. Editorial Temis. Bogotá. 1975, p.3).

Vigésimo. En atención, pues, a las consideraciones expuestas, cabe sostener que la tentativa de un delito de robo o su realización por un agente mayor de 18 y menor de 21 años de edad; o por quien actuó en estado de ebriedad relativa, según la legislación vigente impiden, en principio, la operatividad y eficacia de cualquier circunstancia específica; e, incluso, de ser el caso, de circunstancias genéricas concurrentes. La explicación de esta ineficacia de las circunstancias radica en que, como ya se ha mencionado, por ser estas periféricas al hecho punible ellas requieren para funcionar, necesariamente, de delitos consumados o de estructura perfecta. Además, de que las mismas no autorizan aplicar una pena por debajo del mínimo legal establecido en la penalidad conminada. Esta lectura hermenéutica, además, resulta, compatible con la también ya aludida exigencia de que la penalidad legal que contempla el artículo 189 del Código Penal, en cada uno de sus bloques de circunstancias, sólo puede ser aplicable “**si el robo es cometido**” (entiéndase delito consumado por un sujeto totalmente imputable).

Vigesimoprimer. Sin embargo, la falta de normas legales en el Código Penal vigente que ayuden a superar la contradicción operativa entre causales de disminución de punibilidad y circunstancias del delito, requiere un correctivo práctico que no incurra en los excesos atribuidos a la práctica seguida por la judicatura penal de aplicar una pena menor al mínimo regulado en el artículo 189 pero mayor del máximo establecido en el artículo 188 en casos de tentativa de un robo donde se identifican también circunstancias agravantes específicas. Una opción al respecto sería la sugerida para situaciones semejantes en el derecho penal italiano y que propuso Antolisei y consistente en aceptar de manera excepcional la configuración y punibilidad compuesta de una especie de **tentativa con agravantes**. En ese sentido se destacó lo siguiente:

Si se considera que una circunstancia debe hallarse presente en el momento en que el reo actúa y poderse referir a su conducta para que pueda serle imputada, la solución del problema no presenta dificultades. Puede, por tanto, afirmarse que todas las circunstancias perjudican o favorecen al autor de la tentativa, excluidas aquellas que consisten en una actividad que tampoco en parte ha sido puesta en ejecución y las que por su naturaleza presuponen necesariamente la acaecida consumación del delito. En consecuencia, en el caso frecuente de que un hurto haya sido interrumpido por la presencia de los agentes de la fuerza pública, mientras el autor estaba fracturando la

puerta del edificio, responderá este de tentativa de hurto agravado conforme al número 2° del artículo 625 del Código Penal. Por el contrario, no se aplicará la agravante del número 1 del mismo artículo si la interrupción de la operación delictiva ha sucedido antes de que el ladrón se haya introducido en la habitación ajena” (Francesco ANTOLISEI. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit., p. 366).

Vigesimosegundo. En términos similares se pronunció también RANIERI destacando lo siguiente:

Puede tenerse tentativa tanto en un delito simple como de un delito circunstanciado. En este último caso surge el problema de la relación entre la tentativa y las circunstancias del delito. Pero su solución no da lugar a dificultades, si se tiene presente que para que la circunstancia pueda ser puesta a cargo del agente, requiere que sea posible atribuirla a su conducta, o por haberla realizado total o parcialmente, con el desarrollo de ella, o por estar presente en el momento en que aquel sujeto obra (Cfr. Silvio RANIERI. Manual de Derecho Penal. Ob. Cit, p.65 y ss.).

Esto es, las denominadas circunstancias antecedentes y concomitantes sí están en condiciones legales y materiales de proyectar su eficacia punitiva también sobre la tentativa de un delito circunstanciado o que tiene un catálogo propio de circunstancias específicas agrupadas en función de su también propia penalidad conminada. Esta última alternativa resulta ser razonable y con sólidas posibilidades de trasladarse al ámbito penal peruano, pero sólo en la medida que se respeten e integren, en lo posible, los efectos punitivos así como los esquemas operativos que corresponden tanto a una causal de disminución de punibilidad como la tentativa o la imputabilidad disminuida por la edad agente o ebriedad relativa del autor del ilícito, con los efectos afines y propios de una o más circunstancias agravantes específicas.

Vigesimotercero. Por tanto, de *lege lata* se pueden desarrollar algunas propuestas en dicho sentido. Por ejemplo, la consistente en integrar los efectos punitivos de la tentativa de un delito de robo realizada por un agente de 20 años de edad y en ebriedad relativa, con la concurrencia las circunstancias agravantes del artículo 189, pero sin afectar su distinta naturaleza y autonomía funcional. El esquema operativo propuesto para ello sería el siguiente:

- 23.1. Primero el Juez debe decidir prudencialmente la pena que corresponde a la tentativa o a la imputabilidad disminuida por la edad del agente, cuyo resultado tendría la condición de pena concreta parcial.
- 23.2. Luego el órgano jurisdiccional deberá adicionar a dicha pena concreta parcial, el valor punitivo que corresponda, según su respectiva escala o nivel, por cada agravante específica concurrente y solo cuando estas tengan la calidad de antecedentes o concomitantes.
- 23.3. El resultado de la adición producida dará la pena concreta del caso.

Ahora bien será a la pena concreta así obtenida a la que se aplicara el efecto de **reglas de reducción por bonificación procesal** que se presenten en el caso como la terminación anticipada (Cfr. Artículo 471° del Código Procesal Penal).

Vigesimocuarto. Pero la solución sugerida, no puede evitar la notoria desigualdad que existe entre las escalas punitivas que la legislación vigente establece para el robo simple y el robo con agravantes. Lo que se hace más evidente al comparar el extremo mínimo de la pena conminada para el primero que se mantiene estabilizado en tres años (Cfr. Artículo 188 del Código Penal). La escasa extensión, pues, de esta pena mínima debilita todo efecto preventivo general y hace poco menos que inocua la penalidad potencial de la tentativa para tales casos. Por consiguiente, pues, cabe demandar que el Juez busque equilibrar la pena finalmente aplicable al caso, con las particularidades que este posee y con el prudente arbitrio que la ley le reconoce para decidir resultados punitivos en supuestos donde estén presentes causales de disminución de punibilidad y reglas de reducción por bonificación procesal.

VI. Evaluación del caso recurrido

Vigesimoquinto. Analizando el procedimiento empleado en el caso materia del recurso, para construir la pena impuesta al procesado, cabe observar que él incurre en varios errores que afectan la utilidad de normas penales materiales.

En primer lugar confunde la presencia de causales de disminución de punibilidad concurrentes (tentativa, imputabilidad disminuida por la edad del agente y su estado de ebriedad relativa) calificándolas como “circunstancias atenuantes privilegiadas” y aplicándoles un efecto punitivo diferente del que les franquea la ley. En segundo lugar, se aplica el esquema operativo regulado por el artículo 45-A del Código Penal, referido a la presencia exclusiva en el caso de circunstancias genéricas (esquema operativo de los tercios), pese a que el supuesto fáctico ocurrido se vincula con una tentativa de delito de robo con circunstancias agravantes específicas del primer párrafo del artículo 189 (pluralidad de agente y mano armada). No obstante, se aprecia un uso adecuado de la regla de reducción por bonificación procesal “de conclusión anticipada de la audiencia” pero cuya eficacia se desnaturaliza y distorsiona por la interacción con los errores antes anotados.

Vigesimosexto. Ahora bien, aplicando los razonamientos antes expuestos y en vías de corrección sobre la pena impuesta, es de precisar que la pena que corresponde imponer debe, en primer lugar, tomar en cuenta las reglas, efectos punitivos y el esquema operativo que para la tentativa y la imputabilidad disminuida por actuar en ebriedad relativa o por la edad del agente se regulan en los artículos 16, 21 y 22 del Código Penal, respectivamente. Lo que implica buscar y decidir un primer resultado punitivo “disminuyendo prudencialmente la pena” por debajo del mínimo legal del delito que se intentó consumir y que en el caso sub judice fue el de robo, cuya penalidad conminada tiene un mínimo de tres años. Pero luego, en segundo lugar, se deben añadir a ese resultado

punitivo inicial, los efectos de mayor penalidad que aportan las agravantes específicas presentes durante la ejecución de la tentativa de robo y que por ser de naturaleza antecedentes a la consumación de dicho delito (apoderamiento), son compatibles con aquella. Sólo luego de obtener este segundo resultado punitivo en será posible aplicar sobre el mismo la reducción correspondiente a la bonificación procesal por conclusión anticipada de la audiencia en los márgenes que ha establecido el Acuerdo Plenario 5-2008/CJ-116.

Vigesimoséptimo. El descrito, pues, debe ser el iter que debe observarse en todos los casos similares al que ha sido materia del recurso examinado. No obstante, si bien la alternativa práctica asumida resulta ser formalmente coherente, ella no satisface, por lo bajo de la pena mínima que el artículo 188 del Código Penal conmina para el delito de robo (pena privativa de libertad de tres años), por lo que el juez debe procurar una compensación en sentido de equidad punitiva que tome en cuenta la necesidad de un efecto preventivo general que responda a la gravedad objetiva del caso y la expectativa social en una sanción adecuada de los involucrados. Sobre la base de este último razonamiento considero que la pena aplicable debe ser de 5 años de pena privativa de libertad.

SS.

ABC

RECURSO DE NULIDAD N.º 1886-2018 LIMA

CORTE SUPREMA

SALA PENAL PERMANENTE

DE JUSTICIA

RECURSO DE NULIDAD N.º 1886-2018

DE LA REPÚBLICA

LIMA

Determinación de la pena, coexistencia simultánea de una “causal de disminución de la punibilidad” y de una “circunstancia agravante cualificada”

En la actualidad, la jurisprudencia no ha abordado el problema jurídico que se suscita frente a la coexistencia simultánea de una “causal de disminución de la punibilidad” y de una “circunstancia agravante cualificada”, ambas con efectos punitivos contrapuestos en la alteración de los extremos máximos y mínimos legales de la pena abstracta. Por ello, conviene recurrir al esquema operativo sugerido por la literatura jurídica especializada, que será acoplado al caso analizado.

Consta de tres etapas:

a. En primer lugar, el juez fija prudencialmente la pena que estima correspondiente a la tentativa, lo que implica operar por debajo del mínimo legal de la pena conminada para el delito que se intentó cometer (robo agravado), según lo estipulado en el segundo párrafo del artículo 16 del Código Penal. Esta pena asumirá la condición de mínimo o límite inicial del nuevo espacio de punición o pena básica para decidir la pena concreta del caso.

b. En segundo lugar, se construye el límite final o máximo, para cerrar el nuevo espacio de punición. Dicho límite será el equivalente a no menos de dos tercios del máximo legal identificado en el paso anterior y se extenderá en línea ascendente por encima de él, tal como lo autoriza el efecto que, según el tercer párrafo del artículo 46-B del Código Penal, corresponde a la agravante cualificada por reincidencia, debido a que se trata de un ilícito de robo agravado.

c. En tercer lugar, se busca la pena concreta dentro del nuevo espacio de punibilidad. Para ello, el juez toma en cuenta, según sea el caso, las agravantes, las atenuantes genéricas o las agravantes específicas concurrentes.

En el caso evaluado, el resultado penológico final que se aplica será de once años, un mes y veintidós días de privación de libertad.

Lima, dieciocho de junio de dos mil diecinueve

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el encausado AAA contra la sentencia conformada de fojas doscientos setenta, del treinta y uno de julio de dos mil dieciocho, emitida por la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que le impuso, como autor del delito contra el patrimonio-robo agravado, en grado de tentativa, en agravio de BBB, quince años de pena privativa de libertad; con lo demás que contiene. De conformidad con el dictamen del señor fiscal supremo en lo penal.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CCC.

CONSIDERANDO

§ I. Expresión de agravios

Primero. El procesado AAA, en su recurso de nulidad de fojas doscientos noventa y dos, cuestionó el *quantum* de la pena impuesta en la sentencia impugnada. Señaló que no se valoró que el ilícito quedó en grado de tentativa, que aceptó los cargos y que se acogió a la conclusión anticipada del juicio oral.

§ II. Imputación fiscal

Segundo. Conforme a la acusación fiscal de fojas doscientos catorce, el treinta de diciembre de dos mil diecisiete, a las 21:20 horas, cuando la agraviada BBB caminaba por inmediaciones del Parque de la Exposición –en la cuadra 5 de la avenida Paseo de la República, Cercado de Lima–, fue interceptada por el imputado AAA, quien le exigió, mediante insultos, la entrega de sus pertenencias; sin embargo, la víctima se resistió y cruzó los brazos para protegerse. Frente a ello, el procesado utilizó la violencia, la arrojó al suelo, forcejearon, le rompió la pantaloneta de licra de color negro que tenía puesta y, finalmente, le arrebató el celular que llevaba consigo. A pesar de ello, no consumó el robo, debido a la intervención de un transeúnte. Acto seguido, el procesado AAA huyó del lugar y se dirigió corriendo al centro comercial “Polvos Azules”, donde fue capturado dentro de los servicios higiénicos por efectivos de la Policía Nacional del Perú.

§ III. Fundamentos del Tribunal Supremo

Tercero. Al inicio del juicio oral, a fojas doscientos setenta y ocho (vuelta), el encausado AAA, con la autorización de su abogado defensor, se sometió a los alcances de la Ley número 28122, del trece de diciembre de dos mil tres, admitió su culpabilidad y reconoció el hecho delictivo atribuido por el Ministerio Público. En mérito de ello, se declaró la conclusión anticipada del debate oral y se dictó la sentencia conformada respectiva, de la cual fluye que fue condenado como autor del delito de robo agravado, en grado de tentativa, en agravio de BBB.

Se le impuso quince años de pena privativa de libertad y se fijó como reparación civil la suma de S/ 500 (quinientos soles). Solo la primera consecuencia jurídica es materia de impugnación.

Sobre el particular, la Sala Penal Superior utilizó el “sistema de tercios” y valoró conjuntamente las circunstancias agravantes genéricas y específicas.

Tal proceder, sin embargo, es incorrecto y colisiona con la jurisprudencia establecida por esta Sala Penal Suprema, en el sentido de que, cuando se está frente a tipos penales que incorporan circunstancias agravantes específicas, no se aplica el “sistema de tercios”, sino que se toma en cuenta el número de circunstancias para determinar, proporcionalmente, el marco punitivo. Existe una relación normativa de exclusión entre agravantes genéricas

y específicas, primando estas últimas. Con ello, se evita la duplicidad valorativa y la lesión al principio *non bis in ídem*.

De otro lado, se yerra también al apreciar a la vez una circunstancia agravante genérica y otra específica. Cada cual posee una estructura propia y autónoma; por ende, sus componentes no pueden intercambiarse o mezclarse entre sí al momento de su aplicación al caso concreto. El test de compatibilidad o incompatibilidad de las circunstancias se adopta analizando su contenido y estableciendo si responden (o no) a realidades o hechos distintos.

La diferencia entre las circunstancias genéricas y específicas surge de su ubicación en el Código Penal. Las primeras se regulan en la parte general, mientras que las segundas se hallan en la parte especial.

Las circunstancias genéricas resultan de aplicación general para todos los tipos de delitos, mientras que las circunstancias específicas (o elementos típicos accidentales), en principio, solo producirán efectos modificadorios en relación con ciertos tipos penales específicos².

En lo pertinente, las agravantes genéricas están consignadas en el catálogo del artículo 46, numeral 2, del Código Penal, y son aplicables a cualquier delito que no contenga agravantes específicas, como es el caso, por ejemplo, del robo agravado, previsto en el artículo 189 del Código Penal. En este último, las agravantes específicas tienen una conexión funcional exclusiva con el delito de robo.

Cuarto. En observancia del artículo 83, numeral 1, de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el señor fiscal supremo en lo penal emitió dictamen correspondiente en el presente caso.

De esta manera, al absolver el grado de la impugnación promovida por el encausado AAA, concluyó que debía disminuirse la sanción impuesta, de quince años a once años, un mes y veintidós días de privación de libertad.

Quinto. Así, corresponde que este Tribunal Supremo efectúe un nuevo esquema de dosificación penal, para contrastar la legalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la sanción impuesta. La aplicación de la pena engloba dos etapas secuenciales marcadamente definidas, la primera denominada “determinación legal” y la segunda rotulada como “determinación judicial”. En esta última fase atañe realizar un juicio sobre la presencia de circunstancias agravantes, atenuantes y/o cualquier otro factor de reducción o disminución de la pena.

A. Determinación legal

Sexto. El marco de punibilidad abstracto previsto para el ilícito de robo agravado, según el artículo 188 (tipo base), concordado con el artículo 189, primer párrafo, numeral 2, del Código Penal, modificado por Ley número 30076, del diecinueve de agosto de dos mil trece, es no menor de doce ni mayor de veinte años de privación de libertad.

En el caso, por un lado, subyace una “causal de disminución de la punibilidad”, como la tentativa, prevista en el artículo 16 del Código Penal, que autoriza la rebaja de la pena por debajo del mínimo legal; y, por otro lado, una “circunstancia agravante cualificada”, como

la reincidencia, regulada en el artículo 46-B del Código Penal, que permite aumentar el espacio punitivo en no menos de dos tercios por encima del máximo legal (por tratarse del delito de robo agravado).

Séptimo. Desde una perspectiva hermenéutica, conviene abordar la diferencia entre, por un lado, las causales de disminución o aumento de punibilidad y, por el otro, las circunstancias atenuantes o agravantes (en su tipología de genéricas, específicas o cualificadas).

Las “causales” son intrínsecas al delito e integran su estructura desde su presencia plural (concurso de delitos), desde la exclusión de sus componentes (tipicidad, antijuricidad o culpabilidad), desde el grado imperfecto de su realización (tentativa) y desde el menor nivel de intervención punible (complicidad secundaria).

En cambio, las “circunstancias” son externas o accesorias al ilícito y de su presencia no depende la existencia de este. En la mayoría de los casos, su fundamento radica en motivos de política-criminal.

Solo tienen repercusión para determinar su gravedad, permitiendo disminuir o aumentar el injusto penal, por lo que se operativizan como factores de medición o graduación de la pena.

Octavo. Las causales de disminución de la punibilidad están previstas en los artículos 13 (omisión impropia), 14 y 15 (error de tipo, de prohibición y culturalmente condicionado), 16 (tentativa), 21 (eximentes imperfectas de responsabilidad), 22 (responsabilidad restringida por razón de la edad) y 25 (complicidad secundaria) del Código Penal.

Mientras que entre las causales de aumento de punibilidad se instituye el concurso ideal y el delito masa, regulados en los artículos 48 y 49 del Código Penal.

Por su parte, las “circunstancias agravantes cualificadas” se estatuyen en los artículos 46-A (condición del sujeto activo), 46-B (reincidencia), 46-C (habitualidad), 46-D (uso de menores en la comisión de delitos) y 46-E (abuso de parentesco) del Código Penal.

Noveno. Los efectos de las causales de disminución o aumento de punibilidad y de las agravantes cualificadas se proyectan sobre la “pena”. Cuando en el Código Penal se puntualiza este último término, en realidad, se hace referencia a la “pena abstracta” o “penalidad conminada”.

Por su parte, la “pena concreta” y los procedimientos para establecer su cuantificación conciernen a los órganos jurisdiccionales, en cumplimiento de las reglas jurídicas que, para tal efecto, han sido estipuladas en la ley y en la jurisprudencia penal.

B. Determinación judicial

Décimo. El principio de legalidad compele a que se ponderen todas y cada una de las causales de disminución o aumento de punibilidad, y las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, de acuerdo a su condición, naturaleza, dimensión y eficacia.

En la actualidad, la jurisprudencia no ha abordado el problema jurídico que se suscita frente a la coexistencia simultánea de una “causal de disminución de la punibilidad” y de

una “circunstancia agravante cualificada”, ambas con efectos punitivos contrapuestos en la alteración de los extremos máximos y mínimos legales de la pena abstracta.

Por ello, conviene recurrir al esquema operativo sugerido por la literatura jurídica especializada, que será acoplado al caso analizado. Consta de tres etapas:

- En primer lugar, el juez fija prudencialmente la pena que estima correspondiente a la tentativa, lo que implica operar por debajo del mínimo legal de la pena conminada para el delito que se intentó cometer (robo agravado), según lo estipulado el artículo 16, segundo párrafo, del Código Penal. Esta pena asumirá la condición de mínimo o límite inicial del nuevo espacio de punición o pena básica, para decidir la pena concreta del caso.
- En segundo lugar, se construye el límite final o máximo para cerrar el nuevo espacio de punición. Ese límite será el equivalente a no menos de dos tercios del máximo legal identificado en el paso anterior y se extenderá en línea ascendente por encima de él, tal como lo autoriza el efecto que, según el tercer párrafo del artículo 46-B, del Código Penal, corresponde a la agravante cualificada por reincidencia. Ello debido a que se trata de un ilícito de robo agravado.
- En tercer lugar, se busca la pena concreta del caso al interior del nuevo espacio de punibilidad. Para ello, el juez toma en cuenta, según sea el caso, las agravantes o atenuantes genéricas o agravantes específicas concurrentes³.

El *quantum* de lo que corresponde disminuir por la tentativa no responde a criterios legales, tasados o predeterminados, sino que atiende a la prudencia del juzgador. Se otorga un amplio margen de discrecionalidad, por lo que ha de seguirse criterios racionales y motivados. La reducción penológica se efectúa en virtud del principio de proporcionalidad y de la gravedad del hecho. No son amparables aminoraciones excesivas y arbitrarias, que vacían de contenido el mandato normativo que emana del artículo 16 del Código Penal.

Undécimo. En aplicación de las pautas precedentes, en el caso concreto, se fija el siguiente marco de punibilidad.

A. Pena básica original

12 años _____ 20 años
Robo agravado
Artículo 189, primer párrafo, del Código Penal

B. Pena básica nueva

Factores de ponderación

- Causal de disminución de punibilidad: tentativa, rebaja de 2 años por debajo del mínimo legal (este *quantum* es discrecional según el caso juzgado y se sujeta al principio de proporcionalidad).

- **Agravante cualificada:** reincidencia, extensión de 14 años por encima del máximo legal (equivalente a no menos de dos tercios de 20 años).

10 años	_____	34 años
Tentativa		Reincidencia
Artículo 16		Artículo 46-B
Código Penal		Código Penal

Robo agravado
Artículo 189 del Código Penal

Duodécimo. La pena abstracta nueva oscila entre diez años y treinta y cuatro años. El espacio punitivo entre el mínimo y el máximo legal enunciado alcanza los veinticuatro años. En este caso, el primer párrafo del artículo 189 del Código Penal prevé ocho circunstancias agravantes específicas del mismo nivel. A cada una de ellas, en clave de equivalencia, ha de asignársele un porcentaje cuantitativo similar, para lo cual atañe efectuar una división. El cociente o resultado obtenido estriba en que cada agravante específica posee un valor de tres años.

Seguidamente, respecto a la dimensión de la pena concreta, se aprecia la confluencia de una circunstancia agravante específica, estipulada en el artículo 189, primer párrafo, numeral 2, del Código Penal, esto es: “Durante la noche”.

Por lo tanto, partiendo del mínimo legal, en línea ascendente, se concluye que la pena concreta es trece años.

Decimotercero. El último paso en la dosificación judicial de la pena consiste en cotejar la presencia de las reglas de reducción por bonificación procesal. De este modo, a favor del encausado AAA solo converge su acogimiento a la conclusión anticipada del juicio oral, el cual, según la jurisprudencia, conlleva una reducción en el máximo permisible, en función a un séptimo de la pena concreta previamente establecida (trece años)⁴.

Por lo tanto, el resultado penológico final que se aplica será de once años, un mes y veintidós días de privación de libertad.

Decimocuarto. Finalmente, la aceptación de los cargos del imputado AAA no se condice con la confesión sincera.

El artículo 161 del Código Procesal Penal, vigente según Ley número 30076, del diecinueve de agosto de dos mil trece, estipula su inaplicabilidad en los siguientes supuestos: **a.** flagrancia delictiva (que contiene como requisitos la presencia de inmediatez temporal y personal⁵); **b.** irrelevancia de la admisión de los cargos, en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso; y **c.** cuando el agente tenga la condición de reincidente o habitual, de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal. El procesado AAA ha sido catalogado como reincidente y, además, fue detenido inmediatamente después de haber intentado perpetrar el robo de las pertenencias de la agraviada BBB, de acuerdo con el acta de intervención policial de fojas diez. Este documento posee la característica de literosuficiencia, pues, sin necesidad de recurrir a una inferencia probatoria compleja, resulta por sí mismo apto para arribar a la conclusión

de que fue aprehendido mientras huía del lugar. De ahí que no existe posibilidad para reducir aún más la pena establecida precedentemente.

En consecuencia, el recurso de nulidad formalizado por el procesado AAA es estimado parcialmente.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, declararon:

I. HABER NULIDAD en la sentencia conformada de fojas doscientos setenta, del treinta y uno de julio de dos mil dieciocho, emitida por la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que impuso a AAA, como autor del delito contra el patrimonio-robo agravado en grado de tentativa, en agravio de BBB, quince años de pena privativa de libertad; y, reformándola, le **IMPUSIERON** once años, un mes y veintidós días de privación de libertad, que con el descuento de la carcelería que viene sufriendo desde el treinta de diciembre de dos mil diecisiete (notificación de fojas quince), vencerá el veintiuno de febrero de dos mil veintinueve.

II. NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene y es materia del recurso. Y los devolvieron.

Intervino el señor juez supremo DDD por licencia del señor juez supremo EEE.

S. S.
ABC
DEF
GHI
JKL
MNÑ

RECURSO DE NULIDAD N.º 40-2020 LIMA SUR

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE NULIDAD N.º 40-2020
LIMA SUR

Determinación individual de la pena

Si bien por los principios que fundamentan la pena su determinación debe ser individualizada, ello no autoriza a reducciones antojadizas que sitúan la pena concreta muy por debajo de la conminada y que desmerecen los fines de prevención especial y general que la sustentan.

Lima, doce de noviembre de dos mil veinte.

VISTOS: el recurso de nulidad formulado por el **Ministerio Público** contra la sentencia conformada emitida el veinticuatro de agosto de dos mil dieciocho por la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, que condenó a AAA como autor del delito contra el patrimonio-robo agravado en grado de tentativa –tipificado en el artículo 188 (tipo base) y los numerales 5 (en cualquier medio de locomoción de transporte público) y 7 (en agravio de mujer en estado de gravidez) del primer párrafo del artículo 189 del Código Penal–, en perjuicio de BBB, y le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el término de tres años y fijó el pago de S/ 1000 (mil soles) por concepto de reparación civil.

Intervino como ponente el señor juez supremo CCC.

CONSIDERANDO

Primero. Fundamentos de la impugnación

La representante del Ministerio Público impugna la pena impuesta. Alega que dicho extremo de la sentencia vulnera el derecho a la debida motivación y el principio de legalidad. Solicita que se reforme y se impongan ocho años, seis meses y veintiséis días. Sus fundamentos son los siguientes:

- 1.1. Se redujo la pena por conceptos no establecidos legalmente, vulnerando así los principios de proporcionalidad y lesividad al bien jurídico protegido.

- 1.2. Atendiendo a que solo concurren circunstancias atenuantes y al grado de ejecución –tentativa–, se debe ubicar la pena en el mínimo del tercio inferior, esto es, doce años de pena privativa de libertad; luego se debe reducir por confesión sincera, lo que sitúa la pena en diez años de privación de libertad, y a esto se reduce un séptimo por someterse a la conclusión anticipada, por lo que la pena a imponer debe ser de ocho años, seis meses y veintiséis días.
- 1.3. La reducción por tentativa debe atender a que se trata de una causal de disminución de la punibilidad y no de una atenuante privilegiada y al efecto generado por el delito. En el presente caso, la agraviada era una persona en estado de gestación (ocho meses) y conforme al certificado médico legal resultó con lesiones que ocasionaron que sufriera dolores en la parte baja del vientre; aunado a ello, por la impresión y alteración emocional del momento pudo haber sufrido un parto prematuro, lo cual debió ser tomado en cuenta por el Colegiado, máxime si la dosificación de la pena no es proporcional a las circunstancias del hecho y el bien jurídico atentado.
- 1.4. No obra pericia toxicológica que determine que el acusado se encontraba en estado de ebriedad. No basta su declaración en tal sentido o la versión del personal de serenazgo, que señaló: “Pareciera que estuviera en cierto grado o estado de embriaguez”. Lo relevante es la prueba pericial, por lo que no debió considerarse como atenuante cualificada y reducirse por este concepto.
- 1.5. No debieron reducirse cuatro meses por el principio de lesividad y proporcionalidad. Se puso en peligro la integridad física de la agraviada y del bebé que esperaba, por lo que es errada la conclusión del Colegiado respecto a que las lesiones en el bien jurídico son mínimas. Ha de tomarse en cuenta lo establecido en el Recurso de Nulidad número 3763-2011/Huancavelica respecto a que los comportamientos sumamente reprochables deben ser objeto de represión penal.

Segundo. Acusación fiscal

Sostiene el Ministerio Público que el primero de julio de dos mil catorce, a las 18:00 horas aproximadamente, la agraviada BBB, con ocho meses de gestación, se encontraba viajando a bordo de un vehículo de transporte público de pasajeros, circunstancia en la que el procesado AAA, quien se encontraba a bordo del vehículo, en forma rápida y violenta pretendió arrebatárle su cartera y, ante la resistencia de la agraviada, utilizó la fuerza física, haciéndola caer al suelo y provocándole lesiones. La actitud del chofer del vehículo, quien cerró la puerta, y la ayuda de los pasajeros posibilitaron que se aprehendiera al acusado y se recuperaran los bienes de la agraviada.

Tercero. Pronunciamiento jurisdiccional

- 3.1.** Si bien por los principios que fundamentan la pena su determinación debe ser individualizada, ello no autoriza a reducciones antojadizas que sitúan la pena concreta muy por debajo de la conminada y que desmerecen los fines de prevención especial y general que la sustentan.
- 3.2.** Ciertamente, el numeral 2 del artículo 46 del Código Penal excluye como circunstancias agravantes genéricas las agravantes específicas del delito; sin embargo, esto no implica que no se pueda dosificar la pena de acuerdo con la concurrencia del número de agravantes específicas del tipo penal imputado. La concurrencia de cada una de estas determina un alejamiento del mínimo de la pena conminada.
- 3.3.** Aunque el procesado carezca de antecedentes penales –circunstancia atenuante que ubica la pena en el tercio inferior–, la concurrencia de dos agravantes específicas no permite ubicarla en el límite mínimo de dicho tercio.
- 3.4.** El artículo 20 del Código Penal establece que el que sufre alteraciones en la percepción que afectan gravemente su concepto de la realidad está exento de responsabilidad penal, y el artículo 21 del mismo código dispone que, cuando no concurra algunos de los requisitos necesarios para desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez puede disminuir prudencialmente la pena. Sin embargo, no puede desprenderse de la lectura de estos dos artículos que es suficiente que el procesado se encuentre en estado de embriaguez para que automáticamente se deba disminuir la pena.
- 3.5.** Ciertamente, el alcohol causa alteración de la percepción, pero no todo grado de embriaguez afecta el discernimiento de las personas. Obrar bajo los efectos del alcohol es una causa de disminución cuando el agente se encuentra bajo notorios efectos del consumo de alcohol, según lo dispone el artículo 21 del Código Penal. No basta la ebriedad superficial.
- 3.6.** El alcohol causa un efecto desinhibidor y por ello muchas veces los agentes delictivos suelen utilizarlo para darse valor y tornarse más agresivos en la perpetración del delito, por lo que tal circunstancia debe ser evaluada en cada caso concreto. Solo exime de responsabilidad penal aquel estado de total obnubilación de la conciencia que origina el consumo del alcohol, en que la persona no tiene noción de sus actos porque su conciencia ha sido anulada por el consumo del alcohol, y atenuará la responsabilidad cuando el grado de alcoholismo disminuye significativamente la percepción de una persona sobre los actos que realiza. No causa ninguna consecuencia jurídica el hecho de haber consumido alcohol que no afecta la percepción de la persona sobre su conducta y es consciente de sus actos, y se percata cabalmente de lo bueno y lo malo. En consecuencia, referir que una persona despedía olor a licor no implica una justificación para disminuir la pena.

- 3.7.** En el presente caso solo obra el dicho del encausado en tal sentido, mientras que el personal del serenazgo no estaba seguro de ello (solo lo sospechó por su grado de agresividad y su resistencia al arresto), lo que evidencia que, si estuvo ebrio, no era evidente y mucho menos estaba disminuida o anulada su percepción de la realidad.
- 3.8.** Por otro lado, el procesado afirma que no se dio cuenta de que la agraviada estaba embarazada –fojas 15-17–; pero a los ocho meses el estado de gravidez de una persona es notorio y el grado de violencia con el que aquel actuó, provocando que esta cayera al piso, denota su peligrosidad.
- 3.9.** La tentativa es causal de disminución de la punibilidad y no una atenuante privilegiada que necesariamente amerite la imposición de la pena por debajo del mínimo legal. El *quantum* de la disminución por este concepto es prudencial, atendiendo al caso concreto.
- 3.10.** En cuanto a la lesividad del bien jurídico, en la sentencia impugnada se indica que la lesión al bien jurídico fue mínima por tratarse de un delito en grado de tentativa; sin embargo, no se ha considerado que se trata de un delito pluriofensivo en el que sí ha resultado afectada la integridad física no solo de la agraviada, sino la del bebé que esperaba, ya que en el certificado médico legal – foja 19– se señala que aquella presentaba una gestación de ocho meses y refirió dolor, contracciones y disminución de los movimientos fetales a causa de estos hechos.
- 3.11.** La evaluación del grado de violencia contra las personas al momento de la comisión del delito debe tomar en cuenta la condición de estas. No es lo mismo agredir a personas vulnerables que a otras que no lo son; en las primeras, el sujeto activo aprovecha su grado de indefensión, lo que acarrea un mayor reproche moral a su acción, pues evidencia su menosprecio a la vida y salud de los demás, más aún cuando no solo puso en peligro la salud de la agraviada, sino la de su bebé.
- 3.12.** No se aprecia que en el presente caso se haya producido la confesión sincera prevista en el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales. Conforme se señala en el fundamento jurídico 20 del Acuerdo Plenario número 5-2008/CJ-116, la confesión sincera es una institución distinta a la conformidad procesal. Al procesado se le intervino en flagrancia delictiva, no brindó un relato detallado de los hechos ni aportó algo nuevo, y en la conformidad procesal se limitó a reconocer la veracidad del supuesto fáctico de la acusación, por lo que no cabe reducción por este concepto, como alega el recurrente.

3.13. Por lo expuesto, no se encuentra arreglado a ley ni resulta proporcional a los fines de prevención general y especial de la pena el imponerle al acusado cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por tres años.

3.14. El tipo penal imputado (numerales 5 y 7 del primer párrafo del artículo 189) prevé una pena mínima de doce años. La carencia de antecedentes penales nos sitúa en el tercio inferior, pero la concurrencia de dos agravantes específicas nos eleva por encima del mínimo de la pena conminada. A esto hay que agregarle las condiciones personales del acusado, que como ya se expresó denotan peligrosidad. El grado de ejecución (tentativa) determina una reducción de la pena –debe tenerse presente que en este caso el delito no se llegó a consumar no por el desistimiento voluntario del agente, sino por la intervención de terceras personas–, que atendiendo al principio de proporcionalidad, aunado a la reducción por concepto de beneficio premial, da como resultado una pena concreta total de nueve años de privación de libertad.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. DECLARARON HABER NULIDAD** en la sentencia conformada emitida el veinticuatro de agosto de dos mil dieciocho por la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, en el extremo en el que al condenar a **AAA** como autor del delito contra el patrimonio-robo agravado en grado de tentativa –tipificado en el artículo 188 (tipo base) y los numerales 5 (en cualquier medio de locomoción de transporte público) y 7 (en agravio de mujer en estado de gravidez) del primer párrafo del artículo 189 del Código Penal–, en perjuicio de **BBB**, le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el término de tres años; **REFORMÁNDOLA**, le impusieron nueve años de pena privativa de libertad, la que debe ser computada una vez que el procesado sea capturado, por lo que el Colegiado Superior debe impartir las correspondientes órdenes de ubicación y captura; con lo demás que contiene.
- II. MANDARON** que se transcriba la presente ejecutoria suprema al Tribunal de origen. Hágase saber y archívese.

S. S.
ABC
DEF
GHI
JKL
MNÑ

RECURSO DE NULIDAD N.º 803-2020 LIMA SUR

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE NULIDAD N.º 803-2020
LIMA SUR

La tentativa constituye una atenuante privilegiada

La conducta del acusado se encuentra acreditada con suficiente prueba actuada y analizada en el proceso, y habiendo quedado en grado de tentativa lo resuelto por la Sala debe mantenerse.

Lima, veinticinco de enero de dos mil veintiuno.

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del sentenciado **AAA** contra la sentencia emitida el treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho por la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, que lo condenó como coautor del delito contra el patrimonio-robo agravado en grado de tentativa, en agravio de **BBB**, a seis años de pena privativa de libertad, con lo demás que contiene. Intervino como ponente el señor juez supremo **CCC**.

CONSIDERANDO

Primero. Fundamentos de la impugnación

- 1.1.** La defensa funda su recurso en las causales contenidas en el artículo 429.1 y 4 del Nuevo Código Procesal Penal (en adelante **NCPP**) y concretamente en la afectación de las garantías de presunción de inocencia y el debido proceso, y por falta de logicidad en la motivación.
- 1.2.** Se ha forzado la figura penal, toda vez que los hechos están referidos a una pelea y no a un robo, dado que el agraviado, con unos muchachos pandilleros, le rompieron al recurrente la luna de su cuarto y, al increparle este, se produjo la pelea.
- 1.3.** La declaración del agraviado no guarda coherencia ni solidez, puesto que en su manifestación preliminar en presencia del fiscal primero dijo que le metieron la mano a su pantalón en búsqueda de dinero y no llegaron a llevarse nada porque no tenía dinero; después refirió que solo portaba su pasaje (**S/ 4** –cuatro soles–), y luego señaló que no lo despojaron de dinero, sino que solo lo golpearon.

Segundo. Contenido de la acusación

Se le imputó al recurrente haber cometido el delito de robo agravado en grado de tentativa el día seis de noviembre de dos mil quince, aproximadamente a las 9:45 horas, cuando el agraviado BBB se dirigía a su centro de labores ubicado en el ... Este descendió de un vehículo público en el paradero Grau, instante en que descendieron los procesados DDD y AAA del mismo vehículo, y procedió el encausado DDD a sujetar del cuello a la víctima, mientras que el procesado AAA le propinó golpes de puño al agraviado en el rostro y en el labio, luego de lo cual introdujo sus manos en los bolsillos de su pantalón buscando dinero, pero se percató de que la víctima no se encontraba en poder de dinero ni de pertenencia alguna que pudieran sustraerle. En tales circunstancias, una persona de la zona intervino y les indicó a los imputados que soltaran a la víctima, momento en que llegó al lugar un policía, quien procedió a intervenir a los asaltantes.

Tercero. Calificación jurídica

La conducta del acusado se encuentra prevista y sancionada en el artículo 188 concordante con los artículos 189.4 (con el concurso de dos o más personas) y 16 (tentativa) del Código Penal con una pena no menor de doce ni mayor de veinte años de privación de libertad.

El fiscal solicitó treinta y tres años y cuatro meses de pena privativa de libertad por cuanto en su opinión el acusado es reincidente.

Cuarto. Fundamentos de la sentencia impugnada

- 4.1. La Sala Superior, al realizar el análisis de los medios probatorios acopiados en todo el proceso, bajo el principio de libre valoración, utilizó criterios de valoración racionales y desestimó las apreciaciones puramente subjetivas o que vulneren los principios de experiencia o los conocimientos científicos.
- 4.2. Para ello, se cuenta con la declaración del agraviado prestada a nivel preliminar en presencia del fiscal, la que fue analizada teniendo en cuenta los parámetros exigidos por el Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116.

Quinto. Fundamentos del Tribunal Supremo

- 5.1. De todo el material probatorio se ha llegado a acreditar suficientemente la responsabilidad del acusado. La Sala Superior hizo una debida apreciación de los hechos y las pruebas actuadas en el proceso, y llegó a un fallo condenatorio conforme a la imputación fiscal.
- 5.2. Como prueba de cargo se tiene la declaración del agraviado prestada en etapa preliminar en presencia del fiscal, la que reúne las garantías de certeza establecidas por el Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116. En efecto:
 - No se advierte animadversión o un ánimo espurio en contra del acusado, puesto que antes de los hechos no se conocían.

- Dicha declaración goza de verosimilitud por tratarse de una narración coherente y sólida, producto de la experiencia sufrida, y ha sido corroborada con otros medios probatorios, como el certificado médico legal que se le practicó, que concluyó que el agraviado presentaba “tumefacción leve más equimosis rojiza en región bpalpebral de lado derecho, tumefacción más equimosis rojiza en mucosa labial superior e inferior de lado derecho”, ocasionada por agente contundente duro, y en observaciones detalló que el agraviado presentó signos de retardo psicomotor.
- El testimonio del policía EEE, a nivel preliminar, en presencia del fiscal, quien refirió que, alertado por los vecinos, intervino a los acusados porque el agraviado los sindicaba como los autores del intento de robo. Dicho testigo también concurrió al juicio oral, donde refirió que unas personas lo alertaron diciéndole que se peleaban y que al parecer estaban robando; uno de ellos decía que le habían pegado y querido robar, mientras que el otro hablaba de la ruptura de un vidrio.
- También concurrió al plenario el testigo policía FFF de la Paz, quien señaló que cuando estaba por el mercado Ollantay se le acercó una señora y le avisó que a poca distancia había ocurrido un robo, cuando fue encontró al agraviado, y este contó que le habían intentado robar metiendo sus manos a los bolsillos, y los acusados estaban acorralados por los vecinos.
- Por último, también cuenta con persistencia, pues el agraviado se ratificó en su inicial sindicación contra el acusado en el acta de reconocimiento físico de personas, donde lo sindicó específicamente como el individuo que lo golpeó en el rostro e intentó robarle buscando en sus bolsillos.

5.3. Por lo tanto, la versión del agraviado reúne las garantías de certeza establecidas por el Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116, que dotan de suficiente valor probatorio a la sindicación, la cual fue prestada en presencia del fiscal, por lo que posee todas las garantías de ley.

5.4. Otro aspecto que crea convicción en el juzgador es que su coacusado, DDD, en su declaración instructiva, aceptó que intentaron robarle al agraviado entre los dos, y que era mentira esa historia de que el agraviado le rompió la luna de la ventana a su coacusado, aunque en juicio oral se retractó de dicha declaración y refirió que fue mal asesorado. Sin embargo, la Sala tiene la facultad de optar por una u otra declaración y elegir la que le otorgue mayor fiabilidad conforme al precedente vinculante recaído en el Recurso de Nulidad número 3044-2004/Lima.

5.5. Los agravios del acusado en cuanto a que la declaración del agraviado no es uniforme no deben ser atendidos por cuanto en lo nuclear de la sindicación e imputación se trató de una tentativa de robo; mientras que respecto a que se trató

de una pelea por la ruptura de unos vidrios de su habitación el acusado nunca introdujo medios de prueba que acrediten su versión; es más, su propio coacusado en algún momento del proceso aceptó los hechos y desvirtuó dicha versión.

- 5.6.** Finalmente, la versión de la pelea que alega el imputado no posee consistencia en razón de dos situaciones no explicadas: **i)** el motivo de la pelea y **ii)** si no se conocían, no había ninguna razón para una pelea repentina; en todo caso, no se han explicado de manera razonable y coherente las circunstancias de dicha pelea, solo se argumentan pretextos no acreditados ni verosímiles para intentar una situación fáctica que no se condice con la realidad. Se concluye que hay indicios de presencia, de mala justificación y de capacidad para delinquir, además de las pruebas directas y materiales que se han glosado; condiciones que otorgan convicción sobre la responsabilidad penal del imputado.
- 5.7.** Por ende, existen suficientes medios probatorios de cargo que enervan la presunción de inocencia del acusado en la comisión del delito (que no se consumó). En consecuencia, lo resuelto por la Sala Superior debe mantenerse.

Sexto. Determinación de la pena

- 6.1.** Por Ley número 30076¹, se adicionó el artículo 45 A –imposición de las penas por tercios– y se reformó el artículo 46 del Código Penal con los incisos 1 y 2 –circunstancias atenuantes y agravantes–, que son las reglas para la determinación de la sanción punitiva en el aludido código.
- 6.2.** El citado artículo 45-A del Código Penal ha incorporado etapas para determinar la pena aplicable. Estableció en primer orden la pena básica, esto es, la pena mínima y máxima conminada en el tipo penal. Seguidamente, el juez debe dividir dicha pena básica en tercios. Y para llegar a la pena concreta continuará con las reglas que precisan los numerales 2 y 3 del citado artículo.
- 6.3.** En este caso, a diferencia de la pena solicitada por el Ministerio Público y coincidiendo con el análisis de la Sala Superior, el acusado no resultaría ser un reincidente porque la anotación de pena que registra es de carácter condicional.
- 6.4.** En este caso, no existen circunstancias atenuantes ni agravantes, por lo que la pena deberá ser ubicada en el tercio inferior, y agregado a ello cuenta con una atenuante privilegiada por cuanto no se consumó el delito y se deben considerar sus calidades personales (un joven de veinticinco años de edad a la fecha de los hechos, conforme a su ficha de Reniec², conviviente y con una hija, obrero, con quinto año de secundaria), por lo que el análisis de la Sala Superior se encuentra acorde a ley y a los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la pena, motivo por el que debe mantenerse.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. **DECLARARON NO HABER NULIDAD** en la sentencia emitida el treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho por la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, que condenó a **AAA** como coautor del delito contra el patrimonio-robo agravado en grado de tentativa, en agravio de **BBB**, a seis años de pena privativa de libertad, con lo demás que contiene.
- II. **DISPUSIERON** que se transcriba la presente ejecutoria suprema al Tribunal de origen. Hágase saber.

S. S.

ABC
DEF
GHI
JKL
MNÑ

RECURSO DE NULIDAD N.º 1309-2019 LIMA SUR

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 1309-2019
LIMA SUR

BASES PARA IMPONER LA PENA EN DELITOS TENTADOS

Si el delito ha quedado en grado de tentativa, corresponde aplicar la pena por debajo del mínimo legal, en la que se observarán los criterios de lesividad y proporcionalidad de las penas y los beneficios procesales si los hubiera.

Lima, doce de mayo de dos mil veintiuno.

VISTO: el recurso de nulidad, interpuesto por la defensa del sentenciado AAA, contra la sentencia del veintinueve de abril de dos mil diecinueve², que lo condenó como autor del delito tentado de robo con agravantes, en perjuicio de BBB, e impuso siete años de privación de libertad, con lo demás que contiene.

Intervino como ponente el juez supremo CCC.

CONSIDERANDO

I. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Primero. El recurrente solicitó se revoque la sentencia y se rebaje la pena impuesta a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, sobre la base de los siguientes fundamentos (cita textual):

- “a) El solo acogerse a la Conclusión Anticipada le disminuye dos años, por lo tanto nos quedaríamos en diez años.*
- b) Por ser un delito en grado de tentativa – artículo 16 del Código Penal se le debe disminuir otros dos años, no ha sufrido pérdida de su patrimonio el agraviado, nos queda en ocho años de PPL.*
- c) Por encontrarse en estado de embriaguez y haber consumido drogas, por lo tanto se encontraba con su conciencia perturbada se le debe disminuir un año – nos quedamos en siete años. Art. 21 del código penal.*
- d) Artículo 46 del Código Penal – literal a) carece de antecedentes penales, no se toma en cuenta la pena suspendida en un supuesto que la tuviese. Se le debe disminuir un año nos quedamos en seis años.*
- e) Artículo 46 literal “h” del Código Penal – la edad del imputado y mi patrocinado es una persona joven hecho que ha incidido en la comisión del delito se le disminuye un año, nos quedaríamos en cinco años.*
- f) Artículo 45 del Código Penal las carencias por las que a sufrido el imputado proviene de una zona urbano marginal, carece de estudios, etc. Se le disminuye un año nos quedamos en cuatro años la cual considero que debe convertirse en una pena suspendida a cuatro por tres. Por lo tanto, la pena a imponerse es una pena suspendida.”*

II. HECHOS

Segundo. Según los términos de la acusación fiscal se atribuye a FFF y AAA, haber actuado en forma concertada para despojar de sus pertenencias al agraviado BBB, hecho ocurrido aproximadamente a las siete y cincuenta horas del veinte de septiembre de dos mil dieciséis, por la avenida Joaquín Bernal del distrito de San Juan de Miraflores, en circunstancias que el agraviado hablaba por su teléfono celular, cuando fue sorprendido por el procesado AAA, quien le dobló la muñeca de la mano izquierda y le arrebató su celular valorizado en cuatrocientos ochenta soles, para seguidamente huir a bordo de un vehículo menor con placa de rodaje N.º 2487-88, marca BAJAJ color azul, que era conducido por el procesado FFF, quien lo esperaba con el motor encendido, dándose ambos a la fuga; no obstante, el agraviado lo persiguió y alcanzó, cogiéndolo de su casaca, fue arrastrado durante todo el trayecto, hasta que al girar en una esquina a toda velocidad, la mototaxi se volteó, cayendo encima de la rodilla del agraviado, procediendo los vecinos del lugar a auxiliarlo y aprehender a los facinerosos, recuperando el teléfono celular del agraviado.

III. ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

Control Formal

Tercero. La decisión cuestionada fue leída en audiencia pública del veintinueve de abril de dos mil diecinueve⁴, interponiendo el recurso en dicha diligencia y fundamentándolo el diez de mayo del mismo año, dentro de los diez días establecidos por el numeral 5, del artículo 300, del Código de Procedimientos Penales, por lo que se encuentra dentro del plazo legal.

Análisis de fondo

Cuarto. La defensa del recurrente ha propuesto como única pretensión la reducción de la pena impuesta de siete años a cuatro años de privación de libertad, además solicita se cumpla con carácter de suspendida por el término de tres años. La condena quedó firme, en atención a que el recurrente se acogió a la conclusión anticipada del proceso reconociendo su culpabilidad.

Quinto. Es importante señalar que la imposición de la pena se rige bajo los principios contenidos en los artículos VIII y IX del Título Preliminar y los criterios establecidos en los artículos 45, 45-A5 y 46, todos del Código Penal.

Sexto. Además, al haberse acogido al artículo 5 de la Ley N.º 28122, conclusión anticipada, corresponde la aplicación de un beneficio conforme a lo citado en el Acuerdo Plenario N.º 5-2008/CJ-116, del dieciocho de julio de dos mil ocho, que establece que la conformidad, de cumplir los requisitos legales, importa necesariamente una reducción de la pena, dimensión que en cada caso concreto debe ser establecida razonadamente por el juez correspondiente, que debe ser inferior al sexto de detracción establecido para la terminación anticipada.

Séptimo. Finalmente, es importante dejar sentado, que en la Casación N.º 1083-2017/Arequipa, del catorce de agosto de dos mil dieciocho, se desarrollaron criterios sobre la determinación de la pena en delitos tentados, así en el fundamento 4.3 se dijo:

“4.3. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN DELITOS TENTADOS

- *La tentativa es una causa de disminución de punibilidad. No es una atenuante privilegiada.*

- *La legislación penal peruana, aun cuando la parte general referida a las consecuencias jurídicas del delito establece el tratamiento normativo de las atenuantes privilegiadas en las que la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior –literal a, del inciso tres, del artículo cuarenta y cinco-A, del Código Penal–, no registra expresamente la concurrencia de estas para su aplicación.*
- *La tentativa como causa de disminución de punibilidad se halla regulada en el segundo párrafo del artículo dieciséis del Código Penal, que establece: “El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena” Este precepto concede al juez penal la **facultad** para establecer la reducción de la sanción, **atendiendo a diversos factores, entre ellos, los efectos generados por el hecho tentado.***
- *A partir de lo mencionado, surge una primera cuestión respecto al momento operacional a partir del cual se efectúa la reducción de la sanción. Si bien la imposición de la sanción debería ser por debajo del mínimo legal, su utilidad jurídica, así como su operatividad, distan de una auténtica circunstancia privilegiada.*
- *La imposición de la sanción por debajo del mínimo legal obedece a los siguientes criterios:*
 - o *La parte especial del Código Penal regula la sanción de conductas consumadas.*
 - o *No se puede equiparar una conducta consumada –hubo violación– con un intento de violación –no hubo violación–. La naturaleza del delito determinará cuando en uno u otro caso se está ante un tipo penal de resultado. (...).*
 - o *La proporcionalidad demanda diferencias en la sanción a imponer a partir de la tradición legislativa con la que se regula la parte especial del Código Penal. La pena prevista en la parte especial no comprende a los delitos tentados, sino únicamente a aquellos casos en los que efectivamente hubo lesión al bien jurídico.*
- *En el presente caso, habiendo superado el momento operacional a partir del cual se deben fijar los parámetros de pena, **corresponde evaluar la naturaleza de la reducción** a fijar en casos de tentativa; por ello, se debe precisar lo siguiente:*
 - o *Para la determinación judicial de la pena, en casos de tentativa, **no son aplicables las reglas de los tercios** previstas en el artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal, dado que la redacción y el sentido ontológico del mencionado artículo denotan una aplicación para casos en los que se determine la sanción en los marcos de la pena legal prevista en la parte especial. Por tanto, no se puede exigir al Tribunal la aplicación de esta regla en casos de tentativa.*
 - o ***Tampoco se puede exigir al Tribunal aplicar la analogía con la bonificación punitiva concedida tanto con la terminación o conclusión anticipada, confesión sincera, en las que la naturaleza de dichas causas de disminución de punibilidad es procesal. Los fines perseguidos en ellas están vinculados con la asunción de responsabilidad del procesado sin que el Estado demande mayor valor en la acreditación de responsabilidad; en la tentativa se sanciona estrictamente el hecho, no la conducta procesal. Por tanto, la aplicación de la analogía en escenarios distintos no resulta razonable.***
 - o *La regla estipulada en el artículo dieciséis concede al juez la facultad de disminuir prudencialmente la pena. El término prudencial no implica la fijación de una sanción simbólica, pues en la perpetración del hecho se realizaron todos los actos tendientes a la consumación; la voluntad criminal del agente se ejecutó, sin lograr el resultado por causas ajenas a su voluntad (...).*

Octavo. Ahora bien, teniendo claros los conceptos de determinación de la pena en delitos tentados, así como el beneficio premial para reducir la pena que establece la institución de la conclusión anticipada, es pertinente avocarse a los agravios del recurso.

Noveno. En principio, la defensa yerra al sostener que solo por el acogimiento a la conclusión anticipada y porque el delito quedó en grado de tentativa debe disminuirse cuatro años como regla general (2 años por cada una), puesto que dichas instituciones, si bien establecen la obligación de una reducción, esta se hace cumpliendo con los criterios expresados en la jurisprudencia nacional antes citada.

Décimo. Así, tal como lo señaló el Colegiado Superior, el primer ejercicio que se debe realizar es establecer la pena básica, que está determinada por los límites punitivos que establece el tipo normativo por el que se le condenó, en este caso el artículo 189 del Código Penal, robo con agravantes, que sanciona la conducta con pena no menor de 12 ni mayor de 20 años de privación de libertad.

Decimoprimero. Ahora bien, al evaluar los motivos que tuvo el colegiado superior en la imposición de la pena se advierte que, en el considerando cuarto de la sentencia recurrida se desarrolló la determinación de la pena y la reparación civil, refiriéndose en primer lugar a aspectos generales, define la pena básica (no menor de doce ni mayor de veinte años) y a continuación expresa fundamentos referidos a la pena concreta para concluir en el apartado “G” lo siguiente:

G. [...] porque el delito quedó en grado de tentativa, corresponde aminorar dos años, por el grado de responsabilidad hacerle la rebaja de dos años, por haberse acogido a los beneficios de la Ley 28122 corresponde disminuir un año y por sus condiciones personales un año; por lo tanto, este Colegiado determina que la pena en concreto que debe fijarse al acusado JUAN CARLOS SIMBRÓN SORIANO corresponde a SIETE años de pena privativa de la libertad.”

Al respecto, se deben efectuar las siguientes acotaciones:

- a) La suma de los criterios expuestos, dan un total de seis años, por lo que al imponerse siete años (se descontó cinco años) se habría producido un error aritmético en la recurrida;
- b) Al margen de lo referido, habiendo quedado el delito en grado de tentativa, no cabe el ejercicio del criterio de tercios previsto en el artículo 45-A del Código Penal, en tanto, como se señaló en la Casación N.º 1083- 2017/Arequipa antes citada, la pena se debe imponer necesariamente por debajo del mínimo legal, esto es por debajo de doce años, cuya determinación corresponde al juez.
- c) Como explica el autor Prado Saldarriaga, en los casos de disminución de punibilidad –como es el caso de la tentativa– la “*disminución discrecional y razonable* (‘prudencialmente’) *de la penalidad conminada para el delito, (...) siempre deberá operar por debajo de su extremo inicial* (‘hasta límites inferiores al mínimo legal’) *y cuyo límite final será en principio la pena concreta que fije el órgano jurisdiccional de modo discrecional, pero observando la proporcionalidad adecuada al caso*”⁶. En ese sentido, lo que el Colegiado Superior debió hacer fue únicamente analizar la proporcionalidad de la reducción en el marco de la peculiar causa de disminución aplicable al caso, es decir, por la tentativa, y luego, aplicar sobre esa base la reducción por bonificación procesal (conclusión anticipada de la audiencia o conformidad) que solo es una operación aritmética⁷.
- d) En la línea de lo anteriormente expuesto, cabe destacar que en el Acuerdo Plenario 7-2007/CJ116 se expresó:

“8. Al respecto, se tiene presente, como reconoce la doctrina y la jurisprudencia nacionales, el principio de proporcionalidad o de prohibición de o en exceso, incorporado positivamente en el artículo VIII, del

Título Preliminar, del Código Penal, en cuya virtud: "...la pena debe ser adecuada al daño ocasionado al agente, según el grado de culpabilidad y el perjuicio socialmente ocasionado" (FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: Derecho Penal – Parte General, Editorial Grijley, Lima, dos mil seis, páginas ciento quince y ciento dieciséis). Por consiguiente, es función del órgano jurisdiccional ejercitar y desarrollar con mayor énfasis la proporcionalidad concreta de la pena, cuando la proporcionalidad abstracta de la misma no ha sido respetada por el legislador, dentro de las posibilidades que permite el ordenamiento jurídico en su conjunto y, en especial, de los principios y valores que lo informan.

En consecuencia, desde la perspectiva sustancial del principio de proporcionalidad, es necesario adecuar la cantidad y la calidad de la pena al daño causado a la víctima, al perjuicio que con el delito de inflige a la sociedad y al grado de culpabilidad, así como al costo social del delito [entendido en su relación con sus consecuencias sociales y para el imputado –influencia en su mundo personal, familiar y social-] (ÁLVARO PÉREZ PINZÓN: Introducción al Derecho Penal, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, dos mil cinco, páginas ciento nueve y ciento doce)".

- e) Sobre esas bases, atendiendo a que, en el caso concreto los efectos del hecho tentado y su lesividad han sido medianamente afflictivos —se logró la recuperación del celular de la víctima pero existió incidencia en la libertad, en el patrimonio, en la tranquilidad y en la salud del agraviado—, cabe considerar una reducción de hasta cinco años, resultando siete años de pena privativa de libertad, pena a la cual, agregándose un séptimo por haberse acogido a la conclusión anticipada del juicio resulta una pena final de seis años que debe ser establecida en la presente resolución, no siendo admisible una pena menor ni mucho menos suspendida como ha planteado la defensa, sobre todo por el carácter pluriofensivo del delito tentado.
- f) Al margen de lo expuesto, debe señalarse que, en el punto c del fundamento segundo de la impugnación se hizo referencia a un estado de incapacidad relativa por el consumo de alcohol y drogas, sin embargo, esto no forma parte de los actuados, no se halla acreditada tal situación y mucho menos fue alegada en la audiencia de juicio oral, por lo que no es un criterio válido para la disminución de la penalidad.
- g) Complementariamente a lo reseñado, debe quedar claramente establecido, que los temas referidos a las condiciones personales del agente, la falta de antecedentes penales, la edad del imputado, y carencias sociales, constituyen aspectos que se tienen en cuenta en el sistema de tercios dentro del marco punitivo precisado en la parte general del Código Penal. En ese sentido, los agravios sostenidos en los literales d, e y f del recurso, que haciendo alusión a las señaladas condiciones personales del agente, indican que debió reducirse la pena hasta tres años (un año por cada una) son inadecuados e incorrectos, por lo que deben rechazarse dichos planteamientos; como también es inapropiado que en la sentencia recurrida haya sustentado una reducción aislada invocando criterios como “*grado de responsabilidad*” o “*condiciones personales*” —sin contextualizarlos mínimamente ni citar fundamentos jurídicos específicos— al extremo que se sumaron períodos —que la ley no contempla para esos efectos y que ahora se cuestionan— que fueran ya referidos en el exordio del presente considerando y que tampoco son de recibo.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. DECLARARON HABER NULIDAD en la sentencia recurrida del veintinueve de abril de dos mil diecinueve, en cuanto condenando a AAA como autor del delito tentado de robo con agravantes, en perjuicio de BBB, le impuso siete años de pena privativa de la libertad, **REFORMÁNDOLA**, en ese único extremo le **IMPUSIERON SEIS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD** que, con el descuento de la carcelería que viene purgando según la sentencia recurrida, desde el treinta de enero de dos mil diecinueve, vencerá el veintinueve de enero de dos mil veinticinco.

II. DISPUSIERON se notifique la ejecutoria a las partes apersonadas a esta instancia, se devuelvan los actuados a la Sala Superior de origen y se archive el cuadernillo. Intervienen los señores jueces supremos GGG y HHH, por licencia de los señores jueces supremos III y JJJ.

S. S.
ABC
DEF
GHI
JKL
MNÑ

INFORME FINAL

INFORME DE ORIGINALIDAD

0%

INDICE DE SIMILITUD

0%

FUENTES DE INTERNET

%

PUBLICACIONES

%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

Excluir citas

Activo

Excluir coincidencias < 4%

Excluir bibliografía

Activo