

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO
URRELO**



ESCUELA DE POSGRADO



MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

**PROBLEMÁTICA DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA
PENA EN EL SUPUESTO DE TENTATIVA EN LAS CIUDADES DE
CAJAMARCA, CHOTA Y LEIMEBAMBA**

Presentado por:

**Abg. José Miguel Vargas Chávez
Abg. Luis Enrique Julcamoro Fernández**

Asesor:

Dr. Víctor Hugo Delgado Céspedes

**Cajamarca – Perú
Octubre - 2017**

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO
URRELO**



ESCUELA DE POSGRADO



MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

**PROBLEMÁTICA DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA
PENA EN EL SUPUESTO DE TENTATIVA EN LAS CIUDADES DE
CAJAMARCA, CHOTA Y LEIMEBAMBA**

Presentado por:

**Abg. José Miguel Vargas Chávez
Abg. Luis Enrique Julcamoro Fernández**

Asesor:

Dr. Víctor Hugo Delgado Céspedes

**Cajamarca – Perú
Octubre - 2017**

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO
URRELO**



ESCUELA DE POSGRADO



MAESTRIA EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA

*Problemática de la Determinación Judicial de la Pena en el supuesto
de tentativa en las ciudades de Cajamarca, Chota y Leimebamba*

**Tesis presentada en cumplimiento de los requerimientos para el
Grado Académico de Maestro con mención en Derecho Penal y
Criminología**

Presentado por:

**Luis Enrique Julcamoro Fernández
José Miguel Vargas Chávez**

Asesor: Dr. Víctor Hugo Delgado Céspedes

Cajamarca - Perú

Octubre 2017

COPYRIGHT © 2017 by

LUIS ENRIQUE JULCAMORO FERNANDEZ

JOSE MIGUEL VARGAS CHAVEZ

Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO

ESCUELA DE POSGRADO

APROBACION DE MAESTRIA

**PROBLEMÁTICA DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN
EL SUPUESTO DE LA TENTATIVA EN LAS CIUDADES DE CAJAMARCA,
CHOTA Y LEIMEBAMBA**

Presidente: Dr. Jesús Julca Crespín

Secretario: Ms. Liz Alvarez Cabanillas de Guevara

Vocal: Ms. Yoner Romero Cueva

Asesor: Dr. Víctor Hugo Delgado Céspedes

Dedicatoria

A nuestros padres, hermanos y amigos, de quienes hemos aprendido la importancia de la familia, que los anhelos y proyectos más preciados siempre se pueden conseguir si todos los días se persiste en alcanzarlos.

AGRADECIMIENTO:

- A los directivos y docentes de la Escuela de Posgrado de la Escuela de Posgrado de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, de quienes tuvimos la distinción de aprender sus sabias lecciones académicas y valores; de los cuales hemos ido formándonos como profesionales defensores de la justicia.
- A nuestro asesor de quien nos place reconocer y destacar el apoyo que nos ha brindado, sin el cual no habría sido posible la culminación de esta investigación.

TABLA DE CONTENIDOS

| Ítems | Página |
|---|-----------|
| Dedicatoria | vi |
| Agradecimiento..... | vii |
| Resumen | xiv |
| Abstract | xv |
| Introducción | 1 |
| CAPITULO I | 3 |
| PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA | 3 |
| 1.1Descripción de la realidad problemática | 4 |
| 1.2Formulación del Problema | 6 |
| 1.3Objetivos..... | 6 |
| 1.3.1Objetivo General | 6 |
| 1.3.2Objetivos Específicos..... | 6 |
| 1.4Justificación e Importancia | 6 |
| CAPITULO II..... | 9 |
| MARCO TEÓRICO..... | 9 |
| 2.1.- Antecedentes Teóricos de la Realidad Objeto de Investigación | 10 |
| 2.1.1.- Internacionales: | 10 |
| 2.1.2.- Nacionales | 11 |
| 2.2.- Fundamentos Teóricos | 12 |
| 2.2.1.- La Teoría del Delito..... | 12 |
| 2.2.1.1.Introducción | 12 |
| 2.2.1.2.Función y finalidad de la Teoría del Delito | 14 |
| 2.2.1.3.Concepto de Delito: | 15 |
| 2.2.1.3.1Concepciones: | 15 |
| 2.2.1.3.2Objeto material de la acción:..... | 19 |
| 2.2.1.3.3Objeto jurídico o bien jurídicamente protegido:..... | 20 |
| 2.2.1.3.4Objeto formal del delito:..... | 20 |
| 2.2.1.4.Elementos del Delito | 20 |
| 2.2.1.4.1La Acción | 20 |
| 2.2.1.4.2Tipicidad..... | 23 |
| 2.2.1.4.3Antijuricidad..... | 31 |
| 2.2.1.4.4Culpabilidad: | 34 |
| 2.2.2. Grados de desarrollo del Delito | 44 |
| 2.2.2.1.Consideraciones generales | 44 |

| | | |
|-----------|--|----|
| 2.2.2.2. | Iter Criminis..... | 45 |
| 2.2.2.3. | Tipo de Imperfecta realización (Tentativa) | 46 |
| 2.2.2.3.1 | Ideación | 47 |
| 2.2.2.3.2 | Actos preparatorios | 47 |
| 2.2.2.3.3 | Formas imperfectas de la consumación del delito. | 49 |
| 2.2.2.3.4 | Tentativa | 49 |
| 2.2.2.3.5 | Teorías que fundamentan su punición..... | 51 |
| 2.2.2.3.6 | Elementos del tipo de la tentativa | 54 |
| 2.2.2.3.7 | Clases de tentativa | 58 |
| 2.2.3.- | Consecuencias Jurídicas Del Delito | 64 |
| 2.2.3.1 | Nociones Generales..... | 64 |
| 2.2.3.2 | La Pena | 66 |
| 2.2.3.2.1 | Teorías Retributivas o Absolutas..... | 66 |
| 2.2.3.2.2 | Teorías Intimidatorias, de Previsión, Prevención o Teorías Relativas ⁶⁷ | |
| 2.2.3.2.3 | Teoría Correccionalista | 69 |
| 2.2.3.2.4 | Teorías de Defensa | 69 |
| 2.2.3.3 | Concepto de pena..... | 72 |
| 2.2.3.3.1 | Naturaleza y Función de la pena. | 73 |
| 2.2.3.3.2 | La función de reestabilización de la pena..... | 76 |
| 2.2.3.4 | Clases de pena | 76 |
| 2.2.3.4.1 | La pena privativa de libertad | 77 |
| 2.2.3.4.2 | Las penas restrictivas de libertad | 78 |
| 2.2.3.4.3 | Las penas limitativas de derechos | 78 |
| 2.2.3.4.4 | La pena de multa | 80 |
| 2.2.3.5 | Las Medidas de Seguridad..... | 80 |
| 2.2.3.5.1 | Naturaleza y Fundamentación | 80 |
| 2.2.4.- | Determinación de la pena y las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal..... | 82 |
| 2.2.4.1 | Consideraciones Generales | 82 |
| 2.2.4.1.1 | Concepto y Naturaleza Jurídica..... | 82 |
| 2.2.4.2 | Principios Rectores | 84 |
| 2.2.4.2.1 | Principio de la Función Preventiva..... | 84 |
| 2.2.4.2.2 | Principio de legalidad..... | 87 |
| 2.2.4.2.3 | Principio de Culpabilidad | 87 |
| 2.2.4.2.4 | Principio de Humanidad | 89 |
| 2.2.4.2.5 | El principio de proporcionalidad | 89 |

| | | |
|-----------|--|-----|
| 2.2.4.3 | Sistemas de determinación judicial de la pena | 92 |
| 2.2.4.4 | Etapas de la determinación judicial de la pena | 96 |
| 2.2.4.4.1 | Individualización legal de la pena | 96 |
| 2.2.4.4.2 | Individualización judicial de la pena | 96 |
| 2.2.4.5 | Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal | 117 |
| 2.2.4.5.1 | Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad | 118 |
| 2.2.4.5.2 | Las circunstancias específicas modificativas de la responsabilidad penal | 123 |
| 2.2.4.5.3 | La fundamentación y determinación de la pena en el Código Penal.. | 124 |
| 2.2.4.5.4 | Las circunstancias de determinación de la pena en el Código Penal.. | 126 |
| 2.2.4.5.5 | Reglas específicas para la aplicación de la pena | 133 |
| 2.2.4.5.6 | Circunstancias que influyen en la Determinación de la Pena | 135 |
| 2.2.4.5.7 | Circunstancias modificatorias de la pena..... | 136 |
| 2.2.4.5.8 | Consecuencias | 138 |
| 2.2.4.6 | Determinación Judicial de la pena en la Tentativa de delitos... | 138 |
| 2.2.4.6.1 | Consecuencia penal de la Tentativa | 138 |
| 2.2.4.6.2 | Alternativas de solución | 140 |
| 2.3.- | Hipótesis | 145 |
| 2.3.1.- | Hipótesis General | 145 |
| 2.3.2.- | Hipótesis Específicas | 145 |
| | CAPÍTULO III | 146 |
| | PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO | 146 |
| 3.1. | Tipo de Investigación..... | 147 |
| 3.2. | Diseño y Nivel de Investigación | 147 |
| 3.3. | Métodos de Investigación..... | 148 |
| 3.3.1. | Método dogmático | 148 |
| 3.3.2. | Método Hermenéutico | 149 |
| 3.4. | Población de Estudio | 149 |
| 3.4.1. | Criterio de Inclusión y Exclusión..... | 149 |
| 3.5. | Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos..... | 150 |
| 3.5.1. | Técnicas. | 150 |
| 3.5.2. | Instrumentos | 151 |
| 3.5.2.1 | Ficha Documental..... | 151 |
| 3.6. | Técnicas para el análisis de datos (Estadísticas)..... | 151 |

| | |
|---|-----|
| 3.7. Interpretación de Datos. | 151 |
| 3.8. Aspectos Éticos de la Investigación. | 152 |
| 3.9. Limitaciones. | 152 |
| CAPÍTULO IV | 153 |
| RESULTADOS Y DISCUSIÓN | 153 |
| 4.1. Presentación, Análisis e Interpretación de Resultados. | 154 |
| 4.1.1.- Relación entre los principios limitadores del derecho penal y el fin preventivo de la pena con la determinación de la pena concreta en los casos donde se presenta la tentativa. | 154 |
| 4.1.1.1 Resultados | 154 |
| 4.1.1.1.1 En la encuesta practicada | 154 |
| 4.1.1.1.2 Respecto a las sentencias examinadas | 159 |
| 4.1.1.2 Análisis e Interpretación de los resultados | 172 |
| 4.1.2.- La tentativa y su relación con la determinación de la pena. | 173 |
| 4.1.2.1 Resultados | 173 |
| 4.1.2.1.1 En la encuesta practicada | 173 |
| 4.1.2.1.2 Respecto a las sentencias examinadas | 176 |
| 4.1.3.- La tentativa y su relación con los principios y fines de la pena, en la labor de determinación de la pena concreta. | 177 |
| 4.1.3.1 Resultados | 177 |
| 4.1.3.1.1 En la encuesta practicada | 177 |
| 4.1.3.1.2 En las sentencias examinadas | 185 |
| 4.1.3.2 Análisis de los resultados: | 185 |
| 4.1.3.3 Comentarios | 207 |
| 4.2. Discusión de resultados. | 207 |
| 4.2.1.- En cuanto a la hipótesis general: | 208 |
| 4.2.2.- En cuanto a la primera hipótesis específica: | 209 |
| 4.2.3.- En cuanto a la segunda hipótesis específica: | 211 |
| CAPÍTULO V | 214 |
| CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS | 214 |
| 5.1. Conclusiones. | 215 |
| 5.2. Sugerencias | 217 |
| REFERENCIAS | 219 |
| APENDICE: INSTRUMENTO DE RECOLECCION DE INFORMACION | 223 |
| ENCUESTA | 224 |
| ANEXOS | 226 |

LISTA DE TABLAS

| N° | Descripción | Página |
|------------|---|---------------|
| Tabla N°1 | Consolidado de conceptos. | 18 |
| Tabla N°2 | Ausencia de la acción. | 22 |
| Tabla N°3 | Delito de pura actividad y de resultado. | 25 |
| Tabla N°4 | Normas del Código Penal. | 135 |
| Tabla N°5 | Normas del Código Procesal Penal. | 136 |
| Tabla N°6 | Operacionalización de Variables. | 148 |
| Tabla N°7 | Usuarios entrevistados. | 154 |
| Tabla N°8 | Punto de referencia para determinar la pena | 155 |
| Tabla N°9 | Se fija la pena “siempre” por debajo del mínimo legal. | 156 |
| Tabla N°10 | Criterios aplicados por los operadores jurídicos en la determinación de la pena en casos donde se presenta la tentativa | 157 |
| Tabla N°11 | Consolidado de sentencias examinadas. | 159 |
| Tabla N°12 | Se fija la pena “siempre” por debajo del mínimo legal | 173 |
| Tabla N°13 | Punto de referencia para determinar la pena | 174 |
| Tabla N°14 | Cómo se suele determinar la pena en los supuestos donde se presenta la tentativa. | 174 |
| Tabla N°15 | Criterios aplicados por los operadores jurídicos en la determinación de la pena en casos donde se presenta la tentativa | 175 |
| Tabla N°16 | Consolidado de sentencias examinadas | 176 |
| Tabla N°17 | Consolidado de Principio según resultados de pregunta N° 05 | 178 |
| Tabla N°18 | Cuadro consolidado de sentencias. | 185 |

LISTA DE FIGURAS

| N° | Descripción | Página |
|------------|--|---------------|
| Figura N°1 | Causales de imputabilidad. | 37 |
| Figura N°2 | Existe punto de referencia para determinar la pena en el supuesto de tentativa. | 156 |
| Figura N°3 | Se fija la pena “siempre” por debajo del mínimo legal. | 157 |
| Figura N°4 | Criterios aplicados por los operadores jurídicos en la determinación de la pena en casos donde se presenta la tentativa. | 159 |
| Figura N°5 | Criterios Adoptados por el Ministerio Público. | 179 |
| Figura N°6 | Criterios adoptados por el Poder Judicial. | 181 |
| Figura N°7 | Criterios y principios para determinar la pena. | 183 |

RESUMEN

La investigación tuvo como objetivo determinar los criterios utilizados por los operadores jurídicos (jueces y fiscales) de las ciudades de Cajamarca, Chota y Leimebamba, durante los años 2015 y 2017, para la determinación judicial de la pena concreta en los casos donde se presente la tentativa, en atención a su naturaleza como circunstancia atenuante privilegiada. El tipo de investigación fue básica, el diseño de investigación fue no experimental y el nivel fue teórico, la población de estudio fueron veinticinco sentencias correspondientes a los juzgados penales de Cajamarca, Chota (Distrito Judicial de Cajamarca) y Leimebamba (Chachapoyas-Distrito Judicial de Amazonas) emitidas en el aludido espacio de tiempo. Para la recolección de datos se evaluaron cinco sentencias de los referidos juzgados, respecto a casos donde se presentó la circunstancia atenuante de la tentativa, asimismo, se utilizaron encuestas dirigidas a los magistrados (jueces y fiscales) de las respectivas ciudades, a fin de conocer sus opiniones en cuanto al procedimiento a seguir en la determinación de la pena en casos donde se presenta la tentativa. El principal resultado que se obtuvo fue que ante la inexistencia de una base legal expresa que fije parámetros a seguir en el proceso de determinación de pena cuando se presenta la tentativa, los órganos jurisdiccionales -si bien- fijan una pena concreta por debajo del mínimo legal, sin embargo, no justifican suficientemente los motivos por los cuáles reducen esa pena en la magnitud o quantum que consignan en sus respectivas sentencias, cuando bien pudieron explicitar sus razones conforme a los principios de proporcionalidad, culpabilidad, lesividad, y en el fin preventivo de la pena. Asimismo, se concluye que se debe contar con un límite mínimo expresamente establecido, el cual vendría configurado hasta el tercio por debajo del mínimo legal, propuesta que guardaría concordancia con lo prescrito en las legislaciones comparadas y con los beneficios penales que nuestra propia legislación consagra en el ámbito procesal.

Palabras Clave: Determinación de la pena y Supuesto de Tentativa.

ABSTRACT

The objective of the investigation was “how to determine the criteria used by legal operators (Judges and Prosecutors) in the cities of Cajamarca, Chota and Leimebamba, during the years 2015 and 2017, for the judicial determination of the specific penalty in cases where the attempt, in attention to its nature as a privileged mitigating circumstance”.

The type of research was basic, the research design was non-experimental and the level was theoretical, the study population was twenty-five sentences corresponding to the criminal courts of Cajamarca, Chota (Judicial District of Cajamarca) and Leimebamba (Chachapoyas-Judicial District of Amazonas) issued in the alluded space of time.

For the collection of data, five judgments of the aforementioned courts were evaluated, with respect to cases where the attenuating circumstance of the attempt was presented, as well as surveys aimed at magistrates (Judges and Prosecutors) of the respective cities, in order to know his opinions regarding the procedure to follow in the determination of the penalty in cases where the attempt is presented.

The main obtained result was that in the absence of a legal basis expresses that set parameters to follow in the penalty determination process when the attempt is made, the courts - although - set a specific penalty below the legal minimum , however, they do not sufficiently justify the reasons why they reduce that penalty in the magnitude or quantum that they record in their respective sentences, when they could explain their reasons according to the principles of proportionality, culpability, lesivity, and in the preventive purpose of the penalty.

Therefore, it is concluded that there must be a minimum limit expressly established, which would be configured up to one third below the legal minimum, a proposal that would be consistent with what is prescribed in the comparative legislation and with the criminal benefits enshrined in our own legislation the procedural scope.

Key Words: Determination of the penalty and Assumption of Attempt

INTRODUCCIÓN

La investigación trata sobre el procedimiento a seguir en la determinación judicial de la pena en los casos donde se presenta la tentativa, donde si bien al tratarse de una circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal, de manera particular una circunstancia atenuante privilegiada, que orienta a establecer la pena por debajo del mínimo legal conforme lo establecido por el Art. 45° - A inc. 3 del Código Penal, sin embargo, no se prescribe de manera expresa el límite mínimo de hasta dónde debería reducirse tal sanción penal.

Así entonces, se advierte una imprecisión normativa sobre la materia en cuestión, que si bien algunas posiciones doctrinarias señalan que, consecuente a la naturaleza de circunstancia atenuante privilegiada de la tentativa y con el ello el establecimiento de un nuevo marco penal, el nuevo límite mínimo legal debe quedar establecido conforme la prescripción genérica del Art. 29° del Código Penal, esto es, en dos días, empero, consideramos que este lineamiento en la práctica podría acarrear la imposición de sanciones en demasía benignas, que pondrían en cuestión el *principio de proporcionalidad* que informa que las penas estatuidas por el legislador “*no deberían ser tan onerosas que superen la propia gravedad del delito cometido, ni tan leves que signifiquen una infra-penalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos que fueran afectados*”, principio limitador del derecho penal que no solo tiene implicancias en la etapa de determinación legal de la pena, sino también en su determinación judicial y en la llamada determinación penitenciaria de la pena. Si bien nuestro sistema jurídico, en cuanto al tema de la determinación de la pena, se adhiere al sistema de determinación legal relativa, donde el legislador define una pena abstracta (con sus límites mínimo y máximo), brindando además distintas reglas destinadas a definirla de manera concreta (así últimamente el llamado *sistema de los tercios*), empero, siempre quedará un grado de discrecionalidad por parte del juez, la cual sin embargo no puede ser absoluta, por lo que la presente materia debe estar destinada a establecer criterios razonables de determinación de pena y de esta forma acercarnos más a la *pena justa*. Ante tal escenario de cosas, es que sostenemos que son los principios rectores del derecho y los fines de la pena los que deben brindar ese plus de motivación en la determinación judicial de la pena, acorde con las características propias de cada caso, en aquellas causas donde se presente la

tentativa. Asimismo, se propone el establecimiento expreso de un límite mínimo, que vendría configurado hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal.

La investigación tuvo por objetivo analizar la naturaleza jurídica de la tentativa; así como establecer la problemática de su interpretación en la determinación de la pena, llegando a identificar los principios y fines de la pena que podrían utilizarse por parte de los jueces penales de las localidades de Cajamarca, Chota y Leimebamba, en su labor de determinación de la pena concreta cuando se presente la circunstancia atenuante de la tentativa, durante los años 2015 y 2017.

Para ello se aplicó una Encuesta a los operadores jurídicos (jueces y fiscales) de las ciudades de Cajamarca, Chota (Distrito Judicial de Cajamarca) y Leimebamba (Chachapoyas-Distrito Judicial de Amazonas) y, asimismo, para el análisis de resultados se han examinado distintas sentencias de los referidos juzgados, respecto a casos donde se presentó la circunstancia atenuante de la tentativa, obteniendo como resultado que ante la inexistencia de una base legal expresa que fije parámetros a seguir en el proceso de determinación de pena cuando se presenta la tentativa, si bien fijan una pena concreta por debajo del mínimo legal, sin embargo, no existe una uniformidad respecto a los límites de la pena ni sobre las bases que justifican sus decisiones (criterios rectores adoptados).

El informe de investigación de tesis se organizó en cinco capítulos: El capítulo 1 denominado planteamiento del problema, explica la naturaleza del problema, la formulación del problema, los objetivos de la investigación, la justificación. En el capítulo 2 se presentan los fundamentos teóricos de la investigación, señalando los antecedentes de la realidad problemática; y, la hipótesis general e hipótesis específicas. En el capítulo 3 se aborda el procedimiento metodológico, precisando el tipo de investigación, diseño de investigación, nivel de investigación, la población de estudio, y las técnicas e instrumentos de recolección de datos. Asimismo, el capítulo 4 presenta los resultados con su respectiva *discusión*. Finalmente, en el capítulo 5 se presentan las conclusiones y sugerencias, las que fueron derivadas de la hipótesis del desarrollo de la investigación.

Los Autores

CAPITULO I
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la realidad problemática

El sistema penal se erige como un control social institucionalizado o formalizado, donde el Estado ha legalizado la violencia que se materializa con la imposición de una sanción o pena. Bajo ese contexto, aparece el proceso de criminalización primaria y secundaria, donde la primera busca catalogar a determinadas conductas como delictivas, mientras la segunda cumple los postulados de la primera, asignándole a una persona la calidad de delincuente.

Así, dentro del ordenamiento jurídico las agencias encargadas de la criminalización primaria están constituidas por el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, mientras que la criminalización secundaria recae en agentes encargados de aplicar la ley, a saber, policías, fiscales y jueces, quienes establecerán vía un debido proceso la existencia de un delito y el interés estatal que existe para castigarlo.

Es en esta última etapa donde resulta imprescindible que los representantes del Ministerio Público y, sobre manera, los del Poder Judicial posean conocimientos suficientes sobre *determinación judicial de pena*, constituyendo tal labor un reto para los operadores de justicia, pues de tal procedimiento de identificación del marco abstracto y determinación de la pena (evaluando y aplicando circunstancias de atenuación o agravación -genéricas, privilegiadas o cualificadas-) debe surgir el establecimiento de una pena revestida de legalidad, justicia y razonabilidad.

Ahora, si bien con la incorporación del Art. 45-A del Código Penal (mediante la dación de la Ley Nro. 30076, de fecha 19 de agosto de 2013, que instituyó el llamado “sistema de los tercios”) y el catálogo de circunstancias genéricas atenuantes y agravantes del Art. 46 del Código Penal, se coadyuva en la labor de la determinación judicial de la pena, sin embargo, a diferencia de lo que sucede con el efecto de las circunstancias agravantes cualificadas (como las reguladas en los Arts. 46-A, 46-B, 46-C, 46-D y 46-E) que proponen la fijación de un nuevo marco punitivo por encima del máximo legal indicando de manera expresa cuál es el límite de su aplicación (hasta la mitad, en un tercio y no menos de dos tercios por encima del máximo legal), ello no sucede con las circunstancias atenuantes privilegiadas, como es el caso de la tentativa, responsabilidad restringida, complicidad secundaria y otros, que solo autorizan que la pena a imponer sea

reducida “prudencialmente”, entendiéndose que la misma va por debajo del mínimo legal, empero, no se indica hasta dónde podrá reducirse el *quantum* de la pena.

Es aquí donde se presentan los inconvenientes, toda vez que al no contarse con un límite definido de hasta dónde se podrá reducir la pena concreta, es que se generan circunstancias de arbitrariedad al no exponerse de manera fundamentada y suficiente las razones que tuvo el fiscal para proponer y el juez para imponer la pena concreta al caso particular. Aunándose a ello un estado de desigualdad en cuanto a que las consecuencias jurídico-penales resultan diferentes para casos o situaciones similares, concretizándose una transgresión al principio-derecho de la igualdad ante la aplicación de la ley.

Causa de esta problemática es, en primer término, el no adecuado cumplimiento por parte de los agentes del sistema penal encargados de catalogar un comportamiento como delito (criminalización primaria) respecto de su rol de ofrecer criterios de determinación de pena dentro de límites cuantificables fijados por la ley; y otro, es que el juez penal obvia en la mayoría de las veces analizar y aplicar en el caso concreto principios rectores sobre determinación de pena, como son los de proporcionalidad, culpabilidad, humanidad y preventivo, solo restringiéndose a aplicar los postulados del principio de legalidad.

Así se ha institucionalizado la tendencia de que la determinación de la pena está librada solo al arbitrio del juzgador, máxime en aquellos casos donde la misma norma penal no establece límites de aplicación de sanción penal, como son los casos donde se presentan circunstancias atenuantes privilegiadas, entre ellas, la tentativa regulada en el Art. 16° del Código Penal.

En este sentido, resulta necesario identificar criterios de solución, pues si bien en estos casos el agente estatal no cuenta con un límite legal de hasta dónde se puede imponer la pena concreta, empero, sí se cuenta con distintos principios limitadores del derecho penal, debiendo identificarse la pertinencia de éstos -considerando además las particularidades de cada caso- para la medición de pena en situaciones como la hoy expuesta.

1.2. Formulación del Problema

Dentro del proceso de determinación de la pena, en los casos donde se ha presentado la tentativa, los señores jueces penales de las ciudades de Cajamarca, Chota y Leimebamba, durante el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2015 al 31 de agosto de 2017, vienen prescindiendo de criterios para establecer el límite de hasta dónde se reduce la pena concreta, lo que quebranta la naturaleza de una pena justa, llevando a la arbitrariedad en las decisiones.

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo General

Determinar si en los casos de tentativa, durante el proceso de determinación de la pena, los señores jueces penales de primera instancia de las ciudades de Cajamarca (juzgado colegiado supraprovincial) Chota y Leimebamba, para establecer el límite de hasta dónde se reduce la pena concreta, utilizan los principios rectores de legalidad, lesividad, proporcionalidad, culpabilidad, humanidad y seguridad jurídica; y los fines preventivos de la pena.

1.3.2. Objetivos Específicos

1) Analizar la naturaleza jurídica de la tentativa; así como establecer la problemática de su interpretación en la determinación de la pena.

2) Identificar los principios y fines de la pena que podrían utilizarse por parte de los jueces penales de primera instancia de las localidades de Cajamarca (juzgado colegiado supraprovincial) Chota y Leimebamba, en su labor de determinación de la pena concreta cuando se presente la circunstancia atenuante de la tentativa.

1.4. Justificación e Importancia

La relevancia de la investigación, es de carácter científico y coyuntural, en atención a que está circunscrita al estudio de la problemática que se presenta en la determinación judicial de la pena cuando existen circunstancias atenuantes privilegiadas (*el Art. 45°-A inciso 3 literal a. del Código Penal, solo prescribe que la pena concreta en estos casos se determinará por debajo del tercio inferior*) pues teniendo en consideración que hasta la fecha no se cuenta con un valor fijo o

medible de aplicación, es que se considera pertinente la aplicación de los principios rectores del derecho penal a fin de llenar de contenido al vacío legal denunciado, desarrollándose de esta manera criterios teóricos que justifiquen la medición de una pena justa y razonable, con ello no solo se busca mantener un equilibrio entre los principios de libertad y seguridad social, sino además cumplir una función de predecibilidad de las sanciones penales.

Por ello, este trabajo de investigación será de gran utilidad en razón a que se desarrollarán cuáles son las principales consecuencias que trae esta incertidumbre jurídica, entre las que encontramos el atentado a la seguridad jurídica, y al principio de legalidad, piedra angular del Derecho Penal, que dejaría la suerte de la interpretación de esta norma al arbitrio y la discrecionalidad judicial (absoluta).

a) Conveniencia jurídica y legal

La problemática descrita nos permite establecer que no siempre existe correlación entre la sanción penal impuesta y los criterios de proporcionalidad y razonabilidad en los casos donde solo obran circunstancias atenuantes genéricas y privilegiadas. Situación en la cual se busca proponer una solución, fundamentada en el uso de principios rectores del derecho penal, argumentándose las razones e interpretación legislativa y jurisprudencial basados en la estructura y conveniencia con el sistema legal y constitucional.

b) Relevancia social:

El derecho como tal es relevante socialmente, por tanto la presente investigación jurídica basa su solución, haciendo prevalecer los principios limitadores del derecho penal lo que redundará en su habitual y necesaria utilización en la labor de determinación de la pena; conocimientos teórico-científicos que en un Estado Social y Democrático de Derecho resultan indispensables a fin de legitimar la sanción penal a imponer a los responsables de hechos catalogados como delito.

c) Implicancias prácticas

La investigación tiende a resolver el problema concreto planteado, sustentados en la actual realidad social, jurisdiccional y procesal penal, siendo los resultados de la investigación que se recaben, un aporte pertinente, útil y verificable en la administración de justicia frente a las dificultades descritas.

d) Valor Teórico

El trabajo, el cual ha sido elaborado de acuerdo a las formalidades y lineamientos prefijados en el Protocolo para proyectos y tesis de posgrado, ostenta un valor teórico importante, creando e innovando las concepciones y tendencias jurídicas, constituyendo un aporte cualitativo, que se somete a la crítica para posteriores aportes.

CAPITULO II
MARCO TEORICO

2.1.- Antecedentes Teóricos de la Realidad Objeto de Investigación

2.1.1.- Internacionales

Para Velásquez F. (2009), luego de realizar un estudio del Código Penal Colombiano, describe que en esta legislación se adopta un sistema de cuartos que no es más que un procedimiento en el que la determinación de la pena se desarrolla en base a niveles o pasos sucesivos: **(i)** En el primer nivel, se determina el marco penal aplicable en función al marco punitivo abstracto (tipo básico), y las circunstancias específicas o genéricas que lo modifiquen. **(ii)** Una vez determinado este espacio punitivo, se procede, en el segundo nivel, a dividir el marco penal resultante en cuatro partes, para, luego, determinar el “marco penal concreto” según concurren o no las circunstancias agravantes o atenuantes de los artículos 55 y 58 del Código Penal colombiano. **(iii)** En el tercer nivel, se procede a la individualización judicial propiamente dicha, para lo cual se ha de atender a la mayor o menor gravedad de la conducta, al daño real o potencial creado, a la intensidad del dolo, a la preterintención o la culpa concurrentes, a la necesidad de pena, al mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo, etc. **(iv)** El cuarto y último nivel, a operar cuando sea el caso, se corresponde con las rebajas de la pena final en aplicación de normas procesales de preacuerdo y allanamiento, propias de la “justicia negociada”.

Indicando el autor dentro de un estudio de derecho comparado entre la legislación de Colombia y Perú, que en efecto, por citar algunos ejemplos, mientras en el Código Penal colombiano la tentativa se sanciona con “pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada”, entre nosotros el “Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena”; si en aquel, todo exceso en una causa de justificación se sanciona con una “pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible”, en nuestro Código Penal se señala, en el artículo 21°, que “el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal”; si en la legislación colombiana, “la pena se rebajará en la mitad” tratándose del error de

prohibición vencible, aquí el legislador simplemente señala que “se atenuará la pena”.

2.1.2.- Nacionales

Se ha examinado los estudios realizados por García (2012), quien luego de considerar a la tentativa como una circunstancia genérica modificativa de la responsabilidad penal (llamadas también circunstancias cualificadas conforme el Acuerdo Plenario N° 1-2008), solo indica que la pena concreta a imponer debe imponerse por debajo del mínimo legal.

Asimismo, el magistrado Mendoza (2017), Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Arequipa-Integrante del Colegiado “D” de la Sala Penal Nacional, en uno de sus estudios referentes a la determinación de la pena, su legalidad y proporcionalidad, sostiene que en los casos donde subyace la circunstancia atenuante privilegiada de la tentativa, la pena concreta se establece primero por debajo del tercio inferior donde el nuevo máximo legal es el anterior mínimo y el nuevo mínimo es el que expresa el Art. 29° del Código Penal (esto es, dos días), pero este último solo es un límite de referencia legal para individualizar judicialmente la pena.

Por otro lado, el Dr. Oré (2013) señala que en el instituto de la tentativa se autoriza al juez a disminuir la pena de manera prudencial por debajo del mínimo legal, teniendo como límite mínimo la pena de dos días, conforme el Art. 29° del Código Penal, pero al repudiar la imposición de penas privativas de la libertad de cortísima duración, recomienda que sería aconsejable modificar el indicado artículo del Código Penal para elevar la duración mínima de la pena.

Por su parte Castañeda (2016), en su trabajo de tesis titulado “El principio de seguridad jurídica en la determinación de la pena en las circunstancias atenuantes privilegiadas del Código Penal peruano”, para obtener el título de abogada, concluyó que el no establecimiento de un límite mínimo en la determinación de la pena de las circunstancias atenuantes privilegiadas del Código Penal, afecta el principio de seguridad jurídica, porque se deja al libre arbitrio o discreción judicial el establecimiento de la pena concreta.

2.2.- Fundamentos Teóricos

2.2.1.- La Teoría del Delito

2.2.1.1.- Introducción

La teoría del delito es un sistema de hipótesis que exponen, a partir de una determinada tendencia dogmática, cuáles son los elementos que hacen posible o no la aplicación de una consecuencia jurídico penal a una acción humana, tal como lo señala Muñoz (2002. P. 203) al comentar la denominada teoría del delito.

Para el estudio de la teoría del delito recurriremos a la dogmática, que no es otra cosa que el estudio del dogma, más específicamente la interpretación del dogma. En derecho penal, el dogma es la ley penal, pues es la única fuente obligatoria del derecho penal. La interpretación mencionada debe ser coherente y sistemática tal como lo postulamos siguiendo a Peña (2010).

Bajo este concepto, podemos señalar siguiendo a Zaffaroni (1998. p. 18), que la teoría del delito, presenta las siguientes características:

- a.-** Es un sistema porque representa un conjunto ordenado de conocimientos.
- b.-** Son hipótesis, tal como lo señala Bacigalupo (1985), pues son enunciados que pueden probarse, atestiguar o confirmarse solo indirectamente, a través de sus consecuencias.
- c.-** Posee tendencia dogmática al ser parte de una ciencia social. No existe unidad respecto de la postura con que debe abordarse el fenómeno del delito, por lo que existe más de un sistema que trata de explicarlo.
- d.-** Consecuencia jurídica penal: el objeto de estudio de la teoría del delito es todo aquello que da lugar a la aplicación de una pena o medida de seguridad.

El Derecho penal prohíbe y sanciona con penas aquellas conductas que hacen peligrar gravemente la subsistencia de la sociedad. Si no se prohibiera y sancionara el homicidio, si el robo o la violación fueran conductas indiferentes para una sociedad, esta sociedad tendría los días contados; y por tanto también sus miembros, los ciudadanos. Tras la realización de tales

conductas, que llamamos «delitos», procede la imposición y cumplimiento de sanciones (las penas). Previamente sin embargo es preciso declarar la responsabilidad de quien los llevó a cabo, mediante la imputación de responsabilidad. Este es el significado de la teoría jurídica del delito. Mediante la imputación de responsabilidad se llega a afirmar de alguien i) que ha cometido un hecho; además, ii) que ese hecho es contrario al Ordenamiento jurídico que rige en esa sociedad, y iii) que ese alguien es culpable de ese hecho. Constatado lo anterior, el sujeto debe responder de sus actos, y en consecuencia –ahora sí–, puede proceder la imposición de una pena. Esto explica que, a la hora de definir quién responde, cómo y de qué, se hayan esforzado mucho los juristas a lo largo de la historia para que nadie sea sancionado por hechos que no ha cometido, ni más de lo debido -a esto hace referencia la cuestión de los límites del Derecho penal, pero también, y, sobre todo, Teoría general del delito- (Sánchez, 2015).

A lo largo de la historia, con unos nombres u otros, se ha hecho uso de diversas reglas o criterios para atribuir responsabilidad, para decidir quién es responsable, a quién se le aplicará una pena, cuándo puede ésta rebajarse, es decir, atenuarse. Hoy día llamamos teoría jurídica del delito a la ordenación de esas reglas y criterios de imputación en un sistema; y es que dicha teoría agrupa ordenadamente las categorías y conceptos sobre los que se basa la imputación de responsabilidad.

Pero lo que hoy día se conoce como teoría jurídica del delito es relativamente moderna: surge a finales del siglo XIX en Alemania tras la promulgación del Código Penal de 1871, y por autores como F.v. Liszt (1851-1919), E.L. Beling (1866-1932), y otros. Hasta entonces la doctrina también había recurrido a la imputación de responsabilidad, y en concreto con categorías que no difieren de las empleadas por los autores del último tercio del siglo XIX y la actualidad. Desde la antigüedad, y hasta nuestros días, las categorías sobre las que se basa la imputación son comunes a la filosofía moral, a la ética. Son las mismas categorías y reglas de imputación que empleamos comúnmente en la vida social. Lo propio de la teoría del

delito es que esas reglas y categorías son dotadas de contenido específicamente penal y se procuran ordenar en un sistema. Desde su origen a finales del s. XIX en Alemania, la teoría del delito pasa por diversas fases, que tienen también relevancia en la doctrina penal en lengua española. Y ello porque cada fase es producto de un modo de entender la persona, la libertad, la responsabilidad, e incluso la función del Derecho, que han de influir sin duda en los contenidos de las categorías, cuyas críticas y fundamentación sobre evaluación fueron desarrollados por López (2004) y Jiménez (2005).

2.2.1.2.- Función y finalidad de la Teoría del Delito

Así pues, la **teoría del delito** se ocupa de elaborar un sistema conceptual a través del cual se analizan todas las conductas delictivas. Como nos recuerda Villavicencio (2006), la teoría del delito nace de la ley y se desarrolla como un sistema de conceptos a través de un proceso de abstracción científica.

Por un lado, la importancia de la **teoría del delito** radica en su función **garantista**, tal como lo reconoce Villavicencio (2006), ya que se erige como una barrera frente a la intervención violenta del poder penal, pues permite ofrecer criterios válidos a los jueces para los supuestos que se presenten, y permite, por tanto, garantizar predictibilidad en las resoluciones que se emitan.

Por otro lado, tal como expone el reconocido penalista Reátegui (2000), la **teoría del delito** cobra especial relevancia en diferentes etapas del proceso penal, como cuando la fiscalía debe decidir, al finalizar la investigación preliminar, archivar o formalizar la investigación, en cualquier caso debe determinar si hay delito o no, y para eso debe conocer la **teoría del delito** o en la etapa intermedia, ya que el artículo 344°.2 del Código Procesal Penal establece que el fiscal puede solicitar el sobreseimiento cuando el hecho sea atípico, o concurra alguna causa de justificación o exculpación, para lo cual requiere aplicar la **teoría del delito**.

La teoría del delito es un instrumento conceptual, siguiendo a Huertas (2000, 35-36), cuya función consiste en permitir establecer si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico penal previsto en la ley. Su finalidad práctica permite fundamentar las resoluciones en las instancias judiciales en materia de aplicación de la ley penal. Es una elaboración sistemática de las características generales que el Derecho Positivo permite atribuir al delito, a la vista de la regulación que aquél efectúa de éste.

Esta teoría se estructura como un método de análisis de distintos niveles, en el que cada nivel presupone al anterior, por ello no se puede analizar si el agente es culpable o no si previamente no se ha establecido que su conducta es típica y antijurídica; por lo tanto, carece de sentido discutir si una persona es culpable de haber lesionado a otro cuando ha quedado establecido que actuó en legítima defensa.

Para ilustrar mejor, se muestra un Ejemplo: Cuando un sujeto sustrae a otro un bien mueble, apoderándose ilegítimamente del mismo, debemos:

1°. Establecer si su conducta se adecúa a un tipo penal o no (así, al delito de hurto simple previsto en el artículo 185° Código Penal).

2°. Determinar si la conducta típica es contraria al derecho, es decir si es antijurídica para lo cual analizaremos la presencia de causa de justificación (en el caso no hay causa de justificación alguna).

3°. Analizar si el sujeto es culpable, para ello se tiene que precisar si él es imputable, si tiene conocimiento de la antijuridicidad y si le era exigible una conducta diferente a la realizada (según los elementos del caso, el sujeto es culpable).

| |
|--|
| La teoría del delito es un instrumento conceptual que permite establecer la comisión del delito (delito entendido como conducta típica, antijurídica y culpable) y fundamentar las resoluciones en las instancias judiciales en materia de aplicación de la ley penal. |
|--|

2.2.1.3.- Concepto de Delito

2.2.1.3.1.- Concepciones

El delito fue siempre una valoración de la conducta humana condicionada por el criterio ético dominante en la sociedad. Los conceptos de delito han sido formulados en definiciones que se desarrollan en los siglos XVIII, XIX y XX, y pueden ser agrupadas en diversas concepciones según nos explica los doctrinarios Peña y Almanza (2010, pp. 67-70).

a.- Concepciones formales o nominales: Establecen que el delito es una conducta humana que se opone a lo que la ley manda o prohíbe bajo la amenaza de una pena. Es la ley la que establece y nombra qué hechos van a ser considerados delitos; es la ley la que designa y fija caracteres delictuales a un hecho. Si en algún momento esta ley es abrogada el delito desaparece. El delito es artificial.

b.- Concepciones substanciales o materiales: Establecen elementos del delito como presupuestos para que un acto voluntario humano sea considerado como delito. Así, para estas concepciones, el delito es un acto humano típicamente antijurídico culpable y sancionado con una pena de carácter criminal. Sigue el método analítico. *Concepción jurídica del delito.* Toda ley penal -en su estructura- tiene un presupuesto (lo que no se debe hacer o lo que manda a hacer) y una consecuencia jurídica (pena o medida de seguridad). De acuerdo a esto, el delito -en su concepción jurídica- es todo acto humano voluntario que se adecua al presupuesto jurídico de una ley penal. Para Carrara, el delito es un ente jurídico (creación de la ley) y no un fenómeno social (ente de hecho). Decimos “adecua al presupuesto” porque no la vulnera, sino hace lo que el presupuesto dice.

La concepción jurídica del delito fue desarrollada por Juan Domingo Romagnosi, Giovanni Carmignani y Francesco Carrara. El delito para Romagnosi es la agresión al bienestar. Si queda impune destruiría a la sociedad. Para que no ocurra tal cosa, la sociedad y el derecho deben eliminar la impunidad. Explica Carmignani que la pena se aplica con el fin de prevenir futuros delitos. Para Francesco Carrara el delito es la infracción de la ley del Estado promulgada

para proteger la seguridad ciudadana, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso. Para Carrara el delito es un ente jurídico (creación de la ley) y no un fenómeno social (ente de hecho). Es un ente jurídico porque es una contradicción entre el hecho del hombre y la ley. Por eso no se define como acción sino como infracción, lo que supone que la antijuridicidad es la esencia del delito y no solo su elemento. Al decir “acto externo” se refiere a que no son sancionables los actos internos o pensamientos, sino sólo los actos exteriorizados del hombre. El pensar en matar no es delito, mientras no lo exteriorice o realice actos para materializar este acto. Con “acto positivo” se refiere las acciones voluntarias humanas. Con acto negativo se refiere a un no hacer lo que la ley manda a hacer, esto es, una omisión. “Moralmente imputable” significa que el sujeto comete el delito en base a su libre albedrío. El sujeto puede escoger entre la comisión de un delito o no. El ser humano puede elegir un comportamiento (mores, “costumbre”, “comportamiento”) particular o no. Con “políticamente dañoso” se refiere a que el delito, al vulnerar los derechos subjetivos de otra persona, también está perjudicando a la sociedad.

c. Concepción filosófica del delito: La desarrollan Pellegrino Rossi y Enrique Pessina. Quieren conceptualizar al delito para todos los tiempos y todos los lugares. Es decir, quieren formar un concepto universal de delito. La pretensión de validez es socavada porque lo que ayer fue delito deja de serlo con el paso del tiempo y con la abrogación de la ley que lo concibió como delito.

d.- Concepción dogmática del delito: Esta concepción de delito fue desarrollada por Karl Binding, Ernst von Beling, Max Ernest Mayer y Edmundo Mezger. El delito es la acción u omisión voluntaria típicamente antijurídica y culpable. (Goldstein, R. p. 293)

La concepción dogmática del delito enumera los elementos constitutivos del delito y tiene su origen en la “**teoría de las normas**” de Binding que dice que el delincuente vulnera el supuesto hipotético de la norma jurídica no la ley. La norma es un deber ser: “no matarás”. El deber ser nos guía a lo que es bueno y a lo que es malo. La ley establecida es un ser, esto es, ley positiva. El delito “vive” en el ser, es decir, en la ley; el delito no vulnera la ley, vulnera el supuesto hipotético de la norma jurídica penal. Es más, el delito es ser, es una conducta positiva.

El “delito es un acto u omisión voluntaria”, quedan descartadas las conductas que no son producidas por la voluntad, como las que se realizan por fuerza irresistible, acto reflejo o situaciones ajenas a lo patológico (sueño, sonambulismo, hipnotismo). En estos supuestos no existe conducta, por tanto, no hay delito.

El “delito es un acto típico”, todo acto humano para considerarse como delito debe adecuarse al tipo penal. Si no hay adecuación no hay delito, o peor aún, si no hay tipo, la conducta no es delito. Por eso, todo lo que no está prohibido u ordenado, está permitido. (Silva Sánchez: 1992)

Algunas veces a quien haya cometido un acto típicamente antijurídico y culpable no se le puede aplicar la sanción por las llamadas causas de impunidad, las mismas que desarrollaremos más adelante.

Existen otras concepciones, pero en su conjunto las podemos agrupar y resumir en el siguiente cuadro:

Tabla 1: Consolidado de conceptos

| CONCEPTOS DE DELITO | |
|----------------------------|---|
| Natural | <ul style="list-style-type: none"> • Es delito natural o social la lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad) según la medida media en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad (Garófalo). |

| | |
|--------------------|---|
| Sociológico | <ul style="list-style-type: none"> • Son delitos las acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado (Ferri). |
| Jurídico | <ul style="list-style-type: none"> • Acción típica, contraria al derecho culpable, sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de la punibilidad (Beling). • Infracción a la ley de un Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañinos (Carrara). • Crimen es, en el más amplio sentido, una injuria contenida en una ley penal, o una acción contraria al derecho del otro, conminada en una ley penal (Feuerbach). • Acto humano sancionado por la ley (Carmignani). • Acción punible entendida como el conjunto de los presupuestos de la pena (Mezger). • Hecho culpable del hombre, contrario a la ley y que está amenazado con una pena (Florián). • Acontecimiento típico, antijurídico, imputable (Mayer) |
| Legal | <ul style="list-style-type: none"> • Infracción voluntaria de una ley penal haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda. • Lesión o puesta en peligro un bien jurídico protegido legalmente con una sanción penal (Código Penal de 1991). • Acto u omisión que sancionan las leyes penales. |

Fuente: Peña Gonzales y Almanza Altamirano (2010. p. 71)

Concepto del delito. En doctrina existe el consenso de considerar al delito como una conducta típica, antijurídica y culpable, siendo sus niveles de análisis: el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad. El debate se centra en el contenido de cada uno de estos elementos del delito.

2.2.1.3.2.- Objeto material de la acción

Es la persona o cosa sobre la que recae la acción del sujeto activo: personas (individuales o colectivas), animales y cosas inanimadas. El objeto material no se da en todos los delitos; los de simple actividad (por ejemplo, el falso testimonio) y los de omisión simple (por ejemplo, omisión de denuncia) carecen de objeto material.

El objeto material del delito no debe confundirse con el instrumento del delito que son los objetos con que se cometió el delito (un cuchillo en un homicidio, una palanca en caso de robo de vivienda, etc.).

2.2.1.3.3.- Objeto jurídico o bien jurídicamente protegido

Es el bien tutelado por el derecho mediante la amenaza penal. El objeto jurídico del delito o bien jurídicamente protegido es el bien o interés que está protegido por el Derecho, “lo que” la norma, mediante la amenaza de la pena, tiende a tutelar, a cuidar, de posibles agresiones.

Por bien se entiende toda cosa apta para satisfacer una necesidad humana. En consecuencia, puede ser objeto jurídico del delito un objeto del mundo externo o una cualidad del sujeto. Pueden tener naturaleza corpórea o incorpórea: vida, integridad corporal, honor, libertad sexual, seguridad. Conceptualmente se puede separar de la noción de bien el de interés. Se entiende por interés a la valoración por parte del sujeto de la aptitud de la cosa (del bien) para satisfacer una necesidad.

2.2.1.3.4.- Objeto formal del delito

Es el fin que persigue el establecimiento de un comportamiento como delito, que es la protección de los bienes e intereses a través del ius puniendi estatal. (Zaffaroni: 2005).

Se divide en objeto jurídico genérico o sustancial y objeto jurídico específico. El objeto jurídico genérico o sustancial es el interés del Estado para asegurar y garantizar las condiciones de existencia de la vida en sociedad. Es el interés que el legislador tiene en la tutela de bienes jurídicos trascendentes, ya sea en las personas, sociedad o Estado. Objeto jurídico específico es el interés propio del sujeto pasivo del delito, es decir, la persona natural o jurídica directamente ofendida por el delito. El objeto jurídico específico es la concreción del objeto jurídico genérico en el sujeto pasivo.

2.2.1.4.- Elementos del Delito

2.2.1.4.1.- La Acción

a.- Concepto de la acción: (Peña y Almanza, 2010, p. 102)

Se trata de la conducta voluntaria que consiste en un movimiento del organismo destinado a producir cierto cambio, o la posibilidad, en el exterior del mundo, de vulnerar una norma prohibitiva que está dirigida a un fin u objetivo. (Welzel, 1987, p. 53).

La conducta activa debe ser voluntaria. Si es involuntaria (por ejemplo, en el caso fortuito), la acción se excluye del campo delictivo. La conducta activa debe exteriorizarse en el mundo material; si ocurre en el fuero interno y no llega a manifestarse, la acción también se excluye del campo delictivo. La posibilidad de cambio se da en los delitos frustrados y en la tentativa. En estos delitos no es imprescindible que se produzca el cambio, en tal virtud quedan sujetos a sanción delictiva.

b.- Elementos de la acción: (Peña y Almanza: 2010. p. 102-103)

- **La manifestación de la voluntad** (impulso volitivo) Se traduce en un movimiento, en una conducta corporal externa, o en una actuación del agente.

- **El resultado:** Es el efecto externo de la acción que el Derecho penal califica para reprimirlo y el ordenamiento jurídico tipifica para sancionarlo, y que consiste en la modificación introducida por la conducta criminal en el mundo exterior (por ejemplo, robo, incendio) o en el peligro de que dicha alteración se produzca. Es un efecto de modificación verificable del mundo exterior trascendente en el ámbito penal. Asimismo, hay que notar que es elemento de la acción sólo en los delitos materiales.

- **La relación de causalidad entre la manifestación de la voluntad y el resultado** Si hay tal, se sigue el supuesto criminal hasta la responsabilidad penal; si no hay relación, se suspende el seguimiento del supuesto porque no hay acción. Por ejemplo, hay relación cuando alguien dispara y mata o cuando alguien arroja un animal feroz a otro, en ambos se comete delito de homicidio.

c.- Sujeto de la acción: El sujeto de la acción es el ser humano, aunque el sujeto puede ser otro, pero si no es un ser humano, no puede ser considerado delito.

d. Ausencia de la acción: El obrar no dependiente de la voluntad del hombre no es “acción”. Por tal razón no hay delito cuando median conforme lo indica BACIGALUPO (1996, p. 7.)

Tabla 2: Ausencia de la acción

| | |
|------------------------------|--|
| AUSENCIA DE LA ACCION | <p>Fuerza irresistible</p> <p>Es aquella fuerza que imposibilita desde todo punto al sujeto para moverse (o para dejarse de mover).</p> |
| | <p>Acto reflejo</p> <p>No es factible impedir movimientos reflejos que provienen del automatismo del sistema nervioso.</p> |
| | <p>Estados de inconsciencia o situaciones ajenas a lo patológico (sueño, sonambulismo, hipnotismo)</p> <p>Se trata de momentos en los que el sujeto que realiza la acción no es plenamente consciente de sus actos. Para ser admitidos como excluyentes de la acción requiere de análisis y estudios cuidadosos</p> |
| | <p>Impresión paralizante</p> <p>No hay posibilidad de actuar oportunamente y adecuadamente cuando el sujeto está paralizado, aunque sea momentáneamente, por una intensa impresión física o psíquica, pues los mecanismos volitivos precisan de un tiempo para desplegar su eficacia</p> |
| | <p>Estado de necesidad (legítima defensa)</p> <p>En este caso las defensas no se lo piensan, no surge en el pensamiento ese querer defenderse (fase interna), sino más bien es la reacción del instinto de supervivencia lo que hace actuar al sujeto.</p> |

Fuente: Peña Gonzales y Almanza Altamirano (2010. p. 106)

e.- Fases de la acción:

Existen dos fases (Villavicencio, 1990, p. 112):

- **Fase interna.** En la fase interna la acción solo sucede en el pensamiento.
- **Fase externa.** Aquí es donde se desarrolla la acción. Si no hay acción no hay delito, porque es una de las partes de la estructura del delito

2.2.1.4.2.- Tipicidad

Acto seguido se debe analizar si hecho se adecúa a lo regulado o descrito en una norma penal del sistema jurídico vigente al momento en que se suscitó la conducta del agente.

a. Tipo de lo injusto:

Siguiendo a Huertas (2000) el Tipo en sentido estricto es la descripción de la conducta prohibida por una norma. Ejemplo: el que, mediante amenaza o violencia, obliga a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe (artículo 151° del Código Penal). Y la Tipicidad es la característica que tiene una conducta por estar adecuada a un tipo. Resulta de verificar si la conducta y lo descrito en el tipo coinciden (p.p. 41-42),

El Juicio de tipicidad es el proceso de verificación de que la conducta se adecúa o no al tipo; mientras que Típica es la conducta que presenta la característica específica de tipicidad. En base al principio de taxatividad, que deriva del principio de legalidad, previsto en el artículo 2° numeral 24 literal d) de la Constitución, el tipo penal debe describir de manera exhaustiva las diversas características de la conducta prohibida. Sin embargo, en determinadas ocasiones se emplea términos equívocos y difusos para la descripción de la conducta estableciéndose los llamados tipos

penales abiertos, un ejemplo de ello es el delito de terrorismo agravado previsto en el artículo 1° del Decreto Legislativo 895.

Respecto a la relación entre el tipo y la antijuridicidad, Para un sector doctrinario la tipicidad es sólo indicio (ratio cognoscendi) de la antijuridicidad de la conducta. Por tanto, quien, realizada una conducta adecuada a un tipo, viola una norma, pero esto no significa que su conducta sea ya antijurídica. En consecuencia, tipo y antijuridicidad son categorías independientes de la teoría del delito. Para otro sector doctrinario la tipicidad es ratio essendi de la antijuridicidad. Según esta posición la presencia de causas de justificación excluye la tipicidad. Hay un tipo total que contiene dos partes: tipo positivo y tipo negativo (que añade la exigencia que no concurren causas de justificación). Al analizar el tipo de lo injusto hay que tener en cuenta la presencia de: un desvalor de acción en un delito doloso está dado porque el autor ha querido la realización del hecho típico un desvalor de resultado está representado por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Nos encontramos ante un concepto personal de lo injusto.

El tipo penal debe describir de manera exhaustiva las diversas características de la conducta prohibida y el análisis del tipo de lo injusto requiere contemplar el deseo del autor para realizar el hecho típico como la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido

b. Aspecto Objetivo del Tipo: Este comprende las características del obrar externo del autor requeridas por el tipo. Huertas (2000, P. 43-44)

- **Elementos referentes al autor:** Generalmente, el tipo de lo injusto describe al autor de una manera indeterminada, empleando una fórmula neutra: "el que" (por ejemplo, los delitos contenidos en los artículos 106°, 108°, 114°, 115°, 116°, 121°, 122° del Código Penal, entre otros). Estos son los denominados delitos comunes, pues cualquiera los puede realizar. Frente a estos delitos están los

denominados delitos especiales que establecen que la conducta prohibida sólo puede ser realizada por ciertas personas que poseen presupuestos especiales. Estos delitos están limitados a portadores de determinados deberes especiales. Se distingue entre: delitos especiales propios son aquellos en los cuales la lesión del deber especial fundamenta la punibilidad (por ejemplo, el delito de prevaricato previsto en el artículo 418° del Código Penal, omisión del ejercicio de la acción penal previsto en el artículo 424° del Código Penal, malversación previsto en el artículo 389° del Código Penal, entre otros) delitos especiales impropios. se presentan cuando la lesión del deber especial agrava la punibilidad (por ejemplo, aborto realizado por personal sanitario -artículo 117° del CP-, lesiones graves a menores -artículo 121 °-A del CP-, violación de la intimidad cometido por funcionario -artículo 155° del CP-, interceptación telefónica realizada por funcionario -artículo 162° del CP-).

- Elementos referentes a la acción: En general la descripción de la conducta suele ser concisa. En determinados casos la descripción de la conducta es más exhaustiva, precisándose el objeto de la acción, formas de ejecución, medios utilizados, etc. La conducta prohibida puede ser estructurada de distintas maneras: por un lado, distinción entre delitos de pura actividad y delitos de resultado.

Tabla 3: Delito de pura actividad y de resultado

| Delitos de pura actividad | Delitos de resultado |
|---|---|
| Son aquellos en los que la simple ejecución de la conducta específicamente determinada como tal es constitutiva de la realización del tipo (violación de domicilio - artículo 159° del CP-) | En este caso la ley individualiza un determinado resultado (ocasionar la muerte de una persona -artículo 106° del CP-, aborto consentido - artículo 115° CP-, lesiones leves -artículo 122° CP-). |

Fuente: Miguel Huertas Barrón (2000. p. 44)

c. Elementos descriptivos y elementos normativos: (Huertas, 2000, P. 45) Al respecto, debemos indicar que no existen elementos puramente descriptivos o normativos, sino que predomina alguno de estos componentes. Elementos descriptivos son aquellos que el sujeto puede conocer a través de sus sentidos. Ejemplo: el elemento mujer presente en el delito de aborto sin consentimiento (artículo 116° CP).

Elementos normativos son aquellos en los que se requiere una valoración y no son perceptibles sólo mediante los sentidos. Tenemos elementos normativos:

- **De valoración jurídica**, como es el caso del término apoderar ilegítimamente presente en los delitos de hurto (Art. 185° CP) y robo (Art. 188° CP), el de apropiar indebidamente que exige el delito de apropiación ilícita (Art. 190° CP), prenda (delito de apropiación de prenda -Art. 193° CP-), etc.; es de advertir que el conocimiento que se exige no es de una manera técnico jurídica sino es suficiente una valoración paralela en la esfera del lego".

- **De valoración empírico cultural**, en los cuales el autor debe hacer una valoración de las circunstancias en las que actúa, ajustando dicha valoración al término medio de la sociedad", así tenemos el elemento "obsceno" presente en el delito previsto en el artículo 183° del CP, el término "ganancia deshonesto" prevista en el delito regulado en el artículo 180° CP, entre otros.

d. Imputación objetiva y causalidad: De acuerdo a la misma fuente doctrinaria, como es el maestro Huertas (2000, P. 45-49), se señala que en los delitos de resultado la perfección del tipo objetivo -es decir su consumación- requiere no sólo que se produzca de cualquier manera y por cualquier causa el resultado descrito en el tipo, sino además que haya una determinada relación o nexo de unión entre la acción típica y el resultado. La doctrina actual señala que dicha relación es doble y sucesiva: en primer lugar, es precisa una relación de causalidad entre la acción y el resultado, pero en segundo lugar se

requiere una relación de imputación objetiva entre el resultado y la acción. (Bacigalupo, P. 84)

Desde el siglo XIX y hasta la segunda mitad del siglo XX la doctrina concentraba su discusión en la relación de causalidad, obviando la relación de imputación objetiva. Así, un sector defendía un concepto ontológico de relación causal como relación lógico-real de causa a efecto entre una acción y un resultado, aquí se encuadra la teoría de la equivalencia de las condiciones; otro sector mantenía la introducción de consideraciones normativas en la relación causal para restringir su amplitud y lograr limitaciones de la responsabilidad penal que se consideraban justas ante determinados cursos causales anómalos o problemáticos", aquí resalta la teoría de la condición adecuada.

La teoría de la equivalencia de las condiciones plantea que todas las condiciones de un resultado tienen idéntica y equivalente calidad causal. Una condición es causa del resultado si suprimiéndola mentalmente, el resultado no se hubiera producido (*conditio sine qua non*). Ejemplo: si suprimimos mentalmente la piedra lanzada por el sujeto, no se hubiera ocasionado lesión a la víctima. Las principales críticas a esta teoría han estado referidas a su indeterminada extensión, por ejemplo: la conducta de los trabajadores de una fábrica de armas estaría en relación causal con todos los resultados delictivos que se llevan a cabo con su empleo.

La teoría de la condición adecuada constituye uno de los principales intentos por limitar la amplitud de los resultados a los que conduce la teoría de la equivalencia de las condiciones. Para ella no toda condición es causa, en el sentido del derecho penal, sino solamente aquellas que, de acuerdo con la experiencia general, habitualmente producen el resultado. El juicio de adecuación lo conforma la probabilidad de producción del resultado. Es decir, es adecuada la condición si también lo es para el hombre prudente y objetivo que,

puesto en el momento de la acción (ex ante), con todos los conocimientos de la situación que tenía el autor al actuar o que debería haber tenido, entiende que era muy probable que tal resultado típico se produjera. Ejemplo: una cachetada no es adecuada para producir el resultado de muerte, pero si la víctima era hemofílica y la cachetada ocasionó una hemorragia de consecuencia letal, este resultado no podría considerarse como causado por la bofetada según la teoría de la condición adecuada. Entre las críticas que se plantea a esta teoría están que conlleva a una desnaturalización del concepto de causalidad negando la existencia de un vínculo causal donde éste existe; también se señala que cualifica los procesos causales con arreglo a criterios estadísticos -probabilidad- y de normal aparición -los únicos apreciables por el hombre prudente-, sin alcanzar a exponer con claridad la relevancia normativa de los mismos con la nitidez debida.

En el terreno de la causalidad la teoría que se considera correcta es la de la equivalencia de condiciones, "hoy muy mayoritaria desde que se ha impuesto la admisión de la imputación objetiva como categoría normativa adicional a la causalidad y requerida igualmente por el tipo de los delitos de resultado".

d.1. Imputación objetiva (Huertas, 2000. pp. 47-49):

En doctrina se señala que la cuestión jurídica fundamental no consiste en la comprobación del nexo causal en sí, sino en establecer los criterios conforme a los cuales queremos imputar determinados resultados a una persona. Se considera que es objetivamente imputable un resultado causado por una acción humana cuando dicha acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado típico.

El juicio de imputación objetiva se compone de dos elementos:

- Como presupuesto, la existencia de una relación de causalidad entre la acción y el resultado.

- El resultado debe ser la expresión de un riesgo jurídicamente desaprobado implícito en la acción.

La base del juicio de la imputación objetiva es la existencia de un riesgo no permitido implícito en la acción (desvalor de acción). Se han establecido algunos criterios para determinarlo, principalmente desarrollados por Claus Roxín.

Riesgos adecuados socialmente: Son aquellos que sin constituir una infracción del deber objetivo de cuidado. La experiencia muestra que antes o después pueden llegar a lesionar un bien jurídico. Ejemplo: el organizador de una carrera de autos, que actúa en forma socialmente adecuada, aunque prevea que en el curso de la misma se producirá algún accidente. Se trata de riesgos que no merecen ser considerados por el ordenamiento jurídico en razón de su utilidad social.

Disminución del riesgo: No es imputable el resultado que el autor produce para impedir otro más grave. Ejemplo: el guardaespaldas que para evitar que la persona a la que resguarda sea impactado por una bala lo empuja al suelo ocasionándole lesiones. La conducta realizada por el guardaespaldas implica una disminución del riesgo para el bien jurídico protegido: vida.

Creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante: Considera que no será imputable objetivamente el resultado a la acción, si ésta no ha creado un riesgo jurídicamente relevante de lesión para el bien jurídico. La ausencia del riesgo jurídicamente relevante se dilucida tomando como base un juicio de adecuación, esto es, si el resultado era objetivamente previsible. Ejemplo: el sobrino que para heredar cuanto antes a su tío lo convence de que viaje asiduamente en avión con la esperanza de que el tío muera en un accidente aéreo, si se produjese la muerte del tío en un accidente aéreo se considera que no es objetivamente imputable a la conducta del sobrino porque ocurre dentro del marco de un riesgo jurídicamente permitido (el tráfico aéreo).

Aumento del riesgo permitido: Para este criterio en el caso de que el sujeto aumente con su acción el riesgo permitido el resultado le

será objetivamente imputado. Ejemplo: si bien se admite que en el tráfico terrestre hay un riesgo permitido, si el agente viola una disposición de tránsito (cruzar en luz roja) ocasionando un resultado (atropellar a un peatón), el mismo le es imputable objetivamente por haber incrementado el riesgo. Situación peculiar se presenta con los cursos causales hipotéticos. Ejemplo: el conductor de camión que adelanta indebidamente al ciclista ebrio, atropellándolo y ocasionándole la muerte. En estos supuestos se considera que es imputable objetivamente el resultado si se dan las siguientes condiciones:

- Que el comportamiento contrario al deber haya producido un resultado ya amenazante (en el caso, que el adelantarse al ciclista ebrio sin dejar la distancia reglamentaria causó el resultado de muerte).
- Que exista la posibilidad de que el comportamiento adecuado al deber hubiera evitado la producción del resultado (en el caso, es posible que dicho resultado no se hubiera producido si el conductor del camión hubiera observado la distancia reglamentaria).

La esfera de protección de la norma: Considera que la imputación objetiva puede faltar si el resultado queda fuera del ámbito de la esfera de la protección de la norma. Ejemplo: la madre del policía que, al enterarse de la muerte de su hijo en un atentado terrorista, muere de un infarto. La esfera de protección de la norma se limita a los daños directos.

El tipo objetivo comprende las características de obrar del autor, quien es descrito de manera diferente en los delitos comunes y en los delitos especiales; aunque que la descripción de la conducta prohibida por lo general es concisa y posible de ser estructurada de diferentes maneras (cada una contemplada en el C.P), en tanto los elementos pueden ser descriptivos o normativos. En los delitos de resultado la consumación del tipo objetivo requiere de una determinada relación entre la acción típica y dicho resultado.

e. Aspecto Subjetivo del Tipo:

Respecto a este apartado, Peña y Almanza (2010, P. 161-163) citando a ROXIN, se señala que la tipicidad del delito doloso depende no sólo de la realización de los aspectos objetivos del tipo (tipo objetivo) sino, además, de la realización de los aspectos subjetivos del tipo (tipo subjetivo). El tipo subjetivo comprende el estudio del dolo y otros elementos subjetivos distintos del dolo.

El dolo ha sido definido por numerosos e importantes autores. Según Hernando Grisanti, el dolo es la voluntad consciente, encaminada u orientada a la perpetración de un acto que la ley tipifica como delito. Según Francesco Carrara el dolo es la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley. Manzini define al dolo como la voluntad consciente y no coaccionada de ejecutar u omitir un hecho lesivo o peligroso para un interés legítimo de otro, del cual no se tiene la facultad de disposición conociendo o no que tal hecho está reprimido por la ley. Luis Jiménez de Asúa dice que el dolo es la producción del resultado típicamente antijurídico con la conciencia de que se está quebrantando el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre las manifestaciones humanas, y el cambio en el mundo exterior, con la voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se requiere. En suma, puede decirse que el dolo es conocimiento y voluntad de realizar un delito o una conducta punible. El dolo está integrado entonces por dos elementos: un elemento cognitivo (conocimiento de realizar un delito), y un elemento volitivo (voluntad de realizar un delito o en pocas palabras significa: “El querer de la acción típica”).

2.2.1.4.3.- Antijuricidad

(Huertas, M: 2000, p. 93-94)

a. Concepto

Comprobada la tipicidad de la conducta, el siguiente nivel en la estructura de la teoría del delito es establecer si la conducta típica es

antijurídica. La antijuridicidad implica contradicción en el derecho y se establece la diferencia entre antijuridicidad formal y material (Welzel, 1987, P. 76-77).

La adecuación de un acto a la descripción legal implica la violación de la norma prohibitiva o preceptiva implícita en la disposición penal. Pero esto no significa todavía que dicho acto sea antijurídico. Estando conformado el ordenamiento jurídico no sólo de prohibiciones y mandatos, sino también de preceptos permisivos, es posible que un acto típico no sea ilícito. La tipicidad es considerada el “fundamento real y de validez (*ratio essendi*) de la antijuridicidad” y el delito como un “acto típicamente antijurídico. Sin embargo, se admite, como lo hacen los partidarios de la noción de *ratio cognoscendi*, que el acto puede ser justificado, por lo que no es ilícito a pesar de su tipicidad (Hurtado 2005, pp. 406-407)

b. Clases de antijuridicidad

La *antijuridicidad formal* es la violación de la norma penal establecida en el supuesto hipotético de la ley penal que no encuentra amparo en una causa de justificación de las que el Código Penal expresamente recoge. Por ejemplo: el estado de necesidad (la legítima defensa).

La *antijuridicidad material* es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico por una conducta antisocial y dañosa, aunque no siempre tipificada en los códigos penales. Por ejemplo la mendicidad que es un peligro porque puede generar robos.

El ordenamiento jurídico penal peruano se guía por el principio de antijuridicidad formal. Doctrinalmente se discute si la antijuridicidad tiene carácter objetivo o subjetivo, se sigue la teoría de que la antijuridicidad es objetiva porque es una oposición entre la conducta humana y las reglas del derecho positivo. Estas dos últimas son objetivas. (Peña y Almanza, 2010, p.186)

c. De las causas de justificación (Huertas, M: 2000, p. 93-95)

Las causas de justificación son aquellas que excluyen la antijuridicidad, convirtiendo un hecho típico en lícito y conforme a derecho. Estas causas tienen aspectos objetivos y subjetivos, por lo que no basta que se presente objetivamente la situación justificante, sino que además el sujeto debe tener conocimiento de la situación justificante y actuar en consecuencia. La configuración de este elemento subjetivo se asemeja a la del dolo, es así que se requiere que el agente tenga un conocimiento referido a la situación en sí (al presupuesto) y por otro lado el elemento volitivo se plasma en esa consciente respuesta a la situación, aunque sea a costa de lesionar un bien jurídico. Ejemplo: quien actúa en legítima defensa debe saber que está siendo objeto de una agresión ilegítima, ante la cual responde para defenderse. Las causas de justificación tienen como presupuesto la existencia de una situación de amenaza a bienes jurídicos, siendo ésta la que impulsa la acción lesiva del autor y hace que ésta sea justificada. Este presupuesto está representado en la legítima defensa por la agresión ilegítima y en el estado de necesidad por la situación de peligro. Pero las causas de justificación no se agotan en el presupuesto, sino que requieren de elementos adicionales, por ejemplo, en la legítima defensa que se da entre la necesidad racional del medio empleado y la falta de provocación suficiente. En el Código Penal se establecen las siguientes causas de justificación: Legítima defensa (art. 20° inc. 3). Estado de necesidad justificante (art. 20° inc. 4). Actuar por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho (art. 20° inc. 8). Consentimiento (art. 20° inc. 10).

El término antijuridicidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que sucede con otras categorías de la teoría del delito, la antijuridicidad no es un concepto específico del derecho penal, sino un concepto unitario válido para todo el ordenamiento jurídico, aunque

tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo. (Muñoz, 2002, p. 341.)

d. Fundamentos admitidos en la antijuricidad (Peña y Almanza, 2010, p.188)

- **Principio del interés preponderante:** Cuando el interés o bien jurídicamente protegido tiene que ser sacrificado ante otro mayor. En este caso se aplica el principio del interés preponderante, este existe cuando el sujeto activo del delito obra en cumplimiento de su deber o en ejercicio de un derecho.

- **Principio de ausencia de interés:** Se aplica este principio cuando el tutelaje del derecho ha desaparecido. Existe este principio cuando el sujeto pasivo consciente sufre consecuencias.

2.2.1.4.4.- Culpabilidad

La culpabilidad, tal como lo señala Rodríguez al hacer referencia al artículo publicado en la revista “Archivos de Criminología, Criminalística y Seguridad Privada”, donde se cita a Mir Puig; es un concepto medular en la consecución de la pena, pues aporta el segundo y principal componente de su medida, la participación subjetiva del autor en el hecho aislado. En otras palabras, ajusta la pena a lo que el hombre hizo y no a lo que el hombre es, apartando así el peligroso derecho penal de autor. Por otra parte, al fundar la pena en lo que el hombre hizo y no en lo que podrá hacer (es decir, su peligrosidad futura argumento esencial de la prevención especial) separa la pena de la medida de seguridad. (Santiago Mir Puig, Derecho Penal Parte General p. 96-98)

El derecho penal postula una igualdad formal que se hace real, precisamente, en y a través de la culpabilidad (un concepto graduable) que lo acerca, que lo hace proporcional e individual al trasgresor, no por su peligrosidad criminal o modo de vida, sino por el grado de participación subjetiva en el hecho. El fundamento material de la culpabilidad hay que buscarlo en la función motivadora de la norma

penal. La norma penal se dirige a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos. La “motivabilidad”, la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas es, según creo, la facultad humana fundamental que unida a otras (inteligencia, afectividad, etc.) permite la atribución de una acción a un sujeto y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción por él cometida. (Muñoz, 2007, pp. 404-405)

a. Imputación personal – Culpabilidad (Huertas, M: 2000, p. 101-107):

Luego de haberse establecido que una conducta es típica y antijurídica, en la estructura de la teoría del delito procede analizar las condiciones que debe reunir el autor de esa conducta para que pueda atribuírsele el carácter de culpable. *La culpabilidad constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea penalmente responsable de la misma.* Nuestro Código Penal señala en qué casos no existe imputación personal (culpabilidad), adoptando una definición negativa. Los supuestos de exclusión de culpabilidad son los siguientes:

- La inimputabilidad.
- El desconocimiento de la prohibición.
- La inexigibilidad de otra conducta.

b. Teorías de la culpabilidad:

Las teorías que explican la culpabilidad son: la teoría psicológica, el concepto normativo y el concepto dialéctico.

- Teoría psicológica de culpabilidad:

Basada en el causalismo naturalista, señala que la atribución de la culpabilidad a un sujeto requiere la comprobación de un nexo psíquico con el hecho cometido, es decir una relación de causa a efecto que permite hacerlo penalmente responsable del mismo.

Por tanto, la culpabilidad requiere una determinada vinculación psicológica entre el autor y su hecho sin la cual es imposible afirmar la relación causal de la voluntad con el hecho ilícito. La voluntad es causal del hecho ilícito, de acuerdo a esta teoría, en dos casos: el dolo y la culpa, las cuales son especies de la culpabilidad y presuponen la imputabilidad del autor. (Bacigalupo; Ob. Cit., p. 149)

- Concepto normativo de culpabilidad:

Se basa en el reproche dirigido al autor por haber realizado el hecho, el cual sólo tiene sentido si se parte de que ese sujeto podía haberse abstenido de ejecutarlo y, por tanto, de que era libre de hacerlo o no (libre albedrío). Esta concepción fue acogida por la teoría finalista y al excluirse del concepto de culpabilidad el nexo psicológico entre el autor y el hecho cometido, el dolo y la culpa ya no constituyen especies de la culpabilidad sino formas típicas.

- Concepto dialéctico de culpabilidad:

Se basa en el criterio que la culpabilidad está ligada a las necesidades de carácter social que se sintetizan en la idea de prevención. Esta concepción obliga a vincular la culpabilidad con los fines de la pena, pero no exclusivamente con la prevención general, sino con todos los que aparezcan reconocidos en el sistema social y jurídico. Al sustanciarse la finalidad preventiva de las normas penales en una función motivadora, orientadora de las conductas, la culpabilidad se identifica con la "motivación por la norma" del autor de un hecho antijurídico. Una nueva variante toma como referencia el principio de igualdad, lo que lleva a introducir en el concepto de culpabilidad un nuevo elemento: el carácter "suficiente" de la motivación normativa exigida (Ignacio Berdugo Gómez de la Torre). Lo que deba entenderse por

"suficiente" habrá de recabarse tomando en consideración la finalidad preventiva de la pena (general y especial) ligada a la demanda social bajo la pauta de la Constitución.

c. La Imputabilidad:

Ella permite determinar si el individuo tenía la capacidad psíquica para verse motivado por la norma penal. Por tanto, la imputabilidad se puede definir como la capacidad de motivación del autor por la norma penal. Para establecer su existencia se realiza un ejercicio negativo, determinando la presencia o no de las causales de inimputabilidad. En nuestra legislación se establecen como causales de inimputabilidad las siguientes: anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, alteraciones en la percepción y minoría de edad. (art. 20° incs. 1 y 2 CP).



Figura 1: Causales de imputabilidad

Fuente: Huertas, M: 2000, p. 103.

Del mismo modo, un sujeto deja de ser imputable por las llamadas causas de inimputabilidad, que nuestro Código Penal los enumera en su artículo 20°:

Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

1. El que, por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o

por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión

2. El menor de 18 años.

3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

a) Agresión ilegítima;

b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa.”

c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa;

4. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos:

a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y

b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro;

5. El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación.

No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica;

6. El que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza;

7. El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor;
8. El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo;
9. El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.
10. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición
11. El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa, cause lesiones o muerte.

Fuente: Artículo 20° del Código Penal Peruano

- Anomalía psíquica

Denominada también perturbación psíquica morbosa, se explica por la presencia de procesos psíquicos patológicos corporales, producidos tanto en ámbito emocional, como intelectual que escapan al marco de un contexto vivencial y responden a una lesión al cerebro como: psicosis traumáticas, psicosis tóxicamente condicionadas, psicosis infecciosas, y otras. (Villavicencio, 1992, p. 115)

- Grave alteración de la conciencia

Estas carecen de un fondo patológico y pueden ser perturbaciones de naturaleza fisiológica y psicológica, por ejemplo: hipnosis, delirio febril, sonambulismo, agotamiento, emociones intensas, embriaguez, etc.

- Alteraciones en la percepción

Se fundamenta en el criterio biológico natural, que evalúa las dimensiones biológicas de los sentidos. Inicialmente se limitó al habla y a la audición, pero ahora se admite la alteración de todos los sentidos (Villavicencio, 1992, p. 117).

- Minoría de edad

El Código Penal dispone que están exentos de responsabilidad penal los menores de 18 años, quienes quedan sujetos a las disposiciones del Código de los Niños y Adolescentes. Sin embargo, el Decreto legislativo No. 895 ha reducido la mayoría de edad penal a 16 años, en los casos de terrorismo agravado, disposición que vulnera principios establecidos por normas internacionales sobre derechos humanos, siendo que sobre este tópico también vinculado a la edad, también se ha manifestado en la Casación N° 87-2011-Arequipa, la Consulta 700-2011 y 832-2012.

d. Conocimiento de la antijuridicidad

Constituye junto a la imputabilidad un elemento de la culpabilidad. Tiene que ver con el conocimiento de la prohibición de la conducta. La atribución que supone la culpabilidad sólo tiene sentido frente a quien conoce que su hacer está prohibido. El conocimiento de la antijuridicidad no es necesario que vaya referido al contenido exacto del precepto penal infringido o a la penalidad concreta del hecho, basta con que el autor tenga motivos suficientes para saber que el hecho cometido está jurídicamente prohibido y es contrario a las normas más elementales que rigen la convivencia (Muñoz, Ob. Cit., p. 400).

Cuando hay una falla en el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta nos encontraremos ante un error de prohibición. Este error puede referirse a:

- La existencia de la norma prohibitiva como tal (error de prohibición directo) la tenemos en el caso de quien procediendo de un país que está permitido el aborto, asume que en el Perú también y lo práctica.
- La existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación (error de prohibición indirecto) la tenemos en los casos de legítima defensa y estado de necesidad putativos. Según lo establecido en nuestro Código Penal, si el error de prohibición es

vencible se atenuará la pena, si el error es invencible se excluirá la sanción penal (art. 14° párrafo in fine).

Un supuesto especial es el del error de comprensión culturalmente condicionado, previsto en el artículo 15° del Código Penal, que se presenta por la inexigibilidad de la internalización de la pauta cultural reconocida por el legislador, en razón de un condicionamiento cultural diferente. Por tanto, el error de comprensión culturalmente condicionado se da cuando el infractor se desarrolló en una cultura distinta a la nuestra y ha internalizado desde niño las pautas de conducta de esa cultura (**Villavicencio, F., 1992, p. 98**). Es el caso de miembros de las comunidades indígenas de la Amazonía.

e. La no exigibilidad de otra conducta: (Huertas, M: 2000, p.105-107)

La no exigibilidad de otra conducta tiene que ver con aquellos supuestos en los que el Derecho no puede exigir al sujeto que se sacrifique en contra de sus intereses más elementales. El Código Penal prevé aquellos supuestos en los que no se puede exigir al individuo una conducta diferente a la conducta prohibida que realizó. Esos supuestos son:

- Estado de necesidad exculpante

En el estado de necesidad exculpante los bienes en colisión son de igual valor. Ejemplo: el caso del náufrago que mata a otro náufrago para comer su carne y poder sobrevivir.

De acuerdo a la disposición del Código Penal -art. 20° inc. 5- los bienes jurídicos que pueden ser protegidos por este supuesto de exculpación son la vida, integridad corporal y la libertad. La protección puede ser de un bien jurídico del mismo sujeto o de un tercero con el que tenga estrecha vinculación. No procede esta exención si al agente se le podía exigir que aceptase o soportare el peligro en atención a las circunstancias, particularmente si él mismo causó el peligro o estuvo obligado por una especial relación jurídica. Ejemplo: los bomberos.

- Miedo insuperable

Este es un supuesto de inculpabilidad incluido por el Código Penal de 1993 (artículo 20° inciso 7). El miedo es un estado psicológico personalísimo que obedece a estímulos o causas no patológicas, siendo dichos estímulos externos al agente. El miedo no debe entenderse como terror, pues aún, afectando psíquicamente al autor, le deja una opción o posibilidad de actuación. El miedo debe ser insuperable, es decir superior a la exigencia media de soportar males y peligros. En este supuesto pueden incluirse los casos de comuneros que brindaron alimentos a los grupos terroristas por temor a que ellos los maten.

- Obediencia jerárquica

Este supuesto está previsto en el artículo 20° inciso 9 del Código Penal. Para su concurrencia se establecen una serie de requisitos (Villavicencio, 1992, p. 141):

Relación de subordinación.

El actor tiene que encontrarse sujeto a las relaciones de superior a inferior jerárquicos, esto requiere que exista una regulación jurídica determinada que especifique la situación de subordinación de un sujeto respecto a otro.

Competencia del superior jerárquico

La competencia se refiere a las funciones correspondientes y habrá que atender a lo que señala la respectiva regulación legal.

Obrar por obediencia:

Es necesario que el subordinado tenga competencia para ejecutar el acto ordenado.

La orden debe estar revestida de formalidades legales:

La orden tiene que reunir todos los requisitos que señala la ley o reglamento desde un punto de vista formal.

La orden debe ser antijurídica: Significa que debe ser contraria al ordenamiento jurídico. Sin embargo, si es manifiestamente

antijurídica entonces no se exime de responsabilidad al sujeto, por ejemplo: el soldado que bajo órdenes del teniente jefe de la patrulla militar aniquila a unos supuestos subversivos, incurre en delito de homicidio calificado —asesinato- y no puede acogerse a esta eximente.

Se establece la culpabilidad de un delito cuando se dan un conjunto de condiciones que permiten determinar que el sujeto es penalmente responsable. El Código Penal señala los casos en los cuales no existe la culpabilidad.

La culpabilidad es un elemento importante en la estructura de la teoría del delito, para explicarla existen diferentes teorías y para determinarla se requiere un conjunto de condiciones especificadas en el Código Penal; el mismo que establece los casos de imputación personal.

Para proceder a imputar responsabilidad penal, no basta con afirmar que el hecho es típicamente antijurídico. Procede a continuación imputar a su agente tal hecho a título de reproche. Ya no se trata de enjuiciar la valoración de la conducta, sino las circunstancias concretas que rodearon al sujeto concreto de tal conducta, pues pueden darse algunas en las que el sujeto no es capaz de percibir el mensaje normativo o de conducirse conforme a él. Afirmer de un sujeto que es culpable significa decir que en el caso concreto es motivable mediante normas; en definitiva, que sea plenamente libre. Esto exige determinadas condiciones en él que permiten afirmar que puede regir sus propios hechos de acuerdo con las normas en cuestión. Se exige, en primer lugar, que el agente sea imputable, es decir, que sea capaz de percibir las normas de conducta y obrar conforme a ellas. No se da tal situación cuando el agente padece una anomalía o alteración psíquica; se halla al obrar dominado por un trastorno mental; se halla dominado por una intoxicación de drogas o alcohol. Los menores de edad (menores de 18 años), aunque son sujetos psicológicamente capaces, en cuanto que conocen la norma y pueden regirse conforme a ella, son

considerados por el Derecho penal como sujetos inimputables. Pero no para que su conducta quede sin relevancia, sino para aplicarles un régimen diverso al del código penal. Dicho régimen prevé la aplicación de medidas de seguridad a los agentes de edades comprendidas entre 14 y 18 años. Además de la imputabilidad, es preciso para ser culpable conocer que el hecho llevado a cabo es objeto de la norma en cuestión. De lo contrario, aunque se conozca que se actúa, no se sabe que lo realizado está prohibido, prescrito o permitido. No hay que confundir este conocimiento, referido al objeto y cualidad de la norma (saber que matar está prohibido penalmente), con el conocimiento que se exige en materia de dolo (conocer que mata). Ahora hablamos del «conocimiento sobre la prohibición». (Sánchez, 2015).

Por último, para ser culpable se requiere, adicionalmente, que en el caso concreto se pueda exigir al agente obrar conforme a la norma. Lo cual no se da cuando el agente se halla en una situación extrema en la que el Derecho puede dejar de reprocharle, a él y en su caso concreto, obrar como la norma exige: se trata de situaciones en las que, manteniendo la antijuricidad general de la conducta, el Ordenamiento disculpa al sujeto, debido a las circunstancias peculiares que rodearon su conducta. Se habla entonces de «inexigibilidad de otra conducta».

2.2.2.- Grados de desarrollo del Delito

2.2.2.1.- Consideraciones generales

La idea de estudiar y realizar un análisis teórico práctico, del *iter criminis*, abarca la más importante valoración que debe realizar un juzgador, fiscal, defensor, o bien un estudioso del derecho penal, al momento de determinar el grado de responsabilidad penal que posee un sujeto activo, en una situación fáctica específica, desde el momento en que decide exteriorizar una conducta que el ordenamiento jurídico penal considera reprochable.

Las etapas del *iter criminis* (Maradiaga, 2013), representan el camino que ha de seguir o recorrer el sujeto activo, al momento de la comisión de una determinada conducta prohibida, descrita en el supuesto de hecho de la norma jurídico penal, mismo, que se encuentra normado en nuestra legislación penal, pero que presenta, en la práctica, gran dificultad de

aplicación, por cuanto, resulta complicado el determinar, tomando en cuenta la psiquis del sujeto activo, hasta donde ha llegado su intención; si ésta se corresponde al resultado obtenido, mismo, que puede o no ser punible por la norma penal ad hoc, sea por que la conducta ejecutada no es típica; porque desistió o se arrepintió eficazmente, de iniciar o continuar con la ejecución del tipo de injusto; porque los medios eran inadecuados para consumar el hecho; o porque aun cuando los medios eran los idóneos, el bien jurídico protegido era inexistente o el objeto material sobre el que recae la acción estaba ausente.

Estas son las razones por las que, la dirección de este trabajo está indicada, a plantear como se aplica en situaciones fácticas, lo que teóricamente se conoce como el recorrido del delito, sus dificultades, ventajas y desventajas, en cuanto a la responsabilidad penal que se corresponde a cada etapa, explicando con detenimiento, que no todo el iter criminis es punible, sino sólo aquellos actos que objetivamente representen una ofensa *-puesta en peligro o lesión-*, a un bien jurídico protegido, por la norma penal sustantiva, lo cual, voy a plantear mediante ejemplificaciones que parten de una base dogmática y jurídica, acerca de situaciones fácticas que ocurren a diario y que pueden o no ser sancionadas.

2.2.2.2.- Iter Criminis

El *iter criminis*, entendido como el *camino del crimen*, comprende todo el proceso psicológico de incubación del proceso delictivo, hasta la perpetración del delito, con la consideración jurídica y social, en cada etapa, de la punibilidad y peligrosidad de la actitud y del sujeto. (Cabanellas, 2003, P. 213.)

Es el estudio dogmático penal, de la psiquis del sujeto activo, desde el momento en que ha ideado la consumación de un determinado injusto penal, hasta que ha logrado conseguir la misma, e incluso agotarla. Si bien, dicho recorrido inicia desde los actos preparatorios internos, en materia penal y para efectos de punibilidad de la conducta, sólo son tomados en cuenta los actos preparatorios externos, que presuponen una intencionalidad

exteriorizada por el sujeto activo, de ejecutar los actos que objetiva y subjetivamente le permitirían ofender un bien jurídico tutelado por la norma penal.

El camino del delito está compuesto por las fases; ***Interna***, que comprende la ideación, temores e incluso la decisión, que surge en la mente del sujeto activo, *-determinadas por condiciones exteriores-*, de cometer un injusto penal en específico, lo cual, no implica un modo de comportamiento exteriorizado del autor, capaz de ofender un bien jurídico protegido, pues al encontrarse únicamente dentro de la psiquis del sujeto activo, no son de relevante importancia para el derecho penal, por cuanto, rige el principio de cogitationis ***poenam nemo patitur*** *-Los pensamientos no son punibles-*; ***Externa***, que presupone la voluntad delictiva exteriorizada por el activo, de realizar una conducta prohibida, capaz de transformarse en realidad peligrosa (Cobo, 1987, p.493). ***Ejecutiva***, la cual está conformada por el inicio y culminación de los actos necesarios para consumar una conducta, descrita en el supuesto fáctico determinado por la norma penal sustantiva ***-tentativa simple, acabada, la consumación y el agotamiento-***.

Estas fases de realización del delito, específicamente la del tipo tentativa *-acabada e inacabada-* y el consumado, si bien no obedecen necesariamente a la misma naturaleza, subjetivamente presentan similitudes relevantes que serán abordadas con posterioridad, partiendo del hecho de que los primeros son formas imperfectas de la consumación del injusto, las cuales resultan punibles, desde los actos preparatorios externos, que constituyen una exteriorización de la voluntad del sujeto activo de poner en peligro real y objetivo a un bien jurídico protegido y sobre los que a continuación centraré mi atención.

2.2.2.3.- Tipo de Imperfecta realización (Tentativa)

Cuando el sujeto realiza el aspecto subjetivo del tipo, pero no el aspecto objetivo (o lo realiza parcialmente), estaremos ante la necesidad de analizar las llamadas formas imperfectas de realización del tipo. Las disposiciones de la parte especial están redactadas en forma de tipos consumados y la

sanción a etapas previas a la consumación se debe a una ampliación del tipo a través de las reglas de la parte general, así las disposiciones contenidas en los artículos 16° al 19° del Código Penal. En el proceso de desarrollo del delito se pueden distinguir dos fases: fase interna y fase externa. (Huertas, 2000, P. 77-78)

- fase interna (ideación) comprende el desarrollo de la idea delictiva en la mente del agente.

- fase externa (actos preparatorios, tentativa, consumación y agotamiento) supone concretizar en la realidad material esas ideas delictivas.

2.2.2.3.1.- Ideación

Es un proceso interno en que el autor se fija un fin, a partir del cual elabora un plan de acción eligiendo los medios para alcanzarlo. Por regla general, estos procesos que ocurren en el mundo interno del agente no son típicos y, por ende, son impunes. Por tanto, no basta un simple pensamiento delictivo sino que es necesario que se transforme en una conducta real. Ejemplo: quien idea matar a su padre para heredar no será sancionado si sólo queda en la fase subjetiva.

2.2.2.3.2.- Actos preparatorios

Forma parte de la fase externa y es aquella en la que el autor dispone de los medios elegidos con el objeto de crear las condiciones para alcanzar el fin que se propone. Los actos preparatorios preceden a la ejecución del delito. Ejemplo: el sujeto que consigue un arma a fin de cometer un asalto. La regla general es que los actos preparatorios son impunes. Sin embargo, de manera excepcional el legislador realiza una tipificación independiente de los actos preparatorios, respondiendo a criterios de política criminal, considerándolos como delito. Ejemplo: el caso de la legislación antiterrorista (D. Ley 25475) que reprime como delito de terrorismo algunos actos preparatorios, así como el de la legislación de "seguridad nacional" que reprime como delito de terrorismo agravado (D. Leg. 895) algunos actos preparatorios.

Los actos preparatorios, presuponen una serie de conductas materializadas o no, en el mundo exterior y realizadas a priori de los actos ejecutivos, que crean una posibilidad real de puesta en peligro de un bien jurídico protegido,

pues persiguen a posteriori, el dar principio a los actos necesarios para consumir la parte objetiva y subjetiva del tipo de injusto, circunstancia que no siempre podrá ser apreciada en un determinado cuadro fáctico.

Al respecto, es claro que, no todos los actos ideados e incluso decididos a realizar, son punibles, *-actos preparatorios internos-*, sino sólo aquellos, que objetiva y subjetivamente representen una ofensa a un bien jurídico tutelado por la norma penal sustantiva, *-actos preparatorios externos-*.

Ahora que puede darse el caso en el que, quien ha ideado la comisión de un determinado injusto penal, decide contárselo a un tercero, sea verbalmente, por escrito o por cualquier medio, *-revelación de la intención delictiva-*, de lo que pueden valorarse dos circunstancias; si el sujeto activo que cuenta su intención delictiva, no llega a ejecutarla por medios materiales adecuados, tal circunstancia no determina responsabilidad penal alguna, pues, constituye una simple declaración respecto del propósito de cometer algún injusto penal, esto fuera de los casos en que dicha declaración constituya con apego a la norma penal sustantiva, un delito instantáneo. En caso de que el sujeto activo que ha declarado su intención delictiva a otro sujeto, ejecute la parte objetiva del tipo, logrando consumir el hecho, permite establecer responsabilidad penal, incluso para aquel que pudiendo evitarlo o denunciarlo, adoptó una conducta omisiva.

Los actos preparatorios pueden ser (Maradiaga, 2013):

- Internos:

Desde mi punto de vista, estos son actos que no tienen vida en el mundo exterior, por cuanto, se encuentran en la psiquis del sujeto activo al momento en que este planea mentalmente la ejecución de una determinada conducta prohibida, lo cual, no supone una puesta en peligro a un bien jurídico tutelado por la norma penal sustantiva.

Así pues, estos actos internos: *ideación* -planificación mental de la realización de un determinado injusto penal-, *deliberación* – análisis mental que realiza el sujeto activo, respecto de las posibilidades de ejecutar certeramente el injusto penal ideado- y la *resolución* – que presupone la voluntad consciente de parte del sujeto activo, de

iniciar la ejecución de un determinado injusto penal-, resultan ser penalmente impunes, por cuanto, estos aún no han sido exteriorizados por el agente y no representan una ofensa *-puesta en peligro-* a un bien jurídico, pues en caso contrario, estaríamos en presencia de un derecho penal de autor, o modernamente conocido como derecho penal del enemigo, en el que se castiga a los ciudadanos, por su apariencia física e incluso por sus pensamientos.

- Externos:

Estos actos externos, presuponen la exteriorización de una voluntad delictiva que trasciende e involucra a otros sujetos, en la posible ejecución de un determinado injusto penal, lo cual, denota una especial puesta en peligro al bien jurídico protegido, siendo esta la principal razón para su punición (Mir, p. 334).

Ahora que, para que determinadas conductas puedan ser sancionadas como actos preparatorios externos, deben estar contenidos expresamente en la norma penal sustantiva.

2.2.2.3.3.- Formas imperfectas de la consumación del delito

Se les conoce con este nombre, a las etapas del *iter criminis*, que parten de los actos ejecutivos que han sido exteriorizados por el sujeto activo, al momento en que se propone consumir la conducta prohibida, descrita en el supuesto de hecho de la norma jurídico penal, mismos que por su propia naturaleza no pueden llegar hasta la culminación de la parte objetiva del tipo determinado, quedando interrumpidas en cualquiera de sus etapas de ejecución.

2.2.2.3.4.- Tentativa

(Huertas, 2000. pp. 77-80)

Son los actos que se extienden desde el momento en que comienza la ejecución hasta la consumación. La tentativa es la interrupción del proceso de ejecución tendente a alcanzar la consumación. Estas interrupciones pueden ser voluntarias (desistimiento) o accidentales. Ahora bien, al hablar del comienzo de ejecución, un elemento central en la tentativa es el

comienzo de ejecución que permite distinguir a los actos preparatorios (impunes) de los actos de ejecución (punibles). Un tema sumamente discutible en doctrina es el definir cuándo se da inicio al comienzo de ejecución. Para responder a esta interrogante se han planteado una serie de teorías que son citadas por Alfonso Zambrano Pasquet (Zambrano, 1968).

- Teoría Objetiva:

En su antigua versión esta posición planteó distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos recurriendo a la fórmula de diferenciar entre actos equívocos e inequívocos. Aquí diferenciamos:

Teoría formal-objetiva:

Según esta teoría para determinar el comienzo de ejecución, el sujeto debe haber realizado en forma efectiva una parte de la propia conducta típica, penetrando así en el "núcleo del tipo". Beling trató de precisar este límite recurriendo al "uso natural del lenguaje", así para configurar la tentativa la actividad se debe poder caracterizar según el uso natural del lenguaje como una actividad de la especie de la descrita como núcleo del tipo por el verbo correspondiente.

Teoría material-objetiva:

Tenemos en principio la tesis de Frank que establece que habrá comienzo de ejecución en toda actividad que, como consecuencia de su necesaria pertenencia a la acción descrita en el tipo, aparece como un componente de la misma desde el punto de vista de una concepción natural. Otra tesis es la puesta en peligro del bien jurídico, que toma en consideración la directa puesta en peligro del bien jurídico protegido para distinguir entre preparación y ejecución.

- Teoría subjetiva:

Estas teorías circunscriben el comienzo de ejecución según la calidad de la voluntad expresada en la acción que tiende a un delito.

Teoría subjetiva pura:

Defendida por Von Buri en el siglo pasado, considera que lo decisivo para distinguir los actos ejecutivos de los preparatorios es la opinión

del sujeto acerca de su plan criminal, así serán actos ejecutivos aquellos que para el agente ya constituyen la fase decisiva de su plan.

Teoría subjetiva moderna:

Propuesta por Bockelmann considera que un hecho alcanza el nivel de la tentativa cuando el dolo del delito ha superado la prueba de fuego de la situación crítica. Teoría objetivo-individual: Propugnada por Welzel plantea que la "tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo". Agrega Welzel que siempre "hay que partir de la acción típica del tipo delictivo particular" y que a "esto se agrega la comprobación individual de si el autor, de acuerdo a la disposición de su plan delictivo, se puso en actividad inmediata a la realización típica.

De las diversas teorías planteadas la objetivo-individual es la que se considera que brinda mejores elementos para determinar el comienzo de ejecución. Ejemplo: se dará comienzo de ejecución en un delito de homicidio desde el momento que el sujeto apunta con el arma a la víctima, si de acuerdo a su plan de acción se colocó en inmediata realización típica. b) Formas de tentativa Se establecen dos formas de tentativa: inacabada y acabada.

2.2.2.3.5.- Teorías que fundamentan su punición

(Zambrano, 1968)

- Teoría objetiva

Las teorías objetivas más importantes ven el fundamento de la tentativa en la puesta en peligro del bien jurídico protegido, es decir, la peligrosidad objetiva de la conducta ejecutada, la cual se suele afirmar cuando la acción, según sus condiciones externas, se encuentra en una relación causal con la consumación del delito pretendida. La conducta debe ser pues causalmente adecuada a la producción del resultado, debiendo entrañar posibilidad de lesión.

Por el contrario, deben descartarse aquellas que objetivamente no son peligrosas: aquellas que no son capaces de producir el resultado, aun cuando la voluntad del autor de cometer un delito se haya revelado plenamente.

El comienzo de la tentativa dependerá así de una cierta proximidad de la conducta peligrosa a la lesión del bien jurídico pretendida, de modo tal que solo los actos externos más cercanos a la lesión del bien jurídico conforman el concepto de tentativa (los actos ejecutivos); condición que no cumplirían los actos preparatorios, más alejados a ella. En esta teoría, la peligrosidad predicable de la conducta requiere comprobarse a través de una prognosis objetivo-posterior (ex post sobre lo ex ante), por lo que habrá tentativa delictiva cuando para el evaluador situado ex ante, la conducta ejecutada represente una amenaza (entendida como probabilidad de lesión: la consumación ha de aparecer como no improbable) para el bien jurídico protegido (o el objeto de la acción), dado que la causalidad desplegada por el autor al obrar conducía adecuadamente al desarrollo de los hechos en correspondencia con lo pretendido. Sin embargo, una pura teoría objetiva encuentra serias dificultades en distinguir entre conductas peligrosas y no peligrosas: lo evanescente de los límites imaginados por una siempre cuantificable (por ende, indeterminable con exactitud) peligrosidad, en el sentido anotado, no permiten separar con claridad el ámbito fundante de la tentativa de los actos que deben permanecer en la impunidad: también ciertos actos preparatorios exteriorizados pueden ser calificados como peligrosos.

Haciendo abstracción, la fragmentariedad de la fase ejecutiva convierte el enunciado de la teoría objetiva en una tarea inviable. No obstante ello, la idea de la peligrosidad predicable de la conducta (aparte de ser -desde una perspectiva ex ante- un requisito ineludible de toda conducta jurídico-penalmente relevante como la que satisface el principio de ejecución; sí puede ser matizada convenientemente con criterios subjetivos, con mejores resultados, pues desde un punto de vista exclusivamente objetivo, sin tener en cuenta la voluntad del autor, resulta imposible fundamentar lo injusto de la tentativa: en realidad, de entre varias conductas peligrosas, se sabe que

una constituye tentativa delictiva en virtud de la dirección final de la voluntad a la consumación (a la lesión del bien jurídico).

- Teoría subjetiva

A. Las teorías subjetivas de mayor relevancia sustentan el fundamento de la punición de la tentativa básicamente en la voluntad del autor, manifestada de cometer el delito (voluntad delictiva contraria al Derecho), es decir, en el dolo de lesionar el bien jurídico puesto en práctica.

Con arreglo a ella, la infracción de la norma penal debe constatarse exclusivamente desde el punto de vista del autor; por lo que constituye el comienzo de la ejecución del delito aquella conducta que el autor considere subjetivamente (individualmente, conforme a su representación mental) como el punto inicial del curso causal que ha decidido desarrollar de acuerdo a su plan. No es que castigue ya las meras representaciones mentales o el dolo no exteriorizado, en el sentido de un DP del ánimo (v.gr. pensamientos criminales), puesto que la teoría subjetiva requiere siempre una realización objetiva perceptible de la representación criminal del autor: se sanciona la conducta exteriorizada como manifestación objetiva de la voluntad contraria al Derecho.

Una teoría subjetiva, basada en la manifestación de voluntad dirigida a la lesión del bien jurídico, tiene el inconveniente de hacer irrealizable una definida determinación de los límites mínimos de la tentativa: el inicio de la tentativa no puede dejarse a la mera opinión del autor (lo que él mismo considere, según sus representaciones), sino que corresponde establecerlo a la ley (principio de legalidad).

Asimismo, desde sus fundamentos, una teoría subjetiva de la tentativa puede llegar a conformarse con cualquier manifestación objetiva externa que revele la voluntad del autor de cometer un delito (la realización de cualquier conducta que al ser exteriorizada ponga de manifiesto tal representación mental criminal), pero retrotraer la punibilidad hasta ese primigenio estado del iter criminis exacerba la misión del DP en un Estado de derecho, como vulnera el texto de la ley, que explícitamente exige "comenzar a ejecutar" el hecho punible: contra legem, se llegaría a producir una exagerada

anticipación de la punibilidad (un desmesurado adelantamiento del comienzo de la ejecución, con independencia de la proximidad o lejanía de los actos exteriorizados a la lesión del bien jurídico} al ámbito de la preparación delictiva jurídico-penalmente irrelevante (con tal de que la voluntad delictiva haya sido puesta en práctica), con la consecuente ampliación excesiva del ámbito de la tentativa punible; así, comportamientos que deben permanecer impunes por ausencia de un auténtico "comienzo de la ejecución", pueden siempre convertirse en punibles atendiendo a las expresiones de la voluntad criminal del autor.

- Teoría de la impresión

Pretende establecer una conjunción de los criterios básicos de las teorías anteriores destacando tanto la voluntad dañina o criminal y el peligro resultante en perjuicio del bien jurídico.

Conforme a lo apuntado, el fundamento de la punibilidad tentativa en nuestro CP no puede buscarse ni en puras circunstancias objetivas ni solo desde un planteamiento subjetivista, sino en una teoría mixta que combine tanto criterios objetivos como subjetivos.

Básicamente, el autor deba haberse decidido a cometer el delito y que comience a ejecutar el delito, implica resolución delictiva de ejecutar una conducta que satisfaga el principio de ejecución (objetivamente peligrosa), en dirección subjetiva a la consumación del delito. Es decir, constituirá tentativa (artículo 16) toda conducta ejecutiva (que satisfaga el principio de ejecución delictiva), dirigida subjetivamente a la consumación del delito, y evaluada desde una perspectiva ex ante como objetivamente peligrosa (causal mente adecuada a la consumación).

2.2.2.3.6.- Elementos del tipo de la tentativa

- Tipo subjetivo

El elemento subjetivo de la tentativa consiste en la intención dirigida a la realización de un tipo legal. Como en el delito consumado doloso, el agente debe tener la representación de la infracción a cometer y la voluntad de ejecutarla. Por esto, se afirma que,

subjetivamente, la tentativa es idéntica al delito doloso consumado.
(Maurach, 1962)

La mayor parte de los autores identifican el dolo como el elemento subjetivo de la tentativa, ya sean partidarios de la teoría finalista de la acción o contrarios a ella.

Incluso, estos últimos reconocen en ella tanto un elemento de la culpabilidad como un elemento subjetivo de la antijuricidad. Sostiene un criterio diferente Schmidhäuser quien señala que debe evitarse tal equiparación, ya que en la tentativa se trata únicamente de la decisión de actuar dirigida a la producción de una infracción determinada; en el delito consumado doloso se trata más bien de la conciencia de la antijuricidad y del hecho (condiciones de la acción y del resultado). La opinión del jurista alemán es fundamental en relación con el delito imposible (un caso de tentativa), en el que el agente incurre en un error sobre la naturaleza de la acción que desarrolla o de los medios que emplea. Error que por su carácter esencial puede excluir el dolo.

- Tipo objetivo

El elemento objetivo de la tentativa es designado por nuestro legislador mediante la siguiente fórmula: "el agente hubiera comenzado simplemente la ejecución del delito". Esta fórmula, consagrada legislativamente por primera vez en el Código francés de 1810.

De este modo, el legislador excluye, en primer lugar, una concepción puramente subjetiva de la tentativa: luego, subraya la necesidad de que la voluntad criminal se exteriorice mediante ciertos actos; y, por último, trata de señalar un criterio que permita determinar en qué deben consistir tales actos.

Lo que debe comprenderse por comienzo de ejecución, es un punto sobre el cual mucho se ha discutido. Del criterio que se adopte

respecto al fundamento de la punibilidad de la tentativa dependerá en mucho los alcances que se reconozcan a tal fórmula.

La decisión que se tome no depende solamente de criterios lógico sistemáticos, sino también de muchas otras consideraciones relacionadas con la concepción del derecho penal, de la pena, y de la política criminal que se sostenga. Desde un punto de vista objetivo, se ha afirmado, primero, que existe comienzo de la ejecución del delito cuando el agente realiza actos que caen dentro del tipo legal; es decir, que inicia la actividad descrita en el tipo legal. En el delito de hurto por ejemplo, se daría tentativa cuando el agente sustrae la cosa mueble ajena, pero no logra disponer de ella (apoderarse); en el delito de estafa, cuando el agente ejecuta el artificio, astucia o engaño, sin lograr que la víctima se desprenda en su favor de parte de su patrimonio; o en el delito de violación, cuando el delincuente ejerce violencia o amenaza sobre la víctima, sin tener éxito en su propósito lascivo (Cury, 1977).

La fórmula empleada por nuestro legislador se vincula estrechamente a esta concepción, cuyas ventajas son su completa adecuación al principio de legalidad (debido a su directa referencia al tipo legal), su aparente claridad y simplicidad en la aplicación.

Sin embargo, es de observarse que esta concepción conduce a una interpretación demasiado formal de la ley y a una restricción excesiva de la represión, que desde un punto de vista de política criminal es inaceptable. Así, por ejemplo, no sería de reprimir al agente que, con la intención de robar se introduce al domicilio de la víctima, pero, sin llegar a tomar la cosa mueble por haber sido descubierto.

Tampoco lo sería quien es sorprendido en el momento de yacer con una menor de cinco años a fin de hacerla sufrir el acto sexual. Además, se debe destacar, en relación con la técnica legislativa, que la elaboración de los tipos legales es frecuentemente hecha sin tener

en cuenta las consecuencias en el campo de la tentativa. Razón por la cual, es inconveniente hacer depender, fatal y totalmente, del tipo legal lo que debe comprenderse por "comienzo de la ejecución del delito". El legislador no indica, con frecuencia, cuál es el inicio de la acción. En el tipo legal de homicidio se limita a decir, por ejemplo, el que "matara intencionalmente a otro". ¿Cuándo debe reputarse que comienza el agente a matar? ¿Cuándo apunta con el revólver hacia la víctima; ¿cuándo dispara, o ya desde que la esperaba para atentar contra ella?

- Falta de consumación del tipo

Antes de pasar al análisis de los actos de ejecución, es preciso mencionar que estos, son teóricamente distintos de los actos preparatorios, pero que en la aplicación práctica de las conceptualizaciones, resulta sumamente complicado el diferenciar cuando uno de los actos exteriorizados por un sujeto activo determinado, ha dejado de ser preparatorio y se convierte en ejecutivo.

Al respecto existen diversas teorías que tratan de dar respuesta a esta incógnita, de las que sobresale la teoría intermedia o mixta, misma que combina dos aspectos de la acción típica (*subjetivos y objetivos*); *el plan del sujeto activo - visualizaciones respecto de el desencadenamiento de la acción típica-* y si de acuerdo a estas visualizaciones, la conducta exteriorizada por el autor, se encuentra estrechamente ligada, a la acción descrita en la parte objetiva del tipo, no existiendo elementos intermedios que impidan el poner en actividad inmediata su ejecución, teoría que según el maestro Muñoz Conde, presenta el problema de subjetivizar un criterio que en la ley es objetivo.

De dicha teoría se desprende que la principal diferencia entre ambos actos, radica en el comienzo de *la ejecución de la conducta típica*, en

la que, a ciencia cierta, sólo el sujeto activo que ejecuta la conducta prohibida, conoce en que fase del delito se encuentra su intención exteriorizada, por ejemplo, el hecho de comprar un arma, puede ser un acto preparatorio del injusto penal de homicidio, y se convierte en acto ejecutivo, cuando emplea dicha arma con el propósito consciente y voluntario de obtener el resultado lesivo al bien jurídico vida, razón por la cual, para establecer una diferencia fáctica, debe atenderse no solo a la constitución de cada tipo de injusto en específico, sino también de las circunstancias que acompañan su realización. El problema aquí se presenta para delimitar entre tentativa y consumación. Es clara esta distinción si nos encontramos frente a delitos de resultado, pero resulta discutible en los delitos de actividad. Se estima que en este tipo de delitos no es concebible la tentativa, ya que la realización de la conducta típica comporta ya la consumación. Aunque, sí se puede hablar de tentativa en aquellos hechos donde se observe fragmentación de actos.

2.2.2.3.7.- Elementos del tipo de la tentativa

En atención a las razones por las cuales el delito no llegó a consumarse, la tentativa se califica en dos formas: en tentativa acabada y tentativa inacabada. Para Quirós la tentativa puede ser inacabada cuando el autor considera que no ha realizado todavía todo lo necesario para consumir el delito; o acabada cuando, de acuerdo con su previsión del hecho delictivo, se han llevado a cabo todos los actos que parecen necesarios para la consumación, sin que esta se produzca.

- Tentativa inacabada

La tentativa inacabada, conocida igualmente como delito intentado, es aquella en la cual el sujeto no puede realizar todos los actos que consideraba necesarios para la perpetración del hecho delictuoso que se había propuesto realizar. En la tentativa inacabada solo basta que el autor detenga voluntariamente la realización de los actos ejecutivos para que no se lo pueda punir. Para Malo (1971, p.13-14),

la tentativa propia, comúnmente referida como tentativa inacabada se presenta cuando los actos ejecutados para la comisión de un delito no llegan a su total realización por la intervención de una acción externa que impida su continuación.

La tentativa inacabada es aquella en la cual el autor aún no ha realizado todos los actos que consideraba necesarios para la consumación del hecho querido: por ejemplo, quien, al intentar robar las cosas personales pertenecientes a otro, coloca una escalera y es detenido cuando pretendía introducirse en la vivienda del perjudicado a través de la ventana. En este caso, el autor no ha concluido su propósito delictuoso porque se ha visto impedido por la actuación de terceros.

En la tentativa inacabada el sujeto no consigue el resultado típico ya que se interrumpe la realización de los actos ejecutivos correspondientes para conseguir el efecto esperado. Dicha interrupción proviene de circunstancias ajenas a su voluntad, ya que si es terminada por voluntad propia la realización de la conducta típica, entonces se estaría frente al desistimiento voluntario. La importancia de diferenciarlos se aprecia respecto al desistimiento voluntario, ya que éste será solo posible en la tentativa inacabada y no en la acabada, salvo en los casos excepcionales en que el autor logre por sí impedir los efectos, pues entonces se estaría ante un arrepentimiento activo.

Aunque de acuerdo con Zafaroni (2002, p. 850) el desistimiento es perfectamente posible tanto en la tentativa acabada como en la inacabada, debiendo tratarse en ambos casos de una conducta que tienda a evitar el resultado, es decir que el desistimiento opera en forma equivalente a como lo hace en la estructura activa. Para dicho autor en la tentativa inacabada es imprescindible que el desistimiento que interrumpe la acción ejecutiva impida la consumación del delito, o que sólo se consume por una desviación esencial del curso causal

respecto de lo imaginado por el autor, de naturaleza tal que impida atribuirle el resultado.

- Tentativa acabada

La tentativa acabada, también llamada delito frustrado, es aquella en la cual el resultado delictivo no se ha producido por circunstancias independientes al culpable, a pesar de que éste ha realizado todos los actos que considera necesarios para la completa ejecución del delito. Según Malo (1971, pp. 13-14), la tentativa impropia conocida también como tentativa acabada o como delito frustrado, se observa cuando el autor ha cometido todos los actos necesarios para la consumación de un delito, la cual no se actualiza por causas independientes de su voluntad.

Como sistematización se puede indicar:

- Actualmente se acepta en forma general que el punto de vista a partir del cual se puede determinar si la tentativa es acabada o inacabada, es el subjetivo. En este sentido la tentativa será acabada cuando el autor, según su plan, haya realizado todos los actos necesarios para que se consume el delito faltando solamente a partir de ese momento la producción del resultado.

- La tentativa es acabada, por lo tanto, a partir del momento en que el autor cree que el resultado ya podría producirse. Ejemplo: el autor remite a la víctima los documentos falsos con los cuales piensa lograr que este le ceda ciertos derechos.

- De acuerdo con su plan el autor ya ha hecho cuanto tenía que hacer para engañar a la víctima. La tentativa no es acabada, en cambio, cuando según el plan del autor el resultado debe alcanzarse por varios hechos sucesivos y en el momento en que se la considera, restan todavía por cumplir actos necesarios para que se pueda producir el resultado.

- La concepción representada ocasionalmente, según la cual el autor habría desistido de la tentativa también en este caso y se beneficiaría

con la impunidad, quedando quizá un resto de responsabilidad por la producción culposa del resultado, se contradice, por su lado, con la circunstancia de que ya nada queda en tentativa, sino que el delito se consuma; por lo tanto, la desviación del nexo causal resulta irrelevante. Por otra parte, sería contradictorio no mantener a favor del autor del esfuerzo inútil para evitar el resultado en los casos de tentativa acabada, pero proceder de otra manera en la tentativa inacabada. Por consiguiente, en estos casos el desistimiento no puede liberar de pena.

- La diferencia que existe entre las dos clases de tentativa es, que en la tentativa acabada o delito frustrado el sujeto realiza todos los actos necesarios para ejecutar el delito, pero no consigue el efecto, el sujeto ha realizado todo lo que concebía necesario para conseguir el fin, no le queda nada más que hacer, y no logra el resultado típico, por una causa fortuita que no previó. El delito ha sido subjetivamente consumado, es decir, lo es con relación al hombre que lo comete, pero no lo es objetivamente, ello es, con relación al objeto contra el cual se dirigía y a la persona que hubiera perjudicado.

La tentativa no constituye una parte punible del hecho consumado en razón de un dolo completo, y por tanto su punición no se ha de fundamentar en el criterio de considerar que ha de ser así toda vez que existe una voluntad delictiva contraria a la norma, donde la conflictividad lesiva queda opacada por lo subjetivo. Contra esta opinión, según Zafaroni se puede exponer la objeción de que lo subjetivo no puede justificar una pena, sobre lo que hay general acuerdo, pues incluso quienes asumen posiciones extremadamente subjetivistas se ven precisados a rechazar la punición de las tentativas supersticiosas, irreales o delitos putativos. Pero además, también debe tenerse en cuenta que en la perspectiva de un saber penal contentor y limitante del poder punitivo, lo subjetivo

constituye un límite a cualquier ejercicio habilitante grosero, como sería la pretensión de penar como doloso lo imprudente, lo que se veía claramente antes del desarrollo de la tipicidad imputativa, cuando el dolo en el injusto servía de límite acotante de la desmesura del dogma causal (2002, p. 817-818).

En consecuencia, lo que decide la diferencia de la tentativa respecto del hecho consumado es la diversa naturaleza del conflicto que expresan, no sólo desde la perspectiva del resultado para la víctima o el autor, sino también desde la representación del agente, es decir desde lo subjetivo.

- Tentativa inidónea

En principio debe señalarse, que para un sector de la doctrina, no existe diferenciación entre tentativa inidónea y delito imposible, estudiándoseles como términos iguales, que pueden presentarse en diversos supuestos, por lo que, será criterio de los autores el mantener la posición que sí existe una diferenciación teórica, entre dichos conceptos, por lo que, el estudio de cada uno de estos actos también imperfectos, será abordado de forma individual.

Así pues, en palabras del maestro Mir Puig, la tentativa inidónea o bien delito imposible, se presenta:

“Cuando por inidoneidad del objeto, de los medios o del sujeto, no podía llegarse a la consumación del delito efectivamente intentado”. (MIR, 2002, p. 346).

De esta definición, se pueden analizar tres aspectos que la componen y que evidentemente resultan independientes entre sí:

a.- *El primer elemento es la inidoneidad de los medios*, lo que desde mi punto de vista corresponde a la *tentativa inidónea*, pues comprende el hecho de que un sujeto activo determinado, ejecute una conducta de dar principio, o bien ejecutar todos los actos encaminados a la producción de un resultado típico, mismo que no puede producirse, debido a que de acuerdo con sus propiedades

objetivas, el medio empleado *-arma o herramienta seleccionada para la causación del resultado típico-*, para tal efecto, no es adecuado para lograr la consumación material del hecho. (Cobo Del Rosal/Vives Antón, Derecho Penal Parte General, Segunda Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1987, p. 501.)

De aquí que la no producción del resultado típico, no se presenta por causas fortuitas, que irrumpen el curso causal de una acción exteriorizada por un sujeto activo y que objetivamente pone en peligro el bien jurídico protegido, sino que, dicha acción analizada, no presupone relativamente desde el principio de la ejecución de los actos, un peligro concreto, por imposibilidad del medio.

Ejemplo: A, quien se a propuesto matar a B, compra para tal efecto, una pistola calibre 45, la cual, al momento de ser empleada por el sujeto activo, en el lugar planificado, no logra martillar el proyectil, debido a un desperfecto de fábrica insuperable, no siendo expuesto, desde un punto de vista ex post, el bien jurídico protegido vida.

En lo que respecta al segundo elemento, *inidoneidad del sujeto activo o autor de la conducta exteriorizada*, esta se da cuando el autor, sin la calificación de autor, realiza la acción típica de un delito que exige una específica calidad del sujeto activo (Ejemplo: el que en la creencia de ser funcionario, recibe una dádiva) (Bacigalupo, Lineamientos de la Teoría del Delito, Buenos Aires, Depalma, 1974, p. 109), de lo que se desprende que en este supuesto, ya no puede hablarse de tentativa, por cuanto el actuar del sujeto activo, ha ido más allá de los actos ejecutivos, pues presupone la consumación de una conducta en la que el sujeto que la ejecuta, por tratarse de un delito especial propio, no tiene las cualidades para ser autor del delito, siendo esto, una forma de *delito putativo*, en la que quien ejecuta acción, presupone estar cometiendo un delito, en el que ha falta de calidades no puede estar inmerso, lo cual, no implica que

no pueda ser responsable de otro delito, en el que su conducta consumada encaje.

En cuanto al tercer y último elemento referido a la *inidoneidad del objeto material*, es lo que, configura el denominado *delito imposible*, pues se trata de situaciones fácticas en las que el objeto no permite la consumación, o bien falta en su totalidad, es decir que esta se presenta, cuando en la ejecución de todos los actos que objetivamente son capaces de producir el resultado, este no puede darse, debido a la inexistencia del bien jurídico protegido o por la ausencia del objeto material.

Es importante resaltar que, en cuanto a la *inexistencia del bien jurídico protegido* en un delito de resultado como el Homicidio, se aprecia una imposibilidad jurídica de la consumación de la conducta punible, por cuanto, el bien jurídico que se tutela, "Vida", no existe al momento en que el sujeto activo exteriorizó su conducta, siendo claro que, quien intenta matar a una persona sin vida, jamás habrá podido encajar en la conducta prohibida de homicidio y mucho menos tentarlo. Sin embargo, en el supuesto de ausencia del objeto material sobre el que recae la acción, el bien jurídico protegido si existe, pero jamás fue concretamente expuesto, pues el sujeto pasivo no se encontraba en el lugar del hecho al momento en que el sujeto activo exteriorizó la conducta prohibida.

2.2.3.- Consecuencias Jurídicas del Delito

2.2.3.1.- Nociones Generales

El Derecho Penal tiene la misión de establecer y hacer efectiva la relación delito-pena. Las leyes penales son las encargadas de fijar la pena para un determinado delito y en determinados casos, otras medidas, que son, también, consecuencia del hecho típicamente antijurídico. Por otra parte, la relación delito-pena se resuelve, en la práctica, en una relación delincuente-pena, pues ésta no está destinada al delito, sino al delincuente, que es quien debe soportarla, situaciones que reproducen varios problemas. (i) El primero debe ser distinguido en tres aspectos: a) existencia o inexistencia del

Derecho Penal subjetivo o facultad punitiva del Estado; b) cuál es la razón de que el Estado aplique al delincuente una pena; c) por qué reside en el Estado, y únicamente en él, la facultad represiva. (ii) El segundo da lugar al estudio de la *responsabilidad penal*.

Un extremo de esa relación lo constituye el *derecho de reprimir*, es frecuente confundir esta cuestión con la que trata de fijar un fin a la pena. Son problemas diferentes: una cosa es preguntarse *por qué el delito* se pena, y otra distinta *para qué* se aplican las penas. A la primera pregunta responden las teorías que fundamentan el Derecho Penal: *el fundamento de la penalidad*; a la segunda, las que tratan de fijar *un fin a la pena*. El primer problema lo trata la *fundamentación del derecho de reprimir*; el segundo fija los *efectos o resultados* que la pena, en sus distintas etapas, se propone conseguir. Hay una innegable relación entre ambas hipótesis de trabajo, pero son dos cosas distintas.

El otro extremo de la relación delito-pena, el que se pregunta *por qué el delincuente debe cargar con las consecuencias* del delito, da lugar a uno de los capítulos más importantes del derecho penal moderno: *la responsabilidad*. Responsabilizar a alguien de un delito, es *imputárselo* (atribuírselo) *física y jurídicamente*. Lo primero se logra mediante la determinación de la existencia de acción y de relación causal; lo segundo, se fundamenta en el esquema de la culpabilidad.

El estudio de la responsabilidad debe dar por supuesto el sometimiento del individuo al Estado, como miembro del grupo regido por un ordenamiento jurídico. Esto forma parte de la consideración de las doctrinas que ponen en manos del Estado la facultad punitiva con carácter exclusivo.

Hoy no se puede decir que todos los delitos tengan como consecuencia una pena, ni que sea la pena la única consecuencia del delito. La reacción penal ha experimentado una evolución en el sentido de admitir que también los inimputables son susceptibles y están necesitados de resocialización, en la

medida en que ejecuten acciones delictuosas y resulten sujetos peligrosos. Se vio, también, la necesidad de disponer de otros medios de reacción penal para aquellos sujetos sobre los que la pena no ha ejercido los efectos que eran de esperar. Esos medios, distintos de la pena de que dispone el Derecho Penal moderno, reciben la denominación genérica de *medidas de seguridad*, están previstas también en la ley penal y cumplen función de prevención especial.

2.2.3.2.- La Pena

La consecuencia del delito se hace materialmente efectiva a través del cumplimiento de las penas, que regula el derecho de ejecución penal; sin embargo, es necesario saber en virtud de qué razones el Estado adopta la pena para aplicarla a quienes han delinquido y el juicio será, lógicamente, distinto, según sea la misión que a la pena se asigne. Por eso, sin superponer el problema del fundamento del Derecho Penal con el de función de la pena, a menudo será lógico y necesario referirse al segundo. Asimismo, cuatro son las ideas fundamentales alrededor de las cuales giran todas las teorías: *retribución, prevención, corrección y defensa*.

2.2.3.2.1.- Teorías Retributivas o Absolutas

Son aquellas para las que la pena es la medida que corresponde al delito. Quien ha violado la ley, debe ser castigado. Esta noción retributiva ha sido apoyada en principios *religiosos, morales y jurídicos*.

Retribución divina (religiosa). La relación delito-pena está dada para **Stahl** por el orden moral de las cosas, merced al gobierno divino del mundo. Para este autor, el Estado no es una creación humana, sino la realización temporal de la voluntad divina. La pena vence la voluntad que cometió el delito y violó la ley suprema.

Retribución moral. Sostienen sus partidarios la exigencia ineludible de la naturaleza humana de que el mal sea retribuido con el mal, como al bien debe corresponder la recompensa. Este principio general alcanza su forma más evolucionada a través de **Kant**, quien da como fundamento del derecho

de reprimir el *imperativo categórico del deber*. Es exigencia indispensable de la ley la necesidad absoluta de razón.

Retribución jurídica. Es Hegel quien formula esta doctrina, con estructura de sistema. Para este autor, el Estado persigue el mantenimiento del orden jurídico; el delito causa una *aparente* destrucción del Derecho, que la pena inmediatamente restablece, realizando la compensación jurídica. El hecho del delincuente se vuelve contra él a través de la pena; por eso, cuando realiza el delito por su propia voluntad, quiere la violación del Derecho, que es tanto como si quisiera la pena. La norma es para Hegel que la propia conducta ha de aplicarse al autor de un delito, sin que tenga, por consiguiente, motivo alguno para quejarse.

Crítica. Las principales objeciones formuladas a las teorías retributivas pueden sintetizarse así:

- Existe diferencia esencial entre la concepción de la justicia divina y la humana. No tomarla en cuenta nos llevaría a una presunción de infalibilidad en la justicia humana, que no se concilia con la idea de que el hombre es falible.
- En lo que respecta a la absoluta necesidad de razón de la ley, es indudable que lo racional se realiza tendiendo a un fin; cuando el fin falta, la acción carece de fundamento y de sentido; decimos que no es racional. De tal suerte, la inexistencia de un fin quita la razón a la ley.
- No se ve cómo, por el camino de la retribución, va a quedar compensado o reparado el delito. "El añadir un nuevo mal exterior, *como tal*, si de nada puede servir para enmendar el que ha causado el delincuente (caso de que tenga remedio), no es ciertamente más útil para compensar su culpa" (Roeder).

2.2.3.2.2.- Teorías Intimidatorias, Prevención o Teorías Relativas

Como su nombre lo indica, se proponen prevenir la comisión de nuevos delitos, mediante el carácter intimidatorio que la ley lleva consigo. Esta idea

central ofrece modalidades que son consecuencia del *medio empleado* y la *amplitud* del fin propuesto:

- Sobre esas bases podemos distinguirlas en *ejecutivas* y *conminatorias*. Las primeras persiguen evitar la comisión de nuevos delitos mediante *la aplicación y ejecución de la pena*; las segundas consideran que *la amenaza del castigo* logra el fin de prevención perseguido.

- Las *teorías ejecutivas* se distinguen según se propongan evitar la comisión de nuevos delitos sólo por aquel a quien se aplica la pena (*prevención especial*) o por todos los individuos del grupo (*prevención general*):

Prevención especial. Como hemos adelantado ya, consideran objetivo de la ley penal el impedir ulteriores atentados por parte del delincuente sometido a la pena, por el temor que en él produce la posibilidad de sufrir una nueva condena. El representante más caracterizado de esta tendencia ha sido *GROLLMAN*.

Prevención general mediante la pena. A este concepto responde todo el sistema de las penas ejemplificadoras aplicadas especialmente en la Antigüedad y en la Edad Media. La pública ejecución de los condenados a muerte lo mismo que los suplicios a que se somete a los condenados en presencia del pueblo, persiguen intimidar a sus componentes. La pena ejerce *así función preventiva*, mediante el temor, *sobre todos los componentes del grupo*.

Conminatorias de prevención general. Persiguen estas teorías evitar la comisión de delitos, mediante el efecto que la amenaza de la pena fijada para el delito produce sobre todos los componentes del conglomerado social: consideran logrado el fin de *la prevención con la amenaza del castigo* (*Feuerbach*).

Es de destacar que las teorías relativas han sido objeto de constantes y agudas críticas por la instrumentalización que realizan de los individuos y porque desconocen los derechos de la persona, a la dignidad y a la pluralidad ideológica o cultural. Especialmente se ha cuestionado que ellas utilizan al ser humano y lo cosifican en términos de colectividad o individualidad, ejemplo de estos abusos a los efectos preventivos generales que generan una sensación de inseguridad ciudadana ha dado lugar a las disposiciones legales abiertamente inconstitucionales y a la radicalización de modelos de reacción penal como el denominado Derecho Penal del enemigo (Günter Jakobs. Manuel Cancio Melía. Derecho Penal del Enemigo. Civitas. Madrid. 2003, p. 42 y ss.)

2.2.3.2.3.- Teoría Correccionalista

Esta teoría es, en realidad, de prevención especial, puesto que persigue evitar la comisión de nuevos delitos por parte del delincuente que cumple la pena, pero su principio medular es fundamentalmente distinto, ya que no sólo resta a la función del Derecho Penal toda idea de temor o de coacción, sino que da a la pena la misión de *un bien* para el delincuente: *ROEDER* lo considera "como casi menor de edad, necesitado de una segunda educación, que el Estado por exigencia del Derecho debe darle, para su propio bien" (*Las doctrinas fundamentales*, P. 37). La teoría de la *enmienda* o de reforma, como también se la denomina, alcanza su mayor esplendor en España, a través de la obra de **Dorado Montero**, quien en su *Derecho protector de los criminales* realiza uno de los estudios más importantes en ese aspecto.

2.2.3.2.4.- Teorías de Defensa

Dentro del concepto de *defensa* pueden agruparse posiciones que suponen puntos de vista bastante distintos. Nos interesan particularmente la *defensa indirecta* de **Romagnosi**, la *defensa justa* de **Carrara** y la *defensa social*, que el positivismo combina con la *peligrosidad*.

Defensa indirecta. "El Derecho Penal no es otra cosa que el derecho de defensa, modificado por las condiciones sociales, o sea, una especie de

derecho genérico de defensa"... "La sociedad tiene el derecho de hacer suceder la pena al delito, como medio necesario para la conservación de sus individuos y del estado gregario en que se encuentran" (**Romagnosi**).

En el caso de un atentado hecho contra la existencia de un individuo -dice **Romagnosi-**, se trata del ataque a una cosa que él tiene derecho a conservar por sí mismo y, juntamente con él, la sociedad. Contra el agresor injusto se ciernen, entonces, dos derechos: el que tutela al agredido y el que compete a la sociedad, en defensa de sus individuos y de sí misma (*Genesi*, págs. 76 y sigs.).

Defensa justa. En los lineamientos de su *Programa*, Carrara expone los lineamientos de la teoría que se conoce como de la *defensa justa*.

La legitimidad que la defensa da al derecho de castigar, está limitada a su ejercicio adecuado, porque ese derecho "sólo es concebido en la medida en que hace falta para la *conservación* de los derechos de la humanidad". Por eso, aun cuando el único fundamento lo constituya la defensa, el derecho ha de estar siempre subordinado a las reglas de justicia, que constituyen su esencia.

La defensa ha de ser, pues, *justa*. "Dando al castigo humano como único fundamento *la justicia*, se autorizaría una censura moral aun allí donde no existiera un daño sensible". "Dando al castigo como único fundamento *la defensa*, se autorizaría la restricción de actos no malvados, por utilidad pública" (*Programa*, Vol. 1, págs. 13 a 17 y § 601, nota 1)

Defensa social. A la teoría de la *defensa social* no se la puede considerar con independencia de los demás postulados del positivismo penal, pues sólo es uno de los engranajes de su concepción integral de la penalidad. Aquí sólo interesa saber que Ferri lo formuló en muy pocas palabras, la tesis de la defensa social: la sociedad tiene derecho a defenderse. Esta posición se alcanza partiendo de la concepción organicista de la sociedad. Como el hombre atacado por una enfermedad debe recurrir al médico para curarse,

así la sociedad tiene el indiscutible derecho de defenderse inclusive de los alienados, a los que se aplican sanciones, no porque han delinquido sino por la razón de que ese delito afecta a la sociedad.

Frente a las teorías descritas, posteriormente surgió la **Teoría de la Unión o Teoría Mixta**, la cual explica que la pena apunta hacia varios fines los cuales tienen una interrelación y complementación que se produce en el marco de un proceso dialéctico de límite y utilidad (Prado, 2010). Esta teoría muestra una tendencia de corte ecléctico buscando corregir los excesos a los que se llegaría con la asunción de las perspectivas que presentan la Teoría Absolutista y Previsionalita. Sin embargo, el reproche que se hace es crear niveles excesivos de discrecionalidad en la medida que tanto el legislador como el Juez podrían recurrir en cualquier caso a cualquier teoría de la pena en función de la decisión que quieran optar. Frente a estas reflexiones surge la **teoría dialéctica de la unión** formulada por Roxin (1976), quien se encarga de precisar la función que cumple la pena en cada momento de su existencia.

En el momento de la norma penal, la pena cumple exclusiva función de protección de bienes jurídicos y subsidiariedad. En la imposición judicial de la pena, los fines preventivos, estarían limitados por la culpabilidad del autor (retribución). Finalmente los fines de resocialización adquirirán preponderancia en el momento de la ejecución penal. Como puede verse no se puede recurrir a cualquier fin de la pena, sino que dependiendo del momento en que se está, resultan preponderantes unos fines sobre otros (García, 2012).

Nuestro tribunal Constitucional, se ha decantado por seguir la idea central de la **teoría dialéctica de la unión** en la STC 0019-2005-PI/TC del 21 de julio de 2005, en donde remitiéndose a varias disposiciones constitucionales, procede a armar una teoría de la pena que unifica diversas funciones. En esta línea el TC afirma que toda ley dictada como parte de la política criminal del Estado, será inconstitucional sino preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado Social y Democrático de derecho.

2.2.3.3.- Concepto de Pena

Compartimos la preocupación que instituye Prado (2010, pp. 33 y ss), quien citando a Morillas Cueva, afirma que “A la hora de concretar el concepto de pena se muestra una variada gama de posibilidades de definición provenientes de las diversas alternativas que sobre esta consecuencia jurídica del delito propugna la doctrina, no sólo penalista, sino de proyección, más general tanto en el ámbito jurídico como en el filosófico”.

Efectivamente, la complejidad que involucra “la pena”, y con ella el Derecho Penal, no ha permitido hasta el presente establecer una fórmula única que comprenda todas las dimensiones de la pena. Como un primer alcance dentro de nuestra legislación nacional, la encontramos en el Código de Maúrtua de 1924, que en su artículo primero definía expresamente a la pena como “la privación o restricción de derechos”, corrigiendo esta limitación, el Código Penal vigente de 1991, en su artículo IX del Título Preliminar señala que la pena “tiene función preventiva, protectora y resocializadora”, regulaciones similares en Latinoamérica, se presenta en la legislación penal Boliviana (art. 25°) y Cubana (art. 27°).

Realizando un primera apreciación, se indica que la pena comúnmente es concebida como un mal que se impone a quienes han cometido un delito. Desde este punto de vista, se la considera como una reacción contra quienes atacan a la sociedad. Este concepto era ya conocido en la época de Ulpiano para quien "la pena es la venganza de un delito"; Von Liszt define la pena como el mal que el juez inflige al delincuente, a causa del delito, para expresar la reprochabilidad social con respecto al acto y al autor (*Tratado*, T. 111, § 58, I).

En la doctrina extranjera se suele elaborar un concepto de pena sobre la base de una deducción sistemática desde el articulado pertinente del Código Penal. Molina Blasquez, analizando la legislación española, ubica cuatro notas distintivas que componen la pena: “1° La pena es la reacción del ordenamiento jurídico del delito, 2° La pena es una privación o restricción

de bienes jurídicos. Puede consistir en una privación de libertad, una restricción de libertad, restricción de derechos, etc; 3º la pena debe estar establecida por ley; y 4º La pena, por último debe ser impuesta por un órgano jurisdiccional independiente” (María Concepción Molina Blasquez. La aplicación de la Pena. Bosch. Barcelona, 1996, p. 15).

Comentando la tendencia actual, se puede ensayar como concepto de pena, a aquella sanción legal vigente de carácter personalísimo, que es impuesta dentro de un proceso penal por una autoridad judicial como consecuencia jurídica de la comisión de un delito, como una reacción a favor del restablecimiento del orden normativo de la sociedad, quebrantado mediante su infracción. Este concepto que tiene como base lo señalado por Prado (2010, pp. 36-37) “pena es una sanción legal y una consecuencia jurídica del delito” así como lo regulado en los artículos II (Principio de legalidad), IV (Principio de lesividad), V (Principio de Garantía jurisdiccional) del Título Preliminar, art. 12º y 28º (catálogo de penas) del Código Penal.

No obstante, no cabe duda que en razón a sus efectos, la pena sigue siendo entendida materialmente como la privación o restricción de derechos (bienes jurídicos), lo cual la hace compatible con la noción de mal, que históricamente se le atribuye y que es la que efectivamente internaliza la conciencia ciudadana, concepción que en el fondo contiene una percepción de contenido retributivo y de compensación, situación que comprende el concepto de pena expuesto por Jescheck quien ha sostenido “Pena es la compensación de una violación del derecho conminada penalmente mediante la imposición de un mal proporcionado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad, que expresa la reprobación pública del hecho y consigue, de este modo, la afirmación del derecho” (Jescheck, 1981, p. 18).

2.2.3.3.1.- Naturaleza y Función de la pena

En este aspecto, se acostumbra distinguir dos grandes etapas o grupos. Una, la de la *pena fin*, porque se la considera como teniendo *un fin en sí misma*, que se cumple con una sola aplicación. Otra, la

de la *pena medio*, en la que se le da ese carácter con el objeto de intimidar o de colocar al delincuente en situación de que no pueda volver a delinquir.

Los fines que se asignan a la pena, presuponen que ésta sea un mal para quien la sufre, como lo es en todos los ordenamientos jurídicos positivos, pues toda pena significa una supresión o restricción de los bienes jurídicos de que goza el condenado, ya sea que recaiga sobre la vida, la libertad, el patrimonio o el honor del penado (Chichizola, 1962, p. 6).

- La pena, en su finalidad, en cuanto es *amenaza* contenida en la ley, no hay duda de que tiende a ejercer *coacción psíquica* o *psicológica* sobre los componentes del grupo, con el propósito de mantener el orden jurídico establecido por el Estado. La función de la pena en esta fase es de prevención general.

- La pena, al ser aplicada por el juez, es específicamente *retribución*, o *compensación jurídica*, pues es el momento en que, para el Derecho se restablece el orden jurídico. No debe entenderse por restablecimiento del orden jurídico la vuelta de las cosas a su estado anterior al delito, sino el restablecimiento del imperio del Derecho.

- En la tercera etapa, cuando la pena se cumple, el fin que se persigue es la *enmienda* o *reeducación*, con miras a la *prevención especial*.

En cuanto a la función de la pena, en estricto, podemos señalar que lo fundamental es captar que el Derecho Penal tiene una función, la de mantener la estructura normativa de la sociedad, la cual no podría vivir sin prohibiciones normativas. Cuando existe un delito, la pena tiene que reaccionar rápidamente para neutralizarlo. Cuando la pena reacciona, lo hace ante la persona que ha quebrantado o lesionado la estructura normativa de la sociedad. Por esta razón, la pena no sólo está dirigida al autor para que no cometa delitos, sino se dirige

también a la víctima y a toda la sociedad. Lo principal es que la norma sea vigente e igual para todos, sólo así puede funcionar Prado (2010, pp. 40).

Así, la función de la pena debe informar todo el sistema penal, de manera tal que, de una u otra manera, tiene que influir en su operatividad. Tanto la previsión legal de la pena, como su imposición judicial y ejecución deben tener como punto de partida la función que la sanción penal cumple. En el plano legislativo, la determinación de la función de la pena permitiría, en primer lugar, hacer un juicio crítico sobre la legitimidad de la pena legalmente establecida. Una pena que no se ajuste a su función, no podrá aceptarse, aunque se encuentre prevista en la ley. Pero, además, la función de la pena es también relevante para discutir los marcos penales previstos en la ley, en la medida que, si se entiende, por ejemplo, que la función de la pena es la resocialización, difícilmente podrán considerarse legítimas penas privativas de libertad como la cadena perpetua que niegan la posibilidad de reinserción social del condenado. La misma relación de coherencia con la función de la pena debe observarse en su imposición judicial. Del mismo modo, la fase de ejecución de la pena tampoco es ajena a la determinación de la función que cumple la pena. Muchos aspectos de la ejecución penal dependerán de dicha determinación. Así, por ejemplo, las medidas alternativas a la pena privativa de la libertad de corta duración sólo podrían explicarse desde la perspectiva resocializadora de la pena (o, para ser más exactos, no desocializadora), ya que el hecho de evitar que el condenado vaya a prisión por poco tiempo se sustentaría en impedir el efecto de una desocialización carcelaria. Por el contrario, estas medidas alternativas, así como diversos beneficios penitenciarios como la liberación condicional, la redención de penas por trabajo o incluso la semilibertad no podrían tener aceptación en una visión retributiva de la pena, pues el

condenado tendría que cumplir siempre la pena que se le ha impuesto judicialmente Prado (2010, pp. 38).

2.2.3.3.2.- La función de reestabilización de la pena

Siguiendo lo establecido, se estima señalar que la pena también involucra como un tamiz esencial una *función social*, concepto propuesto por JAKOBS, de cuyo contenido se puede señalar que la prohibición penal no es no lesionar bienes jurídicos, sino no realizar conductas que socialmente se consideren capaces de lesionar un bien jurídico. Como puede verse, el delito no se estructura sobre la lesión sino sobre la defraudación de una expectativa social de no realizar conductas socialmente perturbadoras. En este contexto de ideas, la pena no protege bienes jurídicos, sino que devuelve la vigencia comunicativa-social a la norma infringida por el autor de una afectación al bien jurídico (Jakobs, 2004, p. 31). Es decir, la norma debe mantenerse a pesar de la defraudación, de manera que el error no se encuentre en los que confiaron en la norma, sino en el sujeto que la infringió. En síntesis, como señala García (2012, pp. 95-97), para la concepción de Jakobs el Derecho penal obtiene su legitimación material de la necesidad de garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales frente a aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con la norma correspondiente. La reestabilización de las expectativas normativas esenciales se lleva a cabo mediante un acto (la pena) que niega comunicativamente la conducta defraudatoria, con la que se pone de manifiesto que la conducta del infractor no se corresponde con las expectativas normativas vigentes y que éstas siguen siendo modelo de orientación social. Como puede verse, la función de la pena no tiene una incidencia sobre el individuo, sino sobre el sistema social. La pena debe imponerse para el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad.

2.2.3.4. Clases de pena

El legislador penal establece, en primer lugar, la clase de pena aplicable a cada delito previsto en la normativa penal. En el artículo 28° del CP se precisan el catálogo de las diversas clases de pena que pueden preverse para

los delitos de la Parte Especial del Código Penal y por aplicación supletoria (artículo X del Título Preliminar del Código Penal), para los delitos tipificados en las leyes penales especiales.

En cuanto a su imposición, estas clases de penas pueden presentarse de diversas formas en cada tipo penal. En primer lugar, pueden presentarse como una pena única, pero también el tipo penal puede contemplar varias penas para el delito, pudiendo imponerse éstas de forma cumulativa (pena compuesta) o alternativa. Por otra parte, el delito puede admitir la imposición de dos penas, pero no como penas cumulativas, sino una como principal y la otra como accesoria. En nuestro Código Penal se contempla a la pena de inhabilitación como pena accesoria, la misma que debe ser expresa en la sentencia condenatoria. García (2012, p. 102)

Las clases de penas previstas en el artículo 28 del CP son las siguientes: **(i)** Pena privativa de libertad, **(ii)** penas restrictivas de libertad, **(iii)** penas limitativas de derechos y **(iv)** pena de multa.

2.2.3.4.1.- La pena privativa de la libertad

La pena privativa de libertad consiste en la limitación coactiva de la libertad de movimiento mediante el internamiento en un establecimiento penitenciario. Como lo reconoce expresamente la exposición de motivos del actual Código Penal, la pena privativa de libertad se ha unificado, no diferenciándose diversas formas de privación de la libertad, como sí lo hizo, por ejemplo, el Código Penal de 1924, en el que se distinguían el internamiento, la penitenciaría, la relegación y la prisión. La diferencia se encuentra solamente en la ejecución de la pena privativa de libertad, en donde se prevén tres regímenes distintos: El régimen cerrado, el régimen semi-abierto y el régimen abierto (artículo 97 del Código de Ejecución Penal). En el actual Código Penal se diferencian solamente entre penas temporales y cadena perpetua".

Pese a las críticas que ha sufrido la pena privativa de libertad, sobre todo por los defensores de la criminología crítica, en la sociedad moderna, construida

sobre la base de la libertad individual, esta pena sigue siendo la sanción penal más adecuada para reprimir la criminalidad especialmente grave.

2.2.3.4.2.- Las penas restrictivas de libertad

Las penas restrictivas de libertad constituyen una limitación a la libertad de tránsito. En la redacción original del Código Penal estas penas eran de dos tipos: La pena de expatriación para el caso de nacionales y la pena de expulsión del país para el caso de extranjeros. La legitimidad de la pena de expatriación comenzó, sin embargo, a ser cuestionada, pues se consideraba contraria a la normativa internacional referida a derechos humanos, la cual niega la posibilidad de expulsar del país a los nacionales. Por esta razón, mediante Ley 29460 del 27 de noviembre de 2009 se suprimió del Código Penal la pena de expatriación, alegándose precisamente su incompatibilidad con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos con rango constitucional.

Es pertinente precisar que la pena restrictiva de libertad de expulsión del extranjero no se contempla como una pena autónoma, sino, más bien, como una pena complementaria a la pena privativa de libertad. En este sentido, esta pena se aplicará después de cumplida la pena privativa de libertad impuesta.

2.2.3.4.3.- Las penas limitativas de derechos

Las penas limitativas de derechos constituyen una restricción a otros derechos constitucionalmente reconocidos, como, por ejemplo, el derecho a la libertad de trabajo, a la libertad personal, a los derechos políticos, etc. El Código Penal reconoce, como penas limitativas de derechos, la pena de prestación de servicios a la comunidad, la limitación de días libres y la inhabilitación García (2012, pp. 108-109).

Las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres, tienen como rasgo común el constituir restricciones de derechos durante los fines de semana y días feriados, sea obligando al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas,

orfanatos u otras instituciones similares, o en obras públicas (prestación de servicios a la comunidad), sea manteniéndolo en un establecimiento organizado con fines educativos (limitación de días libres). Estas penas están contempladas, por lo general, para delitos de mediana gravedad, sea de forma exclusiva o como pena alternativa a otra clase de pena (privativa de libertad o multa). Pero debe indicarse además que, aun cuando no estén expresamente contempladas en un tipo penal de la Parte Especial, estas penas pueden imponerse en sustitución de penas privativas de libertad de hasta cuatro años, con la finalidad de evitar el internamiento del condenado en prisión con los efectos desocializadores por todos conocidos.

En cuanto a *la pena de inhabilitación*, el Acuerdo Plenario N° 10-2009, la caracteriza como la privación al condenado de algunos derechos (personales, profesionales o políticos) o la incapacitación para el ejercicio de diversas funciones o actividades (públicas inclusive). Precisa además que su aplicación se rige por un criterio de especialidad, el cual implica, desde la perspectiva legal y judicial, que cualquiera sea su condición y operatividad (como pena principal o accesoria), dicha sanción estará siempre en función a la naturaleza del delito de que se trate, cuya temporalidad se sujeta acorde con el Acuerdo Plenario N° 2-2008, en función a la "naturaleza de las cosas", pues algunas privaciones de derecho o de actividad tienen un carácter definitivo.

Asimismo, la inhabilitación puede ser una pena principal o accesoria. En el primer caso, se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra pena, esto es, de manera autónoma, aunque cabe imponerla conjuntamente con una pena privativa de libertad o de multa. En cambio, la inhabilitación accesoria no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal, generalmente privativa de libertad, por lo que es complementaria y castiga una acción que constituye una violación de los deberes especiales que impone un cargo, profesión, oficio o derecho -se basa en la incompetencia y el abuso de la función- (artículos 39 y 40 del CP). En caso que la inhabilitación sea la pena principal, su tiempo de duración se

extenderá de seis meses a cinco años, mientras que si se impone como pena accesoria, la inhabilitación se extenderá por igual tiempo que la pena principal, aunque no podrá superar los cinco años establecidos como tope. No obstante, debe precisarse que en leyes penales especiales se han contemplado penas de inhabilitación principal por encima de los cinco años, como es el caso de Ley contra el delito de lavado de activos o la Ley de delitos tributarios.

2.2.3.4.4.- La pena de multa

La pena de multa implica la privación de una parte del patrimonio del autor de un delito. Esta pena resulta aplicable a supuestos de escasa o mediana gravedad. La determinación de la cuantía de la multa sigue en la actualidad el sistema de los días multa. Conforme a este sistema, se establece, en primer lugar, un factor de referencia de la multa, el llamado día-multa, en el que se tiene en consideración el ingreso promedio diario del condenado, determinado con base en su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza. Cuyo monto no podrá ser menor al veinticinco ni mayor al cincuenta por ciento, dependiendo de la carga familiar que pudiese tener, monto que se obtiene en función de los días-multa previstos por cada tipo penal de la Parte Especial, lo cual depende de la gravedad del delito, pero que, en cualquier caso, no podrá ser menor a diez días multas ni mayor a trescientos sesenta y cinco días multas, aunque en leyes especiales como en el caso de la Ley Penal Tributaria se contemplan penas de multas por encima del máximo establecido para los delitos previstos en el Código Penal García (2012, pp. 110-111).

2.2.3.5.- Las Medidas de Seguridad

2.2.3.5.1.- Naturaleza y Fundamentación

Siguiendo a Pérez (1999, 128-153), debemos indicar que los conceptos de *peligrosidad* y *defensa social*, resultó posible y lógica la aplicación de sanciones a los alienados y la reeducación de los menores, mediante medidas tutelares.

Las medidas de seguridad pueden agruparse en doctrina en tres categorías principales: *eliminatorias*, como la reclusión de los habituales; *educativas*, concernientes a los menores, que modernamente se las independiza con el carácter de medidas tutelares (medidas socioeducativas); *curativas*, relativas a los alcoholistas, alienados, etcétera.

Las medidas de seguridad que se aplican a los inimputables se fundamentan no sólo en el peligro individual revelado a través de una acción típica y antijurídica, sino también en un *juicio de atribución* (atribuibilidad) del acto al autor. En cambio, para las medidas de seguridad destinadas a los imputables, su fundamento y medida estriba en la *peligrosidad* que, sumada a la culpabilidad, determina para estos sujetos una responsabilidad asegurativo-social (Mauracht, *Tratado*, T. 11, 3 1, II, A; Jiménez de Asúa, "Las penas y las medidas de seguridad, en *El Criminalista*, t. II,2" serie, P. 175. Ponencia al tercer tema del VI Congreso Internacional de Derecho Penal). El fin de las medidas de seguridad es siempre la *prevención especial*.

En la medida que nuestro sistema penal admite la posibilidad de imponer penas y medidas de seguridad, podría decirse que asume un sistema de doble vía. Sin embargo, debe precisarse que no sólo es posible imponer una pena o una medida de seguridad, sino que cabe imponerlas conjuntamente. Esta situación se da en el caso de los imputables relativos, los cuales, por algún tipo de anomalía psíquica o mental, mantienen la capacidad de culpabilidad, pero sustancialmente restringida. Si es que es probable que, por causa de su deficiencia mental, cometan otros delitos, entonces cabrá la imposición de una medida de seguridad, además de la pena que le corresponde por su culpabilidad disminuida. En este punto cabe hacer la atinencia de que ambas consecuencias jurídicas del delito no se acumulan, sino que el cumplimiento de una es computable en el cumplimiento de la otra. A esta forma de regular el cumplimiento de la pena y la medida de seguridad se le conoce como el sistema vicarial.

Nuestro sistema penal se adhiere a la lógica del sistema vicarial, conforme se desprende del tenor del artículo 77° del Código penal. Según esta disposición legal, en caso de aplicarse a un mismo sujeto una pena (por su culpabilidad) y una medida de seguridad (por su peligrosidad), el tiempo que dure la ejecución de la medida de seguridad se computará para el cumplimiento de la pena. En consecuencia, la medida de seguridad tendrá que cumplirse antes que la pena.

La asunción de una distinción funcional entre las penas y las medidas de seguridad lleva necesariamente a un sistema de doble vía. Sin embargo, el que estas dos vías no siempre vayan en paralelo, sino que puedan aplicarse conjuntamente, no lleva necesariamente a una unificación de funciones.

2.2.4.- Determinación de la pena y las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal

2.2.4.1.- Consideraciones Generales

2.2.4.1.1.- Concepto y Naturaleza Jurídica

La determinación de la pena, en concreto, se trata de una decisión de índole político-criminal, de carácter técnico, valorativo y utilitario. Determinar la pena conlleva a conocer la voluntad político-criminal que señala la calidad y cantidad de pena fijada en la ley por la comisión de un delito.

Este instrumento, tiene por función, identificar y decidir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar al autor o partícipe de un delito. Se trata, por tanto, de un procedimiento técnico y valorativo de individualización de sanciones penales. Esta función le corresponde hacerlo al órgano jurisdiccional, debido a que la conminación abstracta que tiene la pena en la ley se expresa, generalmente, en magnitudes abiertas o semi abiertas, donde sólo se asigna a aquélla una extensión mínima o máxima, facultad que debe realizarse en forma congruente con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (artículos II, IV, V, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal), bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales.

La pena debe fijarse empleando criterios racionales y, por ende, controlables jurídicamente, alejados de amplias dosis de discrecionalidad, que muchas veces se transforman en una arbitrariedad judicial. Sin un adecuado procedimiento de determinación judicial de la pena no podría aplicarse de forma correcta y justa, generando inseguridad jurídica y arbitrariedad en perjuicio de los justiciables.

La determinación judicial de la pena, como señala Prado Saldarriaga: "es un procedimiento técnico y valorativo que ha de permitir la concreción cualitativa, cuantitativa y a veces ejecutiva de la sanción penal. En la doctrina también recibe otras denominaciones como individualización judicial de la pena o dosificación de la pena" (Prado, 2000, p. 95).

En general, la determinación de la pena, comprende tres momentos definidos: la individualización legal de la pena, la determinación judicial de la pena y la determinación penitenciaria o ejecutiva de la pena.

En la determinación judicial de la pena no solo se decide la clase de pena y su cantidad, sino además una amplia gama de posibilidades que incluyen aspectos de ejecución (como que esta sea efectiva o se suspenda), la forma de pago de la multa, entre otras opciones. En ese sentido, afirma Hans-Heinrich Jescheck que "la determinación judicial de la pena, es la determinación de las consecuencias jurídicas del hecho punible llevada a cabo por el juez conforme a su naturaleza, gravedad y forma de ejecución, eligiendo una de las diversas posibilidades previstas legalmente. La determinación judicial de la pena no comprende, como su nombre parece indicar, solamente la fijación de la pena aplicable, sino también su suspensión condicional con imposición de obligaciones e instrucciones, la de impunidad, la imposición de medidas de seguridad, la imposición del comiso y de la confiscación, así como la de consecuencias accesorias".

Por su parte, Patricia Ziffer" citando a Horn, indica que "la individualización de la pena es el acto por el cual el juez pondera la infracción a la norma y la

transforma en una medida de pena determinada". Consecuentemente, la determinación judicial de la pena encuentra su base en que la conminación penal contenida en la ley se materializa en un caso concreto".

En consecuencia, para determinar judicialmente la pena, junto a los conceptos de culpabilidad y a los fines preventivos de la pena, *se deben agregar los principios de merecimiento y necesidad de pena*, como un conjunto de presupuestos que la harán más justa y proporcional. La necesidad y merecimiento de pena deberán ser valorados por el juzgador ya que han sido aceptadas por nuestro ordenamiento penal vigente, como en el caso de la exención de pena o perdón judicial.

2.2.4.2.- Principios Rectores

2.2.4.2.1.- Principio de la Función Preventiva

De modo semejante a lo que ocurre con los demás preceptos del Título Preliminar del Código Penal, el artículo IX determina los marcos normativo y político-criminal de toda la legislación penal (codificada o no) en lo que atañe a las funciones y fines de la pena y de las medidas de seguridad. El legislador no solo se ha pronunciado sobre cuáles deben ser el sentido, orientación y fin de la pena, sino que ha precisado la función que debe cumplir la configuración legislativa y la aplicación práctica de las medidas de seguridad. Con ello ha delimitado claramente de las dos consecuencias jurídicas del delito más importante (Castillo, 2004, 229-255).

Cuando la ley alude a la función "preventiva, protectora y resocializadora" de la pena, no se refiere únicamente a la orientación que deben tener las penas privativas de la libertad, máxime si son las sanciones más comunes, aflictivas y extremas que reconoce el ordenamiento jurídico, sino a todas las penas criminales que tienen reconocimiento y existencia normativa en una legislación penal y que en nuestro CP se encuentran reguladas en el artículo 28.

En efecto, la función "preventiva, protectora y resocializadora" de la pena es una finalidad atribuible a toda clase de pena -llámese pena privativa de libertad, de multa, limitativa de derechos o pena restrictiva de libertad- y se aplica a las penas principales, a las accesorias ya las diversas sub-clases de penas.

Debe abandonarse, por equivocada, aquella visión superficial que pretende circunscribir la aplicación de los fines (o teoría) de la pena a la pena privativa de libertad como si esta fuera su único centro de referencia. Lo mismo ocurre con las medidas de seguridad, pues cuando el artículo IX del Título Preliminar prescribe que estas persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación, comprende a la medida de internamiento (artículo 71.1) Y al tratamiento ambulatorio (artículo 71.2).

La finalidad de la pena y las medidas de seguridad no solo abarcan -como a primera vista parece- su aplicación práctica al caso concreto que corre a cargo del Poder Judicial jueces y tribunales penales), sino que su alcance es mucho Más amplio dado que comprenden la función legislativa y de ejecución penal.

El cumplir con las funciones de la pena y las medidas de seguridad no es competencia exclusiva de los jueces penales. En esta tarea participa de manera protagónica -y siempre en primer lugar- el Parlamento y, en general, el legislador penal, dado que con la creación y puesta en marcha de una pena se debe tomar en cuenta si de modo abstracto la nueva sanción que se pretende incorporar al sistema punitivo se encuentra en condiciones de cumplir con la función "preventiva, protectora y resocializadora" (pena) o con la finalidad de "curación, tutela y rehabilitación" (medida de seguridad). Si una determinada sanción no está en aptitud, por la razón que fuere (por su naturaleza, estructura, etc.), de cumplir con las funciones asignadas en el artículo IX a las penas y/o a las medidas de seguridad, o contraviene de modo manifiesto las finalidades impuestas, sencillamente su instauración deviene en ilegítima, por cuanto contraría las bases, principios y programa

de sistema punitivo declarados en el artículo IX del Código Penal. Asimismo, las funciones aludidas deben cumplirse también en la fase de ejecución de la pena y/o de las medidas de seguridad. En realidad, el respeto de la finalidad de las sanciones penales no solo debe efectuarse en el ámbito legislativo y judicial, sino que debe extenderse al campo penitenciario o de la ejecución, de tal manera que tenga una aplicación idónea e integral en todos los niveles.

El artículo IX del Título Preliminar no constituye una simple recomendación, consejo o sugerencia del legislador penal. Por el contrario, representa un mandato de cumplimiento imperativo y de observancia obligatoria por parte del legislador y de los operadores del sistema penal. Ello implica que toda incorporación de una nueva sanción penal (pena o medida de seguridad) y – lo que es más importante toda aplicación de una pena o medida de seguridad debe de modo inexorable ajustar su contenido y finalidad a las funciones establecidas en el artículo IX del Código Penal, como exigencia de razonabilidad y legitimidad. En tal sentido, la creación de una sanción o la aplicación de una pena que no cumpla con la función "preventiva, protectora y resocializadora" o la de una medida de seguridad que no cumpla con las finalidades de "curación, tutela y rehabilitación" devendría tanto en ilegítima como en ilegal en la medida en que viola y quebranta el artículo IX del Título Preliminar. Los fines preventivos de la pena plantean un Derecho Penal vinculado a la evitación de delitos y faltas como tarea primaria de la legislación punitiva. Como se señaló oportunamente la evitación del delito no implica la eliminación Su gran fuerza la despliega en el campo de la ejecución de la pena y en particular en los casos de cumplimiento efectivo de las penas privativas de la libertad.

Su importancia deriva del respeto a la dignidad de la persona humana y el reconocimiento de que una persona después del cumplimiento de una pena puede integrarse otra vez a la sociedad consiguiendo llevar una vida sin delitos. Si partimos de que nuestro modelo constitucional es un Estado social democrático y de Derecho, queda claro que el conjunto de

prestaciones que el Estado debe desarrollar en beneficio de los ciudadanos, comprende también una serie de prestaciones, ayudas y asistencias en el campo del sistema penal, colaborando para que las personas puedan incorporarse a la sociedad, asumiendo una conducta de respeto a las normas.

2.2.4.2.2.- Principio de legalidad

La exigencia de que el legislador penal establezca un marco penal en cada delito se desprende, en primer lugar, del principio de legalidad contemplado en el artículo 2 inciso 24, literal d) de la Constitución Política. De acuerdo a este principio, el tipo penal de la Parte Especial debe precisar no sólo la conducta delictiva, sino también la pena aplicable a los responsables del delito (mandato de certeza o determinación), cuantificación que no comprende una pena exacta aplicable al autor de un delito, sino de establecer legalmente el marco mínimo y máximo para el hecho delictivo previsto en la ley (Urquiza, 2004, pp. 40-80).

El marco penal abstracto está constituido por el mínimo y el máximo de pena previsto en el tipo penal de la Parte Especial. El punto de partida del proceso de determinación de la pena es, por tanto, el marco penal establecido en dicho tipo penal. No obstante, el legislador penal, en determinados delitos, no precisa el marco penal máximo (p.ej. parricidio) o el marco penal mínimo (p.ej. el delito de contabilidad paralela), originándose así una indeterminación legal que requiere ser corregida interpretativamente. Este problema se soluciona, en principio, recurriendo al artículo del Código Penal que establece la cuantía máxima y mínima de la pena correspondiente, para completar de esta manera el marco penal abstracto mediante una interpretación sistemática.

2.2.4.2.3.- Principio de Culpabilidad

El principio de Culpabilidad emerge como uno de los pilares sobre los que descansa el Derecho Penal, pues constituye la justificación de la imposición de las penas, esto cuando la realización de delitos sea reprobable a quien los cometió. Así pues, la *reprobabilidad* del delito es un requisito para poder

atribuir a alguien la responsabilidad penal de las consecuencias que el delito ha generado (MUÑOZ,2000, p. 400).

El artículo VII del Título Preliminar del Código Penal está referido al principio de culpabilidad y sus efectos sobre la pena, principio que se resume en la clásica frase *no hay pena sin culpabilidad*, derivándose de ello las siguientes consecuencias: 1) no hay responsabilidad objetiva ni pena por el mero resultado; 2) la responsabilidad y la pena son por el acto y no por el autor; y 3) la culpabilidad es la medida y límite de la pena.

Conforme ha quedado establecido por el Tribunal Constitucional peruano, en el expediente Nro. 003-2005-PI/TC, el principio de culpabilidad se materializa cuando concurren una serie de elementos: “[e]n términos generales puede decirse (...) que de acuerdo con el principio de culpabilidad se requiere que la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de **dolo o culpa**, de **conciencia de la antijuridicidad o de la punibilidad**, de **capacidad de comportarse de acuerdo con las exigencias del Derecho** (imputabilidad), de una situación normal para **la motivación del autor** (exigibilidad). Asimismo, en el momento de la *individualización de la pena*, el **principio de culpabilidad exige que la sanción sea proporcionada al hecho cometido**”.

Por otro lado, el acotado principio si bien no se encuentra consagrado expresamente en nuestra Constitución Política, sin embargo, su existencia se desprende de otros principios que sí se encuentran consagrados, como son el de *legalidad* (recogido en el literal d, del numeral 24, del artículo 2 de la Constitución), conforme al cual solamente podría ser sancionado aquel comportamiento calificado como reprobable al sujeto que lo realiza; y el de *proporcionalidad de las penas*, que se encuentra constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200°, y tiene implicancias en las diversas etapas del proceso dirigido a la imposición de una sanción penal (entre ellas la determinación judicial de la pena), en el sentido de que las penas aplicables a las conductas delictivas no deberían ser tan onerosas que superen la propia

gravedad del delito cometido, ni tan leves que signifiquen una infrapenalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos; así pues, de este principio (proporcionalidad) se deriva el de culpabilidad, en el sentido de que toda pena debe guardar proporción y correspondencia con el nivel de reprobabilidad jurídica y social del acto sancionado, es decir, debe sancionar el acto en tanta dimensión como tan reprochable resulte el acto respecto a la persona responsable

2.2.4.2.4.- Principio de Humanidad

Conforme sostiene el profesor Diez (2002, p. 560), el principio de Humanidad “garantiza que las sanciones penales no sobrepasen los niveles de incidencia sobre los ciudadanos que son admisibles en el marco de las condiciones de aceptación del contrato social”. En ese sentido Castillo (2002, p. 348), sostiene que “El principal cometido del Principio de Humanidad es reducir la violencia estatal, conduciendo la configuración y aplicación de las penas, según criterios razonables. No sólo se busca, con ello, reducir el quantum o marco penal de las sanciones, sino además, determinar la clase de pena a crear e imponer, adecuándola a la humanidad del hombre. En base al principio de humanidad es cruel toda pena que resulte brutal en sus consecuencias, como las que comprometen la vida del sujeto”.

Así entonces, es evidente que este principio tiene relación directa con la dignidad de la persona y el respeto de los derechos humanos. Imponiéndole al Estado la obligación de que sus sanciones se encuentren desprovistas de un trato inhumano, y que se cumpla con la finalidad primordial de hacer todo lo humanamente posible para que el sujeto agente no vuelva a delinquir.

2.2.4.2.5.- Principio de proporcionalidad

El cumplimiento de la garantía formal de legalidad en la previsión del marco penal abstracto no agota los criterios que deben informar la labor de determinación legal de la pena encargada al legislador penal. Es necesario que éste tenga en cuenta el principio de proporcionalidad al fijar el marco

penal abstracto. Siguiendo a la doctrina constitucional, la observancia del principio proporcionalidad implica tener en cuenta los tres juicios que abarcan el *test* de razonabilidad o proporcionalidad: El juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad strictu sensu (García, 2002, 212-228).

- El juicio de idoneidad

Conforme a este juicio, el marco penal previsto en la ley debe ajustarse a la función asignada al Derecho penal. La gravedad de la pena no debe atender únicamente a la mayor o menor probabilidad de realización de un delito, sino que debe tener en consideración otros aspectos ajenos a la pura lógica de las necesidades punitivas de la sociedad.

Las posibilidades de justificación de la observancia del principio de proporcionalidad en la previsión legal de las penas no se reducen, sin embargo, a puntos de partida preventivos, sino que también encuentran perfecta cabida en una comprensión restabilizadora del Derecho penal. La pena tiene, en esta última comprensión del Derecho penal, la función de devolver la vigencia social a una expectativa normativa de conducta defraudada.

- El juicio de necesidad

Con este juicio, se plantea la cuestión de si la pena es necesaria para alcanzar los fines de protección que se persiguen, por no existir otras sanciones menos aflictivas. Esta postura puede verse desde dos planos:

En primer lugar desde su necesidad frente a otros mecanismos de control social, según el cual el Derecho Penal es la *última ratio* para la solución de conflictos sociales (mínima intervención). En este sentido, el Derecho Penal debe castigar solamente las afectaciones a los bienes jurídicos más importantes (subsidiariedad) y, dentro de

ellas, aquellas que son más intolerables (fragmentariedad). El segundo plano está conformado por su plano propiamente penal. Este juicio debe responder a la cuestión de si el mismo efecto preventivo o restabilizador se puede conseguir con una pena menos aflictiva dentro del propio sistema penal.

- El juicio de proporcionalidad en sentido estricto

Esta postura establece la obligatoriedad manifiesta de un equilibrio expresado en una valoración entre la gravedad del hecho cometido y la pena prevista, expresando el tipo de pena y la cantidad de la misma que se correspondan proporcionalmente al hecho típico, juicio construido en función del interés (bien jurídico) y la modalidad de ataque. Del primer aspecto resulta la consecuencia, esto es de acuerdo a la gravedad del hecho es que se valorará el nivel de las conminaciones penales.

Por otro lado, ya en el campo de la determinación de la pena judicial, el presente principio también es conocido como principio de prohibición de exceso o de la pena justa, lo cual exige que la pena deba guardar relación con el grado de responsabilidad del sujeto agente, con la magnitud del daño ocasionado y con la trascendencia del bien jurídico protegido. En ese sentido, el Dr. Castillo (2004, p. 280) señala: “Para el Derecho Penal la proporcionalidad supone la correspondencia valorativa entre el delito y la sanción respectiva (pena o medida de seguridad) o entre el injusto y la sanción que se le asocia. En sentido negativo el principio de proporcionalidad supone el rechazo del establecimiento de conminaciones y la imposición de penas que carezcan de toda relación valorativa con el hecho delictivo, ya sea cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos es groseramente desproporcionada respecto a la lesividad del conflicto”.

2.2.4.3.- Sistemas de determinación judicial de la pena

Existen tres sistemas en la dogmática penal referidos a la determinación del marco penal y a la determinación judicial de la pena.

- **Legalismo extremo:** El primer sistema señala que la pena debe ser determinada en forma absoluta en la ley. Este sistema fue criticado porque aplicaba una misma pena a personas distintas, lo cual es manifiestamente injusto.

- **Libre arbitrio judicial:** El segundo sistema se refiere a una pena absolutamente indeterminada. Este sistema es incompatible con las garantías de seguridad jurídica, aunque fue bastante promovido por el positivismo criminológico.

- **Mixto:** El tercer sistema trata de compatibilizar ambos sistemas. En efecto, será el legislador quien señale el delito y la pena a imponer, pero será el juzgador el encargado de establecer la clase de pena y la cantidad de esta. Este es el sistema de nuestro Código Penal. Se trata de un sistema mixto o ecléctico.

Conforme anota Mir (2007, p. 745) "existen diversos procedimientos posibles de determinación de la pena. Un legalismo extremo confiaría por completo a la ley la fijación de la pena de cada delito concreto. Un sistema de libre arbitrio judicial podría llegar, por el contrario, a ceder totalmente al juez dicha misión, no limitando legalmente ni la clase ni la medida de la pena a imponer". Efectivamente, podemos señalar que el procedimiento de determinación judicial de la pena no puede ser asumido desde el punto de vista legalista en forma absoluta, ni desde el empleo del libre arbitrio del juez, sino que deberá emplear ambos sistemas. Por ello, en la actualidad, la ley fija el marco penal, señalando en forma expresa los límites mínimos y máximos de la pena y la clase de esta, correspondiéndole al juzgador, previa valoración, determinar la pena concreta a imponer al agente culpable, es decir, un sistema de discrecionalidad reglada.

Sobre el particular, refiere Velásquez (2002), previo examen del Derecho comparado, que existen, por lo menos, seis formas o modelos que regulan la determinación judicial de la pena.

El primer sistema, que tabula circunstancias agravantes y atenuantes con penas fijas. *El segundo sistema*, que realiza una tabulación de criterios generales de tasación, seguido de atenuantes y agravantes, con penas flexibles. *El tercer sistema*, que incluye un marco punitivo específico, sin enunciación de criterios generales. *El cuarto sistema*, que señala una tabulación de circunstancias agravantes y atenuantes, con penas relativamente rígidas. *El quinto sistema*, que fija una tabla de agravantes y atenuantes no especificadas, sin criterios generales y con penas flexibles, y **el sexto sistema**, con criterios generales y penas flexibles.

El sistema de tercios (como expresión del sistema Mixto de determinación judicial de la pena)

El artículo 45-A del CP, introdujo un sistema de individualización de la pena, que constituye un notable avance en la determinación del marco concreto de la pena *-primer, segundo y tercer tercio-* Sus reglas procedimentalmente son claras (Prado, 2010, p. 112):

Se procede a dividir el marco penal abstracto del tipo penal en tres partes, así se obtiene: un tercio inferior, un tercio intermedio y un tercio superior (art. 45-A inc. 1), luego para determinar en qué tercio se ha de individualizar la pena (pena concreta) se atiende a la concurrencia de las circunstancias de atenuación y agravación genéricas previstas en el artículo 46-CP. Así, si no existen circunstancias atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes; la pena concreta se determinará dentro del tercio inferior. Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio. La pena se determinará dentro del tercio superior, cuando solo concurren circunstancias agravantes. Hasta acá ya se presentan varios problemas, entre los más relevantes se tiene el

problema de la interpretación restrictiva de las circunstancias modificativas agravantes, la interpretación extensiva de las circunstancias atenuantes, la configuración factual de las circunstancias, etcétera. Fijado el marco concreto, el Juez procederá recién a individualizar la pena; en efecto, en el momento de la individualización judicial de la pena propiamente dicha ya no se trata de aplicación de reglas dosimétricas, basadas o sustentadas en un mecanismo de subsunción; sino de actividad exclusivamente judicial, que ha de ser llevada a cabo con criterios de racionalidad. Sin embargo, es en este punto, donde se hacen más álgidos los problemas de la doble valoración, cuando se pretende utilizar nuevamente las circunstancias modificativas que determinaron el marco concreto, ahora para fijar la pena concreta. Como se aprecia, debemos ser claros en el rendimiento de los dispositivos normativos modificados; pues extender su operatividad a alcances no regulados, puede no solo afectar el *non bis in ídem*, sino degenerar en un mero procedimiento de aritmética, ajeno a un proceso complejo de individualización de la pena, desde la Constitución.

El abordaje del problema teórico práctico de la determinación e individualización judicial de la pena (DIJP), exige diferenciar tres etapas: i) la determinación del marco abstracto de la pena, ii) la determinación del marco concreto de la pena y iii) la individualización judicial de la pena. Determinación e individualización son conceptos diferentes, y corresponden a actividades judiciales de operatividad distinta. Las dos primeras etapas están vinculadas estrictamente a la legalidad, una referida a la actividad de calificación del hecho punible, para determinar el marco abstracto; y otra referida a la calificación de las circunstancias que rodean el hecho punible para determinar un marco concreto" empero, el proceso de individualización judicial de pena es más discrecional y, por ende, valorativa.

Los procedimientos previstos en el artículo 45- A del CP regulan centralmente la segunda etapa, esto es, la determinación cuantitativa de un marco concreto más reducido en sus límites, como lo veremos. Es

necesaria esta precisión para no extender sus alcances procedimentales a la otra fase de la *individualización* judicial de la pena. Ciertamente estos procedimientos tienen por objeto solo identificar el marco legal concreto, reducido en el límite inferior y superior de la pena.

La fijación del marco concreto es determinante en el proceso de individualización judicial de la pena, pues reduce los márgenes de discrecionalidad o arbitrariedad en la DIP, y los insumos fácticos y normativos que permite determinar esa reducción del marco punitivo son las circunstancias. La individualización de la pena solo puede realizarse en un marco legal, con un umbral máximo y uno mínimo, estos, en límite superior previsto *legalmente* y un límite inferior, también previsto *legalmente*. Es importante destacar ello dado, en virtud del principio de legalidad de las penas, está proscrita la fijación de límites judiciales, los límites están en la ley, así se encuentra prescrito en el artículo 45-A, individualización de la pena: "Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido.

La propuesta normativa de diferentes procedimientos para IP, produjo, como que tenía que ser, varios efectos; a nivel de la incipiente doctrina emergieron posiciones discrepantes respecto del sentido interpretativo de los dispositivos normativo de la DIP; a nivel judicial, prácticas jurisdiccionales diferentes, etc. Empero si se pretende que estos procedimientos sean realmente funcionales a la determinación del marco concreto de la pena, es necesario precisar los puntos problemáticos que presentan, desde la interpretación de los dispositivos normativos base para la construcción de una dogmática de la DIP, hasta los problemas jurisdiccionales prácticos que supone el proceso de DIJP. En ese orden, es necesario sincerar el debate e identificar las posturas contrarias y problemáticas. Para mejor comprender los problemas teóricos prácticos corresponde presentar elementalmente los cuatro procedimientos básicos, previstos normativa- mente: i) procedimiento en supuestos de concurrencia de circunstancias genéricas (comunes); ii) procedimiento

en supuestos de concurrencia de circunstancias específicas (especiales)
üi) Procedimiento en supuestos de concurrencia de circunstancias de
atenuación privilegiadas; y, iv) procedimientos en supuestos de
concurrencia de circunstancias de agravación cualificadas.

2.2.4.4.- Etapas de la determinación judicial de la pena

A efectos de desarrollar un mejor tratamiento de la determinación judicial de la pena resulta necesario efectuar una distinción básica entre la determinación legal y la determinación judicial de la pena.

2.2.4.4.1.- Individualización legal de la pena

En ese sentido, con *la determinación legal de la pena*, se alude al acto efectuado por el legislador, por medio del cual se formula un marco penal abstracto y similar para la generalidad de situaciones fácticas que se subsumen en la ley penal (Prado, 2010, p. 100).

2.2.4.4.2.- Individualización judicial de la pena

- Concepto

Por otro lado, *la determinación judicial de la pena*, es aquella en la que la conminación penal se concretiza a un hecho sometido a conocimiento del juez, valorándose aquí tanto el delito como al autor, lo que no sucede en la determinación legal de la pena.

El profesor Demetrio (1999, p. 41) señala: la "diferenciación previa entre la determinación legal de la pena (Strafbemessung), y la individualización judicial de la pena (Strajzumessung). Siendo que en el primer estadio el legislador determina en abstracto las penas correspondientes a los delitos, fijando unas penas máximas y otras mínimas para cada delito, conforme a la gravedad de este, poniendo de este modo a disposición del juez un espacio de juego (Spielraum), o marco penal (Strafrahmen), perteneciendo también a este estadio la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Mientras que en la individualización judicial de la pena por el

juez, este asume la tarea de la elección de la pena adecuada al caso concreto, dentro del marco ofrecido por el legislador.

La determinación judicial de la pena, como procedimiento coherente y sistemático, demanda un trabajo conjunto del legislador y del magistrado; si bien, el legislador tiene participación activa al momento de desarrollar la determinación legal de la pena, es decir, cuando formula un tipo penal, que constituye el marco punitivo abstracto, es el magistrado el que tendrá la responsabilidad de aplicarlo para un supuesto de hecho determinado teniendo en cuenta los fines de la pena y valorando las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que se presenten. Para ello deberá considerarse el marco punitivo fijado por el legislador como expresión directa del principio de legalidad, culpabilidad y determinación de la ley penal y de ese modo individualizar la pena correspondiente, ya que, por el principio de legalidad de las penas, se entiende que el juzgador no puede inventar las penas a su libre arbitrio. En consecuencia, queda prohibida la imposición de penas que no estén señaladas en el tipo penal específico (Prado, 2010, p. 100).

En cuanto a la función jurisdiccional ejercida en nuestro país, como dato empírico, se observa en forma poco alentadora que la individualización judicial de la pena resulta un tema que no se ha desarrollado en forma óptima, ya que en muchas ocasiones se desnaturaliza este procedimiento valorativo, no observándose los principios generales del Título Preliminar del Código Penal (artículos I, IV, VII, VIII y IX) y otros preceptos pertinentes (artículos 45° y 46° del Código Penal) (Toyohama, 2011, pp. 217-254). En muchas oportunidades se efectúa una interpretación inadecuada, advirtiéndose también una deficiente motivación, lo que evidentemente constituye una responsabilidad de los juzgadores, pues es su deber velar por la correcta aplicación de la ley penal como garantía del derecho a la tutela procesal efectiva. Es obvio que las imprecisiones en la determinación

de la pena¹ harán poco predecibles los fallos, afectando el derecho al debido proceso judicial, lo que a su vez debilitará la confianza de la ciudadanía en la administración de justicia.

Dentro del procedimiento de determinación judicial de la pena, se presentan diversos criterios de interpretación que no siempre son homogéneos y muchas veces no pueden conciliar intereses que van en sentidos contrapuestos; por ello, en dicho procedimiento de determinación, se debe valorar cuidadosamente tanto el hecho cometido, como al autor y, de esa forma, lograr la respuesta justa y razonada del sistema jurídico penal.

Resulta válido afirmar, como lo expresa Ziffer (1998, p. 844), que: "la principal tarea de la determinación de la pena es la identificación de los criterios que deben orientar la decisión y la fijación de cuáles son las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta y cuáles pueden ser descartadas en el caso. La delimitación de estos factores y su influencia sobre la pena concreta dependen en gran medida de la decisión previa acerca de cuál es la finalidad de la pena dentro del sistema".

El procedimiento de determinación judicial de la pena es considerado como un acto de aplicación del Derecho, basado tanto en reglas escritas como en reglas no escritas. Así debe considerarse que la facultad discrecional del juzgador también está vinculada jurídicamente, por lo

¹ Con relación a la actuación de los magistrados nacionales, en el ejercicio de la función jurisdiccional y sobre todo en la etapa de la determinación de la pena, resulta acertada la crítica formulada por el profesor Prado Saldarriaga, en el sentido de que "la individualización judicial de la pena se constituye también en otra de las áreas donde la praxis de los operadores de la justicia penal ofrece resultados poco halagadores, ello en parte se debe a la ausencia de trabajos de doctrina que orienten sobre el quehacer práctico en este dominio, y a la escasa información que en las universidades del país se brinda sobre esta actividad por parte de los docentes de las especialidades de Derecho Penal y Procesal Penal". Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor, Derecho Penal, Jueces y Jurisprudencia. Palestra, Lima, 1999, p. 269 Y ss. Con respecto al similar panorama presentado en Argentina, Cfr. MAGARIÑOS, Mario. "Hacia un criterio para la determinación de la pena". En: Determinación Judicial de la Pena. Claus Roxin et ál., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 71, quien señala: "a nadie escapa que, en nuestro medio, la mayor parte de las decisiones judiciales en punto a la determinación de la pena pone de manifiesto con toda claridad que la graduación y elección de la pena en cada caso, se encuentra librada más que al arbitrio a la arbitrariedad del juzgador, sin que las decisiones se presenten sobre la base de una justificación racional (...)".

que se trata de una discrecionalidad jurídicamente válida, actuación que no debe considerarse como una puerta a la arbitrariedad; por ello, esta facultad deberá ir complementada con el principio de motivación y fundamentación de las resoluciones judiciales.

En la determinación judicial de la pena, el juzgador debe depender en forma exclusiva y fundamental de los principios de determinación de la pena detallados en la ley penal y de los no escritos, los que se derivan de los fines de la pena y en general, ello significa que el juzgador tiene un radio de acción, en principio, dentro del marco legal fijado por el legislador para un determinado delito, siendo que al juez le corresponderá concretar dicha conminación abstracta al hecho sometido a juicio, pero basándose en principios legales y, especialmente, aquellos que rigen los fines del Derecho Penal y los de la pena.

- Teorías de la individualización judicial de la pena

En cuanto a la determinación judicial de la pena, se han formulado diversas teorías, generadas y desarrolladas básicamente en el Derecho Penal alemán, ya sea mediante elaboradas propuestas dogmáticas o de la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán, sobre todo en cuanto se refiere a la medición de la pena y a la culpabilidad del autor, de acuerdo con los fines preventivo-generales y preventivo-especiales de la pena. Para dichas teorías, esto debería constituirse en el marco de inicio de la determinación judicial de la pena, siendo que para el desarrollo argumentativo se tendrá en cuenta los lineamientos doctrinarios efectuados por el maestro García Caveró (García, 2012, p. 713-743).

A partir de una determinada teoría de la individualización judicial de la pena, que muestre coherencia con los principios de un ordenamiento jurídico, es posible arribar a una interpretación adecuada y racional sobre la pena que debe imponerse en un caso concreto. La dogmática penal, partiendo de la función del Derecho Penal y las limitaciones que ello conlleva, se ha basado en la noción de culpabilidad y de su

compensación así como de los criterios de prevención general y prevención especial, los que si bien son antinómicos, tratan de señalar un proceso de medición judicial de la pena, con base en estos criterios o, en todo caso, en la preeminencia de alguno. Por ello, se han elaborado diversas teorías dogmáticas, elaboradas principalmente en Alemania.

Entre dichos planteamientos teóricos destacan: **(i)** *la teoría del espacio de juego o ámbito de libertad* (Spielraumtheorie), **(ii)** *la teoría de la pena exacta o puntual* (Punkstrafetheorie), **(iii)** la teoría del valor jerárquico del empleo o de los grados (Stellungswertheorie) y **(iv)** la teoría de la proporcionalidad con el hecho (Tatproportionalität).

Estas teorías han planteado la forma de cumplir las exigencias señaladas en el Código Penal alemán (46.1) que señala lo siguiente:

"Fundamentos de la medición de la pena. 1. La culpabilidad del autor será el fundamento de la medición de la pena. Se deberán considerar los efectos derivados de la pena para la vida futura del autor en la sociedad (...)". A efectos de la presente investigación, se ha considerado consignar en forma panorámica los fundamentos principales de dichas propuestas teóricas y las críticas formuladas a ellas.

De otro lado, deberá valorarse lo señalado por Demetrio (1999, p. 182), en cuanto a que una teoría de la individualización judicial de la pena aceptable tiene que reunir determinadas condiciones, entre las cuales estarían las siguientes:

- a) Tiene que ser accesible a la comprobación en los casos en que se aplica.
- b) Tiene que ser como cualquier teoría: consistente y no contradictoria.
- c) No debe colisionar con los fundamentos jurídicos-positivos ni con las funciones atribuidas a la pena.
- d) De una adecuada teoría debería poder deducirse la pena concreta en el caso particular.

e) Una teoría de la individualización judicial de la pena, debe poder ser practicable, es decir, debe tomar en consideración el marco de condiciones de organización y personales de la justicia penal.

La teoría de la pena exacta o puntual (Punktstrafetheorie), se fundamenta en que se debe aplicar la pena exactamente ajustada a la culpabilidad del sujeto, sin atender a los fines de la pena; es decir, pura retribución de la pena ante el injusto. Para esta teoría, existe una única pena determinada en absoluto y que corresponde a la culpabilidad del autor, negándose alguna forma de espacio de juego, ya que comprende que existe una única pena y justa, adecuada al grado de culpabilidad.

Sin embargo, dicha teoría constituye una ficción jurídica y es inaplicable, ya que debido a la insuficiencia de la capacidad humana para apreciar las cosas con exactitud la pena tampoco puede ser determinada con tal precisión.

Los fundamentos de esta teoría no son adecuados, pues no se señala la forma de medir la culpabilidad exacta para el hecho cometido. Además, tal medida de culpabilidad no existe; la culpabilidad es un concepto metafísico pero su aplicación es concreta y tiene una finalidad social. Además, no atender a los fines de la pena significa una retribución total, lo que no resulta pertinente. Debido a ello, esta teoría deberá descartarse, puesto que la pena siempre tiene un fin preventivo y no es mera retribución. Aquí, por supuesto deben tenerse en cuenta los argumentos utilizados para rechazar la teoría absoluta de la pena y su aplicación en el sistema punitivo nacional (que señala como fines de la pena, la prevención general y especial).

Las siguientes teorías, del "*espacio de juego*" y "*del valor jerárquico del empleo*", plantean equilibrar las funciones preventivas de la pena y la necesidad de su limitación,

conforme al principio de proporcionalidad, con la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor.

La teoría del espacio de juego o del margen de libertad (Spielraumtheorie), ha sido elaborada por la jurisprudencia alemana y señala que la pena ajustada al marco de culpabilidad, comprende un marco máximo y mínimo donde se presenta un margen de libertad. Dicho marco constituye para el juez un espacio de juego dentro del cual puede moverse para graduar la pena en forma precisa, guiado por fines preventivos, generales o especiales. El marco de culpabilidad es solo una fase intermedia en el camino para la determinación de la pena última. Se debe partir de la retribución, como punto determinado, pero que para la fijación del quantum de la pena existe un espacio de juego en el que los fines preventivos de la pena puedan ejercer influencia. La pena adecuada a la culpabilidad, en el caso concreto, no viene dada por una cantidad fija, sino que se desenvuelve en un marco delimitado por una cantidad máxima y una mínima que va desde la pena ya adecuada a la culpabilidad hasta la que todavía lo es. En la determinación de la pena final juegan los fines preventivos de la pena, los cuales pueden agotar el marco de culpabilidad. Se trata de una teoría unitaria o mixta y de carácter tradicional, propuesta por Bemer, y asumida por Roxin. En cuanto a esta teoría, se propone que la pena tenga un marco, mínimo y máximo, conforme a la culpabilidad del agente y, de esa forma, el espacio entre ambos extremos, significa un margen de libertad que se brinda al juzgador o "espacio de juego", que deberá emplear para individualizar la pena en forma precisa, en el extremo que sea adecuado, conforme a la culpabilidad del agente y a los fines preventivos generales y especiales de la pena. Consideramos correcta esta teoría, por

ser más racional y adecuada con los principios de culpabilidad y los fines preventivos generales y especiales de la pena; por ende, el juzgador deberá tener un margen de movimiento amplio (pero jurídicamente vinculado) al momento de decidirse por una pena, tanto en su aspecto cualitativo como cuantitativo.

La teoría del valor posicional o del valor jerárquico del empleo o de los grados (Stellungswertheorie), considera que debe realizarse una separación entre culpabilidad y prevención especial. La culpabilidad debe valorarse al momento de determinar la duración de la pena y la prevención especial se valora al momento de decidir otras cuestiones, en el marco de la determinación de la pena (clase de pena, suspensión condicional). Solo en estos casos se hace relevante la prevención especial. Es decir, se exige una separación entre una pura determinación del máximo de pena fundamentada culpablemente (primera fase, en que la culpabilidad tiene por misión determinar por sí sola la duración de la pena), y una individualización penal, que solo podrá realizarse desde puntos de vista preventivos y que consiste en la elección del tipo de pena y en la aplicación o no de la suspensión de la pena para la remisión condicional o el apercibimiento con reserva de pena (segunda fase, que debe orientar la decisión sobre los aspectos mencionados). Esta teoría se corresponde parcialmente con la teoría de la culpabilidad exacta, en la medida en que el criterio de la culpabilidad debe conducir en esencia a la concreción de la pena, pero consigue, al mismo tiempo, una simplificación del problema de las antinomias de los fines de la pena. La presente teoría ha sido desarrollada por Hom, pero fue propuesta por Henkel. Hom señala que la fijación de la sanción debe concebirse como una proporcionalidad sería una

exigencia de correspondencia entre el hecho y la sanción, así como entre las consecuencias jurídicas de los diferentes tipos de delitos. La exigencia de proporcionalidad se basa en consideraciones de justicia que suponen, en todo caso, un criterio de retribución. Sobre esta teoría, se ha señalado que la prevención general fundamenta el Derecho Penal y que en la individualización judicial de la pena operan criterios de compensación de culpabilidad, lo cual no es coherente, ni lógico, ya que la retribución no fundamenta el Derecho Penal. Por ello, no podría emplearse en forma posterior para determinar la pena concreta y menos para legitimar una cantidad o calidad de pena. Esta teoría es rechazada por motivos político-criminales y dogmáticos por Demetrio Crespo, ya que excluir los fines preventivos en la individualización judicial de la pena constituye un retroceso lamentable respecto al avance en la racionalización del proceso de conciliación de antinomias en el sistema penal que había logrado la teoría del espacio de juego. La presente teoría no es compatible con el ordenamiento jurídico-penal nacional, ya que la retribución no constituye el fin de la pena y además no es adecuada para individualizar o medir una pena. Más bien deben subsistir los fines preventivos generales y especiales, conforme señala la norma constitucional y la normativa penal.

- Fases del procedimiento de determinación judicial de la pena El procedimiento de determinación judicial de la pena no tiene la naturaleza de acto discrecional amplio que efectúa el juzgador, como ya se señaló líneas anteriores, sino que se constituye en sí en un procedimiento especial, que posee fases determinadas y que pueden estar sujetos a variación por parte del juzgador, pero no obstante esta variabilidad, se deben respetar ciertos estadios

Desde una óptica formal y para efectos didácticos, se señala que el proceso de individualización de la pena, se compone de tres

momentos: i) individualización legislativa, ii) judicial y iii) administrativa, correspondiendo cada uno de estos momentos a los tres poderes del Estado: legislativo, judicial y ejecutivo. Sin embargo, a nivel legislativo no se realiza un proceso de individualización, dado que por la misma naturaleza de generalidad y abstracción de las leyes, estas solo fijan un determinado marco punitivo y criterios normativos generales *para* individualizar la pena. También se concibe una individualización penitenciaria de la pena (Poder Ejecutivo), porque esta no se encuentra sujeta a parámetros de control jurisdiccional; sino que corresponde a criterios de *Tratamiento penitenciario interdisciplinario* (psicológico, social y administrativo). La determinación e individualización de la pena se concreta en el momento judicial, pues se tiene el contexto fáctico de la comisión del hecho delictivo y a su presunto autor, datos que permitirán, recién asignar un significado normativo a las pautas constitucionales y legales, establecidas para el proceso de individualización de la pena."? En la doctrina se han propuesto etapas que, con una u otra variación, tienen los mismos fundamentos. Eduardo Demetrio Crespo propone distinguir cinco fases de la IJP:

- a. Ajuste a los fines de la pena.
 - b. Averiguación de los factores de hecho relevantes para la individualización de la pena.
 - c. Determinación de la dirección valorativa de los factores reales.
 - d. Ponderación de las circunstancias de la individualización de la pena entre sí.
 - e. Clasificación del caso en la escala de penas del marco penal previo.
- Bacigalupo, en lo esencial acoge a esa ordenación sistemática y propone los siguientes niveles:

- (i) Determinación de los fines de la pena.
- (ii) Fijación de las **circunstancias** de hecho a valorar.
- (iii) Valoración de los factores reales de la individualización a favor o en contra del autor.

(iv) Transformación de todas las consideraciones en una expresión numérica.

Jescheck, señala que el proceso de determinación (individualización) judicial de la pena se estructura en tres fases:

- a. La determinación de los fines de la pena.
- b. Fijación de los factores que influyen en la determinación de la pena.
- c. La expresión de los considerandos que lo fundamentan.

Operativamente se tiene un mejor orden, establecer como primer paso la determinación de la pena abstracta; que por cierto, presenta dificultad cuando la pena conminada, no se corresponde con un marco abstracto, o cuando concurren circunstancias privilegiadas de atenuación o cualificadas de agravación; en estos supuestos los operadores penales, que proponen y/o deciden la pena, tiene que establecer el límite superior o inferior del marco abstracto, o en su caso fijar el nuevo marco penal como consecuencia de la concurrencia de las circunstancias privilegiadas o cualificadas. El segundo paso corresponde a la fijación de las circunstancias modificativas *-distintas a las circunstancias privilegiadas y cualificadas-*; repárese que en las tres propuestas, se pone énfasis en las circunstancias modificativas, con las expresiones: *averiguación de los factores de hecho relevantes para la individualización de la pena*", *"Fijación de las circunstancias de hecho a valorar"*, *"Fijación de los factores que influyen en la determinación de la pena"*; sin duda, dado que la audiencia es un escenario de debate cognitivo, las proposiciones fácticas que configuran las circunstancias modificativas, adquieren centralidad para efectos de la concreción de la pena; si no se cuenta con éstas, el debate degenera en puras estimaciones y pareceres, sin base fáctica que lo sustente, con el consiguiente decaimiento de carácter cognitivo del proceso. El tercer paso, luego del debate cognitivo, es la valoración de las proposiciones fácticas configuradoras de las circunstancias, y su materialización en fundamentos.

No consideramos que constituya un paso o etapa, la adopción de uno o más fines constitucionales de la pena, o en su caso la negación de alguna finalidad; pues constituye un criterio axiológico, que irradia todos los pasos: i) Fijación del marco abstracto; ii) fijación de las circunstancias modificativas, iii) como la valoración y fundamentación de las circunstancias modificativas. Ese plexo valorativo constitucional está presente, en cada una de las etapas, pues da sentido a las proposiciones fácticas, su debate valoración y fundamentación. Por tanto, el control constitucional que realiza el juez, abarca no solo la evaluación de los fines de la pena, sino con urgencia los marcos punitivos exasperados. Este es el aspecto central que el Juez debe tener en cuenta en todo momento durante el proceso de la IJP. Como señala Quintero Olivares, este “problema no se agota en la interpretación del Código Penal y trasciende al ámbito de la interpretación constitucional”

Aún la propuesta procedimental de la división por tercios del espacio punitivo, debe ser interpretada, conforme a la Constitución, para que esta no se reduzca solo a una operación aritmética de procedimiento.

La determinación del marco abstracto de la pena

De acuerdo al maestro Prado Saldarriaga (Prado, 2010, p. 112), el legislador penal debe fijar un marco mínimo y máximo de pena en cada tipo penal de la Parte Especial, dentro del cual el Juez se encargará en atención a las características del delito concretamente juzgado, individualizar la pena concreta a imponer.

La determinación de un marco penal abstracto por parte del legislador no opera arbitrariamente, sino que debe estar orientada por el conjunto de principios informadores que limitan el ejercicio del *ius puniendi*. En especial hay que mencionar al principio de legalidad y al principio de proporcionalidad.

Esta etapa de la determinación legal está vinculado a la calificación jurídica del hecho punible, pues de ella se deduce la pena prevista

abstractamente en efecto, la calificación jurídica implica e identifica la pena abstracta conminada, que generalmente es el marco penal que corresponde al delito, que legislativamente ha sido determinado en función de la gravedad del hecho punible y/o de criterios de prevención general. En esta primera aproximación no se considera las circunstancias. Es sobre la base del supuesto legislativo que el juez determina la calificación jurídica y la pena conminada; no cabe duda que finalmente es el juez quien define la calificación jurídica del hecho punible y la pena abstracta. Ciertamente es el Ministerio Público quien realiza la imputación jurídica que apareja la pena abstracta; pero quién define la calificación jurídica, en tránsito a la autoridad de cosa juzgada, es el juez.

La necesidad de fijar el *marco punitivo abstracto* precisa de un paso previo, esto es verificar que la pena conminada presente un marco abstracto, con un límite superior e inferior definida. En unos supuestos la pena conminada es igual a pena marco o pena básica; por ej., que la *pena conminada* para el delito de homicidio simple es a su vez el marco abstracto, así el artículo 106 del CP., precisa que "El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad *no menor de seis ni mayor de veinte años*": esta pena conminada es idéntica al marco punitivo.

En otros supuestos la pena conminada no coincide con una pena marco o pena básica; la pena conminada no propone un marco abstracto; por tanto, será necesario construir el marco legal de la pena abstracta, siempre con insumos legales.

Si no existe el umbral mínimo o el umbral máximo del marco, entonces se recurre a los límites genéricos previstos en el artículo 29 del CP que establece los límites temporales de la pena privativa de libertad, estableciendo que esta "tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años:

Un supuesto de pena conminada sin límite temporal mínimo es el que se desprende del delito de lesiones leves previsto en el artículo

122 del CP, precisa que "El que causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud que requiera más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y *con sesenta a ciento cincuenta días-multa*". Como se aprecia solo se tiene el límite legal máximo; es menester entonces cerrar el marco legal recurriendo al límite mínimo genérico de dos días previsto en el artículo 29 del CP como consecuencia, el marco punitivo de pena privativa de libertad previsto legalmente para este delito es de pena privativa de libertad no menor de dos días ni mayor de dos años.

Un supuesto de pena conminada sin límite temporal máximo es el que se desprende del delito de homicidio calificado previsto en el artículo 108 del CP. Como se aprecia solo se tiene el límite legal mínimo; es menester entonces cerrar el marco legal recurriendo al límite máximo genérico de treinta y cinco años previsto en el artículo 29 del CP como consecuencia, el marco punitivo de pena privativa de libertad previsto legalmente para este delito es de pena privativa de libertad no menor de quince años ni mayor de treinta y cinco años.

El procesamiento de esta etapa, genera dos consecuencias:

a.- La determinación del marco legal en abstracto para el hecho punible, permite la identificación el espacio punitivo que será dividido en tercios. b.- La prohibición de considerar otra vez el hecho punible para efectos de la concreción de la pena; en efecto el art 45-A del CP establece que "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 del delito o modificatorias de la responsabilidad.

En definitiva, la realización de un correcto juicio de tipicidad incidirá directamente en fijación del marco abstracto de la pena, de tal manera que el debate sobre la imputación jurídica tendrá directa

incidencia en la determinación del marco abstracto; en ese orden se aprecia la relación de implicancia entre el principio de tipicidad y el principio de legalidad de la pena.

En algunos supuestos específicos donde se requiere como presupuesto la prognosis de la pena, como en la prisión preventiva, no cabe duda que el debate sobre la imputación jurídica del hecho punible será el presupuesto del debate sobre la pena exacta que se espera.

La concreción legal del marco penal (determinación de la pena concreta)

En esta fase, el juzgador deberá fijar la pena concreta que corresponda al hecho punible y deberá valorar y ponderar en forma adecuada las circunstancias que se presenten y verificar si efectivamente, inciden en la penalidad determinada previamente; es decir, una vez determinada la penalidad básica o genérica, deberá valorarse las circunstancias que afecten el contenido del injusto penal o la culpabilidad del autor. Se trata, conforme señala Prado (2010, p. 102) "una etapa de cotejo de circunstancias".

En el caso de la pena básica, se aprecia la valoración en abstracto efectuada por el legislador acerca de un hecho considerado punible, pero el marco de culpabilidad se constituye en la valoración efectiva que hace el juzgador de la culpabilidad por el hecho respecto de la persona acusada de cometerlo y ello ocurre en la determinación de la pena concreta, que es en sí el marco de la culpabilidad, mediante la clasificación del hecho concreto dentro del esquema de valoración señalado por la ley penal. En ese sentido, *el juzgador deberá graduar la penalidad estando a las circunstancias de comisión del injusto y su motivación delictiva*. El juzgador deberá valorar las circunstancias de los artículos 46°, 46°-A, 46°-B y 46°-C del Código Penal.

La concreción legal del marco penal abstracto se trata de circunstancias que afectan la proporcionalidad abstracta del delito, en principio, modifica: el marco penal previsto en el tipo penal correspondiente, conformadas por *las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y los casos de concurso de delitos* en sus distintas variantes.

Las circunstancias, son factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito cuya esencia permanece intacta. Es decir, posibilitan apreciar la mayor o menor desvaloración de la conducta ilícita –antijuridicidad del hecho– o el mayor o menor grado de reproche que cabe formular al autor de dicha conducta –culpabilidad del agente–, permitiendo de este modo ponderar el alcance cualitativo y cuantitativo de la pena que debe imponerse a su autor o partícipe.

Si bien las circunstancias pueden ser objeto de varias clasificaciones, para el caso que es materia del presente análisis resulta pertinente aludir, solamente, a aquellas que utilizan como criterio clasificador su naturaleza y su efectividad.

Por su naturaleza, las circunstancias pueden ser comunes o genéricas y especiales o específicas. **(i)** Son comunes o genéricas las circunstancias que se regulan en la Parte General del Código Penal y que pueden operar en la determinación de la pena concreta de cualquier tipo de delito. En la legislación nacional tales circunstancias se encuentran reunidas, principalmente, en el artículo 46° del Código Penal. **(ii)** En cambio, las circunstancias especiales o específicas se regulan en la Parte Especial y en conexión funcional sólo con determinados delitos. Ese es el caso de las circunstancias previstas en los incisos del artículo 108° CP y que sirven también para la tipicidad del delito de asesinato, o de aquellas que enumera el párrafo segundo del artículo 152° CP que están consideradas para el delito de secuestro.

Incorporándose asimismo dentro de la clasificación en mención los *elementos típicos accidentales*, configurados como aquellas circunstancias que añadidas a un tipo legal básico se integran con él y determinan la configuración de un tipo derivado privilegiado o cualificado. Es el caso del delito de parricidio, art. 107° CP, donde las circunstancias del vínculo existente entre los sujetos activo y pasivo configuran una forma calificada de homicidio.

Por su efectividad, las circunstancias pueden ser atenuantes o agravantes. Son atenuantes aquellas que por señalar un menor desvalor de la conducta ilícita realizada o un menor reproche de culpabilidad sobre el agente de la misma, producen como efecto la consideración o aplicación de una pena menor. Son agravantes las que por indicar un mayor desvalor del comportamiento antijurídico ejecutado o un mayor reproche de culpabilidad sobre su autor, generan como efecto la conminación o imposición de una pena más grave.

Sin embargo, es frecuente encontrar en un caso penal complejo, la presencia conjunta de varias circunstancias de igual o distinta naturaleza y efectividad. La determinación de la pena concreta en estos casos de concurrencia de circunstancias, operativamente implica, como regla general, que no se puede dejar de apreciar y valorar cada circunstancia concurrente. En tal virtud, i) a mayor número de circunstancias agravantes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena básica es también mayor; ii) la pluralidad de circunstancias atenuantes llevará el resultado de la cuantificación punitiva hacia el extremo mínimo de la pena prevista para el delito cometido; por último, iii) frente a la existencia simultánea de circunstancias agravantes y atenuantes, la posibilidad cuantitativa de la pena deberá reflejar un proceso de compensación entre factores de aumento y disminución de la sanción, pudiendo, de esta manera, ubicarse la penalidad concreta en el espacio intermedio entre los límites inicial y final de la pena básica. Sobre esta última

opción resulta importante lo expuesto por GONZÁLEZ CUSSAC: “...dicha compensación deberá ajustarse a un correcto uso del arbitrio judicial, que deberá ser motivado en la sentencia [...] En tales supuestos, el Tribunal está capacitado para recorrer toda la extensión de la pena, imponiéndola en el grado que estime oportuno según la compensación racional de unas y otras”.

La eficacia de las circunstancias concurrentes está limitada por la imposibilidad de realizar una doble valoración sobre un mismo indicador o factor de agravación o atenuación. La proyección, pues, de principios rectores o de garantías penales como el non bis in idem exige, en estos casos, que se aplique un test de compatibilidad a todas las circunstancias que concurren. Esto es, que cada circunstancia se refiera siempre a un factor o indicador diferente.

Si las circunstancias, luego de dicho examen, resultan compatibles entre sí, se valorarán en conjunto y se extraerán de ellas los efectos correspondientes que abonen a la configuración de la pena concreta.

En cambio, si las circunstancias aluden a un mismo factor devienen en incompatibles y deben excluirse en función de su especialidad. Es decir, la circunstancia específica excluye a la genérica.

Las circunstancias genéricas en el artículo 46° del Código Penal [clasificación, características y efectividad] no han sido calificadas por el legislador como agravantes o atenuantes, por lo que, según destaca García Caveró, “...será del caso decidir si en el caso concreto le da a dichas circunstancias específicas un peso agravatorio o atenuatorio. Se trata de aspectos cuya relevancia penal sólo puede decidirse en un hecho particular y que, por lo tanto, el legislador no puede definir su dirección de valoración”.

En consecuencia, será del caso, en orden a la presencia y naturaleza de las circunstancias concurrentes, fijar razonada y razonablemente su relevancia en el caso concreto a los efectos del aumento o disminución de la penalidad, a fin de establecer la pena concreta aplicable al imputado.

Desde esta perspectiva es posible, y útil, agrupar las circunstancias legalmente previstas en razón de su vinculación con la gravedad del hecho punible o con la personalidad del autor Prado Saldarriaga (Prado, 2010, p. 112), **corresponden al primer grupo:** i) la naturaleza de la acción; ii) los medios empleados; iii) la importancia de los deberes infringidos; iv) la extensión de daño o del peligro causado; y, v) las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión. **Se relacionan con el segundo grupo:** i) los móviles y fines; ii) la unidad o pluralidad de agentes; iii) la edad, educación, costumbres, situación económica y medio social; iv) la conducta anterior y posterior al hecho; v) la reparación espontánea que hubiera hecho del daño; vi) la confesión sincera antes de haber sido descubierto; y, vii) los demás antecedentes, condiciones personales y circunstancias que conduzcan al conocimiento de la personalidad del infractor. Como indica Caro Coria, “De esa forma, el art. 46° establecería dos pautas genéricas de tasación de la pena, el grado de injusto y el grado de culpabilidad”.

Las indicadas circunstancias, según Bramont Arias y Bramont -Arias Torres, aluden al grado del injusto o al grado de responsabilidad del agente. Las primeras hacen una clara referencia a la cuantía del injusto, es decir al grado de antijuridicidad, de contrariedad de la conducta con el derecho, con el orden jurídico. Las segundas, buscan medir la capacidad para delinquir del agente, deducida de factores que hayan actuado de manera de no quitarle al sujeto su capacidad para dominarse a sí mismo y superar el ambiente. No se pretende averiguar si el agente podría o no cometer en el futuro ulteriores

delitos, sino que debe analizarse el grado de maldad que el agente demostró en la perpetración del delito que trata de castigarse. Se observa el pasado y no el futuro.

Esta segunda etapa tiene como objeto la determinación del marco legal concreto; requiere de la propuesta y debate de las circunstancias *comunes o genéricas*. En efecto, el marco legal concreto se corresponde directamente con las circunstancias comunes o genéricas, estas se encuentran previstas en el artículo 46 del CP, y tiene operatividad directa en la determinación del marco legal concreto.

Sin embargo, no se debe adelantar directamente una tarea meramente procedimental de determinar cuantitativamente marcos concretos reducidos -tercios-, sin la tarea previa de considerar a las circunstancias como su presupuesto material. Las circunstancias son los insumos con los que se realizará la tarea de fijación del marco concreto, por tanto, previamente se tiene que considerar los supuestos que configuran las circunstancias, sus alcances interpretativos, los efectos, etc.

La interpretación de las circunstancias solo se puede realizar en función de los efectos de atenuación o agravación; así, en supuestos de circunstancias de *atenuación* la interpretación debe ser extensiva, en virtud de principios constitucionales - *pro homine, in dubio pro reo*", *pro libertad*, etc.-; así por ejemplo a la reparación incompleta del daño, se le debe asignar un efecto atenuante. En supuestos de circunstancia agravantes, estas deben ser interpretadas restrictivamente proscribiendo cualquier forma integrativa de circunstancias agravante *ex-tra legem*" en virtud del principio constitucional previsto en el artículo 139.9 de la Constitución Política"; por tanto, tiene preponderancia el principio de legalidad, siempre en la línea de contener el poder punitivo, y expandiendo el ámbito de la libertad. Son dos criterios cualitativamente diferentes

para interpretar un mismo dispositivo normativo, pues se atiende a principio básico del derecho penal como límite al poder punitivo.

Obviamente el Ministerio Público, en virtud del principio acusatorio, es quien tiene el deber de la carga de imputar los hechos que configuran las circunstancias, las que luego de su debate deben ser consideradas por los jueces para efectos de la determinación del marco concreto. Es necesario precisar que en esta labor el juez tiene facultades discrecionales en la determinación del marco concreto aplicable, ciertamente "la idea de proporcionalidad despliega todos sus efectos, primero, en cuanto a la necesidad de distinción de supuestos en función de las circunstancias que se establecen legalmente y que condicionan legalmente la actuación judicial, y, después, en cuanto al ejercicio del margen de discrecionalidad que normativamente se concede al juez para la determinación exacta del marco aplicable". (Prado, 2010, p. 113-115). Una vez verificada la concurrencia de las circunstancias, el juez determina el marco concreto desarrollando las siguientes fases (art. 45 A del CP):

Primera fase: Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito. Ejemplo, el homicidio simple prevé como el marco abstracto de pena privativa de libertad "no menor de seis años ni mayor de 20 años": El espacio punitivo es el lapso que se encuentra entre los seis y veinte años; en el caso el espacio punitivo es de 14 años. Divide el espacio punitivo en tres partes. El espacio punitivo de 14 años, se divide, no por años, sino por meses. $14 \text{ por } 12 = 168 \text{ meses}$, $168 \text{ entre } 3 = 56 \text{ meses}$ que equivale a 4 años y 8 meses.

Un tercio de 14 años equivale a 4 años y 8 meses.

- Identificación de tres marcos legales concretos. Primer tercio o marco legal concreto. Pena privativa de libertad (PPL) no menor de 6 años ni mayor de 10 años y 8 meses.
- Segundo tercio o marco legal concreto. PPL no menor de 10 años y ocho meses ni mayor de 15 años y 4 meses.

- Tercer tercio o marco legal concreto. PPL no menor de 15 años y 4 meses ni mayor de 20 años.

Repárese en que hasta este momento de identificación de los tres tercios aún no operan las circunstancias comunes o genéricas.

Segunda fase: Una vez identificados los tres marcos concretos *-tres tercios- recién* operan las circunstancias comunes o genéricas; su concurrencia permitirá identificar el marco concreto en el que se individualizará la pena. Estas reglas son las siguientes:

Regla 1: Cuando: a) no existan circunstancias atenuantes ni agravantes o b) concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del marco o tercio inferior. Este tercio inferior configura un marco legal concreto.

Regla 2: Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del marco o tercio intermedio. Este tercio configura un marco legal concreto.

Regla 3: Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del marco o tercio superior.

2.2.4.5.- Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal

Luego de haber señalado la penalidad básica y la concreta, surge una tercera fase o etapa, por la cual el juzgador deberá valorar la concurrencia de las circunstancias especiales de agravación y atenuación que se presenten, por lo que deberá valorar las circunstancias cualificadas, las que implican que se aplique la pena señalada en el marco concreto, por debajo o por encima de los límites de la pena tipo, la cual se puede denominar individualización complementaria, puesto que no siempre se podrá presentar en el caso concreto (Prado, 2010, p. 115-118).

Dichas circunstancias cualificadas pueden ser, por ejemplo, las circunstancias eximentes imperfectas de responsabilidad penal (artículo 21° del Código Penal), la imputabilidad restringida por cuestión de edad del agente (artículo 22° del Código Penal), la omisión impropia (artículo 13° del

Código Penal), el error de prohibición vencible (segundo párrafo del artículo 14° del Código Penal), la tentativa (artículo 16° del Código Penal).

En efecto, si en la revisión del caso el juez encuentra una de estas circunstancias cualificadas, la pena básica y en su caso la obtenida en la segunda etapa de determinación, deberán adecuarse a los efectos penales que aquellas circunstancias producen y que, como ya se mencionó, pueden significar disminuir o elevar el mínimo o máximo legales fijados para el delito.

2.2.4.5.1.- Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad

El marco penal abstracto establecido en el tipo penal puede sufrir variaciones por la presencia de alguna circunstancia agravante o atenuante genérica, en la medida que no es aplicable a un tipo penal específico, sino a diversos delitos. Pero, además, estas circunstancias son modificativas de la responsabilidad, por lo que repercuten en la pena abstractamente considerada en el tipo penal correspondiente, efecto por el cual el Acuerdo Plenario N° 1-2008 (*señala: “(...) 8°. Se denomina circunstancias a aquellos factores objetivos o subjetivos que influyen en la medición de la intensidad del delito (antijuridicidad o culpabilidad) haciéndolo más o menos grave. Su función primordial es coadyudar a la graduación o determinación del quantum de pena aplicable al hecho punible cometido. En ese contexto se considera como circunstancias comunes o genéricas a aquellas que pueden operar con cualquier delito, por ejemplo, las circunstancias previstas en el art. 46 del Código Penal. Esta clase de circunstancias solo permiten graduar la pena concreta dentro de los márgenes establecidos por la pena básica. En cambio, las circunstancias cualificadas, si bien pueden operar también con cualquier delito, como el caso del art. 46-A del Código Penal, ellas disponen la configuración de un nuevo extremo máximo de la pena y que será el límite fijado para dicho tipo de agravante por la ley ... Será hasta este nuevo máximo legal la pena*

básica y dentro de la cual el juez deberá determinar la pena concreta”) prefiere llamarlas circunstancias cualificadas antes que genéricas.

Asimismo, para interpretar estas circunstancias genéricas o cualificadas, resulta conveniente hacer algunas consideraciones sobre ciertos aspectos comunes de dichas circunstancias García (2012, p. 743):

- a) ***La prohibición de doble valoración:*** La circunstancia genérica sólo modificará el marco penal abstracto si es que no ha sido considerada como elemento constitutivo del ilícito penal, pues, de lo contrario, se estaría realizando una doble valoración y, por tanto, cometiendo una infracción al principio del *non bis in idem*.
- b) ***La modificación simétrica del marco penal abstracto:*** La alteración del marco penal debe darse tanto en el extremo máximo como mínimo. Ya que de no hacer este desplazamiento global en la pena abstracta, traería consigo la consecuencia de que la pena concreta sea, pese a la circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, la misma que se le habría impuesto al autor sin la presencia de dicha circunstancia.
- c) ***La incomunicabilidad de las circunstancias genéricas personales:*** En virtud del artículo 26 del CP, existen determinadas circunstancias o cualidades modificativas de la responsabilidad penal que no pueden comunicarse a los otros intervinientes del mismo hecho punible, por lo que resulta necesario que previamente se distinga entre las circunstancias referidas al hecho² y las referidas al autor³.
- d) ***El carácter obligatorio o facultativo de la modificación del marco penal abstracto:*** En el caso de circunstancias modificativas de la responsabilidad de carácter potestativo, ello no implica una

²Las circunstancias referidas al hecho no pertenecen, por definición, a quien lo realiza, sino que son aspectos del hecho común a todos los intervinientes en el delito. Por lo tanto, todos los intervinientes verán incrementada o atenuada su responsabilidad penal de ser el caso, pues el marco penal se amplía o reduce para todos los intervinientes en el hecho que conocen dicha circunstancia. Por ejemplo, una circunstancia genérica referida al hecho es la tentativa, la que generará una atenuación de la pena para todos los intervinientes

³Las circunstancias referidas al autor, por el contrario, están vinculadas a una cualidad, relación o circunstancia personal del autor, por lo que al pertenecer al autor sobre el que recaen, no resulta posible su atribución directa a los otros intervinientes en el delito. Por ejemplo, la agravante genérica de la reincidencia producirá un incremento de la pena solamente respecto del reincidente, pero no respecto de los que no lo son.

arbitrariedad del juez para decidir su aplicación o no, sino que el legislador le asigna al juez la labor de determinar los supuestos en los que la circunstancia especial sí afecta efectivamente la gravedad del hecho. Si se dan las condiciones de modificación de la responsabilidad, el juez estará obligado a aplicarla. Por el contrario, en el caso de circunstancias que obligatoriamente afectan la responsabilidad, el legislador ha tomado la decisión en todos los casos y, por lo tanto, el juez debe tenerlas en consideración al determinar la pena. Como puede verse, la diferencia entre el carácter facultativo u obligatorio de la disposición jurídica no se desprende de una razón material, sino de distintos niveles de decisión.

- Las agravantes genéricas

Estas circunstancias no se encuentran sistematizadas de manera adecuada, en la medida que se han ido incorporando progresivamente (Prado, 2010, pp. 142).

La primera agravante genérica que se introdujo en el Código Penal fue la agravante de prevalimiento del cargo, prevista en el artículo 46-A del CP. Esta agravante añade el aprovechamiento de los conocimientos adquiridos en el ejercicio de dicho cargo o función, para cometer el hecho punible. En ambos casos *el Juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido*, no pudiendo ésta exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

Una segunda circunstancia genérica de agravación que no tiene nada que ver con el prevalimiento del cargo regulada también en el art. 46-A del CP, se trata de la agravación que tiene lugar cuando el sujeto activo comete, en calidad de autor o partícipe, el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro desde un establecimiento penitenciario donde se encuentra privado de libertad. En tal caso; *el Juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido*, no pudiendo exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

Dentro de las agravantes genéricas cabe mencionar también a la reincidencia⁴ (artículo 46°-B del CP) y a la habitualidad (artículo 46°-C del CP), las cuales permiten un incremento del marco penal máximo hasta en un tercio o una mitad por encima del máximo legal de pena fijado por el tipo penal respectivamente. En cuanto al fundamento de su efecto de agravación de la pena, el Acuerdo Plenario N° 01-2008 indica que estas circunstancias genéricas responden a razones de prevención especial por la mayor peligrosidad del sujeto.

- Las atenuantes Genéricas

Como primera línea debe indicarse que las atenuantes genéricas presentan cierta situación de indeterminación en nuestro Código Penal, en la medida que se prevé simplemente una reducción de la pena sin precisiones porcentuales (Prado, 2010, p. 142-143).

En efecto, mientras algunas atenuantes contemplan una reducción de la pena por debajo del mínimo legal (p.ej. las eximentes incompletas del artículo 21° del CP o la confesión sincera del artículo 136° del Código de Procedimientos Penales), otras solamente establecen una reducción prudencial de la pena sin especificar si se puede rebasar el marco penal mínimo (la pena de la tentativa en el artículo 16° del CP, o la disminución de la pena en la complicidad secundaria del artículo 25° del CP).

A ello cabría agregar que, si la naturaleza de una atenuante genérica es modificar el marco penal abstracto, no tendría sentido calificar a los supuestos mencionados como atenuantes genéricas y tratarlos luego como criterios de determinación de la pena concreta. En este sentido, el

⁴Señalándose asimismo, que si la reincidencia se produce por las modalidades agravadas de los delitos previstos en los artículos 108°,121°, 121°-A, 121°-B, 129°,152°,153°,173°,173°-A,186°, 189°,200°,297°,319°,320°,321°, del 325° al 332,y 346° del CP, *el juez aumentará la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado en el tipo penal hasta la cadena perpetua (entiéndase los 35 años), sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.* Asimismo, en los tipo penales en mención, el plazo fijado para la habitualidad -5 años-, no es aplicable, y se computa sin límite de tiempo, permitiendo al Juez penal aumentar la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal hasta la cadena perpetua (entiéndase los 35 años).

tratamiento de las atenuantes genéricas debe ser el mismo, es decir, reconociéndoles la virtualidad de reducir el marco penal abstracto por debajo del mínimo legalmente previsto.

- Concurrencia de circunstancias genéricas

En el concurso de circunstancias existe ya un tipo penal que suministra el marco penal abstracto que se concreta legalmente con las circunstancias agravantes o atenuantes genéricas. El problema que se presenta en estos casos radica en la forma cómo se modifica el marco penal abstracto cuando concurren a la vez agravantes y/o atenuantes. A diferencia de la regulación española que contiene un conjunto de reglas que ofrecen al juez soluciones específicas para la medición de la pena, en el Código Penal Peruano no existen reglas al respecto, por lo que resulta necesario desarrollar ciertos criterios de proporcionalidad para salvar este vacío legal García (2012, p. 708-710).

A ello debemos postular siguiendo a García Cavero, que la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal debe resolverse conforme a las siguientes reglas:

. Cuando no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes o concurren unas y otras, se mantiene el marco penal abstracto para la individualización judicial de la pena, teniendo en cuenta la gravedad del injusto culpable y compensando, en función de la gravedad, las circunstancias de diverso signo.

. Cuando concurren una o varias circunstancias genéricas agravantes que sean compatibles, el marco penal máximo tendrá que incrementarse conforme lo disponga la mayor agravante, mientras que el marco penal mínimo deberá incrementarse a la mitad del marco penal abstracto original.

. En caso de concurrir dos o más atenuantes que sean compatibles el marco penal mínimo podrá reducirse prudencial mente por debajo del mínimo legal, mientras que el marco penal máximo deberá reducirse a la mitad del marco penal abstracto original.

- Circunstancias Mixtas:

Son aquellas que operativamente pueden producir, según la decisión político criminal del legislador, un efecto agravante o atenuante. Ello ocurre, por

ejemplo, con la circunstancia de parentesco. Efectivamente, el inciso 4 del artículo 179° considera al *parentesco del autor con la víctima* como una circunstancia agravante específica en el delito de promoción y favorecimiento de la prostitución. Sin embargo, el mismo factor parental es, según el artículo 208° CP una circunstancia excluyente de punibilidad para determinados delitos patrimoniales como el hurto o los daños García (2012, p. 711)

2.2.4.5.2.- Las circunstancias específicas modificativas de la responsabilidad penal

Las circunstancias específicas modificativas de la responsabilidad penal son las que se encuentran adscritas a determinados delitos de la Parte Especial del Código Penal y que establecen un marco penal abstracto distinto al previsto en el tipo básico o simple. (Ejm. art. 186° del CP establece diversas circunstancias específicas que agravan la pena legalmente prevista en el delito de hurto simple), en donde la misma que debe partir de la pena abstracta prevista para la correspondiente circunstancia específica, desplazando el marco abstracto del delito básico o simple.

Al igual que en las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal genéricas, en las específicas es también aplicable el principio de la incomunicabilidad de las circunstancias o cualidades de carácter personal (artículo 26° del CP) así como el aspecto específico del hecho.

En determinados delitos es usual *la existencia de circunstancias específicas agravantes de diversos grados o niveles*, tal como sucede en el hurto, el robo o el secuestro. Las menos graves son de primer grado, subiendo el grado de las siguientes circunstancias específicas agravantes en función de su mayor gravedad. Empero, puede ser que en el caso concreto concurren circunstancias de igual grado, por lo que debe precisarse cómo esta concurrencia se resuelve en la determinación de la pena. El Acuerdo Plenario N° 1-2008 señala al respecto que el Juez no puede dejar de apreciar o valorar la presencia de cada circunstancia concurrente, por lo que toda

circunstancia presente en el caso penal debe ser evaluada en sus efectos para la configuración de la pena concreta. En este sentido, lo que habría que hacer es tomar una de las agravantes del mismo grado para fijar la pena abstracta y utilizar las otras para individualizar la pena concreta a imponer. No obstante, Si las circunstancias agravantes específicas que concurren son de distinto grado, el Acuerdo Plenario N° 2-2010 establece que lo primero que debe hacerse es determinar si son compatibles entre sí, es decir, que se traten de factores o indicadores diferentes. Si las agravantes son compatibles, entonces la pena se determinará recurriendo al marco penal abstracto de la agravante de mayor grado, teniéndose en consideración las otras agravantes en la determinación de la pena concreta. (Prado, 2010, p. 126-142).

2.2.4.5.3.- La fundamentación y determinación de la pena en el Código Penal

En el artículo 45° del Código Penal se hace referencia a la fundamentación y a la determinación de la pena, lo que es distinto a la previsión del artículo 46° del Código Penal, que hace mención a la determinación de la pena "dentro de los límites fijados por la ley".

Son tres aspectos los que deberá considerar el juzgador en la determinación de la pena: las carencias sociales sufridas por el agente, su cultura y costumbres y los intereses de la víctima, de su familia o de quienes dependen de ella, y que generalmente sirven al juzgador para graduar la culpabilidad del agente en el hecho punible. (Prado, 2010, p. 112).

La determinación de la pena del artículo 45° del Código Penal está referida tanto a la imposición de la sanción penal como a lo relativo a la suspensión de ejecución de la pena, la reserva del fallo condenatorio, la conversión de la pena privativa de libertad en multa y los plazos para el pago de esta, por lo que no se refiere a las situaciones precisas señaladas por el artículo 46° del Código Penal mediante las cuales, el juzgador, en forma puntual, previo examen de las categorías del delito, señala las sanciones a imponer al sujeto activo del delito, es decir, determina la pena dentro del marco punitivo.

Debe señalarse que el Código Penal prevé un modelo unitario y genérico de aplicación judicial de la pena; es decir, no existen tratamientos diversos en razón de la naturaleza del delito o el autor del delito, ni ninguna diferenciación, en virtud del principio de igualdad, puesto que el sistema de determinación judicial de la pena previsto en los artículos 45° y 46° del Código Penal está referido a un sistema unitario, conforme se aprecia en el Derecho Comparado (Alemania, Colombia, España, entre otros). Por ello, resulta necesario que se valoren en forma integral todos los criterios de determinación de la pena, señalados en los artículos antes mencionados, y las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, teniendo en cuenta la culpabilidad del agente y los fines preventivos generales y especiales de la pena. García (2012, p. 710-743)

Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente

Este criterio hace referencia al principio de co-culpabilidad de la sociedad en la comisión del hecho punible por parte del agresor y conduce a valorar el grado del injusto penal cometido.

En ese sentido, la sociedad hace un mea culpa (aunque sea en forma declarativa) porque indirectamente propició que el sujeto activo cometiera el delito, debido a que no le brindó las mismas oportunidades de desarrollo dentro del grupo social. En consecuencia, reconoce que su culpabilidad es menor; lo que de ninguna forma significa una actitud permisiva para la comisión de hechos punibles y permanente vulneración de bienes jurídicos.

La cultura y sus costumbres

El grado de culpabilidad del agente activo del delito puede apreciarse conforme al grado de cultura que muestre y las costumbres que desarrolla en su vida cotidiana, ya que de esa forma se aprecia un mayor o menor grado de reprochabilidad por el hecho punible cometido.

Como el Perú es pluricultural, no puede brindarse similar tratamiento a una persona que ha cometido un hecho punible sin tener conocimiento de la trascendencia de su acto, al encontrarse fuera de nuestro ámbito cultural y social (v. gr. el caso de ciertas tribus de la Amazonía o en zonas andinas).

Debido a ello, es indispensable que en esos casos, el juzgador valore en forma precisa la aplicación del denominado error de comprensión culturalmente condicionado.

Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen

Resulta de interés al momento de fundamentar y determinar la pena la posición de la víctima del hecho punible, de su familia o de las personas que de ella dependen, ya que muchas veces se toma especial atención en el autor del delito, mas no en la víctima, y en ese sentido, esta circunstancia sirve para tener en cuenta a la persona agraviada con el hecho punible y determinar en forma justa la pena que le corresponde al autor del delito.

El juzgador deberá valorar la posición de la persona agraviada por el hecho punible, y ello incluye a su familia y a las personas que dependan de ella. Debido a la importancia del estudio de la posición de la víctima, se ha desarrollado a nivel científico la victimología, disciplina que se encarga del estudio de la víctima del delito, lo cual es esencial para comprender la posición del agraviado desde el análisis criminológico y también resulta vital para fundamentar la pena a aplicar al responsable del hecho punible.

2.2.4.5.4.- Las circunstancias de determinación de la pena en el Código Penal

La determinación judicial de la pena presenta una serie de factores que constituyen reglas generales de aplicación. Estos factores están vinculados al principio de la pena conforme a la culpabilidad, así como al principio de prevención de la pena, ya sea en su vertiente general y especial.

Conforme a la legislación nacional, podemos indicar que el artículo 46 del Código Penal, señala en forma taxativa diversas reglas, en forma de principios jurídicos que regulan la actividad que el juez deberá tomar en cuenta al momento de determinar la pena a imponer.

El artículo 46 del Código Penal contiene un catálogo de circunstancias modificativas generales que deberán ser valoradas por el juzgador al

momento de determinar e imponer una pena. Ello debido a que estas circunstancias se constituyen en parámetros de los factores de determinación. Esta previsión legal tiene su origen en el artículo 51 del Código Penal.

La medición de la pena conforme al Código Penal, se basa en la gravedad del hecho punible y en la responsabilidad del agente, sin considerar las circunstancias que forman parte del tipo legal y además, al lado del principio de merecimiento de pena, hay que añadirle la necesidad de pena. Conforme refieren Luis Bramont Arias y Luis Bramont-Arias Torres: "la pena se mide en el caso particular tomando en cuenta la magnitud del injusto, la magnitud de la responsabilidad y admitiendo el correctivo de la necesidad de la pena", por ello el catálogo de circunstancias genéricas que menciona el artículo 46 del Código Penal nacional está referido a las tres situaciones antes mencionadas.

Para Jescheck: "en una apreciación más general, los factores del proceso de determinación judicial de la pena, pueden reseñarse en principios generales que afectan a todos los preceptos penales. Además, dicho autor refiere "que no hay todavía una parte especial de la teoría de la determinación de la pena, en la que se pudieran explicar aquellos factores determinantes de la pena en los tipos singulares.

Esta última apreciación es razonable, puesto que conforme se propone, la determinación judicial de la pena se concebiría con un criterio criminológico y específico a los tipos delictivos lo que coadyuvaría a efectuar una aplicación de la pena más precisa al injusto y a la culpabilidad, y teniendo en cuenta los fines de prevención mixta de la pena.

Debe considerarse que las circunstancias de determinación de la pena asumen, en el sistema penal nacional, el carácter de genéricas, por tratarse de un sistema unitario y flexible de determinación judicial de la pena, por lo cual, el juzgador, deberá valorar, en forma razonada y suficiente, las

circunstancias fácticas que se presenten en el caso, conforme a los parámetros de medición, a fin de individualizar la pena adecuada.

A continuación, se efectuará un análisis breve de las circunstancias que contempla el mencionado artículo 46 del Código Penal, siguiendo para ello a Prado (2010, p. 130-140).

La naturaleza de la acción

Por medio de la naturaleza de la acción desplegada por el sujeto activo del delito es posible considerar la dimensión del injusto penal cometido. Esta circunstancia hace referencia a la cuantificación del injusto penal, verificándose su magnitud, especialmente, el grado de anti-juridicidad o contradicción de la conducta con el Derecho; al respecto, deberán tenerse en cuenta los casos de concursos de delitos, real o ideal y el delito continuado, ya que resultan necesarios para cuantificar el injusto penal en su real dimensión. A efectos de determinar la pena.

En esta circunstancia se incluye la magnitud del daño ocasionado por el delito, ya sea un daño físico o moral; en la tentativa y en los delitos de peligro, debe tenerse en cuenta, además, el grado de puesta en peligro del objeto de acción protegido.

Para apreciar la naturaleza de la acción delictiva, el juzgador deberá valorar el tipo de delito que se ha cometido, así como la forma de ejecución en que ha incurrido, puesto que resulta distinto el hurto de la billetera de un transeúnte distraído que un hurto en el que se emplean sofisticados mecanismos informáticos, con los que se acceden a diversas cuentas bancarias. Esta forma de actuación nos advierte en forma explícita sobre la dimensión y trascendencia del injusto penal cometido.

Los medios empleados

Esta circunstancia guarda relación con la anterior, en cuanto servirá para coadyuvar a dimensionar el injusto penal cometido, puesto que resulta importante valorar si la ejecución del delito se realizó con los medios

eficaces para tal fin y que el medio empleado pudo no solo dañar a la víctima o a otras personas, sino además a otros bienes jurídicos.

Por lo tanto, resulta importante para el juzgador valorar los medios empleados para consumar el delito, para así cuantificar la magnitud del injusto penal cometido por el agente activo del hecho punible.

La importancia de los deberes infringidos

De la misma forma que la anterior circunstancia, esta guarda relación con la dimensión del injusto penal cometido, pero no solo eso, sino que también resulta necesario considerar las condiciones personales y sociales del sujeto activo del delito y si guarda relación con la víctima.

En ese sentido, debe considerarse que cometer un injusto penal mediante infracción de deberes específicos, genera una circunstancia agravante que deberá ser valorada en forma adecuada por el juzgador.

Piénsese en el caso del agresor sexual de un menor que abusa del grado de parentesco que tiene con la víctima, en la cual se advierte la dimensión del injusto penal cometido y la importancia de los deberes infringidos.

La extensión del daño o peligros causados

Esta circunstancia nos revela la cantidad del injusto penal que recae sobre el bien jurídico en el caso particular, lo que deberá ser valorado por el juzgador en forma específica, en cada delito sometido a su conocimiento.

El daño causado se refiere al perjuicio a la víctima y la afectación al bien jurídico, mientras que el peligro causado por la conducta ilícita se refiere a la situación producida por una acción ilícita frente al bien jurídico. Conforme anotan Luis Bramont Arias y Luis Bramont-Arias Torres: "la circunstancia de que el grado de injusto se tome en cuenta para la cuantificación de la pena al autor, pone de relieve la naturaleza personal del injusto en nuestra ley penal".

Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión

Estas circunstancias son consideraciones de carácter temporal y espacial, que indican la magnitud del injusto penal cometido y que son empleadas por

el sujeto activo del delito para ejecutar el hecho punible. El caso más emblemático es el del robo a mano armada, durante la noche o en lugar desolado.

Los móviles y fines

Esta circunstancia sirve para que el juzgador mida en forma objetiva el reproche que merece el sujeto activo del delito, teniendo en cuenta la motivación y finalidad del agente para cometer el delito.

En general, esta circunstancia se refiere al grado de responsabilidad, es decir, el grado de reproche que le afecta al autor del delito, por no haberse comportado conforme a la norma, pudiéndolo haber hecho. La motivación es uno de los criterios para establecer la reprochabilidad. Atendiendo a esta circunstancia, el juzgador deberá buscar o reconstruir la voluntad del sujeto activo del delito, al momento de transgredir la ley.

La unidad o pluralidad de agentes

Esta circunstancia hace referencia a la cantidad de personas o agentes que intervienen en la comisión del delito, como sujetos activos, puesto que resulta de mayor peligrosidad para el agraviado y ello puede llevar a determinar si ha existido un acuerdo de voluntades y distribución de acciones coordinadas para cometer el delito.

Esta circunstancia también sirve para medir el grado de responsabilidad del autor o partícipes del hecho punible, y con ello, para discriminar la imposición de la pena.

La edad, educación, situación económica y medio social

Mediante estas circunstancias se intenta conocer las condiciones personales y económicas del agente, así como su capacidad de motivación en la norma penal. Dichos factores se vinculan con el grado de culpabilidad y el reproche que le debe recaer. Además, sirven para valorar la culpabilidad del agente al momento de cometer el hecho.

Si bien es cierto no se puede imponer al agente una pena por el medio social en el que ha vivido o por la situación económica que ostenta, estos factores

sirven al juzgador para tomar conocimiento del agente y el reproche que debe hacerse al imponer la pena. Además, esta situación guarda relación con el grado de co-culpabilidad de la sociedad en la comisión del delito, ya que el Estado es consciente de que no puede brindar las mismas facilidades de desarrollo a todos los integrantes del grupo social, reconociendo de esta forma que el delito, también es debido a las falencias del Estado que no puede cumplir en forma eficiente con las políticas de orden económico, social, criminal y de desarrollo integral que le son competentes.

La reparación espontánea que hubiere hecho del daño

Esta circunstancia es posterior a la comisión y ejecución del delito y constituye la conducta del agente, posterior al hecho punible. Resulta loable que el sujeto activo del delito, una vez consumado este, de modo propio repare el daño que ha propiciado, en una actitud que revela conciencia y cierto arrepentimiento por el daño causado.

La consideración sobre la conducta posterior a la comisión del delito, debe ser sometida a una valoración con carácter indiciario, puesto que se evaluará la conducta del agente después de que ejecutó el hecho; en ese sentido, si luego del delito el agente procedió a ayudar a la víctima o a reparar el daño cometido por su conducta punible, esta situación podrá atenuar la pena o si, por el contrario, luego del delito, el agente escapó y dejó sin auxilio al agraviado, esta situación resultaría agravante y será analizada durante la determinación de la pena.

La reparación del daño causado consiste básicamente en la supresión de las consecuencias materiales del hecho punible cometido por el agente.

La confesión sincera antes de haber sido descubierto

Mediante esta circunstancia se somete a valoración un acto voluntario de arrepentimiento, posterior al delito cometido, el cual debe presentarse antes de que el agente del delito haya sido descubierto.

Se debe apreciar la voluntariedad del agente y no que se vea compelido a efectuar la confesión por haber sido descubierto luego de una investigación.

Con esto, se aprecia la voluntad del agente de facilitar resultados más eficaces sistema de justicia, reconociendo su culpabilidad en el injusto cometido, aún antes de tener conocimiento del evento delictivo.

Así pues, tenemos el caso de que el agente activo concurra a la comisaría del sector a fin de ponerse a disposición de las autoridades, por haber cometido un homicidio culposo. Esta circunstancia es de orden sustantivo, no obstante, existe también la circunstancia prevista en el ámbito orden procesal, en nuestra legislación, conforme señala el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales. Debe considerarse que no constituye confesión sincera cuando agente ha sido sorprendido en situación de flagrancia delictiva, ya que en el caso no se aprecia un acto voluntario.

Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente

Este tipo de circunstancia es de naturaleza abierta, ya que permite que el juzgador, en el desarrollo de la función jurisdiccional, valore otro tipo de circunstancias, no mencionadas ni legisladas, que puedan llevar al conocimiento la personalidad del sujeto activo del delito. Resulta importante en cuanto a personalidad del agente, la valoración de las condiciones personales de es así como las condiciones económicas en que se encontraba al momento de comisión del hecho punible.

La condición económica del agente podrá ser valorada en el sentido de que se puede apreciar y diferenciar su grado de necesidad económica, en el caso del agente que comete el ilícito patrimonial por carecer de alimentación como factor atenuante de pena a favor del agente.

Se considera que dentro del factor de la personalidad del agente, debe atenderse a la necesidad de resocialización del agente; en consecuencia, el juzgador debe considerar los efectos de la pena a imponer tanto en el agente, como en su futura resocialización, en su nivel social, trabajo, familia, entre otros ámbitos en los que se desarrolle en el grupo social.

La habitualidad del agente al delito

La Ley N° 28726 del 09/05/2006 incorporó esta circunstancia y, además, el artículo 46-C, en el que se realiza una definición de habitualidad: cuando el agente comete un nuevo delito doloso, siempre que se trate de al menos tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años.

Como factor para individualizar la pena, el juzgador deberá considerar si el agente tiene la característica de habitualidad al delito. La habitualidad en el delito constituye una circunstancia agravante y el juez podrá aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

La reincidencia

Mediante esta circunstancia, incorporada mediante la Ley N° 28726, del 09/05/2006, se incorpora el presente inciso, en el que se señala que el juzgador deberá verificar si el agente después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en un nuevo delito doloso, tendrá la condición de reincidente, la cual será considerada como circunstancia agravante.

Además de que, en ese caso, el juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, no pudiendo computarse los antecedentes penales cancelados.

2.2.4.5.5.- Reglas específicas para la aplicación de la pena

Habiéndose señalado las reglas generales que se emplean en la aplicación judicial de la pena, debe considerarse que estas asumen otro matiz, más específico, en cuanto se puede presentar una situación que implique concurso de delitos, sea real o ideal, delito continuado y delito masa.

Durante mucho tiempo por nuestro Código Penal, no se permitía la acumulación de las penas o el aumento del marco penal abstracto, sino la absorción de las penas más leves por la pena más grave, ya que los artículos

48°, 49° y 50° del CP establecían conjuntamente que, en caso de concurso ideal o real de delitos, así como de delito continuado, la pena aplicable sería la más grave, configurando una excepción sólo en caso del delito masa (artículo 49° del CP) donde se dispone un aumento de la pena en un tercio respecto de la pena máxima prevista, lo que significa asumir un criterio de exasperación. Empero, la situación descrita ha cambiado con la última modificación realizada a los artículos 48° y 50° del Código penal (Ley 28726 del 09.05.2006), pues la regla general en el concurso de delitos ya no es la absorción de las penas más leves por el marco penal abstracto más grave. En el concurso ideal de delitos se asume el criterio de la exasperación (incremento de la pena más grave hasta en una cuarta parte con el límite de 35 años), en el concurso real la acumulación de penas (sumatoria de las penas fijadas para cada delito hasta un máximo del doble de la pena más grave sin superar los 35 años), dejando solamente el delito continuado bajo el criterio de la absorción (la pena del delito más grave).

Asimismo, conforme al Acuerdo Plenario N° 04-2009 cada delito en situación de concurso real de delitos mantiene su pena básica (o marco penal abstracto), procediendo el juez a determinar, en un primer momento, la pena concreta de cada delito en situación de concurso. En una segunda etapa, se debe sumar las penas concretas de cada uno de los delitos, resultando así la pena concreta total del concurso real. Esta pena total tiene una doble limitación: no debe superar los 35 años o el doble de la pena concreta del delito más grave. Si uno de los delitos se sanciona con cadena perpetua, entonces solamente se aplicará esta pena. Situación similar se da en el caso del concurso real de faltas, tal como lo señala el Acuerdo Plenario N° 4-2009.

De esa forma, el art. 46⁵ del Código Penal establecería dos pautas genéricas de tasación de la pena, *el grado de injusto y el grado de culpabilidad*.

⁵**Artículo 46 CP.- Individualización de la pena:** Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, considerando especialmente:

1. La naturaleza de la acción;
2. Los medios empleados;

Las primeras hacen una clara referencia a la cuantía del injusto, es decir al grado de antijuridicidad, de contrariedad de la conducta con el derecho, con el orden jurídico. *Las segundas*, buscan medir la capacidad para delinquir del agente, lo que es deducido de factores que hayan actuado de manera de no quitarle al sujeto su capacidad para dominarse a sí mismo y superar el ambiente.

2.2.4.5.6.- Circunstancias que influyen en la Determinación de la Pena

La determinación de la pena trae consigo, necesariamente la sistematización de todas las normas penales que a ella se referían. Esquematicemos ello con el siguiente cuadro:

Tabla 4: Normas del Código Penal

| EN EL CODIGO PENAL | |
|--|---|
| Art. 13.- Omisión Impropia | La pena del Omiso podrá ser atenuada. |
| Art. 14.- Error de prohibición vencible | Se atenuará la pena. |
| Art. 15.- Error culturalmente condicionado | Se atenuará la pena. |
| Art. 16.- Tentativa | Disminución prudencial de la pena. |
| Art. 21.- Responsabilidad restringida | Disminución Prudencial de la pena hasta límites inferiores al límite legal. |
| Art. 22.- Responsabilidad restringida por edad | Disminución prudencial de la pena. |
| Art. 25.- Complicidad Secundaria | Disminución prudencial de la pena. |
| Art. 46-A.- Agravante por sujeto activo | Aumentar 1/3 del máximo legal de la pena. |

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

| | |
|----------------------------------|--|
| Art. 46-B.- Reincidencia | Aumentar 1/3 del máximo legal de la pena. |
| Art 46-B.- Reincidencia –Indulto | Aumentar 1/2 del máximo legal de la pena. |
| Art. 46-C.- Habitualidad | Aumentar 1/2 del máximo legal de la pena. |
| Art. 48.- Concurso Ideal | Incrementarse en 1/4 el máximo de la pena más grave. |
| Art. 49.- delito Continuado | Incrementarse en 1/3 el máximo de la pena más grave. |

Fuente: Código Penal Peruano

Tabla 5: Normas del Código Procesal Penal

| EN EL CODIGO PROCESAL PENAL | |
|------------------------------------|---|
| Art. 160.- Confesión Sincera | Disminución prudencial de la pena hasta en 1/3 por debajo del mínimo legal. |
| Art. 471.- Terminación Anticipada | Reducción de la pena en 1/6. |

Fuente: Código Procesal Penal Peruano

2.2.4.5.7.- Circunstancias modificatorias de la pena

El presente ítem, es uno de los más problemáticos en la determinación de la pena. En tal sentido a e efectos de esclarecer esta circunstancia, es necesario describir las tendencias jurisprudenciales y doctrinales:

El Acuerdo Plenario N° 08-2008/CJ-116, en el cual se describen los siguientes contextos:

- . Las circunstancias comunes o genéricas, -como ya se ha expuesto et supra- operan en el proceso de determinación de la pena de cualquier delito, como es el caso de las previstas en los artículos 45° y 46° del Código Penal, con la salvedad que solo se pueden considerar dichas agravantes a efectos de la individualización de la pena, cuando no sea

específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, es decir, que a veces por la propia estructura del tipo penal no se pueden aplicar. Con ello se respeta la prohibición del principio de la doble valoración del injusto y del reproche penal. En el caso específico del art. 46-A del CP., su aplicación es exclusivamente para delitos donde no se requiere una cualidad especial en el sujeto activo –miembros de las fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público-.

. Las circunstancias especiales o específicas, que son aquellas que están señaladas para un delito determinado o un grupo de delitos solamente⁶.

. Las circunstancias denominadas elementos típicos accidentales, son aquellos que concurren con una conducta típica. Esta circunstancia se anexa a una conducta típica y forma un tipo penal derivado, este es el caso del delito de parricidio.

A lo indicado, debemos agregar que el maestro **Prado (s.f.)**, funda la existencia de un tercer tipo de circunstancias que son importantes tener en cuenta, sobre todo por la praxis que se visualiza en nuestros operadores, me refiero a las circunstancias por su relación con la pena conminada. Empero, en este escenario se presenta una corriente diferente cimentada por **García (2008, pp. 703 y ss)**, quien trata las circunstancias modificatorias de la responsabilidad de la pena de una manera distinta, en principio las define como: “una circunstancia que tare consigo un efecto agravatorio o atenuatorio del marco penal abstracto”, señalando que éste último debe entenderse como el intervalo de pena establecido en un determinado tipo penal. Precizando además que el marco penal abstracto⁷, puede ser modificado por las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, dentro de las que clasifica a las agravantes genéricas y a las atenuantes genéricas añadiendo al concurso de delito, es decir, que la pena abstracta

⁶Así por ejemplo las previstas en el art. 189° del CP., que opera únicamente en el delito de robo; el art. 186° que opera únicamente en el delito de hurto, el art. 297 en el delito de tráfico ilícito de drogas; y el delito masa, regulado en el último inciso del primer párrafo del art. 49 del CP, que opera en el delito continuado.

⁷ El profesor García Caveró, entiende como marco penal abstracto a lo que el Tribunal Constitucional llama Pena conminada.

podría modificada por *circunstancias genéricas agravantes* como *atenuantes*.

2.2.4.5.8.- Consecuencias

Centralmente son dos las consecuencias, una de orden positivo, en el sentido que se tiene determinado el marco legal concreto *-el tercio inferior, intermedio o superior-*; y otra de orden negativo, en el sentido de que no se puede considerar nuevamente las circunstancias para efectos de la concreción de la pena puntual:

- La determinación del marco legal concreto como efecto de las circunstancias genéricas.
- La prohibición de considerar otra vez las circunstancias para efectos de la concreción de la pena.

2.2.4.6.- Determinación Judicial de la pena en la Tentativa de delitos

2.2.4.6.1.- Consecuencia penal de la Tentativa

La tentativa viene a constituir un dispositivo amplificador del tipo penal, que tiene como función primordial ampliar el campo de responsabilidad penal dentro del iter criminis. Por regla general la consumación de los delitos dolosos, suponen en su realización la coincidencia del aspecto objetivo y subjetivo del tipo; ahora, cuando el agente realiza el aspecto subjetivo, pero no el objetivo, o realiza este último de manera parcial, nos encontraremos ante las denominadas formas imperfectas de realización del delito, entre ellas, precisamente la tentativa.

El artículo 16° -primer párrafo- del Código Penal prescribe: “En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo”. De esta descripción se desprende la concurrencia de tres requisitos que conforman el tipo de la tentativa, estos son: a) la decisión de cometer el delito (tipo subjetivo); b) el comienzo de la ejecución del delito (tipo objetivo); y c) la no realización de la consumación.

Asimismo, se afirma que la tentativa es un tipo dependiente, ya que sus elementos no se constituyen por sí mismos, sino que se hallan referidos a un tipo penal determinado. Así pues “No hay delito de tentativa sino tentativa de delitos, toda vez que el dispositivo amplificador no consiste en otra cosa que en la proyección retrospectiva del mismo tipo (consumado)” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2000, p. 775).

El segundo párrafo del artículo 16° del Código Penal prescribe que en caso de tentativa la pena será disminuida prudencialmente por el juez, lo que implica una pena siempre por debajo del mínimo legal, criterio que es compartido por los doctores Prado (2010, p. 142), Villavicencio (2006, p. 449), Rojas (2009, p. 462 y ss) y García (2012, p. 743). Asimismo, del propio tenor del mencionado párrafo se establece que tal reducción de pena tiene el carácter de obligatoria o preceptiva y no meramente facultativa, es decir, que la consecuencia asignada resulta impuesta por el legislador.

Por otro lado, siguiendo la línea doctrinaria que advierte en la tentativa una circunstancia atenuante privilegiada, se debe estar a lo prescrito en el Art. 45°-A inc. 3 lit. a del Código Penal, en el sentido que la pena concreta debe fijarse por debajo del tercio inferior o, en otras palabras, por debajo del mínimo legal de la pena conminada. Sin embargo, y atendiendo a que el efecto de la circunstancia atenuante privilegiada orienta a definir un nuevo marco penal (conforme así lo ha establecido el Acuerdo Plenario Nro. 1-2008) los problemas surgen en cuanto a dilucidar ese nuevo marco, de manera particular, respecto a su límite mínimo (no existiendo mayor inconveniente en cuanto a su límite máximo, pues el mismo estará constituido por el mínimo de la pena conminada), pues, conforme se ha dicho, el anotado artículo 16° del Código Penal solo contiene una fórmula genérica de que la tentativa se reprimirá “disminuyendo prudencialmente la pena”. Imprecisión legal que no sucede en el caso de las circunstancias agravantes cualificadas, como son, entre otras, la reincidencia (artículo 46°-B) y la habitualidad (artículo 46°-C) en las que se indica que el juez

aumenta la pena -en su forma básica- hasta en una mitad y hasta en un tercio, por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, respectivamente.

2.2.4.6.2.- Alternativas de solución

- Aplicación del Artículo 29° del Código Penal.

Una primera alternativa de resolver el problema planteado viene dado por la posición que señala que el nuevo marco penal que plantea la existencia de la tentativa como circunstancia atenuante privilegiada, es la aplicación complementaria del artículo 29° del Código Penal (que establece los límites genéricos de las penas privativas de la libertad temporales), con el cual el referido marco se encontraría configurado en su extremo máximo legal con la pena mínima conminada inicialmente y el *nuevo extremo mínimo* en dos días de pena privativa de la libertad.

Sin embargo, esta forma de solucionar la indeterminación del límite mínimo de la tentativa resultaría en la práctica atentatoria al principio de proporcionalidad en la determinación de las penas, pues se correría el riesgo (amparados en una discrecionalidad absoluta por parte del juzgador) de imponer penas privativas de la libertad de cortísima duración, con lo estigmatizante que ello podría resultar y atentatorio a los fines de la pena (finalidad de prevención especial), y si bien, en este escenario, se tiene la posibilidad de imponer penas alternativas a la privativa de la libertad (como la suspensión condicional o la reserva del fallo condenatorio), empero, esto no quita la determinación de una pena que resultaría muy por debajo de la que racional y proporcionalmente debería corresponder a un caso en concreto, más aún si se trataron de comportamientos que estuvieron dirigidos a lesionar bienes jurídicos de primer orden, como la vida, la integridad y libertad personales, y que por razones ajenas a la voluntad del agente, no lograron llegar al grado consumativo. Así pues, nos encontraríamos en un escenario de discrecionalidad judicial poco razonable para la seguridad jurídica de los ciudadanos.

- Aplicación extensiva de otras circunstancias cualificadas o de reglas de reducción por bonificación procesal.

En principio, se debe recordar que tanto las circunstancias atenuantes privilegiadas como las circunstancias agravantes cualificadas forman parte de un grupo de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal (o circunstancias cualificadas conforme se denominan en el Acuerdo Plenario Nro. 1-2008) que cuya eficacia incide directamente en la estructura de la pena conminada, es decir, que sus efectos alteran o modifican los límites mínimos o máximos de la penalidad legal prevista para el delito, configurando un nuevo marco de conminación penal.

Ahora, si bien es cierto que ambas circunstancias -atenuantes y agravantes- comparten la calidad de “cualificadas”, con lo cual podría pensarse en una eventual asignación de las consecuencias previstas para las circunstancias agravantes cualificadas, a las llamadas circunstancias atenuantes privilegiadas (entre ellas a la tentativa), esto es, el establecimiento en éstas de alguno de los grados o criterios porcentuales (una mitad, un tercio o hasta dos tercios) comprendidas en aquéllas, sin embargo, no se puede perder de vista que el artículo III del Título Preliminar del Código Penal prohíbe la aplicación de la analogía, entre otros, para determinar la pena, y si bien se podría sostener que tal procedimiento obedece a un tipo de analogía *in bonam partem*, empero, tal aplicación resultaría válida siempre y cuando ambas materias resulten semejantes, pero en realidad aun cuando ambos tipos de circunstancias comparten el hecho de ser “cualificadas”, sin embargo, las primeras (agravantes) se fundamentan en la condición del sujeto activo, el grado de reiterancia delictiva -reincidencia y habitualidad- en el uso de menores de edad en la comisión de delitos y en el abuso del parentesco, mientras que las segundas (atenuantes) se fundamentan -entre otros- en la no consumación del delito habiendo quedado solo en la realización de actos ejecutivos (tentativa), con lo cual se advierte que entre

ambos institutos existen diferencias de fondo significativas, no autorizándose de esta forma la analogía.

A pesar de lo expuesto, y siendo necesario el establecimiento en la práctica de un límite mínimo a considerar cuando se presente el tipo de la tentativa (mientras no se regule expresamente tal materia vía una modificatoria legislativa), es de tener en consideración la existencia de otras instituciones que ostenten incidencia en la determinación de la pena por debajo del mínimo legal, siendo este el caso de la institución de corte procesal de la Confesión Sincera, regulada en el artículo 160° del Código Procesal Penal y cuyo efecto de bonificación se encuentra establecido en el artículo 161° del indicado código que señala: *“El juez puede disminuir prudencialmente la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal (...)”*. Que no solo por configurar una regla de reducción de pena (que resulta ser la más beneficiosa de entre los otros institutos procesales, como son la Terminación anticipada -reducción de la pena hasta en un sexto- y la Conclusión Anticipada -reducción de la pena hasta en un séptimo-), sino por comprender un porcentaje (de 1/3) que resulta racional y proporcional a los efectos de la tentativa, ello en virtud a que ese marco punitivo permite la determinación de una pena concreta que reconoce -a priori- la realización de actos ejecutivos y la intencionalidad por parte del agente del delito dirigida a lesionar un bien jurídico, resultando para casos graves la determinación de una pena que no solo cumpliría con los postulados de proporcionalidad, sino además con los intereses de la sociedad de imponer sanciones que procuren la paz social.

- Legislación comparada.

a) España

El artículo 62° del Código Penal español establece: *“A los autores de tentativa de delito se les **impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado**, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de*

ejecución alcanzado”.

El *descenso* a la pena inferior en dos grados. Esta rebaja tiene carácter potestativo. La decisión judicial de descender o no a la pena inferior en dos grados vendrá determinada, pues, a través de dos criterios: el peligro inherente al intento y el grado de ejecución alcanzado. En cuanto al primero, el órgano judicial valorará el grado de riesgo que el acto, o actos, realizado haya supuesto para la obtención del resultado (consumación). El legislador se refiere al concreto peligro que la conducta haya supuesto para los bienes jurídicos protegidos por el tipo delictivo. El otro factor a tener en cuenta, como ya se ha dicho, es el “grado de ejecución alcanzado”, pues, evidentemente, desde que el agente inicia la ejecución mediante un hecho exterior hasta que puede alcanzar la consumación, el grado de desarrollo imperfecto puede variar en función no solo del número de actos realizados, sino también de la distinta idoneidad para alcanzar el resultado. De esta forma se habla (con base en el artículo 16, y no en el 62; esto es importante a los efectos punitivos) de tentativa acabada y de tentativa inacabada. (Aguilar y Cango, 2015, p. 193-194).

Por otro lado, se debe tener en cuenta que cuando tal norma habla de “grado”, el mismo es equivalente a la mitad de la pena de la que se trate (pena mínima o máxima).

b) Argentina

El Código Penal argentino establece: “Artículo 42°. - El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44. (...) Artículo 44°.- *La pena* que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, *se disminuirá de un tercio a la mitad*. Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será *reclusión de quince a veinte años*. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será *prisión de diez a quince años*. (...)”.

c) Ecuador

El Código Penal ecuatoriano en su artículo 46° establece: “Los autores de tentativa sufrirán *una pena de uno a dos tercios de la que se les habría impuesto si el delito se hubiere consumado*. Para la aplicación de la pena se tomará necesariamente en consideración el peligro corrido por el sujeto pasivo de la infracción y los antecedentes del acusado”.

d) Uruguay

El artículo 87° del Código Penal uruguayo establece: “El delito tentado será *castigado con la tercera parte de la pena que correspondería por el delito consumado pudiendo elevarse la pena hasta la mitad*, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y la peligrosidad del agente”.

e) Colombia

El artículo 27° del Código Penal colombiano señala: “El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, *incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada*. Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, *incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación*, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla”.

f) Chile

El artículo 52° del Código Penal chileno prescribe: “A los autores de tentativa de crimen o simple delito, a los cómplices de crimen o simple delito frustrado y a los encubridores de crimen o simple delito consumado, se *impondrá la pena inferior en dos grados a la que señala la ley para el crimen o simple delito*”.

Conforme se advierte de las prescripciones contenidas en las legislaciones comparadas (sudamericanas y europea), todas ellas establecen criterios (ya sea en términos porcentuales o de grados) para establecer un límite mínimo a considerar en el establecimiento de la pena concreta cuando se presente la circunstancia atenuante privilegiada de la tentativa. Así las legislaciones de Argentina, Ecuador, Uruguay y Colombia, entre sus alternativas, ofrecen el criterio porcentual de la tercera parte (1/3), el mismo que, conforme se ha explicado, resulta ser racional y proporcional a los efectos penales de la tentativa.

2.3.- Hipótesis

2.3.1.- Hipótesis General

Los jueces penales unipersonales de las ciudades de Cajamarca (juzgado colegiado supraprovincial), Chota y Leimebamba para graduar la pena concreta en los casos donde se presente la tentativa, en el que se adolece de límites mínimos, requiere del análisis y aplicación de los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad, humanidad y seguridad jurídica, además de la función preventiva de la pena.

2.3.2.- Hipótesis Específicas

a.- La naturaleza jurídica de la tentativa determina que se trata de una atenuante privilegiada cuya problemática en la determinación de la pena concreta radica en el hecho de que no existe un límite mínimo expreso hasta dónde se pueda reducir la indicada pena.

b.- Los jueces penales unipersonales de las localidades de Cajamarca (juzgado colegiado supraprovincial), Chota y Leimebamba en su labor de determinación de la pena, en los casos donde se presenta la tentativa, deben aplicar los principios de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, lesividad, humanidad, y seguridad jurídica, así como el fin preventivo de la pena, fundamentando en cada caso su pertinencia.

CAPITULO III
PROCEDIMIENTO METODOLOGICO

3.1.- Tipo de Investigación

El tipo de Investigación es Básica, en tanto se buscó obtener conocimiento sobre los criterios rectores que permiten graduar la pena concreta en el supuesto de tentativa de delitos, en razón a que en la legislación penal sustantiva se adolece de límites mínimos para la dosificación de la pena.

3.2.- Diseño y Nivel de Investigación

La estrategia que se siguió para poder alcanzar los objetivos propuestos corresponde a un **diseño de investigación no experimental**, en tanto no se manipularon las variables, sino que se observó la realidad tal cual.

Bajo el diseño de investigación **no experimental** la investigación es **longitudinal**, ya que los **datos a correlacionar fueron recolectados en un periodo o espacio de tiempo determinado (enero 2015 a agosto 2017)**, esto es, en el caso de las **Sentencias Penales Condenatorias emitidas en los procesos donde ha concurrido el supuesto de tentativa**, donde se debate: a) los hechos atribuidos, b) la calificación jurídica, c) grado de participación, d) los medios de prueba que acreditan la comisión del delito, la responsabilidad del autor y e) la sanción penal correspondiente realizando la dosificación de la pena y reparación civil.

En los estudios de tipo longitudinal la unidad de análisis es observada en un espacio en el tiempo. En este caso “La emisión de la Sentencia Condenatoria” que son observados para apreciación en un momento determinado.

El nivel de investigación corresponde a la **investigación teórica**, la cual consiste en un sistema de saber generalizado que explica científicamente la realidad, una elaboración mental de carácter orgánico, con una estructura interna compleja integrada por categorías, principios y leyes para interpretar su esencia, que emana de la actividad cognoscitiva (científica) y que encuentra en la práctica su criterio de verdad y aplicabilidad en el proceso de transformación de la realidad.

a.- Operacionalización de Variables

Tabla 6: Operacionalización de Variables

| Variable | Definición operacional | Dimensiones | Instrumento y Técnicas |
|---|---|---|--|
| Fundamentos jurídicos para la determinación de la pena concreta en los casos donde se presenta la tentativa | Mediante las discusiones dogmáticas y hermenéuticas se expondrá que es posible determinar la pena concreta en los casos donde se presente la tentativa, aplicando los principios rectores sobre determinación de pena (legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, humanidad y seguridad jurídica) y los fines de la pena. | La aplicación de los principios de (legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, humanidad y seguridad jurídica | Fichas Documental de recojo de información |
| | | Se protege el derecho al debido proceso | |
| | | La obtención de penas justas | |
| La aplicación de los principios de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, lesividad, humanidad, así como el fin preventivo de la pena | Se iniciará el debate aclarando el significado de cada dimensión y luego se discutirá su pertinencia o no como fundamento jurídico para poder determinar la pena concreta en los casos donde se presente la tentativa. | | - Encuesta |
| Obtención de penas Justas | | | - Análisis Documental (Sentencias) - Ficha Documental |

3.3.- Métodos de Investigación

3.3.1. Método dogmático

Considerando que la investigación tiene que revisar categorías como los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad, humanidad y seguridad jurídica, además de la función preventiva de la pena, se va a necesitar de los grandes aportes que se hayan realizado a nivel doctrinal. Por ello, será necesario recurrir al método dogmático, pues este método alcanza un mayor rigor en teorizar. Mientras que la exégesis trabaja fundamentalmente con normas legales, la dogmática recurre a la doctrina nacional y extranjera, el Derecho Comparado y, ocasionalmente, a la

jurisprudencia. Por ello su enfoque se desenvuelve sobre bases más amplias. (Ramos, 2005, pp. 104-105)

Significa entonces que, como se dijo en su momento, la evaluación de la hipótesis será de tipo argumentativo. Motivo por el cual el método indicado será de utilidad.

3.3.2. Método Hermenéutico

A través de este método específico buscaremos interpretar y comprender, de manera sistematizada, la regulación penal y procesal penal en nuestro medio, y buscaremos conocer su contenido y aplicación al objeto de investigación.

3.4.- Población de Estudio

La población de estudio estuvo conformada por veinticinco sentencias (25), veinte (20) sentencias de la Provincia de Chota y Cajamarca, y cinco (05) sentencias del Distrito de Leimebamba-Chachapoyas; en cuanto a la muestra se seleccionó el 20% de la población, es decir, cinco (05) Sentencias Condenatorias que se consideran representativas a efectos de determinar los criterios que adoptan los Jueces Penales de las mencionadas localidades, en su labor destinada a establecer la reducción de la pena por debajo del mínimo legal, en casos de tentativa, teniendo como fuente las unidades de análisis circunscritas en el período comprendido entre el 01 de enero de 2015 al 31 de agosto de 2017.

En ese sentido, se considera que los resultados de la investigación son válidos para establecer si existe o no relación con los criterios rectores y fin preventivo de la pena. La variable tiempo u otras, hubiesen resultado trascendentes en una investigación que hubiera tenido por objetivo, por ejemplo, determinar el cumplimiento o incumplimiento de las reglas de conducta, o ejecución de sentencia, lo cual no es el caso.

3.4.1.- Criterio de Inclusión y Exclusión

Inclusión:

- Sentencias condenatorias, en donde el delito atribuido quedó en grado de tentativa, de los juzgados penales de las localidades de Caja-

marca (juzgado colegiado supraprovincial), Chota-Distrito Judicial de Cajamarca, y del Distrito de Leimebamba-Chachapoyas-Amazonas, circunscritas en el período comprendido entre el 01 de enero de 2015 al 31 de agosto de 2017.

Exclusión:

- Sentencias condenatorias no sea por delitos en grado de tentativa.
- Sentencias condenatorias que no correspondan a los juzgados penales de las localidades de Chota, Cajamarca, y de Leimebamba-Chachapoyas
- Sentencias condenatorias que no correspondan al período comprendido entre el 01 de enero de 2015 al 31 de agosto de 2017.

3.5.- Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos

3.5.1.- Técnicas

- **Encuesta.** Siguiendo a Rojas, Fernández y Pérez (1980, 40), se entiende por encuesta *“una técnica que utiliza un conjunto de procedimientos estandarizados de investigación mediante los cuales se recoge y analiza una serie de datos de una muestra de casos representativa de una población o universo más amplio, del que se pretende explorar, describir, predecir y/o explicar una serie de características.* En tal sentido se encuestó a los jueces y fiscales con especialidad en materia penal que laboran en las localidades de Cajamarca, Chota y Leimebamba, para obtener su percepción sobre sus criterios para que los jueces puedan graduar la pena concreta en los supuestos de tentativa de delitos, en donde se adolece de límites mínimos para su determinación, para lo cual se utilizó el Cuestionario de Evaluación para la recolección de datos. En el cual se midió si los operadores del derecho mencionados adoptan algún criterio para compensar su raciocinio que permita determinar la pena en el supuesto de Tentativa.
- **Análisis Documental.** Es importante indicar que se trata de una técnica que *“utiliza la información cualitativa de documentos escritos, recopilada en normas, cartillas, programas, historias clínicas; leyes, dictámenes, informes,*

quejas registradas, juicios; discursos, declaraciones, mensajes, recortes periodísticos, folletos, etc., seleccionando los aspectos que interesan a las variables en estudio” (García, 2008). Así pues, esta técnica permitió procesar (interpretar) los datos e información pertinente en las sentencias, legislación y doctrina que encontramos para la realización de la presente tesis.

3.5.2.- Instrumentos

3.5.2.1.- Ficha Documental

Se elaboró una ficha para poder recopilar las nociones de los juristas. Se tuvieron en cuenta tres temas: el autor, nombre del documento y las principales ideas sobre el tema. Luego estas fichas se las clasificó por temas, lo que permitió su rápida consulta para la redacción de los capítulos.

3.6.- Técnicas para el análisis de datos (Estadísticas)

Para el análisis de los datos se siguió el siguiente procedimiento:

- 1) Se aplicó una Encuesta dirigida a Jueces y Fiscales con especialidad en materia penal, en las localidades de Cajamarca, Chota y Leimebamba.
- 2) Se calificó e interpreto los resultados de la Encuesta y de acuerdo a las respuestas se determinó que los principios para determinar la pena en casos de tentativa de delitos son: legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad, humanidad y seguridad jurídica, además de la función preventiva de la pena.
- 3) Se calificó e interpreto las Sentencias Condenatorias obtenidas y de acuerdo a las respuestas se determinó que los principios para determinar la pena en casos de tentativa de delitos son: legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad, humanidad y seguridad jurídica, además de la función preventiva de la pena.
- 4) Se verificó el nivel de significancia de las Hipótesis.

3.7.- Interpretación de Datos

Para la interpretación de los datos, se utilizó el método deductivo debido a que se parte de aspectos generales de la investigación, para llegar a situaciones

particulares, en tal sentido, seguiremos a Taylor & Bogdan (1987), quienes plantean el tratamiento de los datos a través de un análisis comprensivo, articulado sobre la comprensión y rastreo de los mismos, mediante la búsqueda de niveles fundamentales de los hechos que se han descrito a lo largo de los diferentes instrumentos utilizados en la investigación.

3.8.- Aspectos Éticos de la Investigación

Los resultados son confiables en tanto que los suscritos no hemos interferido en los resultados, se ha aplicado los instrumentos y ha recolectado los datos honestamente, no alterando ningún resultado, pudiéndose verificar los resultados en cualquier momento.

Antes de la aplicación de la Encuesta se les explico a los destinatarios sobre la confidencialidad sobre su identidad y la reserva de sus datos y la aceptación de su consentimiento y la finalidad para la cual se van utilizar la información para la cual se les va a aplicar el cuestionario.

3.9.- Limitaciones

Este trabajo de tesis se desarrolla analizando la labor decisoria de los jueces penales de las ciudades de Cajamarca, Chota y Leimebamba, durante el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2015 al 31 de agosto de 2017. Empero, es menester precisar como limitación, que el campo de los resultados, en virtud a la extensión de despachos judiciales, es que se concreta en los juzgados de investigación preparatoria y unipersonales de Chota y Leimebamba, así como del juzgado colegiado penal supraprovincial de Cajamarca.

CAPITULO IV
RESULTADOS Y DISCUSION

4.1.- Presentación, Análisis e Interpretación de Resultados

En la investigación se encontraron resultados que presentamos a continuación, en función a los objetivos planteados:

4.1.1.- Relación entre los principios limitadores del derecho penal y el fin preventivo de la pena con la determinación de la pena concreta en los casos donde se presenta la tentativa

El Objetivo General planteado fue: *“Determinar si en los casos de tentativa, durante el proceso de determinación de la pena, los señores jueces penales de primera instancia de las ciudades de Cajamarca (juzgado colegiado supraprovincial) Chota y Leimebamba, para establecer el límite de hasta dónde se reduce la pena concreta, utilizan los principios rectores de legalidad, lesividad, proporcionalidad, culpabilidad, humanidad y seguridad jurídica; y los fines preventivos de la pena”*.

4.1.1.1.- Resultados

4.1.1.1.1.- En la encuesta practicada

a) Se obtuvo información conforme a las percepciones de los usuarios entrevistados, según la tabla que se anexa:

Tabla 7: Usuarios entrevistados

| Usuarios | |
|--|----------------|
| Fiscales Penales de las Fiscalías Provinciales Penales de Cajamarca, Chota y Fiscalía Provincial Mixta de Leimebamba-Amazonas. | U1 (22) |
| Jueces Penales de los Juzgados Especializados y de Investigación Preparatoria de Cajamarca, Chota y Leimebamba-Amazonas | U2 (10) |
| Total de Usuarios | UT (32) |

b) Se plantearon entrevistas a los magistrados fiscales (22 usuarios) y jueces penales (10 usuarios) de las ciudades de Cajamarca, Chota y Leimebamba a fin de conocer los criterios que toman en consideración en su labor de determinar la pena concreta en los casos donde se presenta la tentativa. Para tales efectos resultaron

relevantes las preguntas signadas con los números 3 y 4, es decir: *¿Cree usted, que existe un punto de referencia exacto a partir del cual se realizan las valoraciones para el establecimiento de la pena concreta en el supuesto de tentativa?* y *¿Qué criterios considera usted, que son aplicados por los operadores jurídicos en su labor de determinación pena, en los casos donde se presenta la tentativa?*, respectivamente.

c) En cuanto a los resultados de la entrevista, respecto de la pregunta número 3, se presenta la siguiente tabla:

Tabla 8: Punto de referencia para determinar la pena

| PREGUNTA Nro. 3 | Dependencia | De Acuerdo | En desacuerdo | A veces |
|---|--------------------|-------------------|----------------------|----------------|
| ¿Cree usted, que existe un punto de referencia exacto a partir del cual se realizan las valoraciones para el establecimiento de la pena concreta en el supuesto de tentativa? | MP | 20 | 2 | 0 |
| | PJ | 10 | 0 | 0 |

Conforme se advierte, en el caso de los magistrados del Ministerio Público (Fiscales Provinciales y Adjuntos Provinciales Penales de las Fiscalías de Cajamarca, Chota y Leimebamba) existe un 91% (20 usuarios) que señala estar de acuerdo con que existe un punto de referencia exacto conforme al cual se puede determinar la pena concreta en los casos donde se presente la tentativa y solo un 9% (02 usuarios) opina que no existe ese punto de referencia.

En el caso de los magistrados del Poder Judicial (Jueces de Investigación Preparatoria y Especializados Penales de Chota y Leimebamba) el 100% (10 usuarios) ha señalado estar de acuerdo con el hecho de que existe el anotado punto de referencia.

Los resultados descritos para una mejor comprensión se ilustran con la siguiente figura:

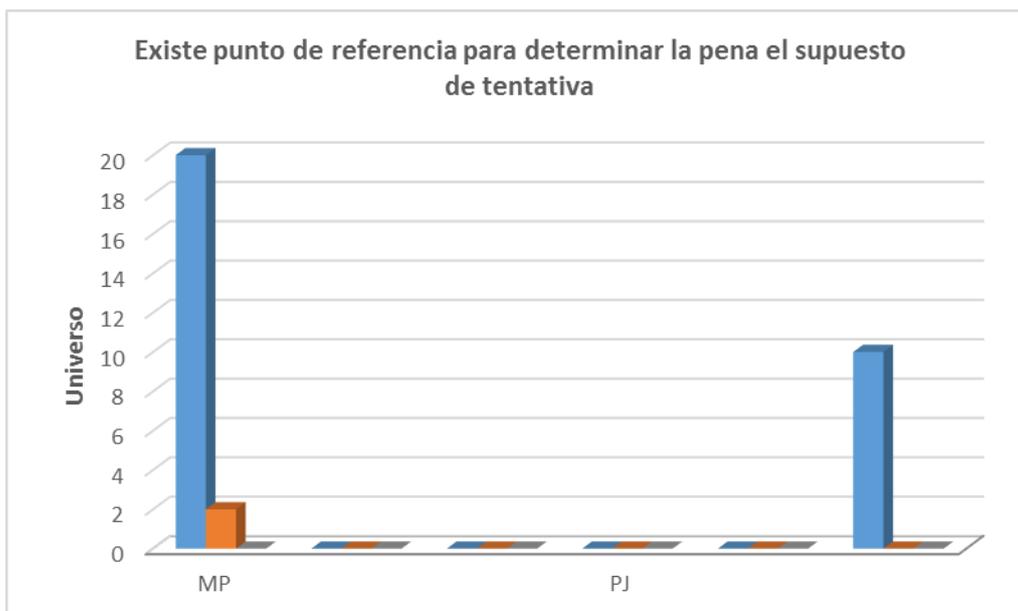


Figura 2: Existe punto de referencia para determinar la pena en el supuesto de tentativa

d) Los resultados antes descritos se complementan con las respuestas obtenidas a la pregunta número 1 de la entrevista, es decir: ¿Cree usted que en la práctica los operadores jurídicos en mérito a su facultad discrecional, en el supuesto de tentativa, fijan la pena “siempre” por debajo del mínimo legal de la pena abstracta? Al respecto, se tiene la siguiente tabla:

Tabla 9: Se fija la pena “siempre” por debajo del mínimo legal

| PREGUNTA Nro. 1 | Dependencia | Siempre | Casi Siempre | A veces | Nunca |
|--|-------------|---------|--------------|---------|-------|
| Según su experiencia profesional, ¿Cree usted que en la práctica los operadores jurídicos en mérito a su facultad discrecional, en el supuesto de tentativa, fijan la pena “siempre” por debajo del mínimo legal de la pena abstracta? | MP | 20 | 2 | 0 | 0 |
| | PJ | 10 | 0 | 0 | 0 |

De la presente tabla se aprecia que el 100% (10 usuarios) de los magistrados del Poder Judicial consideran que en los casos donde se presenta la tentativa, la determinación de la pena concreta “siempre” debe establecerse por debajo del mínimo legal y esto en razón a considerarla como una circunstancia atenuante privilegiada. En cuanto a los magistrados del Ministerio Público de los 22 magistrados entrevistados, el 91% (20 usuarios) consideran que la pena concreta “siempre” debe establecerse por debajo del mínimo legal de la pena abstracta y solo

un 9% (02 usuarios) consideran que la misma “casi siempre” se establece por debajo del mínimo legal. Datos que se ilustran en la siguiente figura:

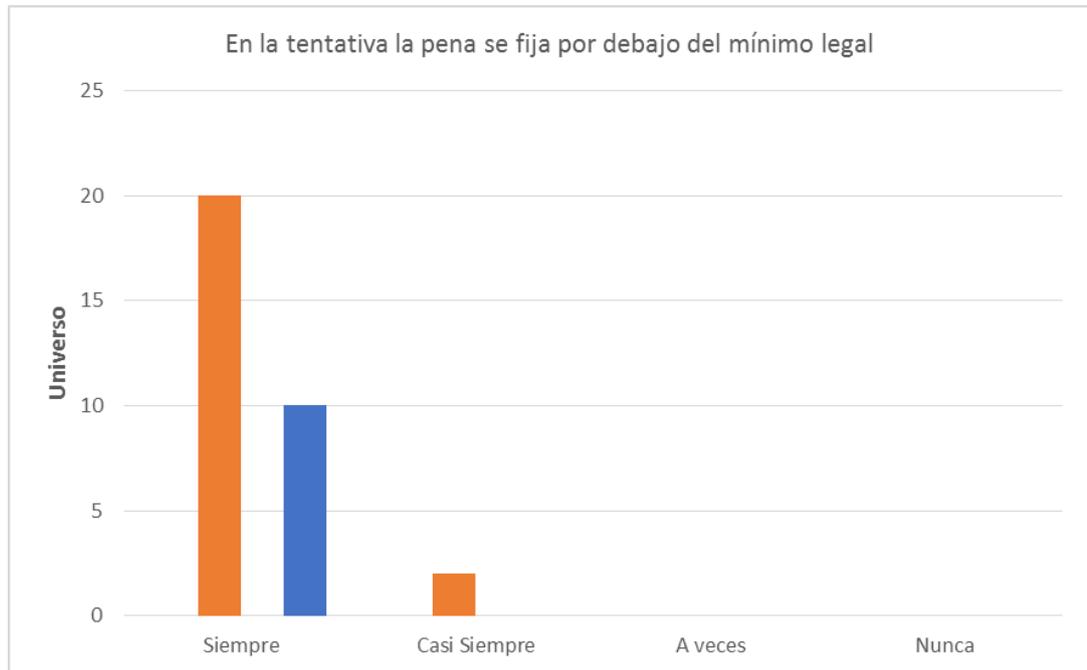


Figura 3: Se fija la pena “siempre” por debajo del mínimo legal

e) Por otro lado, respecto a la pregunta número 4 planteada en la entrevista, se obtuvo la siguiente información conforme a la tabla siguiente:

Tabla 10: Criterios aplicados por los operadores jurídicos en la determinación de la pena en casos donde se presenta la tentativa

| | | | | | |
|-------------------------------|---------------------------|---|--|---|--|
| <p>PREGUNTA Nro. 4</p> | <p>Dependencia</p> | <p>Principio de legalidad, proporcionalidad, lesividad y culpabilidad.</p> | <p>Criterio de discrecionalidad y principio de humanidad.</p> | <p>Función preventiva y seguridad jurídica</p> | <p>Principio de legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad, humanidad, seguridad jurídica y función preventiva de la pena</p> |
|-------------------------------|---------------------------|---|--|---|--|

| | | | | | |
|---|----|----|---|---|---|
| Según su experiencia profesional, ¿Qué criterios considera usted, que son aplicados por los operadores jurídicos en su labor de determinación de pena, en los casos donde se presenta la tentativa? | MP | 16 | 0 | 0 | 6 |
| | PJ | 6 | 0 | 0 | 4 |

Como se puede apreciar de los resultados obtenidos, existe un porcentaje de magistrados de las Fiscalías Provinciales Penales ascendente al 73% (16 usuarios), que señalan que al momento de determinar la pena concreta en los casos donde se presenta la tentativa aplican como criterios rectores los *principios de legalidad, proporcionalidad, lesividad y culpabilidad*. Frente a un porcentaje del 27% (06 usuarios) que han indicado como criterios rectores en su conjunto a los *principios de legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad, humanidad, seguridad jurídica y función preventiva de la pena*.

Respecto a las posiciones adoptadas por los jueces de los **juzgados penales** (de investigación preparatoria y especializados) se arriba como resultados que, en la fase de determinar la pena concreta, se presenta un porcentaje del 60% (06 usuarios) que aplican como criterios rectores en su labor de determinar la pena en los casos donde se presenta la tentativa, a los *principios de legalidad, proporcionalidad, lesividad y culpabilidad*. Frente a un porcentaje del 40% (04 usuarios) que han indicado como criterios rectores el uso en su conjunto de *los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad, humanidad, seguridad jurídica y función preventiva de la pena*.

Sobre estos últimos resultados, se presenta la siguiente figura para su mejor comprensión:

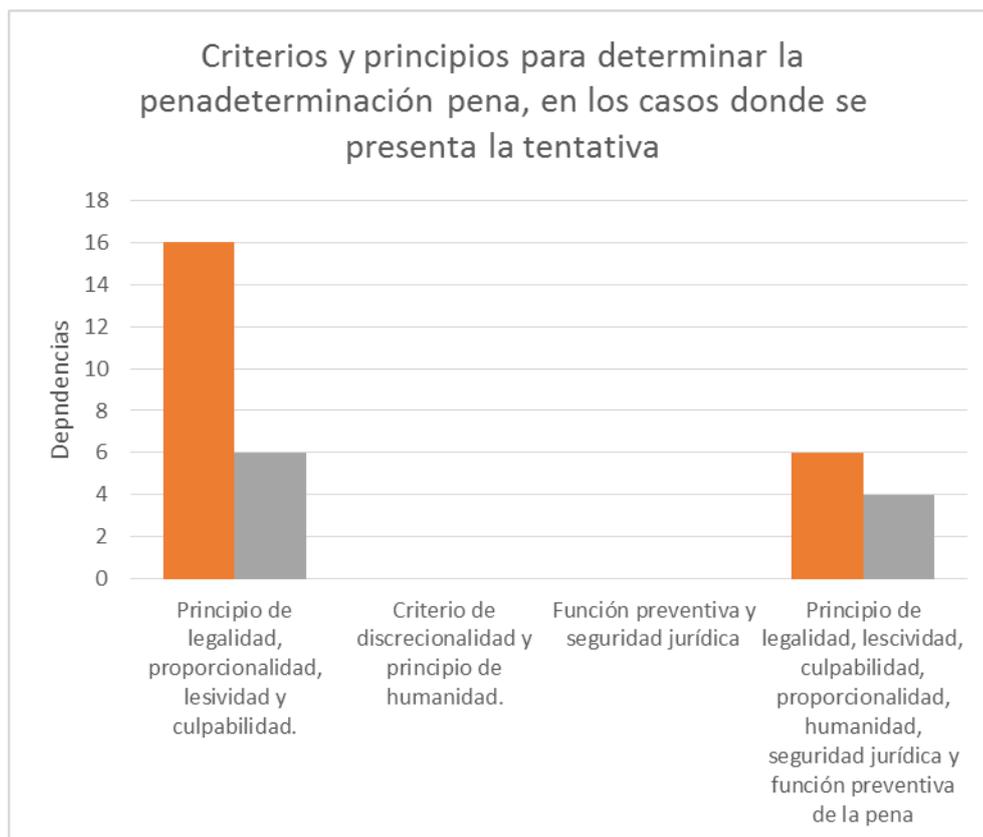


Figura 4: Criterios aplicados por los operadores jurídicos en la determinación de la pena en casos donde se presenta la tentativa

4.1.1.1.2.- Respecto a las sentencias examinadas

A continuación, se presentan los datos que se han obtenidos de las sentencias materia de análisis y que resultan relevantes para el presente trabajo.

Tabla 11: Consolidado de sentencias examinadas

| N° | Expediente | Considera a la tentativa como una circunstancia atenuante privilegiada | Reducción de la pena en el supuesto de tentativa, por debajo del mínimo legal | Principios usados y/o indicados para determinar la pena en el supuesto de la tentativa |
|----|--|--|---|--|
| 1 | 00225-2011-7-0610-JR-PE-02-CHOTA (Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Chota). Violación sexual en grado de tentativa. | SI | SI | Legalidad y Proporcionalidad |

| | | | | |
|---|---|----|----|---|
| 2 | 00169-2015-28-0610-JR-PE-01- CHOTA (Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Chota). Feminicidio en grado de tentativa. | SI | SI | Prevención de la pena, Legalidad y Proporcionalidad |
| 3 | 000116-2016-92-0610-JR-PE-01- CHOTA (Juzgado Penal Colegiado de Chota). Homicidio simple en grado de tentativa. | SI | SI | Prevención de la pena, Legalidad y Proporcionalidad |
| 4 | 00359-2015-21-0610-JR-PE-03- CHOTA (Juzgado Penal Supraprovincial de Cajamarca con competencia en la Provincia de Chota). Feminicidio en grado de tentativa. | SI | SI | Legalidad y Proporcionalidad |
| 5 | 40-2016-01-010110-JIP-PE-Proceso Inmediato (Juzgado de Paz Letrado- Investigación Preparatoria de Leymebamba). Homicidio simple en grado de tentativa. | SI | SI | Prevención de la pena, Legalidad, Proporcionalidad y humanidad |

a) En cuanto al **Expediente Nro. 00225-2011-7-0610-JR-PE-02**. Corresponde al Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Chota, quien con fecha 09 de abril de 2015, emitió sentencia condenatoria contra Helver Fernández Bautista por el delito de violación sexual en grado de tentativa, en agravio de la persona de iniciales J.O.M.G. Delito prescrito en el Art. 170° del Código Penal, sancionado con una pena privativa de la libertad no menor de 06 ni mayor de 08 años. Considerándose además al Art. 16° del Código Penal, por haber quedado el comportamiento ilícito en grado de tentativa.

Los hechos materia de juzgamiento ocurrieron el día 18 de diciembre de 2010, cuando el acusado ostentaba la edad de 20 años y la agraviada la edad de 32. De manera específica, en cuanto a la imputación concreta, se indica: *“el acusado Helver Fernández Bautista, el día 18 de diciembre del año 2010, siendo aproximadamente las dos de la tarde, ha intentado violar sexualmente a la persona de iniciales J.O.M.G., de treinta y dos años de edad, en circunstancias en que la referencia agraviada, se encontraba en la casa de doña Nely, el cual se encuentra*

ubicado en la Quinta-Tacabamba, en tanto que el acusado se encontraba al otro lado conversando con una vecina de nombre Elva. Que luego, la agraviada y doña Nely, han entrado en la casa, siendo que el acusado igualmente ingresó haciéndose el borracho, quien se quedó conversando con la señora Nely, que es la dueña de la casa, en tanto que la agraviada se fue a su cuarto que le había arrendado para dar de mamar a su hijita, y que, de un momento a otro, ingresó el citado acusado a su cuarto, para cogerla de frente del cuello, y taparle la boca, haciéndola soltar a su hijita, queriendo abusar de ella, tirándola al suelo, tocándole los senos y las piernas, para luego levantarle la falda, queriendo bajarle su ropa interior, en tanto que la agraviada, se defendía con puñetes; donde posteriormente el acusado se bajó el pantalón, y le mostró su pene, que todo esto ha pasado durante cuatro a cinco minutos, hasta que apareció el otro hijito de la agraviada, quien gritó: Mamá te están matando, y que ante ello, el acusado se dio a la fuga”.

El indicado proceso culminó en virtud a la aceptación de cargos dada por el acusado, arribándose por ende a una Sentencia de Conformidad. Cabe señalar que la propuesta del representante del Ministerio Público fue la de imponer una pena concreta de 04 años y 08 meses, tomando en cuenta al instituto de la tentativa como una circunstancia atenuante privilegiada, que autoriza a imponer la pena por debajo del mínimo legal. Además, aplicando el beneficio premial de la Conclusión Anticipada, con la reducción que ello autoriza (1/7), la pena propuesta a imponer fue la de 04 años de privación de la libertad, con el carácter de suspendida.

A su turno, el juzgado penal decidió aprobar la propuesta dada por las partes, imponiéndole al acusado la pena de 04 años de privación de la libertad con el carácter de suspendida. Los argumentos dados por el magistrado en el rubro de la *determinación de la pena* fueron los siguientes: *“Efectuando el control de legalidad respectiva, resulta necesario mencionar que al haber previsto el tipo penal, pena conminada para el delito materia de juzgamiento una pena no menor de seis ni mayor de ocho años de privativa de libertad, y haber establecido como propuesta punitiva por las partes, la pena concreta de cuatro años de pena privativa de libertad, carece de objeto efectuar el análisis de las circunstancias atenuantes y agravantes generales, que prevé el artículo 46° del Código Penal que sirven para movilizar la pena ya sea al extremo mínimo como al extremo máximo, sino*

únicamente analizar si es posible reducir la pena por debajo del mínimo legal presente en este caso. En ese sentido, se tiene que al haber quedado el delito en el grado tentativa, dichas circunstancias constituye una circunstancia atenuante privilegiada, por lo que al amparo del artículo 6° del Código Penal, resulta de aplicación para el presente caso, el artículo 45°-A inciso 3 literal a) del acotado código, que prescribe que: Cuando concurren circunstancias atenuantes (privilegiadas), la pena concreta se determina por debajo del tercer inferior -es decir, por debajo del mínimo legal- lo que para el caso de autos, es una pena menor a los seis años -extremo mínimo de la pena prevista en el artículo 170° del acotado código- asimismo, se debe tener en consideración que el acusado el día de los hechos contaba con veinte años de edad, y si bien el artículo 22° del Código Penal, prohíbe aplicar la responsabilidad restringida por la edad, a los agentes de la comisión del delito de Violación de la Libertad Sexual, el Juzgador no hace un mayor análisis de dicha exclusión, ya que al haberse determinado la existencia de una atenuante privilegiada como lo es: LA TENTATIVA, la pena de cuatro años y ocho meses que ha requerido el Ministerio Público, que está ubicada por debajo del mínimo legal, **por la forma y circunstancias en que han sucedido los hechos**, y que han sido reconocidos por el acusado, se encuentra **plenamente justificada**. (...) Ahora bien, en relación a la reducción de la séptima parte de la pena de cuatro años y ocho meses, efectuando el cálculo preciso cuantitativamente corresponde a ocho meses, por haber hecho uso el acusado de la conclusión anticipada del juicio. (...) Asimismo, **por resultar proporcional y razonable**, la pena arribada tiene el **carácter de suspendida**, ello en razón a la **naturaleza, modalidad del hecho punible y personalidad del agente**, y atendiendo a su calidad no reincidente, que se trata de un agente primario sin antecedentes penales, que sólo cuenta con cuarto grado de educación primaria, a lo que se suma el **principio de proporcionalidad y fin preventivo de la pena**, recogido en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, son los que han motivado al juzgador a arribar a la decisión judicial materia de análisis”. (subrayado y resaltado nuestro)

b) En cuanto al **Expediente Nro. 00169-2015-28-0610-JR-PE-01**. Corresponde al Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Chota, quien con fecha 09 de febrero de 2016, emitió sentencia condenatoria contra José Rosel Medina Chávez por el delito de tentativa de feminicidio, en agravio de Rosa Briseña Vásquez Vásquez.

Delito prescrito en el Art. 108°-B, inc. 1 del primer párrafo, del Código Penal, sancionado con una pena privativa de la libertad no menor de 15 años (debiendo establecerse como límite máximo 35 años de privación de la libertad, conforme el Art. 29° del Código Penal). Considerándose además al Art. 16° del Código Penal, por haber quedado el comportamiento ilícito en grado de tentativa.

Los hechos materia de juzgamiento ocurrieron el día 05 de mayo de 2015, cuando el acusado ostentaba la edad de 44 años. De manera específica, en cuanto a la imputación concreta, se indica: *“la agraviada Rosa Briseña Vásquez Vásquez luego de mantener una relación convivencial por varios años con el acusado José Rosel Medina Chávez, han procreado a sus dos hijos identificados con las iniciales J.M.Ch y E.L.M.CH de 19 y 16 años de edad respectivamente, empero, a causa que el procesado venía ocasionando múltiples problemas familiares fue denunciado por Violencia Familiar, conllevando a la Resolución que otorgó a favor de la parte agraviada las respectivas medidas de protección, como el cese de todo tipo de violencia física y psicológica, así como la prohibición de acercamiento a menos de 10 metros, tanto en el hogar, vía pública o en cualquier lugar donde se encuentre. En este contexto, se verifica que el día 05 de mayo de 2015, a eso de las 16:00 horas aproximadamente, en que la agraviada se dirigía o regresaba de la Cooperativa de Chota a pagar un préstamo en compañía de su prima Rosa Yolanda Medina Chávez, y al encontrarse por inmediaciones del Jirón. 30 de agosto frente al consultorio del doctor Demóstenes Cabrera, fue atacada sorpresivamente por la parte de atrás por el acusado, y sin motivo alguno le asestó con un objeto punzo penetrante en el pecho y clavícula izquierda de la agraviada con el fin de acabar con su vida, para luego darse a la fuga, una vez que la agraviada se desmayara y cayera al piso, siendo intervenido el acusado por personal de Serenazgo y al ser sometido al reconocimiento correspondiente donde el médico legista determinó que dicha lesión puso en peligro la vida de la agraviada”*.

El indicado proceso culminó luego del correspondiente debate probatorio, arribándose a una Sentencia Condenatoria. Cabe señalar que la propuesta del representante del Ministerio Público fue la de imponer una pena concreta de 09 años, tomando en cuenta al instituto de la tentativa como una circunstancia atenuante privilegiada, que autoriza a imponer la pena por debajo del mínimo legal.

El juzgado penal colegiado decidió condenar al acusado imponiéndole los 09 años propuestos por el representante del Ministerio Público. Se tuvieron como hechos probados los siguientes: 1.- El acusado intentó dar muerte a la agraviada (conviviente) atacándola por atrás, cogiéndola del cuello, apuñalándole con un arma blanca en la región subclavicular izquierda, sin lograr su objetivo, dándole luego a la fuga; 2.- El acusado fue conviviente de la agraviada, y procrearon dos hijos; 3.- En múltiples ocasiones el acusado agredió física y verbalmente a la agraviada, amenazándola incluso con matarla; 4.- El acusado es una persona penalmente imputable, quien no presenta anomalías psíquicas.

Los argumentos dados por los magistrados en el rubro de la determinación de la pena fueron los siguientes: *“en la presente causa, concurre la atenuante genérica constituida por la inexistencia de antecedentes penales (los antecedentes descritos por la Fiscalía son de antigua data y el acusado se encuentra rehabilitado), asimismo, se verifica que no concurre pluralidad de agentes, y que el acusado no es reincidente ni habitual. De igual modo que no se han usado armas de fuego y similares que hayan podido significar el peligro para terceras personas. (...) Es de acuerdo a lo expresado anteriormente que los juzgadores, advirtiendo que, en el caso, el hecho se realizó sin armas, que, además, hasta el momento no se ha reparado en nada el daño ocasionado pese al ingente tiempo transcurrido desde la fecha de los hechos, que además los intereses de los familiares de la víctima orientados a la búsqueda de la justicia, se encuentran incólumes, mientras que por el otro lado debe valorarse que estamos ante un agente primario y no reincidente o habitual. Además, debe considerarse la atenuante privilegiada consistente en el grado de tentativa en que quedó el delito, por lo que procediéndose conforme con lo estipulado por el Artículo 45°-A del Código Penal se debe imponer una pena por debajo del tercio inferior de la pena conminada, en este sentido, es que se concluye con imponer al acusado la pena de NUEVE AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA EN SU EJECUCION”*. (subrayado y resaltado nuestro)

c) En cuanto al **Expediente Nro. 00116-2016-92-0610-JR-PE-01**. Corresponde al Juzgado Penal Colegiado de Chota, quien con fecha 06 de junio de 2016, emitió sentencia condenatoria contra Royber Vásquez Herrera por el delito de tentativa de homicidio simple, en agravio de Humberto Zorrilla Gálvez. Delito prescrito en el

Art. 106° del Código Penal, sancionado con una pena privativa de la libertad no menor de 06 ni mayor de 20 años. Considerándose además al Art. 16° del Código Penal, por haber quedado el comportamiento ilícito en grado de tentativa.

Los hechos materia de juzgamiento ocurrieron el día 01 de enero de 2014, cuando el acusado ostentaba la edad de 26 años. De manera específica, en cuanto a la imputación concreta, se indica: *“el día 01 de enero de 2014, en horas de la madrugada, los ronderos del distrito de Choropampa hacían la ronda en la Plaza de Armas a raíz de una fiesta que se efectuaba por año nuevo, escuchaban disparos de arma de fuego que provenían cerca del domicilio de Aníbal Rodríguez Pastor, viendo que dos personas a una distancia de una cuadra y al efectuar el seguimiento hasta el cementerio no logrando capturarlos y al retornar a la plaza y al estar por inmediaciones de la casa de Aníbal Rodríguez Pastor, escuchan gritos solicitando el apoyo de los ronderos, y entre los cuales estaba el agraviado como rondero y se apersonan a dicho domicilio y ven que de dicho domicilio sale el acusado Franklin Vásquez Herrera portando un arma de fuego y realiza disparos al aire amenazando de muerte y con palabras soeces a los ronderos, donde estaba el agraviado, a ello el citado acusado se retira y en su detrás aparece su hermano el acusado Royber Vásquez Herrera, también portando un arma de fuego, también amenazando de muerte a los ronderos y el agraviado se apersona al acusado Royber Vásquez Herrera, indicándole que deje de amenazar y deje el arma que portaba, negándose a ello, instantes que el agraviado quiso sustraerle el arma de fuego para evitar que se cometa algún delito, forcejeaban caen al piso y Royber Vásquez Herrera con un arma de fuego, efectúa tres disparos impactándole uno en el antebrazo y en su detrás aparece Franklin Vásquez Herrera efectuando dos disparos, impactándole en la espalda del agraviado, cayendo al piso, apareciendo el acusado Segundo Demetrio Vásquez Castillo, con una piedra en la mano con la intención de matarlo en la cabeza parte frontal derecho y los acusados se dan a la fuga, posteriormente el acusado Segundo Demetrio Vásquez Castillo, es capturado por la rondas por inmediaciones del Centro de Salud de Choropampa”*. (subrayado nuestro)

El indicado proceso culminó luego del correspondiente debate probatorio, arribándose a una Sentencia Condenatoria. Cabe señalar que la propuesta del representante del Ministerio Público fue la de imponer una pena concreta de 35

años de privación de la libertad, pues al margen de tomar en cuenta al instituto de la tentativa, también acusó al indicado procesado por el delito de tenencia ilegal de arma de fuego prescrito en el Art. 279° del Código Penal.

El juzgado penal colegiado decidió condenar al acusado Royber Vásquez Herrera, solo por el delito de homicidio simple en grado de tentativa (absolviéndolo por el delito de tenencia ilegal de arma de fuego) imponiéndole 05 años y 10 meses de pena privativa de la libertad. Se tuvieron como hechos probados en cuanto a la responsabilidad penal del acotado acusado los siguientes: 1.- El acusado disparó a la corporeidad del agraviado, a corta distancia, proyectil que gracias al forcejeo y movimiento de la víctima impactó a la altura de su brazo izquierdo, en momentos en que éste intentó quitarle el arma, cuando forcejeaban en el suelo; 2.- No está acreditada la alevosía, pues al tratarse de una pelea frente a frente es ilógico hablar de traición o muerte a perfidia; 3.- La autoría del acusado se encuentra acreditada con el testimonio del testigo presencial de los hechos.

Los argumentos dados por los magistrados en el rubro de la determinación de la pena fueron los siguientes: *“para el caso del acusado Royber Vásquez Herrera, al tratarse del delito de Homicidio Simple, cuya penalidad es de seis a veinte años de pena privativa de libertad, concurriendo una atenuante genérica como lo es la inexistencia de antecedentes penales [artículo 46° inciso 1 literal a) del Código Penal], al igual que su hermano Franklin, y al existir una atenuante privilegiada como lo es la tentativa, como el mismo argumento jurídico que en el párrafo anterior, es que debe rebajarse la pena por debajo del mínimo, razón por la cual se le debe aplicar cinco años con diez meses de pena privativa de libertad”*. (subrayado y resaltado nuestro)

d) En cuanto al **Expediente Nro. 00359-2015-21-0610-JR-PE-03**. Corresponde al Juzgado Penal Supraprovincial de Cajamarca (competencia en Chota), quien con fecha 13 de setiembre de 2016, emitió sentencia condenatoria contra Wilmer Lozano Becerra por el delito de tentativa de feminicidio, en agravio de Myrna Margarita Herrera Vargas. Delito prescrito en el Art. 108°-B, inc. 1 del primer párrafo, del Código Penal, sancionado con una pena privativa de la libertad no menor de 15 años (debiendo establecerse como límite máximo 35 años de privación de la libertad, conforme el Art. 29° del Código Penal). Considerándose además al

Art. 16° del Código Penal, por haber quedado el comportamiento ilícito en grado de tentativa.

Los hechos materia de juzgamiento ocurrieron el día 04 de agosto de 2015, cuando el acusado ostentaba la edad de 36 años. De manera específica, en cuanto a la imputación concreta, se indica: *“el día cuatro de agosto del año dos mil quince, a horas doce del mediodía, en circunstancias en que la agraviada Myrna Margarita Herrera Vargas llegaba a su domicilio sito en el Jirón Juan Campos N° 560 de la ciudad de Chota, a fin de preparar sus alimentos para ella y su menor hija, hizo su aparición su ex conviviente Wilmer Lozano Becerra, quien de manera sorpresiva ingresó al inmueble, siendo que la agraviada a fin de evitar un escándalo dejó que permaneciera con la finalidad de que conversen, pidiéndole por favor que la dejara de seguir y acosar pues ya no deseaba estar con él, ante lo cual el acusado empezó a insultarla, para luego acercársele y poniéndole el antebrazo derecho en el cuello empezó a asfixiarla y con todo su cuerpo se fue en su encima, teniendo la intención de quitarle la vida, momentos en que se dobló el respaldar de la mecedora, cayendo ambos al piso, pero aquél continuaba presionándole el cuello y cuando intentaba pedir auxilio, le tapaba la boca, no obstante por la posición incómoda en la que se encontraban, es que después de forcejear la agraviada pudo correr hasta su cuarto que está a unos cinco metros de la sala, encerrándose, colocando cerrojo, pero el imputado tras darle de golpes a la puerta logró abrirla, doblando en parte el cerrojo, sentándose en el filo de la cama, donde se hacía que llorar, momentos en que ella aprovechó para escapar hasta la calle, hasta donde lo siguió el acusado; sin embargo, como ella empezó a llamar por celular a Serenazgo, es que éste se subió a su moto y se fue; asimismo, estos hechos violentos no han sido la primera vez, pues existen sendas de denuncias por el delito de Violencia Familiar”*.

El indicado proceso culminó luego del correspondiente debate probatorio, arribándose a una Sentencia Condenatoria. Cabe señalar que la propuesta del representante del Ministerio Público fue la de imponer una pena concreta de 12 años, tomando en cuenta al instituto de la tentativa como una circunstancia atenuante privilegiada, que autoriza a imponer la pena por debajo del mínimo legal.

El juzgado penal colegiado decidió condenar al acusado imponiéndole 10 años. Se tuvieron como hechos probados los siguientes: 1.- Entre acusado y agraviada

existió una relación de convivencia, producto de la cual tuvieron una hija; 2.- El día de los hechos ambos estuvieron en la casa de la agraviada; 3.- Ese día se produjo una discusión entre ambos; 4.- El acusado siempre agredía verbal y físicamente a la agraviada; 5.- El acusado tenía sentimientos negativos contra la agraviada; y 6.- El acusado intentó quitarle la vida a la agraviada colocando su antebrazo derecho en el cuello de su víctima, con el claro propósito de asfixiarla, pues la lesión que presentó en el cuello pudo producirle la muerte.

Los argumentos dados por los magistrados en el rubro de la determinación de la pena fueron los siguientes: “Habiéndose establecido la responsabilidad penal del acusado Wilmer Lozano Becerra, es menester establecer los parámetros necesarios para la Determinación Judicial de la Pena, la misma que debe ser fijada dentro de los límites fijados por la Ley, así como, debe respetarse los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad y humanización, como se ha establecido en los artículos 45°, 45°-A y 46° del Código Penal, modificado por Ley 30076 (18-08-2013). El artículo 45° - A, da los alcances específicos para la Individualización de la Pena, es así, que, precisa que 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 del delito o modificatorias de la responsabilidad; por lo que, el Juez debe determinar la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas: Identificación del Espacio Punitivo: El cual viene dado por lo establecido en el tipo penal, en el presente caso, el artículo 108 -B° inciso 1) y último párrafo del Código Penal, establece como *pena mínima la de quince años y como máxima la de treinta y cinco años de Pena Privativa de Libertad*, es decir el espacio punitivo es de veinte años. División del Espacio Punitivo en Tercios: La constante cuantitativa a utilizar para fijar la extensión de cada tercio, es producto de la división del espacio punitivo (veinte años) entre tres, obteniendo como resultado para el caso de autos, seis años con ocho meses. Determina el tercio aplicable, evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes, observando las reglas establecidas en el artículo 45-A° del Código Penal, en ese sentido al carecer el acusado Wilmer Lozano Becerra, carece de antecedentes penales, atenuante establecida en el *literal a), inciso 1), del Art. 46 del Código Penal*, no se ha premeditado la comisión del delito y no se ha perjudicado irremediabilmente a la víctima; además, no se ha

configurado ninguna agravante, por lo que, corresponde determinar la pena concreta *dentro del tercio inferior*; es decir de quince años a veintiún años y ocho meses; asimismo, en este caso existe una *circunstancia atenuante privilegiada, la Tentativa*, la cual permite reducir la pena por debajo del mínimo legal; siendo ello así, este Juzgado Colegiado considera que se debe *imponer una pena acorde con la magnitud de los hechos descritos*. Ante lo desarrollado tenemos que la Fiscalía ha solicitada doce años de pena privativa de la libertad para este delito, en ese sentido, procediendo conforme lo establece el artículo 397° inciso 3) del Código Procesal Penal, la pena a imponerse no puede exceder a la requerida por el Fiscal; debiendo tenerse en cuenta además las calidades personales y sociales del acusado, *quien es soldador, con secundaria completa y tiene la calidad de agente primario. (...)* FALLAN: CONDENANDO al acusado a DIEZ AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD”. (subrayado y resaltado nuestro).

e) En cuanto al **Expediente Nro. 40-2016-01-010110-JIP-PE-01**. Corresponde al Juzgado de Paz Letrado-Investigación Preparatoria de Leymebamba, quien con fecha 01 de agosto de 2017, emitió sentencia condenatoria contra Oscar Humberto Guadaña Acuña por el delito de homicidio simple en grado de tentativa, en agravio de Henderson Díaz Izquierdo. Delito prescrito en el Art. 106° del Código Penal, sancionado con una pena privativa de la libertad no menor de 06 ni mayor de 20 años. Considerándose además al Art. 16° del Código Penal, por haber quedado el comportamiento ilícito en grado de tentativa.

Los hechos materia de juzgamiento ocurrieron el día 11 de diciembre de 2016. De manera específica, en cuanto a la imputación concreta, se indica: *“el agraviado Henderson Díaz Abarca, se encontraba en compañía de su tío Juan Izquierdo Abarca por inmediaciones del estadio del anexo Dos de Mayo, a las 17:00 horas aproximadamente, conversando para luego ir a comer en un puesto de comida de la zona, para luego irse con su tío, al bar de la señora Patricia, donde observó en una mesa a las persona de Oscar Guadaña, su hermano Santos Guadaña y la señorita Deli Añazco y su papá, libando licor al frente, circunstancias en las cuáles el agraviado se sentó en otra mesa donde se encontraba el señor Agustín Canlla con la señora Luduvina y en otra mesa se encontraba la señora Nilda y su amiga, pasando unos minutos se hicieron presente la esposa del tío del agraviado*

Milagros Muñoz Delgado, Militza Rojas Muñoz, donde se sentaron en la mesa del agraviado, circunstancias en las cuales iniciaron a libar licor, siendo el caso que la persona de Oscar y Segundo Guadaña comenzaron a vociferar palabras soeces en contra del tío del agraviado, manifestando textualmente que lo iban a mandar a la ronda, que Juan eres “cachupin”, “suhuca”, entre otras palabras, siendo la reacción de Segundo Guadaña de romper una botella de vidrio (cerveza) para luego querer agredir a la persona de Juan Izquierdo, pero en ese instante su esposa y su prima impidieron que lo agreda, posteriormente Gilmer Cruz, retiró y sacó a sus tíos y acompañantes del agraviado para luego cerrar la puerta, fue en ese instante que Segundo quiso agredir al agraviado, por lo que este optó por esconderse detrás de un refrigerador, es en estas circunstancias que el imputado Oscar Humberto Guadaña Acuña, aprovechando la superioridad y que el agraviado se encontraba solo, le metió un puntazo al agraviado a la altura del abdomen, dicho puntazo fue con un cuchillo tipo navaja, es aquí donde el agraviado se ha desplomado y ya en el suelo esta persona quiso seguir agrediendo con el cuchillo pero en ese instante ingresó la persona de Militza Rojas Muñoz quien fue la que defendió al agraviado y evitó que el imputado Oscar Humberto Guadaña Acuña mate al agraviado, luego de esto fue auxiliado y trasladado al Centro de Salud de Leimebamba, para luego ser transferido al Hospital Regional Virgen de Fátima de Chachapoyas, esto por la severidad de la herida”.

El indicado proceso culminó en virtud al proceso especial de Terminación Anticipada, arribándose a una Sentencia condenatoria. Cabe señalar que la propuesta del representante del Ministerio Público fue la de imponer una pena final de 04 años y 06 meses, con el carácter de suspendida con un periodo de prueba de dos años, tomando en cuenta al instituto de la tentativa como una circunstancia atenuante privilegiada, que autoriza a imponer la pena por debajo del mínimo legal.

A su turno, el juzgado penal decidió aprobar la propuesta dada por las partes, imponiéndole al acusado la pena de 04 años y 06 meses, más el beneficio por terminación anticipada se estableció una pena de 03 años y 09 meses de privación de la libertad con el carácter de suspendida, con un periodo de prueba de dos años. Los argumentos dados por el magistrado en el rubro de la determinación de la pena

fueron los siguientes: “Al imputado se le aplica lo señalado en el artículo 471° del Código Procesal Penal, reduciéndose en un sexto la pena a imponerse (...) están de acuerdo en la pena teniendo en cuenta los artículos 45° y 46° del Código Penal, aplicándose *circunstancias genéricas* teniendo en cuenta las variables como la naturaleza de la acción, el delito doloso, el medio empleado para consumar el delito; así como también la importancia del deber infringido, la edad, la educación, la situación social y económica del imputado quien es una persona de veintisiete años de edad, grado de instrucción secundaria, con una situación económica no muy estable, hay que tener en cuenta para la imposición de la pena concreta, el principio de proporcionalidad, elemento criminoso, así como las calidades personales del imputado, el reconocimiento de su culpabilidad, participación de los hechos y así también el ánimo de resarcir el daño y teniendo en cuenta que estamos en un caso de *tentativa* partiendo del artículo 45°-A numeral 3, nos señala que cuando concurren *circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas*, la pena concreta se determina de la siguiente manera: a) tratándose de *circunstancias atenuantes*, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior; y en el presente caso partiendo que la pena abstracta es de seis a veinte años y siguiendo lo que señala la norma adjetiva se tiene que partir del tercio inferior hacia abajo, es decir de seis años hacia abajo, ahora para determinar la forma como se va a reducir la pena se vinculan en el tema de la tentativa *tres requisitos, requisito subjetivo, la comisión de la ejecución del delito y la falta de comisión del delito*, situaciones que se presentan en este caso, ahora para determinar la dosificación de la pena *unos parten de que tiene que tener como máximo un tercio hasta dos tercios y existiendo ya un criterio respecto a que la tentativa al igual que la confesión sincera son circunstancias atenuantes privilegiadas*, en el caso de la tentativa no existe un tope pero en el caso de la confesión sincera, indicando que en la confesión sincera se le puede bajar hasta un tercio, *entonces ese es el tope para circunstancias atenuantes privilegiadas que se está adoptando* valorando las circunstancias bajo un criterio de compensación y compatibilidad de circunstancias tiene que ser de un tercio como máximo; siendo ello así la pena en el presente caso es de seis años como máximo le podríamos bajar dos años resultando cuatro años, sin embargo, a criterio del Ministerio Público dado cuenta *la naturaleza del hecho* han optado por reducir *un año y seis meses*, es decir, reduciendo los seis años nos da como pena determinada

cuatro años y seis meses, esto es la pena concreta de la cual se debe partir, ahora bien teniendo en cuenta que la terminación anticipada (...) otorga un beneficio específico que es la reducción en un *sexto de la pena*, se arriba a una pena final de CUARENTA Y CINCO MESES O TRES AÑOS CON NUEVE MESES DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD (...). (subrayado y resaltado nuestro)

4.1.1.2.- Análisis e Interpretación de los resultados

a) De las encuestas realizadas a los magistrados del Ministerio Público y Poder Judicial de las localidades de Cajamarca, Chota y Leimebamba, y cuya labor se encuentra íntimamente relacionada con el tema de la determinación de la pena, se tiene que en el caso de los señores fiscales penales la mayoría de ellos, constituido por el 91% (20 usuarios), comparte el criterio que en la labor de la determinación de la pena cuando se presenta la tentativa, existe un punto o criterio de referencia a seguir, el mismo que está referido al hecho de establecer la pena concreta por debajo del mínimo legal, esto en razón de considerar a la tentativa como una circunstancia atenuante privilegiada. El panorama resulta completamente uniforme en el caso de los magistrados del Poder Judicial, pues es de advertir que el 100% de los jueces penales entrevistados (10 usuarios), indicaron que efectivamente existe el anotado punto de referencia.

b) Asimismo, de los datos obtenidos de las encuestas se tiene que el 73% de los fiscales provinciales penales (16 usuarios) ha indicado que en la labor de determinación de la pena concreta en casos donde se presenta la tentativa se debe tomar en consideración los principios de legalidad, proporcionalidad, lesividad y culpabilidad, mientras que el 27% de los referidos magistrados (6 usuarios), además de considerar atendibles los indicados principios, también señalan que se debe tomar en consideración los principios de humanidad, seguridad jurídica y la función preventiva de la pena. En el caso de los magistrados del Poder Judicial, el 60% (06 usuarios) ha señalado que en tal labor de determinación de pena se debe considerar a los principios de legalidad, proporcionalidad, lesividad y culpabilidad, mientras que el 40% de entrevistados (4 usuarios) ha señalado que además de tales principios, también se debe tomar en cuenta los principios de humanidad, seguridad jurídica y la función preventiva de la pena.

c) De los resultados obtenidos de las sentencias examinadas, se advierte que el 100% de los magistrados del Poder Judicial consideran a la tentativa como una circunstancia atenuante privilegiada, por lo que el establecimiento de la pena concreta se estableció por debajo del mínimo legal.

d) Asimismo, de las referidas sentencias se advierte que todas ellas hacen alusión al principio de legalidad y en ese contexto invocan el tipo penal aplicable al caso y en virtud a éste establecen el mínimo y el máximo legal, además, como ya se dijo, reconocen como circunstancia atenuante privilegiada a la tentativa; sin embargo, en cuanto al resto de principios, como son, los de proporcionalidad, lesividad, culpabilidad, humanidad, seguridad jurídica y el fin preventivo de la pena, si bien son expuestos o mencionados en la mayoría de sentencias, empero, no se realiza un análisis de su aplicación al caso concreto.

4.1.2.- La tentativa y su relación con la determinación de la pena

El primer objetivo específico planteado fue: *“Analizar la naturaleza jurídica de la tentativa; así como establecer la problemática de su interpretación en la determinación de la pena”*.

4.1.2.1.- Resultados

4.1.2.1.1.- En la encuesta practicada

a) Se obtuvo información conforme a las percepciones de los usuarios entrevistados, esto es, a 22 magistrados del Ministerio Público (entre Fiscales Provinciales y Adjuntos Provinciales Penales) y a 10 del Poder Judicial (entre Jueces de Investigación Preparatoria y Especializados en lo Penal) de las localidades de Cajamarca, Chota y Leimebamba, conforme se expuso en la *Tabla 7* ut supra.

En ese sentido, es de destacar las respuestas brindadas a las preguntas números 1 y 3, es decir: *¿Cree usted que en la práctica los operadores jurídicos en mérito a su facultad discrecional, en el supuesto de tentativa, fijan la pena “siempre” por debajo del mínimo legal de la pena abstracta? y ¿Cree usted, que existe un punto de referencia exacto a partir del cual se realizan las valoraciones para el*

establecimiento de la pena concreta en el supuesto de tentativa?. Así se tienen las tablas siguientes:

Tabla 12: Se fija la pena “siempre” por debajo del mínimo legal

| PREGUNTA Nro. 1 | Dependencia | Siempre | Casi Siempre | A veces | Nunca |
|--|-------------|---------|--------------|---------|-------|
| Según su experiencia profesional, ¿Cree usted que en la práctica los operadores jurídicos en mérito a su facultad discrecional, en el supuesto de tentativa, fijan la pena “siempre” por debajo del mínimo legal de la pena abstracta? | MP | 20 | 2 | 0 | 0 |
| | PJ | 10 | 0 | 0 | 0 |

Tabla 13: Punto de referencia para determinar la pena

| PREGUNTA Nro. 3 | Dependencia | De Acuerdo | En desacuerdo | A veces |
|---|-------------|------------|---------------|---------|
| ¿Cree usted, que existe un punto de referencia exacto a partir del cual se realizan las valoraciones para el establecimiento de la pena concreta en el supuesto de tentativa? | MP | 20 | 2 | 0 |
| | PJ | 10 | 0 | 0 |

De las mismas se tiene como resultado el hecho de que para el 100% de los magistrados del Poder Judicial (10 usuarios) y para el 91% del Ministerio Público (20 usuarios) la existencia de la tentativa implica, dentro del camino a la determinación de la pena concreta, fijar una por debajo del mínimo legal, considerando a este criterio como un punto de referencia en tal labor.

b) En cuanto a las respuestas brindadas a la pregunta número 2, se presenta la siguiente tabla:

Tabla 14: Cómo se suele determinar la pena en los supuestos donde se presenta la tentativa

| PREGUNTA Nro. 2 | Dependencia | Disminuye la pena hasta en una sexta parte por debajo del mínimo legal, teniendo en cuenta las particularidad | Disminuye la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal teniendo en cuenta las particularidad es del caso y del sujeto | Disminuye la pena hasta la mitad por debajo del mínimo legal teniendo en cuenta las particularidades del caso y del sujeto involucrado. | Otro |
|-----------------|-------------|---|---|---|------|
| | | | | | |

| | | ades del caso y del sujeto involucrado | involucrado | | |
|---|-----------|--|-------------|----------|----------|
| En la práctica, en su despacho, ¿cómo se suele determinar la pena en los supuestos donde se presentan la tentativa? | MP | 2 | 18 | 2 | 0 |
| | PJ | 0 | 8 | 2 | 0 |

Se desprende que de los magistrados del Ministerio Público, el 82% (18 usuarios) al momento de establecer la pena concreta en los casos donde se presenta la tentativa, lo realiza por debajo del mínimo legal teniendo como límite la tercera parte (1/3) por debajo del acotado mínimo legal; otro 9% (02 usuarios) de los referidos magistrados opinan que el límite hasta donde se puede reducir la pena concreta debe ser hasta la sexta parte (1/6) por debajo del mínimo legal; mientras que el otro 9% de magistrados (02 usuarios) señalan que tal reducción debe estar representada hasta la mitad (1/2) por debajo de la pena mínima. En el caso de los magistrados del Poder Judicial, el 80% (8 usuarios) considera que el límite mínimo debe estar establecido hasta por la tercera parte (1/3) mientras que el 20% restante (2 usuarios) considera que debe fijarse hasta la mitad (1/2).

c) Ahora, respecto a las respuestas brindadas a la pregunta número 4 de la entrevista, se presenta la siguiente tabla:

Tabla 15: Criterios aplicados por los operadores jurídicos en la determinación de la pena en casos donde se presenta la tentativa

| PREGUNTA Nro. 4 | Dependencia | Principio de legalidad, proporcionalidad, lesividad y culpabilidad. | Criterio de discrecionalidad y principio de humanidad. | Función preventiva y seguridad jurídica | Principio de legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad, humanidad, seguridad jurídica y función preventiva de la pena |
|--|--------------------|--|---|--|---|
| Según su experiencia profesional, ¿Qué criterios considera usted, que son aplicados por los operadores jurídicos en su labor de determinación pena, en los | MP | 16 | 0 | 0 | 6 |
| | PJ | 6 | 0 | 0 | 4 |

| | | | | | |
|---------------------------------------|--|--|--|--|--|
| casos donde se presenta la tentativa? | | | | | |
|---------------------------------------|--|--|--|--|--|

Se tiene que el 73% (16 usuarios) de los magistrados del Ministerio Público consideran que en la tarea de la determinación de la pena cuando se presenta la tentativa, se tienen que considerar los *principios de legalidad, proporcionalidad, lesividad y culpabilidad*; y el 27% restante (06 usuarios), además de considerar a los indicados principios, también señalan que resulta necesario tomar en cuenta a los *principios de humanidad, seguridad jurídica y función preventiva de la pena*.

En el caso de los magistrados del Poder Judicial, el 60% (06 usuarios) indican considerar como criterios rectores en su labor de determinar la pena en los casos donde se presenta la tentativa, a los *principios de legalidad, proporcionalidad, lesividad y culpabilidad*; mientras que 40% (04 usuarios) indicaron como criterios rectores, además de los anotados principios, a los de *humanidad, seguridad jurídica y función preventiva de la pena*.

4.1.2.1.2.- Respecto a las sentencias examinadas

Al respecto se presentan los datos que se obtuvieron de las sentencias examinadas y que resultan relevantes para el presente trabajo.

Tabla 16: Consolidado de sentencias examinadas

| N° | Expediente | Considera a la tentativa como una circunstancia atenuante privilegiada | Reducción de la pena en el supuesto de tentativa, por debajo del mínimo legal | Principios usados y/o indicados para determinar la pena en el supuesto de la tentativa |
|----|--|--|---|--|
| 1 | 00225-2011-7-0610-JR-PE-02-CHOTA (Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Chota). Violación sexual en grado de tentativa. | SI | SI | Legalidad y Proporcionalidad |
| 2 | 00169-2015-28-0610-JR-PE-01-CHOTA (Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Chota). Femicidio en grado de tentativa. | SI | SI | Prevención de la pena, Legalidad y Proporcionalidad |

| | | | | |
|---|---|----|----|--|
| 3 | 000116-2016-92-0610-JR-PE-01-CHOTA (Juzgado Penal Colegiado de Chota). Homicidio simple en grado de tentativa. | SI | SI | Prevención de la pena, Legalidad y Proporcionalidad |
| 4 | 00359-2015-21-0610-JR-PE-03-CHOTA (Juzgado Penal Supraprovincial de Cajamarca con competencia en la Provincia de Chota). Femicidio en grado de tentativa. | SI | SI | Legalidad y Proporcionalidad |
| 5 | 40-2016-01-010110-JIP-PE-Proceso Inmediato (Juzgado de Paz Letrado-Investigación Preparatoria de Leimebamba). Homicidio simple en grado de tentativa. | SI | SI | Prevención de la pena, Legalidad, Proporcionalidad y humanidad |

a) En primer término se advierte que el 100% de las sentencias examinadas (05 muestras: 01 del juzgado penal unipersonal de Chota, 03 del juzgado penal colegiado de Chota, y 01 del juzgado de investigación preparatoria de Leimebamba) consideran a la tentativa como una circunstancia atenuante privilegiada.

b) De igual forma el 100% de las sentencias examinadas, consideran que la pena a imponer debe establecerse por debajo del mínimo legal.

4.1.3.- La tentativa y su relación con los principios y fines de la pena, en la labor de determinación de la pena concreta

El segundo objetivo específico planteado fue: *“Identificar los principios y fines de la pena que podrían utilizarse por parte de los jueces penales de primera instancia de las localidades de Cajamarca (juzgado colegiado supraprovincial) Chota y Leimebamba, en su labor de determinación de la pena concreta cuando se presente la circunstancia atenuante de la tentativa”*.

4.1.3.1.- Resultados

4.1.3.1.1.- En la encuesta practicada

Se obtuvo información conforme a las percepciones de los usuarios entrevistados, según se expuso en la *Tabla 7* ut supra (Ministerio Público: 22 usuarios y Poder Judicial: 10 usuarios). De esta forma, se establecieron las relaciones entre los criterios y principios para determinar la pena concreta en el supuesto de la tentativa. Se debe partir por lo postulado en los resultados de la *Tabla N° 13*, respecto a los puntos de referencia para determinar la pena en el supuesto de la tentativa, para luego hacer un recorrido por el procedimiento de motivación de la determinación de la pena concreta (pena final) bajo el supuesto de la tentativa que han sido indicados en la *Tabla N° 15*.

- (i) Bajo la *Tabla N° 13*, que es integrada con los resultados de la pregunta N° 05, que contiene una interrogante de desarrollo: “*Qué criterios rectores considera usted, permiten graduar la pena concreta en la tentativa*”, nos permite establecer el siguiente cuadro consolidado:

Tabla 17 Consolidado de Principio según resultados de pregunta N° 05

| Principios utilizados para la determinación de la pena | Adoptados por el Ministerio Público (usuarios entrevistados: 22) | Adoptados por el Poder Judicial (usuarios entrevistados: 10) |
|---|---|---|
| Legalidad | 22 | 10 |
| Proporcionalidad | 16 | 6 |
| Lesividad | 6 | 8 |
| Culpabilidad | 10 | 6 |
| Humanidad | 4 | 2 |
| Seguridad Jurídica | 2 | 0 |
| Criterio Discrecional | 18 | 6 |
| Fines Preventivos de la Pena (Resocialización, Reeduación y Rehabilitación) | 8 | 6 |

- (ii) De acuerdo a la *Tabla N° 17*, que se graficará a continuación, se aprecia que de los 22 usuarios del Ministerio Público:



Figura 5 Criterios Adoptados por el Ministerio Público

- a. El principio que es aplicado en un 100% por todos los usuarios entrevistados, lo conforma el principio de legalidad, y ello es comprensible, en el entendido que toda decisión tiene como base la norma legal, que regula tanto la base punitiva así como el sustantivo y verbo rector de cada tipo penal; siendo que este principio junto al principio de discrecionalidad, tienen el 25% y 21% de utilidad por los operadores jurídicos del Ministerio Público frente al resto de principios, esto es, vienen adoptando la mayor preponderancia en las decisiones, lo cual es de remarcar con bastante preocupación, pues una decisión debe tener en consideración una motivación que no sólo involucre el supuesto normativo y el criterio de racionalidad, sino que debe ir enmarcado por criterios hegemónicos que en el ámbito jurídico tanto doctrinario como jurisprudencial permitan adoptar un tenor de seguridad jurídica y ponderación de derechos fundamentales (P. Proporcionalidad, Lesividad, Culpabilidad y Humanidad) teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos, así como de las particularidades del sujeto agente y del caso propiamente dicho tal como lo postula la Consulta desarrollada en el Expediente N° 1618-2016-Lima Norte emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de Derecho Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
- b. Vemos de seguida, que el principio de proporcionalidad, sí es utilizado,

llegando a una cuantificación del 19% de aceptabilidad por los operadores del Ministerio Público, empero, también se debe tener en consideración que el mayor ribete de este principio que es utilizado lo comprende la denominada “ponderación”, la misma que en muchos casos es homologada con el criterio discrecional.

- c. Un principio que es aludido, pero lamentablemente no con un criterio de aceptación del 100%, sino sólo que acoge un 7%, lo comprende el principio de lesividad, siendo el caso que es más esbozado para casos de mayor complejidad, pese a que por la propia naturaleza del derecho penal, el análisis de todo tipo penal encausado debe partir desde el bien jurídico tutelado, el cual justamente absorbe el principio en comento.
- d. Es bastante comprensible que, si hablamos de una sentencia, sea esta de condena o de absolución, la misma debe partir por acoger los engranajes que permitan un escenario de claridad respecto a la culpabilidad y responsabilidad de la parte encausada, esto es, cómo un supuesto de hecho es acogido por el supuesto legal y entendido como antijurídico, y que a la vez sea merecedor de pena. Sin embargo, a este principio hegemónico del derecho penal, acorde a las encuestas sólo ha tenido una aceptación al momento de efectuar sus decisiones en un 12%, y ello es hasta en grado superlativo preocupante, pues podría entenderse que los integrantes del Ministerio Público aún no están adecuadamente capacitados para comprender los alcances de la reprochabilidad y sobre todo que el derecho penal es la última ratio.
- e. Un ítem que alberga en parte la intención de criterios garantistas en las decisiones acorde a las encuestas, lo encontramos en el Fin Preventivo de la Pena, que ha logrado acoger un 9%, es decir, que aun cuando en gran parte los persecutores de la acción penal restan argumentación en los alcances de su decisión acorde con el principio de culpabilidad, empero, si consideran que es atendible, aunque en grado relativo, que se cumplan con los fines de la pena, y como tal se da alcances a los postulados de la política criminal, caso contrario se tendría como resultado final a cárceles colmadas de internos, producto de lo que se denominaría derecho penal simbólico o en su caso el derecho penal del enemigo.

f. En cuanto al principio de seguridad jurídica, este es un principio preponderante sobre todo en el ente judicial, empero, también debe ser extensivo al Ministerio Público, pues en sus respectivos requerimientos fiscales bajo la arista que se trata de una institución que labora bajo el criterio de corporatividad bajo los lineamientos del nuevo Código Procesal Penal, debe primar la unidad de decisiones al momento de postular una solicitud de pena ya sea en un proceso común así como en un proceso especial, pues las reglas de juego, esto es, la normatividad que lo enmarca está determinada en igualdad para todos los ciudadanos. Sin embargo, tal como lo revela los resultados de las encuestas, este principio para los integrantes del Ministerio Público ha acogido un 2% de aceptabilidad, lo que nos revela que existe aún mucho camino de capacitaciones y trabajos de coordinación reflexivos-académicos, así como de compilación dentro de Plenos Fiscales Distritales, Regionales y Nacionales con el objeto de arribar a la ponderación de este principio de gran importancia frente a la sociedad.

(iii) Asimismo, de acuerdo a la Tabla N° 17, que se graficará a continuación, se aprecia que de **los 10 usuarios del Poder Judicial se muestran los siguientes resultados:**

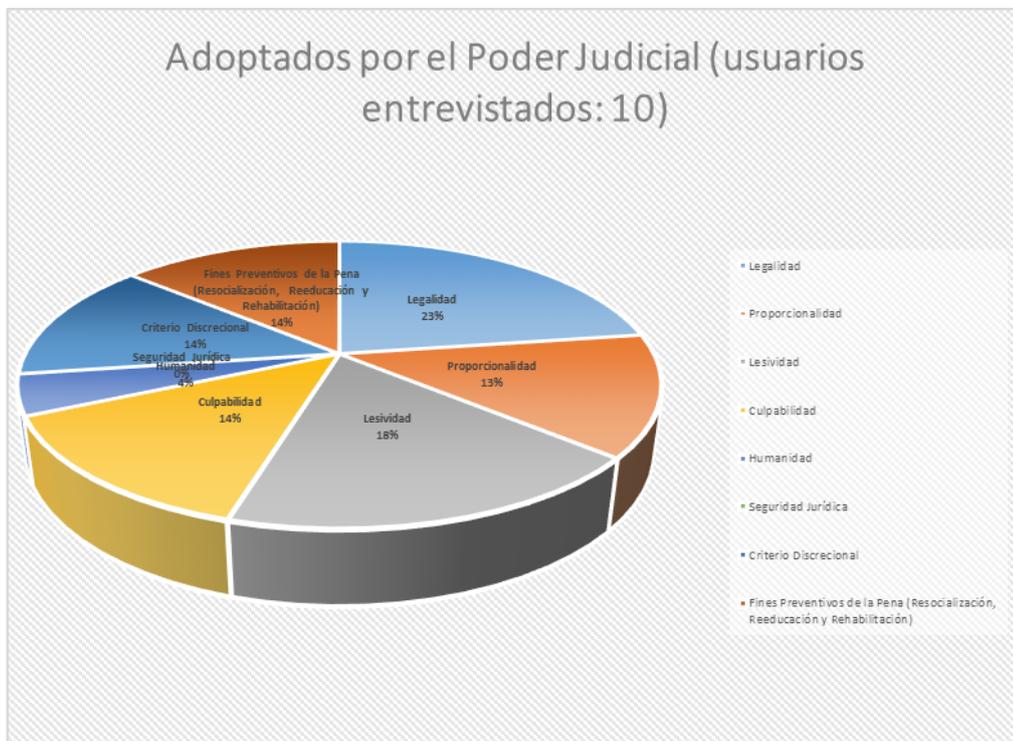


Figura 6 Criterios adoptados por el Poder Judicial

- a. El principio que es aplicado en un 100% por todos los usuarios entrevistados del Poder Judicial, al igual que con el Ministerio Público, lo conforma el principio de legalidad, y ello como ya se mencionó se entiende pues basan sus decisiones en la norma legal; siendo que este principio junto al principio de lesividad, tienen el 23% y 18% de utilidad por los operadores jurídicos del Poder Judicial, frente al resto de principios, esto es, vienen adoptando la mayor preponderancia en las decisiones, lo cual a diferencia de lo analizado precedentemente, nos otorga equilibrio que el principio que acompaña las decisiones sea el que implica el análisis de afectación al bien jurídico.
- b. De seguida, nuevamente, vemos una diferencia de selectividad en los principios, es el caso que, por parte de los usuarios del Poder Judicial, se observa una superlatividad de consideración respecto a los principios de culpabilidad, fin preventivo de la pena y el criterio discrecional, pues cada uno de los mencionados comprende un 14% de atención para los operadores de justicia. Este resultado nos permite comprender el procedimiento para la dosificación de la pena, pues, por un lado, se sostiene que una pena es asumida cuando los estándares de culpabilidad y responsabilidad están plenamente definidos, pero también nos revela que en sus decisiones prepondera los fines de la pena, los cuales en su resultado adoptan sus criterios discrecionales para solventar la forma como es que se reduce la pena por debajo del mínimo legal, como es en el caso de la tentativa.
- c. No obstante, y esto es altamente preocupante, y justamente lo que viene reflejando este trabajo de investigación, y lo conforma el hecho de la importancia que se alberga en el preponderante principio de proporcionalidad, pues, si bien es utilizado, empero, acorde a los resultados cuantitativos tiene un 13% de aceptación y utilización, es decir, que los operadores jurídicos, viene dando una menor importancia pese al mayor que converge a este principio, pues sin que se logre justificar la ponderación y la necesidad y/o merecimiento de la pena, nos permite conferir que los alcances de los fines del derecho penal y el objeto del proceso penal están perdiendo su dirección ante los representantes del Poder Judicial, y esto nos revela una alerta máxima, pues es justamente el artículo 45°, 45°-A, así como el artículo 46° del Código Penal, en donde se capitulan los presupuestos para determinar la pena, la

individualización de la misma, así como las circunstancias de atenuación y agravación, las que giran en cuanto a su interpretación teniendo como base el Principio de Proporcionalidad. Es decir, que sin este principio los fallos perderían las garantías y el respeto a un proceso penal con garantías y a la prevalencia de la Constitución frente a la situación jurídica de un derecho fundamental como es la libertad personal ambulatoria de una persona, siendo esto el contenido y razón por la cual el principio de humanidad abarca el 4% de aceptación para estos usuarios entrevistados.

- d. Un ítem que revela asimismo preocupación lo comprende el resultado de 0% respecto al principio de seguridad jurídica, tal es así, que este es un principio preponderante sobre todo en el ente judicial, pues en sus respectivos fallos judiciales, debe primar la uniformidad de sus decisiones al momento de postular una pena ya sea en un proceso común así como en un proceso especial, pues las reglas de juego, esto es, la normatividad que lo enmarca está determinada en igualdad para todos los ciudadanos. Lo que nos lleva a recomendar la incidencia de Plenarios y capacitaciones con el objeto de arribar a la ponderación de este principio de gran importancia frente a la sociedad.

Lo descrito en la **Tabla N° 17**, nos permite comprender los resultados de la **Tabla N° 15**, que vamos a dar a comprender:

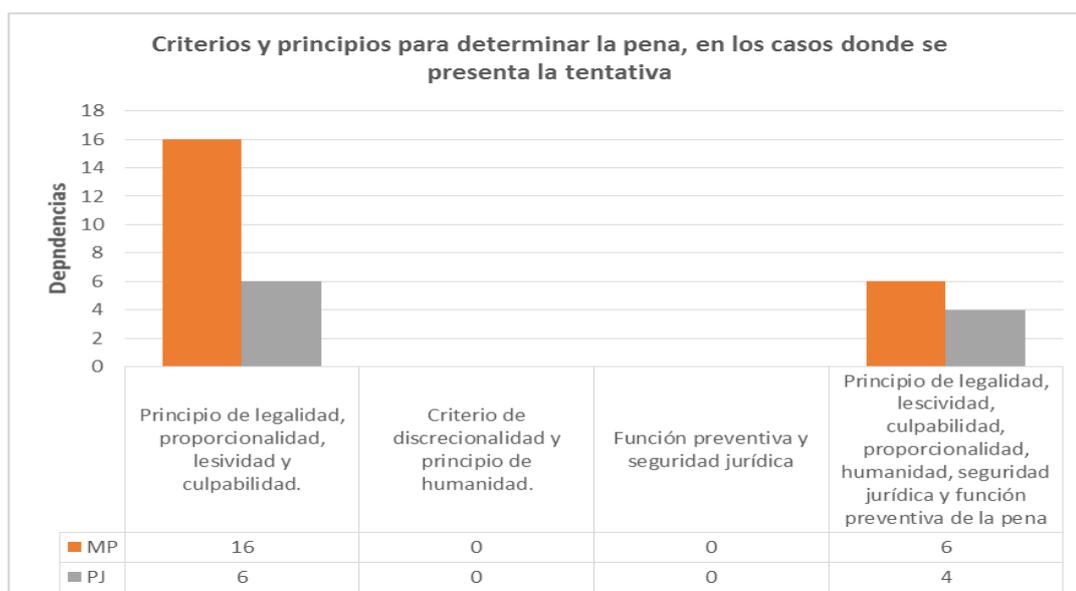


Figura 7: Criterios y principios para determinar la pena

Vemos que al consignar en dos grupos preponderantes a los principales principios y fines preventivos, que deben ser considerados para la determinación de la pena, los usuarios han podido reconocer con un resultado del 73% (16 usuarios) en el caso de los magistrados del Ministerio Público; y en el caso de los magistrados del Poder Judicial en un 60% (06 usuarios) que en forma consecutiva indican considerar como criterios rectores en su labor de determinar la pena en los casos donde se presenta la tentativa, a los *principios de legalidad, proporcionalidad, lesividad y culpabilidad*.

Sin embargo, al momento que hemos podido examinar la Tabla N° 17 et supra, **vemos que en la práctica, suelen aplicar sólo algunos de estos principios**. Asimismo, lo preocupante son como ya se ha revelado: **i)** Que el principio de proporcionalidad es utilizado, pero no con mucha consideración y frecuencia, lo que revela que sus decisiones no justifique en forma comprensible la forma como computan la pena, bajo qué factores y criterios de compensación y compatibilidad de circunstancias, dejando vacíos sustentados en el arbitrio de la autoridad, cuando una de estas directrices lo conforma el principio de humanidad; **ii)** Respecto a la aplicación de los principios, independientemente del principio de legalidad, que tiene un 100% de acogida, es en grado superlativo que los integrantes del Poder Judicial tienden a utilizar en la dosificación de pena, tres bases, esto es, el principio de culpabilidad, lesividad y el fin preventivo de la pena; en cambio por su parte los integrantes del Ministerio Público ocupan la mayor preponderancia en el criterio discrecionalidad y de seguida en los principios de culpabilidad y proporcionalidad; **iii)** De lo anotado, que son dos los principios estelares que deben ser recomendados para su uso con mayor frecuencia para ambas instituciones que administran justicia al emitir sus decisiones, por un lado el principio de lesividad y por otro el principio de seguridad jurídica; **iv)** Como ya se ha mencionado los puntos de referencia para determinar la pena, lo conforman los principios del derecho penal, pero si no se tiene un adecuado conocimiento y utilización de los mismos, las decisiones van a resultar vulnerando criterios de seguridad jurídica.

4.1.3.1.2.- En la encuesta practicada

Tabla 18: Cuadro consolidado de sentencias

| N° | Expediente | Considera a la tentativa como una circunstancia atenuante privilegiada | Reducción de la pena en el supuesto de tentativa, por debajo del mínimo legal | Principios usados para determinar la pena en el supuesto de la tentativa |
|----|---|--|---|--|
| 1 | 00225-2011-7-0610-JR-PE-02-CHOTA | SI | SI | Legalidad y Proporcionalidad |
| 2 | 00169-2015-28-0610-JR-PE-01-CHOTA | SI | SI | Prevención de la pena, Legalidad y Proporcionalidad |
| 3 | 00016-2016-92-0610-JR-PE-01-CHOTA | SI | SI | Prevención de la pena, Legalidad y Proporcionalidad |
| 4 | 00359-2015-21-0610-JR-PE-03-CHOTA | SI | SI | Legalidad y Proporcionalidad |
| 5 | 40-2016-01-010110-JIP-PE-Proceso Inmediato-LEYMEBAMBA | SI | SI | Prevención de la pena, Legalidad, Proporcionalidad y humanidad |

Desarrollo de los resultados (fallos) arribados en las sentencias examinadas:

En base a la aplicación de los métodos de interpretación, dogmático y jurisprudencial, se ha considerado merituar -conforme a los objetivos de esta investigación- los resultados presentados en cada una de estas decisiones judiciales, las cuales basados en una muestra de las más relevante se detallan a continuación:

4.1.3.2.- Análisis de los resultados

a) En cuanto al **Expediente Nro. 00225-2011-7-0610-JR-PE-02.**

El Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Chota, quien emitió sentencia condenatoria contra Helver Fernández Bautista por el delito de violación sexual en grado de tentativa, en agravio de la persona de iniciales J.O.M.G. Delito

prescrito en el Art. 170° del Código Penal, considerándose además al Art. 16° del Código Penal, por haber quedado el comportamiento ilícito en grado de tentativa. Mediante Sentencia Conformada decidió aprobar la propuesta dada por las partes, imponiéndole al acusado la pena de 04 años de privación de la libertad con el carácter de suspendida. Los argumentos dados por el magistrado en el rubro de la *determinación de la pena* fueron los siguientes: “*Efectuando el control de legalidad respectiva, resulta necesario mencionar que al haber previsto el tipo penal, pena conminada para el delito materia de juzgamiento una pena no menor de seis ni mayor de ocho años de privativa de libertad, y haber establecido como propuesta punitiva por las partes, la pena concreta de cuatro años de pena privativa de libertad, carece de objeto efectuar el análisis de las circunstancias atenuantes y agravantes generales, que prevé el artículo 46° del Código Penal que sirven para movilizar la pena ya sea al extremo mínimo como al extremo máximo, sino únicamente analizar si es posible reducir la pena por debajo del mínimo legal presente en este caso. Asimismo, se debe tener en consideración que el acusado el día de los hechos contaba con veinte años de edad, y si bien el artículo 22° del Código Penal, prohíbe aplicar la responsabilidad restringida por la edad, a los agentes de la comisión del delito de Violación de la Libertad Sexual, el Juzgador no hace un mayor análisis de dicha exclusión, ya que al haberse determinado la existencia de una atenuante privilegiada como lo es: LA TENTATIVA, la pena de cuatro años y ocho meses que ha requerido el Ministerio Público, que está ubicada por debajo del mínimo legal, **por la forma y circunstancias en que han sucedido los hechos**, y que han sido reconocidos por el acusado, se encuentra **plenamente justificada.** Asimismo, **por resultar proporcional y razonable, la pena arribada tiene el carácter de suspendida, ello en razón a la naturaleza, modalidad del hecho punible y personalidad del agente, y atendiendo a su calidad no reincidente, que se trata de un agente primario sin antecedentes penales, que sólo cuenta con cuarto grado de educación primaria, a lo que se suma el principio de proporcionalidad y fin preventivo de la pena,** recogido en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, son los que han motivado al juzgador a arribar a la decisión judicial materia de análisis”.* (subrayado y resaltado nuestro)

Examinando la determinación de la pena base para el delito de Violación Sexual previsto en el artículo 170° del Código Penal, se tiene que esta es no menor de seis ni mayor de ocho años de pena privativa de libertad. Ahora, en el caso particular de la sentencia materia de análisis, se advierte que el juzgador de manera correcta invoca la existencia de la tentativa como circunstancia atenuante privilegiada, por lo que trae a colación lo prescrito en el Art. 45°-A, inc. 3 literal a del Código Penal, esto es, el procedimiento que orienta a determinar la pena concreta por debajo del tercio inferior de la pena básica, es decir, en el presente caso, por debajo de los seis años de privación de la libertad.

Por otro lado, ya en el procedimiento propio de la determinación de la pena concreta se tiene que el juzgador prescinde abiertamente en considerar las circunstancias genéricas establecidas en el artículo 46° del Código Penal, so pretexto de que como existe una circunstancia atenuante privilegiada, como lo es la tentativa, solo se debe definir si es posible reducir la pena por debajo del mínimo legal, cuando ello ya resulta claro del imperativo o precepto contenido en el artículo 45°-A inc. 3 lit a del Código Penal, es decir, que la pena concreta a aplicar debe ir por debajo del mínimo legal (seis años). Como correlato de ello, **el juzgador únicamente se limita a señalar que la pena -acordada y propuesta por el Ministerio Público, acusado y su defensa- de cuatro años y ocho meses, resulta plenamente justificada, esto en razón de la forma y circunstancias en que se dieron los hechos, sin precisar cuáles fueron estas circunstancias particulares del caso.**

Asimismo, atendiendo a la forma como trata al instituto de la tentativa comete el error de vincularla directamente en el estadio de la pena concreta cuando su incidencia debe estar dirigida a establecer un nuevo marco de penal legal, que conforme nuestra propuesta debe establecerse hasta un tercio por debajo del mínimo legal, es decir, para el presente caso entre seis y cuatro años de privación de la libertad. Nuevo marco punitivo que luego debe ser dividido en tres, concretizándose la pena conforme las circunstancias contenidas en el artículo 46° del Código Penal.

Entonces, si bien el juzgador luego invoca el hecho de que el acusado no ostenta antecedentes penales, con la finalidad de justificar la imposición de una

pena suspendida (teniéndose como pena concreta la de cuatro años de privación de la libertad, en virtud del beneficio premial otorgado por el instituto de la conclusión anticipada), sin embargo, consideramos que tal circunstancia perfectamente puede haber sido considerada para la graduación de la pena concreta como una circunstancia atenuante genérica (comprendida en el artículo 46° inc. 1 lit. a del Código Penal) y que si bien también se consideró el grado de instrucción mínimo del acusado (condición cultural que debe ser considerada como un factor genérico a tomar en cuenta para la determinación de la pena, conforme el artículo 45° inc. 2 del Código Penal), no obstante también debió considerarse los intereses particulares de la víctima y los de su familia (artículo 45° inc. 3 del Código Penal - que conforme al desarrollo particular de los hechos, se tiene que la agraviada sufrió un ataque directo por parte del acusado a quien no le importó que aquélla se encontrase amamantando a su menor hijo, habiendo opuesto tenaz resistencia para evitar el acceso carnal por parte de su agresor), así como el aprovechamiento de circunstancias de tiempo, modo o lugar (artículo 46° inc. 2, lit. f del Código Penal - que conforme el relato de hechos aceptados por el encausado, éste se hizo el borracho con la intención de ingresar a la casa donde arrendaba un cuarto la agraviada, poniéndose a conversar con la dueña y luego esperar el momento oportuno para ingresar al cuarto de la víctima), con lo cual se tiene una concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes de índole genérico, que orientaría a establecer la pena concreta dentro del tercio intermedio del nuevo marco legal de pena, que para el caso particular (tomando como extremo mínimo el de cuatro años y el extremo máximo el de seis años), estaría constituido entre los cuatro años, ocho meses y un día, y cinco años y cuatro meses de pena privativa de la libertad, marco dentro del cual debió establecerse la pena concreta, y que resulta proporcional al hecho materia de procesamiento.

Lo más relevante que podemos consignar en esta líneas es el hecho y la forma como se han utilizado los principios del derecho penal para determinar la Pena, como vemos, parte de la pena abstracta que concatena el principio de legalidad, sin embargo, este principio no es sólo ello, sino es necesario comprender la razón de la normas, los elementos que conforman el tipo penal, los sujetos agentes involucrados, para luego siguiendo un procedimiento estelar

se debió establecer y dar los alcances correspondientes en cuanto al bien jurídico vulnerado, es decir, dar repercusión al principio de lesividad, situaciones que no se presentan. Luego, vemos que se hace referencias muy genéricas a los factores de educación y cultura, pero no se hace la menor ponderación y explicación teniendo en cuenta las atenuantes y agravantes que lo integran, se remarcan dos supuestos que concurren en el caso, como son la edad que involucra una responsabilidad restringida, y asimismo, la tentativa como circunstancia atenuante privilegiada, estos dos factores junto a los alcances de ponderación, merecimiento de la pena y humanidad, así como el Principio de Culpabilidad, nos permiten dar unos nutritivos alcances dentro de los límites de la dosificación de la pena propuesto para el supuesto de la tentativa, los que hubieran otorgado mejores luces sobre la solución y decisión a adoptar, entendiendo que si se trata de una decisión condenatoria, sea esta privativa de libertad o suspendida, que necesariamente se debe explicar los alcances de la reprochabilidad de la pena, así como por política criminal acompañada de los fines de la pena, la proyección que se puede otorgar a la parte condenada. Sin embargo, esta forma de desarrollar y dar a comprender la decisión basada en los principios del derecho penal, no se han producido, lo que es lamentable, dado cuenta más si sobre este tipo de decisiones existe senda jurisprudencia que rebalsa en interpretación el uso de los principios en comento, ejemplo de ello es la Casación que la Sala Penal de Corte Suprema ha emitido justamente en un caso por violación sexual en donde se determinó que basado en los principios de proporcionalidad, culpabilidad, lesividad y humanidad la pena para un caso similar era la de pena suspendida, pero claro frente a una ausencia de predictibilidad judicial, es que se entiende que estos criterios no fueron esbozados adecuadamente en el caso en análisis.

b) En cuanto al Expediente Nro. 00169-2015-28-0610-JR-PE-01.

Esta causa fue conocida por el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Chota, quien con fecha 09 de febrero de 2016, emitió sentencia condenatoria contra José Rosel Medina Chávez por el delito de tentativa de feminicidio, en agravio de Rosa Briseña Vásquez Vásquez. Delito prescrito en el Art. 108°-B, inc. 1 del primer párrafo, del Código Penal, sancionado con una pena privativa

de la libertad no menor de 15 años (debiendo establecerse como límite máximo 35 años de privación de la libertad, conforme el Art. 29° del Código Penal). Considerándose además al Art. 16° del Código Penal, por haber quedado el comportamiento ilícito en grado de tentativa. El juzgado penal colegiado decidió condenar al acusado imponiéndole los 09 años propuestos por el representante del Ministerio Público. Los argumentos dados por los magistrados en el rubro de la determinación de la pena fueron los siguientes: *“en la presente causa, concurre la atenuante genérica constituida por la inexistencia de antecedentes penales (los antecedentes descritos por la Fiscalía son de antigua data y el acusado se encuentra rehabilitado), asimismo, se verifica que no concurre pluralidad de agentes, y que el acusado no es reincidente ni habitual. De igual modo que no se han usado armas de fuego y similares que hayan podido significar el peligro para terceras personas. (...) Es de acuerdo a lo expresado anteriormente que los juzgadores, advirtiendo que, en el caso, el hecho se realizó sin armas, que, además, hasta el momento no se ha reparado en nada el daño ocasionado pese al ingente tiempo transcurrido desde la fecha de los hechos, que además los intereses de los familiares de la víctima orientados a la búsqueda de la justicia, se encuentran incólumes, mientras que por el otro lado debe valorarse que estamos ante un agente primario y no reincidente o habitual. Además, debe considerarse la atenuante privilegiada consistente en el grado de tentativa en que quedó el delito, por lo que procediéndose conforme con lo estipulado por el Artículo 45°-A del Código Penal se debe imponer una pena por debajo del tercio inferior de la pena conminada, en este sentido, es que se concluye con imponer al acusado la pena de NUEVE AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA EN SU EJECUCION”. (subrayado y resaltado nuestro)*

Examinando la determinación de la pena base para el delito de Femicidio previsto en el artículo 108°-B inc. 1 del Código Penal, se tiene que esta es no menor de quince ni mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad (este último extremo complementado conforme lo establecido en el artículo 29° del Código Penal). Ahora, en el caso particular de la sentencia materia de análisis, se advierte que el juzgador de manera correcta invoca la existencia de la tentativa como circunstancia atenuante privilegiada, por lo que trae a

colación lo prescrito en el Art. 45°-A (inc. 3 literal a) del Código Penal, esto es, el procedimiento que orienta a determinar la pena concreta por debajo del tercio inferior de la pena básica, es decir, en el presente caso, por debajo de los quince años de privación de la libertad.

Por otro lado, ya en el camino propio de la determinación de la pena concreta se tiene que el juzgador **no invoca en lo absoluto la base legal de las circunstancias genéricas que está considerando** (*la inexistencia de antecedentes penales, la no concurrencia de pluralidad de agentes, la calidad de no reincidente o habitual, y la no utilización de armas de fuego o similares que hayan podido significar peligro para terceras personas, así como el hecho de que no se ha reparado en nada el daño ocasionado relacionado con los intereses de los familiares de la víctima*) para el establecimiento de la pena concreta, siendo que en el caso particular **solo tienen la calidad de circunstancias genéricas aplicables al presente hecho las consistentes en: carencia de antecedentes penales** (Art. 46° inc. 1, lit. a – circunstancia atenuante) y los intereses de la víctima o sus familiares (Art. 45° inc. 3), mas no la concurrencia de pluralidad de agentes, la calidad de reincidente o habitual y la utilización de armas, pues estas solo deben ser invocadas y consideradas como circunstancias agravantes genéricas y cualificadas, siempre y cuando se presente en el caso concreto, **suceso que no se presenta en el anotado caso, por lo que su referencia resulta impertinente.** Así entonces, tomándose como base la existencia de las dos circunstancias referidas, **atentos al principio de proporcionalidad, así como el grado de ejecución del delito y la afectación al bien jurídico protegido** (vida), y estableciendo como regla un límite mínimo de hasta un tercio por debajo del mínimo legal, por lo que el marco legal final quedaría en no menor de diez ni mayor de quince años de privación de la libertad (teniéndose como tercio inferior: de diez años a once años y ocho meses; tercio intermedio: de once años, ocho meses y un día a trece años y cuatro meses; y tercio superior; de trece años, cuatro meses y un día a quince años), **por lo que la pena concreta a imponer debió ir dentro del tercio intermedio, es decir, entre once años, ocho meses y un día, y trece años y cuatro meses, mas no los nueve años que impuso el colegiado,** resultando ésta una pena muy benigna para el caso en concreto.

Lo más relevante que podemos consignar en este caso respecto a los principios, es que lo más estelar se encuentra en la forma como se ha dosificado la pena, y como se han ponderado las respectivas circunstancias, empero, casi de nada se dice en la sentencia sobre el principio de Proporcionalidad, por ello estamos obligados a indicar que esta es un arista fundamental del derecho penal para evitar justamente que las medidas punitivas impuestas lleguen a ser un medio desproporcionadamente grave en comparación con su utilidad preventiva. No basta que la pena sea el resultado de un proceso debido, pues dada su naturaleza innegable de carácter aflictivo debe ser adecuada a los fines preventivos de la pena, por ello se acude al principio de proporcionalidad como vía indispensable para alcanzar una ponderación adecuada. En este sentido, nuestro ordenamiento jurídico penal para determinar e individualizar la pena exige tener en consideración los diversos criterios que establecen los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal; siendo que en el primero, se prevén las carencias sociales que hubiera sufrido el agente, su cultura y sus costumbres, así como los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella depende, mientras que en el segundo, se contempla los factores de medición o graduación de la pena, a los que se recurre ateniendo a la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatoria de la responsabilidad. Sin embargo, se debe considerar que el juzgador para los efectos de ponderar la sanción a imponer al encausado, no tuvo en cuenta una ponderación no sólo razonable sino obvio el principio de lesividad así como de merecimiento de la pena, es decir, se debió realizar una rebaja de pena, pero esta debió ser prudencial, y no arbitraria, siendo que en el caso de haber respetado el principio de legalidad se hubiera descubierto el hierro en el acto decisorio, pues ha ponderado un criterio discrecional sobre los principios estelares de proporcionalidad propiamente dicha, legalidad y lesividad, que en el caso de haber sido analizadas adecuadamente hubieran tenido una pena acorde a ley, y para ello además se debió partir por comprender acorde al Principio de Culpabilidad y Prevención de la Pena, los alcances de su autoría dentro de los límites de la dosificación de la pena propuesto para el supuesto de la tentativa.

Es aquí donde se presentan los inconvenientes, pues al no contarse con un límite definido de hasta dónde se podrá reducir la pena concreta, es que se generan circunstancias de arbitrariedad al no exponerse de manera fundamentada y suficiente las razones que tuvo el fiscal para proponer y el juez para imponer la pena concreta al caso particular. Es justamente para ello que se debe acudir a los principios rectores sobre determinación de pena (legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, humanidad) y los fines de la pena pues con estos instrumentos se puede brindar ese plus de motivación en la determinación judicial de la pena, acorde con las características propias de cada caso, de manera particular, en aquéllos casos donde se presenten circunstancias atenuantes privilegiadas como el caso de la tentativa, regulada en el artículo 16° del Código Penal.

Lo más relevante que podemos consignar en esta líneas es el hecho y la forma como se han utilizado los principios del derecho penal para determinar la Pena, como vemos, parte de la pena abstracta que concatena el principio de legalidad, sin embargo, este principio no es sólo ello, sino es necesario comprender la razón de la normas, los elementos que conforman el tipo penal, los sujetos agentes involucrados, para luego siguiendo un procedimiento estelar se debió establecer y dar los alcances correspondientes en cuanto al bien jurídico vulnerado, es decir, dar repercusión al principio de lesividad, situaciones que no se presentan. Luego, vemos que se hace referencias muy genéricas a los factores de educación y cultura, pero no se hace la menor ponderación y explicación teniendo en cuenta las atenuantes y agravantes que lo integran, se remarcan dos supuestos que concurren en el caso, como son la edad que involucra una responsabilidad restringida, y asimismo, la tentativa como circunstancia atenuante privilegiada, estos dos factores junto a los alcances de ponderación, merecimiento de la pena y humanidad, así como el Principio de Culpabilidad, nos permiten dar unos nutritivos alcances dentro de los límites de la dosificación de la pena propuesto para el supuesto de la tentativa, los que hubieran otorgado mejores luces sobre la solución y decisión a adoptar, entendiendo que si se trata de una decisión condenatoria, sea esta privativa de libertad o suspendida, que necesariamente se debe explicar los alcances de la reprochabilidad de la pena, así como por política criminal

acompañada de los fines de la pena, la proyección que se puede otorgar a la parte condenada. Sin embargo, esta forma de desarrollar y dar a comprender la decisión basada en los principios del derecho penal, no se han producido, lo que es lamentable, dado cuenta más si sobre este tipo de decisiones existe senda jurisprudencia que rebalsa en interpretación el uso de los principios en comento, ejemplo de ello es la Casación que la Sala Penal de Corte Suprema ha emitido justamente en un caso por violación sexual en donde se determinó que basado en los principios de proporcionalidad, culpabilidad, lesividad y humanidad la pena para un caso similar era la de pena suspendida, pero claro frente a una ausencia de predictibilidad judicial, es que se entiende que estos criterios no fueron esbozados adecuadamente en el caso en análisis.

c) En cuanto al Expediente Nro. 00116-2016-92-0610-JR-PE-01.

El Juzgado Penal Colegiado de Chota, quien con fecha 06 de junio de 2016, emitió sentencia condenatoria contra Royber Vásquez Herrera por el delito de tentativa de homicidio simple, en agravio de Humberto Zorrilla Gálvez. Delito prescrito en el Art. 106° del Código Penal. El indicado proceso culminó con una Sentencia que condenó al acusado Royber Vásquez Herrera, solo por el delito de homicidio simple en grado de tentativa (absolviéndolo por el delito de tenencia ilegal de arma de fuego) imponiéndole 05 años y 10 meses de pena privativa de la libertad.

Los argumentos dados por los magistrados en el rubro de la determinación de la pena fueron los siguientes: *“para el caso del acusado Royber Vásquez Herrera, al tratarse del delito de Homicidio Simple, cuya penalidad es de seis a veinte años de pena privativa de libertad, concurriendo una atenuante genérica como lo es la inexistencia de antecedentes penales [artículo 46° inciso 1 literal a) del Código Penal], al igual que su hermano Franklin, y al existir una atenuante privilegiada como lo es la tentativa, como el mismo argumento jurídico que en el párrafo anterior, es que debe rebajarse la pena por debajo del mínimo, razón por la cual se le debe aplicar cinco años con diez meses de pena privativa de libertad”*. (subrayado y resaltado nuestro)

El delito de Homicidio simple previsto en el artículo 106° del Código Penal, se encuentra sancionado con una pena básica no menor de seis ni mayor de veinte años de privación de la libertad. Ahora, en el caso particular de la sentencia materia de análisis, se advierte que el juzgador de manera correcta invoca la existencia de la tentativa como circunstancia atenuante privilegiada, y aun cuando no indica -dentro del proceso de determinación de pena- la base legal (Art. 45°-A inc. 3, literal a del Código Penal), sí señala la respectiva consecuencia, esto es, que la pena concreta debe determinarse por debajo del mínimo legal (o tercio inferior) de la pena básica, es decir, en el presente caso, por debajo de los seis años de privación de la libertad.

No obstante, el juzgador en lugar de establecer un límite mínimo de hasta dónde se podría rebajar la pena, solo vuelve a repetir que la pena (concreta) debe ir por debajo del mínimo legal, entendemos que vincula los efectos de la tentativa de manera directa con la pena concreta, cuando se sabe que los efectos de la tentativa, por su propia naturaleza, influye en la determinación de un nuevo marco legal de pena (final), que conforme se propone debe ir hasta en un tercio por debajo del mínimo legal.

Por otro lado, ya en el proceso propio de la determinación de la pena concreta se tiene que el juzgador debió invocar los artículos 45° y 46° del Código Penal, como circunstancias genéricas de determinación de pena, a aplicar dentro del nuevo espacio punitivo, que iría de cuatro a seis años de pena privativa de la libertad. Marco que luego debe ser dividido en tres (sistema de tercios) y verificando la existencia o no de las indicadas circunstancias determinar el tercio dentro del cual se tiene que establecer la pena concreta. Pena concreta cuyo *quantum* (establecido en dos meses, que tomando como referencia el mínimo legal de seis años -o setenta y dos meses-, constituye 1/36 de tal extremo) consideramos resulta proporcional al hecho materia de juzgamiento, ello en atención a la intencionalidad por parte del agente, el grado de ejecución del delito y vinculado a este el grado de afectación al bien jurídico protegido (vida humana), además de valorar los principios rectores de determinación de pena, como son los de culpabilidad (pues se verificó a todas luces el alto grado de reprochabilidad en el comportamiento del encausado),

proporcionalidad (tomando en cuenta el grado de responsabilidad y la trascendencia de la puesta en peligro del bien jurídico protegido – vida humana de la mujer) y el de función preventiva (no solo en cuanto a la búsqueda de la resocialización del penado, sino además, tomando en cuenta la utilidad social de la pena respecto a la prevención de la comisión de futuros delitos, conforme a lo establecido en los artículos I y IX del Título Preliminar del Código Penal), relacionado con los principios de merecimiento y necesidad de pena (en cuanto a la relevante puesta en peligro del bien jurídico y con ello la perturbación de las relaciones sociales entre sus miembros; y el carácter de imprescindible que resulta al caso en concreto la imposición de una pena – como recurso final), **sin embargo, se tiene el convencimiento que tales justificaciones debieron estar expresamente sustentadas y expuestas en la sentencia bajo análisis, garantizando de esta manera la garantía de la motivación de las resoluciones judiciales.**

A diferencia de los casos anteriores, se puede observar en esta decisión judicial que, respecto al resultado decisorio, el mismo, si guardar compatibilidad con las circunstancias, esto es, se ha compensado el hecho de acuerdo a los resultados obtenidos respecto al suceso (hecho), así como al grado de participación, particularidades del sujeto agente y a las particularidades del caso propiamente dicho. No obstante, como ya se ha indicado, el no adecuado cumplimiento por parte de los agentes del sistema penal encargados de catalogar un comportamiento como delito (criminalización primaria) respecto de su rol de ofrecer criterios de determinación de pena dentro de límites cuantificables fijados por la ley; y otro, es que el juez penal obvia en la mayoría de las veces analizar y aplicar en el caso concreto principios rectores sobre determinación de pena, como son los de proporcionalidad, culpabilidad, humanidad y preventivo, solo restringiéndose a aplicar los postulados del principio de legalidad. Siendo ello lo que se presenta en este fallo judicial, en donde debió argumentar bajo las directrices del principio de culpabilidad el alto grado de reprochabilidad en el comportamiento del encausado, y la relevancia que ha tenido para vulnerar el bien jurídico tutelado por el ordenamiento penal, ello acorde con el principio de lesividad, para luego al amparo de la función preventiva relacionado con los

principios de merecimiento y necesidad de pena arribar a un fallo que cumpla con los estándares del principio de humanidad. Siendo que es dentro de un fallo judicial adecuadamente motivado que también se guardará uniformidad y respetará el principio de seguridad jurídica.

d) En cuanto al Expediente Nro. 00359-2015-21-0610-JR-PE-03

El Juzgado Penal Supraprovincial de Cajamarca (competencia en Chota), con fecha 13 de setiembre de 2016, emitió sentencia condenatoria contra Wilmer Lozano Becerra por el delito de tentativa de feminicidio, en agravio de Myrna Margarita Herrera Vargas. Delito prescrito en el Art. 108°-B, inc. 1 del primer párrafo, del Código Penal. El juzgado penal colegiado decidió condenar al acusado imponiéndole 10 años. Los argumentos dados por los magistrados en el rubro de la determinación de la pena fueron los siguientes: “Habiéndose establecido la responsabilidad penal del acusado Wilmer Lozano Becerra, es menester establecer los parámetros necesarios para la Determinación Judicial de la Pena, la misma que debe ser fijada dentro de los límites fijados por la Ley, así como, debe respetarse los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad y humanización, como se ha establecido en los artículos 45°, 45°-A y 46° del Código Penal, modificado por Ley 30076 (18-08-2013). El artículo 45° - A, da los alcances específicos para la Individualización de la Pena, es así, que, precisa que 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 del delito o modificatorias de la responsabilidad; por lo que, el Juez debe determinar la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas: Identificación del Espacio Punitivo: El cual viene dado por lo establecido en el tipo penal, en el presente caso, el artículo 108 -B° inciso 1) y último párrafo del Código Penal, establece como *pena mínima la de quince años y como máxima la de treinta y cinco años de Pena Privativa de Libertad*, es decir el espacio punitivo es de veinte años. División del Espacio Punitivo en Tercios: La constante cuantitativa a utilizar para fijar la extensión de cada tercio, es producto de la división del espacio punitivo (veinte años) entre tres, obteniendo como resultado para el

caso de autos, seis años con ocho meses. Determina el tercio aplicable, evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes, observando las reglas establecidas en el artículo 45-A° del Código Penal, en ese sentido al carecer el acusado Wilmer Lozano Becerra, carece de antecedentes penales, atenuante establecida en el *literal a), inciso 1), del Art. 46 del Código Penal*, no se ha premeditado la comisión del delito y no se ha perjudicado irremediablemente a la víctima; además, no se ha configurado ninguna agravante, por lo que, corresponde determinar la pena concreta dentro del tercio inferior; es decir de quince años a veintiún años y ocho meses; asimismo, en este caso existe una circunstancia atenuante privilegiada, la Tentativa, la cual permite reducir la pena por debajo del mínimo legal; siendo ello así, este Juzgado Colegiado considera que se debe imponer una pena acorde con la magnitud de los hechos descritos. Ante lo desarrollado tenemos que la Fiscalía ha solicitada doce años de pena privativa de la libertad para este delito, en ese sentido, procediendo conforme lo establece el artículo 397° inciso 3) del Código Procesal Penal, la pena a imponerse no puede exceder a la requerida por el Fiscal; debiendo tenerse en cuenta además las calidades personales y sociales del acusado, quien es soldador, con secundaria completa y tiene la calidad de agente primario. (...) FALLAN: CONDENANDO al acusado a DIEZ AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD”. (subrayado y resaltado nuestro).

Examinando la determinación de la pena base para el delito de Femicidio previsto en el artículo 108°-B inc. 1 del Código Penal, se tiene que esta es no menor de quince ni mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad (este último extremo complementado conforme lo establecido en el artículo 29° del Código Penal). Ahora, en el caso particular de la sentencia materia de análisis, se advierte que el juzgador de manera correcta invoca la existencia de la tentativa como circunstancia atenuante privilegiada, y aun cuando no indica -dentro del proceso de determinación de pena- la base legal (Art. 45°-A inc. 3, literal a del Código Penal), sí señala la respectiva consecuencia, esto es, que la pena concreta debe determinarse por debajo del mínimo legal (o tercio inferior) de la pena

básica, es decir, en el presente caso, por debajo de los quince años de privación de la libertad.

Ya en el procedimiento propio de la determinación de la pena concreta se tiene que el colegiado si bien analiza la existencia de circunstancias genéricas establecidas en el artículo 46° del Código Penal, verificando la presencia de la circunstancia atenuante de la carencia de antecedentes penales (artículo 46° inc. 1 lit. a), empero, considera esta circunstancia para definir la pena concreta dentro del tercio inferior de la pena abstracta inicial que va de los quince a los treinta y cinco años, **cuando por la presencia de la circunstancia atenuante privilegiada constituida por la tentativa, lo que debió primero establecer es la conformación de un nuevo marco legal de pena,** que según nuestra propuesta debe ir hasta en un tercio por debajo del mínimo legal, es decir, entre los diez y quince años de pena privativa de la libertad, espacio dentro del cual recién debió operar el sistema de los tercios y luego tener en cuenta las circunstancias genéricas del artículo 46° del Código Penal destinadas a determinar la correspondiente pena concreta.

Así pues, se advierte que en la presente sentencia se vincula directamente el instituto de la tentativa con la determinación de la pena concreta, cuando su incidencia debió estar dirigida a establecer un nuevo marco de pena legal conforme ha quedado establecido en el párrafo precedente y que resulta consecuente con los postulados establecidos en el Acuerdo Plenario Nro. 1-2008.

Así entonces, tomándose como base la existencia de la circunstancia referida, atentos al principio de proporcionalidad, así como el grado de ejecución del delito y la afectación al bien jurídico protegido (vida) y estableciendo como regla un límite mínimo de hasta un tercio por debajo del mínimo legal, por lo que el marco legal abstracto final quedaría en no menor de diez ni mayor de quince años de privación de la libertad (teniéndose como tercio inferior: de diez años a once años y ocho meses; tercio

intermedio: de once años, ocho meses y un día a trece años y cuatro meses; y tercio superior; de trece años, cuatro meses y un día a quince años), la pena concreta a imponer debió ir dentro del tercio inferior, es decir, entre diez años a once años y ocho meses, **por lo que la imposición de los diez años de privación de la libertad sí resultara acorde con los indicados principios rectores de determinación de pena y los fines preventivos de la misma, pero con las correcciones y precisiones efectuadas en el presente acápite.**

Lo más relevante que podemos consignar en esta líneas es la forma como se han utilizado los principios del derecho penal para determinar la Pena, como vemos, respeta el principio de legalidad, sin embargo, este principio no es sólo ello, sino es necesario comprender la razón de la normas, los elementos que conforman el tipo penal, los sujetos agentes involucrados, para luego siguiendo un procedimiento estelar se debió establecer y dar los alcances correspondientes en cuanto al bien jurídico vulnerado, es decir, dar repercusión al principio de lesividad, situaciones que no se presentan. Luego, vemos que se hace referencias muy genéricas a los factores de educación y cultura, pero no se hace la menor ponderación y explicación teniendo en cuenta las atenuantes y agravantes que lo integran. Si como se cataloga se presente el supuesto de la tentativa, como circunstancia atenuante privilegiada, se ha debido utilizar los alcances de ponderación, merecimiento de la pena y humanidad, así como el Principio de Culpabilidad, pues ello nos permite dar mejores alcances dentro de los límites de la dosificación de la pena propuesto para el supuesto de la tentativa, los que hubieran otorgado mejores luces sobre la solución y decisión a adoptar, entendiéndose que si se trata de una decisión condenatoria, necesariamente se debe explicar los alcances de la reprochabilidad de la pena, así como por política criminal acompañada de los fines de la pena, la proyección que se puede otorgar a la parte condenada. Sin embargo, esta forma de desarrollar y dar a comprender la decisión basada en los principios del derecho penal, no se han producido, lo que es lamentable, aun cuando el fallo decisorio si se encuentra acorde a ley.

e) En cuanto al **Expediente Nro. 40-2016-01-010110-JIP-PE-01**.

El Juzgado de Paz Letrado-Investigación Preparatoria de Leimebamba, con fecha 01 de agosto de 2017, emitió sentencia condenatoria contra Oscar Humberto Guadaña Acuña por el delito de homicidio simple en grado de tentativa, en agravio de Henderson Díaz Izquierdo. Delito prescrito en el Art. 106° del Código Penal, sancionado con una pena privativa de la libertad no menor de 06 ni mayor de 20 años. Considerándose además al Art. 16° del Código Penal, por haber quedado el comportamiento ilícito en grado de tentativa. El indicado proceso culminó en virtud al proceso especial de Terminación Anticipada, arribándose a una Sentencia condenatoria. Cabe señalar que la propuesta del representante del Ministerio Público fue la de imponer una pena final de 04 años y 06 meses, con el carácter de suspendida con un periodo de prueba de dos años, tomando en cuenta al instituto de la tentativa como una circunstancia atenuante privilegiada, que autoriza a imponer la pena por debajo del mínimo legal. A su turno, el juzgado penal decidió aprobar la propuesta dada por las partes, imponiéndole al acusado la pena de 04 años y 06 meses, más el beneficio por terminación anticipada se estableció una pena de 03 años y 09 meses de privación de la libertad con el carácter de suspendida, con un periodo de prueba de dos años. Los argumentos dados por el magistrado en el rubro de la determinación de la pena fueron los siguientes: “Al imputado se le aplica lo señalado en el artículo 471° del Código Procesal Penal, reduciéndose en un sexto la pena a imponerse (...) están de acuerdo en la pena teniendo en cuenta los artículos 45° y 46° del Código Penal, aplicándose circunstancias genéricas teniendo en cuenta las variables como la naturaleza de la acción, el delito doloso, el medio empleado para consumir el delito; así como también la importancia del deber infringido, la edad, la educación, la situación social y económica del imputado quien es una persona de veintisiete años de edad, grado de instrucción secundaria, con una situación económica no muy estable, hay que tener en cuenta para la imposición de la pena concreta, el principio de proporcionalidad, elemento criminoso, así como las calidades personales del

imputado, el reconocimiento de su culpabilidad, participación de los hechos y así también el ánimo de resarcir el daño y teniendo en cuenta que estamos en un caso de *tentativa* partiendo del artículo 45°-A numeral 3, nos señala que cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera: a) tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior; y en el presente caso partiendo que la pena abstracta es de seis a veinte años y siguiendo lo que señala la norma adjetiva se tiene que partir del tercio inferior hacia abajo, es decir de seis años hacia abajo, ahora para determinar la forma como se va a reducir la pena se vinculan en el tema de la tentativa tres requisitos, requisito subjetivo, la comisión de la ejecución del delito y la falta de comisión del delito, situaciones que se presentan en este caso, ahora para determinar la dosificación de la pena unos parten de que tiene que tener como máximo un tercio hasta dos tercios y existiendo ya un criterio respecto a que la tentativa al igual que la confesión sincera son circunstancias atenuantes privilegiadas, en el caso de la tentativa no existe un tope pero en el caso de la confesión sincera, indicando que en la confesión sincera se le puede bajar hasta un tercio, entonces ese es el tope para circunstancias atenuantes privilegiadas que se está adoptando valorando las circunstancias bajo un criterio de compensación y compatibilidad de circunstancias tiene que ser de un tercio como máximo; siendo ello así la pena en el presente caso es de seis años como máximo le podríamos bajar dos años resultando cuatro años, sin embargo, a criterio del Ministerio Público dado cuenta *la naturaleza del hecho* han optado por reducir *un año y seis meses*, es decir, reduciendo los seis años nos da como pena determinada cuatro años y seis meses, esto es la pena concreta de la cual se debe partir, ahora bien teniendo en cuenta que la terminación anticipada (...) otorga un beneficio específico que es la reducción en un *sexto de la pena*, se arriba a una pena final de **cuarenta y cinco meses o tres años con nueve meses de pena privativa de la libertad** (...). (subrayado y resaltado nuestro)

Examinando la determinación de la pena base para el delito de Homicidio simple previsto en el artículo 106° del Código Penal, se tiene que esta es no

menor de seis ni mayor de veinte años de pena privativa de libertad. Ahora, en el caso particular de la sentencia materia de análisis, se advierte que el juzgador de manera correcta invoca la existencia de la tentativa como circunstancia atenuante privilegiada, por lo que trae a colación lo prescrito en el Art. 45°-A, inc. 3 (literal c) del Código Penal, esto es, el procedimiento que orienta a determinar la pena concreta por debajo del tercio inferior de la pena básica, es decir, en el presente caso, por debajo de los seis años de privación de la libertad.

Por otro lado, ya en el camino propio de la determinación de la pena concreta se tiene que el juzgador en principio invoca los artículos 45° y 46° del Código Penal, como circunstancias genéricas de determinación de pena (así se consignan: la naturaleza de la acción, medio empleado, importancia del deber infringido, la edad, la educación, la situación social y económica y calidades personales del imputado, el grado de participación en los hechos y el ánimo de resarcir el daño) sin embargo, las circunstancias genéricas señaladas son las que se encontraban comprendidas antes de la modificatoria realizada al Art. 46° del Código Penal, mediante la Ley Nro. 30076, del 19 de agosto de 2013, cuando era esta última norma la que tenía que aplicarse por encontrarse vigente a la fecha de los hechos (11 de diciembre de 2016), norma que como se sabe introduce un catálogo definido y diferenciador de circunstancias genéricas atenuantes y circunstancias genéricas agravadas. Por lo demás, y aun cuando se acepte la invocación de las circunstancias consignadas por el juzgador en la sentencia, no analiza el efecto que se le otorga a cada una de ellas en el caso particular, es decir, si debe ser comprendida como circunstancia -genérica- de tipo atenuante o agravante.

Ahora, si se toma en cuenta que la presencia de una circunstancia atenuante privilegiada como lo es la tentativa, conduce a definir un nuevo marco legal de pena (efecto modificatorio del marco penal que es reconocido en el Acuerdo Plenario Nro. 1-2008), donde el límite máximo estará constituido por el primigenio mínimo legal, se observa que el juzgador sí establece un tope o límite mínimo a aplicar para los casos de

tentativa, esto es, hasta un tercio por debajo del mínimo legal, empero, consideramos que yerra al decir que se asimila las consecuencias benignas procesales del instituto de la confesión sincera (reducción hasta un tercio por debajo del mínimo legal) a los efectos de pena en la tentativa, en razón a que ambas se tratan de circunstancias atenuantes privilegiadas, cuando solo esta última tiene esta naturaleza, mientras que la primera solo se trata de una regla de reducción de pena de índole procesal, no relacionada con la estructura misma del delito (considerando el grado del injusto y el de la culpabilidad).

Así pues, **si bien consideramos que se acierta al establecer un tope límite de hasta dónde se puede reducir la pena en los casos de tentativa, sin embargo, consideramos que el fundamento debió ser otro, *es decir, interpretando extensivamente las consecuencias benignas de la confesión sincera, en cuanto a su incidencia en la determinación de la pena, a los efectos de la tentativa también relacionados con su incidencia en tal materia, además de considerar el tratamiento que viene dando sobre el particular la legislación comparada***

Ahora, consideramos que el momento ideal para considerar las circunstancias genéricas de los Artículos 45° y 46° del Código Penal, es cuando ya ha quedado definido el marco de pena final (esto es, luego de aplicar las consecuencias de la tentativa, que conforme nuestra posición - compartida en la presente sentencia- debe ser hasta un tercio por debajo del mínimo legal), y de esta forma definir la pena concreta al caso.

Lo más relevante que podemos consignar en este caso respecto a los principios, es que lo más estelar se encuentra en la forma como se ha dosificado la pena, y como se han ponderado las respectivas circunstancias, empero, casi de nada se dice en la sentencia sobre el principio de Proporcionalidad, por ello estamos obligados a indicar que esta es un arista fundamental del derecho penal para evitar justamente que las medidas punitivas impuestas lleguen a ser un medio desproporcionadamente grave en comparación con su utilidad preventiva. No basta que la pena sea el resultado de un proceso debido, pues dada su naturaleza innegable de

carácter aflictivo debe ser adecuada a los fines preventivos de la pena, por ello se acude al principio de proporcionalidad como vía indispensable para alcanzar una ponderación adecuada. En este sentido, nuestro ordenamiento jurídico penal para determinar e individualizar la pena exige tener en consideración los diversos criterios que establecen los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal; siendo que en el primero, se prevén las carencias sociales que hubiera sufrido el agente, su cultura y sus costumbres, así como los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella depende, mientras que en el segundo, se contempla los factores de medición o graduación de la pena, a los que se recurre ateniendo a la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatoria de la responsabilidad. Sin embargo, se debe considerar que el juzgador para los efectos de ponderar la sanción a imponer al encausado, no tuvo en cuenta una ponderación no sólo razonable sino obvio el principio de lesividad así como de merecimiento de la pena, es decir, se debió realizar una rebaja de pena, pero esta debió ser prudencial, y no arbitraria, siendo que en el caso de haber respetado el principio de legalidad se hubiera descubierto el hierro en el acto decisorio, pues ha ponderado un criterio discrecional sobre los principios estelares de proporcionalidad propiamente dicha, legalidad y lesividad, que en el caso de haber sido analizadas adecuadamente hubieran tenido una pena acorde a ley, y para ello además se debió partir por comprender acorde al Principio de Culpabilidad y Prevención de la Pena, los alcances de su autoría dentro de los límites de la dosificación de la pena propuesto para el supuesto de la tentativa.

Es aquí donde se presentan los inconvenientes, pues al no contarse con un límite definido de hasta dónde se podrá reducir la pena concreta, es que se generan circunstancias de arbitrariedad al no exponerse de manera fundamentada y suficiente las razones que tuvo el fiscal para proponer y el juez para imponer la pena concreta al caso particular. Es justamente para ello que se debe acudir a los principios rectores sobre determinación de pena (legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, humanidad) y los fines de la pena pues con estos instrumentos se puede brindar ese plus de motivación

en la determinación judicial de la pena, acorde con las características propias de cada caso, de manera particular, en aquéllos casos donde se presenten circunstancias atenuantes privilegiadas como el caso de la tentativa, regulada en el artículo 16° del Código Penal.

Lo que podemos compartir utilizando los principios del derecho penal para determinar la Pena, como vemos, parte de la pena abstracta que concatena el principio de legalidad, para luego homologando a los alcances de un beneficio procesal, se reduce la pena por una circunstancia atenuante privilegiada, esto es, existe una clara vulneración al principio de legalidad, de seguida dentro del procedimiento estelar se debió establecer y dar los alcances correspondientes en cuanto al bien jurídico vulnerado, es decir, dar repercusión al principio de lesividad, situaciones que no se presentan. Luego, vemos que se hace referencias muy genéricas a los factores de educación y cultura, pero no se hace la menor ponderación y explicación teniendo en cuenta las atenuantes y agravantes que lo integran, así como a los factores que junto a los alcances de ponderación, merecimiento de la pena y humanidad, así como el Principio de Culpabilidad, nos permiten dar unos nutritivos alcances dentro de los límites de la dosificación de la pena propuesto para el supuesto de la tentativa, los que hubieran otorgado mejores luces sobre la solución y decisión a adoptar, entendiendo que si se trata de una decisión condenatoria, sea esta privativa de libertad o suspendida, que necesariamente se debe explicar los alcances de la reprochabilidad de la pena, así como por política criminal acompañada de los fines de la pena, la proyección que se puede otorgar a la parte condenada. Sin embargo, esta forma de desarrollar y dar a comprender la decisión basada en los principios del derecho penal, no se han producido, lo que es lamentable. Causa de esta problemática es, en primer término, el no adecuado cumplimiento por parte de los agentes del sistema penal encargados de catalogar un comportamiento como delito (criminalización primaria) respecto de su rol de ofrecer criterios de determinación de pena dentro de límites cuantificables fijados por la ley; y otro, es que el juez penal obvia en la mayoría de las veces analizar y aplicar en el caso concreto principios rectores sobre determinación de pena, como son los de

proporcionalidad, culpabilidad, humanidad y preventivo, solo restringiéndose a aplicar los postulados del principio de legalidad tal como se ha descrito precedentemente.

4.1.3.3.- Comentarios

a) El 100% de las sentencias condenatorias analizadas, emitidas por los juzgados penales en las ciudades de Cajamarca, Chota y en el Distrito de Leimebamba, luego de la dación de la Ley 30076, señalan que la pena sea reducía en base a que la tentativa se trata de una atenuante privilegiada, siendo que el proceso de determinación de la pena, reducen la misma por debajo del mínimo legal, empero, el quantum de reducción NO es uniforme.

b) El 100% de las sentencias, en sus decisiones se hace mención a uno u otro principios rectores de determinación de pena, empero, no se analiza sus contenidos aplicables a los casos en concreto, así pues no se trató sobre: el alto grado de reprochabilidad en el comportamiento del encausado (en cuanto al principio de culpabilidad), el grado de responsabilidad y la trascendencia de la puesta en peligro del bien jurídico protegido (en cuanto al principio de proporcionalidad), además de la justificación relacionada con la función preventiva de la pena (en cuanto a la búsqueda de la resocialización del penado y la utilidad social de la pena respecto a la prevención de la comisión de futuros delitos), relacionada con los principios de merecimiento y necesidad de pena.

c) El 90% de las sentencias analizadas NO argumentan el uso y aplicación en el caso concreto de los principios límites utilizados para la reducción por atenuación privilegiada. Y el 10% que lo argumentan lo realizan de forma muy genérica.

4.2.- Discusión de resultados

Acto seguido procedemos a contrastar los resultados con cada una de las hipótesis (general y específicas) y con las teorías y antecedentes de investigación descritos en el marco teórico a fin de verificar si se confirman.

4.2.1.- En cuanto a la hipótesis general

“Los jueces penales de las ciudades de Cajamarca, Chota y Leimebamba para graduar la pena concreta en los casos donde se presente de tentativa, en el que se adolece de límites mínimos, requiere del análisis y aplicación de los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad, humanidad y seguridad jurídica, además de la función preventiva de la pena”.

a) De acuerdo a los resultados de las entrevistas planteadas a los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, se desprende que la mayoría de éstos (73% en el caso de fiscales y el 60% en el caso de jueces) consideran atendibles los principios de legalidad, proporcionalidad, lesividad y culpabilidad en la labor de determinación de la pena en los casos donde se presenta la tentativa, agregando el resto de magistrados (27% en el caso de fiscales y el 40% en el caso de jueces) los principios de humanidad, seguridad jurídica y la función preventiva de la pena.

b) En ese sentido, se tiene que efectivamente la consideración de los aludidos principios resulta, en la opinión de los magistrados encuestados, sustancial en la labor de la determinación de la pena concreta cuando se presenta la circunstancia de la tentativa. De manera particular, el principio de legalidad constituye el inicio del análisis en el sentido de considerar, de manera uniforme, que la pena a imponer siempre tiene que ir por debajo del mínimo legal, esto en atención a reconocer a la tentativa como una circunstancia atenuante privilegiada, por lo que se debe estar a lo prescrito en el Art. 45°-A, inc. 3, lit. a) del Código Penal.

c) Ahora, si bien del análisis y resultados obtenidos de las sentencias examinadas se advierte que en éstas, por regla general, también se reconoce la importancia de los anotados principios rectores del derecho penal, sin embargo, solo se efectúa una mera referencia de la mayoría de éstos, sin una motivación suficiente de su aplicación en el caso en concreto.

d) Asimismo, a pesar de considerar a la tentativa como una circunstancia atenuante privilegiada, esto es, integrantes de aquel grupo de circunstancias calificadas (como las llama el Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116), los magistrados de las

localidades de Cajamarca, Chota y Leimebamba, no están aplicando los efectos propios de este tipo de circunstancias, es decir, estableciendo un nuevo marco penal por debajo del mínimo legal.

4.2.2.- En cuanto a la primera hipótesis específica

“La naturaleza jurídica de la tentativa determina que se trata de una atenuante privilegiada cuya problemática en la determinación de la pena concreta radica en el hecho de que no existe un límite mínimo expreso hasta dónde se pueda reducir la indicada pena”.

a) De acuerdo a los resultados de las entrevistas planteadas, se tiene que el 100% de los magistrados del Poder Judicial (10 usuarios) consideran que la tentativa constituye una circunstancia atenuante privilegiada, y por ende tienen como punto de referencia el hecho de tener que establecer “siempre” la pena concreta por debajo del mínimo legal.

b) En el caso de los magistrados del Ministerio Público, comparten el anotado criterio de referencia (es decir, que la tentativa constituye una circunstancia atenuante privilegiada y por ende la pena concreta debe establecerse “siempre” por debajo del mínimo legal) el 91% de entrevistados, por lo que se puede sostener que tal criterio es el dominante entre los mencionados magistrados.

c) Criterio que guarda coherencia con lo establecido en el Art. 45°-A, inc. 3, lit. a) del Código Penal, al establecer que en el caso de circunstancias atenuantes privilegiadas, como lo es la tentativa, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior, esto es, por debajo del mínimo legal. Esta práctica llega a evidenciarse con los resultados de las sentencias examinadas, donde se tiene que en el 100% de ellas se ha establecido una pena por debajo del mínimo legal establecido en el tipo penal que fue materia de procesamiento (delitos de homicidio simple, violación sexual y feminicidio).

d) Asimismo, de las entrevistas efectuadas se tiene como resultado dominante el criterio de establecer una pena concreta que vaya hasta la tercera parte (1/3) por

debajo del mínimo legal, así lo consideran el 82% (18 usuarios) de los magistrados del Ministerio Público y el 80% (8 usuarios) del Poder Judicial.

e) Los indicados resultados son compatibles con las sentencias examinadas, pues de las cinco sentencias condenatorias se tiene que en cuatro de ellas (que representan el 80%) las penas concretas establecidas han tenido como límite la tercera parte ($1/3$) de la pena mínima conminada. Así en el Exp. Nro. 225-2011, por el delito de violación sexual de mayor de edad en grado de tentativa, se impuso una pena de 04 años y 08 meses y teniéndose como pena mínima legal la de 06 años, se tiene que se le redujo 01 año y 04 meses, esto es, dos novenas partes ($2/9 = 0.2$) que es menor de la tercera parte ($1/3 = 0.3$); en el Exp. Nro. 116-2016, por el delito de homicidio simple en grado de tentativa, se impuso una pena de 05 años y 10 meses y teniéndose como pena mínima legal la de 06 años, se tiene que se le redujo 02 meses, esto es, un treinta y seisavo ($1/36 = 0.027$) que es menor de la tercera parte ($1/3 = 0.3$); en el Exp. Nro. 359-2015, por el delito de feminicidio en grado de tentativa, se impuso una pena de 10 años y teniéndose como pena mínima legal la de 15 años, se tiene que se le redujo 05 años, esto es, precisamente, un tercio ($1/3 = 0.3$); y en el Exp. Nro. 40-2016, por el delito de homicidio simple en grado de tentativa, se impuso una pena de 04 años y 06 meses y teniéndose como pena mínima legal la de 06 años, se tiene que se le redujo 01 año y 06 meses, esto es, un cuarto ($1/4 = 0.25$) que es menor de la tercera parte ($1/3 = 0.3$); siendo que solo en el Exp. Nro. 169-2015, por el delito de feminicidio, se impuso una pena de 09 años, es decir, que se le redujo la pena en 06 años tomando como referencia el mínimo legal (15 años), lo cual representa las dos quintas partes ($2/5 = 0.4$) que es mayor a la tercera parte ($1/3 = 0.3$).

f) Que aun cuando resulta loable que el criterio dominante en la determinación de la pena concreta en los casos donde se presenta la tentativa sea considerar a ésta como una circunstancia atenuante privilegiada y por ende tener que establecer la indicada pena por debajo del mínimo legal, así como tener como límite de este extremo su tercera parte ($1/3$), sin embargo, este criterio debe quedar plenamente expuesto en las resoluciones judiciales, es decir, que resulta necesario indicar que solo se está autorizado de reducir la pena concreta hasta la tercera parte del mínimo legal,

espacio punitivo dentro del cual debe quedar definida la pena a imponer y su forma de cumplirla.

g) El criterio de tomar como límite máximo la tercera parte de la pena mínima legal, guarda además coherencia con distintas legislaciones comparadas, como es el caso de Argentina, Ecuador, Uruguay y Colombia que tienen como un punto de referencia para el establecimiento de la pena en los casos de tentativa la fracción de la tercera parte (1/3). Además, dentro de nuestro catálogo de circunstancias de bonificación procesal donde se autoriza una reducción de la pena, la que resulta más beneficiosa al procesado son los efectos de la Confesión Sincera, esto es, la reducción de una tercera parte.

4.2.3.- En cuanto a la segunda hipótesis específica

“Los jueces penales de las localidades de Cajamarca, Chota y Leimebamba en su labor de determinación de la pena, en los casos donde se presenta la tentativa, deben aplicar los principios de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, lesividad, humanidad, así como el fin preventivo de la pena, fundamentando en cada caso su pertinencia”.

De acuerdo al análisis de las sentencias examinadas, se puede establecer los siguientes resultados:

a) De los resultados evidenciados se debe indicar que, a primera línea, los principales principios y fines preventivos, que deben ser considerados para la determinación de la pena, son reconocidos por su importancia por los usuarios evaluados, es por ello que se ha recogido como resultado que el 73% (16 usuarios) en el caso de los magistrados del Ministerio Público; y en el caso de los magistrados del Poder Judicial en un 60% (06 usuarios) en forma consecutiva establecen que los criterios rectores que “**conocen**” –más NO que apliquen- para ser utilizados en su labor de determinar la pena en los casos donde se presenta la tentativa, son: los *principios de legalidad, proporcionalidad, lesividad y culpabilidad*.

b) Sin embargo, al momento que hemos podido examinar la Tabla N° 17, vemos que la opinión de jueces y fiscales está orientada a aplicar (en los casos concretos que sean sometidos a su consideración) solo algunos de aquéllos principios y fines,

esto es, que la valoración del total de ellos es de manera reducida. Así se tuvo que: i) El principio de proporcionalidad es utilizado, pero no de manera uniforme (para el caso del Ministerio Público, 16 usuarios, y para los del Poder Judicial 06 usuarios), lo que revela que sus decisiones no justifiquen de manera comprensible la forma cómo computan la pena, bajo qué factores y criterios de compensación y compatibilidad de circunstancias, dejando vacíos que suelen ser ocupados por el arbitrio de su autoridad, cuando una de estas directrices lo conforma el principio de humanidad, el cual es mínimamente considerado por los operadores jurídicos; ii) Respecto a la aplicación de los principios y fines de la pena, independientemente del principio de legalidad -que tiene un 100% de acogida- y el de proporcionalidad, es en grado superlativo que los integrantes del Poder Judicial tienden a utilizar en la dosificación de pena, distintas bases, esto es, el principio de lesividad (08), el de culpabilidad (06), el criterio discrecional (06) y los fines preventivos de la pena (06); en cambio, los integrantes del Ministerio Público ocupan la mayor preponderancia en el criterio de discrecionalidad (18) y de seguida en los principios de culpabilidad (10), los fines preventivos de la pena (08) y el principio de lesividad (06); iii) De lo anotado, queda claro, que son tres los principios estelares que deben ser recomendados para su uso uniforme para ambas instituciones que administran justicia al emitir sus decisiones y/o requerimientos, son los principios de proporcionalidad, lesividad y culpabilidad, además de reconocer la importancia de los fines preventivos de la pena, cuya valoración conjunta y ulterior aplicación en los casos concretos traería como consecuencia el afianzamiento del valor-principio seguridad jurídica; iv) Como ya se ha mencionado, los puntos de referencia para determinar la pena, lo conforman los principios del derecho penal, pero si no se tiene un adecuado conocimiento y utilización de los mismos, las decisiones que se obtengan vulnerarán los criterios de la seguridad jurídica, en cuanto a la predictibilidad con las que éstas deben contar.

c) Se presentan los inconvenientes, pues al no contarse con un límite definido de hasta dónde se podrá reducir la pena concreta, es que se generan circunstancias de arbitrariedad al no exponerse de manera fundamentada y suficiente las razones que tuvo el fiscal para proponer y el juez para imponer la pena concreta al caso particular. Empero, la causa de esta problemática es, en primer término, el no adecuado cumplimiento por parte de los agentes del sistema penal encargados de

administrar justicia, respecto de su rol de aplicar en el caso concreto principios rectores sobre determinación de pena, como son los de proporcionalidad, culpabilidad, humanidad y preventivo, solo restringiéndose a aplicar los postulados del principio de legalidad.

d) Teniendo en consideración que hasta la fecha no se cuenta con un valor fijo o medible de aplicación, es que se considera pertinente la aplicación de los principios rectores del derecho penal a fin de llenar de contenido al vacío legal denunciado, desarrollándose de esta manera criterios teóricos que justifiquen la medición de una pena justa y razonable, con ello no solo se busca mantener un equilibrio entre los principios de libertad y seguridad social, sino además cumplir una función de predecibilidad de las sanciones penales. Siendo justamente la presente investigación la que demuestra que las principales consecuencias que trae la incertidumbre jurídica de no aplicar los principios y fines de la pena, es que se atenta contra la seguridad jurídica, y al principio de legalidad, piedra angular del Derecho Penal, que dejaría la suerte de la interpretación de esta norma al arbitrio y la discrecionalidad judicial (absoluta).

CAPITULO V
CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS

5.1.- Conclusiones

5.1.1.- Son los principios rectores sobre determinación de pena (legalidad, lesividad, proporcionalidad, culpabilidad, humanidad y seguridad jurídica) y los fines de la pena los que deben ser tomados en consideración en la labor de determinación judicial de la pena, acorde con las características propias de cada caso, y de manera particular, tales principios resultan relevantes para aquéllos casos donde se presenten circunstancias atenuantes privilegiadas como el caso de la tentativa, regulada en el artículo 16° del Código Penal.

5.1.2.- Así pues, se debe verificar y/o analizar los elementos constitutivos de la tentativa (intencionalidad del agente, grado de ejecución del delito y falta de consumación), el alto grado de reprochabilidad en el comportamiento del encausado (en cuanto al principio de culpabilidad), el grado de responsabilidad y la trascendencia de la puesta en peligro del bien jurídico protegido (en cuanto al principio de proporcionalidad), además de la justificación relacionada con la función preventiva de la pena (en cuanto a la búsqueda de la resocialización del penado y la utilidad social de la pena respecto a la prevención de la comisión de futuros delitos) relacionada con los principios de merecimiento y necesidad de pena.

5.1.3.- La tentativa representa una circunstancia de naturaleza cualificada (privilegiada) cuya incidencia está dirigida a tener que definir un nuevo marco penal abstracto, siendo necesario establecer un porcentaje de hasta dónde se reduciría el marco penal tomando como referencia el mínimo legal. La acotada naturaleza jurídica ha sido asumida por todos los magistrados del Poder Judicial (100%) de las localidades de Cajamarca, Chota y Leimebamba, siendo el criterio mayoritario o dominante para los magistrados del Ministerio Público (91%), asimismo, de las decisiones jurisdiccionales examinadas se verifica que en la mayoría de ellas (80%) el límite máximo de hasta donde se vienen reduciendo las penas está constituido por la tercera parte (1/3) por debajo del mínimo legal.

5.1.4.- Los principios de legalidad, lesividad, proporcionalidad, culpabilidad, humanidad y seguridad jurídica, además de los fines de la pena, deben ser tomados en consideración por los magistrados de las ciudades de Cajamarca, Chota y Leimebamba, en su labor de determinación judicial de la pena en los casos donde se

presente la tentativa, y si bien conforme sus opiniones y decisiones judiciales examinadas se advierte que en la mayoría de ellas hacen referencia a la utilidad de los acotados criterios, sin embargo, no se realiza un análisis detallado y suficiente de la incidencia de cada uno de ellos orientados a la justificación de la determinación de la pena concreta, limitándose a lo más a fórmulas enunciativas.

5.2.- Sugerencias

5.2.1.- A los magistrados del Poder Judicial que se desempeñan en el Área Penal, se sugiere la aplicación de Acuerdos Plenarios (a nivel nacional), o al menos de Plenos Jurisdiccionales Regionales (en grado Distrital Judicial), en donde mediante el examen de la senda jurisprudencia en materia penal se establezca: (i) en primer lugar, que el supuesto de la tentativa constituye por su naturaleza jurídica una circunstancia atenuante privilegiada y, (ii) en segundo lugar, imponer una regla expresa en cuanto al grado porcentual de reducción del nuevo marco punitivo. Esta sugerencia, está destinada para que las autoridades encargadas de administrar justicia en cuanto al deber de motivación de las resoluciones judiciales, pueda establecer de manera expresa y suficiente las justificaciones de sus respectivas decisiones frente al supuesto de tentativa, en donde dentro del proceso particular de determinación judicial de la pena, se inserte las razones del porqué se impone una específica calidad e intensidad de pena al autor o partícipe de un delito.

5.2.2.- A los representantes del Ministerio Público y, sobre manera, los del Poder Judicial, se sugiere que amparen conocimientos suficientes sobre determinación judicial de pena, que permitan analizar y aplicar en el caso concreto principios rectores sobre determinación de pena, como son los de proporcionalidad, culpabilidad, humanidad y preventivo, ello en virtud que constituye tal labor un reto para los operadores de justicia, pues de tal procedimiento de identificación del marco abstracto y determinación de la pena concreta, evaluando y aplicando circunstancias de atenuación o agravación -genéricas, privilegiadas o cualificadas-, tal como sucede en el supuesto de la tentativa, donde solo autoriza que la pena a imponer sea reducida “prudencialmente”, entendiéndose que la misma va por debajo del mínimo legal; siendo por intermedio de esta recomendación, que permitirá surgir el establecimiento de una pena revestida de legalidad, justicia y racionalidad;

5.2.3.- A las Facultades de Derecho y a las Escuelas de Posgrado de las universidades a nivel nacional, continúen con los estudios e investigaciones destinados a proponer una opción legislativa que contenga no solo un porcentaje definido de reducción para definir el nuevo marco penal, sino además criterios a

considerar en definición de la pena concreta cuando se presenten circunstancias atenuantes privilegiadas.

REFERENCIAS

- Aguilar, A.M. & Cango, C.M. (2015). *La Determinación Judicial de la Pena por debajo del mínimo legal en la Tentativa de delitos*. (Tesis de titulación). Universidad Nacional de Trujillo. Trujillo, Perú.
- Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, Ed. Eliasta, Decimosexta edición, 2003.
- Castañeda, M. T. (2016). *El principio de seguridad jurídica en la determinación de la pena en las circunstancias atenuantes privilegiadas del código penal peruano*. (Tesis de titulación). Universidad Privada Antenor Orrego. Trujillo, Perú.
- Castillo, J.L. (2002). *Principio de derecho penal-parte general*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Castillo, J.L. (2004). *Principios de derecho penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Chichizola, M.I. (1962). *La regulación jurídica de la ejecución penal*. Buenos Aires.
- Demetrio, E. (1999). *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Diez, J.L. (2002). *El Derecho Penal simbólico y los Efectos de la Pena*. En *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 11 y 12).
- García, P. (2008). *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Perú: Grijley.
- García, P. (2012). *Derecho Penal Parte General*. Segunda Edición. Perú: Jurista Editores.
- Huertas, M. (2000). *Temas de Derecho Penal General*. Perú: Academia de la Magistratura.
- Jakobs, G. (2004). *Staatliche Strafe*. Zurich.
- Jescheck, H-H. (1981). *Tratado de Derecho Penal, Volumen Primero*. Barcelona: Bosch.

Maradiaga, J. (2013). Ius Poenale, Latin America Journals Online. Recuperado de <http://www.lamjol.info/indez.php/derecho/article/1004/827>)

Malo, G. (1971). *Tentativa del Delito*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Maurach, R., Gössel, K.H. & Zipf, H. (1995). *Derecho Penal. Parte general-T.I*. Séptima Edición. Buenos Aires: Astrea.

Mendoza, F. C. (2017). Determinación de la pena. Legalidad y proporcionalidad. Circunstancias atenuantes privilegiadas. En la Revista *Legis.pe*. Recuperado de <http://legis.pe/determinacion-la-pena-legalidad-proporcionalidad-circunstancias-atenuantes-privilegiadas/>

Mezger, E. (1935). *Tratado de derecho penal*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

Mir, S. (2002). *Derecho penal. Parte general*. Sexta Edición. Barcelona.

Morillas, L. (1991). *Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Madrid: Tecno.

Muñoz, F. & García, M. (2002). *Derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Muñoz, F. (2007). *Teoría general del delito*. Cuarta Edición. Valencia: Tirant lo blanch.

Oré, E. (2013). Determinación judicial de la pena. Reincidencia y Habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley 30076. En *Estudio Oré Guardia Abogados. Boletín n° 41*. Recuperado de <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/BOLET%20C3%8DN-ACAD%20C3%89MICO-41---%20C3%BAltima-versi%20C3%B3n.pdf>

Prado, V. R. (2010). *Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios*. Lima-Perú: Idemsa.

Prado, V.R. (s.f.). *La Determinación Judicial de la Pena*. Recuperado de <http://www.pj.gob.pe/cortesuprema/cij/documentos/LA>

DETERMINACION_JUDICIAL_PENA_190608.pdf

Quintero, G. (2002). *Manual de derecho penal. Parte general*. Tercera Edición. Navarra: Aranzadi.

Rojas, F. (2009). *El delito. Preparación, tentativa y consumación*. Lima-Perú: Grijley.

Roxin, C. (1976). *Problemas Básicos del Derecho Penal*. Primera edición. Madrid: Reus.

Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Segunda Edición. Madrid: Civitas.

Sánchez, P. (2015). *Ius Poenale*. Universidad de Navarra. Recuperado de <http://www.unav.es/penal/iuspoenale>.

Toyohama, M. & otros (2011). *Estudios Críticos del Derecho Penal peruano. Tema: La Determinación Judicial de la Pena. Aspectos críticos de su operatividad*. Lima: Gaceta Jurídica.

Velásquez, P. (2009). *La Determinación de la Pena en el Proceso de Terminación Anticipada*. Lima: Gaceta Penal y Procesal Penal.

Velásquez, F. (2002). *Manual de derecho penal. Parte general*. Bogotá: Temis.

Velásquez, F. (2002). *Los criterios de determinación de la pena en el Código Penal peruano de 1991*. Recuperado de <http://www.unifr.ch/ddpl/derechopenal/articulos/html/artveI2.htm>.

“Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal. Parte General*. Bogotá. Comlibros. 4° Ed.”

Villavicencio, F. (1990). *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Lima: Cultural Cuzco.

- Villavicencio, F. (1992). Código Penal, Cultural Cuzco Editores, Lima, Perú.
- Villavicencio, F. (2005). *Manual de derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley.
- Villavicencio, F.A. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Lima-Perú: Grijley.
- Vives, T. S. (1996). *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Welzel, H. (1987). *Derecho penal alemán. Parte general*. Tercera Edición (trad. de la 12ª ed. alemana). Santiago: Jurídica Chile.
- Welzel, H. (2002). *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Montevideo-Buenos Aires: Bdef.
- Zaffaroni, E.R. (1998). *Manual de derecho penal. Parte general*, 4ª reimposición. Segunda Edición. México D.F.: Cárdenas.
- Zaffaroni, E., Alagia, A. & Slokar, A. (2000). *Manual de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar.
- Zafaroni, E. (2002). *Derecho Penal, Parte General*. Segunda edición. Buenos Aires: Ediar.
- Ziffer, P. S. (1998). *El deber de fundamentación de las decisiones judiciales y la determinación de la pena*. En: Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 6. Lima: GC ediciones.

**APENDICE: INSTRUMENTO DE RECOLECCION DE
INFORMACION**

ENCUESTA

INSTITUCIÓN LABORAL: _____

DEPENDENCIA: _____

OCUPACIÓN: _____ **FECHA** _____

INSTRUCCIONES

La presente encuesta es anónima y de desarrollo, cuyas respuestas servirán para una investigación académica, y estarán a disposición de la Escuela de Posgrado de la Universidad Privada “Antonio Guillermo Urrelo”, teniendo por finalidad recoger inquietudes en forma amplia en torno a la problemática que viene atravesando la institución de la “Determinación de la Pena en el supuesto de Tentativa en las localidades de Chota y Leimebamba”, por lo que, la opinión que se le solicita es desde la óptica de las funciones que cumple en su institución en torno al tema; así como a lo que establece o debería establecer la ley y/ o las normas legislativas.

Instrucciones: Responda con la mayor precisión y sinceridad que a usted lo (a) caracterizan las siguientes preguntas, marcando el recuadro (☐) correspondiente:

1.- Según su experiencia profesional ¿Cree usted que en la práctica los operadores jurídicos en mérito a su facultad discrecional, en el supuesto de tentativa, fijan la pena “siempre” por debajo del mínimo legal de la pena abstracta?

Siempre. Casi siempre. A veces. Nunca.

2.- En la práctica, en su despacho ¿cómo se suele determinar la pena en los supuestos donde se presentan la tentativa?

Disminuye la pena hasta en una sexta parte por debajo del mínimo legal, teniendo en cuenta las particularidades del caso y del sujeto involucrado.

Disminuye la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal teniendo en cuenta las particularidades del caso y del sujeto involucrado.

Disminuye la pena hasta la mitad por debajo del mínimo legal teniendo en cuenta las particularidades del caso y del sujeto involucrado.

Otro (Señale):

3.- ¿Cree usted, que existe un punto de referencia exacto a partir del cual se realizan las valoraciones para el establecimiento de la pena concreta en el supuesto de tentativa? (Fundamente su respuesta)

De Acuerdo

En Desacuerdo.

A veces

Fundamente: _____

4.- Según su experiencia profesional, ¿Qué criterios considera usted, que son aplicados por los operadores jurídicos en su labor de determinación pena, en los casos donde se presenta la tentativa?

Principio de legalidad, proporcionalidad, lesividad y culpabilidad.

Criterio de discrecionalidad y principio de humanidad.

Función preventiva y seguridad jurídica.

Principio de legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad, humanidad, seguridad jurídica y función preventiva de la pena.

5.- ¿Qué criterios rectores considera usted, permiten graduar la pena concreta en la tentativa? Precisar.

¡Muchas gracias por su colaboración!

ANEXOS

Legislación comparada.

a) España

El artículo 62 del Código Penal español establece: “*A los autores de tentativa de delito se les **impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado**, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado*”.

b) Argentina

El Código Penal argentino establece: “Artículo 42°. - El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44. (...) Artículo 44°.- *La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se **disminuirá de un tercio a la mitad**. Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será *reclusión de quince a veinte años*. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será *prisión de diez a quince años*. (...)”.*

c) Ecuador

El Código Penal ecuatoriano en su artículo 46° establece: “Los autores de tentativa sufrirán *una pena de uno a dos tercios de la que se les habría impuesto si el delito se hubiere consumado*. Para la aplicación de la pena se tomará necesariamente en consideración el peligro corrido por el sujeto pasivo de la infracción y los antecedentes del acusado”.

d) Uruguay

El artículo 87° del Código Penal uruguayo establece: “El delito tentado será *castigado con la tercera parte de la pena que correspondería por el delito consumado pudiendo elevarse la pena hasta la mitad*, teniendo en cuenta la

gravedad del hecho y la peligrosidad del agente”.

e) Colombia

El artículo 27° del Código Penal colombiano señala: “El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, *incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada*. Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, *incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación*, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla”.

f) Chile

El artículo 52° del Código Penal chileno prescribe: “A los autores de tentativa de crimen o simple delito, a los cómplices de crimen o simple delito frustrado y a los encubridores de crimen o simple delito consumado, se *impondrá la pena inferior en dos grados a la que señala la ley para el crimen o simple delito*”.