



**Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICA**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**TÍTULO**

**“El problema de determinar la pena ante la  
inexistencia de la regulación de las circunstancias  
atenuantes privilegiadas”**

**TESIS PRESENTADO POR:**

**Bach. Ferré Gómez Jesús Humberto.**  
**PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**ASESOR:**

**ABOG. VARGAS RODRÍGUEZ CÉSAR**

**LAMBAYEQUE, 2020**

**TESIS DENOMINADA “El problema de determinar la pena ante la inexistencia de la regulación de las circunstancias atenuantes privilegiadas”; PRESENTADA PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO, POR:**



.....  
Bach. Ferré Gómez Jesús Humberto

Autor



Abog. CESAR VARGAS RODRÍGUEZ  
ASESOR

APROBADO POR:



Abog. CARLOS MANUEL MARTINEZ  
OBLITAS  
Presidente del Jurado



Dr. Mondoñedo Valle amador  
Secretario



DR. HUMBERTO FALLA LAMADRID  
Vocal del Jurado.

### **DEDICATORIA**

*A mi amada esposa Rosana Rimarachin Llamo y a mi querido hijo Diego Jesús Ferré Rimarachin, quienes son los tesoros de mi vida y el motivo de lucha constante para alcanzar mis metas propuestas.*

**JESÚS HUMBERTO FERRÉ GÓMEZ.**

## **AGRADECIMIENTO**

*A Dios, por haberme dado todos los instrumentos necesarios, para poder terminar ésta hermosa carrera de Derecho, con la elaboración de la presente tesis; a mi amada esposa Rosana, que, con su apoyo y motivación, me impulsan a lograr mis metas trazadas, asimismo a mi querido hijo Diego Jesús, que es el regalo más maravilloso que nuestro Creador me pudo dar. Es insoslayable dejar de agradecer a mis padres: Pedro y Eusebia, que, con su apoyo incondicional, pude culminar mis estudios superiores. Y finalmente a mis hermanos José Dante y Anthony Joseph, quienes de una u otra forma contribuyeron conmigo, en mi vida personal y académica y a todos los familiares, que en su oportunidad coadyuvaron en mi formación profesional.*

**JESUS HUMBERTO FERRÉ GÓMEZ.**

## INDICE

Dedicatoria.....	03
Agradecimiento.....	04
Índice.....	05
Resumen.....	12
Abstract.....	14
Introducción.....	16

## CAPITULO I DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

I.- Aspectos Metodológicos.....	19
1. Realidad Problemática.....	19
1.1. Planteamiento del problema.....	19
1.2. Formulación del problema.....	20
1.3. Justificación e importancia del estudio.....	20
1.3.1. Justificación del estudio.....	20
1.3.2. Importancia del estudio.....	23
1.4. Objetivos.....	23
1.4.1. Objetivo General.....	23
1.4.2. Objetivos Específicos.....	23
1.5. Hipótesis.....	24
1.6. Variables.....	24
1.6.1. Variable independiente.....	24
1.6.2. Variable dependiente.....	24
1.7. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	25
1.7.1. Métodos.....	25
1.7.1.1. Métodos Generales.....	25
✓ El Método Inductivo.....	25
✓ El Método Deductivo.....	25

✓ El Método Dialéctico.....	25
✓ El Método Histórico.....	26
1.7.1.2. Métodos	
Específicos.....	26
✓ El Método de la observación.....	26
1.7.2. Técnicas.....	26
✓ Documentales.....	26
✓ Encuestas.....	26
✓ Entrevistas.....	27
✓ Observación.....	27
1.7.3. Instrumentos.....	27
✓ La Ficha.....	27
✓ La Guía de Observación.....	27
✓ La Guía de Entrevista.....	27

## **CAPITULO II**

### **DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA**

<b>I.- Generalidades.....</b>	<b>28</b>
1.1. Tipos de determinación de la pena.....	28
1.2. Alcances del concepto de individualización de la pena.....	29
<b>II.- Fundamentos de la individualización de la pena.....</b>	<b>34</b>
2.1. Sistema de indeterminación absoluta, de penas determinadas a posteriori o de penas previamente indeterminadas.....	34
2.2. Sistema de indeterminación judicial relativa.....	35
2.3. Sistema de conminaciones punitivas absolutamente determinadas.....	35
2.4. Sistema de indeterminación legal relativa o de marco penal ...	36
<b>III.- El Triángulo Mágico - Teorías de la individualización de la pena.</b>	
3.1. Sistema de la pena exacta o puntual (punkstrafe theorie)...	40
3.2. Sistema del margen de libertad, marco de culpabilidad o del espacio de juego (spielraumtheorie) .....	41

3.3.	Sistema del valor relativo, valor de reemplazo, valor de empleo o valor posicional (stellenwert theorie).....	42
3.4.	Sistema de la pena proporcional al hecho o a la culpabilidad del sujeto en el hecho.....	44
<b>IV.- Etapas operativas de la individualización de la pena.</b>		
4.1.	Desde un punto de vista normativo.....	47
4.2.	Desde un punto de vista doctrinario.....	48
4.2.1.	La primera etapa de identificación de la pena básica.....	49
4.2.2.	La segunda etapa de individualización de la pena concreta.....	50
<b>V.- Las mutaciones conceptuales de la pena.....</b>		<b>51</b>

### **CAPITULO III**

#### **LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS.**

<b>I. Las circunstancias.....</b>	<b>53</b>
1.1. Concepto y función.....	53
1.2. Clasificación de las circunstancias.....	54
1.2.1. Las circunstancias genéricas.....	54
1.2.2. Circunstancias específicas.....	57
1.2.3. Circunstancias agravantes cualificadas.....	59
1.2.4. Circunstancias atenuantes privilegiadas.....	60
<b>II. Circunstancias atenuantes privilegiadas.....</b>	<b>60</b>
2.1. Antecedente.....	60
2.2. Concepto y regulación.....	61
• Desde un punto de vista normativo.....	61
• Desde un punto de vista doctrinario.....	62
[a] Oré Sosa.....	62
[b] Prado Saldarriaga.....	63
2.3. La aplicación de las atenuantes privilegiadas en el Código de Procedimientos Penales.....	64

2.4. La aplicación de las atenuantes privilegiadas en el Código Penal desde la jurisprudencia.....	67
<b>III. Causales de incremento o disminución de la punibilidad.....</b>	<b>69</b>
<b>IV. Reglas de reducción por bonificación procesal.....</b>	<b>71</b>
<b>V. Esquema operativo para los casos de causales de disminución de punibilidad.....</b>	<b>73</b>

## **CAPITULO IV**

### **ANÁLISIS Y RESULTADOS**

<b>I. Descripción del trabajo de campo realizado.....</b>	<b>74</b>
<b>1.1. Toma de encuestas a servidores públicos.....</b>	<b>74</b>
1.1.1. ¿Considera usted que el Código Penal regula la existencia de atenuantes privilegiadas?.....	75
1.1.2. Sobre la identificación de las atenuantes privilegiadas..	76
1.1.3. Individualización de la pena ante la presencia de atenuantes privilegiadas – límite inferior y forma de cuantificación.....	77
1.1.4. Sobre el conocimiento de algún Acuerdo Plenario o jurisprudencia que se haya pronunciado específicamente en cuanto a las circunstancias atenuantes privilegiadas.....	80
<b>1.2. Realización de entrevista a funcionarios públicos del Poder Judicial y del Ministerio Público.....</b>	<b>81</b>
1.2.1. Sobre la regulación de las circunstancias atenuantes privilegiadas en el Código Penal.....	83
1.2.2. Sobre la identificación de las atenuantes privilegiadas..	83
1.2.3. Naturaleza: son circunstancias o causales de la disminución de la punibilidad.....	84
1.2.4. Individualización de la pena ante la presencia de	



atenuantes privilegiadas – límite inferior y forma de  
cuantificación.....86

1.2.5. Sobre el conocimiento de algún Acuerdo Plenario o  
jurisprudencia que se haya pronunciado específicamente  
en cuanto a las circunstancias atenuantes  
privilegiadas.....88

**II.- Descripción y análisis de Resoluciones Judiciales emitidas por la  
Corte Suprema de Justicia de la República.....89**

**2.1. Causales eximentes imperfectas.....90**

2.1.1. Alteración de la Conciencia – Estado de ebriedad....90

2.1.2. La legítima defensa imperfecta.....91

2.1.3. La responsabilidad restringida por la edad.....91

2.1.4. La Tentativa.....93

**CAPITULO V  
CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS**

**I. La naturaleza de las atenuantes privilegiadas.....95**

1.1. Causas de aumento o disminución o de la punibilidad.....95

1.1.1. Fundamentos.....95

1.1.2. Críticas.....97

1.2. Circunstancias atenuantes privilegiadas.....97

1.3. Nominación en pronunciamientos de la Corte Suprema y en los  
requerimientos acusatorios expedidos por la sede fiscal de  
Moyobamba.....98

1.4. Posición Personal sobre la naturaleza.....103

**II. La omisión regulativa en la identificación de las atenuantes  
privilegiadas.....106**

2.1. Normativa insuficiente e inadecuada.....106

2.2. Identificación de posibles atenuantes privilegiadas.....108

2.3. Referencia y análisis a los requerimientos acusatorios expedidos por la sede fiscal de Moyobamba y pronunciamientos de la Corte Suprema.....	108
2.4. Posición personal.....	113
<b>III. El problema de determinar el quantum de la pena ante la concurrencia de las circunstancias atenuantes privilegiadas.....</b>	<b>116</b>
3.1. Referencia y análisis a los requerimientos acusatorios expedidos por la sede fiscal de Moyobamba y pronunciamientos de la Corte Suprema.....	117
3.2. Referencia y análisis de las respuestas de los magistrados sobre la determinación de la pena.....	124
3.3. Posición Personal.....	125
<b>CONCLUSIONES</b>	
I. Sobre la regulación e identificación de las circunstancias atenuantes privilegiadas.....	127
II. Respecto de determinar si las instituciones reguladas desde el artículo 13° al 25° del Código Penal son circunstancias privilegiadas o causas de disminución de la punibilidad.....	129
III. En cuanto a determinar si la terminación anticipada, confesión sincera y conclusión anticipada son circunstancias atenuantes privilegiadas.....	130
IV. Sobre el procedimiento de determinar el quantum de la pena ante la concurrencia de las circunstancias atenuantes privilegiadas.....	130
<b>RECOMENDACIONES</b>	
Anexos.....	134
• Encuesta realizada a servidores públicos.....	134
• Entrevista a magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público.....	137
Bibliografía.....	142

## RESUMEN

En el presente trabajo de tesis, se aborda esencialmente, la institución de aquellas “Circunstancias atenuantes privilegiadas” que se encuentran contempladas legalmente en el ordenamiento jurídico penal sustantivo mediante el numeral 45 – A, regla en la que se puede apreciar puntualmente en el primer literal insertado en el tercer inciso, la existencia de vacíos normativos, veamos, lo que prescribe:

*“El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas: ... 3. **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**”<sup>1</sup>*

De dicha regulación, **se verifica**, que lo regulado por el citado artículo, si bien se alude sobre las condiciones de atenuación bajo el carácter privilegiado, hace falta que se pronuncia sobre la existencia de aquellas condiciones que atenúan de manera privilegiada, así pues, tampoco se indica cual es el procedimiento para cuantificar la pena ante la concurrencia de dichas atenuantes, pues solo se señala que se debe imponer por debajo del tercio inferior y sumado a ello, tenemos que en la doctrina no existe uniformidad, en cuanto a que la circunstancias atenuantes privilegiadas, deben recibir tal denominación, sino que su nomen juris debe ser el de “causales de disminución de la punibilidad” (en adelante causales); vacíos que originan dudas al fiscal, al momento de proponer la pena; a la defensa

---

<sup>1</sup> Se encuentra regulado en el literal a) del inciso 3) del artículo 45°-A del C.P.

técnica, al momento de cuestionarla y al Juez al momento de imponerla; vacíos y dudas que trataremos de dar respuesta, con el trabajo realizado en campo a través de entrevistas, realizadas a jueces y fiscales y encuestas realizadas al personal jurisdiccional y fiscal de Moyobamba, agregando una cuota de análisis personal, acudiendo a la doctrina, a los requerimientos de acusación extraídos del distrito fiscal de Moyobamba y a los pronunciamientos, emitidos por parte de la Corte Suprema, con lo cual de un análisis en su conjunto, se planteará una propuesta legislativa.

**Palabras Claves:** Determinar La Pena, Circunstancias Atenuantes Privilegiadas.

## **SUMMARY**

In this thesis work, the institution of "Circumstances, privileged mitigating circumstances", which are alluded to in Article 45 ° -A of the Penal Code, is dealt with in merit if we revise literal a) of the subsection 3) of the aforementioned article, it is observed that there are regulatory gaps, let's see what it prescribes: "The judge determines the applicable penalty by developing the following stages: ... 3. when there are privileged or serious mitigating circumstances. The specific penalty is determined by In the following way: a) in the case of mitigating circumstances, the specific penalty is determined below the lower third; from this, it is verified that what is regulated by said article, although it refers to the privileged mitigating circumstances, does not indicate which are those privileged mitigating circumstances and also does not indicate what is the procedure of how to determine the quantum of the penalty before the concurrence of such mitigating factors, p ues only points out that it should be imposed below the lower third and added to it, we have that in the doctrine there is no uniformity, in that privileged mitigating circumstances, should receive such a name, but that its nomen juris should be that of "causes of decreased punishability"; gaps that give rise to doubts for the prosecutor, when proposing the sentence; to the technical defense, at the moment of imposing it; gaps and doubts that we will try to answer, with the work carried out in the field through interviews, carried out with judges and prosecutors and surveys carried out with the Moyobamba jurisdictional and fiscal personnel, adding a personal analysis fee, resorting to doctrine and

requirements of accusations extracted from the Moyobamba fiscal district and to the pronouncements, issued by the Supreme Court, whereupon from an analysis as a whole, a legislative proposal will be raised.

**KEY WORDS:** mitigating, generic, specific and special circumstances, abstract penalty and concrete penalty; lower, middle and upper third, causes of decreased punishability, imperfect exemptions, attempt. secondary accomplice, restricted liability.

## INTRODUCCIÓN

El sentido adoptado por esta investigación parte de la verificación normativa en la que se aprecia cierta ausencia regulatoria, así pues en lo que se contempla del primer literal que se encuentra en el tercer inciso incorporado en el artículo 45 del ordenamiento jurídico penal sustantivo, deja al descubierto vacíos legislativos, que generan dudas al juzgador, en tanto se tenga que proceder a la determinación de la sanción, toda vez que surge un problema de indecisión, por ejemplo: si debe considerar el carácter restringido para hacer responsable a un sujeto en función a su edad, en tanto una circunstancia atenuante privilegiada y de considerarla, queda en zozobra, respecto de cuánto debe disminuir la pena; lo que ineludiblemente contribuye a generar la falta de confianza de la comunidad en la administración de la justicia. La situación en los juzgados de nuestro país, en torno a la determinación judicial de la pena, resulta tanto o más grave aún porque muchas veces se deja de justificar la pena impuesta. Tal situación resulta por lo menos alarmante, toda vez que, si se reflexiona mínimamente, "El eje del derecho penal y procesal radica en la pena; lo demás son sólo los presupuestos de ella. Lo que en definitiva va a afectar directa y concretamente al ciudadano es la pena que se le va a aplicar y, por tanto, necesariamente dentro del proceso tiene que dársele la significación e importancia que merece. Todas las garantías penales sustanciales y procesales carecen de sentido si la determinación de la pena está desprovista de toda salvaguarda respecto del procesado"<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Cf. Bustos Ramírez, J., Medición de la pena y proceso penal, en Hacia una nueva justicia penal. Presidencia de la Nación, Buenos Aires, 1989, t.I, p. 329.

Sobre la base de dichos vacíos y dudas que genera la regla al inicio citada, nació la idea de tratarlos, a través del presente trabajo de investigación, bajo la denominación: **“El problema de determinar la pena, ante la inexistencia de la regulación de las circunstancias atenuantes privilegiadas”**; señalando en el **capítulo I**, que trata sobre los **Aspectos Metodológicos**, en el cual se indica la formulación del problema, a través de la interrogante causal: ¿Cómo determinar el quantum de la pena, si hasta la actualidad no se ha regulado cuales son las atenuantes privilegiadas?, la cual reitero, se constituyó en el génesis de la presente investigación. Sobre tal cuestionamiento, se planteó como posible respuesta: “que ante la falta de regulación en nuestra legislación sobre la identificación de las atenuantes privilegiadas, resulta necesario precisarlas, debiéndose tomar como tales: la responsabilidad restringida de eximentes imperfectas de responsabilidad penal, el error de prohibición vencible, el error de comprensión culturalmente condicionado vencible, la tentativa, la responsabilidad restringida por la edad y la complicidad secundaria; siendo que para efectos del quantum de la pena debe aplicarse el artículo 29° del Código Penal”; tal afirmación fue contrastada al final de la investigación a fin de comprobar su veracidad. En esa línea se señala la población y muestra específica, así como la forma en que desarrollaría el trabajo de campo; desde luego marcando los objetivos que conllevaron al desarrollo teórico de la investigación.

Para el **Capítulo II**, según la meta trazada mediante el primer objetivo específico se buscó en la doctrina, las bases jurídicas que permitieron el entendimiento adecuado de la “Determinación judicial de la pena ante la presencia de las circunstancias atenuantes privilegiadas”.

Seguidamente en el **Capítulo III**, se abordó únicamente el tema de las circunstancias atenuantes privilegiadas, detallando sus antecedentes, concepto y regulación; su aplicación en el Código de Procedimientos



Penales; asimismo su aplicación en el Código Penal desde la jurisprudencia; las causas de disminución y la reducción de la pena por bonificación procesal; desarrollo que nos da visos de dar solución al problema planteado.

En el **Capítulo IV**, denominado **Análisis y resultados**, se describe el desarrollo del trabajo de campo, esto es el recojo de la información, a través de las encuestas realizadas a los servidores públicos del Poder Judicial y del Ministerio Público del distrito de Moyobamba y las entrevistas realizadas a los magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público del mismo distrito, arrojándonos un resultado estadístico respecto de los problemas advertidos que origina el artículo 45°-A; luego pasamos a la descripción y análisis de las resoluciones judiciales emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la República; lo que nos va permitiendo ir formando una idea más clara sobre las incertidumbre que genera el artículo antes citado.

Finalmente en el **Capítulo V** se pudo consolidar la contrastación de la hipótesis, respecto de la condición jurídica de las circunstancia que se contempla como atenuante bajo el carácter privilegiado; sobre la omisión regulativa en su identificación; los criterios que permiten cuantificar sanciones y deslindar si la bonificación procesal debe ser considerada como tal; discutiendo la data que incorporan los objetivos proyectados que inspiraron el desarrollo de los capítulos antes señalados, buscando resolver en el mejor de los términos aquellos cuestionamientos que surgieron en base a su desarrollo.

Tales resultados se cotejaron a fin de lograr determinar la contrastación propiamente dicha; lo cual deja por sentado el sentido del resultado estando listo el camino para el razonamiento final mediante las conclusiones y recomendaciones, resultados que hoy se ponen a la ponderación del jurado evaluador.

## **CAPITULO I**

### **ASPECTOS METODOLÓGICOS**

#### **I.- ASPECTOS METODOLÓGICOS.**

#### **2. REALIDAD PROBLEMÁTICA.**

##### **2.3. Planteamiento del problema.**

El legislador con la Ley N° 30076, se puede decir que proyecta una regulación para establecer el criterio y circunstancia de individualización respecto a la sanción, con ello, si bien se ha logrado un gran avance en este instituto penal, también haciendo una crítica constructiva, debemos decir que ha creado una confusión en su aplicación, en el órgano jurisdiccional, en el titular de la acción penal y en la Defensa Técnica de los sujetos procesales, ya que, por ejemplo si bien se entiende que ante el supuesto de encontrarse ante una o varias condiciones que permiten atenuar la sanción, ésta será establecida bajo el parámetro de “tercio inferior”, conforme a lo señalado por el “artículo 45-A del Código Penal”; es preciso indicar la ausencia de regulación que indique cuales deben considerarse como **circunstancias atenuantes privilegiadas**, y **tampoco se ha regulado cual sería el procedimiento para determinar la pena ante la presencia de dicha atenuante**, cuestión que no coadyuva a encontrar la solución a la problemática del sistema jurídico<sup>3</sup> de la individualización de la pena, lo que hace que dicha regulación sustantiva, se convierta como insuficiente e inadecuada en su aplicación; por lo que, falta completar detalles para la constitución y metodología de un sistema –tipo individualización de la pena- que permita al órgano jurisdiccional rebajar la pena, en el caso concreto, de

---

<sup>3</sup> Entiéndase por sistema jurídico (cuarta acepción) como conjunto de normas [reglas y principios jurídicos] que regulan a la misma institución, como es, en este caso, el instituto de la determinación (judicial) de la pena. Vid. Tarello, Giovanni, Cultura jurídica y política del derecho, México: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 145.

forma clara y precisa y no originaria de dudas para su aplicación. Con lo antes descrito se demuestra la carencia de normativa (suficientes), que se da en dichas atenuantes, es más hasta la actualidad no existe algún acuerdo plenario, casación u otro con el carácter de vinculante, que nos brinde criterios para identificar a las atenuantes privilegiadas (no están reguladas) y su procedimiento respectivo, para determinar la pena, lo que ha generado interés y motivación en la presente investigación, pues la falta de regulación de las atenuantes privilegiadas, hace que en forma imperativa se regule un sistema jurídico normativo adecuado, en el que se señale taxativamente dichas atenuantes adecuadamente por parte del legislador penal peruano, basado en un análisis normativo y casuístico de la realidad peruana y del sistema legislativo comparado, de lo contrario se estaría realizando una política criminal de improvisación, sin el estudio real que amerita.

#### **2.4. Formulación del problema.**

El problema de investigación plantea la siguiente interrogante:

¿Cómo determinar el quantum de la pena si hasta la actualidad no se ha regulado cuales son las atenuantes privilegiadas?

#### **2.5. Justificación e importancia del estudio.**

##### **2.5.1. Justificación del estudio.**

En el mes de agosto del año 2013, tuvo lugar la más importante modificación al Libro Primero del Código Penal de 1991, pues, con ella **se instauró un sistema distinto de determinación judicial de la pena** tanto en su terminología cuanto en su procedimiento; en mérito a la incorporación sistemática de las reglas para la individualización que corresponde a las sanciones por tercios en atención a la presencia de las circunstancias atenuantes y agravantes ordinarias, **con la posibilidad de exceder el marco**

**penal cuando concurren condiciones que agravan bajo el criterio de cualificación e incluso llegan a disminuir la sanción hasta el límite inferior cuando concurren atenuantes privilegiadas.** Con independencia de estar o no de acuerdo con este nuevo sistema de individualización de la pena, cabe reconocer que la modificación, ha sido regularmente redactada con adecuada precisión y claridad; justamente debido a esas características ha quedado asentado que, no todas las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal tienen el mismo efecto sobre la pena, por cuanto, algunas solo permiten fijar la pena en alguno de los tercios que comprende todo el marco penal, en tanto que otras, como las **circunstancias atenuantes privilegiadas** y las agravantes cualificadas, **permiten superar el marco penal previsto por la ley para cada delito.**

Ahora bien, respecto de esta última situación, **el legislador no ha establecido cuales debieran ser las condiciones que permitan la atenuación privilegiada, habiendo solo señalado las condiciones que agravan bajo el criterio de cualificación directa,** mismas que están previstas en los artículos 46-B y 46-C del Código Penal, por ejemplo, en los que se regula la reincidencia y habitualidad respectivamente, instituciones jurídicas en las que se ha establecido literalmente que tales categorías constituyen circunstancias cualificadas agravantes; tal redacción determina, al menos, dos consecuencias lógicas para la interpretación jurídica: la primera, que no cabría posibilidad de reconocer otras circunstancias agravantes cualificadas que las previstas expresamente en la ley; y la segunda, que el reconocimiento de circunstancias agravantes cualificadas solo podría ser realizado por el legislador.

Esta situación es, sin duda, la parte que resta precisión y claridad a la modificación legal analizada, con lo cual, se desprende la existencia de un vacío legal para la aplicación de las atenuantes privilegiadas, en mérito a que legislador no ha precisado cuales serían dichas circunstancias atenuantes privilegiadas, lo que resulta tan o más problemático que en el marco normativo originario del Código Penal de 1991, desde ese contexto **este escenario es el fundamento que justifica el estudio del presente tema de tesis denominado: "El problema de determinar la pena ante la inexistencia de la regulación de las circunstancias atenuantes privilegiadas"**, puesto que hasta la actualidad ante dicho vacío legal existe una duda extrema en los operadores jurídicos sobre identificar cual o cuales son o no atenuantes privilegiadas y por otro lado en el supuesto de identificarlas surge otro problema, el de determinar, hasta que límite mínimo por debajo de la pena se debe proceder a cuantificar la pena. A su vez, por otro lado se vuelve interesante el estudio del presente tema, por la escasa doctrina en su tratamiento, puesto que si bien existe bibliografía respecto de la individualización de la pena, en este no se aborda la problemática de la no regulación de aquellas condiciones que permiten atenuar bajo el criterio privilegiado, así como el quantum que le corresponde, simplemente se deja zanjado que existe tal vacío legal y asimismo existe falta de pronunciamiento de la Corte Suprema sobre el tema planteado, carencia que este humilde investigador tratará de dar respuesta a los problemas planteados de acuerdo a su criterio y estudio del tema, criterios que naturalmente quedan a la opinión positiva o negativa de todos los operadores de justicia y asimismo cabe indicar que la posición que detallaremos más adelante puede ser superada, siendo que el investigador se encuentra llano a que con una mejor perspectiva el autor pueda cambiar de opinión; pues lo que se busca bajo este contexto, se pretende que esta tesis se comporte como un

acercamiento a la indicación más puntual de los parámetros que marquen el criterio que asumirá el juez, así como también el representante del Ministerio Público cuando se trate de realizar la construcción del instrumento para acusar, lo cual traerá como resultado la correcta individualización de la sanción para ser aplicada en un específico caso o para la defensa técnica al momento de observar la misma; ruta en la que sin duda se requiere del apoyo de más sujetos intervinientes en el estudio del tema antes indicado reiterando que el presente trabajo queda expuesto a las críticas que mis ideas o posiciones podrían originar.

### **2.5.2. Importancia del estudio.**

La importancia del presente trabajo de investigación radica, que en base a las opiniones vertidas por los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, a través de las entrevistas y las encuestas realizadas a los servidores públicos, tanto del Poder Judicial y del Ministerio Público del distrito Judicial y Fiscal de Moyobamba, respectivamente; así como con los requerimientos de acusación recabados y expedidos por las Fiscalía Penales de Moyobamba, junto a los pronunciamientos de la Corte Suprema de la República; con un análisis en su conjunto se pueda concluir, que instituciones jurídicas, es posible considerarlas en tanto condiciones atenuantes bajo el criterio privilegiado y asimismo brindar pautas, para proceder a determinar la pena frente a la presencia de alguna o la reunión de varias de estas condiciones.

## **2.6. Objetivos.**

### **2.6.1. Objetivo General.**

Plantear un criterio de procedencia para determinar la pena ante la falta de regulación de circunstancias atenuantes.

### **2.6.2. Objetivos Específicos.**

- ✓ Determinar si las causales de disminución de la punibilidad se refieren a las circunstancias atenuantes privilegiadas.
- ✓ Señalar que instituciones jurídicas pueden ser consideradas como circunstancias atenuantes privilegiadas.
- ✓ Determinar el espacio punitivo ante la presencia de la(s) atenuante(s) privilegiada(s) y las pautas para proceder a determinar la pena.
- ✓ Determinar si la bonificación procesal debe ser considerada como como circunstancia atenuante privilegiada.

### **2.7. Hipótesis.**

Sostenemos que ante la falta de regulación en nuestra legislación sobre la identificación de las atenuantes privilegiadas, resulta necesario precisarlas, debiéndose considerar a la siguientes: las eximentes imperfectas de responsabilidad penal, el error de comprensión culturalmente condicionado vencible, la tentativa, el error de prohibición vencible, la responsabilidad restringida por la edad y la complicidad secundaria; siendo que para efectos de cuantificar la pena debe aplicarse el artículo 29° del Código Penal.

### **2.8. Variables.**

#### **2.8.1. Variable independiente.**

La necesaria especificación de cuales son atenuantes privilegiadas y como proceder a disminuir el quantum de la pena.

### **2.8.2. Variable dependiente.**

No transgrede el principio de legalidad.

## **2.9. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos.**

### **2.9.1. Métodos.**

#### **2.9.1.1. Métodos Generales.**

- ✓ **El Método Inductivo.-** Por medio de éste método partimos de que existen procesos penales en los que ante la concurrencia de las instituciones jurídicas de la tentativa, de la responsabilidad restringida por la edad, las eximentes imperfectas, el error de comprensión culturalmente condicionado, el error de tipo, la omisión impropia, los jueces imponen penas por debajo del tercio inferior, lo que nos permite establecer de manera general que si bien no están especificadas normativamente como circunstancias atenuantes privilegiadas, se consideran alguna de ellas.
- ✓ **El Método Deductivo.-** Mediante éste método hemos partido de la idea general *-en virtud del cual postulamos la falta de regulación normativa sobre la especificación de cuales son atenuantes privilegiadas-*, llegando a la conclusión que el hecho de que los operadores de justicia consideran pese a la inexistencia de tal regulación debe considera a ciertas instituciones jurídicas como atenuantes privilegiadas.



- ✓ **El Método Dialéctico.-** Propone que todos los fenómenos sean estudiados en sus relaciones con otros y en su estado de continuo cambio, ya que nada existe como un objeto aislado; dicho de ese modo este método ha facilitado la labor en la formulación del problema así como proponer hipótesis sometiéndola a una contrastación hasta llegar a una síntesis o resultado.
- ✓ **El Método Histórico.-** Este método nos ha permitido diferenciar el sistema antiguo con sistema actual que se ocupa del establecimiento de una sanción a nivel jurisdiccional; siendo que el primero permitía que el juez recorra todo el marco legal, teniendo una amplia faculta o discrecionalidad para recorrer dicho marco conminado, situación que no en el segundo sistema (actual) puesto que en este nuevo sistema la discrecionalidad del juez ha quedado restringida a cualquiera de los tercios ya sea inferior, medio o superior.

#### **2.9.1.2. Métodos Específicos.**

- ✓ **El Método de la observación.-** Por medio del cual se ha podido verificar que en la labor fiscal la tendencia es de considerar a ciertos institutos jurídicos como atenuantes privilegiadas pese a no estar identificadas en nuestro Código Penal.

#### **2.9.2. Técnicas.**

- ✓ **Documentales.-** Se han utilizado como instrumentos fichas textuales y de resumen, recurriendo como fuentes a libros especializados, requerimientos acusatorios

expedido por el Distrito Fiscal de Moyobamba, así como a revistas y artículos de internet.

- ✓ **Encuestas.-** Se ha utilizado como instrumento los cuestionarios dirigida a diversos servidores públicos tanto del Ministerio Público y del Poder Judicial del distrito fiscal y judicial de Moyobamba.
- ✓ **Entrevistas.-** Se ha utilizado como instrumento para poder obtener la información requerida de los operadores jurídicos –jueces y fiscales.
- ✓ **Observación.-** La cual ha permitido analizar y sentar una posición frente a los criterios dispares de la sede Fiscal de Moyobamba, producto de la experiencia laboral.

### **2.9.3. Instrumentos.**

- ✓ **La Ficha.-** Es un instrumento que se utiliza en la técnica del fichaje, y servirá para localizar las fuentes y también para almacenar la información que se va obteniendo durante la investigación.
- ✓ **La Guía de Observación.-** Instrumento que se utiliza en la técnica de la observación, y servirá para realizar una observación directa no participante del objeto materia de investigación.
- ✓ **La Guía de Entrevista.-** Es un instrumento que se utiliza en la técnica de la entrevista, y consistirá en un conjunto de preguntas que se elaborarán para que sirvan de orientación en el dialogo que se debe tener con los entrevistados que son los conocedores del tema.

## CAPITULO II

### DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

#### I.- Generalidades.

En mérito a nuestro tema central, que gira en torno de aquellas “**circunstancias atenuantes privilegiadas**”, para su entendimiento y desarrollo necesitamos conocer una serie de conceptos y contenidos teóricos, definición de términos y herramientas conceptuales que pasamos a detallar:

#### 1.1- Tipos de determinación de la pena

**Dos instancias: legal y penal.-** El proceso de determinación de la pena es, ciertamente, complejo; sin embargo a fin de un mejor desarrollo, ella admite dos instancias: **la legal y la judicial**. La determinación **legal** se realiza en abstracto, e incide en el tipo de pena y en el marco previsto (mínimo y máximo) en el Código Penal para cada delito<sup>4</sup>. La ley también establece circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, esto es, aquellas que tienen por virtud atenuar o agravar las penas fijadas en abstracto para cada hecho punible. Estas pueden corresponder a la misma parte especial (por ejemplo las formas agravadas de los delitos de homicidio, robo y

---

<sup>4</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. Aplicación y determinación de la pena. En: GRACIA/ BOLDOVA/ALASTUEY. Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. Valencia, Tirant lo blanch, 2004, p. 220, quien señala: “... la ley, al prever un hecho sancionable como delito, es fruto de un proceso de abstracción y no puede tener en cuenta todos los datos particulares del hecho y de su autor (circunstancias de tiempo, lugar, medios utilizados, características personales de la persona responsable, etc.) de los que el juez va disponer para enjuiciar un caso concreto.”

tráfico ilícito de drogas) o a la parte general del Código Penal (verbigracia la reincidencia, la habitualidad, la tentativa o la omisión impropia). La instancia de **determinación judicial o de individualización de la pena**, por el contrario, no se realiza en abstracto, sino que atiende a las especificidades del caso concreto: mira tanto al delito cometido (injusto) como a la culpabilidad del autor. Para ello, debe atender a una serie de criterios que el mismo legislador establece, sobre todo, en el artículo 46° del Código Penal. A continuación grafico<sup>5</sup>, las conceptualizaciones de ambas instancias, tanto la legal como la judicial:

LEGAL		JUDICIAL	
Se realiza en abstracto		Se realiza en concreto	
Lo determina el legislador		Lo determina el juez	
Incide	En el tipo de pena	Incide	En el delito cometido (injusto)
	En el marco legal (mínimo y máximo)		En la culpabilidad del autor
Establece circunstancias modificativas de la responsabilidad penal (atenuantes y agravantes)		Se basa en una serie de criterios que el propio legislador ha regulado, sobre todo, en el artículo 46° del Código Penal.	
Parte especial	Parte general		
Ejm: robo, homicidio, etc.	Ejm: reincidencia, tentativa		

Estando al gráfico detallado, cabe señalar que nuestro tema de tesis se encuentra enmarcado en el tipo de pena judicial, al cual a continuación nos avocamos.

## 1.2.- Alcances del concepto de individualización de la pena.

<sup>5</sup> El grafico que se muestra es creación propia del autor.

**1.2.1.- En un sentido amplio y restringido:** La pena propuesta por el persecutor del delito y determinada por quien administra justicia, se impone como consecuencia a la reacción frente a un quebrantamiento de la norma<sup>6</sup>. **La determinación de la pena en sentido restringido**, acción mediante la que el juzgador a través de la ponderación establece el reconocimiento de la infracción en función a la regla penal, en base a lo que se transforma en una medida de pena determinada<sup>7</sup>. La cuantificación de la pena es siempre expresión de la ponderación del ilícito culpable; no es otra cosa que la "*cuantificación de la culpabilidad*". También se tiene que: "es el proceso discursivo técnico-valorativo mediante el cual un funcionario jurisdiccional va a precisar en calidad y cantidad de la sanción punitiva que se habrá de imponer al sujeto que ha sido encontrado responsable de la comisión de un ilícito criminal"<sup>8</sup>.

En esa misma línea se afirma que: "en nuestro sistema penal –como en muchos otros sistemas jurídicopenales contemporáneos– esta definición inicial debe ampliarse para incluir el proceso discursivo que genera la decisión del juzgador respecto a si en el caso concreto se habrá de suspender la ejecución de la pena originalmente determinada, eximir de su imposición o reservar el fallo condenatorio, así como la decisión de convertirla en una pena de distinta clase".<sup>9</sup>

### **1.2.2.- Desde un punto de vista normativo.**

---

<sup>6</sup> Jakob, C, Strafrecht, Allgemeiner Teil (AT), 2da. ed., 1991,1/1.

<sup>7</sup> Horn, E., Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5ta. ed. actualizada a marzo de 1992, núm. 2 y siguientes.

<sup>8</sup> Mir Puig, S. "Derecho Penal", p. 708.

<sup>9</sup> Idem, p. p. 708 (nº marg. 41).

Tenemos que la determinación judicial de la pena o individualización de la pena, se encuentra reguladas en el **artículo 45-A del Código Penal**, que prescribe:

*“Toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.*

*Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la 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...”.*

Del texto normativo se observa que dicha regulación es semejante al concepto de la individualización de la pena desde una concepción restringida.

### **1.2.3.- Desde un punto de vista doctrinario.**

**1.2.3.1.- Según la doctrina nacional**, sobre el concepto de este instituto jurídico denominado Determinación Judicial de la Pena, han dicho:

- **Prado Saldarriaga:** *“El concepto que corresponde a la determinación judicial de la pena alude a un procedimiento técnico y valorativo cuya función esencial es servir al órgano jurisdiccional para llevar a cabo la individualización de los castigos”<sup>10</sup>.*
- En ese sentido sobre la **determinación judicial de la pena** tenemos que **Feijoo Sánchez**, también se pronuncia señalando: *“si se asume que el delito es un injusto culpable y graduable, la determinación de la pena no es más que la graduación del injusto*

---

<sup>10</sup> Prado Saldarriaga, V. “La determinación judicial de la pena en la Ley 30076”, p. 43.

*culpable*"<sup>11</sup>.

- Por otro lado **Velásquez**, sobre el particular indica: *"se persigue jalonar la elaboración de una teoría de la medición de la sanción que sea coherente con los principios que inspiran un determinado ordenamiento jurídico, de tal manera que sea posible lograr la imposición de una sanción racional, proporcional y como consecuencia, adecuada en cada caso de la vida real"*<sup>12</sup>.

**1.2.3.2.- De acuerdo a la doctrina comparada**, tenemos que, al respecto, se ha señalado:

- En esa misma línea **Ruiz de Erenchun Arteche** lo resume de la siguiente manera: *"proceso por el que se transforma una pena imponible, de acuerdo con lo establecido en un determinado tipo del código penal, en la concreta pena correspondiente al responsable de un hecho delictivo, de acuerdo con la gravedad del hecho cometido y sus circunstancias personales"*<sup>13</sup>.
- También, desde un enfoque más general, **JESCHECK** señala como *«determinación judicial de la pena esa 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*

<sup>11</sup> Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, "Individualización judicial de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 23, Lima, 2008, p. 199.

<sup>12</sup> Velásquez Velásquez, Fernando, *Derecho Penal. Parte General*, cuarta edición, COM libros, Bogotá. 2009, PP.1084 Y 1085.

<sup>13</sup> Ruiz De Erenchun Arteche, Eduardo, *El sistema de penas y las reglas de la determinación de la pena tras las reformas del Código Penal del 2003*, segunda edición, Thompson- Aranzadi Navarro, Navarra-2005, p.85.

*imposición de obligaciones e instrucciones, la amonestación con reserva de pena, la dispensa de pena, la declaración de impunidad, la imposición de medidas de seguridad, la imposición del comiso y de la confiscación, así como las de las consecuencias accesorias»<sup>14</sup>.*

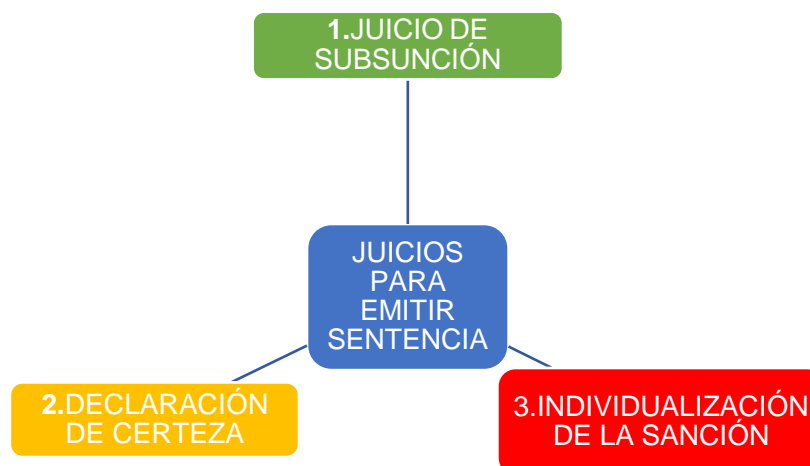
*De lo hasta aquí expuesto podemos concluir que la **individualización judicial de la pena** consiste en un procedimiento técnico y valorativo que aplica el operador judicial para identificar de modo cualitativo, cuantitativo y ejecutivo la sanción a imponer en el caso subexamine.*

En efecto, la determinación judicial de la pena parte de un hecho histórico verificable judicialmente y al cual cabe adscribirle consecuencias jurídicas de naturaleza punitiva en función a su magnitud y significado social o político criminal. Para ello, el órgano jurisdiccional en una sentencia penal emite hasta tres juicios importantes. En un primer momento, él se pronuncia sobre la tipicidad o relevancia penal de la conducta atribuida al procesado (juicio de subsunción). Luego, a la luz de la evidencia existente decide la inocencia o culpabilidad de este en base a los hechos probados (declaración de certeza). Y, finalmente, si declaró la responsabilidad penal del imputado deberá definir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicarle como partícipe o autor del hecho criminoso cometido (individualización de la sanción).

---

<sup>14</sup> Hans-Heinrich Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen Segundo. Bosch. Barcelona, 1981 p. 1189.





## II.- Fundamentos de la determinación judicial de la pena.

Sobre este punto, atendiendo y recogiendo las principales reformas que se han dado legislativamente para proveer de parámetros a la acción que individualiza la sanción penal, así como acogiendo lo que la construcción doctrinaria plantea como propuesta de clasificación, se ha de tener en cuenta las siguientes:

**2.1. Sistema de indeterminación absoluta, de penas determinadas a posteriori o de penas previamente indeterminadas<sup>15</sup>.**- Este tipo de sistema obedece a una propuesta doctrinal, fundamentalmente del positivismo criminológico italiano y el correccionalismo español, que consideran que la pena que se debe imponer no puede encontrar límites temporales ni en la ley ni en la sentencia. La decisión sobre la duración del cumplimiento de la sanción (su término) le debe corresponder a la autoridad administrativa penitenciaria encargada del tratamiento o al juez que impuso la pena, pero siempre en función del logro efectivo de las finalidades preventivo-especiales que se persigue. **Crítica:** Queda claro que este sistema no puede ser aceptado en el Derecho Penal

<sup>15</sup> Det. JIMENEZ DE ASÚA, L. La sentencia indeterminada, pássim.

de un Estado social y democrático de Derecho, pues resulta lesivo de la exigencia de determinación de la sanción contenida en el principio de legalidad y el principio de proporcionalidad de la pena con la culpabilidad por el hecho<sup>16</sup>.

**2.2. Sistema de indeterminación judicial relativa:** En cuanto a este sistema se tiene que el órgano jurisdiccional, como instancia decisoria, al dictar una sentencia condenatoria, no va a expresar una cantidad específica de pena a imponer (sentencia relativamente indeterminada), sino que solo va a fijar un límite máximo (algunas veces también un límite mínimo) de duración. El condenado cumplirá con la sentencia durante el tiempo que sea necesario para que el tratamiento logre eficacia, salvo que se llegue al límite máximo de duración fijado por el juez en la sentencia, caso en que deberá quedar libre, sin importar que no se hayan conseguido los fines preventivos especiales perseguidos. **Crítica:** Este sistema podría ser compatible con el Derecho Penal de un Estado social y democrático de Derecho, en caso de que se asuma como criterio corrector la garantía que el límite máximo de la pena se fije en la cantidad de tiempo que sea proporcional a la culpabilidad del sujeto en el hecho. Del mismo modo, se evitarían los cuestionamientos referentes a los casos en que el sujeto no necesita ser resocializado –y, en tal sentido, carece de justificación preventiva especial la ejecución– fijando como límite inferior de la “pena relativa” el tiempo que satisface las exigencias mínimas de la prevención general. Sin embargo, encuentra su punto débil en su fundamentación en la ideología del tratamiento, profundamente desacreditada hoy en día por su falta de índices satisfactorios de eficacia.

**2.3. Sistema de penas fijas, de determinación legal absoluta o**

---

<sup>16</sup> Cfr. Jakobs, G. “Derecho Penal”, p.88; Roxin, C. “Derecho Penal”, p. 141.

**de conminaciones punitivas absolutamente determinadas.-** Este sistema encuentra su origen en el pensamiento penal liberal de la Revolución Francesa, siendo su expresión legislativa más conocida el Código Penal de 1971. Aquí el juzgador no va a tener ninguna posibilidad de intervenir en la graduación de la pena, sino que sólo se deberá limitar a constatar la existencia de un comportamiento delictivo, para luego de ello declarar la imposición de la pena fijada expresamente en la ley por el legislador. No obstante, configurarse como un sistema que respeta de manera irrestricta –exagerada– el principio de legalidad penal, no resulta compatible con el Derecho Penal de un Estado Social y Democrático de Derecho, en razón de que –como señalamos líneas– contraviene los principios de igualdad y de proporcionalidad de la pena con la culpabilidad por el hecho; además de resultar ineficaz para el logro de las finalidades preventivo-especiales que la ejecución de la pena debe perseguir.

**2.4. Sistema de determinación legal relativa, indeterminación legal relativa, de marco penal o de fijación legal de un marco punitivo.** Este encuentra su origen en la necesidad de corregir los problemas de las conminaciones penales absolutamente determinadas<sup>17</sup>. Se trata del sistema que en la actualidad resulta dominante en nuestro ámbito jurídicopenal<sup>18</sup>, se sustenta en la búsqueda de un equilibrio entre el legalismo extremo y una determinación de la pena encargada al juzgador<sup>19</sup>, entre las exigencias de seguridad jurídica y una individualización de la pena justa<sup>20</sup>. El legislador va a determinar solo relativamente la pena a imponer, señalando una clase de pena “ofreciendo, en ocasiones,

---

<sup>17</sup> En razón a ello se puede indicar que es apropiado afirmar que: “este sistema aparece históricamente como una reacción frente a la plena arbitrariedad judicial en la fijación de la pena fundamentalmente desde el Código penal francés de 1971”, tal cual lo señala Coclán Montalvo, J. “Individualización jurídica de la pena”, p. 107.

<sup>18</sup> Cfr. Bustos Ramírez, J. “Manual de Derecho Penal”, p.398.

<sup>19</sup> Boldova Pasamar, M. “Las consecuencias jurídicas del delito”, p. 178; Landrove Díaz, G. “Las consecuencias jurídicas del delito”. P. 318.

<sup>20</sup> Cury Urzúa, E. “Derecho Penal”, p. 385.

sanciones que son como una alternativa o posibilidad para sustituir”<sup>21</sup> con lo que se genera el establecimiento de penalidades que muestran limitaciones superiores e inferiores (para ciertas circunstancias sólo se indica de manera expresa respecto a alguna de estas limitaciones, que puede ser la inferior o superior), además propiciando la regla sancionadora, en base al límite mayor y menor), ello se entiende como un parámetro sobre el cual el juez habrá de movilizar su criterio con la intención de que la cuantificación de la sanción que se imponga, tenga el carácter legítimo que le ha de corresponder tratándose de un derecho tan importante como lo es la libertad de imputado. Siendo así se puede apreciar la existencia de una gama de posibilidad que permite adecuar de manera objetiva y proporcional la sanción a la realidad de la acción delictiva, lo cual dependerá de cuan encaminado este el criterio del magistrado para seguir la pauta de la legalidad, de ello se puede indicar una suerte de orientación que se da incluso en dos opciones asumidas por el creador de la regla, como son:

- La primera: en la que la creación legislativa se orienta al establecimiento de una estructura legal en el ámbito de las sanciones penales, indicando puntualizaciones que sugieren la creación de un criterio objetivo para la realidad pueda ser valorada desde su perspectiva de relevancia respecto a la protección de los bienes jurídicos, con la intención de cuantificar adecuadamente la pena; en base a ello es el magistrado el que asume la condición de dirimente para la determinación de dicha sanción, puesto que la ha de individualizar para el asunto que se esta examinando en el marco de la acción calificada como antijurídica; desde luego es importante reconocer que esta construcción legislativa permite

---

<sup>21</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. “Derecho Penal”, p. 691.

al evaluador jurisdiccional una amplia posibilidad para lograr el establecimiento adecuado en sanciones, sin llegar a convertirse en una cuestión arbitraria de su parte o la imposición legislativa que supere su condición de autonomía. Esta descripción alude al parámetro que asume el ordenamiento penal peruano antes de que sea reconstituido mediante “Ley N° 30076. En tanto la individualización de la pena se hallaba básicamente regulada en el artículo 46 del Código Penal”.

- **Segundo:** cuando se aprecia la intención legislativa que se orienta a evitar el vacío respecto a las circunstancias carentes de ser valoradas desde la perspectiva concreta y obligatoria<sup>22</sup>, emitiendo una serie de reglas que anotan a que el juez se conduzca en casi toda su actividad encaminada a individualizar de manera práctica o automática, restringiéndose ante tal situación hasta la verificación de las condiciones que se encuentran detalladas en la legislación, disminuyendo lo más que sea prudente, los márgenes para así: “el juzgador podrá ejercer su criterio para la cuantificación última de la sanción. Se trata de la orientación a la que se adhiere de manera moderada el Derecho Penal peruano a partir de la expedición de la Ley N° 30076”.

---

<sup>22</sup> Quintero Olivares, G. “Derecho Penal”, p.624.



### III.- El Triángulo Mágico - Teorías de la determinación de la pena.

Conforme se ha podido ubicar en la teoría doctrinaria, se aprecia una puntualización indiciosa sobre aquella individualización respecto de las sanciones, así pues se reconoce lo denominado como **“triángulo mágico”**<sup>23 24</sup> en razón de que el sistema que prosperó en general, a partir del Código Penal francés de 1810, fue: “un sistema de compromiso entre

<sup>23</sup> Zipf, H. “Introducción a la política criminal”, p.140.

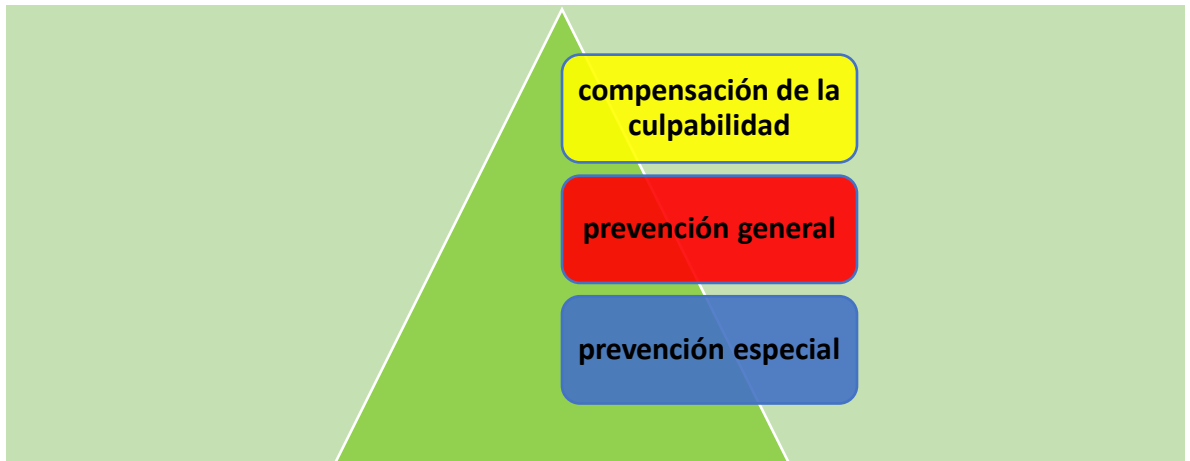
el legalismo y el arbitrio judicial absoluto conforme al cual la ley fija un marco penal, con unos límites máximo y mínimo, dentro del cual corresponde al juez la determinación de la pena concreta (determinación judicial de la pena en sentido estricto), y dado que también en ciertas legislaciones puede que deba el juez decidir si procede la suspensión condicional de la pena resultante, o si cabe sustituirla por otra consecuencia jurídica (determinación de la pena en sentido amplio), la necesidad de orientar tales decisiones con arreglo a ciertos principios, para no caer en la arbitrariedad, se presenta como ineludible. La doctrina en general, a partir de la función y de los límites que corresponden al Derecho Penal, ha enfrentado el problema sobre la base de **tres criterios**: de **compensación de la culpabilidad**, de **prevención general** y de **prevención especial**".

De acuerdo a ello se puede hacer la indicación de que el criterio planteado en conjunto: "no conducen en igual sentido a una finalidad, sino que difieren antinómicamente en sus pretensiones, el proceso de medición de la pena sólo puede efectuarse si previamente se ha conseguido un acuerdo sobre estos tres posibles puntos de mira".

Se puede manifestar del mismo modo, haciendo alusión sobre lo trabajado por Zipf, que: "todo proceso de medición de la pena se halla en el 'triángulo mágico' de la **culpabilidad, la prevención general y la prevención especial**", agregando que, precisamente en "el equilibrio óptimo de estos tres principios antinómicos... consiste, ... la función de la determinación de las consecuencias jurídicas del delito, respecto a lo cual se trata, en último término, de la justa medida entre igualdad e individualización en el hecho de medición de la pena".

Dicho de otro modo es posible hacer mención que la atención es determinar el límite de acción del juzgador con el fin de que pueda asumir cualquiera de los criterios que se mencionaron con anterioridad, pues en base a ello, existe la posibilidad de comprender de manera conjunta, e

incluso ante una situación distinta tendrá que prestarse atención a sólo una de las pautas para formular el criterio que determine la sanción más adecuada para la acción delictiva.



**3.1. El sistema de pena exacta o puntual (punkstrafe theorie).**- De acuerdo a lo que se puede reconocer doctrinariamente esta caracterización de la aplicación de las sanciones tiene que ver con una forma de determinar la sanción única, así pues aquella labor de individualizar la sanción tiene que ver con la verificación de la amplitud del carácter culpable del sujeto respecto a la acción delictiva, haciendo a un lado las condiciones puntuales las cuestiones de prevención que se pudieran considerar. Esto se relaciona de manera directa con la concepción retributiva de la sanción, por lo mismo que se pretende que dicha sanción sea aplicada bajo una relación directa que permita el carácter retributivo de la sanción en función al nivel del perjuicio ocasionado por la acción antijurídica; es precisamente este aspecto de la retribución el que ha sido duramente criticado por la teoría jurídica penal que hereda la insidiosa crítica de la referida a la finalidad de la sanción, en tanto a su condición retributiva; crítica que se basa puntualmente en que bajo es criterio resulta poco probable que el criterio sea acertado para que se individualizar con total exactitud la dimensión del carácter culpable del individuo que acciona



contra el ordenamiento jurídico; estas condiciones ocurren: “no desde un punto de vista ideal sino en razón de que, desde el punto de vista del conocimiento, no es posible conocer cuál es la medida exacta de la culpabilidad de un autor, y dado que la culpabilidad es un fenómeno metafísico, tampoco es posible averiguar a partir de ella una medida de pena determinada matemáticamente”. (Kaufmann)<sup>25</sup>.

### **3.2. Sistema del espacio de juego, margen de libertad o marco de culpabilidad (spielraumtheorie).**

- De acuerdo a este sistema no es posible determinar con precisión la pena que se corresponde con la culpabilidad del sujeto en el hecho, sino tan solo establecer un marco de culpabilidad<sup>26</sup> limitado en su grado mínimo por la pena ya adecuada a la culpabilidad y en su grado máximo por la pena todavía adecuada a la culpabilidad. Es en este marco de culpabilidad, configurado como un espacio de juego, que se va a determinar la cantidad de pena a imponer en atención de las concretas necesidades preventivas presentes en el caso. Horn sostiene que este sistema tiene un origen netamente procesal: *“Los tribunales de revisión, conociendo las dificultades en que se encuentra el juez cuando tiene que convertir la pena en un monto determinado, probablemente la tarea más compleja de toda la determinación de la pena, pretendieron señalar, únicamente, que son admisibles las penas que se encuentren dentro de lo razonable. Dicho de otro modo, que solo es posible la revisión del monto de pena cuando existe una desproporción evidente e intolerable. La doctrina, sin embargo, distorsionó esta mera ‘contemplación’ de tipo procesal y apoyó en ella la existencia de un marco de culpabilidad”*<sup>27</sup>. Explica Hörnle: *“El más alto Tribunal Alemán, el Tribunal Supremo Federal (BGH), ya expresó sus principios básicos en el año 1954. En su decisión, la Corte sostuvo que no es posible determinar con precisión qué pena es proporcional a la culpabilidad del delincuente. Existe siempre, dice el Tribunal Supremo*

---

<sup>25</sup> Ziffer, P. “El deber de fundamentación de las decisiones judiciales y la determinación de la pena”, p.849.

<sup>27</sup> Ibid.

*Federal, una gama de posibilidades para determinar la entidad de la culpabilidad que es adecuada a cada crimen en particular. El juez debe individualizar la pena, dentro de ese marco global. Para realizar esta determinación, el juez puede utilizar criterios preventivos. De esta manera, lo que puso de manifiesto este precedente de 1954 fue que la prevención y la justicia pueden ser valoradas al condenar, y que tomar la prevención en cuenta es compatible con penar, basándose en la culpabilidad del delincuente”<sup>28</sup>. En este sistema también se pueden encontrar diversas variantes, por ejemplo, en tanto para la cuantificación de la pena en el marco de la culpabilidad se tenga en cuenta las exigencias de prevención general y de prevención especial, o solamente alguna de ellas (la generalidad de autores solo hace referencia a las de prevención especial)<sup>29</sup>. Refiere Hörnle: “La cuestión básica respecto de cuál es la teoría de la determinación de la pena en la que se funda la pena aplicable, parece ser resuelta por el más alto tribunal alemán siempre a favor de la teoría del ámbito de juego. La teoría del ámbito de juego ha sido también preponderantemente adoptada en la literatura alemana. Sigue siendo dominante en la jurisprudencia y en los comentarios al Código Penal Alemán”<sup>30</sup>.*

**3.3. Sistema del valor relativo, valor de reemplazo, valor de empleo o valor posicional (stellenwert theorie).**- Este sistema fue formulado por Heinrich Henkel y, en épocas más recientes, ha sido sostenido por Horn. Se señala que la culpabilidad y los fines preventivos de la sanción criminal son de necesaria consideración en el proceso de determinación de la pena (usado en sentido amplio), pero van a poseer un valor de empleo diferente según el segmento de este proceso en que el juzgador se encuentre. En el primer segmento se deberá fijar la magnitud de la pena teniendo en cuenta únicamente la culpabilidad del agente, sin ser posible recurrir a

---

<sup>28</sup> Hörnle, T. “Determinación de la pena y culpabilidad, p. 23.

<sup>30</sup> Ibid. p. 24

consideraciones preventivas. En el segundo segmento se deberá decidir la clase de pena a imponer y su modo de ejecución, para lo que solamente entrarán en juego las necesidades de prevención. Explica Horn que: *“La decisión relativa al monto de la pena antecede a toda otra decisión. El monto de la pena es solo expresión de la medida y gravedad del ilícito culpablemente cometido. La determinación de la pena es la cuantificación de la culpabilidad en unidades de pena, y la unidad a utilizar es la pena de prisión: toda culpabilidad debe ser medida como si se tratara, en todos los casos, de una pena de prisión a cumplir”*<sup>31</sup>. Es solo en un momento posterior, cuando se va a individualizar la clase de pena a imponer (cuando se trata de penas alternativas)<sup>32</sup> o resolver sobre el modo de su ejecución (v. gr. decidir la suspensión, conversión, etc.) que se debe valorar las necesidades de prevención, sin reconocer ninguna relevancia a la culpabilidad del sujeto. Este sistema se ha cuestionado duramente en Alemania, fundamentalmente en razón de su contradicción, pues manda tener en cuenta, en la determinación judicial de la pena, “las consecuencias para la vida futura del autor”, que dice de necesidades preventivo-especiales en el momento de cuantificación de la sanción<sup>33</sup>.

**3.4. Sistema de la pena proporcional al hecho o a la culpabilidad del sujeto en el hecho<sup>34</sup> .-** Refiere Hörnle: *“Una teoría de determinación de la pena proporcional<sup>35</sup>, basada en la teoría de la pena puntual ha sido desarrollada en EE.UU. e Inglaterra, principalmente a través del trabajo de Andrew VON Hirsch. El imputado, conforme a esta teoría, no debe ser culpado más y así no ser castigado más de lo garantizado con respecto a la gravedad del delito. Unos pocos autores en Alemania, entre ellos Bernd Schünemann, Hans-Jörg Albrecht, Cristoph Reichert, ven esto como una*

---

<sup>31</sup> Ziffer, P. Op. Cit. p. 850.

<sup>33</sup> Cfr. Roxin, C. “Prevención y determinación de la pena”. Pp. 119-121.

“Una de las teorías de determinación de la pena que más influencia teórica y práctica están teniendo en el ámbito del Derecho comparado: la teoría de la proporcionalidad por el hecho o de la pena que los órganos judiciales españoles tienen la posibilidad de adoptar en las sentencias condenatorias diversas opciones punitivas que impliquen una horquilla de varios años de diferencia”.

*alternativa más convincente a la teoría del ámbito de juego*<sup>36</sup>.

Esta sistemática ha sido acogida, en su postura básica (de la proporcionalidad de la pena), por los importantes profesores españoles Silva Sánchez<sup>37</sup> y Feijoo Sánchez<sup>38</sup> aunque sin que nos hayan brindado un desarrollo acabado de sus propuestas; no yendo más allá de explicar por qué se trata del sistema preferible a otros, así como de sugerir algunos caminos<sup>39</sup>. Como se ha dejado sentado, esta teoría de la determinación se construye en contraposición a la del ámbito de juego; habiendo cuestionado una de sus principales representantes: *“Hans-Jörg Albrecht ha demostrado, en un estudio comprensivo, que en general, la cuestión de la prevención es mucho menos importante que la pregunta acerca de cuánto mal se ha causado con el crimen. Ningún involucrado en las prácticas de la justicia penal asume que los jueces verdaderamente escogen entre la prevención general y la prevención especial de forma rutinaria. Los criminólogos están de acuerdo en que es prácticamente imposible decir exactamente que tales penas poseen tales efectos preventivos. Y sería completamente imposible para los jueces realizar dichos juicios de manera científica. Deberían confiar en intuiciones personales. Además, valorar el entorno personal del delincuente y la necesidad social de disuasión en cada caso dado, tomaría demasiado tiempo para ser factible en la práctica cotidiana de los tribunales inferiores que se encargan de los delitos de menor cuantía”*<sup>40</sup>. “El principal problema con la teoría del ámbito de juego es que permanece muy superficial para guiar la determinación de la pena. Estipula que el valor justicia es importante, pero no dice cómo llegar a sentencias justas. La teoría del ámbito de juego alemana no promovió un acercamiento más específico a la noción del ‘castigo justo’, especialmente a la pregunta crucial de qué factores son importantes para determinar la gravedad

---

<sup>36</sup> Hörnle, T. Op. Cit. p. 29.

<sup>39</sup> “Una de las explicaciones posibles para ello es que, como refiere el propio SILVA SÁNCHEZ, J. Teoría de la determinación, p. 6: Naturalmente, una sistematización llevada hasta los últimos detalles resulta de una enorme complejidad”.

<sup>40</sup> Hörnle, T. Op.Cit. p. 29.

de los crímenes. Para tales preguntas prácticas, mayor sustento puede hallarse en la noción de proporcionalidad. Solo un concepto basado única y exclusivamente en la prevención puede descuidar la determinación de la gravedad de los delitos. Si la única cosa que importase fuese el máximo de disuasión, no sería necesario perder el tiempo en la idea de 'sentencias justas'. Lo mismo es cierto cuando solo cuenta la peligrosidad del delincuente, y nada más.

Los jueces en su trabajo diario deben determinar la responsabilidad de los distintos sujetos. Necesitan criterios respecto de qué circunstancias del crimen hacen al mismo más grave. Al dictar sentencias, tienen que decidir si, por ejemplo, el homicidio negligente es peor, igual o menos malo que el lesionar intencionalmente a alguien. Desde su perspectiva, no es suficiente decir que existe 'un ámbito de penas justas'. Necesitan establecer claramente si el crimen que tienen que evaluar hoy, merece mayor o menor castigo que el que tuvieron para evaluar el día anterior. El 'ámbito de juego', sin embargo, no proporciona ningún detalle respecto de cómo hacer esto. Sugiere falsamente, que un análisis más detallado no es necesario, ya que de la jurisprudencia actual se sigue, como consecuencia, que la pena es determinada por la noción de la prevención<sup>41</sup>.

Tal cual es posible verificar, las posturas doctrinarias que se inclinan por la sistematización de las sanciones de manera proporcional, están de acuerdo para que se tenga la iniciativa de partir de una cuestión básica para criticar el carácter protagónico que actualmente se le otorga, como es el caso de "la teoría del espacio de juego", hacia el fin preventivo que se le puede atribuir al momento de determinar la sanción<sup>42</sup>; pese a ello, no es posible reconocer similitudes respecto a la orientación que se dirige a reconocer alguna de ellas para que se

---

<sup>41</sup> Ibid. pp. 33-34.

<sup>42</sup> "No es posible entender la teoría de la pena proporcional al hecho si no es en el contexto de su oposición teórica a los efectos perniciosos de una praxis judicial orientada a la prevención especial"; Feijoo Sánchez, B. Op.Cit. p. 5.

construya la sistematización que determine el sentido grave o lesivo del acto delictivo, para que sirva de basamento para que se cuantifique la pena de manera proporcional.<sup>43</sup>.

SISTEMA DE LA PENA EXACTA O PUNTUAL	SISTEMA DEL ESPACIO DE JUEGO	EL SISTEMA RELATIVO.	SISTEMA DE LA PENA PROPORCIONAL AL HECHO
<ul style="list-style-type: none"> <li>•Se sostiene que el juzgador debe encontrar la medida de pena que se corresponda (retribuya) en forma exacta con el grado de culpabilidad del sujeto en el hecho criminal</li> <li>•Su fundamento está en las teorías retributivas de la pena</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>•son admisibles las penas que se encuentren dentro de lo razonable</li> <li>•De acuerdo a este sistema no es posible determinar con precisión la pena que se corresponde con la culpabilidad del sujeto en el hecho, sino tan solo establecer un marco de culpabilidad.</li> <li>•El juez debe individualizar la pena, dentro de ese marco global</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>•El primer segmento se deberá fijar la magnitud de la pena teniendo en cuenta únicamente la culpabilidad del agente.</li> <li>•El segundo segmento se deberá decidir la clase de pena a imponer y su modo de ejecución, para lo que solamente entrarán en juego las necesidades de prevención</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>•Una teoría de determinación de la pena proporcional</li> <li>•El imputado, conforme a esta teoría, no debe ser culpado más y así no ser castigado más de lo garantizado con respecto a la gravedad del delito.</li> <li>•Necesitan criterios respecto de qué circunstancias del crimen hacen al mismo más grave</li> </ul>

#### IV.- Etapas operativas de la determinación judicial de la pena.

Al ser la determinación judicial de la pena un procedimiento, ella se desarrolla a través de una secuencia de etapas y actos que debe cumplir el órgano jurisdiccional hasta llegar a un resultado punitivo. Como señala BESIO HERNÁNDEZ dicho procedimiento *“se lleva a cabo a través de varios niveles o pasos sucesivos y concatenados los unos a los otros”*<sup>44</sup>. En ese sentido se hará una descripción de las fases para la individualización de las sanciones teniendo en cuenta la perspectiva legal y doctrinaria.

<sup>43</sup>.

<sup>44</sup> BESIO HERNÁNDEZ, Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena, cit., p. 23.

#### 4.1.- Desde un punto de vista normativo.

Tenemos que la determinación judicial de la pena o individualización de la pena, se encuentra reguladas en el tercer párrafo del artículo 45-A del Código Sustantivo, que prescribe:

*“El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas:*

**1. Identifica el espacio punitivo** de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes.

**2. Determina la pena concreta** aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas:

*a) Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior.*

*b) Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio.*

*c) Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior.*

**3. 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;*

*b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y*

*c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito”(el énfasis es mío).*

Visto lo regulado por el artículo, tenemos que se observa claramente que la norma, establece tres etapas para realizar el establecimiento jurisdiccional de la sanción, conforme puede observarse del gráfico que se detalla más adelante.

#### 4.2.- Desde un punto de vista doctrinario.

Tradicionalmente se ha indicado en la individualización de la pena dos fases: **la identificación de la pena básica** y **la individualización de la pena concreta**. Cada una de éstas responden a una política criminal, al amparo de cierta gama de principios como son: “**el principio de legalidad**”, el cual se enfoca en la supervisión de la ejecución de la fase inicial ( esto es que el juzgador podrá imponer una sanción de acuerdo a lo indicado en la regla penal) y **el principio de pena justa** que controla el resultado de la segunda (*El juez solo puede sancionar de acuerdo con las condiciones que se manifiestan de manera particular en el hecho criminal observado*).

##### 4.2.1. La primera etapa de identificación de la pena básica.

La identificación de la pena básica es el primer paso en el proceso de determinación judicial de la pena. A través de ella, el Juez hace una declaración formal y expresa sobre su autoridad punitiva y sobre la legitimidad de su ejercicio. Él debe precisar y comunicar desde su sentencia cuales son los límites legales de la pena o penas aplicables. Para ello el órgano jurisdiccional debe partir de la **penalidad o pena conminada** prevista en la ley para cada delito. Se trata entonces de configurar, en base a él, un **espacio punitivo o de punición** el cual siempre debe contar con dos extremos: uno mínimo o **límite inicial** y uno máximo o **límite final**. **Veamos:** si tomamos como ejemplo el delito de homicidio simple, tipificado y sancionado en el artículo 106° del Código Penal, la pena básica o pena aplicable tendría que tomar en cuenta la pena fijada en dicha norma y establecer en función a ella el espacio de punibilidad, el que estaría compuesto por un límite inicial o mínimo de seis años y un límite final o máximo de veinte años.



Sin embargo, en aquellos otros delitos donde por **defectos de técnicas legislativas**, únicamente tuvieron en cuenta a la sanción conminada a un límite específico, como el superior o inferior, así el juzgador tendrá que acumular aquel que estuviera ausente en función a la correspondencia genérica de acuerdo a la clase de sanción, los cuales están establecidos por el Código Penal, en su Parte General, al señalarse las características específicas de cada tipo de pena. En nuestra legislación, por ejemplo, ello se puede apreciar en configuraciones típicas como la que corresponde al acto de asesinar a otra persona, siendo la sanción mínima correspondiente a quince años de prisión; situación en la que el juzgador podrá identificar la sanción legal de manera directa aplicando los límites generales que se encuentran en el ordenamiento como sanciones que privan del derecho a la libertad; de acuerdo a ello será utilizado el tope de la sanción establecida, o lo que se conoce como el último no señalado y que se comprende como aquel de treinta y cinco años.

#### **4.2.2. La segunda fase de determinación de la pena concreta.**

La determinación de la pena concreta es la segunda etapa del procedimiento de la individualización de la pena. A ésta, le toca obtener el **resultado punitivo o pena concreta** que deberá cumplir el autor culpable del injusto penal y que será la sanción punitiva establecida en la sentencia condenatoria. La característica fundamental de esta fase es el desplazamiento que debe realizar el tercero imparcial dentro del límite mínimo y máximo pena básica en la primera etapa. Se trata, por tanto, de un trabajo de exploración y valoración que realiza el órgano jurisdiccional dentro de la materia fáctica o suceso histórico del

caso bajo análisis. A través de esta etapa, el juez indaga, identifica y califica la presencia de **circunstancias concurrentes en la realización del hecho criminoso**. Es importante señalar que no se debe dejar de lado la presencia de ninguna circunstancia, pues ello afectará la validez de la pena concreta por no adecuarse a las exigencias del principio de pena justa.

## **V.- LAS MUTACIONES CONCEPTUALES DE LA PENA.**

Durante el procedimiento de su determinación judicial la pena experimenta sucesivas mutaciones que le aportan denominaciones distintas. En un primer momento es una penal legal o penalidad conminada. Luego se convierte en una extensión punitiva o pena básica. Y, finalmente, se transforma en un resultado punitivo, pena ya determinada o individualizada, y a la que se denomina pena concreta. Cabe anotar, que en más de una ocasión la penalidad conminada de los delitos en la legislación nacional está integrada por dos o más penas como **penas conjuntas**, ello ocurre en los casos de los delitos de receptación patrimonial que contempla pena privativa de libertad y multa (artículo 194° CP) y de tráfico ilícito de drogas que incluye pena privativa de libertad, multa e inhabilitación (artículo 296° CP, primer párrafo). En estos supuestos, la determinación judicial de la pena concreta debe abarcar la individualización de las diferentes penas que componen la penalidad conminada. Algo diferente debe ocurrir cuando la penalidad conminada se componga de dos **penas alternativas** como se observa en el delito de autoaborto donde se comprende pena privativa de libertad y de prestación de servicios a la comunidad (artículo 114° CP). Aquí, el procedimiento de determinación de la pena solo se aplicará sobre la pena elegida por el juez.

## ARTÍCULO 45-A – ETAPAS DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

### IDENTIFICACIÓN DEL ESPACIO PUNITIVO

- Es la prevista en la ley.
- Se divide en tres partes (tercios)

### DETERMINACIÓN DE LA PENA CONCRETA

- Evalúa la concurrencia de circunstancias atenuantes y

### VERIFICACIÓN DE LA PRESENCIA DE CIRCUNSTANCIAS: ATENUANTES PRIVILEGIADAS Y AGRAVANTES CUALIFICADAS

1/3 inferior	1/3 medio	1/3 superior
No existen ni atenuantes ni agravantes o solo atenuantes	Concurren atenuantes y agravantes	Concurren únicamente agravantes

Debajo del 1/3 inferior	Entre la pena básica	Por encima del 1/3 superior
Atenuantes privilegiadas.	Concurren atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas	Agravantes cualificadas.

### CAPITULO III

## LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS

### I. Las circunstancias

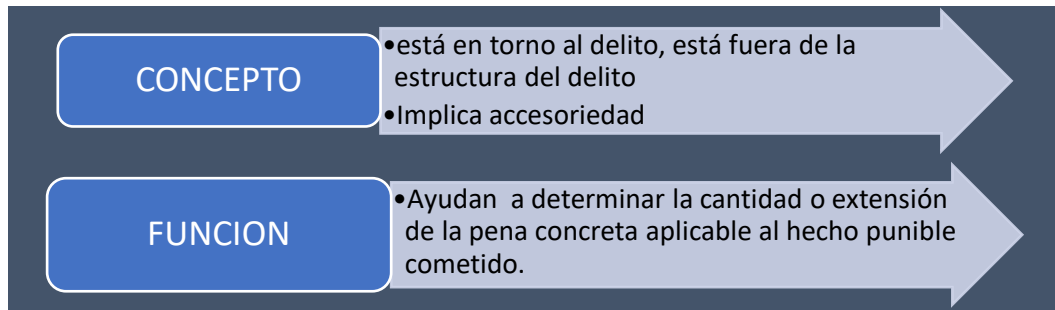
#### 1.1. Concepto y función

Una de las definiciones más claras e ideográficas es la aportada por **ANTOLISEI**, quien señalaba que *“circunstancia del delito (de circum stat) es, en general, aquello que **está en torno al delito**. Implicando por su misma índole la idea de **accesoriedad**, presupone necesariamente lo principal, que está constituido por un delito perfecto en su estructura”*<sup>45</sup>. Ellas pueden ser tomadas como **factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo** que colaboran a la medir la intensidad de un injusto penal. En ese sentido se puede indicar, que ayudan a determinar cantidad sobre el aumento o la disminución del valor que se le otorga a la acción que ataca el ordenamiento jurídico “antijuridicidad del hecho”; que puede ser también alusión al nivel de reprochabilidad atribuido al sujeto que realiza el acto delictivo “culpabilidad del agente”. Esta descripción circunstancial permite realizar un juicio de valor respecto al hecho típico, antijurídico y culpable, es más o menos grave y a partir de ello ponderar el alcance cualitativo y cuantitativo de la sanción que debe imponerse a su autor o partícipe. Por tanto de lo señalado, se concluye que la **función**

---

<sup>45</sup> ANTOLISEI, Francesco, Manual de Derecho penal. Parte general, Uteha, Buenos Aires, 1960, p. 319.

**principal**, es la de apoyar la construcción del criterio que establece el grado o determina la cantidad e incluso se ocupa de extender la sanción puntual que se aplica a este delito. Esto es indicado por aquellos, lo cual se refiere, sobre todo, de “instrumentos legales de medición de la pena”<sup>46</sup>.



## 1.2. Clasificación de las circunstancias.

### 1.2.1. Las circunstancias genéricas

Tal cual se puede reconocer a simple razonamiento, se tratan de aquellas establecidas en el Código sustantivo, por lo mismo que se aplican para lograr determinar la sanción correcta y de manera puntual para diversos tipos de ilícitos. Así pues ello: “sólo permiten al juez individualizar la pena que corresponde al delito cometido y a su autor o partícipes, dentro del espacio punitivo generado entre los límites inicial y final de la pena básica o espacio de punición que conforme al artículo 45° A del Código Penal debe configurar previamente el juez. Ahora bien, cuando se trata de **atenuantes genéricas** que identifican una menor antijuridicidad del hecho o una menor culpabilidad de su autor, ellas producen como consecuencia una menor punibilidad o posibilidad de sanción del delito, y van a determinar una pena concreta menor, la que siempre se ha de proyectar hacia el extremo inicial o mínimo de la pena básica y que

<sup>46</sup> Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, José L. et al., “Esquemas de Derecho Penal. Parte General. Edición actualizada según la LO 5/2010 de Reforma del Código Penal, Tirant lo Blanch, Valencia”, 2011, p. 159.

en el artículo 45° A corresponde al primer tercio. Por el contrario, si son **agravantes genéricas** que tienen el rol de indicar una mayor antijuricidad de la conducta o una mayor culpabilidad del autor, su eficacia se expresará también como una mayor punibilidad o posibilidad de sanción del delito, la cual se materializará en una pena concreta mayor que se dirigirá siempre hacia el extremo final o máximo de la pena básica o tercer tercio”.

- a) Siguiendo la técnica legislativa de los códigos penales colombiano (cfr. artículos 55° y 58°) y español (cfr. artículos 21° y 22°), la Ley N.° 30076 enumera una cantidad de situaciones generales que se pueden apreciar en el numeral 46 del ordenamiento sustantivo, que en el punto primero se muestran 8 situaciones en las que se puede atenuar la sanción y en su inciso segundo del artículo 46° del mismo cuerpo normativo, se ha definido **catorce agravantes**.

CIRCUNSTANCIAS GENERICAS		
CONCEPTO	CLASES	
Se encuentran reguladas en la parte general del Derecho Penal	ATENUANTES	AGRAVANTES
	Disminuyen: La antijuricidad del hecho. La culpabilidad de su autor.	Aumentan: • La antijuricidad del hecho. La culpabilidad de su autor.
	Reguladas en el inciso 1) del artículo 46° del C.P	Reguladas en el inciso 2) del artículo 46° del C.P
	Ocho atenuantes	13 agravantes

### 1.2.2. Circunstancias específicas

Tales condiciones están ubicadas en la parte especial del ordenamiento legislativo penal peruano, así pues se generan como

una suerte de catálogo o espacios agregados a la estructura de los tipos en específico. Ello se verifica en las **circunstancias agravantes** señaladas en el artículo 189° y que guardan conexión funcional con el tipo penal de robo (artículo 188°) o de aquellas reguladas en los artículos 297° y 298° que están consideradas para aplicarse únicamente como agravantes o **atenuantes** del delito de tráfico ilícito de drogas (artículo 296°, párrafo primero); otros ejemplos son: “108°-B y 152”, en los que se muestran ciertas condiciones que permite agravar la sanción para el caso de asesinato de mujeres o feminicidio, así como para el tipo penal de secuestro.

Asimismo cabe precisar que éstas circunstancias específicas también se encuentran en regulados en tipificaciones legislativas que de manera especial se han creado lo cual se considera como una complementación del ordenamiento jurídico penal. Ello sucede, verbigracia con las circunstancias establecidas en el artículo 10° de la Ley N.° 2008 sobre delitos aduaneros, en el artículo 4° del Decreto Legislativo N.° 813 sobre delitos tributarios; y por el artículo 4° del Decreto Legislativo N.° 1106 sobre delitos de lavado de activos. Empero, esto resulta ser una circunstancia específica que no se ha tenido en consideración en la legislación que se plasma para la persecución de las organizaciones criminales, aun cuando se debe dejar en claro que la nominación es equivocada ya que no es posible reconocerlas puntualmente como dirigidas a un delito especial, siendo su única función el hecho de que pueden ser usadas para ampliar el marco de punición para la calificación de los delitos de crimen organizado, desde luego para la determinación de la agravante cualificada.

El hecho de que estas condiciones de carácter específico sean operativas o eficaces en lo que respecta a la agravación o

atenuación de la sanción, están limitándose y además están circunscritas de manera exclusiva para lograr determinar una sanción de manera específica para los actos delictivos supuestos. Siendo así, aquella labor que se orienta a la determinación exacta para el delito específico se realiza en contemplación del límite que establece la penalidad marcada por la legislación específica, que como resultado de la evaluación permite generar un nivel o grado puntual tal cual se podría observar en la configuración del tipo penal de hurto.

Para el caso de la aplicación de sanciones establecidas en el ordenamiento a través de marcaciones puntuales que se refieren a la cuestión agravante sobre un nivel estático, estas circunstancias se consolida a través de porcentajes cuantitativos que corresponde a la punición elemental. Esto es que la sanción específica y objetiva será el resultado de los porcentajes que se acumulan en la evaluación respecto de la detección de la agravante en la acción delictiva, las cuales se agrupan para incorporar el efecto desde la perspectiva del cómputo inicial, para llegar a establecerse como límite aquel nivel más alto lo cual implica la presencia agrupada de su agravante.

De forma diferente, cuando corresponda a estructuraciones legislativas que integran a las condiciones que de manera específica producen atenuación, el procedimiento destinado para que se determine la sanción puntual, se realiza de manera contraria; esto es que, inicia desde la penalidad máxima incorporando a una condición de atenuación especificada, para dirigirse al porcentaje cuantitativo de aquellas condiciones que atenúan en función al nivel más bajo de la sanción, lo cual implica la participación de todas las condiciones que atenúan en la regulación. Son muy pocas las



situaciones punitivas en las que la legislación incorpora un grupo de condiciones que agravan y atenúan de manera específica y concurrente, y que en tanto lo construye de ese modo, termina por asignar una sanción particular la cual se compensa, conforme se observa en el caso de los delitos de tráfico ilícito de drogas.

CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS		
CONCEPTO	CLASES	
<p>Se encuentran reguladas en la parte especial del Derecho Penal.</p> <p>Delitos regulados en disposiciones legales establecidos fuera del Código Penal que conforman el llamado derecho penal complementario o accesorio. Como los regulados en la ley sobre delitos tributarios, aduaneros y lavado de activos.</p> <p>Pueden construirse por niveles como se verifica en el artículo 186°</p>	AGRAVANTES	ATENUANTES
	Parten del límite mínimo.	Parten del límite máximo.
	<p>Ejemplos:</p> <p>artículos 108-B°, 152°, 189°, primer párrafo de 296°, 297°, 298° del Código Penal.</p>	<p>Artículo 295° del Código Penal.</p>

### 1.2.3. Circunstancias agravantes cualificadas

Este tipo de condiciones específicas se observa una diferenciación respecto de las demás, puesto que resulta de eficaz aplicación de manera directa respecto a la configuración de la sanción establecida; así pues, el efecto que produce es la alteración o modificación del límite más alto de la sanción que se establece en la regla constituida para el ilícito penal, con lo cual se produce un renovación del ámbito determinante de la penalidad.

Esto implica que al tratarse de condiciones de agravación cualificada, se genera cierto cambio que van ascenso proyectándose sobre el límite superior que indica la regla originaria para convertirlo en el nivel más bajo; este aspecto se puede verificar de la condición cualificada aplicada para la determinación de los reincidentes tal cual se verifica en el numeral 46-B del ordenamiento

penal sustantivo.

Concepto	<ul style="list-style-type: none"><li>•sus efectos alteran los extremos máximos de la penalidad legal prevista para el tipo penal.</li><li>•se proyecta por encima del máximo legal original, el cual ahora se convierte en mínimo.</li></ul>
Ejemplo	<ul style="list-style-type: none"><li>•las reguladas en los artículos 46°-A, 46°-C y 46°-D</li><li>•el artículo 22° de la Ley N.° 30077 o Ley contra el Crimen Organizado</li></ul>

#### **1.2.4. Circunstancias atenuantes privilegiadas.**

Sobre este tipo de circunstancias, nos avocaremos en el punto siguiente, motivo por el cual no nos extendemos en conceptualizar lo correspondiente.

## **II. Circunstancias atenuantes privilegiadas.**

### **2.1. Antecedente.**

Sobre el particular tenemos que frente a la presencia de circunstancias que se verifican como atenuantes privilegiadas lo que varía de modo descendente es el mínimo legal original y que será sustituido por uno nuevo e inferior. No existen, de momento, en la legislación vigente, circunstancias atenuantes privilegiadas (atendiendo al principio de legalidad). Sin embargo, en el artículo 47° *ab initio* del Anteproyecto de Código Penal 2008-2010 se reguló como tal cuando “la afectación del bien jurídico producida por el delito sea leve”. En tal supuesto se debía considerar un nuevo mínimo legal “hasta una mitad por debajo del mínimo legal” original, fijado para el delito y que asumiría la condición de límite máximo.

### **2.2. Concepto y regulación.**

- **Desde un punto de vista normativo.**

Tenemos que se alude a las circunstancias atenuantes privilegiadas, en el inciso 3) del artículo 45-A del Código Penal.

Lo regulado por el citado artículo, si bien se observa que se alude a las circunstancias atenuantes privilegiadas, nos preguntamos **¿cuáles son las denominadas circunstancias atenuantes privilegiadas?** y **¿Cómo determinar la cantidad de sanción frente a la presencia conjunta de dichas atenuantes?**, preguntas a las que responderemos en los capítulos posteriores, debiendo precisar que a partir de estos problemas es que me avoqué a bordar este emocionante tema.

- **Desde un punto de vista doctrinario**

Bajo una arista doctrinaria este instituto jurídico sobre la estructura sistematizada que determina las sanciones se toman de forma positiva para la doctrina nacional, toda vez que no se trata de un tema de discusión, que por cierto no son muchos; básicamente desde la perspectiva comparativa respecto a la situación previa que existía antes de la incorporación de la “Ley N° 30076, que según lo revisado se ha podido recoger que:

**[a] Oré Sosa:** “Antes de la entrada en vigor de la Ley N° 30076, carecíamos de un “procedimiento” de determinación judicial de la pena, toda vez que no se contaba con normas que regulasen los pasos a seguir para la determinación de la pena concreta. En efecto, las previsiones de los artículos 45 y 46 del CP –antes de la última modificación–, si bien establecían importantes criterios para la determinación y fundamentación de la

pena, no contenían reglas sobre el momento y modo de aplicación de las agravantes cualificadas **o de las atenuantes privilegiadas**. Peor aún, tampoco se pronunciaba sobre el camino a seguir ante la concurrencia de circunstancias agravantes, atenuantes o ambas a la vez” -el resaltado es nuestro-. Para luego señalar: “Debe valorarse positivamente la intención de la Ley N° 30076 –y sus antecedentes, los anteproyectos de 2004 y de 2009– de establecer un nuevo procedimiento de determinación judicial de la pena de carácter secuencial, **pues ello reduce los niveles de indeterminación**. Desde luego, **no se ha pretendido llegar a un sistema próximo a la pena tasada, o a un sistema que busque la pena puntual (pena exacta y supuestamente acorde al grado de culpabilidad)**, pero sí acoger un sistema que, **dejando un margen de discrecionalidad al juez para la valoración del injusto y la culpabilidad** (pues el sistema de tercios siempre deja un margen para que el juez proceda a individualizar la pena), y de otros criterios de política criminal (v. gr. necesidad de pena), **contenga reglas claras y sistemáticas de determinación judicial de la pena**. Por lo demás, esto serviría también al fin informador de la norma penal: más allá de un pretendido efecto disuasivo de la pena, el potencial agente debe conocer cuál sería la consecuencia jurídica de su conducta criminal”.

**[b]** Asimismo se encuentra el planteamiento que señala: “A diferencia del Anteproyecto del Código Penal 2008-2010 que detalló en su artículo 47° las circunstancias agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas, considerando

como representativa de estas últimas a la leve vulneración del bien jurídico producida por el tipo penal”.

Es importante señalar que esta proyección: “no incluyó una disposición similar, limitándose, únicamente, a mantener, aunque con mejor redacción, los artículos 46-B y 46-C sobre reincidencia y habitualidad. **Esta sensible omisión**, que no fue advertida durante el trámite parlamentario que tuvo el Proyecto en el Congreso de la República, se trasladó a la Ley N° 30076 y constituye, en la actualidad, una notoria deficiencia del nuevo marco legal de individualización de la pena, que en el inciso 3 del artículo 45-A alude a **circunstancias atenuantes privilegiadas inexistentes, de momento**, en el Código Penal o en las Leyes que integran el Derecho Penal accesorio o complementario nacional”.

De lo regulado y establecido por la doctrina, **a opinión personal**, podemos alegar que aún cuando se necesaria el reconocimiento de que existe un avance respecto a la cierta determinación de la sanción, puesto que se establece puntualmente las fases exactas para la creación del criterio que determina, la cautela del hecho que divide la normativa de manera tripartita en función a los tercios con lo cual se procede a la evaluación de la condiciones que permiten atenuar o agravar dicha sanción; lo cual se diferencia de la amplitud de posibilidad para el criterio que no exigía ningún cuidado específico en la evaluación, conllevando incluso a mayor subjetividad como producto de la legislación anterior.

Tal mecanismo ya actualizado también, como es obvio, tiene que ser cuestionado por la propia doctrina, así pues se ocupa esta crítica sobre las **omisiones, como por ejemplo la falta de regulación expresa en la identificación de cuáles son las atenuantes**

privilegiadas y la existencia de aspectos poco claros o específicos como es el caso del espacio punitivo que existiría ante la presencia de las denominadas atenuantes privilegiadas, omisión y zona oscura, que es tratamiento central de la presente tesis, siendo estos muy importantes para el momento de establecer una adecuada determinación de la sanción.

### **2.3. La aplicación de las atenuantes privilegiadas en el Código de Procedimientos Penales.**

**La Corte Suprema de Justicia a través de la Sala Penal Especial**, integrada por los Vocales Supremos: César San Martín Castro (en condición de ponente del caso), Víctor Prado Saldarriaga y Hugo Príncipe Trujillo, en la sentencia emitida con fecha 07 de abril de 2009, recaído en el Exp. Nº A.V. 19-2001 / ACUMULADO Nº 45-2003-A.V, que resuelve sobre el aso del expresidente Alberto Fujimori Fujimori, como autor mediato de la comisión de los delitos de: **I. Homicidio calificado – asesinato**, bajo la circunstancia agravante de alevosía,

“En tal virtud, le IMPUSIERON VEINTICINCO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD, que computada desde el siete de noviembre de dos mil cinco en que fue privado de su libertad en Chile atendiendo a la solicitud de extradición hasta el dieciocho de junio de dos mil seis en que obtuvo libertad bajo fianza, y desde el veintidós de septiembre de dos mil siete en que fue puesto a disposición de este Tribunal vencerá el diez de febrero de dos mil treinta y dos”; en la Parte III, del CAPÍTULO III, sobre la DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA, **en el considerando 756°.10**, se indica:

*“10. LA CONFESIÓN SINCERA ANTES DE HABER SIDO DESCUBIERTO. Esta circunstancia valora un acto de arrepentimiento posterior al delito. Con ello se expresa la voluntad del agente de*

*hacerse responsable por el ilícito cometido y de asumir plenamente las consecuencias jurídicas que de ello derivan. Esta actitud se destaca en favor del agente, pues, con ella, se rechaza la frecuente conducta posterior al hecho punible y que se suele orientar hacia el aseguramiento y la impunidad del infractor. Al respecto, la doctrina elaborada en base a esta circunstancia ha afirmado, desde la vigencia del Código anterior, que: “Hay diferencia notable en el delincuente que huye después de consumado el delito, del que se presenta voluntariamente a las autoridades para confesar. Este último muestra arrepentimiento, o por lo menos, asume su responsabilidad, lógicamente la atenuante es procedente; de suerte que no puede favorecerse al delincuente que huye, y regresa después acompañado de su abogado”<sup>1181</sup>. Además, se advierte con tal actitud “...falta de necesidad de una pena más grave con fines de prevención o reestabilización”. Ahora bien, **es de recordar que actualmente el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales también considera a la confesión sincera, siempre que se de en sede judicial, como una atenuante privilegiada** que posibilita imponer una pena concreta por debajo del mínimo legal. No obstante, la circunstancia del artículo 46° del Código Penal, que aquí se analiza, es diferente de aquella en tanto que sólo equivale a una autodenuncia. De allí, pues, que por su menor eficacia procesal y probatoria, la ley le conceda únicamente la condición y efectos de una circunstancia genérica”-el resaltado y subrayado es nuestro.*

De lo expuesto, tenemos que los vocales supremos de la citada Sala Especial que juzgó a un ex presidente del Perú, atendiendo a que el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, que regula el efecto que se produce al participar la acción de “confesión sincera”, en su último párrafo, prescribe que:

*“La confesión sincera debidamente comprobada puede ser considerada para rebajar la pena del confeso **a límites inferiores al mínimo legal**, salvo que se trate de los delitos de secuestro y*

*extorsión, previstos en los artículos 152 y 200 del Código Penal, respectivamente, en cuyo caso no opera la reducción.”*

De ello se tiene que:

Se alude a dicha institución procesal (confesión sincera), dado que bien pueda utilizarse con el fin de reducir la cuantificación de la sanción hacia el nivel más bajo establecido en el ordenamiento jurídico, por lo mismo se considera como una atenuante privilegiada; de lo que se desprende que si utilizamos el mismo criterio aplicado al Nuevo Código Procesal Penal, tendríamos que todas las instituciones adjetivas o sustantivas, que estipulen que la pena se puede rebajar hasta el límite inferior que se ha considerado en la estructura punitiva, podrían considerarse como atenuantes privilegiadas, verbigracia la responsabilidad restringida, prevista en el artículo 21° del Código Penal.

#### **2.4. La aplicación de las atenuantes privilegiadas en el Código Penal desde la jurisprudencia.**

La Corte Suprema de Justicia de la República de la Sala Penal Permanente, en la Casación N° 626-2013/ Moquegua:

*“Trigésimo primero. El artículo cuarenta y cinco - A del Código Penal, adicionado por la Ley número treinta mil setenta y seis, establece que la pena se aplica por tercios, inferior, intermedio y superior; será sobre la base de tres factores: a) Circunstancia generales atenuantes y agravantes, establecidos en el artículo cuarenta y seis, incisos uno y dos, incorporado por la Ley citada. b) Causales de disminución o agravación de la punición, siendo las primeras el error de prohibición vencible (artículo catorce del Código Penal), error de prohibición culturalmente condicionada vencible (artículo quince del Código Penal), tentativa (artículo dieciséis del Código Penal), responsabilidad restringida de eximentes imperfecta de responsabilidad penal (artículo veintiuno del Código Penal), responsabilidad restringida por la edad*



(artículo veintidós del Código Penal), complicidad secundaria (artículo veinticinco del Código Penal), y los segundos agravante por condición del sujeto activo (artículo cuarenta y seis-A del Código Penal), reincidencia (artículo cuarenta y seis-B del Código Penal), habitualidad (artículo cuarenta y seis-C del Código Penal)[9], uso de inimputables para cometer delitos (artículo cuarenta y seis-D del Código Penal), concurso ideal de delitos (artículo cuarenta y ocho del Código Penal), delito masa (artículo cuarenta y nueve del Código Penal), concurso real de delitos (artículo cincuenta del Código Penal), concurso real retrospectivo (artículo cincuenta y uno del Código Penal). Asimismo, se debe tener en cuenta la regla establecida en el artículo cuarenta y cinco del Código Penal y las fórmulas de derecho premial, como confesión, terminación anticipada del proceso, conformidad del acusado con la acusación y colaboración eficaz. Este listado no es taxativo, por lo que el Juez puede fundarse en otra circunstancia que modifique la pena, siempre que lo justifique en la resolución.

Al respecto de citada la casación, a opinión personal, se puede observar: **primero, que queda descartado que :** “el error de prohibición vencible (artículo catorce del Código Penal), error de prohibición culturalmente condicionada vencible (artículo quince del Código Penal), tentativa (artículo dieciséis del Código Penal), responsabilidad restringida de eximentes imperfecta de responsabilidad penal (artículo veintiuno del Código Penal), responsabilidad restringida por la edad (artículo veintidós del Código Penal), complicidad secundaria (artículo veinticinco del Código Penal) puedan ser acogidas como atenuantes genéricas pues éstas solo se circunscriben a lo regulado en el inciso 1) del artículo 46° del Código Penal y **segundo** que si bien la Corte Suprema alude a éstas, al señalarlas en tanto causal que disminuye la determinación de la sanción, **no hace más que incidir a aquellas como atenuantes privilegiadas**, además que respecto a la punibilidad no podemos hablar de disminución o aumento de

la punibilidad, pues la punibilidad se constriñe a verificar si el hecho es punible o no”.

### **III. Causales de disminución o incremento de la punibilidad.**

Sobre este punto tenemos la duda, si las causales de disminución o incremento de punibilidad **son circunstancias atenuantes o agravantes**. Algunos consideran que sean incorrectas las referencias a una eficacia atenuante para los casos de la omisión impropia o de los errores de prohibición vencibles que se consignan en los artículos 13°, 14° y 15° del Código Penal. En efecto, las causales de disminución o incremento de punibilidad no son externas al delito como lo son las circunstancias, sino, por el contrario, intrínsecas a él como a su presencia plural (concursos de delitos); o la exclusión parcial de sus componentes o categorías sistemáticas (tipicidad, antijuricidad o culpabilidad); o a su imperfecta realización material; así como al grado menor de intervención de las personas en su ejecución. De allí que el legislador aluda con frecuencia a que su efecto es “disminuir prudencialmente la pena” o “incrementarse esta” (cfr. artículos 16°, 21° y 48° del Código Penal) no atenuarla o agravarla. Similar consecuencia se consigna en el Proyecto de Ley del Nuevo Código Penal de 2014 al tratarse de la tentativa acabada en el artículo 23°. 3: “En la tentativa acabada el juez disminuye prudencialmente la pena, respecto de la que hubiese correspondido si se hubiese consumado”. De allí, pues, que resulte inadecuada y dogmáticamente errada la referencia que formula el artículo 2° inciso c) del Código Procesal Penal, vinculado al principio de oportunidad. Según dicha norma: *“Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14°, 15°, 16°, 18°, 21°, 22°, 25° y 46° del Código Penal...”*. En la legislación nacional y extranjera se otorga tal condición y eficacia a los siguientes casos:

- La tentativa
- Las eximentes imperfectas
- La complicidad secundaria
- El delito continuado y delito masa
- El concurso ideal de delitos
- El concurso real de delitos

Ahora bien, la justificación de sus efectos de disminución o incremento sobre la punibilidad guardan conexión directa con la observancia y eficacia formal y material del principio de lesividad. Esto es, si la pena conminada o penalidad expresan la valoración de la capacidad dañosa que tiene cada delito, su extensión deberá verse disminuida o incrementada cuando aquella sea menor (tentativa, complicidad secundaria) o se potencie (concurso ideal o real de delitos). Cabe anotar que en el derecho penal comparado la presencia de estas causales de disminución o incremento de punibilidad dan lugar a la configuración nominal de escalas tasadas o porcentuales, pero siempre especiales, de punibilidad. Ese es el caso ya mencionado de la tentativa en el derecho penal colombiano o de las eximentes imperfectas en el derecho penal español. En cambio, en la legislación peruana solo se alude a una disminución discrecional y razonable (“prudencialmente”) de la penalidad conminada para el delito, pero que siempre deberá operar por debajo de su extremo inicial (“hasta límites inferiores al mínimo legal”) y cuyo límite final será en principio la pena concreta que fije el órgano jurisdiccional de modo discrecional, pero observando la proporcionalidad adecuada al caso. Únicamente, en el caso del concurso real de delitos, el derecho penal nacional incluye un esquema propio de incremento de la punibilidad basado en el principio de acumulación (cfr. artículo 50° del Código Penal). Debe precisarse que sobre este punto lo escrito es fuente doctrinaria, que comparta dicho criterio o no será parte de mi análisis en un capítulo posterior.

#### **IV. Reglas de reducción por bonificación procesal.**

Sobre el particular, se debe indicar que la bonificación procesal alude a la recompensas o premios que icide en la pena penal fina o concreta reduciendo porcentualmente su extensión. Se justifica su aplicación en mérito a que **simplifica la actividad procesal que ordinariamente demanda el caso o de un comportamiento proactivo de colaboración con la administración de justicia que realiza el partcipe o autor de un tipo penal**. En consecuencia, su ubicación normativa se detecta siempre en la norma sustantiva o adjetiva. En nuestra legislación nacional y comparada, son consideradas reglas de reducción o bonificación procesa! los siguientes supuestos:

La confesión sincera

La terminación anticipada del proceso

La colaboración eficaz

La conclusión anticipada de la audiencia o conformidad

A diferencia de las circunstancias atenuantes o de las causales de disminución o incremento de punibilidad, las **reglas de reducción por bonificación procesal** no están vinculadas a juicios de valor propios del procedimiento de individualización de la pena ni a la verificación de defectos de estructura o realización del tipo penal. Estas más bién tienen el carácter complementario.

Así respecto a un tercero imparcial, toda vez que es nulo el razonamiento o valoración respecto a si resulta eficaz, puesto que es aplicada en función de la presencia o existencia del presupuesto que establece la regla. Asimismo, el efecto premial respecto de la pena final o concreta no puede sobrepasar nunca el límite legal fijado (un sétimo, un tercio, etc.).

## **V. Esquema operativo para los casos de causales de disminución de punibilidad.**

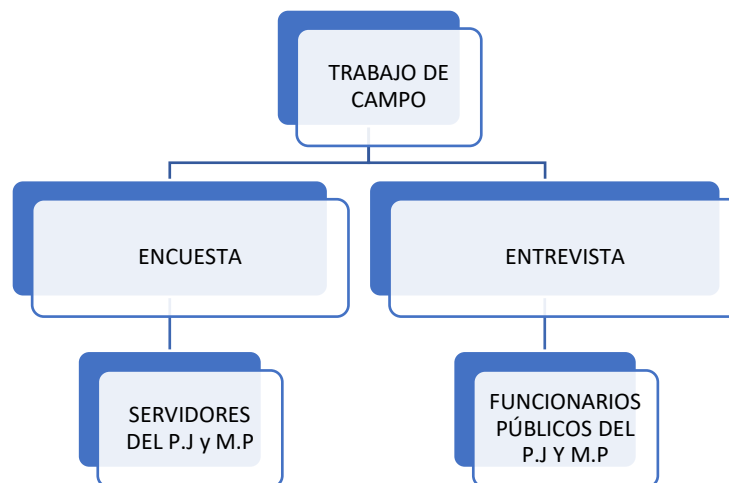
Este esquema solo comprende dos operaciones. La **primera** se concreta a ubicar la posibilidad punitiva siempre en un punto inmediato inferior al que corresponde al límite mínimo de la penalidad conminada para el delito correspondiente. Ello debido a que dicho mínimo legal identifica el límite menor de punibilidad que fija la ley para un delito perfectamente realizado (consumado o sin la concurrencia de causales plenas o imperfectas de exención de responsabilidad como las reguladas por los artículos 20°, 21° o 22° del Código Penal) así como para su autor, coautor, autor mediano o partícipes punitivamente equivalentes (condición que atribuyen los artículos 24° y 25° *ab initio* al instigador y al cómplice primario, respectivamente). El **segundo** paso a seguir implica una degradación punitiva, **siempre en línea descendente**, la que tendrá como único límite la proporcionalidad de una lectura razonable y prudente del suceso táctico, de sus dimensiones antijurídicas (por ejemplo tentativa inacabada o acabada u omisión impropia), así como de los niveles de intervención de las personas implicadas. Se trata, entonces, de aplicar una escala discrecional que el juez recorrerá a su libre, pero razonable arbitrio y que debe alcanzar una justificación solvente del resultado punitivo como principal garantía de representar una pena justa.

## **CAPITULO IV**

### **ANÁLISIS Y RESULTADOS**

#### **I. - Descripción del trabajo de campo realizado.**

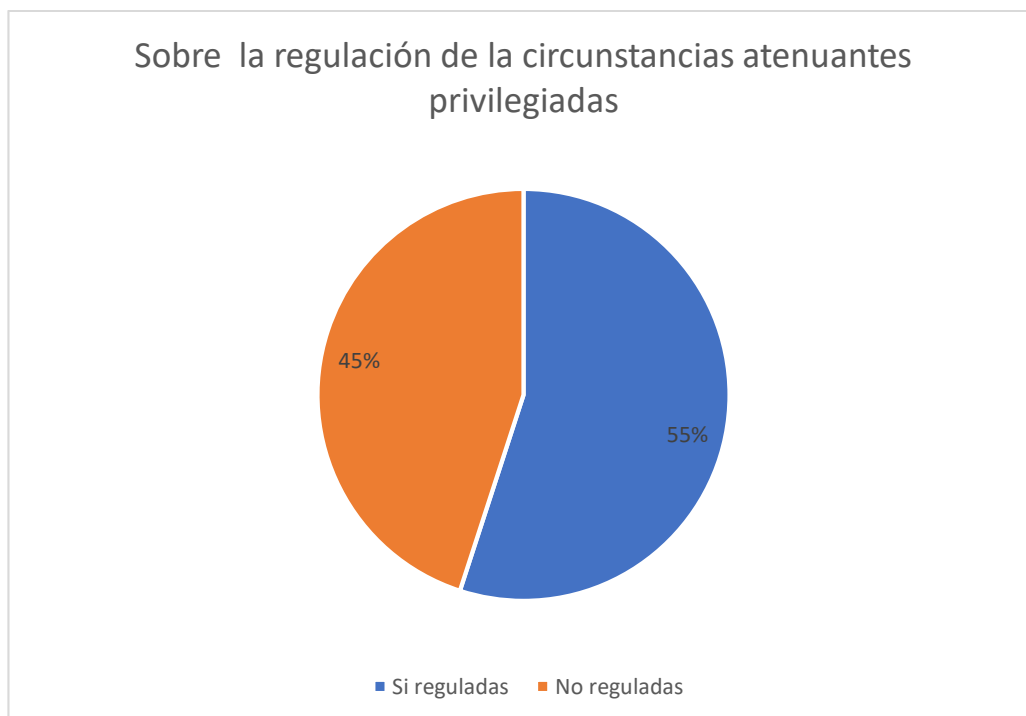
Sobre la base de mi tema de tesis, para su mejor desarrollo y análisis, el suscrito también ha realizado, un trabajo de campo, consistente: **[1]** en la toma de **encuestas** a servidores públicos tanto del Distrito Judicial como del Distrito Fiscal de Moyobamba y **[2]** en la realización de **entrevista** a los funcionarios públicos del Poder Judicial y del Ministerio Público de Moyobamba, indistintamente sean jueces y fiscales de los diferentes niveles, respectivamente.



### 1.1. Toma de encuestas a servidores públicos.

Para el presente trabajo de investigación, el suscrito realizó una encuesta con la finalidad de pretender conocer el criterio que se tiene acerca de la institución jurídica de la Individualización de la Pena en cuanto a la aplicación de las circunstancias atenuantes privilegiadas, respecto de su regulación e identificación y sobre el cuantúm de la pena a imponer, motivo por el cual **visité a veinte (20) servidores públicos de la Corte Superior de Justicia de San Martín del Distrito Judicial del Moyobamba**, entre ellos **asistentes jurisdiccionales, especialistas de juzgado y especialistas de audiencias y veinte (20) servidores públicos del Ministerio Público de San Martín del Distrito Fiscal de Moyobamba**, todos ellos en su condición de **Asistentes en Función Fiscal**; precisando que el suscrito se ha remitido a dicho punto geográfico (Moyobamba) en razón que el suscrito labora en calidad de Asistente en Función Fiscal en la ciudad de Moyobamba. Bajo esa arista, a continuación pasamos a plasmar los resultados que se obtuvo de las **cuarenta (40) personas encuestadas (servidores públicos)**.

**1.1.1. ¿Considera usted que el Código Penal regula la existencia de atenuantes privilegiadas?**



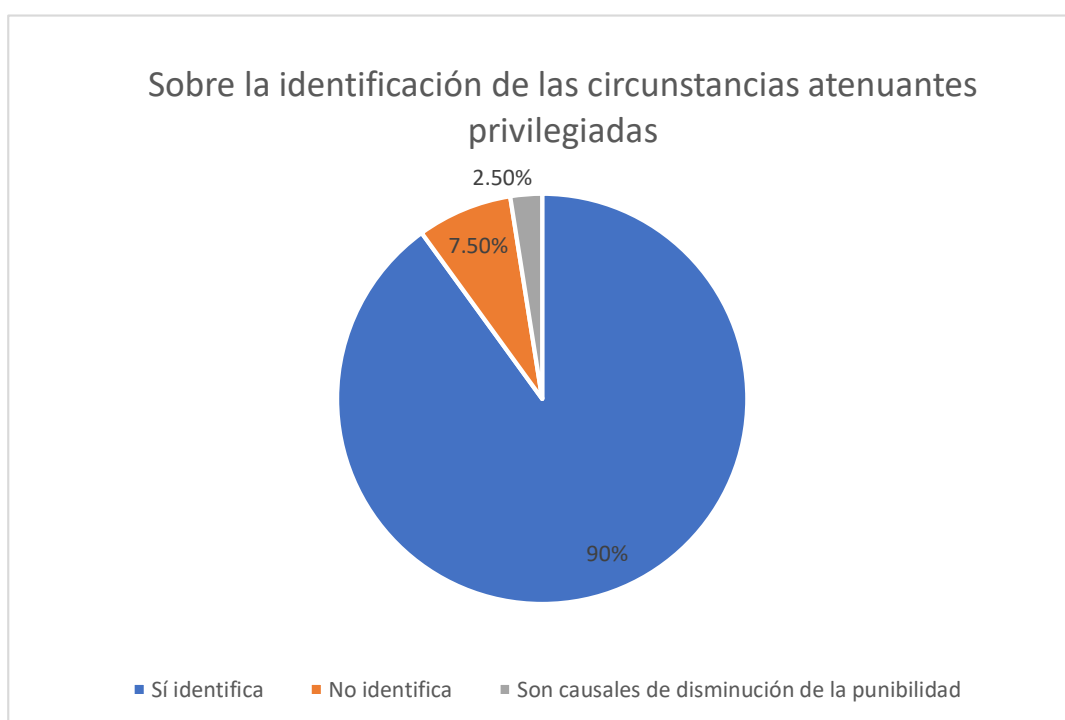
Del gráfico que se muestra, se verifica que el 55% (que hacen la cantidad de veintidós servidores públicos) que son la mayor parte, sí consideran que las circunstancias atenuantes privilegiadas se encuentran reguladas en nuestro Código Penal, mientras que el 45% (que hacen la cantidad de dieciocho servidores públicos) que son la menor parte, no consideran que dichas circunstancias atenuantes privilegiadas se encuentren reguladas en nuestro citado Código Sustantivo.

**1.1.2. Sobre la identificación de las atenuantes privilegiadas.**

Respecto de este punto, cabe señalar que en la encuesta que se realizó a los servidores públicos, se colocó tres



alternativas: **la primera** identificando algunas posibles circunstancias atenuantes privilegiadas (tentativa, responsabilidad restringida entre otras); la **segunda opción** fue ninguna de las anteriores y la **tercera alternativa** era que las posibles circunstancias atenuantes privilegiadas mencionadas en la primera alternativa, son catalogadas como causales de disminución de la pena, obteniendo los siguientes resultados:

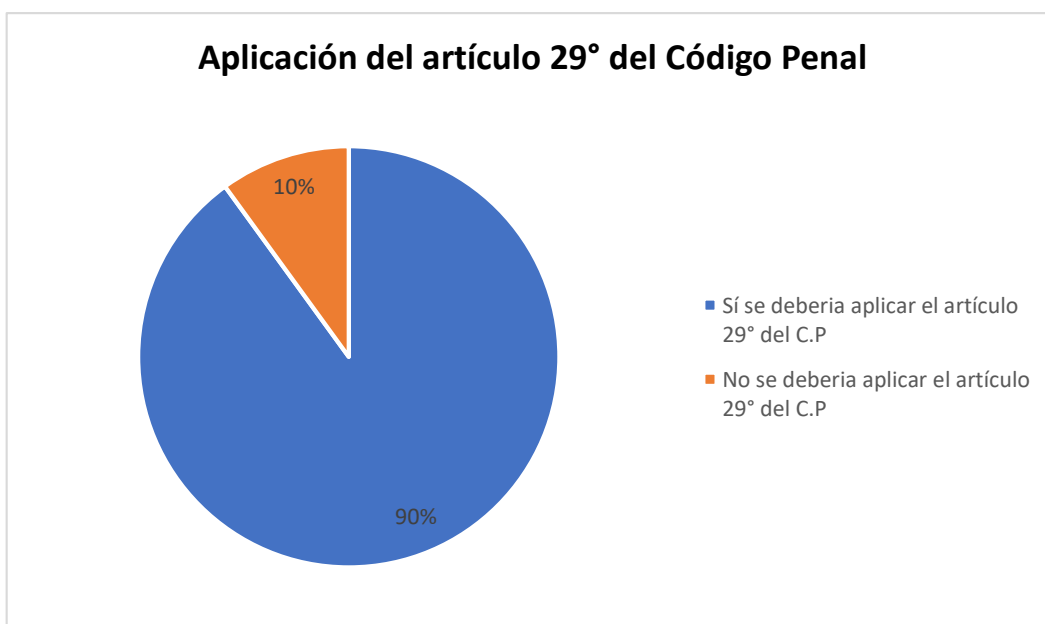


Del gráfico que se detalla, se tiene **por un lado**, que el 90% (que hacen la cantidad de treinta y seis servidores públicos) que son la gran mayor parte, sí identifica posibles circunstancias atenuantes privilegiadas, siendo que **por otra parte**, sólo el 7.5% (que hacen la cantidad de tres servidores públicos) que son la menor parte, no las identifica, motivo por el cual marcaron la opción ninguna de las anteriores y **finalmente** el 2.5% (que hace la cantidad

de un servidor público) considera que las posibles circunstancias atenuantes privilegiadas mencionadas en la primera alternativa antes citadas, son catalogadas como causales de disminución de la pena.

### **1.1.3. Individualización de la pena ante la presencia de atenuantes privilegiadas – límite inferior y forma de cuantificación.**

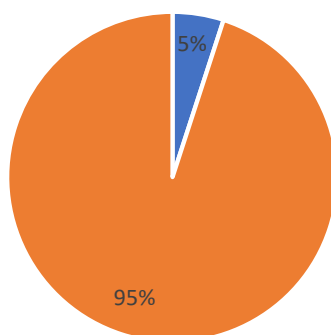
En relación a este punto, en la encuesta, atendiendo que el artículo 45-A.3 del Código Penal regula que ante el caso de la concurrencia de atenuantes privilegiadas la pena final o concreta se determina por debajo del tercio inferior, pero ello no determina el procedimiento a determinar la pena, se planteó en la encuesta como alternativa para dar solución a ello, que el límite inferior sería con la aplicación del artículo 29° del Código Penal (que regula que pena mínima es de dos días y la máxima de treinta y cinco años), obteniendo el siguiente resultado:



Del cuadro UT SUPRA se advierte que el 90% (que hacen la cantidad de treinta y seis servidores públicos) que son la gran mayoría, sí consideran como solución para determinar como límite mínimo, la aplicación del artículo 29° del Código Penal, es decir que sea de dos días y tan sólo el 10% (que hacen la cantidad de cuatro servidores públicos) no consideran la aplicación del indicado artículo (29° del C.P).

Finalmente habiéndose encuestado sobre el límite inferior de la pena ante la concurrencia de las circunstancias atenuantes privilegiadas, dentro del posible nuevo marco normativo, quedaría por establecer como se determinaría aquella pena, motivo por el cual se planteó en la indicada encuesta dos alternativas: **una**, la disminución en un tercio por cada atenuante privilegiada y **otra**, la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, obteniendo los siguientes resultados:

#### Propuestas para determinar la pena en caso de concurrencia de atenuantes privilegiadas



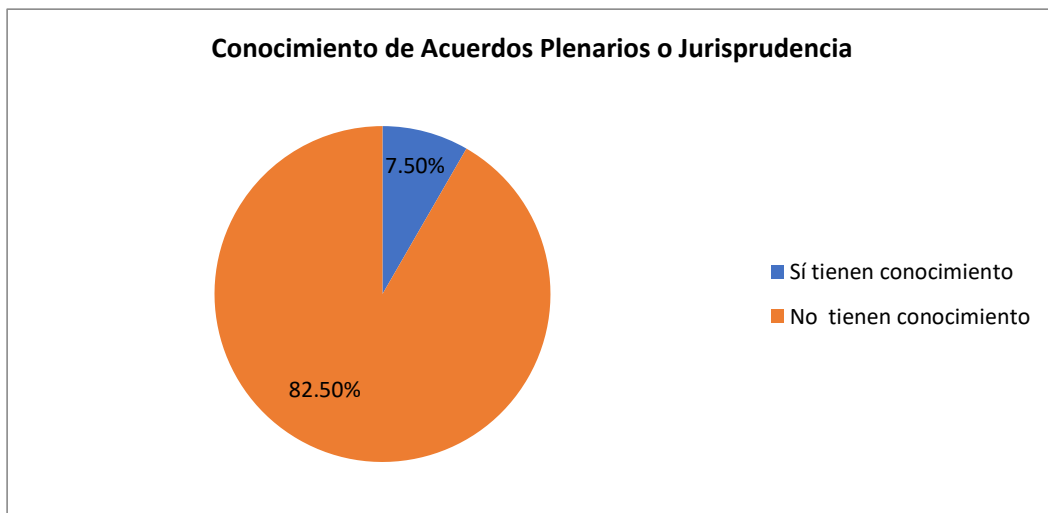
■ Si disminución en un tercio por cada atenuante.

■ se aplican los principio de razonabilidad y proporcionalidad

Del cuadro, se advierte que el 95% (que hacen la cantidad de treinta y ocho servidores públicos) que son la gran mayoría, sí consideran que, con la intención de establecer una adecuada determinación de la sanción, se tendrá que aplicar tanto el principio de proporcionalidad cuanto el de razonabilidad por parte del juez y tan sólo el 5% (que hacen la cantidad de dos servidores públicos) consideran que se debe disminuir por 1/3 respecto de cada condición de atenuación privilegiada concurrente.

**1.1.4. Sobre el conocimiento de algún Acuerdo Plenario o jurisprudencia que se haya pronunciado específicamente en cuanto a las circunstancias atenuantes privilegiadas.**

Sobre este punto, en la encuesta realizada a los servidores públicos del Poder Judicial y del Ministerio Público, se plantearon dos opciones **una**, sí conocían de algún Acuerdo Plenario o Jurisprudencia que se pronunciara sobre las circunstancias atenuantes privilegiadas, en cuanto a su margen más bajo, además de la cuantificación que determina la sanción , entre tanto que: el desconocimiento de la misma, obteniéndose los siguientes resultados:



Del gráfico que se muestra, se advierte que el 82.50% (que hacen la cantidad de treinta y tres servidores públicos) que son la gran mayoría, no tienen conocimiento de algún Acuerdo Plenario o Jurisprudencia que nos remita al tema de tesis y tan sólo el 7.50% (que hacen la cantidad de siete servidores públicos) sí conocen, mencionando un Pleno Jurisdiccional de Apurímac y una Casación de Arequipa o marcando la opción que sí conocen, pero no las señalan.

#### **1.2. Realización de entrevista a funcionarios públicos del Poder Judicial y del Ministerio Público.**

Otra forma de investigar que ha empleado el suscrito, con la finalidad de obtener mayor información, que me permita encontrar respuesta a mi problema planteado en la presente tesis, es realizar de forma directa y personal una entrevista a los operadores jurídicos, con el objeto de conocer si en su calidad de jueces o fiscales, identifican una o varias atenuantes privilegiadas y por otro lado en el supuesto de identificarlas, ¿Cuál es el límite mínimo por debajo de la sanción o pena, que consideran ante la presencia de las atenuantes privilegiadas? y ¿Cómo determinaría la pena concreta?. Es por ello que, con el fin de conocer un poco más sobre

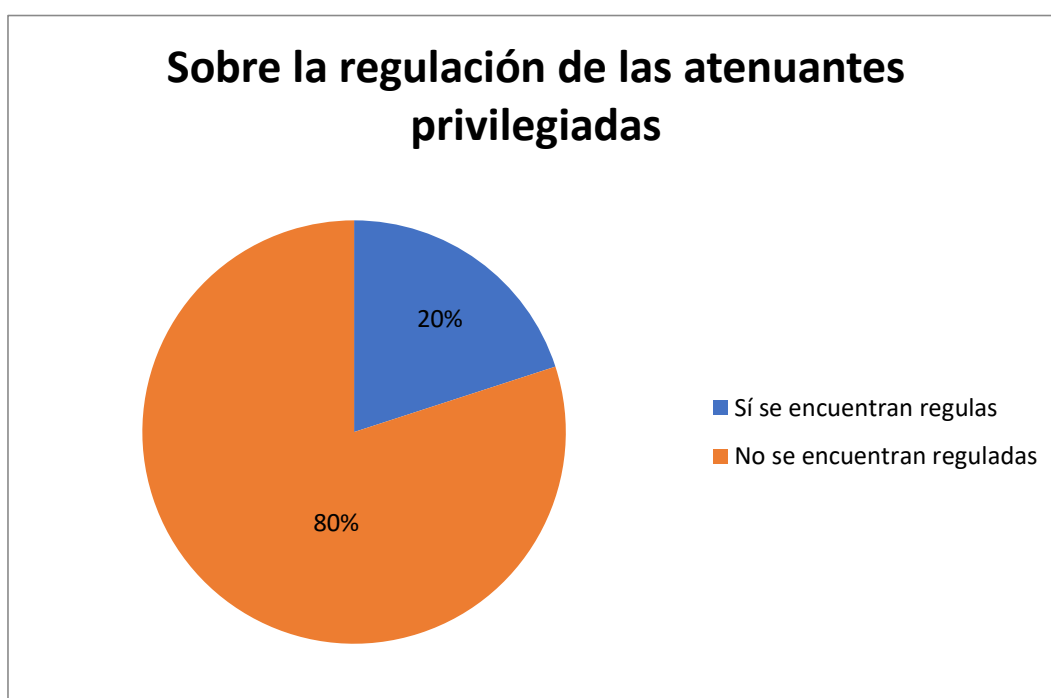
esta institución jurídica es preciso recurrir a las experiencias y los conocimientos adquiridos por los magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público. En ese sentido, atendiendo a que el optante, labora en el Distrito Fiscal de Moyobamba, he logrado: **[1]** recoger la opinión o criterios de los seis fiscales integrantes de la Primera y Segunda Fiscalía Superior de San Martín con sede en Moyobamba y de dos Fiscales Provinciales del mismo distrito fiscal y **[2]** asimismo he logrado recoger el criterio de todos los jueces de Investigación Preparatoria, de los jueces del Juzgado Unipersonal y dos de los Jueces Superiores que integran la Sala Superior de la Corte Superior de Justicia de San Martín – Moyobamba, siendo que todos los formatos de entrevista que se realizó a dichos operadores jurisdiccionales, se encuentran adjuntados como anexos en la presente tesis de investigación; debiendo precisarse para tal fin, los datos de los entrevistados, son conforme al siguiente cuadro que detallamos:

<b>SEDE INSTITUCIONAL</b>	<b>NOMBRE DEL MAGISTRADO</b>	<b>CARGO</b>	<b>ÓRGANO</b>
<b>PODER JUDICIAL</b>	Juan Carlos Paredes Bardales	Juez Superior (T)	Sala Penal de Apelaciones de Moyobamba
	Rigoberto Campos Salazar	Juez Superior (P)	
	William Suárez Zelada	Juez Penal (T)	Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Moyobamba
	Manuel Ricardo Sotelo Jiménez	Juez Penal (T)	Tercer Juzgado Penal Unipersonal de Moyobamba
	Andrés Loli Sánchez	Juez Penal (T)	Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Moyobamba
	Miguel Armando Quevedo Melgarejo	Juez (T)	Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Moyobamba
	José Luis Rosales Torres	Juez (T)	Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Moyobamba
<b>MINISTERIO PÚBLICO</b>	Jorge Eduardo Vergara Villanueva	Fiscal Superior (T)	Primera Fiscalía Superior Penal de Moyobamba
	Karin Charre Gonzales	Fiscal Adjunta Superior	

		(T)	
	Lourdes Yolanda Zegarra Miranda	Fiscal Adjunta Superior (P)	
	Segundo Máximo Larios Perleche	Fiscal Adjunto Superior (T)	Seguda Fiscalía Superior Penal de Moyobamba
	Patricia Gutiérrez Merino	Fiscal Adjunta Superior (P)	
	Giannino Enmanuel Bendeزú Tudela	Fiscal Adjunto Superior (T)	
	Walter Eladio Peña Aguirre	Fiscal Adjunto Provincial (T)	Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Moyoamba
	Kathian Eliana Sales Calderón	Fiscal Adjunta Provincial (P)	

Estando a lo descrito, a continuación, pasamos a plasmar los resultados que se obtuvieron de la entrevista recepcionada de los **quince (15) magistrados** (funcionarios públicos del Poder Judicial y Ministerio Público).

#### 1.2.1. Sobre la regulación de las circunstancias atenuantes privilegiadas en el Código Penal.



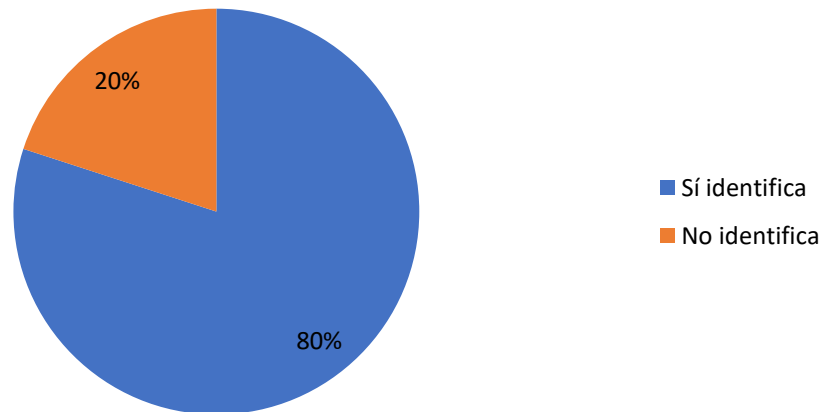
Del gráfico que se muestra, se verifica que el 80% (que hacen la cantidad de doce funcionarios públicos) que son la mayor parte, no consideran que las circunstancias atenuantes privilegiadas se encuentran reguladas en nuestro Código Penal, mientras que sólo el 20% (que hacen la cantidad de tres funcionarios públicos) que son la parte minoritaria, sí consideran que dichas circunstancias atenuantes privilegiadas se encuentren reguladas en nuestro citado Código Sustantivo.

#### **1.2.2. Sobre la identificación de las atenuantes privilegiadas.**

Respecto de este punto, cabe señalar que en la entrevista que se realizó a los funcionarios públicos, hubo algunos de ellos que identificaron algunas posibles circunstancias atenuantes privilegiadas (tentativa, responsabilidad restringida, error de comprensión culturalmente condicionado, error de prohibición, eximentes imperfectas, la complicidad secundaria, excusas absolutorias); mientras que otros no identificaron a ninguna de las mencionadas, obteniéndose los siguientes resultados:



### Sobre la identificación de las circunstancias atenuantes privilegiadas

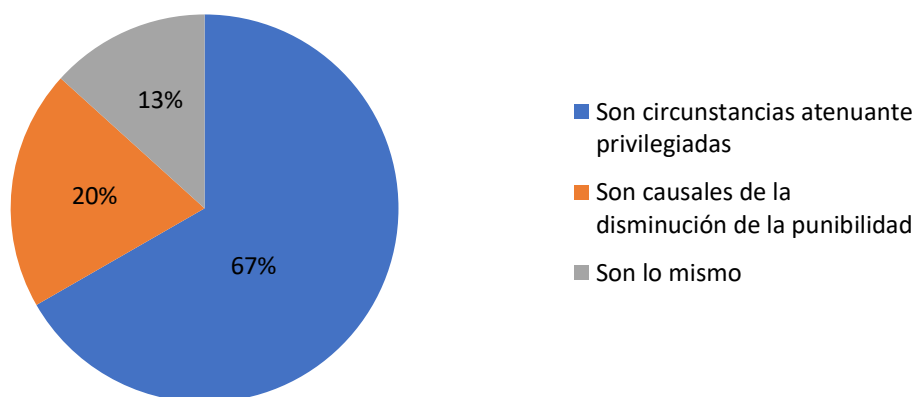


Del gráfico que se detalla, se tiene, **por un lado**, que el 80% (que hacen la cantidad de doce funcionarios públicos) que son la gran mayor parte, sí identifica posibles circunstancias atenuantes privilegiadas, siendo que, **por otra parte**, sólo el 20% (que hacen la cantidad de tres funcionarios públicos) que son la menor parte, no las identifica; en consecuencia, de ello se destaca que para los funcionarios públicos sí existen tales circunstancias.

#### 1.2.3. Naturaleza: son circunstancias o causales de la disminución de la punibilidad.

En atención a que sobre las posibles atenuantes privilegiadas, existe una posición doctrinaria, que considera que tales circunstancias no tienen dicha condición, sino que son condiciones para que se pueda disminuir el ámbito punitivo; preguntando a dichos magistrados respecto de tal posición doctrinaria, obteniendo los siguientes resultados:

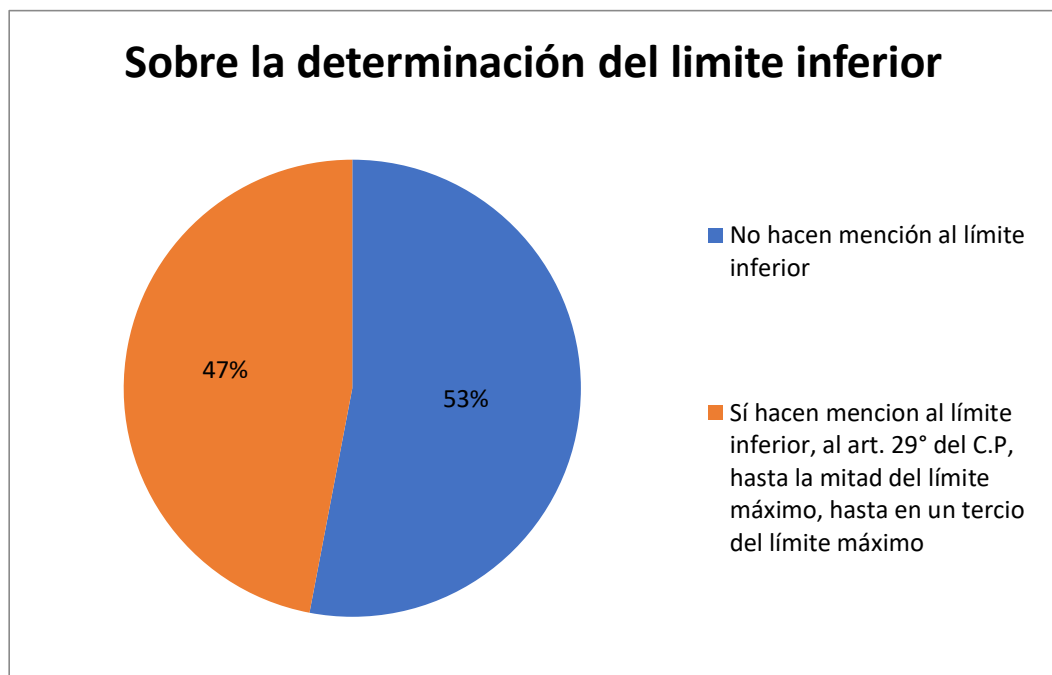
### Naturaleza: Circunstancias atenuantes privilegiadas o causales de la disminución de la punibilidad



Del gráfico que se detalla, se tiene **por un lado**, que el 67% (que hacen la cantidad de diez funcionarios públicos) que son la gran mayor parte, no comparte dicha posición de ser condiciones que sirvan para lograr reducir el ámbito de punición, luego de **otra parte**, se verifica un 20% (que hacen la cantidad de tres funcionarios públicos) consideran que dicha circunstancias no tienen tal condición sino de ser condiciones para se disminuya la punición; **finalmente** se observa un 13.30% (que hacen la cantidad de dos funcionarios públicos) considera que las posibles condiciones que atenúen así como causal para disminuir son lo mismo.

#### 1.2.4. Individualización de la pena ante la presencia de atenuantes privilegiadas – límite inferior y forma de cuantificación.

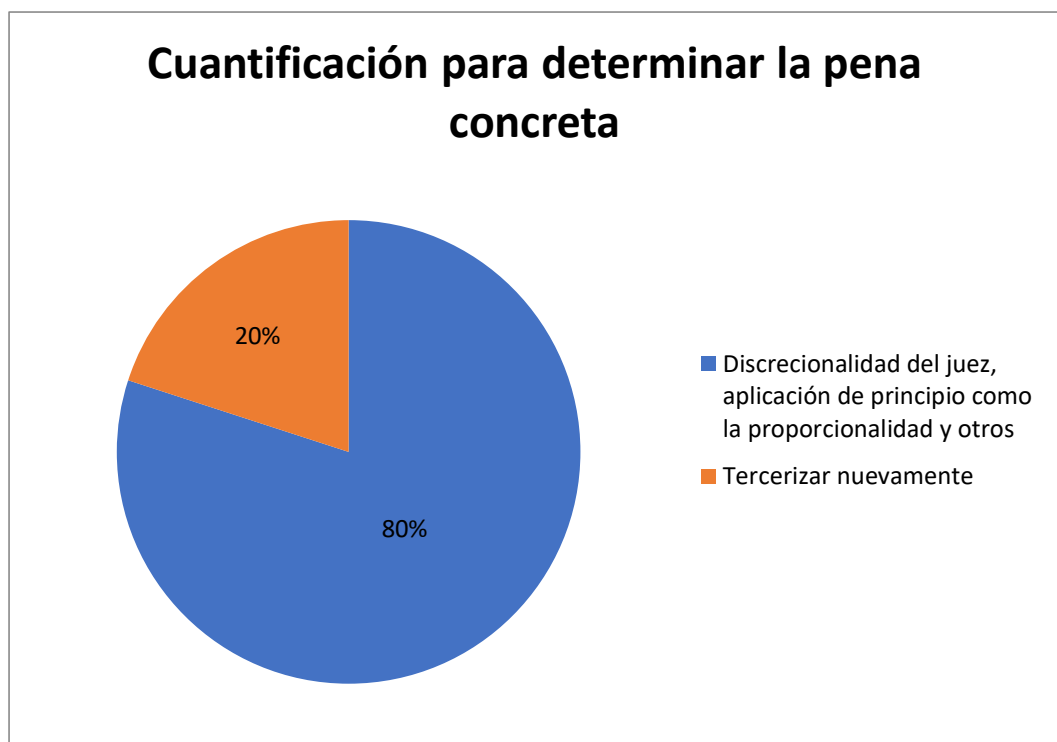
En relación a este punto, en la entrevista, conforme ya se ha señalado, el suscrito, con motivo del artículo 45-A.3 del Código Penal que regula que ante el caso de la concurrencia de atenuantes privilegiadas la pena final o concreta se impone por debajo del tercio inferior, pero que sin embargo no determina el procedimiento a determinar la pena, se les interrogó a los funcionarios públicos sobre dicha duda, siendo que **algunos de ellos** proponían como alternativa para dar solución a ello, que el límite inferior sería con la aplicación del artículo 29° del Código Penal (que regula que pena mínima es de dos días y la máxima de treinta y cinco años), otros que el límite mínimo sería la mitad del límite máximo o la tercera parte también del límite máximo y otros no proponen ningún tipo de límite inferior; obteniendo el siguiente resultado:



Del cuadro UT SUPRA se advierte que el 47% (que hacen la cantidad de siete funcionarios públicos), consideran como solución para determinar el límite mínimo, la aplicación del

artículo 29° del Código Penal, es decir que sea de dos días o que el límite mínimo sería la mitad del límite máximo o la tercera parte también del límite máximo y el 53% (que hacen la cantidad de ocho funcionarios públicos) no hacen mención o no proponen un límite inferior.

Finalmente habiéndose interrogado a los entrevistados sobre el límite inferior de la pena frente a lo que se conoce como presencia de condiciones que atenúan de manera privilegiada dentro del posible nuevo marco normativo, quedaría por establecer como se determinaría aquella pena concreta, ante lo cual algunos de los funcionarios públicos, indicaron que ello quedaría a la discrecionalidad del juez, aplicando los principios de proporcionalidad, razonabilidad, lesividad; mientras que otro grupo propuso generar otro sistema de tercios; obteniéndose los siguientes resultados:



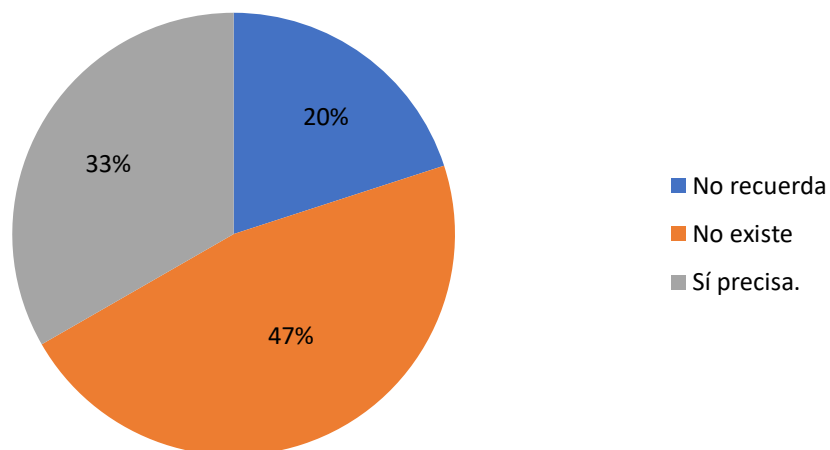
Del cuadro que se muestra, se advierte que el 80% (que

hacen la cantidad de doce entre fiscales y jueces) que son la gran mayoría, consideran que, a efectos de determinar la pena, se debe aplicar la discrecionalidad del juez, en aplicación de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y lesividad y el 20% (que hacen la cantidad de tres funcionarios públicos) consideran que se debería generar un nuevo sistema de tercios.

**1.2.5. Sobre el conocimiento de algún Acuerdo Plenario o jurisprudencia que se haya pronunciado específicamente en cuanto a las circunstancias atenuantes privilegiadas.**

Sobre este punto, en la entrevista realizada a los funcionarios públicos del Poder Judicial y del Ministerio Público, un grupo de ellos respondió que sí conocían de algún Acuerdo Plenario o Jurisprudencia que se pronunciara sobre las circunstancias atenuantes privilegiadas, siendo la más mencionada la Casación N°1083-2017 de Arequipa; otros indicaron que no existe y finalmente algunos señalaron no recordar, obteniéndose los siguientes resultados:

### Conocimiento de algún Acuerdo Plenario o Jurisprudencia



Del gráfico que se muestra, se advierte que el 47% (que hacen la cantidad de siete funcionarios públicos) que son la mayoría, indican que no tienen conocimiento de algún Acuerdo Plenario o Jurisprudencia que nos remita al tema de tesis; el 33% (que hacen la cantidad de cinco funcionarios públicos) sí precisa, incidiendo en la antes citada Casación de Arequipa y finalmente un grupo de tres funcionarios que representan el 20%, resalta que no recuerda jurisprudencia que los remita al tema de entrevista.

## **II.- Descripción y análisis de Resoluciones Judiciales emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la República.**

Al respecto, estando a la regulación del artículo 45-A.3 del Código Penal, que señala que, ante la concurrencia de las circunstancias atenuantes privilegiadas, corresponde determinar la pena concreta por debajo del extremo mínimo de la pena, tenemos que de los

artículos comprendidos de 13° al 25° del Código Penal, sobre la pena a imponer se señala, que se debe rebajar prudencialmente la pena o disminuir por debajo de la pena mínima, conforme se verifica a continuación:

## **2.1. Causales eximentes imperfectas.**

### **2.1.1. Alteración de la Conciencia – Estado de ebriedad**

Sobre esta eximente imperfecta, tenemos que la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, ha emitido el **Recurso de Nulidad N°1778-2016 de Huánuco**, de fecha tres de octubre de dos mil dieciséis, que en su **fundamento sexto**, señala:

**Sexto:** *Que el hecho de que el imputado presentara “visibles síntomas de ebriedad” no constituye una causal de exención de responsabilidad penal ... En clave de favorabilidad –no consta pericia alcolométrica- sólo podría otorgársele un grado semipleno de ebriedad que permite rebajar la pena por debajo del mínimo legal (concordancia de los artículos 20, inciso 1, y 21 del Código Penal). Así lo ha configurado el Tribunal Superior, tanto más si concurre la tentativa como factor de disminución de pena por debajo del mínimo legal.*

En esa misma línea tenemos el **Recurso de Nulidad N°1268-2018-Lima Norte**, de fecha 24 de octubre de 2018 (**véase fundamento sexto**), que también incide que en caso que se presente un estado evidente de ebriedad (semipleno), la pena se debe reducir por debajo del mínimo legal; en consecuencia se observa que se está aplicando lo regulado por el artículo 45-A.3 del Código Penal.

### 2.1.2. La legítima defensa imperfecta

Sobre el particular, tenemos que la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sala Penal Transitoria, ha expedido el **Recurso de Nulidad N°1358-2011 de Junín**, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil once, que en la **parte in fine del punto I) de su fundamento cuarto, denominado “Análisis”**, señala:

**Cuarto: ANÁLISIS.-** “(...). De modo que su culpabilidad es disminuída..”[1]. Luego, aquella encuentra amparo legal en el artículo veintiuno del Código Penal; conforme al cual “en los casos del artículo veinte [uno de cuyos supuestos es la legítima defensa – inciso tres de este último precepto] cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal”.

Bajo esa misma arista, tenemos que el **R.N N°591-2018-Ayacucho**, del 24 de octubre de 2018 (**véase fundamento 3.2.4**), también señala que en caso se configure la eximente imperfecta de legítima defensa, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal; en consecuencia se observa que se está aplicando lo regulado por el artículo 45-A.3 del Código Penal.

### 2.1.3. La responsabilidad restringida por la edad

Al respecto tenemos, que el día 17 de octubre de 2017 se publicó en el diario oficial El Peruano el **Acuerdo Plenario**



**004-2016/CIJ-116** sobre los alcances de las restricciones legales en materia de **imputabilidad relativa** y confesión sincera, siendo que en la **parte in fine del fundamento noveno**, se señaló:

*9° (...) Por razones de seguridad jurídica, nuestro legislador no solo fijó en dieciocho años la edad mínima para la capacidad de culpabilidad (artículo 20.2 del Código Penal), sino que, además, como un concepto específico, estableció que cuando el agente tenga más de dieciocho años y menos de veintiún años de edad, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción –el sujeto es capaz de comprender el injusto del hecho y de actuar conforme con esa comprensión–, corresponde la reducción prudencial de la pena, la cual –según línea jurisprudencial uniforme– siempre opera del mínimo legal hacia abajo [VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: Derecho Penal. Parte General, Lima, 2006, pp. 606 y 608].*

En relación a ello, bajo los mismos parámetros tenemos **el fundamento quinto del Recurso de Nulidad N°3283-2015-Junín**, de fecha veintidós de febrero del dos mil diecisiete. En este pronunciamiento la Corte Suprema, no solo indica que ante la concurrencia de una imputabilidad restringida se deba imponer una pena por debajo del mínimo (**véase también la Casación N°403-2012-Lambayeque / fundamento 4.5 y Casación N°1057-2017-Cusco / fundamento 3.8**) sino también indica que esta **constituye una atenuante privilegiada**.

#### **2.1.4. La tentativa**

En cuanto a ello, tenemos que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, ha expedido la **Casación N°1083-2017 de Arequipa**, de fecha catorce de agosto de dos mil dieciocho, sumillado como: “DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN DELITOS TENTADO” (véase el punto 4.3), señala:

**“4.3. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN DELITOS TENTADOS”**

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

*- “La legislación penal peruana, aun cuando la parte general referida a las consecuencias jurídicas del delito establece el tratamiento normativo de las atenuantes privilegiadas en las que la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior –literal a del inciso tres del artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal–, no registra expresamente la concurrencia de estas para su aplicación (...)”.*

Al respecto debe señalarse, que dicha Casación, indica taxativamente que dicha institución jurídica, no es una atenuante privilegiada sino una causa de disminución de punibilidad y además deja establecido que las primeras no se encuentran registradas normativamente para su aplicación.

## **CAPITULO V**

### **CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS**

#### **I. La naturaleza de las atenuantes privilegiadas.**

Uno de los cuestionamientos sobre este tema de tesis: “Las atenuantes privilegiadas” gira en torno a determinar si las instituciones reguladas desde el artículo 13° al 25° del Código Penal son circunstancias privilegiadas o causas de disminución de la punibilidad. Sobre el particular, estas dos posiciones contrapuestas tienen los siguientes basamentos

##### **1.1. Causas de disminución o aumento de la punibilidad.**

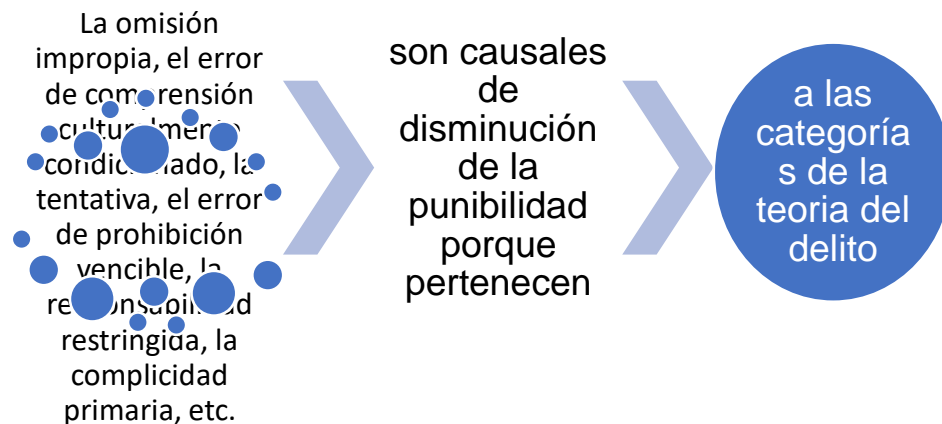
Al respecto, las instituciones reguladas en nuestro Código Penal, como son “la omisión impropia, el error de prohibición vencible, el error de comprensión culturalmente condicionado, la tentativa, la responsabilidad restringida, la complicidad primaria” y todos los conceptos establecidos desde el artículo 13° al 25° del citado Código Sustantivo, son tomadas por un sector no como circunstancias privilegiadas sino como **causas que aumentan o disminuyen la punibilidad**.

**1.1.1. Fundamentos:** En este punto se debe señalar que antes de las modificaciones reguladas por la Ley N°30076, no estaba en cuestión si las indicadas instituciones normativas, entiéndase las establecidas desde el artículo 13° al 25° tenían la naturaleza de ser circunstancias atenuantes privilegiadas, sin embargo ante la modificatoria con la indicada ley que data del 19 de agosto de 2013, la doctrina se ha reposicionado; ahora niega dicha naturaleza y las conceptualiza como causas de disminución o aumento de la punibilidad; bajo ese orden de ideas y adelantándonos al

siguiente punto a tratar tenemos que quienes niegan la regulación normativa de las circunstancias atenuantes privilegiadas, sostienen que no se puede aplicar un nuevo espacio punitivo por debajo del tercio inferior y en consecuencia la pena a imponerse sería dentro de los extremos de la pena básica o en todo caso en un espacio concreto reducido, descartando que esta se podría imponer por debajo del tercio inferior.

Ante tal posición, tenemos que su fundamento, atendiendo a la teoría del delito, son los siguientes:

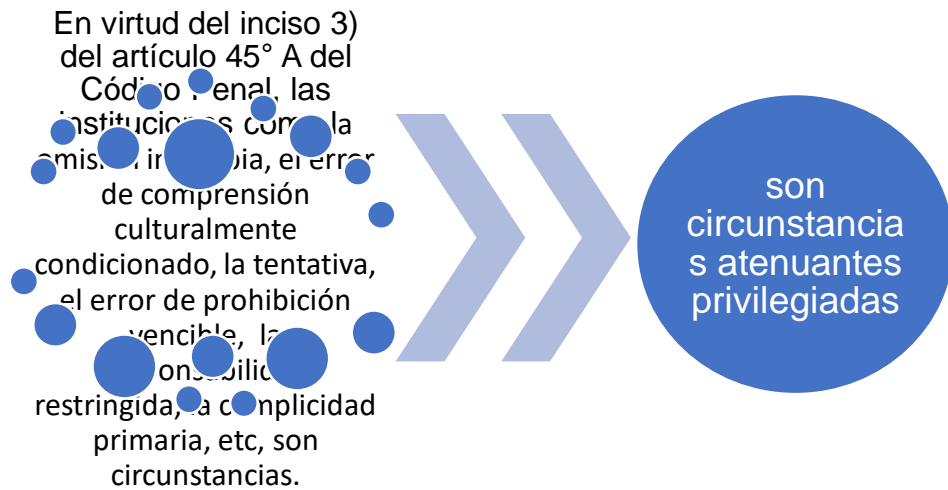
- Las categorías de la teoría del delito no son accidentales.
- Las circunstancias son accidentales.
- Las categorías de la teoría de delito no son circunstancias.
- La omisión impropia, el error de prohibición vencible, el error de comprensión culturalmente condicionado, la tentativa, la responsabilidad restringida, la complicidad primaria, etc, pertenecen a la teoría del delito y por ello no son accidentales.
- Las circunstancias no pertenecen a la teoría del delito y son accidentales.
- La omisión impropia, el error de prohibición vencible, el error de comprensión culturalmente condicionado, la tentativa, la responsabilidad restringida, la complicidad primaria, etc, no son circunstancias.



**1.1.2. Críticas:** El debate deviene en una cuestión meramente nominal, es decir buscar y adecuar un nombre jurídico, pues también tenemos que Roxin considera a la punibilidad como un cuarto estrato analítico, es decir que la conducta no es solo típica, antijurídica y culpable sino también punible, siendo que en la punibilidad se ubican las circunstancias que modifican el injusto. En ese sentido tenemos que las circunstancias pertenecen a la teoría del delito.

## **1.2. Circunstancias atenuantes privilegiadas.**

En forma antagónica los de esta posición, consideran que la omisión impropia, el error de prohibición vencible, el error de comprensión culturalmente condicionado, la tentativa, la responsabilidad restringida, la complicidad primaria y todos los conceptos establecidos desde el artículo 13° al 25° del citado Código Sustantivo **son circunstancias** y que por lo tanto corresponde determinar un nuevo marco por debajo del tercio inferior, ello en virtud del artículo 45°.A.3 del Código Penal y en consecuencia al ser catalogadas como circunstancias hacen menos grave el injusto o disminuyen la culpabilidad; puesto que alegan que una cosa es intentar y otra consumir el delito así como una cosa es ser cómplice secundario y otra ser el autor del delito.

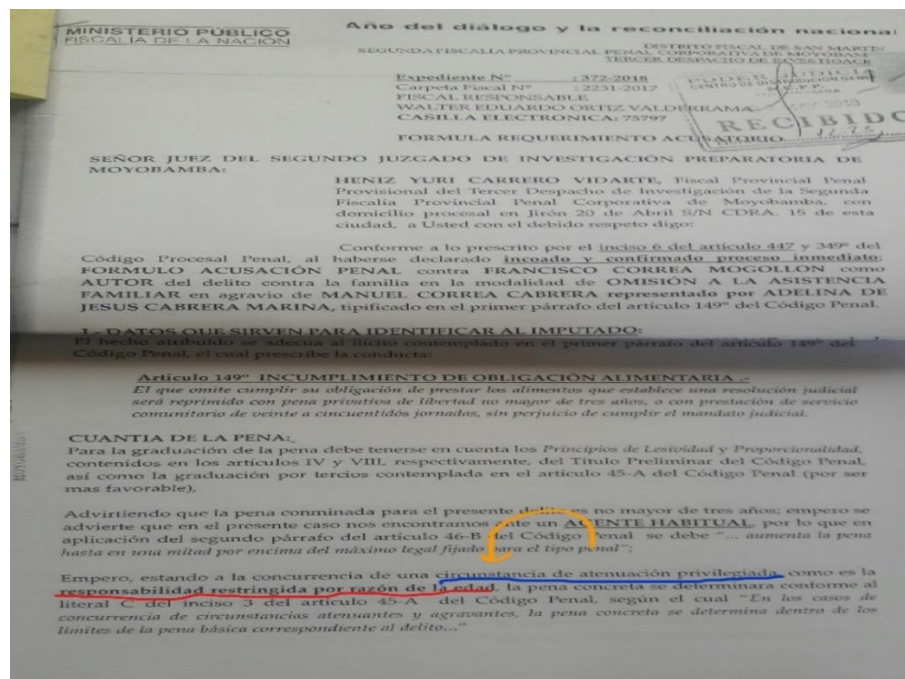


### **1.3. Nominación en pronunciamientos de la Corte Suprema y en los requerimientos acusatorios expedidos por la sede fiscal de Moyobamba.**

- a) De un lado, tenemos que para la presente investigación, se ha llegado a recopilar la cantidad de 06 requerimientos acusatorios expedidos en la sede fiscal de Moyobamba, en los cuales con la finalidad de establecer una determinación adecuada de la sanción, han tenido que cuantificarla atendiendo la concurrencia de las condiciones que atenúan o las causas que permiten disminuir la punibilidad conforme se detalla a continuación:

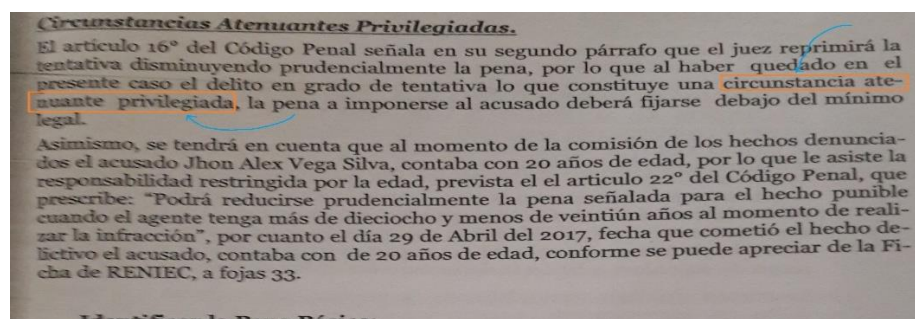
**Imagen N° 01:**

**Responsabilidad restringida por la edad.**



Como se verifica en esta imagen la denominación que le otorga el Tercer Despacho De Investigación de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Moyobamba es de circunstancia atenuante privilegiada.

## Imagen N°02: concurre el instituto de la Tentativa.



Esta imagen que contiene la subsanación de una acusación, corresponde a la Carpeta Fiscal N° 805-2017 expedida por el Segundo Despacho de Decisión Temprana de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Moyobamba, en la cual

se verifica claramente que a la Tentativa se le denomina circunstancia atenuante privilegiada.

Asimismo, cabe precisar que de las cuatro acusaciones que se adjuntan al presente trabajo, dos de ellas (Carpeta Fiscal N° 112-2017 y N°305-2017) también utilizan la misma denominación, mientras que los dos restantes (Carpeta Fiscal N°1208-2016 y N°805-2017) se observa que no utilizan ni circunstancia atenuante privilegiada ni la intervención de causas que disminuyen la acción penal.

**b) De otro lado**, para esta investigación, también **se ha recopilado diferentes sentencias expedidas por la Corte Suprema**, en las cuales, con la intención de establecer una determinación correcta de la sanción penal, han tenido que cuantificarla atendiendo la concurrencia de aquellas condiciones que atenúan e incluso de las causas que permiten disminuir la acción penal, , conforme se detalla a continuación:

- La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, a través de la **Casación N°626-2013** de Moquegua, de fecha 30 de junio de 2015, en su fundamento **trigésimo primero**, se señala:



*“El artículo cuarenta y cinco-A del Código Procesal Penal, adicionado por la Ley número treinta mil setenta y seis, establece que la pena se aplica por tercios, inferior, intermedio y superior; será sobre la base de tres factores: a) Circunstancia generales atenuantes y agravantes, establecidos en el artículo cuarenta y seis, incisos uno y dos, incorporado por la Ley citada. **b) Causales de disminución o agravación de la punición**, siendo las **primeras** el error de prohibición vencible (artículo catorce del Código Penal), error de prohibición culturalmente condicionada vencible (artículo quince del Código Penal), tentativa (artículo dieciséis del Código Penal), responsabilidad restringida de eximentes imperfecta de responsabilidad penal (artículo veintiuno del Código Penal), responsabilidad restringida por la edad (artículo veintidós del Código Penal), complicidad secundaria (artículo veinticinco del Código Penal), y los **segundos**... Este listado no es taxativo, por lo que el Juez puede fundarse en otra circunstancia que modifique la pena, siempre que lo justifique en la resolución” (el énfasis es nuestro).*

- Otra, es la Casación N°1083-2017 de Arequipa, del 14 de agosto de 2018, que en su fundamento cuarto, punto tres, señala, que la tentativa no es una atenuante privilegiada sino una causa de disminución de la punibilidad.
- Asimismo, se tiene el “Recurso de Nulidad N°1268-2018 de Lima Norte, emitida por la Sala Penal Permanente de La Corte Suprema, el 24 de octubre de 2018”, que en su fundamento sexto, indica:

**SEXTO.** Que, si bien se cometió el delito juzgado, en el presente caso se presentó un caso evidente de ebriedad a tal punto que mermó las facultades, sin eliminarlas, de entendimiento del imputado, por lo que se aplica la concordancia de los artículos 20, apartado 1, y 21 del Código Penal. “**Se está ante una causal de disminución de punibilidad**” (eximencia incompleta), que obliga a reducir la pena por debajo del mínimo legal (el énfasis es nuestro).

- De los tres pronunciamientos, hasta aquí descritos, podemos observar que la Corte Suprema de Justicia de la República, utiliza, el término de **causales de disminución de la punibilidad**, véase como otro ejemplo de esta denominación, el que se señala, en el fundamento tercero en su punto número ocho, de la Casación N°1057-2017 del Cusco, de fecha 27 de septiembre de 2018; sin embargo el uso de este nomen juris no es uniforme por parte de la Corte Suprema y como muestra de ello, tenemos el **R.N N°3283-2015 de Junín**, de fecha 22.02.16, en su fundamento quinto, indica, que:

*“... En el presente caso, al no concurrir circunstancias agravantes, más allá de las que fundamentan el propio tipo penal imputado, la pena concreta debe determinarse dentro del tercio inferior, esto es, entre doce a catorce años con ocho meses de pena privativa de libertad. Ahora bien, corresponde determinar, a continuación, la concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas. En el presente caso, se ha probado que al momento de los hechos, el acusado Joselyn Selimer Vásquez Lunazco, contaba con diecinueve años de edad, lo que constituye una atenuante privilegiada para determinar la pena por debajo de los límites del tercio inferior, sin perjuicio de aplicar, además, el beneficio premial de disminución de un séptimo de la pena por la conclusión anticipada del juicio oral ...” (el resaltado y subrayado es nuestro).*

- De los diferentes pronunciamientos, se verifica que incluso, la máxima instancia judicial, utiliza indistintamente los términos de causales de disminución de la punibilidad o de circunstancias atenuantes privilegiadas, para referirse a los mismos conceptos, motivo por el cual, el uso indiferenciado de dichas nomenclaturas jurídicas, lo que hace es confundir aún más este tema de investigación, los que no quiere decir que no se asuma una posición personal, la misma que a continuación detallamos.

#### **1.4. Posición Personal sobre la naturaleza**

Sobre este punto, antes de deslizar mi posición frente a la disyuntiva si las instituciones reguladas desde el artículo 13° al 25° del Código Penal, son circunstancias atenuantes privilegiadas o causales de disminución de la pena, debo señalar lo siguiente:

- ✓ **en primer lugar** voy a traer a colación los resultados obtenidos de la entrevista realizada a 15 magistrados indistintamente pertenezcan al Poder Judicial o al Ministerio Público, respecto de la citada posición doctrinaria en cuanto su condición jurídica de las condiciones atenuantes o causales de disminución, se obtuvieron los siguientes resultados: se tiene por un lado, que el 67% (que hacen la cantidad de diez funcionarios públicos) que son la mayoría, las consideran como circunstancias, a contrario sensu la otra parte, que, son el 20% (que hacen la cantidad de tres funcionarios públicos) consideran que dicha circunstancias no tienen tal condición sino de ser causa posible que permita disminuir la acción penal, así finalmente se aprecia un 13.30% (que hacen la cantidad de dos funcionarios públicos) considera tal posibilidad de similitud
  
- ✓ **En segundo lugar** en cuanto a sus fundamentos esgrimidos por los magistrados en la entrevista, se resalta, que los que consideran, que son circunstancias, en su mayoría alegan que: **[a]** no se comparte ese criterio porque bajo ese mismo razonamiento, la reincidencia y la habitualidad no podrían considerarse como una agravante cualificada, al tener éstas figuras un tratamiento diferenciado; **[b]** no se comparte porque las circunstancias se suscitan en el iter criminis, lo que el juez debe merituar al momento de determinar la pena; **[c]** son institutos autónomos; **[d]** deben ser tomadas como circunstancias atenuantes privilegiadas, para merecer las consecuencias de lo regulado en el artículo 45-A del Código Penal; **[e]** el mismo Código Penal les ha dado esa denominación y **[f]** pues con ellas se disminuye la cantidad

de la pena. Por otro lado, los que se inclinan por considerarlas como causales de disminución se basan en que sirven para disminuir la pena impuesta y otro en la misma línea agrega que la disminución debe ser rebajada por debajo del límite inferior y finalmente un magistrado sostuvo que existe similitud en las dos categorías.

Conforme se aprecia de los resultados obtenidos y descritos y con los conceptos señalados, podemos concluir que: **(1)** en aplicación del principio de legalidad estas deben calificarse tal cual son condiciones que atenúan bajo un carácter privilegiado, pues ese es el nomen juris establecido en el literal a) del inciso 3) del artículo 45°-A del Código Penal y **(2)** que obviando dicho principio, la denominación de causales de disminución, no la considero, la más adecuada, en mérito a que si se tiene el concepto, que éstas son intrínsecas a la teoría del delito mientras que las circunstancias son externas al delito y por tanto son accidentales, nótese que se nombra a la PUNIBILIDAD, es decir que a esta se le está considerando como una cuarta categoría del delito, posición que no es compartida por la doctrina mayoritaria, por tanto dicha posición sería errónea, puesto que no forma parte de la teoría del delito, máxime si a ello sumamos que en la punibilidad encontramos a “las causas de exclusión de punibilidad” y las condiciones objetivas de punibilidad y no a las causas de disminución de la punibilidad.

## **II. La omisión regulativa en la identificación de las atenuantes privilegiadas.**

### **2.1. Normativa insuficiente e inadecuada.**

El legislador con la Ley N.º 30076, se podría decir que ha reglamentado los criterios y circunstancias de la individualización de la pena, con lo que si bien se ha logrado un gran avance en este

instituto penal, también haciendo una crítica constructiva, debemos decir que ha creado una confusión en su aplicación, en el órgano jurisdiccional, en el titular de la acción penal y en la Defensa Técnica de los sujetos procesales, ya que, por ejemplo si bien se entiende que ante el supuesto de encontrarse ante una o varias atenuantes privilegiadas, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior, de acuerdo a lo estipulado por el literal a) del inciso 3) del artículo 45-A de Código Penal; ante lo cual **surge la pregunta ¿cuál o cuáles son las atenuantes privilegiadas?**, cuestión que la mencionada ley penal no ha previsto, lo que no coadyuva a solucionar la problemática del sistema jurídico<sup>47</sup> de determinación judicial de la pena, lo que hace que dicho artículo [ literal a), del inciso 3) del artículo 45-A del citado Código Sustantivo] se convierta en insuficiente e inadecuada en su aplicación; por lo que, resulta *conditio sine qua non* aún la constitución, metodológica, de un sistema-tipo de determinación de la pena- que permita al órgano jurisdiccional graduar la pena, en el caso concreto, de forma clara y precisa y no originaria de dudas para su aplicación. De manera que, aún resulta necesario la incorporación de reglas jurídico-penales que permitieran o que permitan una graduación de la pena adecuada y de esta forma se supiera cuáles son las circunstancias atenuantes privilegiadas.

Con lo antes descrito se demuestra la carencia de normativa (suficientes), que se da en dichas atenuantes, es más hasta la actualidad no existe algún acuerdo plenario, casación u otro con el carácter de vinculante, que nos brinde criterios para identificar a las atenuantes privilegiadas (no están reguladas), como si habido

---

<sup>47</sup> Entiéndase por sistema jurídico (cuarta acepción) como conjunto de normas [reglas y principios jurídicos] que regulan a la misma institución, como es, en este caso, el instituto de la determinación (judicial) de la pena. Vid. Tarello, Giovanni, Cultura jurídica y política del derecho, México: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 145.

pronunciamiento con la emisión del Acuerdo Plenario N.º 2-2010/CJ-116, del 16 de noviembre del 2010, que delimita el criterio a seguir cuando se trata de la concurrencia de circunstancias, respecto de circunstancias específicas de igual naturaleza, pero de distinto nivel o grado; ya que el citado Acuerdo Plenario, claramente, establece enunciados (disposiciones) jurídico-penales prescriptivos (obligatorios), denominado “doctrina legal”.

La falta de regulación de las atenuantes privilegiadas, hace que en forma imperativa se regule un sistema jurídico normativo adecuado, en el que se señale taxativamente dichas atenuantes adecuadamente por parte del legislador penal peruano, basado en un estudio serio de nuestro sistema normativo y de la legislación comparada, de realizarse así, se estaría aplicando una política criminal de improvisación. Ahora este sistema jurídico exige al operadores judiciales (V. gr., el juez penal) la fundamentación de la aplicación de tales circunstancias en el caso concreto, en ese sentido la imposición de una pena condenatoria; permitirá saber al no solo al sentenciado sino en general a la sociedad, cual es la circunstancia que ha disminuido la pena impuesta al procesado, y claro, siempre el operador jurídico-penal tendrá el hecho de la determinación de la pena, como referencia, y de ello extraer el fin o fines de la pena que va a predominar, en el proceso de determinación de la pena.

## **2.2. Identificación de posibles atenuantes privilegiadas**

Como se ha señalado en reiteradas oportunidades en la presente tesis, el inciso 3 del artículo 45-A alude a ‘**circunstancias atenuantes privilegiadas**’, sin embargo frente ante tal indicación, si revisamos nuestra norma penal sustantiva verificaremos que estás son inexistentes, de momento, pues el Código Penal o las leyes que integran el Derecho Penal accesorio o complementario

nacional no las señalan o identifican y por su lado la doctrina solo se limita a señalar que existe una omisión regulativa, mas no fundamentar y señalar, que institutos jurídicos consideran como circunstancias atenuantes privilegiadas.

### **2.3. Referencia y análisis a los requerimientos acusatorios expedidos por la sede fiscal de Moyobamba y pronunciamientos de la Corte Suprema.**

✚ De un lado, como ya lo he referido, tenemos que, para la presente investigación, se ha llegado a recopilar la cantidad de 06 requerimientos acusatorios expedidos en la sede fiscal de Moyobamba, en los cuales se verifica que, con tal de alcanzar una correcta determinación de la sanción, han tenido que cuantificarla atendiendo la concurrencia de aquellas condiciones que atenúan o causas que disminuyen la acción penal, conforme se detalla a continuación:

a) En el Requerimiento de Acusación expedido en la Carpeta Fiscal N°1737-2017 (Exp. N°305-2017-0-2201-JR-PE-01), que contiene el proceso seguido contra William Edilbert Llatas Rodriguez, por la presunta comisión del delito contra El Patrimonio en la modalidad de Hurto Agravado en grado de tentativa, en agravio de Richard Macedo Miranda, en el punto VI, denominado “Tipificación de los hechos y pena que se solicita”, se indica taxativamente:

*Sistema de tercios: ...”Por lo que evaluando la **concurrencia de circunstancias atenuantes**, al haber quedado el accionar del sujeto agente en **grado de tentativa**, corresponde determinar la pena por debajo del tercio inferior”.*



b) En la Formulación de Requerimiento Mixto emitido en la Carpeta Fiscal N°54-2017 (Exp. N°112-2017), que incorpora la investigación sobre la acción delictiva de Luis Centurión Bocanegra como Autor y contra José Jhonatan Fernández Chávez como cómplice secundario, por la presunta comisión del delito contra El Patrimonio en la modalidad de Hurto Agravado, en agravio de Edwin Omar Vásquez Ortiz y contra Yamil Francisco Mirano Rojas como autor del delito de Receptación Agravada en agravio de Edwin Omar Vásquez Ortiz, en el punto VI, denominado “El artículo de la ley penal que tipifica el hecho y cuantía de la pena que se solicita”, en la cuantía de la pena, se indica taxativamente:

*A) RESPECTO DE JOSE LUIS CENTURION BOCANEGRA ... Así también, se ha logrado acreditar concurre sobre el acusado JOSE LUIS CENTURIÓN BOCANEGRA: ... Atenuante privilegiada, Responsabilidad restringida ya que al momento de ocurrido el hecho que se atribuye, contaba con 19 años de edad. Por lo que es de aplicación al literal a) del inciso 3) del artículo 45-A del código Penal... B) RESPECTO DE JOSE JHONATAN FERNANDEZ CHAVEZ ... Así también se ha logrado acreditar concurre sobre el acusado JOSE JHONATAN FERNANDEZ CHAVEZ: ... Atenuante privilegiada, Responsabilidad restringida ya que al momento de ocurrido el hecho que se atribuye, contaba con 19 años de edad y Atenuante: Complicidad secundaria. Por lo que es de aplicación al literal a) del inciso 3) del artículo 45-A del código Penal...*

c) En el Requerimiento de Acusación expedido en la Carpeta Fiscal N°2231-2017 (Exp. N°372-2018), que contiene el proceso seguido contra Francisco Correa Mogollón como autor del delito contra La Familia, en la modalidad de Omisión a la Asistencia

Familiar en agravio de Manuel Correa Cabrera, en el punto VII, denominado: “El artículo de la ley penal que tipifica el hecho y cuantía de la pena que se solicita”, en la cuantía de la pena, se indica taxativamente:

*... Empero, “estando a la concurrencia de una circunstancia de atenuación privilegiada, como es la **responsabilidad restringida por razón de la edad**”, la pena concreta se determina conforme al literal c del inciso 3 del artículo 45-a del Código Penal ...*

✚ **Por otro lado**, para la presente investigación, también **se ha recopilado diferentes sentencias expedidas por la Corte Suprema**, en las cuales, con el interés de establecer determinaciones respecto a la sanción, han tenido que cuantificarla atendiendo la concurrencia de condiciones que atenúan o causas que disminuyen la acción penal, lo cual se indica seguidamente:

a) La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, a través de la **Casación N°336-2016** de Cajamarca, del 14 de junio de 2017, en su fundamento 6.6 señala:

*6.6. Así, el Colegiado omitió pronunciarse sobre la reducción de la pena por su condición de agente con responsabilidad restringida [ condición que configura una circunstancia atenuante privilegiada ],...*

b) La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, a través de la **Casación N° 436-2016**, de fecha 28.06.17, en su fundamento sexto, respecto de la responsabilidad restringida señala:

**Sexto:** El citado artículo regula un supuesto de atenuante privilegiada —al igual que la omisión impropia (Art. 13°); error de tipo y prohibición (Art. 14°); la tentativa (Art. 16°); las eximentes de responsabilidad incompletas (Art. 21°), entre otras— en virtud del cual el juzgador está facultado a imponer una pena por debajo del mínimo legal. Sin embargo, el citado artículo, en su segundo párrafo establece una prohibición de dicha atenuante a determinados casos, como: al autor del delito de violación sexual.

c) La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, a través de la **Casación N°1083-2017** de Arequipa, de fecha 14 de agosto de 2018, en su fundamento 4.3, respecto de la Determinación de la sanción para las acciones delictivas, se señala que “la tentativa es una causal de disminución y no una atenuante privilegiada”.

#### **Análisis de los pronunciamientos.**

**En primer lugar**, de las acusaciones descritas, emitidas por las Fiscalías Provinciales de Moyobamba, tenemos que dos de ellas (Carpeta Fiscal N°54-2017 y N°2231-2017), se señala taxativamente que la **responsabilidad restringida y la complicidad secundaria**, son consideradas como circunstancias atenuantes privilegiadas, no obstante, si bien en la otra Carpeta Fiscal (1737-2017) no se indica taxativamente que la **tentativa** adquiere tal condición, si se señala que frente a su concurrencia, la pena se debe imponer por debajo del mínimo, de lo que se deduce que finalmente se le está considerando como tal. **En segundo lugar**, sobre los pronunciamientos de la Corte Suprema, se verifica que dos de ellas (Cas. N°336-2016 y N°436-2016) consideran como circunstancias atenuantes privilegiadas: **omisión impropia (13°); error de tipo y prohibición (14°), tentativa (16°), eximentes de responsabilidad incompletas (21°), la responsabilidad restringida (22°), entre otras y ello basado en que el juzgador está facultado a imponer una pena por debajo del**

mínimo legal; de lo que se concluye: **uno**, que se deja abierta la posibilidad, que pueden considerarse algunas más, pues se indica “entre otras” y **otro**, es que se esgrime un fundamento para considerarlas como circunstancias atenuantes privilegiadas, la cual es, que el juez puede imponer una pena por debajo del mínimo legal. Sobre ello, nos trae a colación, la **Casación N°626-2013 de Moquegua**, que en su fundamento trigésimo primero, señala: que, son **causales de disminución**, “**el error de prohibición vencible (artículo catorce del Código Penal), tentativa (artículo dieciséis del Código Penal)**”, **error de prohibición culturalmente condicionada vencible (artículo quince del Código Penal)**, **responsabilidad restringida de eximentes imperfecta de responsabilidad penal (artículo veintiuno del Código Penal)**, **responsabilidad restringida por la edad (artículo veintidós del Código Penal)**, **complicidad secundaria (artículo veinticinco del Código Penal)**; de lo que se desprende que existe una posición antagónica, en los pronunciamientos de la Corte Suprema, pues por un lado considera a los señalados institutos jurídicos en un primer momento respecto de causas que disminuyen la acción penal y en un momento posterior, como circunstancias atenuantes privilegiadas y a ello debemos añadir que la tercera casación (1083-2017) indica que la tentativa es causal de disminución de punibilidad y no una circunstancia atenuante privilegiada. En ese sentido, atendiendo a que existen posiciones contrarias sobre el particular, dentro de los mismos pronunciamientos de la máxima instancia judicial, lo que origina incertidumbre sobre el tratamiento para proponer e imponer una pena.

#### **2.4. Posición personal.**

Con todo lo expuesto hasta aquí, no queda duda, que taxativamente en nuestra norma sustantiva (Derecho Penal - Parte General del Código Penal) no indican cuales son circunstancias atenuantes privilegiadas, para de esta forma poder hacer uso de la aplicación del literal a) del inciso 3) del artículo 45-A del Código Penal, verificándose con ello un vacío de la norma; situación distinta sucede con las agravantes cualificadas que si se mencionan en la citada norma, como la reincidencia y la habitualidad entre otros, es en ese sentido, que cabe señalar que éstas no siempre, han tenido el nomen juris de circunstancias agravantes cualificadas, antes solo tenían la denominación de agravantes, veamos:

El segundo párrafo del artículo 46-C, que regula la **Habitualidad**, conforme al artículo 1° de la Ley N°29604, publicada el 22 de octubre de 2010, se señala, que: “... *La Habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante* ...” y posteriormente con el artículo 1° de la Ley N°30076, publicada el 19 de agosto de 2013, cuyo texto normativo, en su tercer párrafo, es el siguiente: “...*La habitualidad en el delito constituye **circunstancia cualificada agravante***...”.

De dicho artículo, de forma personal asumo que el legislador, al observar, que dichas agravantes, al indicarse en su texto normativo, que la consecuencia jurídica, se impone por encima del máximo legal, **optó por agregarle el término “cualificada”**, lo que era tácito para todos los operadores de justicia, es decir, solamente se confirmó, lo que era ya conocido por todos (son agravantes cualificadas); entonces bajo el mismo criterio, podemos alegar que el artículo 21° del Código Penal, que regula las eximentes imperfectas:

**Artículo 21°.-** *En los casos del artículo 20°, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal.*

Se observa que se faculta al juez disminuir la pena hasta por debajo del límite legal, motivo por el cual considero, **que las eximentes incompletas deberían ser consideradas como circunstancias atenuantes.**

Ahora respecto de la **Omisión impropia** (13°), el **error de prohibición vencible** (14°) y el **error de comprensión culturalmente condicionado** (15°), en los que se indica que la pena “podrá ser atenuada”; así también la **tentativa** (16°), en la que se señala, que: “El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena”; la **responsabilidad restringida por la edad** (22°), en la que se regula, que: “Podrá reducirse prudencialmente la pena ...” y la **complicidad secundaria** (25°) en la que se señala, que: “se les disminuirá prudencialmente la pena”; si bien en su contenido normativo no se indica explícitamente que la reducción de la pena, podría rebajarse hasta por límites inferiores de la pena básica, **se deja abierta la posibilidad que esta podría ocurrir**, motivo por el cual también considero que éstas, deben ser tomadas como circunstancias atenuantes privilegiadas, más aun si tenemos en cuenta que se comete un delito por un error; así también se debe resaltar que mayor reproche merece la comisión de un hecho consumado que uno tentado; asimismo se debe tener presente que, la persona entre los 18 a 21 años, aún no alcanzado el grado de desarrollo suficiente y finalmente se debe ponderar que no merece la misma pena un autor que un cómplice, que tiene la calidad de secundario.

Finalmente es posible señalar que: “a) La carencia de antecedentes penales; b) El obrar por móviles nobles o altruistas; c) El obrar en estado de emoción o de temor excusables; d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible; e) Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias; f) Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado; g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad y h) La edad del imputado en tanto que ella hubiese influido en la conducta punible”; **son circunstancia atenuantes generales y no privilegiadas.** Y Tampoco se puede confundir a las atenuantes privilegiadas con la conclusión anticipada o confesión sincera o colaboración eficaz que contienen una bonificación punitiva de naturaleza procesal y no sustantiva.

### **III. EL PROBLEMA DE CUANTIFICAR LA PENA ANTE LA CONCURRENCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS.**

Otro problema a tratar, que se origina de la mencionada omisión legislativa, de no regular cuales son las circunstancias atenuantes, es el problema de determinar el procedimiento para cuantificar la pena, frente a la presencia concurrente de condiciones que atenúan lo cual se da por merito del artículo 45°-A del Código Penal, solo se establece, que ante la concurrencia de las circunstancias atenuantes privilegiadas, éstas se impondrán por debajo del mínimo, sin indicar hasta dónde se debe disminuir la pena, es decir no se señala alguna proporción o cantidad de pena que procede reducirse. Ante dicha

situación, tratando de dar solución, se tienen las siguientes alternativas:

- ✓ **Una alternativa**, sería que podría disminuirse hasta el mínimo previsto para las penas privativas de libertad, es decir, de dos días, conforme está regulado en el artículo 29° del citado Código Sustantivo, debiendo para tal propósito, elevar la duración mínima de la pena en general.
- ✓ **Otra opción** sería reducir la pena, fijando una proporción, como se hace con las agravantes cualificadas, reincidencia y habitualidad, por ejemplo.
- ✓ **Finalmente**, otra salida es **aplicar nuevamente el sistema de tercios**.

De las alternativas de solución, cabe señalar, que las dos primeras son un planteamiento, del doctor Eduardo Oré Sosa<sup>48</sup> y respecto de la tercera posición, el doctor Prado Saldarreaga, indica, que dicha salida de solución corresponde al doctor Páucar Chappa<sup>49</sup>.

### **3.1. Referencia y análisis a los requerimientos acusatorios expedidos por la sede fiscal de Moyobamba y pronunciamientos de la Corte Suprema.**

#### ***SOBRE LOS REQUERIMIENTOS EXPEDIDOS POR LA SEDE FISCAL DE MOYOBAMBA:*** De un lado, como ya lo he referido,

---

<sup>48</sup> ORÉ SOSA, E. *Determinación judicial de la pena*, p. 14

<sup>49</sup> PRADO SALDARRIAGA, V. *La determinación judicial de la pena en la Ley N° 30076*, p. 45: "Algo similar ocurre con los esfuerzos hermenéuticos realizados por Páucar Chappa, quien utilizando alguno de nuestros conceptos operativos, pero no adaptándolos plenamente a la nueva regulación, construye complejos esquemas que terminan confundiendo las distintas clases de circunstancias y sus diferentes momentos operativos y efectos. De esta manera, este autor pretende aplicar el sistema de tercios también en casos hipotéticos de concurrencia de una circunstancia agravante específica de primer nivel con la que denomina circunstancia genérica privilegiada establecida en el artículo 22, la que en realidad técnicamente es una causal de disminución de pena".



tenemos que, para la presente investigación, se ha llegado a recopilar la cantidad de 06 requerimientos acusatorios expedidos en la sede fiscal de Moyobamba, en los cuales se verifica que, para efectos de determinar la pena, han tenido que cuantificarla atendiendo la concurrencia de las circunstancias atenuantes o las causales de disminución, conforme se detalla a continuación:

- a) En el Requerimiento de Acusación que se subsana, expedido en la Carpeta Fiscal N°784-2017 (Exp. N°805-2017-0-2201-JR-PE-03), que contiene el proceso seguido contra Jhon Alex Vega Silva, por la presunta comisión del delito contra El Patrimonio en la modalidad de Hurto Agravado en grado de tentativa, en agravio de Jessica Rocío Pérez Julón, en el punto VII, denominado “Artículo de la ley penal que tipifica el hecho y la cuantía de la pena solicitada”, se indica taxativamente:

Identificar la Pena Básica:				
CALIFICACIÓN JURÍDICA	BASE LEGAL	PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD		
Hurto agravado en grado de tentativa	Artículo 186°, inc. 01 y 02 del Código Penal.	No menor de tres ni mayor de seis años		

Dividir el Espacio Punitivo de la Pena Básica en Tres Tercios:		
PRIMER TERCIO	SEGUNDO TERCIO	TERCER TERCIO
De 03 años hasta 04 años.	De 04 años hasta 05 años.	De 05 años hasta 06 años.

**Determinar la Pena Concreta:**  
 Evaluando la no concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes:

- La pena respecto a **JHON ALEX VEGA SILVA**, se toma en cuenta que no registra Antecedentes Penales, conforme al Oficio N° 4016-2017-A-RDC-REDIJU-USJ-CSJSM/PJ, (a fojas 35), siendo ésta una circunstancia de atenuación prevista en el artículo 46° inc. 1 literal a) del Código Penal, asimismo, que al acusado le asiste la responsabilidad restringida, que el delito quedo en grado de tentativa, lo que constituyen circunstancias de atenuación privilegiada, por lo que la pena debe determinarse teniendo como referencia por debajo del tercio inferior de la pena básica.

PENA DEL ESPACIO PUNITIVO (tercio inferior)	PENA CONCRETA	GRADO DE TENTATIVA	RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA	PENA APLICABLE
Desde 03 años.	03 años	Se reduce 06 meses por lo tanto la pena quedaria en 02 años y 06 meses.	Se reduce 06 meses, por lo tanto la pena quedaria en 2 años	02 AÑOS

Por las consideraciones expuestas este Despacho Fiscal, solicita se le imponga al acusado **JHON ALEX VEGA SILVA**, la pena de **DE 02 AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD**, como **AUTOR** del delito contra El Patrimonio en la modalidad de **HURTO AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA**, en agravio de **JES-**

Manuel Meléndez Valencia Carrera  
 FISCAL PROVINCIAL PROVISIONAL  
 2da. Fiscalía Provincial de Moyobamba

**ANÁLISIS:** En la indicada acusación, tenemos que atendiendo a que se trata de la comisión del delito de Hurto Agravado, que tiene como consecuencia jurídica, una pena abstracta no menor de tres

ni mayor de seis, el fiscal atendiendo a que concurren las circunstancias atenuantes privilegiadas de tentativa y la responsabilidad restringida, parte para proponer la pena, del límite inferior de la pena básica, es decir de 03 años, que pasó a convertirse en el límite máximo, lo cual desde mi perspectiva es correcto, en merito a que el literal a), del numeral 3) del artículo del artículo 45°-A del Código Penal, regula que, ante la presencia de las atenuantes privilegiadas, éstas deben imponerse por debajo del tercio inferior, en ese sentido estando a que el tercio inferior, para el delito en análisis sería de 03 a 04 años, su aplicación es válida. Ahora habiéndose delimitado el límite máximo, corresponde la disminución de la pena, que para el caso que nos atañe, el fiscal propone disminuir 06 meses por la concurrencia de la tentativa y 06 meses por la responsabilidad restringida, sin embargo, no sustenta si esta disminución obedece a una aplicación de un nuevo sistema de tercios o por la una disminución proporcional como se aplica en las agravantes cualificadas; motivo por el cual se presume que la disminución sea realizado en base a una cuota de discrecionalidad atendiendo al principio de proporcionalidad y razonabilidad u otros, lo cual desde mi análisis es aceptable.

- b)** En el Requerimiento de Acusación expedido en la Carpeta Fiscal N°2231-2017 (Exp. N°372-2018), que contiene el proceso seguido contra Francisco Correa Mogollón como autor del delito contra La Familia, en la modalidad de Omisión a la Asistencia Familiar en agravio de Manuel Correa Cabrera, en el punto VII, denominado: “El artículo de la ley penal que tipifica el hecho y cuantía de la pena que se solicita”, en la cuantía de la pena, se indica taxativamente:

**Artículo 149° INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIÓN ALIMENTARIA .-**

*El que omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial.*

**CUANTIA DE LA PENA:**

Para la graduación de la pena debe tenerse en cuenta los *Principios de Lesividad y Proporcionalidad*, contenidos en los artículos IV y VIII, respectivamente, del Título Preliminar del Código Penal, así como la graduación por tercios contemplada en el artículo 45-A del Código Penal (por ser mas favorable),

Advirtiendo que la pena conminada para el presente delito es no mayor de tres años; empero se advierte que en el presente caso nos encontramos ante un **AGENTE HABITUAL**, por lo que en aplicación del segundo párrafo del artículo 46-B del Código Penal se debe "... *aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal*";

Empero, estando a la concurrencia de una circunstancia de atenuación privilegiada, como es la **responsabilidad restringida por razón de la edad**, la pena concreta se determinara conforme al literal C del inciso 3 del artículo 45-A del Código Penal, según el cual "*En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito...*"

MINISTERIO PÚBLICO  
FISCALÍA DE LA NACIÓN

Año del diálogo y la reconciliación nacio

DISTRITO FISCAL DE SAN MARCO  
SEGUNDA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA DE MOYOBAMBA  
TERCER DESPACHO DE INVESTIGACIÓN

En consecuencia, este Despacho Fiscal solicita: Se imponga al acusado, FRANCISCO CORREA MOGOLLON como **AUTOR** del delito contra la familia en la modalidad de OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR - INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIÓN ALIMENTARIA en agravio de MANUEL CORREA CABRERA representado por ADELINA DE JESUS CABRERA MARINA, tipificado en primer párrafo del artículo 149° del Código Penal; **TRES AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA.**

**ANÁLISIS:** En la indicada acusación, se observa que el delito materia de imputación, es el de Omisión a la Asistencia Familiar, que tiene como consecuencia jurídica, una pena abstracta no mayor de tres, a lo cual el fiscal atendiendo a que concurren por un lado la circunstancia atenuante privilegiada de responsabilidad restringida y por otra parte como agravante cualificada la Habitualidad, propone la pena de tres años, cuantía determinada de forma válida, en virtud que, conforme lo regula el literal c), del numeral 3) del artículo del artículo 45°-A del Código Penal, cuando concurren atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas, éstas deben imponerse dentro de los límites de la pena básica y la propuesta de tres años, está dentro de dicho límites, motivo por el cual su aplicación es correcta.

c) En la Formulación del Requerimiento de Acusación emitido en la Carpeta Fiscal N° 1208-2016-0 (Exp. N°00937-2016-0), que contiene el proceso seguido contra Jhon Emerson Estela Segura, por la presunta comisión del delito contra La vida, el cuerpo y la salud, en su modalidad de Lesiones Graves, en agravio de Astiwar Julca Gonzales, en el punto VIII, denominado “El artículo de la ley penal que tipifica el hecho y cuantía de la pena que se solicita”, en la cuantía de la pena, se indica taxativamente:

- *...La pena de JHON ANDERSON ESTELA SEGURA: En relación a este acusado se tiene que debe tomarse en cuenta la responsabilidad restringida , conforme al artículo 22° del Código Penal (05 MESES), así mismo una rebaja de la pena por Confesión Sincera, de conformidad con el artículo 161° del Código Penal (10 MESES)*

**ANÁLISIS:** En la indicada acusación, se observa que el delito materia de imputación, es el de Lesiones Graves, que tiene como consecuencia jurídica, una pena abstracta no menor de cuatro ni mayor de ocho años, a lo cual el fiscal atendiendo a que el acusado Jhon Anderson Estela Segura, no registra antecedentes y ha reparado el daño voluntariamente, propone que la pena se encuentre en el tercio inferior (de 04 a 05 años y 04 meses), indicando que la **pena concreta es cuatro años con seis meses de pena privativa de libertad**, a partir del cual disminuye 05 meses por responsabilidad restringida y 10 meses por acogerse a la confesión sincera, resultando una **pena final de tres años y tres meses**. Ante dicha propuesta fiscal, en **primer lugar** debo señalar que no estoy de acuerdo con que se tome a la responsabilidad restringida como una simple atenuante (pues solo señala que es atenuante, pero no especifica si es privilegiada o genérica); en **segundo lugar**, tampoco estoy conforme con la

pena final o concreta se haya impuesto dentro del tercio inferior, en mérito a que se debió considerar a la responsabilidad restringida como una circunstancia atenuante privilegiada y por tanto la pena se debió imponer por debajo del tercio inferior, máxime si dicho acusado se acogió a la confesión sincera (que es una bonificación procesal mas no sustantiva); en conclusión se debió partir de cuatro años para disminuir la pena, en tal sentido disminuyendo los 15 meses, la pena a imponerse debió ser 02 años y 09 meses.

***SOBRE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA:***

**Por otro lado**, para la presente investigación, también **se han recopilado diferentes sentencias expedidas por la Corte Suprema**, en las cuales, para efectos de determinar la pena, han tenido que cuantificarla atendiendo la concurrencia de las circunstancias atenuantes o las causales de disminución, conforme se detalla a continuación:

- a.** La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, a través de la **Casación N°336-2016** de Cajamarca, de fecha 14 de junio de 2017, en su fundamento 6.1 y siguientes, se señala:

**6.1.** Para efectos de constatar si se vulneró o no una probable indebida aplicación de la ley penal –artículo 173°, último párrafo, del Código Penal–, y falta de aplicación de la ley penal –artículo 22° del citado Código– sobre la responsabilidad restringida; ...

(...)

**6.5. RESPECTO A LA FALTA DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 22° DEL CÓDIGO SUSTANTIVO SOBRE LA RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA.** - El Colegiado impuso al recurrente la pena de cadena perpetua conforme a lo solicitado por el representante del Ministerio Público en su dictamen acusatorio –fojas uno del cuaderno de debates– por la comisión del delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales K.S.O.T., [tipo penal previsto en el artículo 173°, primer párrafo, inciso 2, concordante con el último párrafo del mismo artículo del Código Penal]; no obstante, el Colegiado en la dosificación de la pena no se pronunció respecto a la responsabilidad restringida del recurrente.

**6.6.** Así, el Colegiado omitió pronunciarse sobre la reducción de la pena por su condición de agente con responsabilidad restringida [condición que configura una circunstancia atenuante privilegiada], sustentado en que su aplicación se encuentra excluida para agentes que hayan incurrido en delito de violación de la libertad sexual, conforme lo señala el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal[7] –véase el auto de enjuiciamiento a fojas quince–, vulnerándose, en el presente caso, el principio-derecho de igualdad garantizado en el artículo 2, inciso 2, de nuestra Constitución.

**ANÁLISIS:** En la indicada casación, se observa que el delito materia de imputación, es el de Violación sexual de menor de edad, tipificado en el último párrafo del inciso 2) del artículo 173° del Código Penal, que tiene como consecuencia jurídica, una pena indeterminada, es decir de cadena perpetua, pena que impuso el Juzgado Colegiado y fue confirmada por la Sala Penal de Apelaciones de Cajamarca, sin embargo desde mi posición la Sala Penal Permanente con un mejor análisis, a través del citado recurso casación, recondujo la determinación de la pena con un mayor criterio de proporcionalidad, tal es así que aplicando el control difuso y sustentándose en el principio de igualdad, señaló que debe considerarse para determinar la pena, a la responsabilidad restringida, que fue omitida por la primera y segunda instancia y no solo eso, sino indica que dicha circunstancia es una atenuante privilegiada, motivo por el cual

casaron la sentencia de vista y reformándola impusieron una pena privativa de libertad de 35 años, lo cual me parece una aplicación válida, en mérito a que la pena impuesta ha sido variada, a límites inferiores que se impuso en su oportunidad.

### **3.2. Referencia y análisis de las respuestas de los magistrados sobre la determinación de la pena.**

**En cuanto a este punto, los resultados obtenidos de la entrevista realizada a 15 magistrados indistintamente pertenezcan al Poder Judicial o al Ministerio Público,** respecto de la determinación de la pena ante la concurrencia de las circunstancias atenuantes privilegiadas, se advierte que el 80% (que hacen la cantidad de doce entre fiscales y jueces) que son la gran mayoría, consideran que, a efectos de determinar la pena, se debe aplicar la discrecionalidad del juez, en aplicación de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y lesividad y el 20% (que hacen la cantidad de tres funcionarios públicos) consideran que se debería generar un nuevo sistema de tercios.

De lo descrito se tiene que existen dos posturas, una: que se deje a la discrecionalidad del juez, con aplicación de los principios de proporcionalidad, racionalidad y lesividad; y, por otro, que se genere un nuevo sistema de tercios. De ambas posturas me inclino por la primera, en razón, que la norma no explicita como sería el procedimiento, para determinar la pena, solo se señala que impondría por debajo del tercio inferior y nada más, motivo por el cual, a fin de no vulnerar el principio de legalidad, sería el criterio más adecuado. Respecto del segundo, no solo se trata de indicar de generar otro sistema de tercios, sino también señalar el procedimiento en su aplicación, como por ejemplo señalar hasta donde sería el límite inferior, en qué casos se ubicaría en el tercio inferior, tercio medio y en qué casos en el tercio superior, es decir

existen aún más vacíos por resolver, razones que hacen que soslayemos esta posición adoptada.

### **3.3. Posición Personal.**

Con todo expuesto hasta aquí, no queda duda, que nuevamente nuestra norma sustantiva (Derecho Penal - Parte General del Código Penal) no indica un procedimiento a seguir, cuando en los procesos penales, para determinar la pena, concurran las circunstancias atenuantes privilegiadas, para de esta forma poder hacer uso de la aplicación del literal a) del inciso 3) del artículo 45-A del Código Penal, verificándose con ello un vacío más de la norma; quedando solamente claro que, cuando estemos ante la presencia de una circunstancia atenuante y una agravante cualificada, está se impondrá dentro de los límites de la pena básica, conforme así lo establece, el literal c), del inciso 3) del artículo 45°-A del citado Código Sustantivo. Ante dicho vacío legislativo, mi postura, **en primer lugar**, es modificar el artículo 29° del Código Penal, sobre la duración de la pena privativa de libertad, estableciendo que la pena privativa de libertad temporal, tendrá una duración mínima de un año y una máxima de treinta y cinco años, para que ante la presencia de una circunstancia atenuante, el límite mínimo de la pena básica, se convierta en el límite máximo, por ejemplo, en el delito de homicidio la pena básica es de 06 a 20 años de pena privativa de libertad, entonces tenemos que en dicho caso, el límite de 06 años, se convierte en el límite máximo y en aplicación del principio de legalidad, el límite mínimo sería de 01 año, resaltando además que esta modificación, permitiría dar solución cuando se tenga que determinar la pena de un delito donde no se establece la pena mínima, como por ejemplo en el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, en la cual se regula que será reprimido con una pena no



mayor de tres años, es decir que si se aplicaría la modificatoria que se propone, la pena básica sería de 01 a 03 años y ante la presencia de una circunstancia atenuante privilegiada, la pena a imponerse por parte del juzgador sería de un segundo a un año. Ahora verifiquemos cual sería la pena sin aplicar la propuesta de modificación: como en el delito de Omisión, la pena no debe ser mayor de tres años, tenemos que la pena básica sería de 02 días a 03 años, motivo por el cual, como ante la concurrencia de las circunstancias atenuantes privilegiadas, la pena se debe imponer por debajo del tercio inferior, la pena a imponerse debería ser de 01 segundo a 02 días, lo cual sería desproporcional e irracional, es en ese sentido que cabe de forma célere proponer y aprobar dicha modificación, quizá no una pena mínima de un año, pero si mayor a dos días. En **segundo lugar**, una vez delimitado el nuevo espacio punitivo, que no comprende la pena básica, sino que esta se impone por debajo de ella, en atención que tampoco se ha regulado si la disminución de la pena se debe dar en una proporción o tercerizar nuevamente el nuevo espacio punitivo, se debe dejar a discrecionalidad del Juez la imposición de la pena, en aplicación de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y lesividad, con lo cual no se afectaría o vulneraría el principio de legalidad.

## CONCLUSIONES

## **I. SOBRE LA REGULACIÓN E IDENTIFICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS.**

Con el cuerpo normativo revisado y analizado y con todo lo expuesto en la presente tesis, **no queda duda, que taxativamente en nuestra norma sustantiva (Derecho Penal - Parte General del Código Penal) no se indican cuales son circunstancias atenuantes privilegiadas**, lo que origina limitaciones y dudas para poder hacer uso de la aplicación del literal a) del inciso 3) del artículo 45-A del Código Penal, verificándose con ello un vacío de la norma; **empero** estando al principio pro homini, de la humanidad de las penas, razonabilidad y proporcionalidad y lesión, se deben tener en cuenta para la atenuación de la pena hasta extremos inferiores al mínimo legal, las siguientes:

- **Las eximentes imperfectas**, establecidas en el artículo 21° del Código Penal, máxime si dicho artículo, faculta al Juez poder disminuir prudencialmente la pena **hasta límites inferiores al mínimo legal**.
- Bajo el mismo criterio indicado en los párrafos precedentes, se debe considerar como circunstancias atenuantes privilegiadas, a la **Omisión impropia** (13°), el **error de prohibición vencible** (14°) y el **error de comprensión culturalmente condicionado vencible** (15°), en los que se indica que la pena “podrá ser atenuada”; así también **la tentativa** (16°), en la que se señala, que: “El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena”; la **responsabilidad restringida por la edad** (22°), en la que se regula, que: “Podrá reducirse prudencialmente la pena ...” y la **complicidad secundaria** (25°) en la que se señala, que: “se les disminuirá prudencialmente la pena”; pese a que, si bien en su contenido normativo no se indica

explícitamente que la reducción de la pena, podría rebajarse hasta por límites inferiores de la pena básica o debajo del tercio inferior, **se deja abierta la posibilidad que esta podría ocurrir**, motivo por el cual también se deben considerar, más aun si tenemos en cuenta que no es lo mismo cometer un delito por acción que por omisión; asimismo se debe considerar que el delito se comete por un error; así también se debe resaltar que mayor reproche merece la comisión de un hecho consumado que uno tentado; asimismo se debe tener presente que, la persona entre los 18 a 21 años, aún no alcanzado el grado de desarrollo suficiente y finalmente se debe ponderar que no merece la misma pena un autor que un cómplice, que tiene la calidad de secundario.

Por otro lado, tal como se consideró a las agravantes que regulaban que la imposición de la pena es por encima de del extremo superior de la pena básica como cualificadas, recién con la dación de la Ley N°30076, del mismo modo se debe tener en cuenta como circunstancias atenuantes privilegiadas a dichas instituciones que regulan que el juez está facultado a imponer una pena por debajo del límite inferior de la pena básica o que deja abierta la posibilidad de imponérsela debajo del tercio inferior.

Finalmente debemos precisar que: “a) La carencia de antecedentes penales; b) El obrar por móviles nobles o altruistas; c) El obrar en estado de emoción o de temor excusables; d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible; e) Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias; f) Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias

derivadas del peligro generado; g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad y h) La edad del imputado en tanto que ella hubiese influido en la conducta punible”; **son circunstancias atenuantes generales y no privilegiadas; motivo por el cual con fines didácticos, proponemos que existen dos tipos de circunstancias, una: las que adopta la condición de común o general, que se indica mediante inciso primero del numeral 46 del ordenamiento sustantivo penal y por otro: las circunstancias especiales, que son las circunstancias atenuantes privilegiadas, que han sido señaladas en los párrafos precedentes.** Y Tampoco se puede confundir a las atenuantes privilegiadas con la conclusión anticipada, terminación anticipada, confesión sincera o colaboración eficaz, que contienen una bonificación punitiva de naturaleza procesal y no sustantiva.

## **II. RESPECTO DE DETERMINAR SI LAS INSTITUCIONES REGULADAS DESDE EL ARTÍCULO 13° AL 25° DEL CÓDIGO PENAL SON CIRCUNSTANCIAS PRIVILEGIADAS O CAUSAS DE DISMINUCIÓN DE LA PUNIBILIDAD.**

De lo analizado en la presente tesis, atendiendo a los resultados obtenidos de las encuestas, de los requerimientos y casaciones citadas, en cuanto a su naturaleza, podemos concluir que: **(1)** en aplicación del **principio de legalidad** estas deben ser catalogadas como **circunstancias atenuantes privilegiadas**, pues ese es el nomen juris establecido en el literal a) del inciso 3) del artículo 45°-A del Código Penal y **(2)** que obviando dicho principio (legalidad), la denominación de causales de disminución de la punibilidad, no parece, la más adecuada, en mérito a que si se tiene el concepto, que éstas son intrínsecas a la teoría del delito mientras que las circunstancias son externas al delito y por tanto son accidentales,

nótese que se nombra a la **PUNIBILIDAD**, es decir que a ésta, se le está considerando como **una cuarta categoría del delito**, posición que no es compartida por la doctrina mayoritaria, por tanto dicha posición sería errónea, puesto que la punibilidad no forma parte de la teoría del delito, es decir no pertenece a lo injusto (tipicidad y antijuricidad) o a la imputación personal (culpabilidad), máxime si a ello sumamos que en la punibilidad encontramos a las causas personales que excluyen la punibilidad, causas personales que cancelan la punibilidad y las condiciones objetivas de punibilidad y no a las causas de disminución de la punibilidad.

**III. EN CUANTO A DETERMINAR SI LA TERMINACIÓN ANTICIPADA, CONFESIÓN SINCERA Y CONCLUSIÓN ANTICIPADA SON CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS.**

Al respecto, no se puede confundir a las atenuantes privilegiadas con la conclusión anticipada, con la terminación anticipada, la confesión sincera o colaboración eficaz, en mérito a que éstas últimas contienen una bonificación punitiva de naturaleza procesal y no sustantiva, como las señaladas circunstancias.

**IV. SOBRE EL PROCEDIMIENTO PARA CUANTIFICAR LA PENA ANTE LA PRESENCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS.**

Frente, a que nuestra norma sustantiva (Derecho Penal - Parte General del Código Penal) no indica un procedimiento a seguir, cuando en los procesos penales, para determinar la pena, concurre una o más circunstancias atenuantes, pues el artículo 45°- A del Código Penal, solo regula que este se impondrá por debajo del tercio inferior, con lo que se verifica, que con ello existe un vacío más de la norma. Ante dicho vacío legislativo, para determinar la pena, **en primer lugar, es modificar el artículo 29° del Código Penal, sobre**

**la duración de la pena privativa de libertad**, estableciendo que la pena privativa de libertad temporal, **tendrá una duración mínima de un año y una máxima de treinta y cinco años**, para que ante la concurrencia de una circunstancia atenuante, **el límite mínimo de la pena básica, se convierta en el límite máximo**, por ejemplo, en el delito de homicidio la pena básica es de 06 a 20 años de pena privativa de libertad, entonces tenemos que en dicho caso, el límite de 06 años, se convierte en el límite máximo y en aplicación del principio de legalidad, **el límite mínimo sería de 01 año, conforme a la modificación que se propone**, resaltando además que esta modificación, **permitiría dar solución cuando se tenga que determinar la pena de un delito donde no se establece la pena mínima**, tal es el caso del tipo penal de Omisión a la Asistencia Familiar, en la cual se regula que será reprimido con una pena no mayor de tres años, es decir que si se aplicaría la modificatoria que se propone, **la pena básica sería de 01 a 03 años** y ante la presencia de una circunstancia atenuante privilegiada, **la pena a imponerse por parte del juzgador sería de un segundo a un año**. Ahora verifiquemos cual sería la pena sin aplicar la propuesta de modificación: como en el delito de Omisión, la pena no debe ser mayor de tres años, tenemos que la pena básica sería de 02 días a 03 años, motivo por el cual, como ante la concurrencia de las circunstancias atenuantes privilegiadas, la pena se debe imponer por debajo del tercio inferior, la pena a imponerse debería ser de 01 segundo a 02 días, lo cual sería desproporcional e irracional, es en ese sentido que cabe de forma célere proponer y aprobar dicha modificación, quizá no una pena mínima de un año, pero si mayor a dos días. En **segundo lugar**, una vez delimitado el nuevo espacio punitivo, que no comprende la pena básica, sino que esta se impone por debajo de ella, en atención que tampoco se ha regulado si la disminución de la pena se debe dar en una proporción o tercerizar

nuevamente el nuevo espacio punitivo, se debe dejar a discrecionalidad del Juez la imposición de la pena, en aplicación de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y lesividad, con lo cual no se afectaría o vulneraría el principio de legalidad.

## RECOMENDACIONES

- I. Se sugiere que se modifiquen los siguientes artículos del Código Penal: la **Omisión impropia** (13°); el **error de comprensión culturalmente condicionado vencible** (15°); el **error de prohibición vencible** (14°); la **tentativa** (16°); las **eximentes incompletas** (21°), la **responsabilidad restringida por la edad** (22°) y la **complicidad secundaria** (25°), señalándose taxativamente que son circunstancias atenuantes privilegiadas o en su defecto que sean explicitadas a través de la jurisprudencia o doctrina vinculante.
- II. Se sugiere modificar el artículo 29° del Código Penal, sobre la duración de la pena privativa de libertad, estableciendo que la pena privativa de libertad temporal, tendrá una duración mínima de un año y una máxima de treinta y cinco años, lo cual **permitiría dar solución cuando se tenga que determinar la pena de un delito donde no se establece la pena mínima, pues sería un absurdo imponer una pena, menor a dos días**. Y asimismo se **propone que se modifique el art. 45°-A del C.P**, agregando **cual es el procedimiento para cuantificar la pena ante la presencia de las circunstancias atenuantes privilegiadas, indicando si se debería rebajarse por proporciones, tercerizando nuevamente o a través de cualquier otro procedimiento, que establezca el procedimiento a seguir**.



## **ANEXOS**

**UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ  
GALLO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**



---

*“Año de la lucha contra la corrupción y la impunidad”*

**TRABAJO DE CAMPO- ENTREVISTA**

**“EL PROBLEMA DE DETERMINAR LA PENA ANTE LA  
INEXISTENCIA DE LA REGULACIÓN DE LAS  
CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS”**

**Encargado o responsable:**



Jesús Humberto Ferré Gómez.  
*Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.*

**ENCUESTA REALIZADA A SERVIDORES PÚBLICOS DEL PODER JUDICIAL, MINISTERIO PÚBLICO Y ABOGADOS QUE EJERCEN LA DEFENSA PÚBLICA O PRIVADA.**

**DATOS DEL ENTREVISTADO:**  
CARGO

---

**OBJETIVO DEL CUESTIONARIO:**

CON LA APLICACIÓN DE LA PRESENTE ENCUESTA SE PRETENDE CONOCER EL CRITERIO QUE SE ADOPTA SOBRE LA INSTITUCIÓN JURIDICA DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN CUANTO A LA APLICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS EN CUANTO A SU REGULACIÓN E IDENTIFICACIÓN Y EL QUANTUM DE LA PENA RESPECTO DEL LÍMITE INFERIOR A IMPONER. ASI COMO SU OPINIÓN RESPECTO DEL MISMO.

**INSTRUCCIONES:**

LEA Y ANALICE CUIDADOSAMENTE LAS SIGUIENTES CUESTIONES Y CONTESTE DE LA FORMA MÁS HONESTA POSIBLE A CADA UNA DE ELLAS.

**1.- ¿Considera usted que el Código Penal establece la existencia de atenuantes privilegiadas?**

☐ SI ☐ NO

**2.- Considera como atenuantes privilegiadas:**

El error de prohibición	SI	<input type="checkbox"/>	NO	<input type="checkbox"/>
La tentativa	SI	<input type="checkbox"/>	NO	<input type="checkbox"/>
El error culturalmente condicionado.	SI	<input type="checkbox"/>	NO	<input type="checkbox"/>
Las eximentes incompletas.	SI	<input type="checkbox"/>	NO	<input type="checkbox"/>
La responsabilidad restringida por la edad.	SI	<input type="checkbox"/>	NO	<input type="checkbox"/>
La complicidad secundaria.	SI	<input type="checkbox"/>	NO	<input type="checkbox"/>
		<input type="checkbox"/>		

Todas las anteriores

Ninguna de las anteriores

☐

Son causales de disminución.

☐

**3.- Si ha considerado e identificado ciertas atenuantes privilegiadas ¿Cuál sería el límite inferior y como determinaría la pena ante la presencia de la(s) atenuante(s) privilegiada(s)?**

Para el límite inferior se aplicaría el artículo 29° del C.P

SI

☐

NO

☐

Se disminuye en un tercio por cada atenuante.

SI

☐

NO

☐

Se aplican principios de razonabilidad y proporcionalidad

SI

☐

NO

☐

**4.-¿Conoces algún Acuerdo Plenario o jurisprudencia sobre el tema de la encuesta?**

☐ SI☐ NO

¿Cual?\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

**5.-¿Has leído o escuchado de alguna sentencia en la que se haya aplicado alguna(s) circunstancia(s) atenuante(s) privilegiada(s) para determinar la pena?**

☐ SI☐ NO



# UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

*“Año de la lucha contra la corrupción y la impunidad”*



## TRABAJO DE CAMPO- ENTREVISTA

### **“EL PROBLEMA DE DETERMINAR LA PENA ANTE LA INEXISTENCIA DE LA REGULACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS”**

En el mes de agosto del año 2013, tuvo lugar la más importante modificación al Libro Primero del Código Penal de 1991, ello en cuanto al artículo 45-A° del citado código sustantivo, pues, con ella **se instauró un procedimiento distinto de individualización de la pena** tanto en su terminología cuanto en su procedimiento; en merito a que se ha regulado un sistema de individualización de la pena por tercios en atención a la presencia de las atenuantes y

agravantes ordinarias, con la posibilidad de exceder el marco penal cuando concurren circunstancias agravantes cualificadas **o disminuir por debajo del límite inferior cuando concurren atenuantes privilegiadas**. En ese contexto, sin duda, la parte que resta precisión y claridad a la indicada modificación legal, se desprende la existencia de un vacío legal para la aplicación de las atenuantes privilegiadas, en mérito a que legislador no ha precisado cuales serían dichas circunstancias atenuantes privilegiadas, lo que resulta tan o más problemático que en el marco de la norma establecida en el Código Penal de 1991, en ese sentido **este escenario es el fundamento que justifica el estudio del presente tema de tesis denominado: "EL PROBLEMA DE DETERMINAR LA PENA ANTE LA INEXISTENCIA DE LA REGULACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS"**, puesto que hasta la actualidad ante dicho vacío legal existe una duda extrema en los operadores jurídicos sobre identificar cual o cuales son o no atenuantes privilegiadas y por otro lado en el supuesto de identificarlas surge otro problema, hasta que límite mínimo por debajo de la pena se debe determinar la pena. Es por ello que con el fin de conocer un poco más sobre esta institución jurídica es preciso recurrir a las experiencias y conocimientos adquiridos por un magistrado, conocedor de la materia quien podrá brindarnos un mayor alcance sobre la praxis de esta figura jurídica dentro del proceso penal, siendo meritorio mencionar al Dr. \_\_\_\_\_, juez del \_\_\_\_\_,

quien atentamente me brinda su tiempo para esta breve entrevista, la misma que es realizada en las instalaciones del \_\_\_\_\_ el día \_\_\_\_\_ a horas \_\_\_\_\_.

**PREGUNTA: ¿Considera usted que el Código Penal regula la existencia de atenuantes privilegiadas?**

**RESPUESTA:**.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....

**PREGUNTA: En el momento de determinar la pena, de ser el caso ¿Cuáles son las circunstancias atenuantes privilegiadas que usted considera?**

**RESPUESTA:**.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....

.....  
.....

**PREGUNTA: Atendiendo a su respuesta anterior ¿Por qué razón las considera usted como circunstancias atenuantes privilegiadas?**

**RESPUESTA:**.....  
.....  
.....  
.....

.....  
.....  
.....  
.....

**PREGUNTA:** ¿Cuál es su criterio ante la posición doctrinaria respecto a que las que usted considera como atenuantes privilegiadas son tomadas como causales de disminución de la punibilidad?

**RESPUESTA:**.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....

**PREGUNTA:** Estando a que usted ha considerado e identificado ciertas atenuantes privilegiadas ¿Cuál sería el límite inferior y como determinaría la pena ante la presencia de la(s) atenuante(s) privilegiada(s)?

**RESPUESTA:**  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....

**PREGUNTA:** ¿Conoce usted de algún acuerdo plenario o jurisprudencia que nos remita al tratamiento del tema de entrevista?

**RESPUESTA:**.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....

La valiosa información recopilada el día de hoy es un notable aporte a la investigación realizada a través de este trabajo que busca sin lugar a dudas contribuir en el conocimiento diario de este notable y amplio campo del Derecho. Dr....., agradezco su tiempo y el aporte brindado, logrando con ello poder concluir con éxito la entrevista realizada. Gracias.

**Encargado o responsable:**  
Jesús Humberto Ferré Gómez  
*Bachiller en Derecho por la  
Universidad Nacional Pedro  
Ruiz Gallo.*

## **BIBLIOGRAFÍA**

- MENDOZA AYMA, Francisco Celis (2019). La medida del dolor – Determinación e individualización de la pena. Editorial Moreno S.A. Primera Edición: marzo de 2019.
- PRADO SALDARREAGA, Víctor Roberto (2018). La Dosimetría del castigo penal. Modelos, reglas y procedimientos. Editorial Ideas Solución. Primera Edición: diciembre de 2018.
- CASTILLO LIRA, Guido (2018). Jurisprudencia seleccionada sobre determinación de la pena e investigación preliminar. Editorial Nomos & Thesis EIRL. Primera Edición: enero de 2018.
- AVALOS RODRIGUEZ, Constante Carlos (2015). Determinación Judicial de la pena. Nuevos criterios. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición: junio 2015.



- MENDOZA AYMA, Francisco Celis (2015). Presupuesto acusatorio – Determinación e individualización de la pena – Proceso Penal. Jurista Editores EIRL. Edición: mayo de 2015.
- PRADO SALDARREAGA, Víctor Roberto. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. VAN WEEZEL, Alex. COUSO, Jaime (2015). Determinación judicial de la pena. Instituto Pacífico S.A.C. Primera Edición: febrero de 2015.
- HEINRICH JESCHECK, Hans (2014). Tratado de Derecho Penal – Parte General – Volumen I. Instituto Pacífico S.AC. Primera Edición: octubre de 2014.(págs.74-120)
- HEINRICH JESCHECK, Hans (2014). Tratado de Derecho Penal – Parte General – Volumen II. Instituto Pacífico S.AC. Primera Edición: octubre de 2014 (págs. 828-841; 897-959 y 1295-1348).
- VILLA STEIN, Javier (2008). Derecho Penal - Parte General. Editorial Grijley. Tercera Edición: abril de 2008.(págs. 499-508)
- VILLAVICENCIO TERRONES, Felipe (2006). Derecho Penal - Parte General. Editorial Grijley. Primera Edición: marzo de 2006. (págs.45-79 y 229-230)

### **HEMEROGRAFÍA**

- GARCÍA AQUINO, Jhonny Carlos. Un enfoque post positivista principialista de la determinación judicial de la pena: A propósito de una propuesta de un modelo de determinación de la pena. Actualidad Penal. Revista N°38. Editorial Instituto Pacífico. Edición: Agosto de 2017. (pág. 63-79).
- HERRERA GUERRERO, Mercedes Rosemarie. La prevención general como teoría normativa. Precisiones sobre la prevención general

positiva y negativa. JIMENEZ RUIDIAS, Juan. Una perspectiva constitucional de la pena en el marco del Estado democrático de derecho. Actualidad Penal. Revista N°32. Editorial Instituto Pacífico. Edición: febrero de 2017. (pág. 79-98 y 121-149 respectivamente).

- SÁENZ TORRES, Alexei Dante. La carencia de antecedentes penales como circunstancia atenuante genérica en el Código Penal de 1991. Actualidad Penal. Revista N°29. Editorial Instituto Pacífico. Edición: noviembre de 2016. (pág. 119-144).
- Cinco temas que deben debatirse en la audiencia de prisión preventiva (doctrina jurisprudencial vinculante). Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo N°81. Editorial El Búho E.I.R.L. Primera Edición: marzo de 2016. (pág. 233-254).
- REYNA ALFARO, Luis Miguel. Individualización judicial de la pena. Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo N°78. Editorial El Búho E.I.R.L. Primera Edición: diciembre de 2015. (pág. 47-52).
- VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. La función de la pena en un Estado constitucional de Derecho. Una aproximación. Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo N°75. Editorial El Búho E.I.R.L. Primera Edición: setiembre de 2015. (pág. 67-108).
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. El proceso de determinación e individualización de la pena en el sistema de los “tercios”. Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo N°69. Editorial El Búho E.I.R.L. Primera Edición: marzo de 2015. (pág. 122-137).
- REYES TELLO, Roxanna. Principio de jurisdiccionalidad de las penas y de las medidas de seguridad. Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo N°61. Editorial El Búho E.I.R.L. Primera Edición: julio de 2014. (pág. 221-231).







**UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA**  
**UNIDAD DE INVESTIGACION**



**ACTA DE SUSTENTACIÓN**

**A C T A DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL N° 05 -2021-UI-FDCP**

Sustentación para optar el Título de ABOGADO de don: **Jesús Humberto Ferré Gómez.**

Siendo las 12:30 p.m. del día martes 16 de febrero del 2021 se reunieron vía Plataforma Virtual MEET de Google Suite de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional “Pedro Ruiz Gallo”, los miembros del jurado evaluador de la tesis titulada: “ **EL PROBLEMA DE DETERMINAR LA PENA ANTE LA INEXISTENCIA DE REGULACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS**”, designados por Decreto N° 005-2019-UI-FDCP-UNPRG de fecha 04 de enero del 2019, con la finalidad Evaluar y Calificar la sustentación de la tesis antes mencionada, por parte de los Señores Catedráticos:

**PRESIDENTE : Abog. CARLOS MANUEL MARTINEZ OBLITAS.**  
**SECRETARIO : Dr. AMADOR MONDOÑEDO VALLE.**  
**VOCAL : DR. HUMBERTO FALLA LAMADRID**

La tesis fue asesorada por Abog. CESAR VARGAS RODRÍGUEZ, nombrada por Decreto N°005-2019-UI-FDCP-UNPRG de fecha 04 de enero del 2019.

El acto de sustentación fue autorizado por Resolución N°32-2021-VIRTUAL-UI-FDCP-UNPRG de fecha 08 de febrero del 2021.

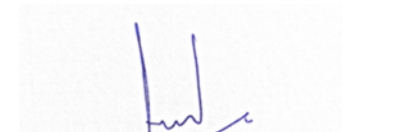
La tesis fue presentada y sustentada por el bachiller **Jesús Humberto Ferré Gómez** y tuvo una duración de 30 minutos. Después de la sustentación y absueltas las preguntas y observaciones de los miembros del jurado; se procedió a la calificación respectiva, obteniendo el siguiente resultado: **APROBADO con la nota de 17.08 (diecisiete y 00/08 ) en la escala vigesimal, mención de BUENO.**

**Por lo que queda APTO** para obtener el Título Profesional de **ABOGADO**, de acuerdo con la Ley Universitaria 30220 y la normatividad vigente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, y la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Siendo las 13:50 p.m., del mismo día, se da por concluido el acto académico suscribiendo los miembros del jurado el Acta; quedando registrado el video en el link: <https://drive.google.com/file/d/14q4GE2yeSXqICjHHeYQ3JTDa-OLIWAdv/view?usp=sharing>

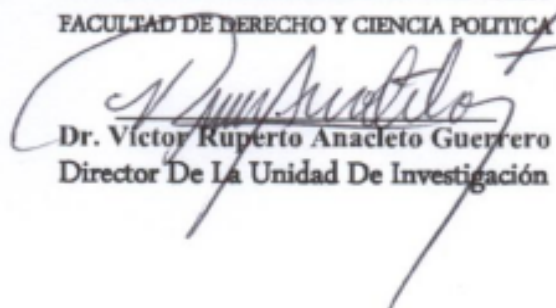
Lambayeque, martes 16 de febrero del 2021

  
Abog. CARLOS-MANUEL MARTINEZ  
OBLITAS  
Presidente del Jurado

  
Dr. AMADOR MONDOÑEDO VALLE  
Secretario del Jurado

  
DR. HUMBERTO FALLA LAMADRID  
Vocal del Jurado.

**Certificación:** *El Director de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, certifica la veracidad del contenido del Acta de sustentación de tesis Virtual N°05-2021-UI-FDCP correspondiente a Jesús Humberto Ferré Gómez, evento que se ha realizado de manera virtual el martes 16 de febrero del 2021 y aparece registrada en el archivo correspondiente.*

Lambayeque, 03 de noviembre del 2021  
UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA  
  
Dr. Víctor Ruperto Anacleto Guerrero  
Director De La Unidad De Investigación

## CONSTANCIA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD DE TESIS

Yo, Abog. CESAR VARGAS RODRÍGUEZ, Asesor de Tesis de Bach. Jesús Humberto Ferré Gómez, titulada **"EL PROBLEMA DE DETERMINAR LA PENA ANTE LA INEXISTENCIA DE REGULACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS"**, luego de la revisión exhaustiva del documento, constato que la misma tiene un índice de similitud de 18% verificable en el reporte de similitud del programa TURNITIN.

El suscrito analizó dicho reporte y concluyo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio. A mi leal saber y entender la tesis cumple con todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Lambayeque, 08 de enero del 2021.



Abog. CESAR VARGAS RODRÍGUEZ  
ASESOR

# EL PROBLEMA DE DETERMINAR LA PENA ANTE LA INEXISTENCIA DE LA REGULACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS

## INFORME DE ORIGINALIDAD

18%

INDICE DE SIMILITUD

18%

FUENTES DE  
INTERNET

0%

PUBLICACIONES

8%

TRABAJOS DEL  
ESTUDIANTE

## FUENTES PRIMARIAS

1

[idoc.pub](#)

Fuente de Internet

2%

2

[tesis.ucsm.edu.pe](#)

Fuente de Internet

1%

3

[repositorio.ucv.edu.pe](#)

Fuente de Internet

1%

4

Submitted to Universidad Catolica Los Angeles  
de Chimbote

Trabajo del estudiante

1%

5

[cybertesis.unmsm.edu.pe](#)

Fuente de Internet

1%

6

[core.ac.uk](#)

Fuente de Internet

1%

7

[www.oreguardia.com.pe](#)

Fuente de Internet

1%

8

Submitted to Universidad Continental

1 %

9

[dspace.unitru.edu.pe](https://dspace.unitru.edu.pe)

Fuente de Internet

1 %

10

[doku.pub](https://doku.pub)

Fuente de Internet

1 %

11

[www.derechopenalenlared.com](http://www.derechopenalenlared.com)

Fuente de Internet

1 %

12

[repositorio.unfv.edu.pe](https://repositorio.unfv.edu.pe)

Fuente de Internet

<1 %

13

[es.scribd.com](https://es.scribd.com)

Fuente de Internet

<1 %

14

[1library.co](https://1library.co)

Fuente de Internet

<1 %

15

[legis.pe](https://legis.pe)

Fuente de Internet

<1 %

16

[www.gacetajuridica.com.pe](http://www.gacetajuridica.com.pe)

Fuente de Internet

<1 %

17

[repositorio.unsaac.edu.pe](https://repositorio.unsaac.edu.pe)

Fuente de Internet

<1 %

18

[repositorio.upao.edu.pe](https://repositorio.upao.edu.pe)

Fuente de Internet

<1 %

19

Submitted to Universidad Andina Nestor

<1 %



# Caceres Velasquez

Trabajo del estudiante

---

20	Submitted to Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo	<1 %
----	--	------

Trabajo del estudiante

---

21	repositorio.unprg.edu.pe	<1 %
----	--------------------------	------

Fuente de Internet

---

22	docplayer.es	<1 %
----	--------------	------

Fuente de Internet

---

23	repositorio.uandina.edu.pe	<1 %
----	----------------------------	------

Fuente de Internet

---

24	es.slideshare.net	<1 %
----	-------------------	------

Fuente de Internet

---

25	legislacionparaintervenir.weebly.com	<1 %
----	--------------------------------------	------

Fuente de Internet

---

26	creativecommons.org	<1 %
----	---------------------	------

Fuente de Internet

---

27	www.scribd.com	<1 %
----	----------------	------

Fuente de Internet

---

28	repositorio.unsch.edu.pe	<1 %
----	--------------------------	------

Fuente de Internet

---

29	Submitted to Universidad Peruana Los Andes	<1 %
----	--	------

Trabajo del estudiante

---

30	qdoc.tips	
----	-----------	--



## Recibo digital

Este recibo confirma que su trabajo ha sido recibido por Turnitin. A continuación podrá ver la información del recibo con respecto a su entrega.

La primera página de tus entregas se muestra abajo.

Autor de la entrega: Jesus Humberto Ferré Gomez  
Título del ejercicio: REVISION DE TESIS  
Título de la entrega: EL PROBLEMA DE DETERMINAR L..  
Nombre del archivo: EGULACI\_N\_DE\_LAS\_CIRCUNSTA..  
Tamaño del archivo: 1.64M  
Total páginas: 140  
Total de palabras: 27,998  
Total de caracteres: 156,060  
Fecha de entrega: 09-ene-2021 05:08p.m. (UTC-0500)  
Identificador de la entrega: 1485066535



Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**TITULO**

**"EL PROBLEMA DE DETERMINAR LA PENA ANTE  
LA INEXISTENCIA DE LA REGULACIÓN DE LAS  
CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS"**

**TESIS PRESENTADO POR:**

**JESUS HUMBERTO FERRE GOMEZ.  
PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE  
ABOGADO**

**ASESOR:**

**DR. CÉSAR VARGAS RODRÍGUEZ**

LAMBAYEQUE, 2020