

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**“LIMITE DE REDUCCIÓN DE LA PENA EN LAS  
ATENUANTES PRIVILEGIADAS”**

**TESIS**

**PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL  
DE ABOGADO**

**AUTOR:**

Bach. Cordova Salazar, Andersson

**ASESOR:**

Ms. Cruz Vegas Guillermo Alexander

**Piura – Perú**

**2020**

**N° Reg.:\_\_\_\_\_**

## **DEDICATORIA**

A Dios y mi querida familia por ser el motivo de mi existencia.

## **AGRADECIMIENTO**

A los docentes y asesor de tesis de la  
universidad privada Antenor Orrego.

## PRESENTACIÓN

### **Señores Miembros de Jurado:**

De conformidad con lo establecido en el Reglamento de grados y títulos; y a efecto de optar el título profesional de abogado, someto a su la presente tesis titulada:

### ***“Límite de reducción de la pena en las atenuantes privilegiadas”***

La presente tesis trata de abordar una temática bastante discutida y no zanjada hasta la actualidad y en la que se propone, con un alto grado de colaboración con el desarrollo de la dogmática y sobretodo con la finalidad de que sirva para la mejor administración de justicia dentro de los estándares de justicia necesarios para un fortalecimiento de un Estado constitución y democrático.

Se ha pretendido analizar el vacío legal en cuento al tema de las atenuantes privilegiadas para marcar una alternativa u opción de aplicación en cuanto a la disminución por debajo del mínimo en estos casos.

Espero que el presente trabajo de investigación satisfaga las expectativas de ustedes como maestros del derecho penal.

## RESUMEN

Esta investigación ha tomado como base un problema de sumo interés en la dogmática y sobretodo con incidencia en la práctica procesal penal, pues se aborda un vacío legal, y proponemos una solución particular que constituye una solución que evitar de un lado penas demasiado bajas por delitos con penas altas, y al mismo tiempo previene la arbitrariedad judicial, mediante un criterio de interpretación sistemática y teniendo en cuenta la naturaleza de las atenuantes privilegiadas.

En ese contexto, se formuló como enunciado del problema el siguiente: ¿Qué criterio jurídico permitiría establecer el límite de la reducción de la pena en las atenuantes privilegiadas?, estableciendo como objetivo general: Determinar qué criterio permitiría establecer el límite de la reducción de la pena en las atenuantes privilegiadas; y como objetivos específicos: establecer los alcances del sistema de determinación penas en la legislación nacional peruana, analizar las atenuantes privilegiadas según la dogmática y el código penal peruano, explicar cuál es el criterio que permitiría establecer el límite de la reducción de la pena en las atenuantes privilegiadas.

Utilizados los métodos jurídicos de investigación que se han desarrollado en la presente tesis, sobre todo el dogmático y en función de lo que la doctrina y la poca jurisprudencia que existe, se ha llegado a comprobar la hipótesis siguiente: el criterio jurídico que permitiría establecer el límite de la reducción de la pena en las atenuantes privilegiadas es la equiparación a la confesión sincera; debiendo operar una reducción hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal, lo cual reduciría los márgenes de indeterminación judicial al momento de imponer la pena concreta.

## ABSTRACT

This investigation has taken as a basis a problem of Greta inertes in dogmatics and above all with an impact on criminal procedural practice, since it addresses a legal vacuum, and we propose a particular solution that constitutes a solution that avoids, on the one hand, too low penalties for crimes with high penalties, and at the same time prevents judicial arbitrariness, through a criterion of systematic interpretation and taking into account the nature of the privileged mitigating circumstances.

In this context, the following was formulated as a statement of the problem: What legal criterion would allow establishing the limit of the reduction of the sentence in privileged mitigating circumstances ?, establishing as a general objective: Determine which criterion would allow establishing the limit of the reduction of the grief in privileged mitigating circumstances; and as specific objectives: to establish the scope of the penalty determination system in Peruvian national legislation, to analyze the privileged mitigating factors according to Peruvian dogmatics and the penal code, to explain what is the criterion that would allow establishing the limit of the reduction of the sentence in the privileged mitigating factors.

Using the legal research methods that have been developed in this thesis, especially the dogmatic one and depending on what the doctrine and the little jurisprudence that exists, the following hypothesis has been verified: the legal criteria that would allow establishing the limit of the reduction of the sentence in the privileged mitigating circumstances is the comparison to the sincere confession; a reduction of up to a third below the legal minimum must operate, which would reduce the margins of judicial indeterminacy when imposing the specific penal

## Contenido

DEDICATORIA .....	2
AGRADECIMIENTO .....	3
PRESENTACIÓN .....	4
RESUMEN .....	5
ABSTRACT .....	¡Error! Marcador no definido.
CAPÍTULO I .....	9
EL PROBLEMA .....	9
<b>EL PROBLEMA</b>	
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: .....	10
1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA: .....	122
1.3 HIPÓTESIS: .....	122
1.4 JUSTIFICACIÓN: .....	122
1.4. OBJETIVOS:	
1.4.1 OBJETIVO GENERAL: .....	133
1.4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS: .....	133
1.5 VARIABLES:	
1.5.1 Variable independiente: .....	133
1.5.2 Variable dependiente: .....	13
CAPÍTULO II .....	13
MARCO TEÓRICO .....	14
<b>SUB CAPÍTULO I</b>	
DE LA DISCRECIÓN JUDICIAL AL SISTEMA DE TERCIOS .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>SUB CAPÍTULO II</b>	
PROCEDIMIENTO: ETAPAS EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA .....	¡Error! Marcador no definido.8
<b>SUB CAPÍTULO III</b>	
DETERMINACIÓN DEL LÍMITE DE REDUCCIÓN DE LA PENA POR DEBAJO DEL MÍNIMO EN LAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS .....	48
CAPÍTULO III	
MARCO METODOLÓGICO .....	55
CAPÍTULO IV	
CONCLUSIONES .....	59
VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	¡Error! Marcador no definido.0



# **CAPÍTULO I**

## **EL PROBLEMA**

## **1. EL PROBLEMA:**

### **1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:**

Actualmente ha recobrado fuerza el estudio de las penas en el Perú, ya que si bien es cierto, en un proceso penal, es la determinación de la culpabilidad o inocencia del acusado en un juicio oral, público y contradictorio, lo que ocupa la atención prioritaria del órgano persecutor así como del juzgador e inclusive de la defensa; la dosificación de la pena, a partir sobre todo de la entrada en vigencia de la ley 30076 que incorporó el sistema de tercios, la tarea de la aplicación de la pena en el proceso penal ha recibido mayor análisis tanto de la doctrina como de la jurisprudencia en el país.

Sobre la base de lo descrito en el párrafo precedente es necesario indicar que el nuevo sistema de tercios en la determinación de la pena ha impuesto una metodología, criticada por algunas y aprobada por otros, pero que en suma ha marcado el inicio de un mecanismo legal que impide que el juez puede actuar de forma arbitraria en la imposición de las condenas o de las penas, alimentándose con ello la seguridad jurídica y la predictibilidad en cuanto a la pena que se espera en determinadas circunstancias concretas. Este sistema de tercios, puede servir para que el juez, no pueda en casos muy semejantes ordenar penas diametralmente distintas. Un procedimiento para determinar la pena es mejor en un país donde la discrecionalidad judicial se ha convertido en arbitrariedad del juzgador.

Esta nueva normatividad que se impuso con la modificación del artículo 46 del código penal y en especial con la incorporación del artículo 45 –A del catálogo adjetivo, ha establecido una metodología clara para poder llegar a un apena que refleje los fines o funciones que esta debe lograr, esto es de resocialización, reeducación y reincorporación del penado en la sociedad.

Ahora bien, si bien es cierto el sistema aludido de determinación, el mismo no está exento de algunas falencias y sobretodo de vacíos legales, que hacen que se torne confuso, en ciertos aspectos, la determinación de la pena usando este sistema relativamente novedoso.

Uno de los temas que se presenta, nebuloso, es el caso de las atenuantes privilegiadas, es decir, aquellas que tiene como objeto la reducción de la pena por límites inferiores al mínimo legal para el delito concreto, así pues, explicando ello diremos que la pena no solo se determina dentro de los límites de la pena abstracta signada para cada delito, sino que esta puede en ocasiones exceder su máximo o ser inferior a su mínimo; en el primer caso estamos frente a la agravantes cualificadas y en el segundo caso estamos en presencia de las atenuantes privilegiadas.

La citada diferencia entre las atenuantes privilegiadas y las agravantes cualificadas no es la única, sino que otra nota diferenciadora es que en las atenuantes privilegiadas, a diferencia de lo que sucede en las agravantes cualificadas, no se establecido cuánto es el límite máximo de reducción por debajo del mínimo en estos caso, vale explicar, entonces que en el caso de las atenuantes privilegiadas, se sabe que la pena se impondrá por debajo del mínimo, pero no se sabe, debido a que hay un vacío en la ley, de hasta dónde debe operar esta reducción.

Lo que se pretende en la investigación es poder brindar un derrotero para evitar que la determinación de la pena vuelva a caer en esa suerte de vacío que beneficia o alimenta la inseguridad jurídica originada por interpretaciones antojadizas o criterios disímiles sin fundamentación alguna, que se puede ver en la realidad. Así pues, mientras un sector puede afirmar que la reducción sería hasta los dos días, por ser la pena mínima que señala el artículo 29 del código penal cuando esta privativa de la libertad, otros insisten en que ello queda al arbitrio judicial, así como la reducción de un tercio, pero sin llegar a completar una interpretación

coherente y que satisfaga las exigencia de una motivación judicial coherente. En suma desarrollaremos una interpretación sistema con la confesión sincera que permitirá determinar hasta cuando hay que reducir pero como una debida argumentación normativa acorde a derecho.

## **1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA:**

¿Qué criterio jurídico permitiría establecer el límite de la reducción de la pena en las atenuantes privilegiadas?

## **1.3 HIPÓTESIS:**

El criterio jurídico que permitiría establecer el límite de la reducción de la pena en las atenuantes privilegiadas es la equiparación a la confesión sincera; debiendo operar una reducción hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal, lo cual reduciría los márgenes de indeterminación judicial al momento de imponer la pena concreta.

## **1.4 JUSTIFICACIÓN:**

La investigación se encuentra justificada, puesto que, es relevante que las normas de carácter sustantivas, adscritas al código penal peruano de aplicación al proceso penal, garantice la seguridad jurídica, específicamente al establecer el límite de la reducción de la pena en las atenuantes privilegiadas, caso contrario en algunos casos de praxis judicial estaríamos frente a interpretaciones antojadizas o criterios disímiles sin fundamentación alguna, en ese sentido es inexorablemente necesario establecer el límite de reducción de pena en las atenuantes privilegiadas con la finalidad que los justiciables alcance lo justo legal a partir de normas concretas que enmarquen el actuar del juez dentro de los cánones procesales, siendo lo mínimo exigible en un estado

constitucional de derecho garantizar la seguridad jurídica de los recurrentes.

## **1.5. OBJETIVOS:**

### **1.5.1 OBJETIVO GENERAL:**

- Determinar qué criterio permitiría establecer el límite de la reducción de la pena en las atenuantes privilegiadas

### **1.5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS:**

- Establecer los alcances del sistema de determinación penas en la legislación nacional peruana.
- Analizar las atenuantes privilegiadas según la dogmática y el código penal peruano.
- Explicar cuál es el criterio que permitiría establecer el límite de la reducción de la pena en las atenuantes privilegiadas.

## **1.6 VARIABLES:**

### **1.6.1 Variable independiente:**

Criterio jurídico

### **1.6.2 Variable dependiente:**

Reducción de la pena en las atenuantes privilegiadas.

# **CAPÍTULO II**

## **MARCO TEÓRICO**

## **SUB CAPÍTULO I**

### **DE LA DISCRCIONALIDAD JUDICIAL AL SISTEMA DE TERCIOS**

#### **1. LA LEY 30076 Y EL SISTEMA DE TERCIOS:**

A través de la Ley n.º 30076, con fecha 19 de agosto de 2013, se incorporó el artículo 45o-A al Código penal nacional, bajo el rótulo «Individualización de la pena». Con ello se estableció la regla de los tercios en la normativa jurídico-penal, luego de algunas propuestas en tal sentido, presentadas en reuniones o eventos académicos, en ponencias, como en reuniones de magistrados judiciales, destinadas para fijar criterios en la determinación judicial de la pena.

La sana crítica, introducida con el nuevo modelo procesal penal, propio de un sistema acusatorio-garantista, en reemplazo del denominado «criterio de conciencia», ha traído consigo, como consecuencia constatable, la necesidad de replantear el abordaje de la determinación judicial de la pena, teniendo en cuenta que los elementos que componen a la sana crítica vienen a estar dados, en líneas generales, por las reglas científicas, el uso de la lógica y las máximas de la experiencia. Lo uno implicó lo otro. Y era cuestión de tiempo que se presente la oportunidad legislativa al respecto.

La regla de los tercios en la determinación judicial de la pena, introducida con la incorporación del artículo 45º-A en mención no vendría a ser sino la cristalización, a nivel legislativo, de una serie de reflexiones e intentos en tal sentido, como los acontecidos en la magistratura judicial del país, reflejada en los acuerdos plenarios n.º 1-2008/CJ-116 (asunto: Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena), 4-2009/ CJ-116 (asunto: Determinación de la pena y concurso real de delitos), 5-2009/CJ-116 (asunto: Proceso de terminación anticipada: aspectos esenciales), 2-2008/CJ-116 (asunto: Alcances de la pena de inhabilitación), 10-2009/CJ-116 (asunto: Ejecución de la pena de inhabilitación y recurso impugnatorio),

7-2009/CJ-116 (asunto: Personas jurídicas y consecuencias accesorias), 8-2009/CJ-116 (asunto: La prescripción de la acción penal en los artículos 46°-A y 49° del Código penal).

En el caso de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la República, la reflexión de la máxima magistratura judicial del país sobre la pena y su determinación judicial ha dado sus frutos en tal cristalización. Sin duda, el logro de la regla de los tercios es destacable, pues con su introducción se verifica un tratamiento científico del quantum de la pena, cuando desde el plano de la pena abstracta se llega a la concreción del plano de la pena concreta, luego de una serie de operaciones aritméticas para el efecto.

Sin embargo, el logro de la regla de los tercios en la determinación judicial de la pena no se encuentra actualmente exento de ciertas dificultades que problematizan hasta cierto punto el hecho de la determinación en cuestión, siendo el propósito del presente trabajo ubicar esas inconsistencias, buscando darles una debida solución, considerando siempre que el camino para encontrar progresivas cuotas de justicia material es a través, necesariamente, de la determinación judicial de la pena.

## **2. REGULACIÓN DEL SISTEMA DE TERCIOS:**

La regla de los tercios fue incorporada al Código penal peruano expresamente por el artículo 2° de la Ley n.° 30076, publicada con fecha 19 de agosto de 2013 en el Diario Oficial El Peruano, en el artículo 45°-A, con la sumilla «Individualización de la pena», bajo el literal tenor:

### ***Artículo 45°-A. Individualización de la pena***

*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*

*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.*

*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 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 la pena concreta se determina dentro del tercio superior.*
- 3. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de las siguientes maneras:*
  - 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.*

### **3. LA DETERMINACION DE LA PENA: CUALITATIVA Y CUANTITATIVA**

Un primer alcance del artículo incorporado se refiere a la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena, cuando se establece que «toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena». Adicionalmente al tema de la debida motivación de las resoluciones judiciales, es importante destacar que la determinación judicial de la pena tendría dos ámbitos o niveles, como son lo cualitativo y lo cuantitativo.

En ese sentido, es de destacarse que, como sostiene el reconocido profesor Víctor PRADO SALDARRIAGA en su trabajo Sentencia penal y determinación judicial de la pena en el nuevo Código procesal penal de 2004, la función de la determinación consiste en identificar y medir las dimensiones cualitativas y cuantitativas de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar al autor o partícipe de un delito, tratándose, por tanto, de un procedimiento técnico y valorativo de individualización de sanciones penales. Dimensiones cualitativas y cuantitativas que pueden expresarse como una determinación cualitativa y cuantitativa de la pena, respectivamente, aunque la determinación tiende, en última instancia, a expresarse en términos cuantitativos, salvo el caso de la pena restrictiva de libertad, en lo específico de la expulsión del país, tratándose de extranjeros, en donde no habría exactamente una cuantificación de la pena, en cuanto pena concreta tras un margen de penalidades abstractas, sino una determinación de la clase de pena aplicable al caso concreto.

La determinación cualitativa de la pena guarda relación con la clase de pena que se aplica al caso en concreto. Empero, también se encuentra referida, en cierta forma, con lo que el Código penal, en su artículo 45°, considera

como presupuestos para fundamentar y determinar la pena, en el sentido que el juzgador, al momento de fundamentar y determinar la pena, tendrá en cuenta: Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo: posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función que ocupe en la sociedad; su cultura y sus costumbres; y los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen.

Lo cualitativo es lo opuesto a lo cuantitativo. Pero, aparte de la contraposición de los términos, tenemos que el acto de cuantificar, en el ámbito del derecho penal, no se da sobre un plano de nada, sino sobre la base de lo cualitativo. En realidad, lo que se cuantifica es lo cualitativo. No puede cuantificarse lo cuantitativo, porque simplemente lo cuantitativo cuantificado está (Prado Saldarriaga, 2010).

En esa medida, se han de analizar los factores cualitativos en mención, como son las carencias sociales sufridas por el sujeto agente, su cultura y sus costumbres, y, los intereses de la víctima; y convertirlos, mediante un juicio de cuantificación, en datos cuantitativos en la determinación cuantitativa de la pena. De ese modo, las carencias sociales informan de la posibilidad de una atenuación en la penalidad, a diferencia del abuso de la posición de dominio, que implicaría lo contrario, esto es, la posibilidad de una agravante. Pero ya sea lo uno o lo otro, lo cierto es que esos mensajes de atenuación y de agravación necesitan enmarcarse dentro de un contexto de orden y congruencia en materia de juicio de penalidad.

#### **4. EL PRINCIPIO DE PROHIBICION DE DOBLE VALORACIÓN:**

El segundo párrafo del artículo 45°-A del Código penal menciona que, 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. Al hacerlo, está señalando que la determinación judicial de la pena gira alrededor de lo fáctico, es decir, respecto a las circunstancias concretas de los hechos cometidos por obra del sujeto activo del delito, que no estén previstas en los tipos penales, como una cierta garantía de no conculcación al principio del *non bis in ídem*.

En ese sentido, el nuevo tenor del artículo 46° del Código penal incluye las circunstancias concretas de lo fáctico, sobre lo cual gira la determinación judicial de la pena, ya sea a nivel de circunstancias de atenuación (inciso 1) o agravación (inciso 2).

Las circunstancias de atenuación descritas en el artículo 46° en mención son: La carencia de antecedentes penales; obrar por móviles nobles o altruistas; obrar en estado de emoción o de temor excusables; la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible; procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias; reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del : generado; presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible para admitir su responsabilidad; y la edad del imputado, en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible.

Por otro lado, *las circunstancias de agravación* consideradas en el artículo 46° son: Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común con la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad; ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria; ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole; emplear la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común; ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar que dificulten la defensa del

ofendido o la identificación del autor o partícipe; hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función; la pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito; ejecutar la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional; y cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva.

Dichas atenuantes y agravantes están relacionadas directa o indirectamente con la conducta antijurídica del sujeto agente. Sobre las circunstancias concretas de lo fáctico, considerando las agravantes y atenuantes que el Código penal ha reconocido en la nueva redacción de su artículo 46°, se ha de hacer la determinación judicial de la pena debiendo considerar como límite la advertencia que hace el mismo Código, en el sentido de no incurrir en una doble valoración de las circunstancias, cuando estipula en el segundo párrafo del artículo 45°-A que no debe de tratarse de circunstancias constitutivas de deliro ni modificatorias de responsabilidad penal. Ese dato informa, de modo por demás transparente, que no debe determinarse la pena sobre la base de descripciones del tipo penal, ya sea cuando en este se crea un nuevo delito basado en una agravante. Como ejemplos ahora podemos citar los casos: del homicidio, que sumado al parentesco consanguíneo en línea recta se convierte en parricidio; del homicidio, que, con la adición de circunstancias cualificadas, como la gran crueldad o el sicariato, se convierte en asesinato; o del hurto, que, con el plus de la violencia o amenaza contra la persona, se transforma en el tipo penal de robo.

#### 4.1. LA PROHIBICIÓN DE LA CONSIDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS CONSTITUTIVAS DE DELITO

La razón de ser de la advertencia de no incurrir en una violación al *ne bis in idem* obedece, en primer lugar, a criterios de justicia material, pues no es soportable la idea de una doble aplicación de agravantes, porque ello perjudicaría claramente los derechos e intereses del imputado. Se aplica dos veces la misma agravante, por ejemplo, cuando, habiéndose considerado que la conducta punible se corresponde a una modalidad de asesinato ejecutada por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria; se utilice redundantemente estas circunstancias concretas fácticas al momento de la determinación judicial de la pena por tal ilícito penal

Por otro lado, también se tiene que el imputado podría verse beneficiado con la doble aplicación de una misma atenuante, como es el caso del obrar en estado de emoción excusable, que forma parte del delito de homicidio por emoción violenta. En este punto, difícilmente se tratará de una conculcación al *ne bis in idem*, en perjuicio del imputado, sino todo lo contrario, por lo que el criterio predominante que se impone es de justicia material. La justicia no se limita al procesado, bajo ningún punto de vista, al comprender a todos los sujetos procesales, estando reflejada por excelencia en la decisión adoptada por el juzgador.

En consecuencia, en esta prohibición, ubicable en el tenor del segundo párrafo del artículo 45° A del Código penal, hay una referencia a la descripción típica de específicos delitos incluidos en el catálogo contenido en el Libro segundo de Código punitivo -lista de delitos que, por cuestiones de política criminal o por razones de mutación cultural (o lo que fuera) puede ser modificada por el

legislador, sea con motivos serios o carentes de sentido, haciendo de ese modo que la dogmática realice su trabajo técnico con la materia prima vigente y proveniente de la legislación penal nacional. Solamente en ese ámbito o nivel pueden encontrarse las circunstancias constitutivas de delito, dependiendo de cada ordenamiento jurídico penal si se está o no ante determinada agravante. Es el caso de la agravante por parentesco que torna posible el delito de parricidio, por ejemplo.

En segundo lugar, hay criterios de ordenación que inspiran la prohibición en mención, pues una de las características del orden viene a ser la armonía de los elementos implicados en la noción o el concepto de ordenación.

#### **4.2. LA PROHIBICIÓN DE LA CONSIDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD**

La prohibición no solamente se encuentra contemplada para circunstancias incluidas en el tipo penal, ya sea como agravantes o atenuantes, sino que también se refiere a modificaciones de responsabilidad previstas en la parte general del texto codificado. La razón de tal prohibición la podemos encontrar en la proscripción de la doble valoración. Las circunstancias que no constituyen delito, sino lo que se encuentra contemplado como agravantes o atenuantes que hacen que la pena abstracta se mueva ya sea por encima como por debajo del máximo y del mínimo legal, respectivamente, es lo que en este apartado es objeto de prohibición. Como ejemplo, tenemos lo previsto en el artículo 46 A del Código penal, que establece una serie de agravantes por la condición del sujeto activo del delito, como el aprovechamiento de su calidad de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional,

autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible, frente a las cuales se considera un aumento de pena de hasta la mitad por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, con la limitación legal establecida en el artículo 29° del texto penal sustantivo en mención, para el caso de la pena privativa de libertad temporal a no superior de treinta y cinco años de pena privativa de libertad), as ejemplos, puede citarse los casos del aprovechamiento de los conocimientos adquiridos en el ejercicio de la fundón para cometer el hecho punible; o cuando el sujeto activo, desde un establecimiento penitenciario, donde se encuentra privado de su libertad, comete en calidad de autor o partícipe el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro, frente a lo cual el juzgador podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, con la limitación legal correspondiente mencionada ut supra.

## **5. LAS CIRCUNSTANCIAS GENERICAS: AGRAVANTES y ATENUANTES**

El artículo 46° del Código penal peruano considera dos bloques de circunstancias, unas agravantes y otras atenuantes. Son de carácter táctico, pero a la vez también conductual, pues se establece, por ejemplo, que la carencia de antecedentes penales es una atenuante. Este hecho de carecer de antecedentes penales, ciertamente no tiene que ver con la acción en sí del sujeto activo del delito, sino con su conducta anterior. Es, en cierta medida, una especial consideración a manera de específico premio para el hechor frente al cual se cierce nada menos que el aparato punitivo del Estado.

Se aprecia una buena intención en la modificación legal al introducir la regla de los tercios en la determinación judicial de la pena. Sin embargo, en su redacción literal se sugiere la idea de un *numerus clausus*, esto es, de un

número cerrado de elementos, requisitos, circunstancias o precisiones que se hacen sobre un asunto determinada. Al no consignar un inciso o párrafo abierto, del tipo de: «otras circunstancias fácticas que el juzgador estime necesarias de evaluar según el sistema de la sana crítica», se cierran las posibilidades de analizar, evaluar y aplicar otras circunstancias fácticas de la acción en sí y de conducta. Esto implica una cierta falencia en la modificación legal, sobre todo si recordamos que la anterior redacción del artículo 46° del Código penal establecía expresamente que, para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, considerando especialmente:

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

El «considerar especialmente» tanto agravantes como atenuantes, consideradas en un solo bloque, implicaba que podían considerarse otras circunstancias atenuantes y agravantes en la determinación de la pena. Esto significaba que la relación de tales circunstancias era un *numerus apertus*: no cerrado, sino abierto a otras posibilidades fácticas. Una

regulación así estaba más acorde con la realidad de las circunstancias que se dan en el plano de la comisión de un hecho delictivo, pues cada caso jurídico penal tiene sus propias aristas, no habiendo nunca igualdad en los supuestos fácticos, sino, en determinados casos, tan sólo semejanza.

En cambio, la actual redacción del artículo 46° del texto penal sustantivo cierra las puertas a esa pletórica realidad, consagrando el *numerus clausus* por encima del *numerus apertus*, haciendo que el juez [Hieda ser visto, en cierta medida, como «boca de la ley», sin mayor margen de maniobra en la tarea de la interpretación y aplicación de la norma jurídico-penal, lo que sin duda no tendría correspondencia con el momento evolutivo actual del Estado constitucional de derecho, en donde por encima de la ley se erige el texto constitucional del país.

Ahora bien, no se trata que el juzgador tenga «carta libre» al momento de considerar la aplicación de agravantes o atenuantes fácticas, sino que puede considerar aquellas circunstancias que encajan dentro de parámetros de cierta responsabilidad. En este sentido, rescatamos a (Jiménez Niño, 2013) cuando afirma que las circunstancias del artículo 46° del Código penal no son las únicas aplicables, dado que el principio de culpabilidad, como comportamiento del ser humano, subyace a toda imposición de pena y no puede manifestarse exclusivamente en las expresiones contenidas en el artículo en referencia.

A guisa de ejemplo, se tiene que si bien el inciso 1, parágrafo a) del artículo 46° del Código penal considera como circunstancia de atenuación a la carencia de antecedentes penales, ello no significa, en primer lugar, que la carencia de antecedentes judiciales esté necesariamente fuera de lugar como atenuante, toda vez que también señala un cierto camino de buena conducta previa por parte del sujeto activo del delito, y, en segundo lugar, no significa que la posesión de antecedentes penales como agravante solamente tenga sentido cuando se trata del instituto de la reincidencia, que viene a ser una circunstancia agravante cualificada que hace que la pena concreta se determine por encima del tercio superior (artículo 45°-A, tercer

párrafo, inciso 3, parágrafo b del referido texto sustantivo). Esto debido a que es contrario a la lógica y a la razón que no sea una agravante fáctica común el hecho que un procesado registre considerable número de antecedentes penales con pena suspendida, ya que el instituto de la reincidencia, en sentido estricto, se monta sobre el concepto de pena cumplida, y no puede considerada dentro de la órbita de una agravante común.

## SUB CAPÍTULO II

### PROCEDIIMIENTO: ETAPAS EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

#### 1. DEFINICIÓN:

Analizando las reglas para la deliberación de la determinación de la penal en la norma procesal, en un enfoque precursor, el autor nacional Víctor PRADO SALDARRIAGA sostiene que lo relevante del artículo 392° del nuevo Código procesal penal se encuentra en su inciso 4, pues en él se ratifica la elección del «término medio» ante la discordia que tengan los jueces al pronunciarse sobre la extensión de la pena concreta a imponer (Prado Saldarriaga, 2010). Afirma el citado autor “operativamente la determinación judicial de la pena debe estructurarse y desarrollarse como un procedimiento con etapas o fases que debe transitar el juez, y tradicionalmente, la doctrina y la legislación han identificado como integrantes de este procedimiento práctico dos etapas secuenciales: la identificación de la pena básica y la individualización de la pena básica y la individualización de la pena concreta” (Prado Saldarriaga, 2010).

El procedimiento de la determinación judicial de la pena reconoce la existencia de fases, como en todo acontecimiento de la realidad objetiva susceptible de ser analizado bajo el prisma de la ciencia. En ese sentido se pronuncia el artículo 4S° - A del Código penal.

Asimismo, el artículo 45°- A, tercer párrafo del Código penal contempla legalmente la determinación de la pena aplicable considerando tres (3) etapas: La identificación de la pena abstracta básica, la determinación de la pena concreta básica y la determinación de la pena concreta derivada por la presencia de atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas, considerando que se aplica la regla de tercios desde la primera etapa de la determinación de la pena.

## **2. FASES DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA:**

### **2.1. LA IDENTIFICACIÓN DE LA PENA ABSTRACTA BÁSICA**

La norma para esta fase contempla, como prescripción legal, que el espacio punitivo de determinación se identifica a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes. Lo que en buena cuenta significa considerar el extremo mínimo y máximo de penalidad del delito específico de que se trata, y en el espacio que se ubica entre tales extremos hacer una división en tres partes, con lo cual se introduce la regla de tercios en el procedimiento.

Queda claro que, si la norma penal no determina un extremo mínimo expresamente, se considera que este será de dos (2) días. Similarmente, si no se prevé un extremo máximo determinado, este será treinta y cinco (35) años. Eso se aplica en casos como en el delito de abandono de cargo, previsto en el artículo 380° del Código penal, que se reprime con pena privativa de libertad no mayor de dos años, sin indicar el extremo mínimo. Al no consignarse expresamente el extremo mínimo en la descripción típica, se aplica lo dispuesto en el artículo 29° del Código punitivo, que establece que la pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua, y que, en el primer caso, tendrá una duración mínima de treinta y cinco años. El mismo artículo se aplica que no tiene consignado expresamente extremo máximo de penalidad -como el delito de parricidio, reprimido con pena privativa de libertad no menor de (quince años en su forma básica, y con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años en su forma agravada-

Cada segmento de los tercios (inferior, intermedio y superior) ha de aplicarse considerando el artículo 46° del Código penal, que trata sobre las circunstancias de atenuación y agravación.

## 2.2. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA CONCRETA BÁSICA

El inciso 2 del tercer párrafo del artículo 45°-A del Código penal estipula que el juez determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes, que se entiende que son las establecidas en el artículo 46° del referido texto sustantivo (circunstancias de atenuación y agravación), en observancia de ciertas reglas:

### 2.2.1. DENTRO DEL TERCIO INFERIOR

El acápite a) del inciso 2 del artículo 45°-A en mención estipula que cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior. En este caso se presentan, pues, dos situaciones.

**a) Cuando no hay agravantes ni atenuantes.** - La ubicación de la pena concreta en el tercio inferior se da cuando no se detecta la presencia de circunstancias atenuantes ni agravantes, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de atenuación y agravación consideradas en el artículo 46° del Código penal, que tendría un carácter de *numerus clausus*. Implica que no debe presentarse ninguna de las circunstancias contempladas en los dos incisos del artículo 46° del Código penal.

A la «no verificación» de la presencia de circunstancias atenuantes (como la carencia de antecedentes penales) ni de circunstancias agravantes (como ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable), por imperio de la ley, la pena concreta se ubicará en el segmento de penalidad abstracta referido al tercio inferior. Sin embargo, esto encerraría una cierta contradicción, pues tal «no verificación» implica, en

cierta forma, una nulidad, en el sentido de la nula presencia de circunstancias de atenuación y agravación. Esta nulidad de circunstancias agravantes y atenuantes sería total. En esta línea de razonamiento, una «nulidad total» tendría quizás más sentido en una ubicación al nivel del tercio medio o intermedio, puesto que, al no haber atenuante alguna, no hay razón para «mirar hacia abajo», hacia el tercio inferior; asimismo, al no haber agravante alguna, tampoco razón para «mirar hacia arriba», hacia el tercio superior. En hay razón para «mirar hacia arriba», hacia el tercio superior. En consecuencia, si no hay razón para mirar ni hacia arriba, ni hacia abajo, la lógica indica que se debería «mirar hacia el medio»- hacia el tercio intermedio. Sin embargo, en un Estado de derecho como el nuestro, hasta que la norma no sea modificada o derogada debe de ser respetada.

#### **b) Cuando concurren únicamente circunstancias atenuantes**

La norma en comentario habla de concurrencia. En una interpretación literal, solamente cabría la ubicación en el tercio inferior cuando se detecta la presencia de varias atenuantes. El problema con ello radica en que, si mantenemos la ubicación en el tercio intermedio por existir una sola atenuante, estaríamos invadiendo el tercio en el que, conforme a lo explicado en el párrafo anterior, solo deberían ingresar los supuestos donde hay «anulación» de agravantes y atenuantes. Ante la verificación de una única atenuante, no habría razón para hablar de anulación.

Por ello, en estos casos la interpretación extensiva sería la correcta: Bastaría que se detecte una atenuante para la ubicación de la pena concreta esté en el tercio inferior.

### **2.2.2. DENTRO DEL TERCIO INTERMEDIO**

El acápite b) del inciso 2 del tercer párrafo del artículo 45° - A del Código Penal prescribe que cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio. Eso quiere decir que si concurre la circunstancia atenuante

La mayor presencia de circunstancias agravantes, por sobre encima de las circunstancias atenuantes, determinará que la pena concreta se proyecte hacia el punto final del tercio intermedio.

### **2.2.3. DENTRO DEL TERCIO SUPERIOR**

El acápite c) del inciso 2 in comento estipula que cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior. Eso significa, en otras palabras, que, si solamente concurren circunstancias agravantes, como el ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole o hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible que las necesarias para consumar el delito, la ubicación de la pena concreta estará en el tercio superior.

A mayor número de circunstancias agravantes, la pena concreta se proyectará hacia el punto final del tercio superior. En sentido contrario, a menor número de circunstancias agravantes, la pena concreta se proyectará hacia el punto inicial del tercio superior, considerando que cada tercio (inferior, intermedio y superior) tiene su correspondiente punto inicial y punto final.

## **2.3. DETERMINACION DE LA PENA POR DEBAJO DEL MÍNIMO O POR ENCIMA DEL MAXIMO LEGAL**

El inciso 3 del tercer párrafo del artículo 45°-A del Código penal estipula que cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina en tres sentidos: 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.

### **2.3.1. POR DEBAJO DE LA PENA ABSTRACTA:**

Si la pena concreta básica se ubica entre el extremo mínimo y máximo de penalidad, la pena concreta derivada escapa a la escala de penalidad establecida por la ley penal para cada delito en específico, creando un nuevo espacio de punición por debajo del tercio inferior. En ese sentido, la derivación es respecto a la pena básica contemplada por la ley.

La prescripción legal al respecto informa en el acápite a) del inciso 3 del artículo 45°-A en mención que, tratándose de circunstancias atenuantes privilegiadas, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior, no debiendo confundir tales circunstancias atenuantes con las contenidas en el artículo 46° del Código penal, así como tampoco con las previstas a nivel de los tipos penales de la parte especial del Código penal, ya que se trata de atenuantes privilegiadas.

El mandato legal es por demás evidente: La pena concreta se determina por debajo del tercio inferior, por lo que interesa manejar

no un nuevo espacio punitivo que se suma al anterior de la pena básica abstracta, sino un nuevo espacio que se segmenta en tres tercios con un propio extremo mínimo y un nuevo extremo máximo que sería el extremo mínimo de escala de penalidad abstracta original. Así, por ejemplo, en el delito de homicidio simple, el extremo mínimo de penalidad básica abstracta (6 años) será el extremo máximo de - - espacio punitivo. Gráficamente:

No hay razón para añadir el nuevo espacio punitivo al espacio punitivo original de la pena básica abstracta, pues por imperio de la ley, en el caso de circunstancias atenuantes privilegiadas, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior, no en el tercio inferior ni mucho menos en el tercio intermedio ni en el tercio superior, sino necesaria y suficientemente por debajo del tercio inferior, por debajo del mínimo legal para el delito de que se trate en específico.

Dependiendo de la presencia de atenuantes y agravantes fácticas, consideradas en el artículo 46° del Código penal, la pena concreta se ubicará ya sea en el tercio inferior, intermedio o superior del nuevo espacio punitivo creado por la presencia de la atenuante privilegiada.

### **2.3.2. POR ENCIMA DEL MAXIMO LEGAL:**

En el caso de la presencia de circunstancias agravantes cualificadas, la prescripción legal al respecto informa en el acápite b) del inciso 3 del artículo 45°-A en mención que, tratándose de circunstancias agravantes cualificadas, la pena concreta se determina por encima del tercio superior, no debiendo confundirse tales circunstancias agravantes con las contenidas en el artículo 46° del Código penal, así como tampoco con las previstas a nivel de los tipos penales de la parte especial del Código penal, ya que se trata de agravantes cualificadas.

Aquí también el mandato legal es por demás evidente; La pena concreta se determina por encima del tercio superior, por lo que interesa manejar no un nuevo espacio punitivo que se suma al anterior de la pena básica abstracta, sino un nuevo espacio que se segmenta en tres tercios con un extremo mínimo que sería el extremo máximo de la pena básica y un nuevo extremo máximo que no puede sobrepasar, en el caso de la pena privativa de libertad temporal, los treinta y cinco (35) años. De ese modo, por ejemplo, en el delito de homicidio simple (artículo 106° del Código penal), el extremo máximo de penalidad básica abstracta (20 años) será el extremo mínimo del nuevo espacio punitivo.

Como la norma es taxativa, tanto las atenuantes como las agravantes fácticas previstas en el artículo 46° del Código penal son. De aplicación en el nuevo espacio punitivo (desde los veinte hasta los treinta años), de modo que, si hay atenuantes fácticas, como el obrar por móviles nobles o altruistas, o el obrar en estado de emoción o de temor excusables, el rango de la pena concreta estará en el tercio inferior de ese nuevo espacio punitivo, pero por encima del tercio superior de la pena básica abstracta (el espacio punitivo original), que sería entre 20 y 23.33 años.

No hay razón de ser en volver a considerar los tercios de la pena básica original precisamente por lo taxativo de la ley. La pena concreta se ubicará por encima del tercio superior (original). El criterio de la justicia material también sirve para indicar que la pena debe de ser intensa, por la presencia de la agravante cualificada, y no así menor como sería el caso de ubicarse en el tercio inferior de la pena básica (cercano a los 6 años) por la presencia de una atenuante fáctica de consideración.

La presencia de varias atenuantes fácticas hará posible que la pena concreta se proyecte hacia el límite inferior del tercio inferior del nuevo espacio punitivo. La misma lógica se sigue respecto a la presencia de agravantes fácticas, como ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria; o ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole; pues en este caso la pena concreta se ubicará en el tercio superior del nuevo espacio punitivo (en el ejemplo, de 26.66 a 30.00 años): ante un mayor número de agravantes de ese tipo, la pena concreta se proyectara hacia el extremo máximo mismo del tercio superior de ese nuevo espacio punitivo.

#### **2.4. CO-EXISTENCIA DE ATENUANTES PRIVILEGIADAS Y AGRAVANTES CUALIFICADAS:**

Finalmente, el acápite c) del inciso 3 del tercer párrafo del artículo 45° - A del Código penal informa que 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.

En la concurrencia de atenuantes privilegiadas, que hacen que la pena concreta se determine por debajo del tercio inferior, y agravantes cualificadas, que hacen que la pena concreta se determine por encima del tercio superior, se genera como consecuencia una recíproca anulación de tales atenuantes y agravantes. El mandato legal es evidente. La mencionada concurrencia implica que la pena concreta se determine dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito en específico. El mayor alcance de las agravantes cualificadas por encima del máximo legal previsto para determinado tipo penal se anula con el mayor alcance de las atenuantes privilegiadas por debajo del mínimo legal al respecto. Por tanto, al anularse la aparición de los nuevos espacios punitivos por la concurrencia de agravantes y atenuantes privilegiadas lo lógico era afirmar la presencia de la pena

básica abstracta descrita en la penalidad original establecida por la ley, con sus correspondientes extremos mínimo y máximo, que en el caso del delito de homicidio simple van desde los seis (6) hasta los veinte (20) años, o en el caso del delito de libramiento indebido comprende desde un (1) año hasta los cinco (5) años, etc.

### **3. ESPECIAL REFERENCIA A LAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS:**

#### **3.1. NATURALEZA:**

A nivel de las atenuantes privilegiadas se detecta una cierta incongruencia o falta de previsión expresa. El articulado del cuerpo del texto penal sustantivo considera en no muchos artículos de modo expreso que la disminución de la pena será por debajo del mínimo legal para determinado tipo penal. Así, por ejemplo, el artículo 21° del Código penal describe claramente que en los casos del artículo 20°, cuando no concorra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal; y el artículo 212°, del catálogo de delitos pertenecientes a los atentados contra el sistema crediticio, que estipula que podrá reducirse la pena hasta por debajo del mínimo legal en el caso de autores, como un beneficio por colaboración.

Si bien la disminución de la pena cuando se aprecie la existencia de atenuantes privilegiadas, como las indicadas en el párrafo anterior resulta siendo facultativa, es destacable el hecho de la previsión expresa de tal característica (reducción de la pena por debajo del mínimo legal) que constituye la esencia misma de las atenuantes privilegiadas, más aun teniendo en cuenta que pertenecemos a la órbita del sistema jurídico romano germánico, que está tan ligado y anclado en la ley -como tributario del principio de legalidad que a nivel, constitucional está consagrado en la Carta Política Fundamental a través del artículo 2°,

inciso 24, párrafo d), que informa que nadie será procesado ni — condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible.

En ese sentido, dichos artículos vienen a ser los indicados para expresar cabalmente el sentido de una atenuante privilegiada que impacta de tal modo el extremo mínimo de la pena básica abstracta, contenida en la descripción típica del delito de que se trate, que rompe su límite y dirige la pena concreta por debajo del mínimo legal de los tipos penales.

### **3.2. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS:**

Contempladas íntegramente como tales, podemos definir a las atenuantes privilegiadas como propias, al tener todos sus elementos contemplados en la norma jurídico penal en la que se encuentran contenidas (artículos 21° y 22° del Código penal). Pero la práctica judicial y cierta jurisprudencia han ubicado más atenuantes privilegiadas, como la responsabilidad restringida por razón de la edad, por ejemplo.

A primera vista, desde un sentido básicamente formal y legalista, habría solamente dos atenuantes privilegiadas que el Código Penal acepta como tales: las contenidas precisamente en los artículos 21° y 22° del texto penal sustantivo. Pero, en una concordancia del cuerpo del articulado del Código penal con el contenido de su exposición de motivos, se tiene que habría otras atenuantes privilegiadas en el siguiente orden y taxonomía, que bien podrían recibir la denominación de «impropias», por no estar expresamente contempladas como tales por el articulado del texto sustantivo, por no haberse consignado expresamente que la disminución de la pena se da por debajo del mínimo legal. Al no poder afirmarse que la falta de consignación al respecto, debe a un capricho del legislador, pues en el caso de los artículos 21" y

22° sí se consignó dicha precisión, la observación es legítima, Mimo también lo es tal «impropiedad», hasta cierto punto.

**a) carácter facultativo:**

El artículo 22° del Código penal con tiene una atenuante privilegiada impropia, referida a la responsabilidad restringida por la edad. En un aspecto básico, su tenor es: “Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción”. La razón de ser en sí disminución de la pena tiene que ver con los proyectos de vida de los jóvenes mayores de edad y menores de veintiún años, así como con las expectativas de vida de los ancianos mayores de sesenta y cinco años de edad (Guevara Vásquez, 2013).

**b) De carácter obligatorio.**

A diferencia del artículo 22° del Código penal, encontramos dos atenuantes privilegiadas impropias que son de carácter no potestativo, son obligatorias: El segundo párrafo del artículo 14°, referido al error de prohibición vencible, y el segundo párrafo del artículo 25° del Código punitivo nacional, referido a la complicidad secundaria. Es de destacar que ese carácter obligatorio no lo poseen las atenúan-es privilegiadas que hemos calificado de «propias», como son las contenidas en los artículos 21° y 212° del texto penal sustantivo.

La importancia de la diferenciación no es de índole secundaria, toda vez que el juzgador se vería obligado a determinar la pena concreta por debajo del mínimo legal típico en casos de error de prohibición evitable y complicidad secundaria, sin margen alguno para la inaplicación de tales atenuantes privilegiadas hasta límites inferiores al mínimo legal.

**c) La tentativa como atenuante privilegiada:**

Si bien es cierto que la tentativa ha sido considerada en numerosos fallos judiciales de diferentes niveles jerárquicos, cómo una atenuante privilegiada que hace que la pena concreta se ubique por debajo del mínimo legal para determinado y específico tipo penal, sucede que no ha habido una base normativa para ello, pues no se le ha señalado expresamente tal cualidad, al no habérsela indicado en el artículo 16° del Código penal. De una correcta lectura, el segundo párrafo del referido artículo 16° se limita a enunciar que el juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena. Disminución prudencial respecto a la pena por los delitos consumados; pero que, ante la falta de una consignación taxativa respecto a la disminución por debajo del mínimo legal, y omitida también la precisión sobre los grados de esa disminución, no tenía la suficiente base legal para aplicar la tentativa hasta límites inferiores al mínimo legal. El contenido de la Exposición de motivos del Código penal tampoco autorizaba expresamente la disminución privilegiada, lo que en cierta forma era un mensaje del legislador, en el sentido de tomar con prudencia la aplicación punitiva por tentativa, considerando la misma naturaleza de esta.

Por tradición de casuística ha habido una disminución por debajo del mínimo legal; mas eso no niega la carencia de la liase legal al respecto. La jurisprudencia es un conjunto de decisiones jurisdiccionales que es posible gracias a la existencia de determinadas bases normativas, de las cuales extrae su sustancia y las completa mediante procedimientos de interpretación e integración; pero no puede crear norma donde no hay regulación legal para ello. Tratando de entender lo que ha sucedido en el sistema judicial del país nos dirigimos a la naturaleza de la tentativa y su tratamiento en otros países en donde efectivamente se estipula una disminución por debajo del mínimo legal. Sin embargo, la regulación legal en otros países no vincula bajo ningún punto de vista al país en donde no hay una precisión en ese sentido.

Ahora bien, por el lado de la doctrina, queda claro que la tentativa es el grado mayor de realización imperfecta del delito. Su mención teniendo como referencia a la consumación es para efectos de una penalidad distinta, menos intensa para la tentativa ciertamente; pero existente, afirmada, por la puesta en peligro del bien jurídico protegido por la ley. La tentativa es, en cierta forma, una consumación parcial, o realizada a medias, por lo que su penalidad se montaría dentro del espacio punitivo básico u original comprendido desde el extremo mínimo hasta el extremo máximo de penalidad.

Afirmar que el espacio punitivo es solamente para la consumación, y que la tentativa se ubica fuera del ámbito de la punibilidad abstracta, es como decir que los tipos penales catalogados en el Código penal en su ámbito subjetivo solamente contemplan la presencia del dolo directo, y no así

también la del dolo eventual, o, en otros términos, que la penalidad del dolo eventual debería ubicarse por debajo del mínimo legal; y el dolo directo, dentro de los alcances del espacio punitivo de la pena básica abstracta.

La tentativa no es susceptible de ser medida en forma variable por cuanto implica con seguridad una idea firme: el delito aún no ha encontrado su consumación. No hay en realidad tentativa de primer o segundo grado, salvo que se considere a los actos preparatorios dentro de uno de esos grados. La tentativa informa un hecho rotundo y claro: la falta de consumación del delito, no por inexistencia de la acción, sino por la realización parcial de aquel.

La tentativa es la afirmación de que, habiéndose comenzado a ejecutar el delito -con la puesta en peligro del bien jurídico-, la culminación de esta ejecución no se da en su totalidad. Eso no niega el hecho de la realización parcial del delito, realización parcial que hace que se aplique un segmento del espacio punitivo, para ser más precisos, un punto de la línea recta imaginaria que une los extremos mínimo y máximo de penalidad abstracta: el punto de arranque o de inicio, ubicado en el extremo mínimo, en el tercio inferior de la pena básica, en el punto mismo de inicio del espacio punitivo. Así en el espacio ubicado entre el extremo mínimo (6 años) y el máximo (20 años) del delito de homicidio simple (artículo 106° del Código penal), la tentativa se encontraría ubicada en el punto mismo de inicio, que es de seis años. Y el mismo procedimiento se aplicaría para cada delito de amplio catálogo de tipos penales contemplados en la parte especial de Código penal y en las leyes penales especiales.

En ese sentido, la única posibilidad de que un delito tentado merezca una pena por debajo del mínimo legal es cuando se detecta la presencia de una atenuante privilegiada auténtica, como las eximentes incompletas, por ejemplo, lo que haría que la reducción se proyecte hacia el límite mismo de la clase de pena de que se trate.

La tentativa no estaría incluida en la atenuación de la pena por debajo del mínimo legal previsto para determinado tipo penal, pues es de un carácter especial, ya que, en primer lugar, es impune en determinados hechos punibles, como el caso de las faltas, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 440° inciso 1 del Código penal, o en determinadas situaciones como la tentativa inidónea (artículo 17° C.P.), o el arrepentimiento del sujeto activo contemplado en el artículo 19° del Código penal.

En segundo lugar, en los delitos culposos no es concebible la tentativa, por la naturaleza misma del tipo imprudente que descarta cualquier intención y planificación por parte del sujeto agente del delito. Y, en tercer lugar, en determinados tipos penales la tentativa es castigada a título de consumación, como es el caso de los relativamente recientes delitos previstos en los artículos 368°-A (ingreso indebido de equipos de comunicación), 368°-B (ingreso indebido de materiales o componentes) y 368°-E (ingreso de armas a establecimientos penitenciarios).

La naturaleza problemática de la tentativa, que hace que en determinados casos su punibilidad sea tan intensa como la propia consumación, cuando se la equipara a ésta en la descripción típica de determinado delito, y en otros casos, no exista sencillamente punición alguna, autoriza para plantear que la ubicación correcta de la tentativa se hallaría en el límite

mínimo mismo del tercio inferior de la pena básica abstracta contemplada para los tipos penales, en el punto de inicio del espacio punitivo original, y solamente su ubicación sería por debajo del mínimo legal típico cuando se encuentra acompañada por una auténtica atenuante privilegiada, disparándola inclusive hacia el límite mismo de la pena de que se trate.

#### **4. DETERMINACION DE LA PENA EN CASO DE CONCRUSO DE DELITOS:**

##### **4.1. EN EL CONCURSO IDEAL**

La lógica indica que la determinación judicial de la pena se realiza teniendo en cuenta la naturaleza del concurso ideal de delitos, que se encuentra descrito en el artículo 48° del Código penal bajo el tenor que indica que cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse esta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años.

En un caso de concurso ideal entre el delito de estafa básica (artículo 196° del Código penal) y delito de falsedad genérica en la modalidad de suplantación (el artículo 438° del Código penal), el espacio punitivo del primer delito tendrá un tercio superior con un límite máximo de seis (6) años de pena privativa de libertad, que prevalecerá sobre el espacio punitivo del segundo delito, al tener este delito un tercio superior con un límite máximo de cuatro (4) años; lo que significa que la determinación de la pena será en base al espacio punitivo del delito sancionado con la pena más grave, que en este caso se refiere al delito de estafa. El solo hecho que prevalezca el espacio punitivo de mayor penalidad básica abstracta hace que estemos ante el concepto clásico o del concurso ideal de delitos, por el cual la represión del hecho es con la disposición legal que establece la pena más grave.

#### **4.2. EN EL CONCURSO REAL**

En lo que se refiere al concurso material, considerando la redacción vigente del artículo 50° del Código penal, el procedimiento es más sencillo, pues, según este artículo, las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de los delitos independientes el uno del otro se sumarán hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años, y si alguno de los delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente esta pena.

Ello implica realizar un cálculo de la pena concreta a partir de la pena básica por cada delito por separado. De ese modo, por ejemplo, en un concurso real entre los delitos de robo agravado y de homicidio calificado, el cálculo debe realizarse en cada uno de ellos, segmentando sus espacios punitivos en tercios.

Según sea la presencia de las atenuantes y agravantes previstas en el artículo 46° del Código penal, la pena concreta se determinará bien sea en el tercio inferior, medio o superior. El mayor número de agravantes tenderá a que la pena se ubique hacia el extremo máximo de penalidad abstracta prevista para el tipo penal (extremo máximo del tercio superior). En el mismo sentido, el mayor número de atenuantes, hará lo propio hacia el extremo mínimo del tercio inferior. Luego de determinarse la cantidad específica, se sumarán las penas concretas obtenidas para cada delito por separado, de acuerdo con las condiciones previstas en el artículo 50° del Código penal.

#### **4.3. LA CONFESIÓN SINCERA COMO ATENUANTE PRIVILEGIADA:**

En el Caso de la reducción Propia del proceso de terminación anticipada, regulado desde el artículo 468° al artículo 471° del Código procesal penal de 2004, el beneficio de reducción de la pena de una sexta parte que le caracteriza se aplica sobre la pena concreta obtenida en la determinación judicial de la pena. Con esta solución no se afecta la

estructura del delito ni la operatividad de la determinación de la pena básica y concreta, pues su presencia y eficacia se expresan reduciendo la pena concreta obtenida en la proporción que dispone la ley penal.

Así, en un proceso por el delito de homicidio simple, en donde se ha determinado la pena concreta en el extremo mínimo de su penalidad (6 años de pena privativa de libertad), el imputado recibirá un beneficio de reducción de la pena (concreta) de una sexta parte (en el caso propuesto sería de un año de pena privativa de libertad). Mas, hay que tener en cuenta que el artículo 471° del Código procesal penal de 2004 establece expresamente que ese beneficio es adicional, y se acumulará al que reciba por confesión (sincera), en tanto ésta sea útil y anterior a la celebración del proceso especial.

Es de destacarse que la reducción de la pena por terminación anticipada no se aplica en todos los casos, pues tal reducción no procede cuando al imputado se le atribuye la comisión del delito en condición de integrante de una organización criminal, o cuando está vinculado o actúa por encargo de ella.

Lo destacable también en el procedimiento de terminación anticipada es que la reducción que le es propia se aplica sobre la pena concreta que el órgano jurisdiccional ha obtenido en la determinación de la pena. Así lo informa el Acuerdo Plenario 005-2009/CJ-116, de fecha 13 de noviembre de 2009, en cuyo fundamento jurídico 14 se hace mención que el beneficio de reducción de un sexto de la pena por el proceso de terminación anticipada es sobre la pena concreta. Además, se ha de tener en cuenta que el concepto mismo de terminación anticipada formaría parte de lo que se conoce como «derecho penal premial». Entonces, no perteneciendo a las circunstancias de comisión del ilícito penal ni a aspectos conductuales del sujeto agente ligados a tales circunstancias, ese beneficio premial no debe ser aplicado sobre la pena básica abstracta, sobre todo considerando que la reducción puede ser

acumulable a los beneficios por confesión sincera, que hacen que la pena se ubique incluso por debajo del mínimo legal – aunque es del caso anotar que debe tratarse de una manera auténtica confesión, y no de un simple reconocimiento de los cargos imputados, ya que la confesión sincera se concibe dentro de unos parámetros de colaboración para el esclarecimiento de los hechos, no siendo un mero resignarse a la adjudicación de los cargos por la contundencia de las pruebas, pues en este último caso no se colabora realmente para esclarecer los hechos y llegar a la verdad legal correspondiente.

### **SUB CAPÍTULO III**

#### **DETERMINACION DEL LIMITE DE REDUCCION DE LA PENA POR DEBAJO DEL MÍNIMO EN LAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS**

El acuerdo plenario N° 01 -2008 CJ/116, ha señalado que el juez al momento de resolver una causa en un juicio oral debe realizar tres test, o lo que es lo mismo, realizar atentamente tres sub juicios. El primero, es un juicio de tipicidad, por el cual lógicamente no se podría sancionar a una persona por una conducta que al tiempo de realizarse no se encontraba expresamente prevista como delito o falta dentro del código penal o ley especial (principio de legalidad, en todas sus manifestaciones) así lo estatuye la propia Constitución en su artículo 2 inciso 24 literal d) y el artículo II del título preliminar del código penal de 1991. Así mismo, luego de superado ese test o sub juicio, el juzgador debe hacer una valoración de la culpabilidad de la persona acusada, esto es, determinar en el caso concreto, que la prueba de cargo aportada por el ente persecutor, ya sea prueba directa o por inferencia (prueba indiciaria), que ha sido incorporada al proceso de forma legítima respetando justamente el principio de legitimidad de la prueba, ha logrado desvanecer por completo la presunción de inocencia, y ha generado certeza de la culpabilidad del acusado; de ser así, el Juez establecerá de forma motivada, en una sentencia, la culpabilidad. En ese mismo sentido, deberá, el juez, reafirmar la culpabilidad del acusado con la imposición de una condena, ese es el tercer sub juicio que debe hacer, es decir, determinar cuál es la pena que se debe imponer, lógicamente, luego de haber hecho un ejercicio de determinación judicial de la pena satisfactorio.

En ese marco de ideas, es que se centra la investigación. Básicamente en el último juicio que debe hacer un juez de juicio oral, esto es, la determinación de la pena concreta a imponer. A esta tarea de dosimetría penal, como lo denomina Prado Saldarriaga (Prado, 2018), no es otra cosa más que aquel ejercicio valorativo y lógico por el cual se mide la pena que corresponde aplicara

a un caso concreto, o como lo define Villavicencio, se entiende por determinación de la pena “aquella operación lógica, donde el juez establece la clase de pena a imponer (determinación cualitativa) y la duración de la misma (determinación cuantitativa)” (Villavicencio, 2015).

En el Perú esta tarea de determinación de la pena estuvo regida por mucho tiempo por el sistema de discrecionalidad judicial, en donde el legislador establece un extremo mínimo y un extremo máximo y el juez debe imponer la pena dentro del contorno de ese marco abstracto. Ello es lo que justamente se conoce como pena abstracta. Para este ejercicio de determinación de la pena, el juez no puede desconocer ese marco abstracto, ni tampoco a la función preventiva de la pena y a las exigencias de los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad, como sostiene el profesor Víctor Prado (prado, 2000), ello hace que, si bien haya discrecionalidad, exista cierto límite, pues existe menos ámbito para la arbitrariedad, en palabras de Bustos. (Bustos, 2006). En suma hemos tenido por larga data un sistema de determinación de la pena, casi nulo, sin contar con un procedimiento legal establecido.

La situación descrita en el párrafo precedente, generaba que en la práctica las penas sean disímiles diametralmente para casos con las mismas circunstancias, lo que alimentaba la inseguridad jurídica, y donde podía atisbarse con nitidez el fenómeno de corrupción. Es justamente esta situación, según lo enuncia la exposición de motivos de la ley 30076 del 20 de agosto del año 2013, y los Anteproyectos del 2004 y del 2009, la base o fundamento para que se aplique por primera vez en el Perú un sistema de determinación de la pena, al que se le denominó “el sistema de tercios”, incorporado en el artículo 45-A del Código penal peruano vigente. El artículo 45 y 46 antes de la entrada en vigencia de este sistema de dosificación de la pena, eran criterios muy laxos que no permitían una determinación adecuada, que permita que la pena impuesta se condiga con los principios y fines de la pena.

Este sistema de tercios tiene como antecedentes el llamado sistema de tercios del código penal Colombiano, como lo señala el profesor Colombiano Velásquez (Velásquez, 2009); este sistema permite que en Colombia se determine la pena concreta, luego de encontrar la pena abstracta, mediante una división de sus extremos en cuatro partes. Importante precisión hace el profesor Oré Sosa (Oré, 2013), pues sostiene que este procedimiento de determinación de la pena concreta, no es pues, el extremo al que si se somete el sistema de pena legal o pena tasada, donde la pena concreta y la pena abstracta son una misma, y el legislador es un mero aplicador de la pena señalada en la ley penal sustantiva para cada delito. Desde nuestro punto de vista, esto sería inaceptable, habida cuenta que en el Perú es casi nulo el control constitucional judicial de la proporcionalidad abstracta (una de estas pocas excepciones la podemos encontrar en la casación 335- 205 Santa), pero si coincidimos con el profesor Luis Yshi, (Véase material p.p.t de la Universidad San Martín de Porres), que este sistema reduce los márgenes de indeterminación.

En suma, el sistema de tercios se enuncia entonces en el Perú en el artículo 45- A, el mismo que indica que:

*“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 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.*

*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”*

Conviene antes, de señalar el vacío legal a donde apunta nuestra investigación, hacer una diferenciación entre las atenuantes y agravantes genéricas, con respecto a las atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas. Así pues, siguiendo la explicación del profesor Francisco Celis Amaya, (Celis, 2018), mientras las primeras permiten determinar la pena dentro de los límites legales expuestos por el legislador (tercio inferior, medio o superior), las segundas hacen que la pena se establezca por debajo del mínimo legal (atenuantes privilegiadas) y por encima del máximo legal previsto para cada delito (agravantes cualificada). A ello nosotros agregamos como diferencia importante su ubicación en el código penal: las atenuantes y agravantes

genéricas se encuentran en el artículo 46 del código penal; mientras que las agravantes cualificadas en los artículos 46-A hasta el 46- E; sin embargo, en el caso de las atenuantes privilegiadas, estas se encuentran dispersas en el código penal e inclusive en el código procesal penal.

De ahí que, conforme lo expresado en el párrafo antecedente, debemos remarcar la última idea: la regulación de las atenuantes privilegiadas para la determinación de la pena presenta algunas deficiencias; primero: se encuentra dispersas como bien sostiene Oré Sosa (Oré, 2014), segundo: la ley no establece cual es el límite por debajo del mínimo legal hasta donde debe descender la pena en caso de presentarse una atenuantes privilegiada.

En ese sentido, Guevara Vásquez señala que a diferencia de las atenuantes privilegiadas que se proveerán sin claros límites por debajo del mínimo legal, las agravantes cualificadas suelen tener un determinado alcance, señalado por el mismo tenor de la ley. Así, por ejemplo, se tiene a la reincidencia, prevista en el artículo 46-B del Código Penal, considerada expresamente, en el segundo párrafo del mismo, como circunstancia agravante cualificada, por la cual el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. Ello genera, que la supuesta indeterminación que se pretendía reducir, y la existencia de espacios de arbitrariedad judicial disfrazada de discrecionalidad judicial, no se hayan terminado del todo, por lo que es necesario recurrir a algunos criterios para poder determinar cuál sería ese límite máximo de reducción del mínimo legal en el caso de estas llamadas atenuantes privilegiadas.

Como una fórmula de solución o respuesta a la problemática planteada, el profesor Oré Sosa, así como el magistrado Celis Amaya, han sostenido en sendos artículos, que la reducción debe ir por hasta los dos (02) días de pena, ya que es la pena privativa de libertad mínima que contiene nuestro código penal (artículo 29), entonces, el nuevo mínimo será dos días y el máximo será lo que antes era el mínimo legal; es a partir de ahí que se usara el sistema de

tercios conforme a las atenuantes y agravantes genéricas. Esa interpretación, acaso muy favorable para el acusado, inclusive ha encontrado eco en alguna jurisprudencia, donde por ejemplo se han impuesto penas suspendidas en casos de robo y violación sexual. (Véase RN N° 502-2017 Callao; RN N° 3495-2015 Ancash).

En ese mismo sentido, Guevara Vásquez sostiene que en el caso de las eximentes incompletas previstas en el artículo 21° del Código penal, el juez puede disminuir prudencial mente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal, es decir, por debajo del tercio inferior. La taxatividad de la ley penal es lo suficientemente clara. No se trata solamente de una mera disminución prudencial de la pena, sino de una disminución de la pena -de carácter potestativo- por debajo del mínimo legal, que en el caso del delito de homicidio simple es de seis (6) años.

Al no señalarse el alcance de esa disminución por debajo del tercio inferior, estimamos que tal disminución se proyecta hasta la duración mínima de la pena, que para el caso de la pena privativa de libertad es de dos (2) días.

Consideramos que esta interpretación puede llegar a que haya penas muy por debajo de lo que debe constituir un parámetro de pena proporcional y que respete los fines de la pena.

Otra interpretación puede ser la de volver a los criterios generales y discrecionales del juzgador quien ante un vacío en la disminución pueden reducir la pena hasta los límites que el caso mismo lo proponga, ello lo podemos deducir de lo sucedido en la famosa casación 335-2015 El Santa, donde la pena hasta los 5 años cuando era esta mínima de 30 años, aquí no se apeló a la figura de la reducción a hasta los dos días y la división posterior en tercios desde ese límite hasta el nuevo máximo (antes mínimo legal) sino a criterios, como la ausencia de violencia, la edad de la menor muy cercana a los catorce años y la diferencia no muy pronunciada de edades entre la menor y el joven imputado. La misma crítica que la hecha a la postura en abordada en el párrafo precedente cabría enunciar aquí, pero con la agravante de que el juez puede

vulnerar aún más la proporcionalidad penal, la no tener límites de procedimiento.

Ahora bien, desde nuestro punto de vista la reducción debe operar hasta un tercio, ello en virtud a que cómo, señala Ore Sosa, la confesión sincera es una atenuante privilegiada, como los son también omisión impropia (art. 13 in fine); error de prohibición vencible (art. 14); error de comprensión culturalmente condicionado (art. 15); tentativa (art. 16); eximentes incompletas (art. 21); imputabilidad restringida (art. 22); complicidad secundaria (art. 25), y siendo que esta figura procesal es la única atenuante privilegiada que establece expresamente una reducción, y lógicamente tiene la misma naturaleza de reducción la pena por debajo del mínimo que las otras mencionadas, deben estas también tender a reducir la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal. Esta interpretación permite una pena más coherente, y a la luz de los fines de la pena. Es una interpretación sistemática que permite una pena racional y proporcional que cumpla con sus fines, pues se evita una pena muy baja y además evita espacios de indeterminación y arbitrariedad judicial.

**CAPÍTULO III**  
**MARCO METODOLÓGICO**

## 1. Materiales:

### 1.1. Legislación:

- Constitución Política del Perú de 1993
- Código Penal Peruano.
- Código procesal penal.

### 1.2. Doctrina:

- Autores nacionales.
- Autores extranjeros.

## 2. Métodos de investigación:

### 2.1 Métodos Lógicos:

#### ▪ **Método Deductivo**

Mediante este método, pudimos llegar a determinar qué criterio jurídico permitió determinar el límite de la reducción de la pena en las atenuantes privilegiadas, partiendo del conocimiento general que nos brinda la doctrina y todo el material bibliográfico utilizado.

#### ▪ **Método Analítico- sintético:**

Se analizó todos los componentes del concepto jurídico pena en las atenuantes privilegiadas, que sustentan la postura asumida en la investigación (analítico) para llegar unificar el conocimiento que permita derivar en los resultados y las conclusiones (sintético).

#### • **Método Comparativo:**

Dicho método permitió comparar el tratamiento jurídico que otros ordenamientos jurídicos han propuesto respecto del límite de reducción de la pena en las atenuantes privilegiadas.

## 2.2. Métodos Jurídicos:

- **Método Hermenéutico:**

Este método facilitó la posibilidad de poder interpretar los alcances de las atenuantes privilegiadas como líneas directrices que fundamentan la necesidad de legitimar la pena.

- **Método doctrinario:**

Método referido básicamente al análisis de la dogmática, en las ciencias jurídicas específicamente las ideas de los juristas referido a temas jurídicos de relevancia. Este método fue de utilidad, para seleccionar información con bases doctrinarias, extrayendo las distintas posiciones referidos al presupuesto de la pena.

- **Método dialectico:**

Este método permitió comprender las diferentes posiciones doctrinarias referidas al límite de reducción de la pena en las atenuantes privilegiadas, impuesta en sede jurisdiccional

## 3. Técnicas e Instrumentos:

- **Fichaje:**

Con la finalidad de registrar los datos e información relevante sobre el tema en el instrumento ficha, organizando la información que sobre los materiales se obtenga. **El instrumento es la ficha.**

- **Análisis documental:**

Mediante esta técnica se analizó como en la práctica se viene imponiendo sentencias referidos a las atenuantes privilegiadas, a fin de extraer resultados al respecto de ello. **El instrumento es la guía de observación.**

# **CAPÍTULO IV**

## **CONCLUSIONES**

- El sistema de determinación de la pena en el Perú es el sistema de tercios, que fue incorporado en el Perú desde el año 2013 mediante ley 30076. Este sistema permite partiendo de la pena abstracta, dividir este espacio en tres tercios iguales y ubicar la pena concreta dentro de alguno de estos, según hayan atenuantes o agravantes genéricas. Con las agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas la pena que se ordenará será por encima del límite superior abstracto o por debajo de la pena mínima conminada, respectivamente.
- Las atenuantes privilegiadas, que permiten que la pena se imponga por debajo del mínimo legal presenta varios problemas, entre ellos el vacío legal con respecto al establecimiento del límite de tal reducción, así mientras unos han asumido que eso queda en la esfera de discrecionalidad del juzgador, mientras que en otros caso se decantan por disminuir hasta los dos días y desde ahí hasta el nuevo extremo máximo (antes mínimo) realizar el procedimiento del sistema de tercios.
- Las atenuantes privilegiadas se encuentran dispersas en el código penal y en el código procesal penal donde se encuentra la confesión sincera, que es la única atenuante donde se ha establecido una reducción que se extiende hasta en un tercio por debajo del mínimo legal; desde este límite se dosificaría la pena en función del sistema de tercios.
- Siendo que la confesión sincera es una atenuante privilegiada, el criterio jurídico que permitiría establecer el límite de la reducción de la pena en las demás atenuantes privilegiadas es la equiparación a la confesión sincera; debiendo operar una reducción hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal, lo cual reduce los márgenes de indeterminación judicial y la imposición de penas no proporcionales al momento de ordenar la imposición de la pena.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bustos Ramírez, Juan (2006). Lecciones de derecho penal parte general, Trotta penal, Madrid- España.

Celis Amaya, Francisco (2018) determinación de la pena y el sistema de tercios, Legis. Pe., Lima Perú.

Guevara Vásquez, P. (2013). Tópico jurídico penal. Selección de tópicos de filosofía jurídica penal y derecho penal peruano, ideas solución, Lima.

Jiménez Niño, S. (2013). La determinación de la pena en la ley 30076 ¿de dónde parto?, Gaceta Jurídica, Lima.

Neyra Flores, José Antonio (2015). Tratado de derecho procesal penal, tomo I y II, Idemsa, Lima- Perú.

Oré Sosa, Eduardo (2014). El sistema de tercios en la ley 30076, en revista electrónica del Estudio Oré.

Prado Saldarriaga, Víctor. (2010). Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios, Idemsa, Lima-Perú.

San Martín Castro, César (2015). Lecciones de derecho procesal penal, inpeccp, Lima-Perú.

Talavera Elguera, Pablo (2004). Comentarios al nuevo código procesal penal, Grijley, Lima- Perú.

Velásquez Velásquez, Fernando (2009), Fundamentos del derecho penal parte general, Tirant Lo Blanch.

Villavicencio Terreros, Felipe (2015). Derecho Penal parte general, Grijley, Lima- Perú.

Yshi meza, Luis. (2014) material p.p.t de la Universidad San Martin de Porres.