

Escuela de Posgrado

MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO
PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL

Tesis

**La naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación
judicial de la pena en el distrito judicial de
Huancavelica en el 2018**

Leoncio Apumayta Riveros
Franz Lincoln Valencia Chancha

Para optar el Grado Académico de
Maestro en Derecho con Mención en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal

Huancayo, 2020

Repositorio Institucional Continental
Tesis digital



Esta obra está bajo una Licencia "Creative Commons Atribución 4.0 Internacional" .

Asesor

Mg. Amado Picón Lucio Raúl

Dedicatoria

A nuestros padres por todo el incansable apoyo que nos han brindado en nuestra formación personal y profesional, a quienes estamos eternamente agradecidos.

Agradecimiento

A todas las personas que de manera desinteresada han brindado su apoyo para la culminación del presente trabajo de investigación, de manera especial a todos los docentes que han contribuido a nuestra formación profesional.

Índice

Asesor.....	ii
Dedicatoria.....	iii
Agradecimiento	iv
Resumen	ix
Abstract.....	x
Introducción	xi
Capítulo I Planteamiento del estudio	14
1.1. Trazado del problema.....	14
1.2. Formulación del problema	22
1.2.1. Problema General.....	22
1.2.2. Problemas específicos	22
1.3. Justificación e importancia del estudio	22
1.4. Objetivos	24
1.4.1. Objetivo General	24
1.4.2. Objetivo Especifico	24
Capítulo II Marco teórico	25
2.1. Antecedentes relacionados con el tema.	25
2.1.1. Antecedentes Nacionales.	25
2.1.2. Antecedentes Internacionales.....	31
2.2. Bases Teóricas.....	33
2.2.1. La pena.....	33
2.2.2. La naturaleza jurídica de la pena	34
2.2.3. Clasificación de la pena	34
2.2.4. Tipos de pena	35
A. Privativas de la libertad.....	35
B. Restrictivas de la libertad.....	36
C. Limitativas de derecho.....	37
D. Multa	37
2.2.5. La motivación de la pena.	38
2.2.6. La determinación de la pena.....	39
2.2.7. Criterios básicos de determinación	42

A.	El criterio de culpabilidad.....	42
B.	El criterio preventivo general	43
C.	Criterio preventivo especial	43
2.2.8.	Determinación de la pena por el juez.....	44
A.	El sistema de tercios.	47
B.	Etapas operativas de la determinación de la pena	50
C.	Procedimiento en circunstancias de atenuación privilegiadas.	54
2.2.9.	El principio de proporcionalidad	57
2.2.10.	El principio de la proporcionalidad según el Tribunal Constitucional.	58
2.2.11.	El Principio de Lesividad.	58
2.2.12.	Principio de culpabilidad.	59
2.2.13.	La tentativa	61
A.	El camino del delito - <i>íter criminis</i> :	62
B.	Formas imperfectas de realización del tipo:.....	69
2.2.14.	Teorías que fundamentan la tentativa:.....	71
A.	Teoría objetiva.....	71
B.	Teoría subjetiva.	72
C.	Teoría mixta.	72
D.	Teoría de la impresión.	73
E.	Teoría funcionalista	74
2.2.15.	Tipicidad de la tentativa	74
A.	Subjetivo	74
B.	Objetivo	75
C.	Factor Negativo	76
2.2.16.	Formas de tentativa	76
A.	Inacabada.....	76
B.	Acabada.	76
C.	Inidónea.	77
2.2.17.	Legislación sobre tentativa.....	78
A.	Nacional	78
B.	Extranjera	79

2.2.18. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:	83
2.2.19. La naturaleza jurídica de la tentativa:.....	94
2.3. Definición de términos básicos	96
2.3.1. Atenuantes privilegiadas	96
2.3.2. Agravantes cualificadas	96
2.3.3. Agravantes genéricas	96
2.3.4. Atenuantes genéricas	96
2.3.5. Circunstancias genéricas	96
2.3.6. Circunstancias específicas	97
2.3.7. Sistema de tercios	97
2.3.8. Pena	97
2.3.9. Determinación de la pena por el juez	98
2.3.10. Motivación	98
2.3.11. Tentativa.....	99
2.4. Hipótesis	99
2.4.1. Hipótesis General	99
2.4.2. Hipótesis específicas	99
2.5. Identificación de variables	99
2.5.1. Variable Independiente (X):	99
2.5.2. Variable Dependiente (Y).....	100
Capitulo III Aspectos Metodológicos	101
3.1. Diseño de investigación.....	101
3.2. Población y muestra	102
3.3. Técnicas e instrumentos.....	104
3.4. Recolección de datos	105
Capitulo IV Discusión y Resultados de la Investigación	106
4.1. Análisis de las encuestas	106
4.2. Cuadro de análisis de sentencias judiciales	134
4.3. Prueba de Hipótesis	151
4.3.1. Hipótesis General	151
4.3.2. Hipótesis específicas	153
Conclusiones	155
Recomendaciones	157

Bibliografía	159
Anexos	165
Anexo 1: Matriz de consistencia:	165

Resumen

El presente trabajo: “Naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Huancavelica durante el año 2018”, aborda la problemática actual que, a pesar de su antigüedad en la doctrina y dogmática penal, genera la tentativa, en este caso para determinar su naturaleza jurídica; por tanto, abordamos el aspecto teórico de esta institución, pasando por su ubicación en el *íter criminis*, así como el fundamento de su punición, su tipo (objetivo y subjetivo) y las formas en que se presenta. Del mismo modo, tratamos el ámbito de la determinación judicial de la pena, que se ha reinventado gracias a las modificaciones introducidas por la Ley 30076. Luego vinculamos esos aspectos (tentativa y determinación judicial de la pena) para realizar un análisis de la jurisprudencia que han emitido juzgados de investigación preparatoria (para casos de terminación anticipada) y juzgados penales unipersonales y colegiado en los delitos tentados en el distrito judicial de Huancavelica; en dicho análisis verificamos la tratativa que otorgan dichos órganos jurisdiccionales a la tentativa en cuanto a la naturaleza que le otorgan: como atenuante privilegiada o como causal de reducción de la punibilidad. Complementamos el estudio, revisando jurisprudencia que ha emitido las diversas Salas Penales que componen la más alta instancia de administración de justicia ordinaria en el país: Corte Suprema de Justicia, para determinar si hay uniformidad jurisprudencial en establecer la naturaleza jurídica de la tentativa.

Palabras clave: naturaleza jurídica, tentativa, determinación judicial de la pena.

Abstract

The present work: “Legal nature of the attempt in the judicial determination of the penalty in the judicial district of Huancavelica during the year 2018”, addresses the current issue that, despite its antiquity in criminal doctrine and dogmatics, generates the attempt, in this case to determine its legal nature; Therefore, we address the theoretical aspect of this institution, going through its location in the iter criminis, as well as the basis of its punishment, its type (objective and subjective) and the ways in which it is presented. In the same way, we deal with the scope of the judicial determination of the penalty, which has been reinvented thanks to the modifications introduced by Law 30076. Then we link these aspects (attempt and judicial determination of the penalty) to carry out an analysis of the jurisprudence that they have issued preparatory investigation courts (for cases of early termination) and unipersonal criminal courts and collegiate in crimes tempted in the judicial district of Huancavelica; In this analysis, we verify the treatment that these jurisdictional bodies grant to the attempt regarding the nature they grant it: as a privileged attenuator or as a cause for reducing punishability. We complement the study, reviewing jurisprudence that has issued the various Criminal Chambers that make up the highest instance of administration of ordinary justice in the country: Supreme Court of Justice, to determine if there is jurisprudential uniformity in establishing the legal nature of the attempt.

Keywords: legal nature, attempt, judicial determination of the penalty.

Introducción

La tesis denominada “La naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena en el Distrito Judicial de Huancavelica en el 2018”, aborda temas todavía pendientes de dos instituciones jurídico penales que se vinculan estrechamente al momento histórico de la imposición de la pena concreta particularizada por el juzgador; como se puede advertir, por un lado tenemos: la tentativa, institución antigua y de aparentemente conocida consecuencia punitiva; y, por otro: la determinación judicial de la pena, que si bien ya existía en nuestra legislación con amplios márgenes de discrecionalidad, en la actualidad ha venido siendo estudiada con mayor rigor debido a la introducción del sistema de tercios en nuestra legislación mediante la Ley 30076.

Creemos que para comprender los ámbitos de la determinación judicial de la pena es necesario que el juez conozca y explicita el fundamento subyacente de las instituciones que aplica para fijar una pena determinada, el operador jurídico debe explicar -mínimamente- las ficciones jurídicas que se presentan en el caso y de las que se servirá para justificar la dosis punitiva que impone a una acción delictiva imperfecta; de tal manera, emplearlas con logicidad y no desnaturalizarlas; así para verificar si lo anotado se corresponde con la realidad nacional, abarcaremos el análisis de las sentencias emitidas en casos donde se presentan delitos tentados en el distrito judicial de Huancavelica en el 2018, también revisaremos jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ello para responder nuestros problemas, en especial el principal: ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación de la pena por el juez en el distrito judicial de Huancavelica en el año 2018?; además el trabajo también se complementa con el desarrollo de encuestas formuladas a los jueces, fiscales y los abogados litigantes de Huancavelica seleccionados de manera aleatoria.

De otra parte, sin alejarnos de la etapa del cálculo concreto de la pena por el juez, resulta de necesidad establecer el ámbito de materialización del proyecto delictivo

emprendido por una persona, de su tentativa, de su delito imperfecto; ya que, determinar el menor o mayor grado el incremento del riesgo o peligro socialmente permitido al que se expone a los bienes jurídicos para fijar una pena, propiciará la imposición de una consecuencia punitiva directamente proporcional al hecho; pero, ¿qué ocurre cuando no se logra distinguir el poco o gran peligro que corre un bien jurídico para determinar la pena en concreto a imponerse a una persona, cuando una conducta queda en grado de tentativa?; cabe también preguntarnos poniéndonos en el lugar del destinatario de la resolución judicial a quien le imponen una sanción ¿el justiciable debe conocer de forma específica la pena que se le impone por el grado de desarrollo de su conducta?, ello con perspectivas que ejerza su derecho de recurrir, por ejemplo; siendo así, en el trabajo también abarcamos las formas de la tentativa, acabada e inacabada, para dar respuesta a las interrogantes formuladas y a los problemas que nos planteamos en el presente trabajo: i) ¿debe considerarse a la tentativa inacabada como atenuante privilegiada en la determinación de la pena por el juez en el distrito judicial de Huancavelica en el año 2018?, y ii) ¿debe considerarse a la tentativa acabada como causa de reducción o reducción de punibilidad en la determinación de la pena por el juez en el distrito judicial de Huancavelica en el año 2018?, con ello sustentar las hipótesis secundarias que nos planteamos.

El tema investigado nos lleva a cuestionar: i) ¿qué ocurre cuando los márgenes punitivos para la tentativa (y sus formas) no están expresos en la norma penal? cuando la “disminución prudencial” a la que hace referencia el artículo 16 del Código Penal peca en exceso de genérico, así estas cosas nos llevan a reflexionar que existen temas pendientes vinculados al tema de la investigación como: qué tanto contribuye la técnica legislativa empleada por el codificador penal, al no establecer un límite taxativo en la norma para la imposición de la pena en hechos ilícitos tentados: inacabados o acabados; o para fijar la pena concreta en un delito tentado, por qué el juzgador utiliza el literal a del numeral 3 del artículo 45-A del Código Penal (que está previsto para las circunstancias atenuantes privilegiadas) para establecer la consecuencia jurídica derivada del hecho tentado por debajo del tercio inferior y al tener este nuevo marco punitivo (máximo) recurre a la duración mínima de 2 días de pena privativa de libertad (artículo 29° del Código Penal) para

establecer un nuevo marco punitivo (mínimo) y con dichos extremos emplear el sistema de tercios para fijar la pena en delitos de consecución imperfecta.

La temática abordada es compleja; sin embargo, dando respuesta a los problemas planteados y mediante la comprobación de las hipótesis planteadas en el estudio, formulamos conclusiones y recomendaciones en el trabajo, permitiéndonos realizar sugerencias para el mejor establecimiento de penas justas en la compleja tarea judicial de establecer la pena en concreto por los hechos delictivos que quedaron en grado de tentativa: inacabada o acabada.

Los autores

Capítulo I

Planteamiento del estudio

1.1. Trazado del problema

Nuestro Estado incorporó mediante la Ley 30076, el artículo 45-A en la parte general del Código Punitivo, implementando el sistema de tercios en el proceso de la determinación de la pena, procedimiento que ha generado una forma más justa de imponer una pena, restringido de manera significativa la discrecionalidad judicial.

En el contexto de la promulgación de la ley mencionada en el cálculo judicial de la pena, el autor nacional (Prado Saldarriaga V. R., 2015) ha señalado “Es pues, en ese contexto, que con la promulgación de la Ley 30076, del 19 de agosto de 2013, se ha introducido en nuestro sistema penal un nuevo marco normativo para regular el procedimiento de determinación de la pena por el juez” (p.21), dicho marco normativo tiene un desarrollo doctrinario y jurisprudencial escaso todavía, debido a que todos los estudios y la mayor parte de la jurisprudencia se han centrado en la teoría del delito, dejando de lado la teoría de la pena que forma parte fundamental del sistema penal, por tratarse de la libertad de una persona; en este extremo (Avalos Rodríguez, 2015), refirió que “Sorprendentemente, los esfuerzos teóricos realizados para dotar de seguridad a la aplicación del Derecho Penal-superlativizados en la construcción de la teoría jurídica del delito- se abandonan en el momento de la individualización de la sanción criminal que se habrá de imponer” (p. 16), lo cual no deja de ser en gran medida cierto, por cuanto todos los esfuerzos teóricos y doctrinarios se ha centrado en el estudio y desarrollo profundo de la teoría del delito, dejando relegada la teoría de la pena, que al igual que la teoría del delito es muy trascendental en el proceso penal, en esa misma línea una vez más (Prado Saldarriaga V. R., 2015) ha comentado lo siguiente “La Ley N° 30076 realizó una verdadera reforma de la normatividad referente a la determinación judicial de la pena contenida en el Código Penal de 1991.

Como se declaraba en su extenso título, la finalidad político-criminal de sus modificaciones e innovaciones legales no era otra que “combatir la inseguridad ciudadana”. Esto es, el legislador nacional consideraba que una estrategia instrumental importante, para realizar dicho objetivo, radicaba en mejorar los procedimientos técnicos y la práctica judicial de aplicación de las penas. (pág. 41).

De esta manera todos los trabajos realizados por renombrados autores nacionales e internacionales se han centrado en la teoría del delito, que bien es cierto es de suma importancia para determinar si un suceso reviste de relevancia jurídica para el derecho penal; empero, también resulta importante que la pena que se imponga a una persona sea realizada bajo los alcances de la garantía constitucional de la debida motivación en función a los principios de razonabilidad, lesividad, proporcionalidad de la pena y sobre los parámetros que establece la ley a través del sistema de tercios, además de verificar si cumple con los presupuestos del principio de la pena justa que no es otra cosa que el juez sólo puede imponer la pena que corresponde a las circunstancias concurrentes en el caso, por lo que este tema ha sido sosegado por la doctrina nacional; en este sentido, (Avalos Rodríguez, 2015) refiere que “Se han realizado grandes construcciones teóricas para garantizar la posición del sujeto en la evolución de la criminalidad del hecho (construcciones de las que se han dicho que son capaces de partir un pelo por la mitad), pero no se han construido –salvo honrosas excepciones– tópicos; como, por ejemplo, la prohibición de doble valoración- criterios teóricos sólidos para garantizar que el individuo no vaya a sufrir una intervención punitiva estatal excesiva” (p 17), lo cual ha originado que muy pocos autores aborden con profundidad el tema de la teoría de la pena y en específico la forma de la terminación de la pena.

Por su parte (Silva Sánchez, 2018) ha señalado “La teoría de la individualización judicial de la pena, esto es, la determinación del cuanto de la pena dentro del marco legal quedaba, en cambio, al margen de ese desarrollo y refinamiento. Ello, a pesar de que –como se pone de relieve por

casi todos los que se refieren al problema– las consecuencias del acto de individualización y la posibilidad de recurrirlo y revisarlo, es un aspecto esencial del derecho al recurso en materia penal”

Entonces, a partir de la dación de la mencionada ley en lo que refiere al sistema de determinación de la pena por el juez, ha dado inicio en nuestro sistema penal, a un desarrollo más exhaustivo de la teoría de la pena, dando así un gran avance en la materia a través de la implementación del sistema de tercios, con el cual se busca que el proceso donde se determina e individualiza la pena sea realizado con una adecuada motivación sobre la base de los parámetros y lineamientos implementados por esta norma, así como por los principios limitantes del Derecho Penal, para que así, este proceso importante, no sea materializado al libre albedrío del Juez, que sea producto de su imaginación, estado de ánimo, voluntad u otros factores de arbitrariedad, circunstancias que lastimosamente eran acompañadas y facilitadas por el mínimo desarrollo legal en este importante aspecto.

No podemos olvidar que la determinación de la pena, es una tarea fundamental y de gran importancia que desarrollan los magistrados, más aún cuando de ello dependerá el tiempo que una persona estará privada de su libertad por la comisión de un hecho delictivo; sin embargo, debido al poco desarrollo de la determinación de pena en nuestro país se han venido cometiendo algunos errores en este proceso tal como lo señala (Prado Saldarriaga V. R., 2015) “En efecto, los defectos y malas prácticas en la graduación punitiva, persisten aún, con alta frecuencia, en los dictámenes fiscales así como en las sentencias judiciales que se pronuncian sobre la imposición formal y concreta de una pena para el autor o partícipe culpable de un delito” (pág. 21), más aún en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas a la que hace referencia el Código Penal con la incorporación del artículo 45-A tercer párrafo literal a.

Con la implementación del sistema de tercios, se creía haber superado del todo el problema de la determinación de la pena; sin embargo, a casi seis años de haber entrado en vigor referido marco normativo, surgen muchas interrogantes entre ellas: ¿la nueva forma de determinar y calcular la pena a través del artículo 45-A del Código Penal, ha dado los frutos que se esperaba, en lo que respecta a la fijación de pena en caso de las circunstancias privilegiadas de atenuación o causales de reducción de la punibilidad?, o si ¿se ha dado solución a la determinación de la pena por el órgano jurisdiccional en los casos de tentativa?, las respuestas ante estas interrogantes ejemplificativas son evidentemente negativas, toda vez que nutra legislación penal en dicho aspecto es poco claro.

Es ahí donde, entre los autores en materia penal, magistrados del Poder Judicial y los Fiscales del Ministerio Público, ha surgido la interrogante de identificar -por ejemplo- las circunstancias que deban ser consideradas como atenuantes privilegiadas a las que hace referencia el literal a del numeral del 3 del artículo 45-A del Código Penal, en la que la pena deba fijarse por debajo del mínimo establecido por ley; esta problemática surgió por razón que el legislador al momento de regular esta nueva forma de la determinación de la pena, no precisó ni estableció qué circunstancias deban ser consideradas atenuantes privilegiadas, por cuanto de la revisión del Código Penal no se encuentra ningún aspecto que, de manera expresa y textual, nos indique qué circunstancia debe ser considerada una atenuante privilegiada, con la finalidad que se uniformice los criterios de aplicación determinación penológica concreta en todos los sectores de nuestra compleja realidad geográfica y jurídica; esta especificación legal de las atenuantes privilegiadas, es de vital importancia por cuanto a través de la identificación de dicha circunstancia se determinará la pena de acuerdo con los principios de proporcionalidad, razonabilidad y lesividad; sin embargo, la omisión normativa advertida ha generado que en muchos casos, justificando que la tentativa es una circunstancia privilegiada de atenuación se han fijado penas teniendo un “nuevo marco punitivo” cuyo extremo máximo lo constituye el mínimo establecido para la pena del delito, y el extremo mínimo queda establecido

con los 2 días de duración mínima de la pena privativa de libertad establecida en el artículo 29 del Código Penal, lo cual vacía de contenido el marco punitivo del delito establecido por el legislador penal (que goza de presunción de constitucionalidad) además de lesionar el principio de legalidad en el extremo que se refiere al segundo párrafo del artículo 45-A del Código Punitivo que señala “Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley”, recordemos que el legislador realiza un proceso de ponderación y proporcionalidad para sancionar un delito de acuerdo a la entidad y la importancia del bien jurídico que protege, además que genera falta de predictibilidad entre los litigantes al momento de conocer cuáles son las atenuantes privilegiadas y saber en qué casos la pena se debe fijar por debajo del mínimo establecido por ley.

En este sentido, dentro de la práctica judicial y la actividad donde se determina, individualiza y dosifica la pena, una de las instituciones jurídicas que mayor debate y controversia genera en la actualidad, es determinar cuál es la naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación de la pena por el órgano jurisdiccional, es decir, si la tentativa constituye una circunstancia privilegiada de atenuación o una circunstancia de reducción o aminoración de la punibilidad, toda vez que según lo establecido en el artículo 16 del Código punitivo “En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena”; sin embargo, de ser considerada una circunstancia privilegiada de atenuación, la pena se deberá fijar por debajo del mínimo establecido por ley, conforme a si los precisa la norma y es reafirmado por el maestro (Prado Saldarriaga V. R., 2015): “Cuando concurre en el caso una circunstancia privilegiada de atenuación, lo que varía de modo descendiente es el mínimo establecido por ley original y que será sustituido por un nuevo e inferior. No existen, de momento, en la legislación vigente, circunstancia privilegiadas de atenuación. Sin embargo, en el artículo 47° ab initio del Anteproyecto del 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 establecido por ley (hasta una mitad

por debajo del mínimo establecido por ley) original, fijado para el delito y que asumiría la condición de límite máximo”.

Así pues, un sector de la doctrina nacional considera a la tentativa como una circunstancia de atenuación privilegiada, mientras que otro sector de la doctrina considera a la tentativa como una causa de reducción de punibilidad, posición última que es liderada por (Prado Saldarriaga V. R., 2015) quien precisa lo siguiente “Cabe señalar que no tiene la condición de atenuante privilegiada las causales de reducción de punibilidad ni las de reducción punitiva por bonificación procesal, ya que si bien posibilitan una penalidad por debajo del mínimo establecido por ley, su utilidad jurídica así como su oportunidad operativa son muy distintas” (p. 56), como es de advertirse existen dos posiciones al respecto, ello debido a la imprecisión de la norma respecto a la identificación de la tentativa como una circunstancia atenuante privilegiada o una circunstancia de reducción de la punibilidad.

Es ahí donde surge un nuevo problema, en conocer cuáles son las circunstancias privilegiadas de atenuación porque el literal a del numeral 3 del artículo 45-A del Código Punitivo no ha precisado, ni tampoco existe otra norma penal que las haya enlistado, y así superar la incertidumbre de establecer de manera clara la naturaleza jurídica de la tentativa que nos permita considerarla como una circunstancia de atenuación de responsabilidad privilegiada o una circunstancia de reducción o contracción de la punibilidad, esto a partir de la correcta identificación de la tentativa acabada e inacabada, por cuanto hoy en día, la labor de la determinación de la pena por el juez se ha convertido en un proceso casi aritmético carente de razonamiento lógico jurídico, toda vez que en muy pocas sentencias se han identificado el nivel o grado de la tentativa, es decir no se identifican si se trata de una tentativa acabada o inacabada, esta última distinción nos permitirá identificar de manera correcta y adecuada, cual es la naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación de la pena por el juez, dado que la tentativa tiene dos niveles o grados de concreción, y no puede ser vista o tomada en cuenta como una sola circunstancia, como lo vendría realizando en la actualidad por

la mayoría de los operadores judiciales en Huancavelica encargados de la noble labor de la determinación de la pena.

Una correcta identificación de la naturaleza jurídica de la tentativa en sus diferentes niveles de ejecución, podría identificar si por ejemplo la tentativa acabada deba ser considerada como una circunstancia de reducción de la punibilidad y la tentativa inacabada por su naturaleza pueda ser considerada una verdadera circunstancia privilegiada de atenuación, dicha identificación de la naturaleza de la tentativa, es la que no se estaría realizando por los jueces en Huancavelica, lo que no permite identificar de manera adecuada el rol fundamental que tiene la tentativa -en los casos que se presente- en la determinación de la pena por el juez, lo que sin lugar a duda nos lleva a establecer o determinar penas más justas y de acuerdo a los principios que sustentan la pena.

Entonces, a partir de esa incertidumbre generada por la ausencia de establecer las circunstancias que atenúan de forma privilegiada la responsabilidad penal, se ha generado la necesidad de conocer la naturaleza jurídica de las dimensiones de la tentativa, toda vez que, en la interpretación de esta figura penal se ha generado una mayor controversia en la comunidad jurídica y los magistrados encargados de la determinación de la pena, por cuanto el Ministerio Público en el caso de Huancavelica no realiza una distinción de las categorías o niveles de la tentativa al momento de formular el requerimiento acusatorio, tampoco se ha visto aportado la posición de la defensa al respecto, asimismo el juzgador no realiza dicha diferenciación al momento de formular la dosificación de la pena, pese que en el ámbito de la doctrina nacional e internacional se ha definido de manera clara las dos categorías de la tentativa, siendo estas la tentativa acabada e inacabada, las cuales no son precisadas al momento de atribuir un hecho a una persona, tanto en la acusación fiscal o la sentencia.

Aunado a ello, se debe tener en cuenta que un factor fundamental en la determinación de la pena, constituye establecer los tipos de tentativa

(acabada o inacabada) en los casos donde se presente esta institución jurídica, para de esta manera establecer la naturaleza jurídica que le corresponde a cada uno de sus formas, y emplear ello en el momento de la dosificación punitiva por los operadores judiciales tanto a nivel de postulación de la pena (acusaciones) o en la determinación en sí (sentencia); se anota esto en razón que en las diversas sentencias emitidas en el Distrito Judicial de Huancavelica, no se estaría realizando esta labor de identificar los tipos de tentativa que permitan conocer sus naturalezas jurídicas en la determinación de la pena, ya sea como circunstancia privilegiada atenuante o circunstancia de contracción de la punibilidad, a fin de superar el vacío que la norma penal ha dejado al momento de regular las circunstancias privilegiadas de atenuación en la aplicación del sistema de tercios implementado con la Ley 30076.

El Distrito Judicial de Huancavelica no es ajeno a la problemática anunciada con respecto a la determinación punitiva por el juez en los delitos en grado de tentativa, por cuanto al momento de verificar las sentencias emitidas en el 2018 nos encontramos con la cruda realidad que en mucho casos se confunde una atenuante privilegiada con una condición de reducción de punibilidad y, en otros, ni siquiera se menciona o distingue el grado de la tentativa (acabada o inacabada) desde el momento de formular la acusación fiscal, lo que genera que no se pueda identificar la verdadera naturaleza de los tipos de tentativa en el proceso de la determinación de la pena por el juez, esto resulta siendo muy trascendental al momento de realizar la individualización de la pena, lo cual en la legislación comparada si se ha distinguido, como por ejemplo en Colombia, en el que se realiza una distinción de los niveles de tentativa y en función de ello se realiza la disminución de la pena de manera distinta en ambos casos, conforme así lo establece el artículo 27 y 61 del Código Penal Colombiano, de igual forma el Código Penal de Argentina en la que también se realiza una distinción de la tentativa y establece los límites de la disminución por concurrencia de esta circunstancia conforme así lo precisa los artículos 42 al 44 del referido Código; en la

actualidad el problema está presente en nuestra realidad nacional de la administración de justicia.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema General

- ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Huancavelica en el año 2018?

1.2.2. Problemas específicos

- ¿Debe considerarse a la tentativa inacabada como atenuante privilegiada en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Huancavelica en el año 2018?
- ¿Debe considerarse a la tentativa acabada como causa de reducción de punibilidad en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Huancavelica en el año 2018?

1.3. Justificación e importancia del estudio

El trabajo se justifica en razón que en la actualidad no se tiene un marco legal o jurisprudencial que establezca sin lugar a dudas cuáles son las circunstancias atenuantes privilegiadas y, en el mismo sentido, tampoco se ha enlistado cuáles son las causales de reducción de la punibilidad, lo que ha conllevado al juez penal a emplear dichas instituciones jurídicas de manera indistinta al momento de establecer la pena concreta, fijando penas por debajo del mínimo legal sin atender a la utilidad ni operatividad de tales instituciones jurídicas.

Frente a esta incertidumbre nace la necesidad de conocer y establecer si la tentativa constituye una atenuante privilegiada o una circunstancia de reducción de la punibilidad, a partir de la correcta identificación de la naturaleza jurídica de la tentativa en el ámbito de la determinación de la pena, toda vez que según la configuración legal del artículo 16 del Código Penal, frente a un hecho delictivo en grado de tentativa, el juez deberá reducir la

pena prudencialmente, imprecisión que en muchos casos ha llevado tomar como decisión judicial al delito imperfecto como una circunstancia privilegiada de atenuación, en otros como una circunstancia de reducción de la punibilidad y, en la experiencia jurisprudencial de Huancavelica, hasta confundir ambas instituciones del derecho penal.

Es ahí donde se justifica el presente trabajo de investigación, por cuanto busca conocer la naturaleza jurídica de la tentativa (inacabada y acabada), que como bien es sabido, en ambos niveles, la actuación del imputado es distinta; con ello se podrá realizar una dosificación de la pena a través del sistema de tercios -de ser el caso- y su aplicación.

Siendo esto así, el presente trabajo, cobra vital importancia en el desarrollo de la problemática planteada, a partir de la identificación de la naturaleza jurídica de la tentativa en el proceso de la determinación de la pena por el juez, toda vez que con una adecuada identificación de la tentativa acabada e inacabada, podemos establecer también de manera clara si estas -según sea el caso- puede ser consideradas como circunstancia privilegiada de atenuación o una circunstancia de reducción de la punibilidad, y con ello el juzgador tener claro cuál aplicar en los casos donde se presente dichas formas de tentativa para realizar de la determinación de la pena.

Con el trabajo realizado esperamos aportar a la comunidad jurídica, aportes debidamente sustentados para que al momento de realizar la determinación de la pena en los casos en grado de tentativa, no haya duda ni incertidumbre de establecer aquella como una atenuante privilegiada o una causal de reducción o disminución de la punibilidad según sea el caso de una tentativa acaba o inacabada, lo cual sin lugar a dudas, permitirá un gran avance en el desarrollo de la teoría de la pena, de esta manera, ayudar a maximizar y potenciar los principios rectores de la determinación de la pena como son la lesividad y proporcionalidad.

1.4. Objetivos

1.4.1. Objetivo General

- Determinar la naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena.

1.4.2. Objetivo Especifico

- Explicar por qué la tentativa inacabada debe ser considerada como una atenuante privilegiada en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Huancavelica.
- Explicar por qué la tentativa acabada debe ser considerada como una causa de reducción de la punibilidad en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Huancavelica.

Capítulo II

Marco teórico

2.1. Antecedentes relacionados con el tema.

De la revisión de los antecedentes respecto a la naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación de la pena por el juez a partir de la implantación del sistema de tercios propuesto en la Ley N° 30076, se han encontrado pocos trabajos relacionados de manera directa al desarrollo de la tentativa en el sistema de tercios, los escasos trabajos encontrados centran sus estudios en la forma cómo se deben aplicar el sistema de tercios según las atenuantes y agravantes dejando de lado los principios de lesividad y proporcionalidad, sin embargo, se han encontrado trabajos que tocan el tema de manera tangencial.

2.1.1. Antecedentes Nacionales.

La tesista (Valderrama Mayta, 2016). En su investigación titulada “La determinación de la pena por el juez de acuerdo al artículo 54-A del Código Penal y el Principio de Proporcionalidad”, para optar el grado de magister de la Universidad Andina del Cusco; llegó a la conclusión:

- “(...) En muchos casos los jueces efectúan el proceso de dosificación de la pena del artículo 45-A de manera innecesaria, porque cuando el delito queda en grado de tentativa, o existe una responsabilidad atenuada que comprende el artículo 21 del Código Penal o, en su caso, el grado de participación del agente es en grado de cómplice secundario, entonces la pena a aplicarse será por debajo del mínimo establecido por ley a discreción del juez y éste no necesita efectuar el procedimiento del artículo 45-A, solo mencionar esta norma en su inciso tres literal a). (...)”.

- No todos los jueces han internalizado adecuadamente el procedimiento para aplicar la pena conforme a los parámetros establecidos en el artículo 45-A del Código Penal.

En el presente caso, respecto a la primera conclusión debemos manifestar que no es del todo acertado, toda vez que no en todos los casos cuando concurren estas circunstancias especiales (tentativa, responsabilidad atenuada o el grado de participación del agente) la pena se deba fijar por debajo del mínimo establecido por ley como regla general, toda vez que si se acepta ello se estaría aceptando tácitamente que estas circunstancias constituirían las atenuantes privilegiadas a las que hace referencia el artículo 45-A, lo cual en el código no se ha precisado, toda vez que en el caso de la tentativa, en primer lugar se debe realizar una distinción del nivel de ejecución (inacabada o acabada), ya que cuando ésta sea acabada, la reducción de la punibilidad se realizará de forma prudencial y no siempre por debajo del mínimo establecido por ley ya que dicha discrecional por el juez conforme lo establece el artículo 16 del Código Penal, lo cual no implica que siempre se disminuya por debajo del mínimo establecido legalmente; lo mismo ocurrirá con las otras circunstancias, por ello es necesario en primer lugar que el legislador pueda realizar la identificación en función a su naturaleza cuales serían las circunstancias privilegiadas de atenuación a las que hace referencia a fin de no realizar una interpretación discrecional de las mismas por cuanto se trata de la reducción de la pena que es uno de los puntos tan importante como la teoría del delito.

Para (Carhuapoma Chavez, 2016) en su trabajo de suficiencia profesional titulada “Los efectos de la tentativa como atenuante privilegiada para la determinación de la pena según el Código Penal Peruano” realizada en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega ha concluido lo siguiente:

- La tentativa está presente cuando, con el objetivo de cometer un delito, ha comenzado el sujeto su ejecución con medios apropiados y no ha realizado todo lo que es necesario para la consumación del mismo por causas independientes de su voluntad.
- El delito es consumado cuando el bien jurídico tutelado ha sido lesionado o puesto en peligro mediante la producción del resultado externo previsto en el tipo. En cambio, el delito se da en grado de tentativa, cuando el bien jurídico atacado realmente se creyó en peligro de que se produjera ese resultado externo típico.
- De lo expuesto hasta el momento se concluye que es de gran importancia tener en cuenta a la hora de establecer la sanción al sujeto del delito el avance de sus actuaciones, es decir, hasta qué punto desplegó todo el accionar necesario para que se produjera la consumación del delito, aunque haya sido interrumpido por causas ajenas a su voluntad; ya que de no ser así se estaría violando el principio de proporcionalidad que establece que, a mayor delito, mayor pena y a menor delito, menor pena.
- La determinación de la pena por el juez es el mecanismo jurídico a través del cual los Magistrados regulan el quantum de la pena al momento de su determinación, en base a los criterios establecidos en los artículos 45, 46 del Código Penal.
- La imposición de una pena en una sentencia condenatoria sin motivarla ni fundamentarla idóneamente genera estado de indefensión en el sentenciado y vulnera su derecho al debido proceso.

- La vulneración de un derecho fundamental en las etapas en que se desarrolla un proceso judicial conlleva a la vulneración del derecho al debido proceso, aun cuando la lesión se produzca al momento de la emisión de la sentencia, entendida como acto que pone fin al proceso.

Al respecto, debemos señalar que es muy importante lo concluido por el tesista, toda vez que afirma con mucho acierto, que resulta necesario que se realice una distinción respecto del nivel de consumación, es decir hasta qué punto el agente desplegó todo el accionar necesario para que se produjera la consumación del delito, aunque haya sido interrumpido por causas ajenas a su voluntad, esto tiene mucha incidencia en la distinción de los niveles de la tentativa como acabada o inacabada, ya en función de ello se podrá establecer una pena sobre la base de los principios de proporcionalidad y lesividad, y dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 45-A del Código Penal en función a las circunstancias privilegiadas de atenuación que a la fecha no fueron identificadas.

(Poma Valdivieso, 2013) en su tesis titulada “Individualización judicial de la pena y su relación con la libertad y el debido proceso a la luz de la jurisprudencia en materia penal en las salas penales para reos en cárcel del distrito judicial de Lima” para optar el grado de Magister, realizada en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Perú, llegó a la conclusión que:

- Se realiza un estudio de la individualización judicial de la pena como elemento fundamental para determinar la pena concreta a imponerse al agente delictivo, analizándose para ello sentencias emitidas por las Salas Penales para procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima durante los años 2009, 2010 y 2011 (enero a junio), obteniendo como resultado que la mayoría de sentencias no han sido debidamente

motivadas ni fundamentadas en el extremo referido al quantum de la pena; concluyendo que la determinación de la pena, debe realizarse en base al principio de legalidad penal *-mediante la aplicación de los criterios establecidos en los artículos 45°, 46°, 46° B y 46° C del Código Penal-*, puesto que de lo contrario, se estaría dejando en estado de indefensión al sentenciado, vulnera así su derecho al debido proceso.

De esta conclusión debemos señalar que si bien no se aborda de forma directa el tema de la tentativa en el trabajo de investigación, se puede extraer que se ha identificado una indebida motivación y fundamentación en el aspecto referido a la cuantía de la pena a imponer al autor de una conducta delictiva; circunstancia que compartimos y que al parecer fortalece nuestra posición que este problema no solo abarca el distrito judicial de Huancavelica sino también el Distrito Judicial constituido por la capital de la República, acreditando así que el tema de la fundamentación de la pena, de manera general, no es tarea que ocupe central atención del juzgador.

Los tesisistas (Aguilar Silva & Cango Miranda, 2015) en la tesis titulada “La determinación de la pena por el juez por debajo del mínimo establecido por ley en la tentativa de delitos”, realizada en la Universidad Nacional Trujillo - Perú, llegaron a las siguientes conclusiones:

- Que la tentativa por el hecho de ser de carácter imperfecto debe ser sancionada con pena especial atendiendo cada una de las circunstancias que se presentan al momento de cometer el hecho delictivo, diferenciando el proceso de ejecución, la misma que servirá como sustento para determinar el nivel de realización del acto delictivo cometido por el agente y por ende la puesta en peligro del bien jurídico protegido.

- Respecto a los principios rectores de la determinación de la pena concluimos que en la doctrina nacional y comparada existe uniformidad de cuáles son los principios que deben registrar la institución jurídica de la determinación de la pena por el juez, siendo los mismos, el principio de humanidad, principio de proporcionalidad, principio de culpabilidad, el de prevención y el principio de legalidad; dichos principios van a permitir que el juez dictamine una pena proporcionada para cada caso concreto”

- La determinación de la pena por el juez en la tentativa de delitos deberá tomar en cuenta los principios rectores y los fines preventivos de la pena, los cuales no llevaran a conseguir penas por debajo del mínimo establecido por ley, cuando nos encontramos ante circunstancias atenuantes y de prevención especial, siendo que al enmarcarnos dentro de una tentativa acabada (se reducirá un tercio por debajo del mínimo establecido por ley) mientras que para la tentativa inacabada se reducirá dos tercios por debajo del tercio inferior señalado en nuestro Código Penal, todo ello en base a cada una de las instituciones jurídicas señaladas anteriormente y el grado de lesión del bien jurídico cometido por el agente; y, así evitar sanciones que contravengan los principios rectores y el fin preventivo especial de la pena, aunado al principio de necesidad y merecimiento.

Parte de las conclusiones del trabajo que antecede no son acertadas y no tienen sustento jurídico, ya que el autor señala que cuando se trate de una tentativa acabada el juez reducirá un tercio por debajo del mínimo establecido por ley, mientras que para la tentativa inacabada se reducirá dos tercios por debajo del tercio inferior; sin embargo, en nuestra legislación penal no existe tal referencia, motivo por el cual el autor debería señalarlo como una propuesta o recomendación, mas no como conclusión.

2.1.2. Antecedentes Internacionales.

(Llorens Carrasco, 2005) en su tesis titulada “Proporcionalidad de las penas en el Derecho Penal Chileno” Realizada en la Universidad Austral de Chile; para optar grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas, llegó a la conclusión:

- El Principio de Proporcionalidad presenta varias aristas, nosotros lo conocemos y lo tratamos en su sentido estricto tal como señala Aguado Correa, es decir, como proporcionalidad de las penas, esto significa una adecuada equivalencia entre el daño cometido y la sanción a imponer por el Estado, de manera que este no sobrepase y busque otros fines distintos que el de hacer pagar al autor por su delito ante la sociedad, reeducarlo y reafirmar el derecho vigente, no debe buscar instrumentalizarlo y por sobre todo debe respetar el Principio Humanizador de las penas.

- De todo lo anteriormente expuesto podemos concluir que la mejor y más segura forma de evitar abusos en la comisión penal es a través de elevar el rango Constitucional tanto el principio de proporcionalidad de las penas, transformándolo en su verdadero principio rector e informador de todo el Derecho Penal, y estableciendo una adecuada escala de bienes jurídicos, elevándolas también a nivel Constitucional, de manera de permitir mayor respeto por los imputados y los derechos fundamentales de los ciudadanos en general.

(Acevedo Zepeda & Torres Figueroa, 2009) en la tesis titulada “Determinación de la pena en Chile, Principio de un Estado Democrático de Derecho y Fines de la pena” realizada en la Universidad de Chile – Santiago de Chile, han concluido lo siguiente:

- Si se diera aplicación a los fines de la pena en la estructura del sistema, existiría una directriz, que permitiría, frente a problemas

derivados de la interpretación de la Ley penal, optar por la opción que se más respetuoso de los principios de un Estado Democrático de Derecho.

- Las infracciones a dichos principio podrían desaparecer, o al menos verse atenuadas sin necesidad de incorporar normas casuísticas que, por lo demás, jamás serían suficientes para abarcar cada una de las situaciones particulares, ni tendrían la flexibilidad necesaria para adaptarse a los cambios que toda sociedad experimenta.

(Jimbo Manzanillas, 2011) en la tesis titulada “El Principio de Proporcionalidad entre delitos y penas en Ecuador” realizada en la Universidad Técnica Particular de Loja – Ecuador, ha concluido lo siguiente:

- En el principio de proporcionalidad, se da la proporcionalidad entre las garantías de defensa que se deben al imputado en cuanto ser humano, y las garantías de eficacia de la investigación, en relación a la gravedad del delito, que se deben al resto de los individuos de la sociedad no imputados.
- Esto implica que el Juez o el Legislador tiene que elegir la medida o sanción que sea adecuada para alcanzar el fin que la justifica. Para ello deben tener en cuenta el bien jurídico que se tutele.
- La pena optima debe ser cualitativa y cuantitativamente adecuada

2.2. Bases Teóricas

2.2.1. La pena

La pena es una consecuencia jurídica que se le atribuye a una persona por la comisión de un hecho delictivo, luego de un análisis técnico cuantitativo y cualitativo del quantum, al respecto (Cobo Del Rosal & Vives Anton, 1990) concluyen que “la pena es un castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien tras el debido proceso, aparece como responsable de una infracción del derecho y a causa de dicha infracción” (p 616).

En ese sentido, el Código Penal peruano en su artículo 28° establece cuatro tipos de pena, siendo estas las siguientes: Privativa de libertad, Restrictiva de libertad, Limitativas de libertad y Multa.

En la doctrina nacional los autores (Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, 2011), establecieron que “En la actualidad, pese a la regulación moderna del sistema de penas y a la reglamentación humanista de la ejecución de penas, su cumplimiento tiene lugar en locales insalubres en los que reina la anarquía, la promiscuidad, la explotación y el hambre” (pág. 262), lo que en efecto en la práctica judicial y la realidad del sistema penal peruano no deja de tener acierto, toda vez que los establecimientos penitenciarios a nivel nacional se encuentra en colapso y con una sobrepoblación, por lo se requiere de una mejor infraestructura y logística que permita de manera real cumplir con los fines de la pena y lo señalado por la norma.

A decir del maestro (Prado Saldarriaga V. R., 2017) “las penas son las sanciones que la Ley establece para reprimir a los autores o partícipes de un delito”.

2.2.2. La naturaleza jurídica de la pena

Es aquella búsqueda de la esencia misma de la pena, y esta fue considerada en gran medida como aquella de naturaleza eminentemente retributiva, en este sentido (Poma Valdivieso, 2013) ha manifestado que la pena se configura como relación jurídica retributiva al sujeto que vulnera la ley jurídico-penal. En ese sentido la naturaleza de la pena resultaría siendo eminentemente retributiva, toda vez que se le sanciona a una persona por su mal actual en la sociedad en función de la vulneración o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, ello en mérito que la pena posee un carácter retribucionista desde su esencia, ya que en la mayor parte de legislaciones se recoge a la finalidad preventiva de la pena por ello es necesario diferenciar entre el rasgo esencial (retributiva) y la finalidad (preventiva) de la pena.

2.2.3. Clasificación de la pena

Nuestro Código Penal en el artículo 28 señala de manera textual la clasificación de las penas, los cuales son de cuatro tipos: a) Penas privativas de la libertad, b) Penas restrictivas de libertad, c) Penas limitativas de derechos y d) Penas de multa, criterios de clasificación que cuenta con una aceptación mayoritaria de los doctrinarios y juristas de nuestro país y en casi todos los países latinoamericanos y europeos, esta clasificación se encuentra desarrollada a través de los artículos 29 al 44 en la que desarrollo los alcances de cada uno de los tipos de pena.

En este sentido, el autor nacional (Prado Saldarriaga V. R., 2015) señala que “en lo esencial las penas constituyen la privación o restricción de derechos del delincuente. Las penas que se establecen en la parte Especial de cuatro clases: penas privativas de la libertad (temporales o de cadena perpetua); restrictivas de la libertad (expulsión de extranjeros); limitativa de derechos (inhabilitación,

prestación de servicios a la comunicada y limitación de días libres); y de multa” (pág. 22).

2.2.4. Tipos de pena

Según nuestro modelo penal, la clasificación de las penas en nuestra legislación penal se realiza de la siguiente manera:

A. Privativas de la libertad.

La pena privativa de la libertad se encuentra regulada en nuestro código Penal en el 29 y 29-A en la que precisa el tiempo de duración mínima y máxima, así como respecto a la vigilancia electrónica personal, siendo este tipo de pena una restricción a la libertad ambulatoria conforme así también lo precisa (García Cavero, 2008) señalando que “la pena privativa de la libertad supone la restricción de la libertad ambulatoria del condenado. Se restringe coactivamente su libertad de movimiento mediante el internamiento de este en un establecimiento penal” (pág. 691).

Por su parte (Villa Stein, Derecho Penal - Parte General, 2014) señala que “la pena privativa de la libertad impone al condenado la obligación de permanecer encerrado en un establecimiento, la mas de las veces carcelaria. El penado pierde su libertad ambulatoria por un tiempo de duración variable que va de la mínima de dos días hasta la cadena perpetua” (págs. 553-554), lo que en efecto no deja de tener razón al señalar que este tipo de pena obliga al condenado a ser privado de su libertad en un establecimiento penitenciario y cuya duración se encuentra dentro de los parámetros que recoge el artículo 29 del Código Penal.

Penas temporales

Las penas temporales según establece nuestro Código Penal en el artículo 29 tienen una duración de dos días como mínimo y

una máxima de treinta cinco años, tenor normativo que lo establece de la siguiente forma “La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años”, la razón de este tipo de pena es buscar la resocialización del condenado a través de la privación de su libertad y estar sujeta a un tratamiento penitenciario que logre los fines de la pena.

Penas de Cadena Perpetua

En el Perú a través de la Ley N° 25475 de fecha 6 de mayo del 1992 se reguló la cadena perpetua para combatir el delito de terrorismo, a través de la modificación del artículo 29 del Código Penal; siendo así, constituiría una pena privativa de libertad que no conoce límite máximo de duración.

La pena de cadena perpetua implica la permanencia definitiva del condenado en un establecimiento penitenciario, en muchos casos se dice que este tipo de pena no busca la resocialización del condenado, toda vez que por los antecedentes y la gravedad del delito cometido se le priva de su libertad en forma definitiva.

B. Restrictivas de la libertad.

Según la regulación del artículo 30 del Código Penal, la pena restrictiva de la libertad se traduce en la expulsión del país al extranjero después de haber cumplida la pena privativa de la libertad o la concesión de un beneficio penitenciario.

En este sentido, (Cobo Del Rosal & Vives Anton, 1990) nos indican que “estas penas son aquellas que, sin privar totalmente al condenado de su libertad de movimiento, le imponen algunas limitaciones” (pág. 641), por lo que en este tipo sanción penal la expulsión del extranjero que cumplió su pena o se le haya concedido algún beneficio penitenciario, ello se realiza función

de cautelar el interés público de los ciudadanos peruanos, empero algunos señalan que este tipo de pena serian inconstitucionales como en el caso del magistrado (Villa Stein, Derecho Penal - Parte General, 2014) que señala “estas penas, además de anticonstitucionales por colisionar con el inc. 11 del artículo 2 de la Constitución, que asegura el derecho de residencia, violenta los Derechos Humanos, y atenta en particular contra la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración Universal de Derechos Humanos” (págs. 557-558).

C. Limitativas de derecho.

Del mismo modo, nuestro Código Pernal en el artículo 21 ha señalado como penas limitativas de derechos a los siguientes a) Prestación de servicios a la comunidad, b) Limitación de días libres, c) Inhabilitación y d) Multa.

El autor nacional (Reyna Alfaro, 2018) refiere que “las penas limitativas de derechos limitan el ejercicio de determinados derechos económicos, civiles y políticos de los condenados. Es una clase de pena en sentido trasversal en la medida que puedan ser utilizadas funcionalmente con el propósito de lograr los efectos preventivos pretendidos por la pena” (pág. 397).

D. Multa

(Reyna Alfaro, 2018) indica que “la pena de multa constituye la segunda principal pena en el Derecho penal vigente y consiste en la obligación del sentenciado de abonar una cantidad de dinero, fijadas en días multa, a favor del Estado” (págs. 409-411).

Asimismo, el referido autor señala, como una de las principales ventajas de la pena de multa, el no constituir ninguna catástrofe social al no apartar al condenado de su familia; es lógico, las

sanciones implican siempre una aflicción para el condenado; sin embargo, en el caso de las penas privativas de la libertad, este pesar trasciende al sentenciado afectando a su familia, lo que resulta, desde cualquier punto de vista, cuestionable.

2.2.5. La motivación de la pena.

La motivación de la pena es un proceso de argumentación, mediante el cual se sustenta a través de suficientes bases teóricas y jurídicas y de manera suficiente la determinación de cualquier clase de pena que se imponga a un sujeto por la violación de una norma penal sancionada con una pena.

En este sentido el Tribunal Constitucional en la (Sentencia del caso Constantino Palomino Reynoso, 2013), respecto a la motivación de las resoluciones judiciales, ha señalado que "... el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los jueces, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones", lo sostenido por el supremo intérprete de la Constitución guarda directo correlato con lo que se ha denominado un deber de los órganos de administrar justicia de motivar las resoluciones que emiten, hacerlas comprensibles a las personas de a pie, capaces de transmitir el proceso lógico que llevó al órgano que resuelve a tomar tal o cual decisión, de manera que, se pueda comprender las razones suficientemente acreditadas de sus decisiones y no una voluntad o capricho de quien decide.

En este sentido, la motivación de la sentencia en su integridad debe ser el resultado de un análisis jurídico objetivo y probatorio de cada caso en concreto, tomando en cuenta el aspecto factico y jurídico en la que se sustenta las actuaciones de investigación realizada por el Ministerio Público, por lo tanto, la determinación de la pena por el juez también debe ser resultado de dicho análisis, y no, como ha señalado el Tribunal Constitucional, una arbitrariedad judicial y caprichos de los jueces.

Más aún, si se tiene en cuenta que la motivación como una garantía constitucional permitirá al condenado conocer porque de la imposición de una determinada cantidad de la pena por la comisión de un delito

2.2.6. La determinación de la pena.

La determinación de la pena por el juez, es un proceso de análisis técnico cuantitativo y cualitativo de la pena que se deberá imponer a una persona, por haber sido hallado responsable de un hecho delictivo, ya sea en su calidad de autor, cómplice o participe, a través de un procedimiento de argumentación jurídica de los sucesos factico, jurídica y probatorio, sobre la base de los principios de Lesividad y Proporcionalidad.

(Villa Stein, Derecho Penal - Parte General, 2014) señala que “la pena se determina en la ley –determinación legal– y con el Juez –determinación judicial–. No añadimos la determinación ejecutiva a que lleva la administración del sistema penitenciario, pues no se trata propiamente de una determinación de pena sino de un gesto de administración, aquí el señalado autor diferencia entre la pena abstracta prevista por el legislador para un delito, mientras que la diferencia de la pena correspondiente a la determinación por el órgano encargado de administrar justicia” (pág. 574).

Del mismo modo (Prado Saldarriaga V. R., 2015) ha señalado que “la determinación de la pena por el juez tiene, pues, una relación con la decisión judicial, su función, por tanto, es identificar y medir las dimensiones cualitativas y cuantitativas de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar al autor o participe culpable de un delito, se trata, por tanto, de un procedimiento técnico y valorativo de individualización de sanciones penales” (pág. 48); en opinión de este autor se trata de un proceso de identificación y medición donde el órgano jurisdiccional sobre la base de aspectos objetivos, calcula de forma cualitativa y cuantitativa la individualización de las sanciones penales, acorde al ámbito de intervención de cada autor, partícipe o cómplice, esto es muy importante toda vez que la imposición de la pena se deba realizar de una manera objetiva en función de su grado de participación y el nivel de consumación del delito, como es en el caso de la concurrencia de la tentativa en el grado de consumación que tendrá mucha incidencia al momento de realizar la disminución punitiva por dicha circunstancia.

Asimismo, el referido autor (Prado Saldarriaga V. R., 2010) en otros estudios ha indicado “...operativamente la determinación de la pena por el juez 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 concreta” (pág. 144)

Para el autor antes citado, la determinación de la pena por el órgano jurisdiccional es un proceso operativo donde se distinguen, desde lo tradicional, dos aspectos diferenciados por el señalamiento de los parámetros punitivos establecidos por el legislador; y, por el ámbito reglado al juez mediante la individualización de la pena particularizada para el quebrantador de la norma penal, ambos

aspectos son necesariamente atravesados por el juez para imponer una sanción justa y acorde con la dimensión del injusto.

Asimismo, el autor (Demetrio Crespo, 2015) ha referido que “la individualización judicial de la pena, en sentido estricto es la decisión sobre el tipo y cantidad de pena que corresponde aplica al autor de un hecho delictivo por la transgresión culpable de un precepto penal, decisión en la que el primer paso lógico es la elección entre la pena privativas de libertad y la pena de multa” (pág. 78)

Para el jurista (Guevara Vásquez, 2014) precisa que “la sana critica, 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 de la pena por el juez, teniendo en cuenta que los elementos que componen la sana critica vienen a estar dados, en líneas generales, por las reglas científicas, el uso de la lógica y las máximas de la experiencia” (pág. 161), si bien el autor señala que la determinación de la pena deba estar sobre la base de la sana critica, sin embargo, ello implica también que la sana critica se sustente en los parámetros objetivos establecidos por el legislador a través de la implementación de la sistema de tercios y la verificación de la concurrencia en la conducta del imputado de las circunstancias de atenuación y agravación, así como la concurrencia de ser el caso de atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas según los regulado por el artículo 45-A del Código Penal.

El autor Villa Stein, señala que la pena se determina en la Ley – determinación legal– y con el Juez –determinación judicial-; en este sentido señala que la determinación de la pena por el juez “se trata de un juicio de imposición de pena, que hace el juzgador para adecuar la pena genérica con que el legislador conmina la conducta

subsumida en el tipo, al caso específico que ha juzgado, tomando en cuenta ahora sí, los criterios ya mencionados de culpabilidad y prevención”; en este mismo sentido (Castillo Lira, 2018) señala que “La primera orientación que tiene el Juez para fijar la pena es el marco punitivo del tipo penal realizado por autor, y con la vigencia de la Ley N° 30076 se establece un sistema semirreglado, lo que determina que las sanciones impuestas se establezcan según la graduación en tercios contenidos en los tipos penales” (pág. 13); es ahí donde el autor resalta la importante tarea del legislador al establecer los marcos punitivos para sancionar un delito, sobre la cual el juzgador realiza una valoración de los aspectos personales del agente y circunscriben al hecho para fijar una pena razonable de acuerdo a la norma infringida y al bien jurídico lesionado o puesto en peligro, lo que constituye la fijación particularizada, pormenorizada o individualizada de la pena.

2.2.7. Criterios básicos de determinación

A. El criterio de culpabilidad

La determinación de la pena se realiza en función de criterios que permitan la imposición objetiva y razonable de la pena, siendo una de estas el criterio de culpabilidad la cual según señala el jurista (Villa Stein, Derecho Penal - Parte General, 2014) “la culpabilidad sirve para fundamentar y limitar la pena. Es un logro garantista pues, mitiga (excluye) criterios de “peligrosidad”, “personalidad” o “responsabilidad por el carácter”, lo señalado por el autor nombrado radica en un aspecto trascendental que permite graduar la imposición de la pena partiendo del hecho en sí cometido por el agente no permitiendo el ingreso de aspectos basados en la peligrosidad del agente o de su personalidad, sino netamente de los aspectos que gravitan e inciden en los hechos delictivos por el cual fue hallado responsable” (pág. 573), este criterio tiene mucha relevancia, toda vez que la culpabilidad constituye uno de los

sustentos para la graduación de la pena a imponerse sobre la concurrencia de determinadas circunstancias atenuantes y agravantes que recoge el artículo 46 del Código Penal.

B. El criterio preventivo general

(Villa Stein, Derecho Penal - Parte General, 2014) señala al respecto que “la pena cumplirá un papel instructivo conforme las propuestas del aprendizaje observacional o vicario del que ya hemos dado cuenta. Se activa en el ciudadano el sentido de la “*poena*” ya condicionada en él por lo de la “*poena naturalis*”, este criterio se identifica con aspectos de convencimiento de las personas de alejarse de la vida delictiva, es un desaliento a delinquir mediante criterios de prevención” (pág. 573).

(Busto Ramirez, 1984) refiere que “la pena es auto constatación del Estado (protección de su sistema, por eso en definitiva protección de los bienes jurídicos) y su finalidad al imponerse, es buscar alternativas de dignificación del sujeto de aumentar su capacidad de libertad, de ser actor social, con lo afirmado por este autor se tiene que la pena, es afirmación de presencia estatal frente a la vulneración, ataque y/o puesta en peligro de bienes jurídicos” (pág. 438).

C. Criterio preventivo especial

Para (Reyna Alfaro, 2018), “esta se denomina también “prevención individual”, está orientada a prevenir la comisión de nuevos ilícitos por parte de aquellos individuos que hayan infringido la norma penal, a través de su inocuización (prevención especial negativa) o mediante su resocialización (prevención especial positiva), este autor señala que este criterio está destinado exclusivamente a la persona que cometió el delito para poder neutralizarlo o volverlo inocuo y así evitar la perturbación de la convivencia social” (pág. 376).

2.2.8. Determinación de la pena por el juez

La determinación de la pena por el juez es el proceso mediante el cual se realiza la labor de identificar la pena concreta que se debe imponer a una persona como responsable de un determinado hecho ilícito en función de las reglas del sistema de tercios previstas para dicha labor, como son la identificación de las circunstancias atenuantes o agravantes genéricas, así como de las atenuantes privilegiada o agravantes cualificadas, la cual nos permite identificar de manera adecuada la pena a imponer a una persona, labor que no resulta ser fácil puesto que implica un análisis exhaustivo de cada una de las circunstancias concurrente en la conducta del implicado, que como bien dice el maestro (Prado Saldarriaga V. R., 2015) “La teoría de la determinación punitiva por el juez debe ser elaborada con el rigor científico que demanda su relevante utilidad práctica, razón por la cual nos alarma el inusitado interés por analizar la nueva normatividad que aporta la Ley N° 30076 a través de enfoques desinformados carentes de soporte teórico solvente y que registran evidentes cuotas de improvisación y desconocimiento” (pág. 44).

Por su parte el autor español (Besio Hernández, 2011) indica que “La individualización jurisdiccional de la pena constituye un ámbito especialmente complejo y problemático del quehacer judicial, principalmente porque el legislador no provee de reglas específicas susceptibles de ser utilizadas por el juez de forma unívoca en la elección de la respuesta punitiva adecuada al delito y a su autor, sino que, más bien este se encuentra enfrentado a un sinnúmero de problemas, que requieren de la resolución previa de otro sinnúmero de inconvenientes (así la interpretación de los criterios legales de medición) que dependen, unos de otros, en buena medida de su particular visión del sistema penal” (pág. 23), circunstancia que en nuestro país también se torna en una labor muy ardua; empero, a través de la implementación del sistema de tercios se ha dado herramientas a los jueces para realizar dicha labor sobre estándares

objetivos que permitan imponer penas justas y racionales en función de la concurrencia en la conducta del imputado de circunstancias atenuantes y/o agravantes, así como de atenuantes privilegiadas o agravantes cualificada, es en las atenuantes privilegiadas donde se ha producido mayor controversia en la comunidad jurídica local y nacional, de conocer si la tentativa debe ser considerada como una circunstancia de atenuación privilegiada o una de reducción de la punibilidad.

El proceso de la determinación de la pena tiene su punto de inicio en la corroboración procesal de la responsabilidad del autor de un determinado hecho delictivo que se le atribuye su comisión ya sea en grado consumado o a título de tentativa, a partir del cual se puede establecer la pena a imponer a dicha persona sobre la base de la verificación de circunstancias que establece la norma penal, lo que permitirá graduar la pena de forma proporcional y razonable, conforme el maestro (Prado Saldarriaga V. R., 2015) “La determinación de la pena por el juez 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” (pág. 48), aquí el autor referido nos asevera que la pena se le impone a quien ha sido hallado responsable de la comisión de un hecho relevante penalmente y debe asumir las derivaciones de su conducta.

Para ello, continúa el referido jurista, señalando que 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 autor o participe de la infracción penal cometida (individualización de la sanción); en esta parte el autor identifica tres momentos importantes en la resolución del caso penal, donde en el último tramo el juez debe pormenorizar la imposición de la pena de acuerdo a las circunstancias del hecho, de acuerdo a las características y circunstancias de lo materializado por el sujeto activo del delito lo que la denomina el proceso de la determinación de la pena en función de las circunstancias agravantes o atenuantes.

Asimismo (Prado Saldarriaga V. R., 2015) señala que “Con la expresión determinación de la pena por el juez, se alude a un procedimiento técnico y valorativo que aplica el operador jurisdiccional para identificar de modo cualitativo, cuantitativo y ejecutivo la sanción a imponer en el caso sub iudice. Esto es, a través de ella se procede a evaluar y decidir sobre el tipo, la extensión y el modo de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que resulten aplicables al caso” (pág. 49), este novedoso proceso como indica el autor en legislación y la doctrina especializada nacional y extranjera, también recibe otras denominaciones como por ejemplo la aplicación de la pena, individualización judicial de la pena o dosificación de la pena; con esto último el actual juez supremo una vez más reitera que el procedimiento de establecimiento de una pena en concreto es un proceso técnico y a la vez valorativo de diversas circunstancias que circunscriben a un hecho penal para calcular de manera cuantitativa y cualitativa una pena y posteriormente la forma de su ejecución que más allá de la denominación que reciba este proceso su desarrollo es trascendental en la labor de los jueces al momento de imponer graduar la pena a imponer a una persona que sea hallada su responsabilidad luego de un proceso con las garantías que recoge nuestra Constitución y el Código Procesal Penal.

En España por ejemplo el autor (Ruiz de Erechun Arteché, 2005), respecto a la determinación de la pena, la precisó como un “Proceso en la que se transforma una pena imponible, de acuerdo con lo establecido en un determinado tipo penal 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” (Pág. 87), como se puede advertir el autor español de manera clara establece que la graduación de la pena a imponer se debe realizar sobre la gravedad del hecho y la concurrencia de circunstancias en su conducta.

A. El sistema de tercios.

El sistema de tercios conforme se ha indicado precedentemente, es en nuestro país un novedoso proceso que fue implementado con la ley 30076 en el año 2013, este sistema empleado para la determinación de una sanción de carácter penal fue introducido en nuestro marco normativo penal a través de la incorporación del artículo 45-A al Código Penal, que creó una nueva forma de determinar e individualizar de la pena, constituyendo un notable avance en la dosificación concreta de la pena.

A través del sistema de tercios se realiza el desarrollo de tres etapas que involucran la identificación de la pena abstracta, la misma que se sub divide en tres partes denominadas tercio inferior, medio y superior, la identificación de las circunstancias atenuantes y agravantes, y finalmente la determinación o individuación de la pena concreta, en ese sentido (Mendoza Ayma, 2015) ha señalado que “Se procede a dividir el marco penal abstracto del tipo penal en tres partes, así se obtiene: un tercio inferior, un tercio intermedio y un tercio superior (art. 45-A inc. 1), para luego determinar en qué tercio se ha de individualizar la pena (pena concreta) se atiende a la concurrencia de las circunstancias de atenuación y agravación

genéricas previstas en el artículo 46-CP. Así, si no existen circunstancias atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes; la pena concreta se determinará dentro del tercio inferior. Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio. La pena se determinará dentro del tercio superior, cuando solo concurren circunstancias agravantes” (pág. 103), luego de haber desarrollado este procedimiento el juzgador deberá realizar la individualización de la pena dentro de alguno de los tercios en las que se ha ubicado la conducta de la persona, para lo cual se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 45 del Código Penal así como los principios de proporcionalidad, lesividad y los fines de la pena, así como sobre la base de los criterios de racionalidad.

El sistema de tercios creado por una incorporación legislativa, a nuestro criterio establece una fórmula de cómo calcular y fijar la pena a una persona hallada penalmente responsable de un hecho, de manera mucho más objetiva, empleando mecanismos que hacen entendibles la decisión judicial y la dosificación punitiva, cierto es que limita la discrecionalidad del juez para fijar penas empero dicha limitación se encuentra buenamente justificada cuando se trata de obtener condenas e imposición de penas de acuerdo a criterios objetivos netamente, regulados en la parte general del Código punitivo, pero también a la valoración de diversas circunstancias que intensifican o atenúan una sanción, para luego ubicarlas en una división previa de tres áreas punitivas de la pena abstracta contenido en cada tipo penal de acuerdo a cómo aparecen de forma única o concurrente las circunstancias que aligeran o agravan del hecho (tercio: inferior, medio o superior), área punitiva donde se establecerá la pena concreta.

Para constituir la tarea de la dosificación de la pena a través del sistema de tercios, previo a los resultados del proceso, conviene precisar en lo relativo a este punto, los principios de lesividad y proporcionalidad regulados en los Artículos IV y VIII del Título Preliminar del Código Penal, los mismos que son de corte interpretativo en la fijación e imposición de una pena, de modo que su observancia resultará constituyéndose en indispensable cuando el operador del Derecho realice esta difícil labor, pues no sólo bastará determinar la culpabilidad por el hecho sino que la sanción a imponerse deberá ser proporcional al daño causado.

Del mismo modo los artículos 45° 45-A y 46° del mismo cuerpo normativo penal, contribuyen a realizar esta labor posibilitando un análisis del caso concreto en consideración a la forma y circunstancias del delito y las condiciones personales de su autor.

En concreto, para efectos de graduación de la pena, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 45°-A, se ha establecido que en el momento de dosificación de la pena debe tenerse presente la responsabilidad y gravedad del hecho punible, y para determinar la pena concreta dentro del marco punitivo adecuado (Sistema de Tercios) debe evaluarse la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes, este último, atendiendo lo dispuesto por el artículo 46° que califica y determina las referidas circunstancias de atenuación o agravación del hecho punible.

En cuando al delito que se le atribuye a una persona, se realizará la determinación e individualización de la pena, toda vez que la función esencial que cumple el procedimiento de determinación de la pena es identificar y decidir la calidad e intensidad de las

consecuencias jurídicas que corresponde aplicar al autor o participe culpable de un delito. Se trata de un procedimiento técnico y valorativo de la individualización de sanciones penales que deben hacerse en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad.

Para efectos de graduar la consecuencia jurídica de un hecho delictivo prima facie se debe tener en cuenta lo señalado por el artículo 45° del Código Penal, que contempla los presupuestos para fundamentar y determinar la pena.

En tal sentido, se ha de tener en cuenta para la determinación e individualización de la pena, el sistema de tercios implementado por dicha norma; por lo que, teniendo en consideración los márgenes de pena establecidos para un determinado delito que recoge el Código Penal.

B. Etapas operativas de la determinación de la pena

Al ser la determinación de la pena un procedimiento especial, este se desarrolla a través de una secuencia de etapas y actos, más o menos distinguibles, que debe cumplir el órgano jurisdiccional hasta llegar a un resultado punitivo final que es la individuación de la pena a imponer al autor de la comisión de un hecho delictivo.

En este sentido, muchos autores nacionales han desarrollado de manera didáctica las etapas operativas en determinar e individualizar la pena según el nuevo sistema de tercios implementados por el Código Penal, por lo que el jurista (Mendoza Ayma, 2015) ha precisado que “El abordaje del problema teórico práctico de la determinación e individualización judicial de la pena, exige diferenciar tres fases i) la determinación del marco abstracto de la pena, en este aspecto

creemos que más precisamente al juez le corresponde identificar la pena abstracta antes de determinarla en sentido estricto, pues esta tarea le corresponde exclusivamente al legislador, ii) la determinación del marco concreto de la pena, que a nuestro entender es un aspecto más propio del juez donde se encarga de ubicar la pena a imponer (no definitiva todavía) en una de las tres áreas punitivas creadas a partir de la aplicación del sistema de tercios, y iii) la individualización judicial de la pena, lugar en el que una vez ubicada la pena a imponer en el tercio que corresponda (inferior, medio o superior) se procede a matizar la cuantificación de la pena de acuerdo a las circunstancias propias del hecho, las características del injusto realizado para establecer la pena definitiva” (pág. 105), la misma que se desarrollará en el presente trabajo a fin de dar un mejor panorama respecto a dicho procedimiento y sus respectivas etapas

La determinación del marco abstracto de la pena:

Esta etapa de la determinación de la pena está vinculado a la calificación jurídica del delito, en el cual se debe identificar la pena legal con la que se sanciona un determinado hecho en concreto, sobre la base del cual se identifica el marco punitivo abstracto del tipo penal; en este sentido (Mendoza Ayma, 2015) señala que “la necesidad de fijar el marco punitivo abstracto precisa de un paso previo, esto es verificar que la pena conminada presente en el marco abstracto, con un límite superior e inferior definida” (pág. 107).

A manera de ejemplo se tiene lo establecido en el artículo 106 del Código Penal que recoge el delito de homicidio, la misma que según la configuración legal del tipo penal establece “El que mata a otro será reprimido con pena privativa de la libertad no

menor de seis ni mayor de veinte años”, esta pena fijada en el tipo penal se denomina la pena abstracta.

Sin embargo, en algunos tipos penales, no se podrá advertir el extremo mínimo o el extremo máximo, en esos casos se deberá tener en cuenta lo establecido en el artículo 29 del Código Penal que establece los límites mínimos y máximos de la pena que recoge el sistema punitivo en el Código Penal al establecer “La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años”, entonces esto nos permitirá determinar ya sea en su extremo máximo o mínimo identificar la pena abstracta en los delitos que en su configuración solo recojan uno de estos extremo, y la otra se realizará en base a este articulado, de tal manera que ningún tipo penal quede exento de identificar la pena abstracta, y de esta manera se pueda realizar la determinación de la pena a través del sistema de tercios, entonces esta primera etapa es de fácil identificación y operacionalización, que no se traduce en la identificación de la pena abstracta.

Determinación del marco legal concreto

Esta segunda etapa tiene como objeto la determinación del marco legal concreto, en la que se deberá analizar la convergencia o no de las circunstancias comunes o genéricas (atenuantes o agravantes) previstas en el artículo 46 del Código Penal.

Al respecto (Mendoza Ayma, 2015) refiere que “no se debe adelantar directamente una tarea meramente procedimental de determinar cuantitativamente marcos concretos reducidos – tercios–, sin la tarea previa de considerar a las circunstancias como su presupuesto material. Las circunstancias son los insumos con los que se realizará la tarea de fijación del marco

concreto, por tanto, previamente se tiene que considerar los supuestos que configuran las circunstancias, sus alcances interpretativos, los efectos etc” (pág. 110), en esta segunda etapa la interpretación de las circunstancias se realiza en función de los efectos de la atenuación y agravación, señalando como indica el autor antes señalado que las circunstancias de atenuación deben ser interpretadas de manera extensiva, mientras que las circunstancias agravantes debe ser interpretada de manera restrictiva en virtud de lo establecido en el numeral 9 del artículo 139 de la Constitución peruana.

En este sentido, se divide en tres el espacio punitivo de la pena abstracta, la misma que se puede realizar convirtiéndolo en meses o años, es así que obtendrá tres espacios debidamente delimitados en penas concretas que se denominan: tercio inferior, tercio medio y tercio superior, obtenida esta división se continúa con las reglas establecidas en el artículo 45-A del Código Penal, conforme al siguiente panorama:

Regla 1: Cuando no existan circunstancias atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determinará dentro del marco o tercio inferior, por tanto, la pena concreta se establecerá en este tercio inferior.

Regla 2: Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación la pena concreta se determinará dentro del marco o tercio intermedio, en este tercio se determinará la pena concreta.

Regla 3: Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determinará dentro del tercio superior, es decir la pena concreta se determinará en el tercio superior:



Individualización de la pena.

Una vez identificado el tercio (inferior, medio o superior) en el que se ubicará la pena concreta se procede a realizar la individualización de la pena concreta, la misma que se realizará un análisis de las cantidad de circunstancia agravantes o atenuantes concurrentes en la conducta del autor, así como la ofensividad del delito, las consecuencias generadas con este actuar, asimismo se tendrá en cuenta los principios de lesividad y proporcionalidad además de lo establecido en el artículo 45 del Código Penal, los cuales nos servirán para que en el caso concreto podamos establecer la pena concreta individualizada a imponer a una personas autor o partcipe hallado responsable penalmente.

Es en esta etapa donde interviene el magistrado para de acuerdo a la sana critica pueda individualizar la pena de acuerdo a cada caso en concreto a partir de los principios de proporcionalidad y lesividad.

- C. Procedimiento en circunstancias de atenuación privilegiadas.
 En la modificación del Código Penal con la implementación de la determinación de la pena a través del sistema de tercios, también se introdujo la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias privilegiadas de atenuación, la misma que conforme establece numeral 3 del artículo 45-A del Código Penal se da “Cuando concurren circunstancias privilegiadas de atenuación o agravantes cualificadas, la pena concreta se determinará de la siguiente manera:

- a) Tratándose de circunstancias atenuantes la pena concreta se determinará 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 u agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito.

Sin embargo el proceso de la determinación de la pena en la concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas es la que mayor controversia ha generado en la comunidad jurídica local y nacional, toda vez que nuestros legisladores al momento de la incorporación de esta forma de determinar la pena no han regulado de manera expresa cuales son dichas circunstancias atenuantes privilegiada, conforma si también lo hapreciado la Corte Suprema en la Casación N° 1083-2017 Arequipa en la que en su fundamento 4.32 de manera textual se estableció “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 aplicación”.

En ese mismo sentido (Mendoza Ayma, 2015) señala que “dos problemas centrales se presentan respecto de las circunstancias privilegiadas de atenuación: i) ¿Están reguladas en nuestro ordenamiento penal?, ii) Las categorías reguladas desde el artículo 13 al 22 del CP son circunstancias privilegiadas de atenuación, o causas de incremento o reducción de punibilidad” (pág. 124).

El antes mencionado autor, señala que estas dos interrogantes son el epicentros del debate actual en la que se hallan dos posiciones: i) unos afirman que nuestro Código Penal si contempla y regula las

circunstancia privilegiadas de atenuación y, por tanto, se les asigna el efecto un nuevo marco resultante -45.A.3., del CP- por debajo del tercio inferior, y en este se individualizará la pena; y ii) otros que afirman que nuestro Código Penal no contempla las circunstancias privilegiadas de atenuación, y, por tanto, no procede individualizar la pena por debajo del tercio inferior, circunstancia que no permite de manera clara dilucidar si la tentativa constituye o no una circunstancia atenuante privilegia o una de reducción de la punibilidad

En su oportunidad (Prado Saldarriaga V. R., 2015) ha señalado que, “cuando concurre en el caso una circunstancia privilegiada lo que varía de modo descendente es el mínimo establecido por ley original y que será sustituido por un nuevo e inferior” (pág. 142), aquí el mencionado autor y juez supremo nos señala que al encontrarnos ante una circunstancia atenuante privilegiada se crea un nuevo marco punitivo que crea una brecha descendente que inicia con el mínimo legal de pena previsto para el delito. Un ejemplo de esta clase de circunstancias lo encontramos en el artículo 22 del Código Penal, el cual, valorando la edad del agente al momento de la comisión del delito, permitirá al Juez imponer una pena concreta cuya expresión cuantitativa estará siempre por debajo del mínimo establecido por ley conminado para el hecho punible. Algo similar ocurrirá en el caso de la complicidad secundaria del artículo 25 *in fine* o de la tentativa conforme a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 16 del Código Penal, con los ejemplos propuestos podemos establecer que la aparición de una circunstancia privilegiada de atenuación de la responsabilidad penal automáticamente crea un nuevo marco punitivo inferior y distinto al inicialmente creado por el legislador al fijar la pena abstracta para cada delito.

Según (Mendoza Ayma, 2015) “para quienes afirman su regulación normativa de los supuesto de circunstancia privilegiadas de atenuación, estas son precisamente el error de prohibición vencible, la omisión impropia, error de comprensión, la tentativa, la responsabilidad restringida, la complicidad primaria, que están regulados en el Código punitivo –desde el artículo 13 hasta el 25 del mencionado código- por tanto, corresponde determinar un nuevo marco por debajo del tercio inferior, en virtud del artículo 45-A.3 del CP. En efecto, a estos supuestos normativos se le asigna una consecuencia punitiva disminuida –“*se le disminuirá prudencialmente la pena*”, “*podrá reducirse prudencialmente la pena*”, “*podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo establecido por ley*”- pues inciden directamente en aumentar o disminuir el injusto y en la gradual reducción del injusto” (pág. 126).

2.2.9. El principio de proporcionalidad

Al respecto (Mendoza Ayma, 2015), refiere que de entrada nos encontramos ante un principio con varias acepciones, por lo que señala: “Corresponde a los jueces penales la tarea de individualizar las penas en cada caso concreto y tratándose de una restricción o privación de un derecho fundamental, tendrán que evaluar si la cuantía de pena privativa de libertad es idónea y necesaria para alcanzar el fin constitucional que persigue, y juzgar si existe un desequilibrio manifiesto por ser excesiva, e irrazonable entre la sanción y la finalidad constitucional” (pág. 149)

Por su parte, (Villa Stein, Derecho Penal - Parte General, 2014) señala que “Informa este principio de equilibrio y prudencia que debe existir entre la magnitud del hecho y la pena que le debe corresponder al autor” (pág. 144), de forma acertada este autor asevera lo anterior ya que la fijación de la pena concreta e individualizada a una persona hallada penalmente responsable debe ser coherente con la afectación o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la ley penal,

proscribiendo todo acto que de forma irrazonada fije penas demasiadas severas y, puede ocurrir, demasiado benignas.

2.2.10. El principio de la proporcionalidad según el Tribunal Constitucional.

El supremo intérprete de la Constitución indica que la intervención del legislador al restringir los derechos fundamentales, en el caso de la reincidencia, resulta idónea, legítima, necesaria (no existe otros medios alternativos), y es proporcional en sentido estricto. Por tanto, concluye, no se restringe ilegítimamente el derecho a la libertad.

El TC hace referencia a tal principio, en su variante de prohibición o interdicción por exceso, con lo que denota que dicho principio se satisface en sus tres presupuestos: idoneidad, necesidad y de proporcionalidad, por lo que concluye, no infringe el principio de proporcionalidad (Exp 0014-2006-PI/TC, 2006).

2.2.11. El Principio de Lesividad.

El autor (Villa Stein, Derecho Penal - Parte General, 2014) indica que “El punto de partida de un derecho penal moderno es el “bien jurídico”, definido como aquella entidad objetivamente valiosa y protegida por el derecho para la satisfacción de las necesidades físicas, psicológicas y sociales de los humanos y sus colectividades organizadas” (pág. 140), de esta afirmación podemos colegir que para este autor el Derecho penal se erige para proteger bienes jurídicos que posibilitan y viabilizan la convivencia social y todo el quehacer humano.

Teniendo ello en consideración, cabe indicar que en nuestra legislación nacional, el principio de lesividad se encuentra ubicado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Punitivo, el cual nos recuerda que la legitimidad de la imposición de una pena por el juzgador, necesariamente requiere la lesión o puesta en peligro de

bienes jurídicos protegidos por el Estado, en tal sentido, el tormento punitivo del Estado para con el delincuente solo se justifica en tanto exista el atentado o la exposición a peligro de los bienes jurídicos; así pues, en virtud de este principio se asume el axioma, que el poder punitivo “tutela” bienes jurídicos; por ende el poder punitivo sería legítimo en tanto estos “bienes” sean constitucionales; en otros términos, los bienes para que sean objeto de “tutela punitiva” deberán tener jerarquía constitucional (Mendoza Ayma, 2015, pág. 155)

2.2.12. Principio de culpabilidad.

Culpabilidad en la determinación de la pena en este caso es de modo cuantitativo, bajo la categoría de la culpabilidad, como tercer elemento del concepto de delito se agrupan aquellas cuestiones relacionadas con las circunstancias específicas que concurrieron en la persona del autor en el momento de la comisión del hecho ya calificado como típico y antijurídico, se trata del elemento del delito en el que la persona del autor se relaciona dialécticamente con el detentador del *ius puniendi*, con lo anotado se puede advertir que el principio de culpabilidad se encuentra en el último peldaño del análisis de la teoría del delito, por tanto, ha superado el riguroso análisis de los necesarios y precedentes aspectos de dicha teoría, correspondiendo evaluar la culpabilidad en términos de reproche o de exigencia de posibilidad de obrar de otra manera del agente. (Aguado De la Tuesta, 2004). Es común definir la culpabilidad como la reprochabilidad de un acto típico y antijurídico, fundada en que su autor, en la situación concreta, lo ejecutó pudiendo haberse conducido de una manera distinta, es decir, conforme a Derecho. Algunos códigos penales, como el de Paraguay de 1998 llegaba a hacer desaparecer el término "culpabilidad" que era sustituido por el de reprochabilidad. Sin embargo, la doctrina española pone de manifiesto como el término reprochabilidad se asocia al reconocimiento de la existencia del libre albedrío, algo imposible de probar en el caso concreto, por lo que desde teorías preventivas de

la pena se propugna su sustitución por la idea de motivabilidad o de exigibilidad.

El principio de culpabilidad, en razón a su contenido, sólo exige que pueda “culpase” al sujeto de la lesión por la que se le castiga, lo cual requiere ciertas condiciones que permitan imputarle la lesión como suya ya sea como dolosa o imprudente, y como producto de una motivación normal.

Para (Mir Puig, 2006), en su sentido más amplio, el término «culpabilidad» se contrapone al de «inocencia». En este sentido, bajo la expresión «principio de culpabilidad» pueden incluirse diferentes límites del ius puniendi, que tienen de común exigir, como presupuesto de la pena, que pueda «culpase» a quien la sufra del hecho que la motiva. Para ello es preciso, en primer lugar, que no se haga responsable al sujeto por delitos ajenos: principio de personalidad de las penas. En segundo lugar, no pueden castigarse formas de ser, personalidades, puesto que la responsabilidad de su configuración por parte del sujeto es difícil de determinar, sino sólo conductas, hechos: principio de responsabilidad por el hecho, exigencia de un «Derecho penal del hecho». Mas no basta requerir que el hecho sea materialmente causado por el sujeto para que pueda hacersele responsable de él; es preciso además que el hecho haya sido querido (doloso) o se haya debido a imprudencia: principio de dolo o culpa. Por último, para que pueda considerarse culpable del hecho doloso o culposo a su autor ha de poder atribuírsele normalmente a éste, como producto de una motivación racional normal: principio de imputación personal (también denominado de culpabilidad en sentido estricto).

2.2.13. La tentativa

Estamos frente a la denominada tentativa cuando el sujeto activo emprende o inicia la ejecución de parte o todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal sin llegar a materializar o consumir el hecho delictivo, “Se trata de un delito incompleto en orden a que aún no ha sido integrado totalmente, pero no por la ausencia de caracteres típicos estructurales, sino porque estos no se han realizado en el tiempo” (Zaffaroni E. R., 2002, pág. 809), también se le denomina delito inconcluso porque su ejecutor a pesar de alcanzar los ámbitos subjetivos y objetivos necesarios del tipo, no ha llegado a configurar el delito; se puede agregar que la tentativa es una norma de la parte general del Derecho penal de carácter accesoria, ya que posibilita que se puedan castigar los actos que no han llegado a consumarse como delitos, sin esta institución dichos actos quedarían impunes; por ello es correcto afirmar que: “La tentativa no es un tipo punible autónomo, sino una forma de aparición de un delito al que falta la parte conclusiva” (Politoff L., Matus A., & Ramírez G., 2004, pág. 379); siendo así, es correcto que el Estado fundamente la sanción de la tentativa con perspectivas preventivas que buscan evitar la lesión y la exposición o puesta en peligro de bienes jurídicos; sin embargo, ante la rebeldía del agente frente al mandato normativo (no lesionar o no hacer), el Estado extiende la punibilidad y castiga la conducta desplegada pese a no existir un resultado lesivo, convirtiendo así a la tentativa en un dispositivo extensor o de amplificación de la responsabilidad penal.

Así, el fundamento de la pena en la tentativa, subyace en dos tendencias, según el autor (Cornejo Pisfil, 2015):

a) La que reconoce función prevalente en el elemento subjetivo considerando el conato como manifestación de la voluntad criminoso. La manifestación de esta voluntad es lo que constituye el peligro y lo que hace necesaria la represión (concepción alemana) y b) La que señaladamente considera en el conato el elemento objetivo y pone de

relieve, ante todo, la idoneidad de los actos que constituyen aquel elemento para producir la lesión del derecho (definición francesa). (págs. 283-284)

También, conviene señalar desde una teoría mixta (que más adelante abordaremos) dominante en la actualidad que, el fundamento o la razón de la punición de la institución analizada es como indican (Johannes, Werner, & Helmut, 2018) “la manifestación de voluntad delictiva, cuya repercusión en la comunidad puede llevar a una conmoción de la conciencia jurídica y poner en peligro la paz social” (págs. 414-415).

Así, se tiene que según (Creus, 1992) la tentativa “constituye la ejecución de un delito que se detiene en un punto de su desarrollo antes de alcanzar el grado de consumación, es decir, antes de que se haya completado la acción como típica” (pág. 431), en ese entendido, la tentativa puede calificarse como una forma imperfecta de realización del delito, donde el hecho delictivo no llega a materializarse quedándose en etapa previa a la consumación.

De lo anotado anteriormente podemos señalar que la tentativa constituye el momento donde el agente comienza a realizar los elementos objetivos del tipo con la intención de lesionar un bien jurídico; sin embargo, no llega a consumir el delito, es decir, llega a un momento inmediatamente anterior a la consumación, no penetra o no rebasa esa dimensión de lesión del objeto de protección penal.

A. El camino del delito - *íter criminis*:

Los delitos dolosos atraviesan una sucesión de momentos en su materialización que únicamente se presentan en ese tipo de delitos, esa secuencia de espacios en su configuración permite distinguirlos de los delitos imprudentes (culposos), así cuando la secuencia de determinados procesos mentales y su

exteriorización mediante actos destinados a lesionar o poner en peligro bienes jurídicos protegidos penalmente, se condicen con los elementos objetivos y subjetivos de un delito se configura el supuesto de hecho de un tipo penal; esa sucesión, ese ciclo únicamente se puede distinguir en delitos dolosos, así tenemos que los juristas (Johannes, Werner, & Helmut, 2018) señalan que “todo hecho punible doloso recorre distintos grados de realización de la voluntad. Su camino va desde la decisión del autor, pasando por la preparación, el comienzo de la ejecución, la conclusión de la acción típica y, dado el caso, la producción del resultado hasta su agotamiento” (pág. 412).

Dicha secuencia de momentos es conocida por la doctrina y la literatura penal como *íter criminis* o camino del delito que va como indica (Reátegui Sánchez, 2016) “desde la decisión como producto de la imaginación del autor hasta el agotamiento de la ejecución del delito, tiene lugar un proceso temporal –solo parcialmente exteriorizado” (pág. 1697) para entender la idea conviene agregar, en palabras de Amado Ezaine Chávez que el hecho delictivo es un proceso psicofísico que se genera en la mente del autor y que más tarde se exterioriza en actos, implicando ella una verdadera "vida del delito", desde el instante en que aparece la idea criminosa en el pensamiento de su autor, hasta el momento en que ella se concretiza en una realidad material, atravesando etapas que se suceden y cuya totalidad se denomina *íter criminis*, es decir: camino del crimen, por ello (Marccone Morello, 1994), resalta que “el hecho delictivo es una convergencia de aspectos psíquicos y físicos del autor, que una vez exteriorizados como uno, otorga existencia propia al delito”.

De lo anotado se puede comprender que en el *íter criminis* existen dos dimensiones que, para la configuración de un delito se requieren mutuamente uno del otro, son espacios muy

distintos, al punto que uno radica en el espacio mental del individuo, intangible, incorpóreo, imperceptible y generalmente solo conocido por el dueño de los pensamientos y, por tanto, escapan al espacio punitivo estatal de acuerdo al principio famoso de Ulpiano *cogitationes poenam nemo patitur*, mientras que el otro, hecha raíces en la realidad en el mundo tangible, en lo material, en lo perceptible, apreciable, medible y distinguible por otras personas distintas al sujeto que las realiza, de manera que pueden llegar a ser punibles, así (Peña Cabrera Freyre, Derecho Penal Parte General Quinta Edición Tomo II, 2015) señala que “este complejo proceso tiene una vertiente interna (conciencia del autor) y, una externa que se exterioriza en la realización concreta de los actos que dan lugar a la plasmación típica; únicamente esta fase es recogida por el Derecho penal para sustentar el juicio de atribución, de conformidad con el principio de lesividad” (pág. 689), nótese que esos aspectos (vertientes: interna y externa) son consubstanciales, concurrentes, copulativos para determinar la existencia del delito.

Ahora, resulta oportuno señalar que en muchos casos la voluntad criminal y la materialización de hechos destinados a dañar el bien jurídico atraviesan lapsos de tiempo inmediatos, que no permiten bien distinguir todo el sendero delictivo en sus diversas fases, así también (Villavicencio Terreros, 2017) señala que:

La construcción del proceso delictivo en base a etapas o momentos, es claro que resulta ser ideal, pues en muchos supuestos media solamente un instante entre la concepción de la idea y su ejecución. Así para efectos didácticos, es recomendable mantener esta división de etapas a fin de verificar sus momentos básicos. (pág.415)

Para hacer más viable la presente explicación y comprender el doble aspecto dimensional del íter criminis, que fue brevemente anotado en anteriores párrafos, es oportuno desarrollar los ámbitos interno y externo por los que transita el agente para cometer un delito, teniendo en claro que esos momentos básicos distinguidos por la doctrina sirven para comprender la complejidad del desarrollo del delito.

En ese sentido tenemos dos dimensiones que la doctrina ha señalado de forma uniforme, para establecer y diferenciar el espacio delictivo punible y no punible del delito, de manera que se establece –por lo general– en un análisis estratificado donde se debe verificar:

A. Fase subjetiva o faz interna no punible del íter criminis.-

A.1. Ideación.- “todo delito nace, como toda acción humana, en la mente del autor” (Mir Puig, 2006, pág. 337), en este momento se da el planteamiento de la idea criminal, el nacimiento de la idea delictiva en el intelecto o pensamiento de una persona, “el delito nace en la mente del sujeto” (Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, 2011, pág. 416), en esta etapa el hecho punible comienza a cobrar existencia en el pensamiento del agente activo; en ese sentido, señala (Peña Cabrera Freyre, 2015) “importa la elaboración mental delictiva, en la cual el agente concibe y planifica su resolución criminal; donde se gesta el plan delictivo, desde un plano meramente intelectual” (pág. 691).

A.2. Deliberación.- Es la etapa inmediatamente después de la ideación, es aquí donde la persona que ideó o gestó el plan delictivo comienza a analizar la existencia de pros y contras de la conducta delictiva, realiza una ponderación del éxito o fracaso de la actividad punible, así también se plantea los beneficios que puede tener, en este momento también el sujeto puede evaluar las consecuencias y los perjuicios que puede generar del delito, el agente realiza “la apreciación de lo que estima sus dificultades e implicaciones jurídicas y morales” (Villa Stein, 2008, pág. 285) en este momento “se da la lucha entre la idea delictiva y las objeciones valorativas contrarias a ella” (Villavicencio Terreros, 2017, pág. 416); es importante agregar que, de acuerdo a las características del delito que el agente ideó ejecutar puede estar presente o no, “puede ser más o menos breve, e incluso faltar” (Mir Puig, 2006, pág. 337) circunstancia que no enerva la ideación delictiva emprendida para dar paso a la toma de decisión.

A.3. Resolución criminal.- Espacio donde quien emprende la idea y ya deliberó en su interior respecto a la comisión de un delito decide materializarlo, es la toma de decisión criminal previo análisis deliberativo, es la resolución de cometer el delito, puede ser “más o menos lúcida, es presupuesto de todo hecho doloso” (Mir Puig, 2006, pág. 337); siendo así, constituye la decisión misma de realizar la conducta delictiva, luego de ideada y deliberada; claro está que siempre ocurre en el mundo de las ideas del sujeto

decidido a cometer el delito, siendo este su único límite.

B. Fase objetiva o faz externa punible del íter criminis

B.1. Actos preparatorios.- son aquellos encaminados a la ejecución del delito, preparan el camino material para el mismo, pero no van dirigidos a la ejecución del delito propiamente dicho, estos actos “constituyen las primeras acciones que el autor realiza, a fin de dar inicio al plan criminal -idealmente elaborado-, los cuales no importan generalmente de modo formal, el inicio de la ejecución típica” (Peña Cabrera Freyre, 2017, pág. 692), “es que un autor ya decidido a obrar, comienza a conseguir los medios que le permitirán llevar a cabo su propósito” (Regui, 2008, pág. 409), en este tipo de actos “se procura los instrumentos con que piensa llevar a cabo el delito o se coloca en situación de perpetrarlo” (Creus, 1992, pág. 430), este tipo de actos son impunes debido a que son equívocos e incluso pueden llegar a ser hechos estereotipados, por ello esas actividades pueden admitir diversas explicaciones, por dicho motivo no están necesariamente vinculados al acto delictivo en sí; se pueden apreciar como aquellos actos de vigilancia a la víctima, compra de materiales para realizar el delito; pueden resultar siendo no punibles por regla, admitiendo excepciones en su castigo. Aquí es oportuno abordar a las resoluciones manifestadas de voluntad, que no son actos preparatorios propiamente dichos: conspiración (personas que conciertan y resuelven cometer un delito), proposición (el sujeto activa invita clara, expresa y persuasiva a otra a cometer el delito, pero

no es una inducción), provocación (el sujeto activo incita a los demás por diferentes medios eficaces para publicitar la comisión de hechos delictivos), apología (forma de provocación ante personas por medios, pero ensalza, enaltece al crimen o al ejecutor del delito), estos actos pueden ser pasibles de punición por excepción, de acuerdo a las políticas criminales de adelanto de las barreras punitivas de cada Estado.

B.2. Actos de ejecución.- entre los que se puede distinguir, i) Actos perfectos, que sería delito configurado o consumado, y ii) Actos imperfectos, en los cuales se encuentra el delito tentado o la llamada tentativa [intención de cometer el delito; dar inicio, principio o empezar la ejecución directamente y por hechos exteriores; ejecutar todos o parte de los hechos: tentativa inacabada (no se producen todos los actos del tipo para la realización del delito, ejemplo: atascado del gatillo), y acabada (se producen todos los actos necesarios para alcanzar el resultado del sujeto activo, ejemplo: dispara pero no le da por mala puntería)-; no haber practicado todos los actos por causas independientes ajenas al autor].

B.3. Consumación.- momento en el que se lesiona o vulnera el bien jurídico objeto de tutela penal, es límite de la tentativa, la sanción en este momento viene a ser mucho mayor; se puede señalar que es el efectivo cumplimiento de la ley penal (que viene redactado en forma de delito configurado), pero el incumplimiento de la norma prohibitiva o imperativa que subyace en el supuesto de hechos del tipo penal.

B. Formas imperfectas de realización del tipo:

Afortunadamente, no toda actividad delictuosa emprendida y destinada a lesionar un bien jurídico, llega a recorrer la totalidad del sendero delictivo, es decir, que se presentan circunstancias donde la conducta punible desarrollada no llega a perfeccionar el supuesto de hecho del tipo penal, el hecho no se consuma, ante tales supuestos estaremos frente las formas imperfectas de desarrollo del delito o formas imperfectas de realización del tipo.

Esas formas imperfectas de realización típica del delito, señala Berdugo en (Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, Manual de Derecho Penal - Parte General, 2011) señala que “se presentan cuando el agente no logra ejecutar, pese a intentarlo todos los elementos típicos necesarios para la configuración de un tipo penal determinado” (pág. 415); siendo así, esa frustración del delito, esa afortunada imperfección delictiva no puede quedar impune; de ahí que se crean los llamados dispositivos o normas extensivas de responsabilidad penal.

Para entender la referida imperfección es preciso recordar que los autores (Martínez Escamilla, Martín Lorenzo, & Valle Mariscal Mariscal de Gante, 2012) señalan que:

Los tipos penales que recoge el Código Penal y otras leyes penales describen delitos consumados ...y la pena que establecen lo es para los supuestos de consumación. Si no existieran los arts. 16, 17, 18 del Código Penal Español, no podría castigarse, por ejemplo, la conspiración al homicidio o la tentativa de homicidio, porque, como hemos dicho, los tipos penales describen normalmente delitos consumados, siendo el resultado un elemento del tipo. Por eso se dice que los referidos preceptos son normas extensivas de la responsabilidad penal,

en cuanto amplían el castigo a conductas (conspiración, proposición o provocación y tentativa) que no serían subsumible directamente en el tipo penal en cuestión. (pág. 199)

Se concibió tal prolongación de responsabilidad penal en atención a una de las funciones del Derecho penal como la protección de lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos, por tanto, el *ius puniendi* no puede actuar solamente cuando se viole los más altos intereses que posibilitan la convivencia social, sino también cuando existe un ataque infructuoso (tentativa) a los bienes jurídicos o la exposición a peligro de los mismos, (Reátegui Sánchez, 2016) señala que:

El Derecho penal en correspondencia con su misión fundamental de protección de bienes jurídicos, no solo debe actuar cuando se ha producido el daño (lesión del bien jurídico), sino que debe hacerlo también cuando existe un inmediato peligro para éste. Peligro que puede tener dos momentos puntuales; en primer lugar, referida a la “tentativa” y, en segundo lugar, al peligro. (pág. 1697)

Afirmado la anterior conviene agregar que, en el Código punitivo no existe la tipificación de la tentativa ni del peligro como delito, lo que existe son institutos de la parte general que permiten castigar, por extensión o amplificación, el intento de dañar un bien jurídico o la exposición a peligro del mismo, en este sentido (Martínez Escamilla, Martin Lorenzo, & Valle Mariscal Mariscal de Gante, 2012) señalan que “dichos preceptos son, además, normas accesorias. Así, por ejemplo, no existe un delito de tentativa sin más, existe una tentativa de homicidio, una tentativa de robo, etc.” (pág. 199), con esto último se comprende lo indicado por (Zaffaroni E. R., 2002):

No hay un delito de tentativa sino tentativas de delito, toda vez que el dispositivo amplificador no consiste en otra cosa que en la proyección retrospectiva del mismo tipo (consumado). De suerte que no se trata de un tipo con su aspecto subjetivo completo y su aspecto objetivo incompleto, porque ambos están por lo general incompletos –el objetivo siempre, y el subjetivo en casi todos los casos–, en razón que ninguno de ambos terminó de desarrollarse en el tiempo. (pág.809)

2.2.14. Teorías que fundamentan la tentativa:

A. Teoría objetiva.

Considera que la tentativa debe ser punible por el riesgo o peligro al que se expone al bien jurídico objeto de tutela penal, como se entenderá para esta teoría se da mayor importancia al desvalor de resultado, donde el injusto penal se concentra en el ámbito objetivo de valoración de la norma, se pone sobre relieve la conducta material del agente capaz de generar un riesgo o lesionar el objeto de protección estatal, como indican (Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, Manual de Derecho Penal - Parte General, 2011):

En estas teorías se da mayor importancia al desvalor de resultado pues se exige que haya una afectación al bien jurídico. Este criterio se apoya en un fundamento garantista de seguridad jurídica para el ciudadano, pues sólo se castigan procesos subjetivos que produzcan un resultado. (pág. 423)

Según esta teoría son impunes: los actos preparatorios, la tentativa inidónea, la tentativa imposible y las conductas sin entidad de peligro; también reducen la sanción punitiva.

B. Teoría subjetiva.

Contrario a la anterior, esta postura se abalanza por la existencia de una voluntad contraria al derecho, la existencia de una rebeldía ante la norma prohibitiva, lo que resulta fundamental para distinguir esta teoría se anida en la existencia de un desobedecimiento al mandato prohibitivo e imperativo estatal; siendo así, (Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, 2011) señalan que “esta teoría pretende fundamentar la punición de los actos no consumativos en la intención del sujeto, es decir en su voluntad dañina” (pág.424), esta teoría se identifica con el desvalor de acto, esto es, con aquellos comportamientos que el agente desarrolla en abierta afrenta a los imperativos legales y a la buena convivencia social, “con la índole de la intención del agente” (Villa Stein, 2008, pág. 294), así según esta teoría se funda la punibilidad del delito imperfecto “en la voluntad del autor contraria o enemiga del derecho (...) se requiere reprimir la voluntad criminal” (Zaffaroni E. R., 2002, pág. 812).

Según esta teoría son punibles la tentativa imposible y la inidónea por tratarse de la misma resolución criminal que desafía al derecho.

C. Teoría mixta.

Esta postura combina los aspectos más característicos de las teorías antes señaladas (objetiva y subjetiva), en ese sentido, la sanción de la tentativa reside en el peligro objetivo y materialmente relevante para el Derecho penal, al que el agente expone al bien jurídico protegido, lo que se necesariamente se engarza con la voluntad directa del autor de desobedecer un mandato prohibitivo (normas penales), Roxín (como se citó en Villa Stein, 2008) señaló que para esta teoría el castigo de la tentativa radica en “el peligro corrido por un bien jurídico protegido por la ley penal en relación con la voluntad del autor”

(pág. 295), así para esta teoría el injusto subyace en dos aspectos que deben estar presentes: en el desobedecimiento de la norma subjetiva de determinación y en la puesta en peligro del bien objeto de tutela penal, (Peña Cabrera Freyre, 2017) sostiene que en esta teoría se destaca: “tanto la voluntad criminal y la peligrosidad del autor como el peligro para el bien jurídico” (pág.703).

Las consecuencias de asumir esta teoría radican en: castigar algunos actos preparatorios, la tentativa se castiga de forma atenuada.

D. Teoría de la impresión.

Que surge como necesidad de establecer un límite objetivo a la teoría subjetiva, para establecer que es admitida la punición de la tentativa en tanto la voluntad contraria al derecho tenga aptitud para conmover la confianza del orden establecido por las normas y la seguridad jurídica que dimana de aquellas, esta elaboración jurídica encuentra fundamento en la impresión de conmoción jurídica que ocasiona la conducta del autor como señala (Reátegui Sánchez, 2016), esta teoría más allá de afincar la punición de la tentativa en el desvalor de acto o en el de resultado, señala que la razón del castigo radica en “el efecto psicológico-social, o en todo caso con la conmoción de la confianza de la generalidad en la validez del orden público” (Regui, 2008, pág. 415); así “el merecimiento de pena de la acción dirigida al hecho sólo será admitido cuando conmueva la confianza de la generalidad en la vigencia del orden público y, de esta manera, pueda ser dañada la paz jurídica” Jescheck/Waigenel (citado en Reátegui Sánchez, 2016, pág. 1715).

E. Teoría funcionalista

Elaborada por Jakobs, quien plantea que el fundamento del castigo de la tentativa subyace en la desobediencia del agente a una norma preexistente, Bacigalupo (citado por Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, 2011) señala que se “trata del carácter expresivo de la negación de una norma” (pág. 426), por tal motivo, en este caso se sanciona el comportamiento rebelde del sujeto ante el derecho “la negación de la norma” (Regui, 2008, pág. 416); para esta postura se admite una tentativa material y otra formal “lo primero se refiere a un abandono del dominio en perjuicio potencial de otro; lo segundo implica el abandono del dominio con la consecuencia de una potencial realización del tipo” (Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, 2011), por tal motivo agrega Jakobs (citado por Reátegui Sánchez, 2016) que el fundamento de la sanción “en la tentativa en sentido material, a través de un comportamiento externo; en la tentativa en sentido exclusivamente formal, a través de un comportamiento que el Derecho positivo declara externo”(pág. 1716).

2.2.15. Tipicidad de la tentativa

La tentativa como toda tipicidad de relevancia penal requiere el necesaria encuentro copulativo de un aspecto objetivo como correspondencia de un aspecto subjetivo.

A. Subjetivo

Hemos señalado anteriormente que, la tentativa cabe únicamente en los delitos dolosos, siguiendo esa misma lógica, debemos sostener que el aspecto subjetivo del delito imperfecto, necesariamente incluirá el propósito de configurar el delito, con ello nuevamente descartamos la existencia de la tentativa en delitos imprudentes; así conviene señalar que no existe el dolo de tentativa, sino es el propio dolo del delito a consumar; “subjetivamente la tentativa requiere que el sujeto quiera los

actos que objetivamente realiza con ánimo de consumir el hecho o, al menos, aceptando (con seguridad o con probabilidad) que pueden dar lugar a la consumación” (Mir Puig, 2006, pág. 353); abonando esta teoría tenemos a Nuñez Paz (citado por Reátegui Sánchez, 2016) quien afirma que la: “resolución de voluntad que configura el tipo subjetivo de la tentativa genera una voluntad de producción del resultado, esto es, de consumación, incompatible con la imprudencia, dado que el resultado queda comprendido en el tipo” (pág. 1718); siendo así, es inconcebible desligar la existencia del ámbito subjetivo de la dimensión factual en la tentativa, ya que el agente realiza todo lo necesario para consumir el delito, está a la espera del perfeccionamiento del hecho delictivo, lo cual no ocurre por una causa exógena a su dominio, de ello se advierte que el sujeto desde que emprende el delito por actos exteriores, tiene como meta, finalidad o propósito cometer la conducta prohibida.

B. Objetivo

Este ámbito es definido por el comienzo de la ejecución delictiva, la exteriorización material de los elementos objetivos propios del tipo penal cuya comisión se emprende, los cuales, dependiendo de algunas posturas teóricas, son unívocos para realizar el supuesto de hecho de un delito del catálogo de conductas penales, también puede considerarse el inicio de la ejecución “cuando el bien jurídico ha corrido peligro” (Regui, 2008), para que se materialice este ámbito objetivo es necesario el comienzo de la ejecución delictiva, propiamente dicha, la realización de la conducta típica descrita en la ley penal sin llegar el resultado querido por el agente, “por causas ajenas a la voluntad del responsable” (García Ramírez, 1990, pág. 75).

C. Factor Negativo

Conocido como la falta de consumación del tipo, de tal manera que se requiere que los actos de ejecución emprendidos por el agente no lleguen a lesionar o vulnerar el bien jurídico objeto de protección; del mismo modo para poder hablar de tentativa en lo que respecta a este extremo es necesario que exista la negación de un desistimiento voluntario.

2.2.16. Formas de tentativa

A. Inacabada.

Según (Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, 2011) la tentativa inacabada se presenta cuando el agente “según la representación de los hechos que tiene en el instante que toma la decisión, no ha realizado lo necesario para alcanzar el resultado propuesto (pág. 436), aquí el sujeto activo según (Regui, 2008) “no ha realizado todo lo necesario para la ejecución, por lo que hace falta que se siga obrando para lograr el resultado” (pág. 428); en mérito a ello podemos afirmar que en este tipo de delito tentado el sujeto activo ha recorrido parte de los elementos que tienen como fin la consumación del hecho delictivo, pero no son los suficientes -todavía- para configurarlo, en esta forma de delito imperfecto se tiene que “el autor no ha realizado todos los actos, que según su plan criminal, eran necesarios para alcanzar la realización típica, y por determinadas circunstancias el autor no los puede completar” (Peña Cabrera Freyre, 2017, pág. 712).

B. Acabada.

Se da cuando el sujeto activo ha iniciado la ejecución del delito materializando el aspecto subjetivo con todos los actos previstos en el supuesto de hecho del tipo penal (aspecto objetivo) pero no ha lesionado al bien jurídico protegido penalmente por causas ajenas a su dominio, en palabras de (Villavicencio

Terreros, 2017) se da cuando el agente:

Según su representación de los hechos, entiende haber realizado todos los actos necesarios para que se consume el delito, faltando solo la producción del resultado, sin embargo, éste no se produce por la propia intervención voluntaria del autor (desistimiento, artículo 18, Código Penal) o por circunstancias externas (artículo 16, Código Penal). (pág. 436)

En similar perspectiva (Bacigalupo Z., 1996) señala que estamos ante este tipo de tentativa cuando “el autor ha realizado todos los actos que según su plan deben producir el resultado” (pág.176); en este tipo de delito imperfecto “el resultado «se va producir» lo que evidencia que el autor ha provocado un proceso causal adecuado” (Estrella Ruíz), esto es, cuando al sujeto activo del hecho iniciado materializa todo lo encaminado para consumir el delito, (Muñoz Conde & García Arán, 2010) “la producción del resultado ya solo depende del azar, una vez terminada la actividad ejecutiva” (pág. 420).

C. Inidónea.

Es concebida como aquella tentativa que molesta la convivencia social, la perturba, pero no existe una real exposición a peligro de bien jurídico alguno por parte del sujeto, en otras palabras, se da cuando “el comportamiento del autor, encaminado a la realización de un tipo, bajo ninguna circunstancia puede alcanzar la consumación del delito” (Regui, 2008, pág. 422). Esta forma de tentativa es conocida también como el delito imposible debido a “la ineficacia del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto” (Villavicencio Terreros, 2017, pág. 450), cuando aquí se habla del medio empleado se hace referencia a los instrumentos utilizados por el agente así como a los actos desplegados por aquel, y nos referimos a la impropiedad del

objeto en lo fáctico cuando se da la tentativa de aborto en una mujer no embarazada, y en lo jurídico cuando se da la tentativa de hurto cuando se desconoce el consentimiento del propietario (Villavicencio Terreros, 2017); esta forma de tentativa admite que “en ningún caso el autor que cree cometer un delito inexistente pone en riesgo algún bien jurídico protegido” (Politoff L., Matus A., & Ramírez G., 2004, pág. 378); siendo así, jamás el agente que emprende la conducta delictiva podrá siquiera generar un riesgo -jurídico penalmente relevante- para el bien jurídico, ya que las formas que emplea, los actos que realiza, los medios que utiliza son aptos para lesionar el objeto de protección estatal.

2.2.17. Legislación sobre tentativa

A. Nacional

El vigente (Código Penal, 2019) en el artículo 16° establece:

En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo.

El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena.

En el proyecto del (Proyecto de Nuevo Código Penal, 2017) en el artículo 17° señala:

17.1 En la tentativa, el agente comienza la ejecución de un delito que decidió cometer, sin consumarlo.

17.2 El Juez reprimirá la tentativa, reduciendo la pena hasta en un tercio por debajo del mínimo legal establecido para el hecho punible que hubiere decidido cometer.

B. Extranjera

España: en esta legislación se puede apreciar que el legislador penal ha sido cuidadoso en contemplar en su código punitivo un concepto de tentativa que abarca sus dos formas: tentativa acabada e inacabada al transcribir “todo” o “parte” de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, circunstancia que resulta conveniente a fin que el juzgador establezca explícitamente cuál de las tentativas se presenta en el caso que juzgará, veamos el artículo 16° del (Código Penal de España, 2019) que establece:

1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.
2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito.
3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito.

Y en el artículo 62° del mismo cuerpo legal, el legislador español establece una punición diferenciada para las formas de la tentativa (inacabada o acabada) lo cual se puede apreciar cuando se consignó que se les impondrá penas inferiores en “uno” o “dos” grados a los autores de la tentativa:

A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.

Colombia: En este país se ha contemplado a la tentativa en los siguientes términos que se encuentran en el artículo 27° del (Código Penal de Colombia, 2019) que señala:

El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.

Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla.

Y en el cuarto párrafo del artículo 61°, con respecto a la determinación de la pena en la tentativa, el legislador colombiano tiene en cuenta “el mayor” o “menor” grado de

aproximación al momento consumativo, haciendo atendible la diferenciación de punición que existe en los grados de desarrollo de la tentativa: acabada o inacabada, respectivamente, veamos:

Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda

Argentina: En este país la técnica legislativa no dista mucho de nuestra regulación de la tentativa en el primer párrafo del artículo 16 del Código Punitivo, el (Código Penal de Argentina, 2019) establece en el artículo 42° que:

El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44.

En este país se sanciona la tentativa de la manera establecida en el artículo 44° del mismo Código, de donde se puede verificar que en este país primero se establece la pena como si el delito hubiere sido consumado, con todas sus circunstancias, y luego se disminuye la pena en razón de la tentativa en un intervalo de un tercio a la mitad del mismo:

La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad.

Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años.

Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente.

Chile: En este país sureño también se establece la diferenciación de las formas de la tentativa cuando señalan “faltan uno o más para su complemento”, conforme se aprecia del (Código Penal de Chile, 2019) artículo 7:

Son punibles, no sólo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa.

Hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consuma y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad.

Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento.

Mientras que su sanción se establece en el artículo 52°:

A los autores de tentativa de crimen o simple delito, a los cómplices de crimen o simple delito frustrado y a los encubridores de crimen o simple delito consumado, se impondrá la pena inferior en dos grados a la que señala la ley para el crimen o simple delito.

Exceptúanse de esta regla los encubridores comprendidos en el núm. 3.º del art. 17, en quienes concurra la circunstancia primera del mismo número, a los cuales se impondrá la pena de

inhabilitación especial perpetua, si el delincuente encubierto fuere condenado por crimen y la de inhabilitación especial temporal en cualquiera de sus grados, si lo fuere por simple delito.

También se exceptúan los encubridores comprendidos en el núm. 4° del mismo art. 17, a quienes se aplicará la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados.

2.2.18. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

- i. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad N° 102-2005 Lima, 2005)

El acusado luego de golpear a la agraviada y apoderarse de su bolso conteniendo la suma de mil seiscientos nuevos soles inmediatamente se dio a la fuga, pero fue capturado por la policía en plena huida (...) ello significa que, (...) si bien se produjo el apoderamiento del bien ajeno, empero no hubo la mínima posibilidad de disponer del mismo, consecuentemente, la acción delictiva del acusado (...) no se consumó y por tanto quedó en grado de tentativa (...)

- ii. (Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad N° 2907-2007 Apurímac, 2008)

La tentativa como un grado de desarrollo del delito en el cual se pone en peligro el bien jurídico protegido, pero no se llega a consumir la lesión del mismo por circunstancias externas a la voluntad del agente (...) el caso de la tentativa, pues dicho dispositivo legal impone obligatoriamente una disminución de la pena (...) sustentado, como dice Luis Miguel Bramont Arias Torres, en que “el comportamiento del sujeto no ha llegado al grado de consumación del delito y el desvalor de un delito consumado es mayor que el de un delito tentado (...) en tal

sentido, (...) la sanción punitiva impuesta debe reducirse prudencialmente (...)

- iii. (Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad N° 2166-2008 Lima, 2008)

Este hecho descrito (...) solo forma parte de los actos preparatorios del iter criminis del delito de violación sexual, mas no así la de tentativa, pues no se dio comienzo a la ejecución del delito conforme lo exige el artículo dieciséis del Código Penal, debido a que no se produjeron actos demostrativos del agente para poner en obra su finalidad delictiva, como desnudarse o haber desvestido a la menor agraviada o la derribe a esta y la ponga en posición adecuada, sino solo hubo un diálogo que en modo alguno puede ser punible, y por consiguiente ponga en peligro el bien jurídico tutelado (...)

- iv. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 3778-2009 Cusco, 2010)

Su desarrollo fue frustrado por circunstancias externas ajenas a la voluntad de los agentes –tentativa inacabada–; que, es del caso precisar, que el Código Penal peruano trata igual a la tentativa acabada e inacabada como una sola mera tentativa, la cual es penada según su gravedad y afectación del bien jurídico protegido por la ley penal y en relación con su voluntad (...)

- v. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 1945-2009 Arequipa, 2010)

Si bien la citada acusada le dio de beber veneno a su menor hijo Jean Saúl, ésta en un acto de impedir la producción del resultado salió del domicilio luego de haber ingerido también el veneno (...) con la finalidad de pedir ayuda (...), lo que motivo que sus vecinos acudan en su ayuda, mientras que otros hicieron llamadas a la central policial ciento cinco (...); que, por

último, pese a que el menor Alarico Mamani presentó cuadros severos de intoxicación (...), este pudo salvarse a tiempo en tanto en cuanto recibió tratamiento médico por la reacción oportuna de la acusada (...)

- vi. (Corte Suprema de Justicia, VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116, 2010)

En consecuencia, pues, si dichos resultados no se realizan, esto es, se frustra de cualquier modo la operación de cubierta que el agente busca construir o consolidar sobre los activos que pretende lavar se deberá calificar a tal inicio de ejecución como una tentativa la cual será punible conforme a lo dispuesto en el artículo 16° del Código Penal. Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando el agente no alcance a culminar el procedimiento de conversión o de transferencia de los activos ilícitos que hubiera emprendido, sea por la intervención de terceros o por otras razones o condiciones ajenas a su voluntad (...)

- vii. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 2528-2010 Junín, 2011)

i) respecto al iter criminis o itinerario del delito; que el proceso de un delito comprende la fase interna; constituida por la ideación, esto es, el proceso mental del sujeto que termina con la toma de decisión de cometer el delito (no punible); y, la fase externa; constituida por: a) los actos preparatorios (el autor dispone de los medios elegidos con el objeto de crear las condiciones para lograr el fin que se propone -conducta que generalmente es atípica y en consecuencia impune-); b) ejecución (el agente empieza a utilizar los medios previstos para lograr cometer su plan delictivo -aquí se presenta la tentativa-); c) consumación (se verifica la realización completa de todos los elementos del tipo penal); y, d) agotamiento (el agente logra

satisfacer fines específicos); y, ii) respecto a la tentativa, que esta se presenta cuando el agente empieza la fase ejecutiva del delito, sin consumarlo, ya sea por causas voluntarias o extrañas a él (...)

- viii. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Casación N° 13-2011 Arequipa, 2012)

La ley penal no solo sanciona los actos que efectivamente lesionan el interés jurídicamente por ella tutelado sino también aquellas situaciones en que lo protegido es puesto en peligro mediante la conducta del agente (...) es lo que sucede con la tentativa, en lo que el agente inicia la comisión de un hecho considerado como delictivo, pero no logra su consumación por factores ajenos a su voluntad (...) El inicio de la ejecución del delito por parte del agente es, entonces, requisito para que se estructure la tentativa...La tentativa como dispositivo amplificador del tipo penal, pone de relieve la toma de postura que un determinado ordenamiento realiza frente a la discusión dogmática entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado (...) El primer presupuesto para que se estructure la tentativa es la necesidad de exteriorización de la conducta mediante la realización de actos idóneos e inequívocamente dirigidos a la consumación del hecho (...) hay tentativa cuando el sujeto da inicio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicado todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado. La tentativa se castiga por la capacidad de dicha acción para poner en peligro el bien jurídico tutelado (...)

- ix. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad N° 815-2013 Lima Sur, 2014)

En la configuración de una tentativa delictiva cabe indicar que en ciertos casos se requiere la concurrencia de tres requisitos: a) Resolución criminal. b) Comienzo de la ejecución. c) falta de consumación, sea por desistimiento o por circunstancias externas (...) para que se configure un desistimiento en tentativa acabada deben cumplirse como requisito que: (...) haya una actividad positiva del agente (...) voluntariedad del desistimiento (...) desistimiento debe ser definitivo (...) apreciarse eficacia del desistimiento (...) requiere también (...) el despliegue de acciones positivas por el agente para evitar la consumación (...) porque en esta clase de tentativa se desarrollan acciones orientadas a la consumación del delito (...)

- x. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad N° 1884-2014 Lima Norte, 2015)

Es necesario verificar si los integrantes de la Segunda Sala Penal (...) tomaron en cuenta los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídicos, así como las circunstancias específicas del delito, las causales de disminución o incremento de punibilidad (eximentes imperfectas, tentativa o la complicidad secundaria) y las reglas de reducción punitiva por bonificación procesal (...) se verifica que el Tribunal de Instancia no calculó en forma proporcional y razonable la sanción cuestionada; pues si bien ponderó tanto las circunstancias específicas del delito (incisos tres y cuatro, del artículo ciento ochenta y nueve, del Código Penal), así como la causal de disminución de punibilidad (tentativa) y la regla de reducción punitiva por bonificación procesal (...)

- xi. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Casación N° 14-2015 Ucayali, 2016)

Carlos Fontán Balestra expresa que “Tentativa es comienzo de ejecución de un delito determinado con dolo de consumación y medios idóneos, que no llega a consumarse por causas ajenas a la voluntad del autor” (...) con la consumación del delito termina toda posibilidad de tentativa ya que en está la conducta del individuo encuadra perfectamente en el tipo, en cambio la tentativa lo que hace es ampliar el tipo para poder llegar a la punición de conductas que no llegan a consumarse (...)

- xii. (Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad N° 174-2016 Lima, 2017)

Es de soslayarse el grado imperfecto de ejecución del delito materia de condena. El que no llegó a consumarse sino quedó en grado de tentativa. Tal circunstancia se erige como “causal de disminución de la punibilidad”, que según el artículo 16° del Código Penal, permite la disminución prudencial de la sanción por debajo de la pena básica, alcanzando, en el mejor de los casos para el procesado, a veinte años de pena privativa de libertad (...)

- xiii. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 324-2017 Apurímac, 2017)

Que la víctima no posea bienes al momento de padecer la agresión, no hace atípica la conducta tentada de robo (...) no implica declarar la atipicidad de la conducta, y tampoco la justificación para evaluar un supuesto de tentativa inidónea, toda vez que los medios para consumir el robo fueron típicos (...) la producción de los actos previos a la consumación -considerados idóneos- quedaron acreditados (...)

- xiv. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 800-2017 Junín, 2017)

Se cuenta como causal de disminución de la punición, por el grado de tentativa (artículo dieciséis del Código Penal) y el acusado contaba con veintinueve años de edad (...)

- xv. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Casación N° 1083-2017 Arequipa, 2018)

La tentativa es una causa de disminución de punibilidad. No es una atenuante privilegiada (...) La tentativa como causa de disminución de punibilidad se halla regulada en el segundo párrafo del artículo dieciséis del Código Penal (...) Este precepto concede al juez penal la facultad para establecer la reducción de la sanción atendiendo a diversos factores, entre ellos, los efectos generados por el hecho tentado (...) A partir de lo mencionado, surge una primera cuestión respecto al momento operacional a partir del cual se efectúa la reducción de la sanción. Si bien la imposición de la sanción debería ser por debajo del mínimo legal, su utilidad jurídica, así como su operatividad, distan de una auténtica circunstancia privilegiada (...) Para la determinación judicial de la pena, en casos de tentativa, no son aplicables las reglas de los tercios (...) Por tanto, no se puede exigir al Tribunal la aplicación de esta regla en casos de tentativa (...) en la tentativa se sanciona estrictamente el hecho, no la conducta procesal (...) El término prudencial no implica la fijación de una sanción simbólica, pues en la perpetración del hecho se realizaron todos los actos tendientes a la consumación; la voluntad criminal del agente se ejecutó, sin lograr el resultado por causas ajenas a su voluntad (...) Por tanto, con estos resultados, el principio de proporcionalidad y una lógica razonable demandan liminarmente que por el suceso realizado no se podría imponer una pena de dos días, puesto que con el delito tentado

únicamente no se produjo el resultado; empero, los efectos colaterales del delito sí adquirieron la cúspide de su cometido (...)

- xvi. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 2671-2017 Lima, 2018)

Por lo tanto, se advierte que la participación del recurrente se dio con la finalidad de que su hermano lograra la comisión de su actuar, que afortunadamente quedó en grado tentado. Resulta ineludible que dicha participación fue brindada de forma dolosa (con conocimiento y voluntad), pues, como quedó demostrado, este no se encontraba bajo los efectos del alcohol (...)

- xvii. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 101-2018 Lima, 2018)

Concurren dos causales de disminución de la punibilidad: tentativa y minoridad relativa de edad (...) que se trata de la comisión de un delito de robo agravado con la concurrencia de dos circunstancias agravantes específicas. El mínimo legal es de doce años de privación de libertad, y sobre esta base es de disminuir la pena al concurrir dos causales de disminución de la punibilidad. El nivel de disminución debe respetar el contenido de injusto y de la culpabilidad por el hecho. No es razonable una pena condicional, por lo que ésta debe elevarse a cinco años (se disminuye siete años por debajo del mínimo legal) (...)

- xviii. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad N° 2672-2017 Lima Sur, 2018)

El Colegiado Superior no evaluó que en autos concurre una causal de disminución de punibilidad: tentativa. Analizando la misma, tenemos que: a) Cuando un delito se realizó imperfectamente, la incidencia de reducción de la pena se determina en función a si el agente realizó todos los actos

necesarios para ejecutar el delito (tentativa acabada) o si la ejecución fue interrumpida (tentativa inacabada). La reducción será menor en el primero de los supuestos. b) Lo anterior es analizado en función de la naturaleza del hecho cometido, incidiéndose en la afectación del bien jurídico. c) En el caso de autos, la ejecución del delito fue interrumpida debido a que el vehículo que el impugnante pretendía sustraer se volteó, razón por la cual nos encontramos ante un supuesto de tentativa inacabada, en cuyo caso la reducción de la pena resulta mayor. Asimismo, teniendo en cuenta la naturaleza del hecho delictivo, el nivel sociocultural, las condiciones personales del encausado Luis Pablo Ayala Estrada y los criterios de prevención especial (en el marco del sistema carcelario actual), estimamos que corresponde imponerle ocho años de pena privativa de libertad (...)

xix. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Casación N° 1020-2017 Lima, 2018)

En el caso del delito de homicidio en grado de tentativa, de manera acertada el *a quo* tuvo en cuenta que el encausado José Antonio Palomino Motta, tenía la calidad de reincidente y además que el delito quedó en grado de tentativa, por lo que al concurrir una circunstancia agravante cualificada y una causal de disminución de punibilidad, la pena se fija dentro del marco establecido por el delito en cuestión -en este caso entre seis a veinte años- (...)

xx. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 1138-2018 Lima Sur, 2019)

Dado que la sustracción de los bienes del agraviado no se consumó ni perfeccionó tras el disparo contra Pérez Peña, se concluye que los hechos quedaron en grado de tentativa (...) para el presente caso se determinó la existencia de la tentativa y la

responsabilidad restringida, por lo que estas dos circunstancias de atenuación privilegiada de forma conjunta llevan a establecer como nuevo marco punitivo que deberá servir para determinar la pena concreta por debajo del marco contemplado (...)

- xxi. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 1430-2018 Junín, 2019)

Es verdad que se trató de un delito en grado de tentativa, por lo que es legal la imposición de una pena por debajo del mínimo legal -se trata de una causal de disminución de punibilidad que tiene ese efecto respecto de la pena-, conforme al artículo 16 del Código Penal (...)

- xxii. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 1165-2018 Lima, 2019)

La sentencia conformada aceptó, como regla de reducción por bonificación procesal, la conformidad procesal; y, como causal de disminución de punibilidad, la tentativa (...) empero, el Tribunal Superior obvió la minoría relativa de edad del imputado (...) su aplicación determina, siempre, una pena por debajo del mínimo legal (...) tal consecuencia -imposición de una pena por debajo del mínimo legal- también es de recibo en el supuesto de tentativa (...)

- xxiii. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 2361-2018 Lima, 2019)

En el caso (...) se configura la tentativa (artículo 16 del Código Penal) como la única circunstancia atenuante privilegiada que permitiría la reducción de la pena por debajo de los veinte años (...) la Sala Superior no sustentó se decisión de imponer una pena que corresponda a menos de la mitad del mínimo legal, ya que la tentativa faculta a una disminución prudencial y, en este

caso, se denota una reducción excesiva, sin justificación legal, por lo que corresponde declarar haber nulidad en la pena (...)

xxiv. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad N° 1376-2018 Lima Norte, 2019)

La defensa técnica de los imputados señaló que el delito quedó en grado de tentativa (...) sin embargo, la intervención policial (...) fue luego de cometido el ilícito y en un lugar distinto a donde se suscitó; de modo que no concurre esta causal de disminución de punibilidad (...)

xxv. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Casación N° 1218-2018 Pasco, 2019)

En suma, tras apreciar la calidad de agente primario del recurrente (...) y las circunstancias particulares del caso de autos (responsabilidad restringida, complicidad secundaria y tentativa), corresponde determinar la pena a imponer dentro de un nuevo marco punitivo por debajo del mínimo legal (...) al ser dichas circunstancias atenuantes privilegiadas (...)

xxvi. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, Casación N° 440-2017 Santa, 2019)

Es decir, que el agraviado por su propia versión nunca los perdió de vista y por eso es que momentos después los policías los captura con el bien objeto de robo. Por tanto, no se dio acto de disposición sobre el teléfono celular sustraído, como acertadamente lo concluyó el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior del Santa, al sostener que el delito de robo agravado quedó en grado de tentativa (...), por haberse recuperado el bien del agraviado, inmediatamente y sin interrupción, después de iniciada la persecución en contra de los acusados. Entonces, el nivel del grado de consumación del delito de robo agravado tiene fundamento en el hecho de haber

recuperado el agraviado el teléfono celular marca LG, en la guantera del vehículo, donde se transportaban los acusados, inmediatamente y sin interrupción después de iniciada la persecución luego ser intervenidos (...)

xxvii. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Casación N° 308-2018 Moquegua, 2019)

No consta en autos la presencia de alguna causal de disminución de la punibilidad (tentativa, eximente imperfecta, complicidad secundaria, error vencible, etc.), que determine la imposición de una pena por debajo del mínimo legal (...)

xxviii. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 626-2019 Lima, 2019)

Aunque no se realizaron todos los actos de ejecución que exige la causación del delito, existió un peligro para el bien jurídico y una posibilidad real de que se ocasionara el resultado típico (...) por lo que el derecho penal sanciona estas formas imperfecta realización o tentativa, aunque disminuyendo prudencialmente la pena fijada para el delito por su menor intensidad (...)

2.2.19. La naturaleza jurídica de la tentativa:

Hasta aquí hemos abordado temas que ayudan a comprender lo que en esta parte del trabajo vamos a aseverar, ya que, solventados en los conceptos desarrollados en el trabajo, las teorías abordadas, la jurisprudencia regional y nacional abordada, podemos afirmar que, la tentativa en general, tiene la naturaleza jurídica de ser una causa de disminución, reducción o contracción de la punibilidad.

Sostenemos lo anterior en razón que, la tentativa de un delito es un hecho que en el tracto causal de la realidad no se llega a producir como delito propiamente dicho, por faltar una o más partes del elemento objetivo de un tipo penal, debido a condiciones o

circunstancias ajenas a la voluntad de quien emprendió dicha actividad; siendo así, podemos verificar que la faz imperfecta del delito, es el hecho (delictivo) mismo que -afortunadamente para el bien jurídico- no se consuma.

Ante dicha imposibilidad configurativa del delito, lo que se pune es el desvalor de la acción del agente como expresión de desacato a la norma penal subjetiva de valoración y, a la vez, por el desvalor del acto, por el hecho emprendido por el agente al ser dicha actividad objetiva de valoración que se explicita en el peligro al que expone al bien jurídico protegido legalmente.

Siendo así, el “hecho delictivo mismo” emprendido o, si se quiere, el comienzo de la ejecución del delito (en terminología empleada por el Código Penal nacional) jamás podrá constituir una “circunstancia” que favorezca o empeore al hecho, porque repetimos, en la tentativa lo que se sanciona es precisamente el acto o hecho delictivo que se inicia a ejecutar con la intención y el conocimiento de lesionar la cosa valiosa objeto de tutela penal, aquí resulta oportuno reseñar lo establecido por Prado Saldarriaga en su voto singular (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, Casación N° 66-2017 Junín, 2019) señala: “las causales de disminución no son circunstancias atenuantes, en tanto aquellas a diferencia de estas últimas no están fuera del delito sino que se construyen dentro de él como parte de su estructura, de su grado de realización (...)”

Dicho lo anterior, debemos desterrar todo aspecto que quiera minimizar al delito tentado, pretendiéndolo constituir como un tipo de circunstancia, pues ello conllevaría asumir el imposible jurídico de suponer que el delito tentado es accesorio a un “hecho principal” que se pretende atenuar o agravar, de forma privilegiada o cualificada, respectivamente.

2.3. Definición de términos básicos

2.3.1. Atenuantes privilegiadas

En las atenuantes privilegiadas lo que varía de modo descendiente es el mínimo legal, original y que será sustituido por uno nuevo e inferior. No existe de momento, en la legislación vigente, circunstancia privilegiada de atenuación explícitamente contemplada en el Código Penal.

2.3.2. Agravantes cualificadas

En las circunstancias agravantes cualificadas, se produce una modificación ascendente que se proyecta por encima del máximo legal original, el cual ahora se convierte en mínimo.

2.3.3. Agravantes genéricas

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 materializa en una pena concreta mayor que se dirigirá siempre hacia el extremo final o máximo de la pena básica.

2.3.4. Atenuantes genéricas

Son las que identifican una menor antijuricidad de los hechos o una menor culpabilidad de su autor, ellas producen como consecuencias 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 (Prado Saldarriaga V. R., 2015) (pág. 52).

2.3.5. Circunstancias genéricas

Son circunstancias genéricas las que se regulan en la Parte General del Código Penal y que pueden operar en la determinación de la pena concreta de cualquier tipo de delito. Esta clase de circunstancias solo permiten al Juez individualizar la pena concreta dentro del espacio

punitivo generado entre los límites inicial y final de la pena básica (Prado Saldarriaga V. R., 2015, pág. 52).

2.3.6. Circunstancias específicas

Estas circunstancias específicas solo se regulan en la parte especial a través de catálogos o párrafos adicionales que van conexos a determinados delitos (Prado Saldarriaga V. R., 2015) (pág. 54)

2.3.7. Sistema de tercios

El sistema de tercios es una nueva fórmula que se utiliza en la determinación de la pena, la misma que fue introducida con la Ley 30076, que incorporó el artículo 45-A en el Código Penal, a través de la cual, se realiza la división en tres partes de la pena abstracta que recoge un determinado delito, los cuales se clasifican en tercio inferior, tercio intermedio y tercio superior, los cuales según la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes recogidas en el artículo 45 del Código Penal.

2.3.8. Pena

Para Welzel la naturaleza y función de la pena se manifiesta desde dos aspectos: por un lado, desde el condenado que la sufre y los contemporáneos que viven la experiencia de su aplicación (aspecto personal), por el otro, desde el Estado que impone (aspecto estatal) (Welzel, 1976) (pág. 326)

Para (Prado Saldarriaga V. R., 2010), el principio determina que la pena a imponerse debe ser proporcional al delito cometido. En otras palabras “(...) la pena debe guardar relación con el grado de responsabilidad del agente, con la magnitud del daño ocasionado y con la trascendencia del bien jurídico lesionado. Por consiguiente, la definición y aplicación de sanciones penales debe guardar una equivalencia razonable, en sus dimensiones cualitativas o cuantitativas, con el tipo de delito cometido, con las circunstancias de

su realización y con la intensidad del reproche que cabe formular a su autor” (pág. 128)

Para Peña Cabrera Freyre, la pena en el Estado Social se encuentra condicionada a la acreditación de un injusto penal y a un agente con capacidad de responsabilidad penal; es decir, un hombre que conocida del injusto al momento de la comisión del hecho punible y que conforme su estructura psico-somática y social estaba en posibilidades de “dirigibilidad normativa”, que podría motivarse conforme al directivo de conducta (motivabilidad normativa) (Peña Cabrera Freyre, 2015, pág. 216)

2.3.9. Determinación de la pena por el juez

Es un poder que la Constitución le otorga al órgano jurisdiccional en el ámbito de la administración de justicia en materia penal y, a la vez, un deber, que obliga al juez en imponer la sanción correspondiente a la persona hallada como responsable por un hecho penal; se alude a un procedimiento técnico y valorativo que aplica el operador jurisdiccional para identificar de modo cualitativo, cuantitativo y ejecutivo la sanción a imponer en el caso sub judice (Prado Saldarriaga V. R., 2015, pág. 49)

2.3.10. Motivación

La motivación representa el mecanismo y el procedimiento que legitima el poder, lo racionaliza y posibilita el control institucional y el control social de los actos estatales. La aplicación de la ley no es más una tarea mecánica de simple subsunción y de calificación normativa automática. Para que el poder de los jueces encuentre respaldo y sea legítimo debe ir acompañado de buenas razones, buenos argumentos que deben permitir alcanzar una justificación racional, plausible y suficiente (Castillo Alva, 2014) (págs. 151-152)

2.3.11. Tentativa.

Se presenta cuando el sujeto activo emprende o inicia la ejecución de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal sin llegar a materializar o consumir el hecho delictivo; sin embargo, ante la rebeldía del agente frente a la prohibición de la norma, el Estado extiende la punibilidad y castiga la conducta desplegada pese a no existir un resultado lesivo.

2.4. Hipótesis

2.4.1. Hipótesis General

En el distrito judicial de Huancavelica se ha venido tratando de manera indistinta, considerando la tentativa como atenuante privilegiada y causa de reducción de la punibilidad

2.4.2. Hipótesis específicas

- Debe considerarse a la tentativa inacabada como una atenuante privilegiada en la determinación judicial de la pena.
- Debe considerarse a la tentativa acabada como una causa de reducción de la punibilidad en la determinación judicial de la pena.

2.5. Identificación de variables

La naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Huancavelica en el año 2018.

2.5.1. Variable Independiente (X):

- La determinación judicial de la pena

Indicadores

X₁ Justificación de las premisas

X₂ Coherencia argumentativa

X₃ Justificación jurídica

2.5.2. Variable Dependiente (Y)

- La tentativa inacabada como circunstancia privilegiada de atenuación
- La tentativa acabada como causa de reducción de la punibilidad.

Indicadores.

Y1 Estudio doctrinario

Y2 Estudio de casos (sentencias)

Capítulo III

Aspectos Metodológicos

3.1. Diseño de investigación

En el presente trabajo de investigación, estando a las hipótesis y objetivos planteados se utilizará el diseño no experimental correlacional.

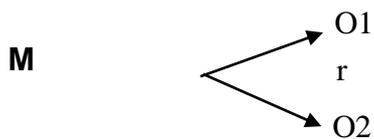
NO EXPERIMENTAL: Debido a que la presente investigación no requiere de experimentación alguna.

FUNCIONAL: Ya que el trabajo parte del análisis de las instituciones jurídicas: tentativa y determinación judicial de la pena, desde un aspecto teórico y dogmático, para luego llevar dichos conceptos a la práctica, analizando la jurisprudencia del distrito judicial de Huancavelica en el 2018, así como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, además de complementar el estudio, recurriendo a la opinión de jueces, fiscales y abogados penalistas. Como afirma (Ramos Núñez, 2007, pág. 113) “En materia jurídica, el método funcional es, pues, eminentemente inductivo: sus dos columnas son la casuística y la jurisprudencia”

CORRELACIONAL: Este tipo de trabajo tiene como fin conocer la relación, vinculación o grado de asociación que exista entre dos o más conceptos, categorías o variables en una muestra o contexto en particular. En algunas oportunidades se analiza solamente la vinculación entre dos variables, pero con frecuencia se ubican en el estudio de relaciones o vínculos entre tres, cuatro o más variables.

Para evaluar el nivel de relación entre dos o más variables, en los tipos de estudios correlacionales primero se mide cada una de estas, y después se cuantifica, analizan y establecen las vinculaciones (SAMPIERI, 2014)

ESQUEMA: Para la presente investigación se utilizará el siguiente esquema:



M = Muestra.

O1 = Observación 1, a la Variable Independiente (x).

O2 = Observación 2, a la Variable Dependiente (y).

R = La relación entre variables “X” y “Y”

3.2. Población y muestra

Población

En el trabajo presente, se advierte que, de conformidad al planteamiento del problema y las hipótesis propuestas, la población está constituida por las sentencias que condenan por delitos en grado de tentativa emitidas por los juzgados de investigación preparatoria, penales (unipersonales o colegiados) y Sala Penal durante el año 2018, siendo un total de diez sentencias condenatorias por delitos en grado de tentativa durante en referido periodo.

Asimismo, la población está conformada por un sector de los magistrados fiscales y jueces, estos últimos conformados por tres jueces de investigación preparatoria, dos jueces unipersonales y tres jueces del juzgado penal colegiado, además de tres jueces superiores de la Sala Penal, que hacen un total de 11 jueces, además por los abogados litigantes en la ciudad de Huancavelica que son un total de 513 abogados colegiados, por lo que se tendrá dos tipos de población.

Muestra

Para la selección de las muestras, se realizará un muestreo probabilístico aleatorio simple, por cuanto, dada las características del planteamiento del problema y la población con la que se va a trabajar, el muestreo de la revisión de expedientes se realizará de manera aleatoria de tipo intencionado y será el 100% de las sentencias condenatorias por delitos en grado de tentativa, que son un total de 10 sentencias.

Asimismo, en cuanto al sector de fiscales y jueces, se realizará un muestreo probabilístico aleatorio simple, toda vez que se trabajará con el 100% de los

referidos magistrados de primera y segunda instancia de la ciudad de Huancavelica que son un total de cinco jueces y veintiséis fiscales.

En cuanto a los abogados litigantes se realizará de manera aleatoria simple del total de la población conforme a la siguiente selección.

$$n = \frac{N * Z_{\alpha}^2 * p * q}{d^2 * (N - 1) + Z_{\alpha}^2 * p * q}$$

Donde:

N = Total de la población

Z α = 1.96 al cuadrado (si la seguridad es del 95%)

p = proporción esperada (en este caso 5% = 0.05)

q = 1 – p (en este caso 1-0.05 = 0.95)

d = precisión (en su investigación use un 5%).

$$N = \frac{513 (1.96)^2 (0.95)}{(0.05)^2 (512) + (1.96)^2 (0.05) (0.95)}$$

$$N = \frac{513(3.8416) 0.0475}{0.0025(512) + 3.8416 \times 0.0475}$$

$$N = \frac{1970.7408 \times 0.0475}{1.28 + 0.182476}$$

$$N = \frac{93.610188}{1.462476}$$

$$N = 64.008$$

Aplicando las reglas de exclusión e inclusión se excluyeron al momento de ser entrevistados a los abogados que mencionaron que son civilistas, especializados en derecho administrativo y laboralistas y de acuerdo a las

reglas de inclusión, se incluyó solo a los abogados del ámbito penal, obteniendo como resultado a 21 abogados para la aplicación de la investigación; en resumen:

Universo	Muestra	Exclusión	Inclusión
513 abogados ¹	64 abogados	43 de las otras especialidades	21 penalistas

3.3. Técnicas e instrumentos

Técnica:

Técnica de la observación: Estando al planteamiento del problema e hipótesis en el presente trabajo se utilizó la técnica de análisis, que permitirá identificar las características del tratamiento de la tentativa en el proceso de la determinación de la pena por el juez que realizan los magistrados al momento de emitir una sentencia, bajo este contexto esta técnica nos permitirá recopilar datos de las sentencias analizadas y trasladarlos a través de los instrumentos de medición.

Guía de encuesta: De la misma manera, en la presente investigación en función del planteamiento del problema e hipótesis se utilizará la guía de encuesta, que a través de dicha encuesta nos permita conocer la valoración jurídica respecto de la naturaleza jurídica de la tentativa realizada por los magistrados y los abogados litigantes al momento de la determinación de la pena.

Instrumentos:

Lista de cotejos: Estando al planteamiento del problema y la hipótesis, en el presente trabajo se utilizará como instrumento la lista de cotejos que a través de una ficha de datos de las sentencias nos permita identificar la naturaleza de la tentativa en la determinación de la pena por los jueces, ficha que fue elaborada por los tesisistas en función de las variables e indicadores.

Ficha de encuesta: Estando al planteamiento de problema e hipótesis, en el presente trabajo se realizará a través de encuestas a los magistrados de los

¹ Se tomó la información a la fecha de la aplicación de la encuesta (junio de 2019)

Juzgados Penales y a los abogados litigantes, por lo que resulta acorde con el objetivo hacer uso del instrumento de recolección de datos cualitativos tipo encuesta, por cuanto se busca realizar un análisis de las consideraciones de los magistrados al momento de realizar la determinación de la pena en los casos de tentativa y la valoración que realizan los abogados litigantes en defensa de sus patrocinados.

3.4. Recolección de datos

En la presente investigación se realizó un análisis cualitativo de los resultados que arrojó la revisión de las sentencias y las encuestas los magistrados y abogados litigantes, para de esta manera describir los resultados del análisis de la naturaleza jurídica de la tentativa en el proceso de la determinación de la pena por el juez como circunstancia privilegiada de atenuación o circunstancia de reducción de la punibilidad.

Fuentes primarias

- Análisis de sentencias condenatoria por delitos en grado de tentativa.
- Revisión de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República por la comisión de delitos en grado de tentativa.
- Encuesta a jueces, fiscales y abogados litigantes vinculados al tema.

Fuentes secundarias

Básicamente consistió en la revisión y análisis del material bibliográfico e infográfico sobre la materia objeto de la investigación, utilizando para ello el análisis documental.

Capítulo IV

Discusión y Resultados de la Investigación

4.1. Análisis de las encuestas

Como es debido, en todo trabajo de investigación (tesis), los instrumentos de recolección de datos, entre ellas las fichas de encuestas, deben validarse previamente, y dichas acciones metodológicas empleando el paquete estadístico SPSS 25, y alfa de Cronbach, y los resultados fueron:

Estadísticas de fiabilidad	Resumen de procesamiento de casos											
<table border="1" style="margin: auto;"> <tr> <td style="padding: 5px;">Alfa de Cronbach ,899</td> </tr> </table> <p>SPSS Elementos = 11 ítems del total de la encuesta aplicada a jueces, abogados y fiscales</p>	Alfa de Cronbach ,899	<table border="1" style="margin: auto;"> <thead> <tr> <th colspan="2"></th> <th style="text-align: center;">N</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td rowspan="3" style="text-align: center;">Casos</td> <td style="text-align: center;">Válido</td> <td style="text-align: center;">52</td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;">Excluido^a</td> <td style="text-align: center;">0</td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;">Total</td> <td style="text-align: center;">52</td> </tr> </tbody> </table> <p>SPSS a. La eliminación por lista se basa en todas las variables del procedimiento. N= Cantidad total de jueces, fiscales y abogados de la población de estudio</p>			N	Casos	Válido	52	Excluido ^a	0	Total	52
Alfa de Cronbach ,899												
		N										
Casos	Válido	52										
	Excluido ^a	0										
	Total	52										

El estadístico alfa de Cronbach (0,899), nos indica que los 11 ítems de la encuesta presentan un alto grado de correlación; esto significa que la encuesta es altamente confiable (>0,89) para medir de manera estable, confiable y consistente los rasgos relacionados con el sistema de determinación de la pena, en el que se encuentra presente la tentativa.

Estos resultados nos permiten seguir con el análisis estadístico correspondiente, con el propósito de acercarnos a la corroboración de nuestras hipótesis de investigación.

**CORRELACIÓN DEL TOTAL DE ÍTEMS DE LA ENCUESTA APLICADA A LOS
JUECES, FISCALES Y ABOGADOS CON CADA ÍTEM**

Estadísticos total-elemento

N°	Ítems	Correlación total de elementos corregida	Alfa de Cronbach si el elemento se ha suprimido
1	¿Usted sabe cuál es la naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena?	,777	,851
2	¿Ud. desde la función que desempeña, tiene conocimiento cómo se viene tratando a la tentativa en la determinación judicial de la pena en el Distrito Judicial de Huancavelica, en el año 2018?	,765	,852
3	¿Para usted la tentativa es tratada como una atenuante privilegiada o como causa de reducción de la punibilidad, en la determinación judicial de la pena en el Distrito Judicial de Huancavelica en el año 2018? a) Como atenuante privilegiada b) Como causa de reducción de la punibilidad	,876	,987
4	¿Para usted la tentativa inacabada debe ser tratada con la misma finalidad o naturaleza que la tentativa acabada, en la determinación judicial de la pena?	,729	,854
5	¿Es necesario que el Juez realice una motivación, distinguiendo entre la tentativa inacabada y acabada, al momento de la determinación judicial de la pena concreta a imponer?	,661	,858
6	¿Usted, tiene conocimiento en qué consiste la tentativa inacabada?	,737	,854
7	¿Para usted la tentativa inacabada debe ser tratada como una atenuante privilegiada o como causal de reducción de la punibilidad en la determinación judicial de la pena? a) Como atenuante privilegiada b) Como causa de reducción de la punibilidad	,762	,853
8	Para usted en la tentativa inacabada ¿el Juez siempre debe imponer penas por debajo del extremo mínimo de la pena prevista para el delito que sanciona?	,788	,851
9	¿Usted tiene conocimiento en qué consiste la tentativa acabada?	,779	,889
10	¿Para usted la tentativa acabada debe ser tratada como una atenuante privilegiada o como causa de reducción de la punibilidad en la determinación judicial de la pena? a) Como atenuante privilegiada b) Como causa de reducción de la punibilidad	,701	,901
11	Para usted, en la tentativa acabada, ¿el Juez siempre debe imponer penas por debajo del	,884	,937

N°	Ítems	Correlación total de elementos corregida	Alfa de Cronbach si el elemento se ha suprimido
	extremo mínimo de la pena prevista para el delito que sanciona?		

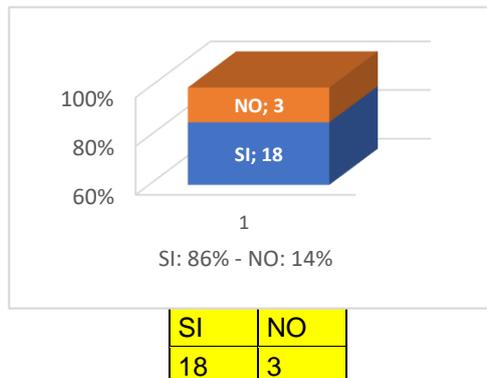
Por lo que, se infiere que cada uno de los ítems o preguntas que forman parte del instrumento de encuesta, son altamente confiables, por ello que arrojó un promedio conforme al chi cuadrado, correspondería a una seguridad alrededor del 95%; en consecuencia, válida dicho instrumento.

Encuesta a abogados:

Se aplicó encuesta a 21 abogados del Colegio de Abogados de Huancavelica, cuyos resultados fueron:

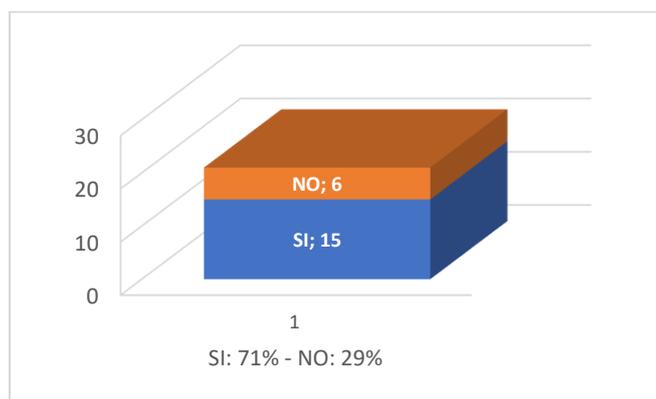
Objetivo General: Determinar la naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación de la pena por el juez.

Pregunta N° 1: ¿Usted sabe cuál es la naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena?



Para el 86% de los abogados encuestados, no es desconocida la naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena en el Distrito Judicial de Huancavelica; frente al 14% que respondieron desconocer; lo que implica, que la gran mayoría de los abogados tienen conocimiento de este instituto penal, y, por lo tanto, también de sus implicancias durante la determinación judicial de la pena; además, esta respuesta corresponde a uno de carácter general.

Pregunta N° 2: ¿Ud. desde la función que desempeña, tiene conocimiento cómo se viene tratando a la tentativa en la determinación judicial de la pena, en el Distrito Judicial de Huancavelica, en el año 2018?

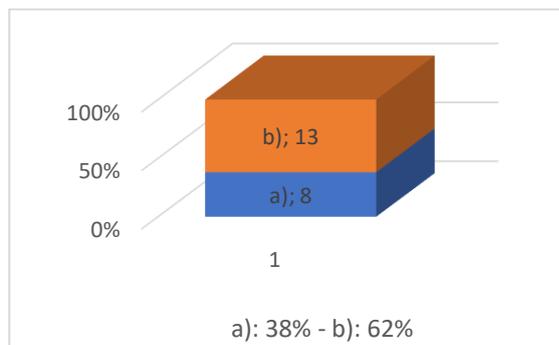


SI	NO
15	6

Asimismo, el 71% de los abogados encuestados, que representan a 15 profesionales del derecho, sostienen tener conocimiento de cómo se viene tratando a la tentativa en la determinación de la pena en el Distrito Judicial de Huancavelica, en el año 2018; frente al 29% que equivalen a 6 profesionales abogados, quienes respondieron no tener conocimiento; esta última respuesta puede deberse a ciertos factores como: asesoramiento en materia penal, pero no hasta la fase de juzgamiento; asesoramiento en materia penal, pero en la fase de consultas, etc.

Pregunta N° 3: ¿Para usted la tentativa es tratada como una atenuante privilegiada o como causa de disminución de la punibilidad, en la determinación judicial de la pena, en el Distrito Judicial de Huancavelica en el año 2018?

- a) Como atenuante privilegiada
- b) Como causa de disminución de la punibilidad

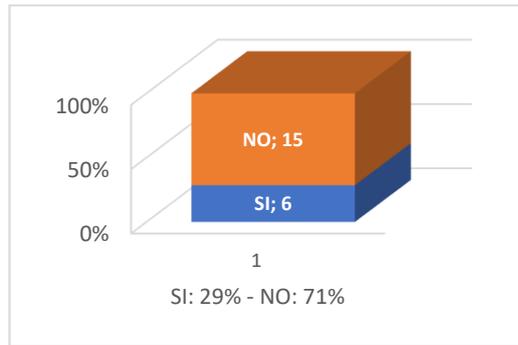


De las respuestas obtenidas se tienen dos variables en discusión, así si la pregunta fue: ¿Para usted la tentativa es tratada como una atenuante privilegiada o como causa de disminución de la punibilidad, en la determinación judicial de la pena, en el Distrito Judicial de Huancavelica en el año 2018?

- a) Como atenuante privilegiada
- b) Como causa de disminución de la punibilidad

Para el 38% de los encuestados, la tentativa se viene tratando como una atenuante privilegiada, esto es, en el momento de la determinación judicial de la pena; mientras que, para el 62% de los abogados encuestados, la tentativa viene siendo tratada como una causa de disminución de la punibilidad; en el primer caso, así lo sostuvieron 8 abogados, y en a la segunda alternativa se adhirieron 13 abogados; lo que implica, que estos últimos, son los que probablemente se encuentran capacitándose de manera más permanente que los anteriores; o cuanto menos, coinciden con las posturas actuales de la Corte Suprema de la República.

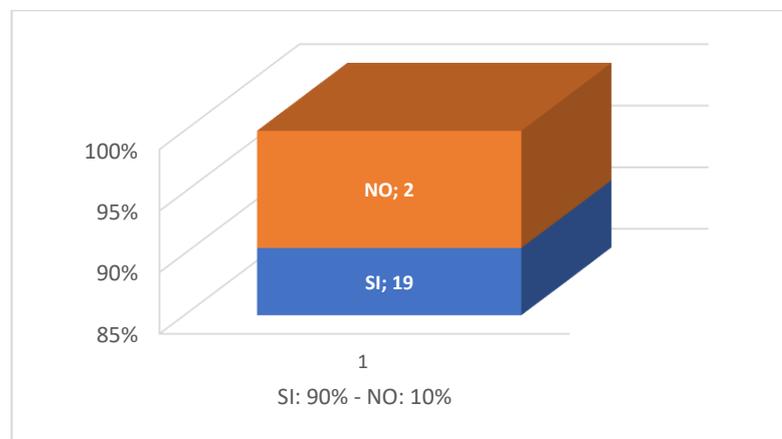
Pregunta N° 4: ¿Para usted la tentativa inacabada debe ser tratada con la misma finalidad o naturaleza que la tentativa acabada, en la determinación judicial de la pena?



SI	NO
6	15

Casi en la misma correlación de las respuestas obtenidas a la interrogante anterior; en esta ocasión, 15 abogados, que representan al 71% de los encuestados, precisaron que existe marcada diferencia entre la tentativa acabada y la tentativa inacabada, por ello que, en su tratamiento, en la determinación judicial de la pena, deben ser diferentes. Mientras que el grupo minoritario, del 29% (6 encuestados), no diferencian entre ninguna de las tentativas; y al no diferenciar, también existirá la posibilidad de que confundan de cómo se podría aplicar en la determinación judicial de la pena.

Pregunta N° 5: ¿Es necesario que el Juez realice una motivación, distinguiendo entre la tentativa inacabada y acabada, al momento de la determinación judicial de la pena concreta a imponer?

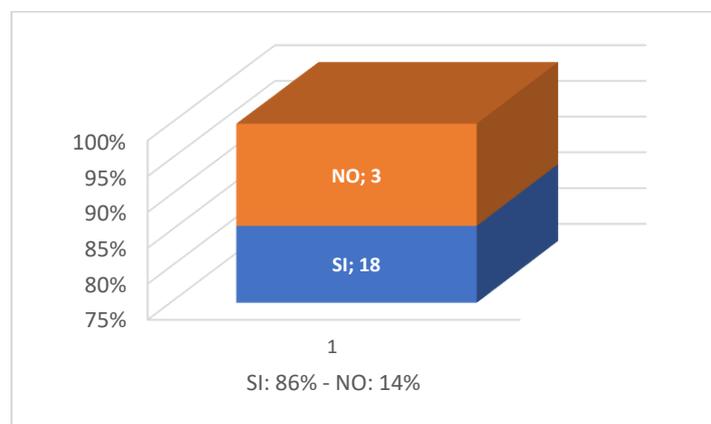


SI	NO
19	2

Para el 90% de los abogados encuestados, los jueces al momento de imponer la sanción penal (sentencia condenatoria), debe diferenciar entre la tentativa inacaba y la tentativa acabada; y, pues ello implica realizar una correcta motivación o justificación, por cuanto ambas figuras jurídico penales, tienen diferentes implicancias; y, solo un 10%, son los que sostienen que no se realiza una adecuada motivación.

Objetivo Específico 1: Explicar por qué la tentativa inacabada debe ser considerada como una atenuante privilegiada en la determinación judicial de la pena en el Distrito Judicial de Huancavelica, en el año 2018.

Pregunta N° 6: ¿Usted, tiene conocimiento en qué consiste la tentativa inacabada?

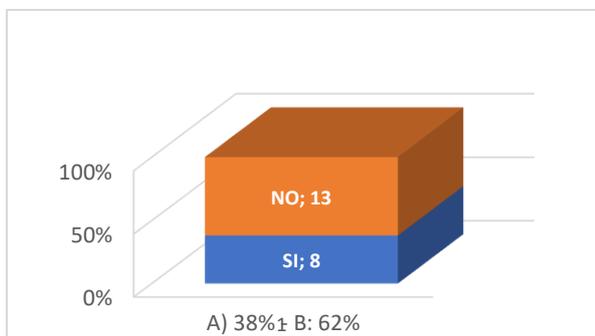


SI	NO
18	3

La respuesta a la pregunta ¿Usted, tiene conocimiento en qué consiste la tentativa inacabada?, fue, que el 86% (18 encuestados), si tienen conocimiento de en qué consiste la tentativa inacabada; frente al 14% (3 encuestados), que respondieron en sentido negativo; la respuesta mayoritaria, orientará las respuestas subsiguientes, puesto que tienen que ver, con la aplicación de la tentativa inacabada en la determinación judicial de la pena.

Pregunta N° 7: ¿Para usted la tentativa inacabada debe ser tratada como una atenuante privilegiada o como causal de disminución de la punibilidad en la determinación judicial de la pena?

- a) Como atenuante privilegiada
- b) Como causa de disminución de la punibilidad



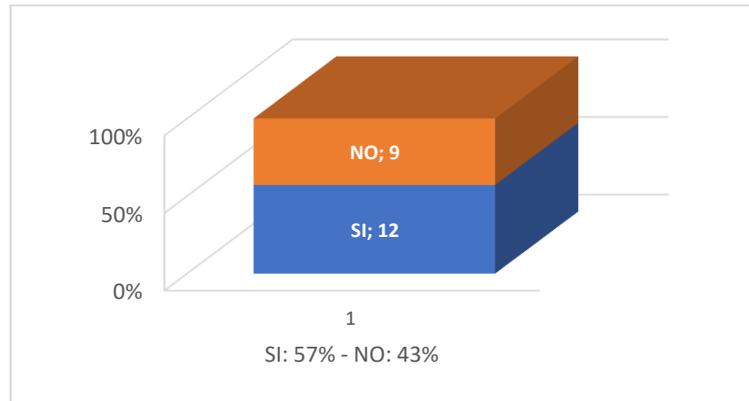
SI	NO
8	13

En las respuestas a la pregunta: ¿Para usted la tentativa inacabada debe ser tratada como una atenuante privilegiada o como causal de disminución de la punibilidad en la determinación judicial de la pena?

- a) Como atenuante privilegiada
- b) Como causa de disminución de la punibilidad

Encontramos una discordancia, en función a las anteriores respuestas, puesto que, solo para el 38% (8 abogados encuestados) la tentativa inacabada, debe ser tratada como una atenuante privilegiada; mientras que, para el 62% (13 abogados encuestados), la tentativa inacabada solo debe ser considerada como una causa de disminución de la punibilidad; de esta respuesta, ayuga a probar nuestras hipótesis la respuesta minoritaria.

Pregunta N° 8: Para usted la tentativa inacabada, ¿el Juez siempre debe imponer penas por debajo del extremo mínimo de la pena prevista para el delito que sanciona?

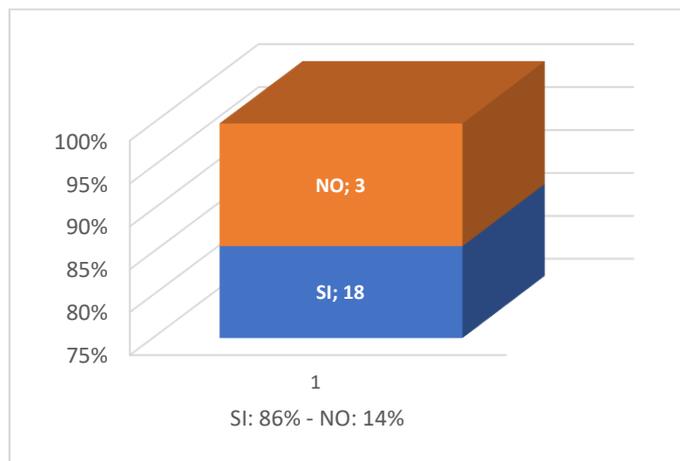


SI	NO
12	9

Para el 57% (12 abogados encuestados), en los supuestos de la existencia de la tentativa inacabada, las penas siempre deben ubicarse por debajo del mínimo legal, establecida en la norma material; lo que sustentaría, una identificación de la tentativa inacabada, como una atenuante privilegiada en el momento de la determinación judicial de la pena; mientras que, para el 43% (9 abogados), cuando exista la presencia de una tentativa inacabada, no debe imponerse penas por debajo del mínimo legal que la norma penal establece para el delito; lo que significa que dichos abogados no los consideran como una atenuante privilegiada.

Objetivo Específico 2: Explicar por qué la tentativa acabada debe ser considerada como una causa de disminución de la punibilidad en la determinación judicial de la pena en el Distrito Judicial de Huancavelica en el año 2018.

Pregunta N° 9: ¿Usted tiene conocimiento en qué consiste la tentativa acabada?

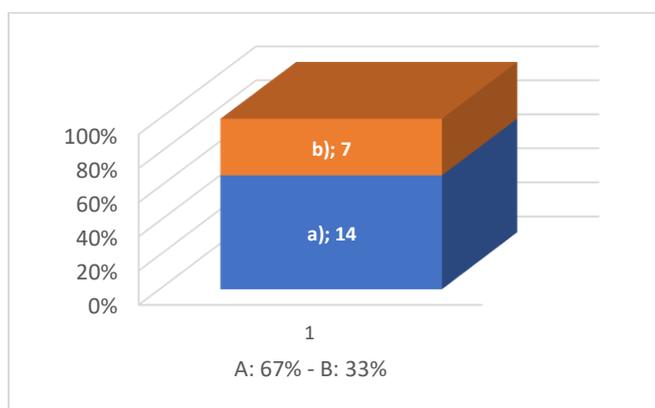


SI	NO
18	3

El 86% (18 abogados) de los encuestados, respondieron conocer en qué consiste la tentativa acabada; frente al 14% (3 abogados), que no diferenciarían a esta tentativa de la tentativa inacabada.

Pregunta N° 10: ¿Para usted la tentativa acabada debe ser tratada como una atenuante privilegiada o como causa de disminución de la punibilidad en la determinación judicial de la pena?

- a) Como atenuante privilegiada
- b) Como causa de disminución de la punibilidad



a)	b)
14	7

A la pregunta: ¿Para usted la tentativa acabada debe ser tratada como una atenuante privilegiada o como causa de disminución de la punibilidad en la determinación judicial de la pena?

- a) Como atenuante privilegiada
- b) Como causa de disminución de la punibilidad

Las respuestas fueron que, para el 67% (14 abogados encuestados); en los casos, en los que un delito quedó en una tentativa acabada, ésta debe ser considerada como una atenuante privilegiada; frente al 33% (7 abogados encuestados); que consideran que, en los supuestos de la presencia de la tentativa acabada, éstas deben ser consideradas como una causa de disminución de la punibilidad.

Pregunta N° 11: Para usted, en la tentativa acabada, ¿el Juez siempre debe imponer penas por debajo del extremo mínimo de la pena prevista para el delito que sanciona?

Encuesta a abogados

Encuestado	Respuesta del encuestado
1	No, el Juez a la hora de determinar la pena debe analizar el bien jurídico lesionado y la proporcionalidad, con la finalidad de graduar la pena dentro de los límites punitivos.
2	Si, efectivamente se debe evaluar si aquella conducta está inmersa dentro del tercio inferior de la determinación de la pena, si es el caso se podría aplicar por debajo del extremo mínimo; sin embargo, si en la conducta típica existirían otros factores agravantes que implica encontrarse dentro del tercio medio o superior, se tendría que disminuir la pena prudentemente.
3	Si, a razón que el extremo mínimo de la pena es para un delito consumado, la tentativa acabada no tiene consigo un resultado (no consumado), debiendo tener presente la particularidad de la tentativa señalada.
4	No, dado que en la tentativa acabada el delito sería consumado subjetivamente.
5	Si, por cuanto en la estructura de la tentativa, el elemento objetivo estará incompleto.
6	El juez en su facultad establecerá la reducción de la decisión atendiendo a diversos factores entre ellos los efectos generados por el hecho.
7	No, razón de que debe disminuir prudentemente la pena.
8	Si, ya que el principio rector del Derecho Penal es la legalidad, desde un plano teleológico y racional, las reales de la determinación de la pena han establecido que la tentativa como atenuante privilegiada, debe ubicarse por debajo del mínimo establecido por ley, claro, siempre que no concurren otras circunstancias que modifiquen tal ubicación, (...)
9	No, debe entenderse que la tentativa acabada o inacabada no implican imponerse penas por debajo del mínimo establecido por ley, el ordenamiento jurídico penal solo hace mención a una reducción prudencial, más no es imperativo sancionarse con penas del por debajo del mínimo establecido por ley o inferior.
10	Si, el código lo contempla en su artículo 16° y en sendas jurisprudencias.
11	Si se sigue la lógica de que la tentativa inacabada merece una mayor reducción de pena en relación a la acabada, resulta que la conjugación de esta última no necesariamente implica la imposición de una pena por

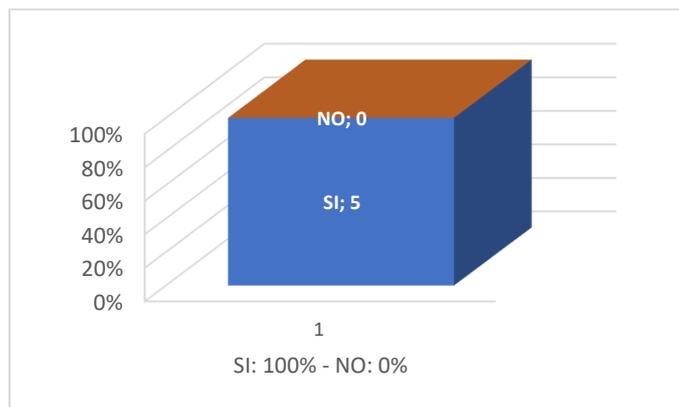
Encuestado	Respuesta del encuestado
	debajo del mínimo establecido por ley máximo que el Art. 16° C.P., sólo prevé un margen de discrecionalidad para la reducción prudencial de la pena.
12	No, debido a que el artículo 16° del C.P. no lo ha considerado como una atenuante privilegiada sino, como una causa de reducción de punibilidad Cas. N° 1083-2017-Arequipa.
13	No.
14	No siempre, porque dependerá de las circunstancias atenuantes y agravantes que podría tener en un caso concreto, pero siempre se tiene que tener en cuenta que así los casos de tentativa en la inacabada de los casos serían menores que la pena establecida para el delito.
15	Si.
16	Sí, porque si bien es cierto que en la tentativa acabada se ha cumplido con todos los actos para la consumación, pero éste no se puede consumir por la misma voluntad del autor, el mismo que evidentemente justifica lo indicado.
17	De acuerdo al tipo penal y bien jurídico protegido.
18	Si bien es cierto que en la tentativa acabada ya se habrían practicados todos los actos procesales y producen de ese mismo más sal una ponderación de los hechos.
19	No.
20	No, pues solo se debería disminuir prudencialmente la pena, pues el "peligro inherente al intento", de cometer un delito, utilizando todos los actos necesarios y que se haya frustrado por diferentes motivos, no resultaría razonable que la pena a imponer siempre sea por debajo del extremo mínimo de la pena prevista para el delito que se sanciona.
21	Si, el Juez debe imponer penas por debajo del extremo mínimo de la pena para el delito que sanciona.

De las respuestas diversas a la pregunta abierta, se tiene que aún, existen posturas en favor y en contra de que la tentativa inacabada, pueda ser considerada con atenuante privilegiada o como una causa de reducción de la pena; en todo caso, abona a nuestra tesis, las respuestas que sostienen, en que la tentativa acabada, o en estos supuestos, no deben rebajarse las penas por debajo del mínimo establecido por ley; contrario sensu, esto ocurrirá solo en los casos de la presente de la tentativa inacabada.

Encuesta a jueces:

OBJETIVO GENERAL: Determinar la naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación de la pena por el juez.

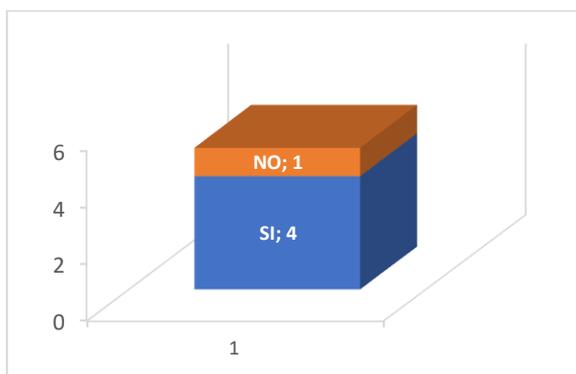
Pregunta N° 1: ¿Usted sabe cuál es la naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena?



SI	NO
5	0

El ciento por ciento de los jueces encuestados, tienen conocimiento de la naturaleza jurídica de la tentativa; por lo tanto, eso nos refleja que, en las preguntas subsiguientes sus respuestas serán más coherentes que de los abogados.

Pregunta N° 2: ¿Ud. desde la función que desempeña, tiene conocimiento cómo se viene tratando a la tentativa en la determinación judicial de la pena, en el Distrito Judicial de Huancavelica, en el año 2018?



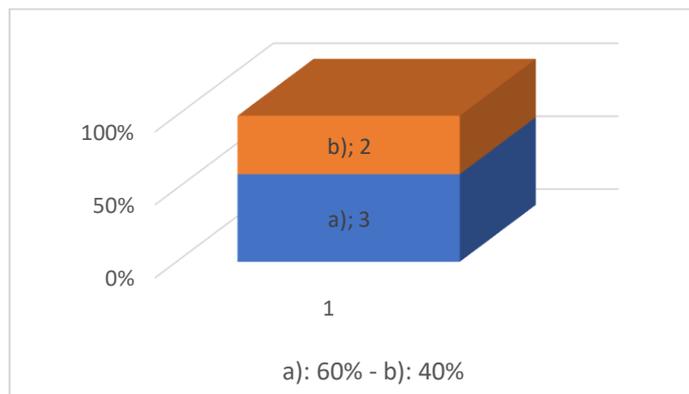
SI	NO
4	1

A continuación, se formuló la siguiente pregunta: ¿Ud. desde la función que desempeña, tiene conocimiento cómo se viene tratando a la tentativa en la determinación judicial de la pena, en el Distrito Judicial de Huancavelica, en el año 2018? Y las respuestas obtenidas fueron: para el 80% (4 jueces) precisaron tener conocimiento de cómo se viene tratando a la tentativa en la

determinación judicial de la pena; frente al 20% /1 juez) que respondió no tener conocimiento, que en todo caso se analizará en forma global, cuál es esa causa de la negación.

Pregunta N° 3: ¿Para usted la tentativa es tratada como una atenuante privilegiada o como causa de disminución de la punibilidad, en la determinación judicial de la pena, en el Distrito Judicial de Huancavelica en el año 2018?

- a) Como atenuante privilegiada
- b) Como causa de disminución de la punibilidad



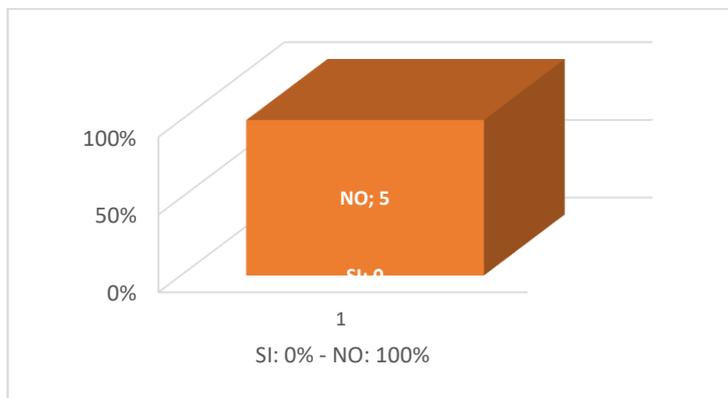
a)	b)
3	2

Mientras que, cuando se le formuló la siguiente interrogante: ¿Para usted la tentativa es tratada como una atenuante privilegiada o como causa de disminución de la punibilidad, en la determinación judicial de la pena, en el Distrito Judicial de Huancavelica en el año 2018?

- a) Como atenuante privilegiada
- b) Como causa de disminución de la punibilidad

Las respuestas obtenidas fueron: para el 60% (que representa a 3 magistrados), la tentativa es tratada como una atenuante privilegiada; mientras que, para el 40% (2 jueces), la tentativa es tratada como una causa de disminución de la punibilidad; lo que implica para el grupo minoritario, es que vienen entendiendo (y tal vez aplicando) a la tentativa de manera correcta.

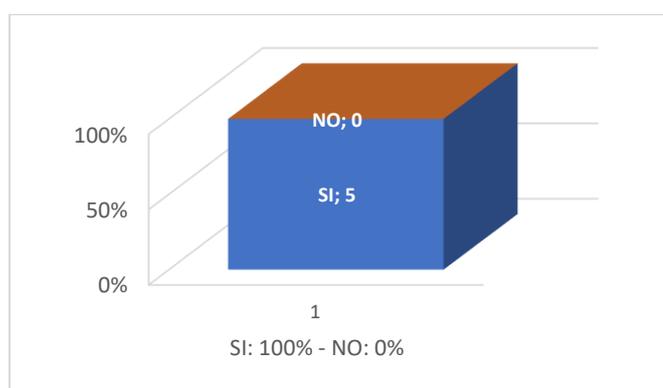
Pregunta N° 4: ¿Para usted la tentativa inacabada debe ser tratada con la misma finalidad o naturaleza que la tentativa acabada, en la determinación judicial de la pena?



SI	NO
0	5

Para el 100% de los magistrados encuestados, no deben ser tratados de la misma forma, tanto la tentativa inacabada ni la tentativa acabada; o entre los dos institutos penales, esta respuesta es coherente con lo que pretendemos en el desarrollo de la presente tesis.

Pregunta N° 5: ¿Es necesario que el Juez realice una motivación, distinguiendo entre la tentativa inacabada y acabada, al momento de la determinación judicial de la pena concreta a imponer?



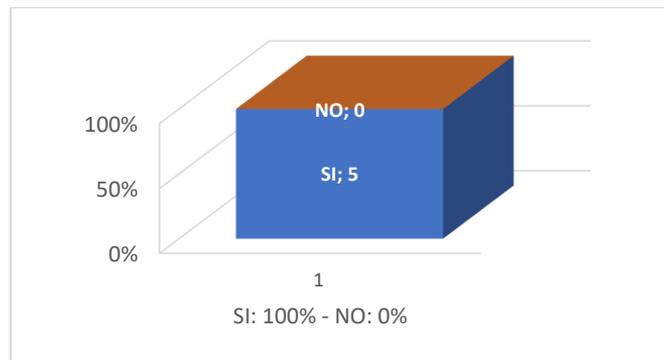
SI	NO
5	0

Los resultados de la respuesta en cuestión, también nos ayudaran a probar nuestras hipótesis, por cuanto para el 100% de los magistrados (jueces),

motivan en las resoluciones judiciales (sentencias), al momento de realizar la determinación judicial de la pena; ello implica, que, al momento de realizar los cálculos en la determinación de la pena, distinguen muy bien, entre estas formas de tentativa, y por consiguiente en qué tercio deben ser tratados, y bien como atenuantes privilegiadas o causas de disminución de la punibilidad.

Objetivo Específico 1: Explicar por qué la tentativa inacabada debe ser considerada como una atenuante privilegiada en la determinación judicial de la pena en el Distrito Judicial de Huancavelica, en el año 2018.

Pregunta N° 6: ¿Usted, tiene conocimiento en qué consiste la tentativa inacabada?

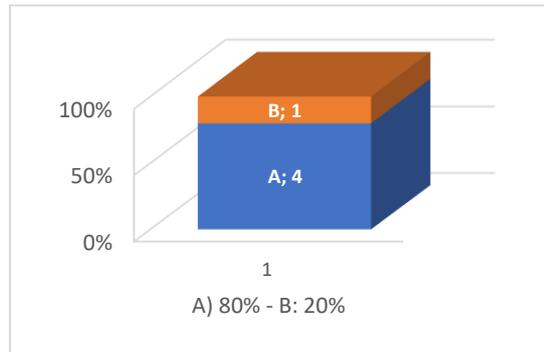


SI	NO
5	0

En esta respuesta también, el 100% de los jueces encuestados, refirieron tener conocimiento sobre la tentativa inacabada; por lo tanto, se evaluará, más adelante, de cómo se viene efectuando o tratando a esta tentativa, en la determinación judicial de la pena.

Pregunta N° 7: ¿Para usted la tentativa inacabada debe ser tratada como una atenuante privilegiada o como causal de disminución de la punibilidad en la determinación judicial de la pena?

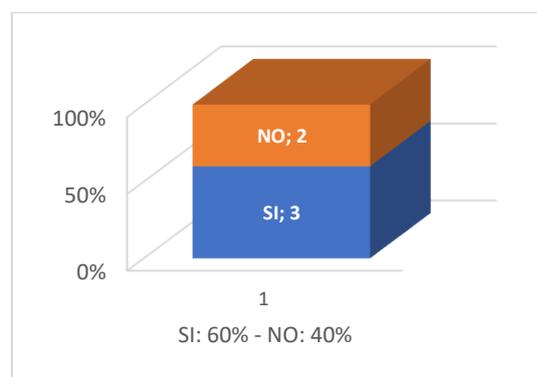
- a) Como atenuante privilegiada
- b) Como causa de disminución de la punibilidad



A	B
4	1

La tentativa inacabada para el 80% de los jueces (4 jueces), consideran que a la tentativa inacabada debe tratarse como una atenuante privilegiada; mientras que el 20% de los jueces (1 jueces), considera que se viene a la tentativa inacabada se le viene tratando como causa de disminución de la punibilidad. Estas contradicciones, no tienen por qué preocuparnos, por cuanto desde la implementación del sistema de tercios, en la determinación de la pena, no se reguló a las atenuantes privilegiadas, como si se hizo con las agravantes cualificadas.

Pregunta N° 8: Para usted la tentativa inacabada, ¿el Juez siempre debe imponer penas por debajo del extremo mínimo de la pena prevista para el delito que sanciona?



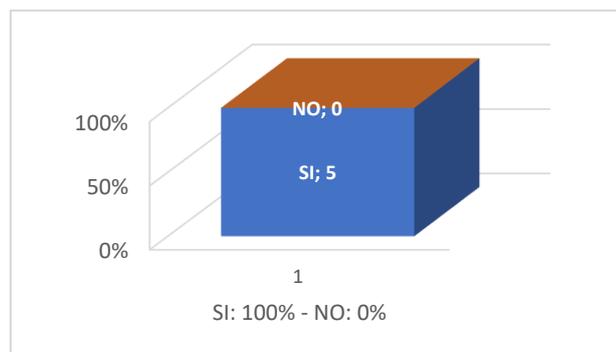
SI	NO
3	2

Para el 60% de los magistrados entrevistados (3 jueces), cuando se trata de una tentativa inacabada, al momento de imponer la condena de deben fijar

por debajo del mínimo legal, de la pena legal fijada en la ley penal para el delito; lo que implica, que de alguna manera lo relacionan con una atenuante privilegiada; mientras que el 40% de los jueces (2 jueces), sostiene en forma negativa, es decir que, no deben rebajarse las penas por debajo del mínimo legal, en los casos de la presencia de la tentativa inacabada; lo que nos lleva a inferir, que para ese grupo de magistrados, esta tentativa es tomada solo como causal de disminución de la punibilidad.

Objetivo Específico 2: Explicar por qué la tentativa acabada debe ser considerada como una causa de disminución de la punibilidad en la determinación judicial de la pena en el Distrito Judicial de Huancavelica en el año 2018.

Pregunta N° 9: ¿Usted tiene conocimiento en qué consiste la tentativa acabada?

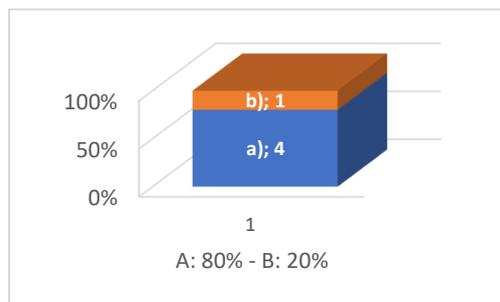


SI	NO
5	0

En esta pregunta los jueces en forma unánime, responde conocer en qué consiste la tentativa acabada, es decir el 100% de los encuestados.

Pregunta N° 10: ¿Para usted la tentativa acabada debe ser tratada como una atenuante privilegiada o como causa de disminución de la punibilidad en la determinación judicial de la pena?

- a) Como atenuante privilegiada
- b) Como causa de disminución de la punibilidad



a)	b)
4	1

Mientras que, frente a la pregunta: ¿Para usted la tentativa acabada debe ser tratada como una atenuante privilegiada o como causa de disminución de la punibilidad en la determinación judicial de la pena?

- a) Como atenuante privilegiada
- b) Como causa de disminución de la punibilidad

El 80% de los magistrados encuestados (4 jueces), conocen muy bien en qué consiste la tentativa acabada; mientras solo el 20% (1 jueces), afirma desconocer.

Pregunta N° 11: Para usted, en la tentativa acabada, ¿el Juez siempre debe imponer penas por debajo del extremo mínimo de la pena prevista para el delito que sanciona?

Pregunta 11: Encuesta a Jueces	
Encuestado	Respuesta del encuestado
1	Considerando que la tentativa corresponde una atenuante privilegiada, y dependiendo donde se ubica la pena en cuanto al sistema de tercios, procede a reducir prudencialmente la pena.
2	No, por el mismo fundamento de la respuesta N° 8: ("La determinación de la pena no puede nivelarse sólo a la tentativa: además deberá verificarse otras circunstancias que de incurrir la pena criterio final, deba fijarse por encima del extremo punitivo).
3	No, por cuanto la pena debe ser impuesta de forma proporcional, es decir, la reducción por tentativa se debe realizar de manera prudencial conforme así lo establece el artículo 16° del Código Penal.
4	No, pues el resultado fue frustrado y no solo los planes y éstos por sí mismo pueden causar perjuicios (Ej. Tentativa de violación), por lo cual cada caso y circunstancia debe ser independientes.
5	Sí, porque no existe la etapa de consumación del delito y por el principio de legalidad (así lo manda la ley).

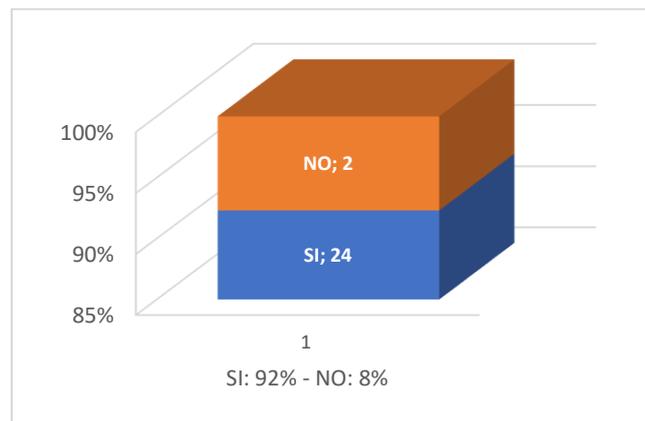
En relación a las preguntas anteriores, en esta última pregunta abierta los jueces encuestados, en su gran mayoría sostienen que, en la tentativa

acabada, no puede rebajarse la pena por debajo del mínimo establecido por ley; sino en forma proporcional, luego de haber determinado la pena concreta final.

Encuesta a fiscales:

OBJETIVO GENERAL: Determinar la naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación de la pena por el juez.

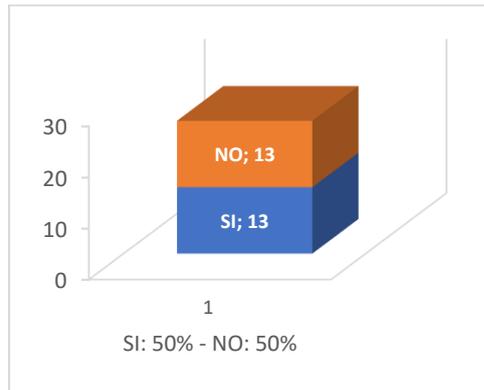
Pregunta N° 1: ¿Usted sabe cuál es la naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena?



SI	NO
24	2

De los 26 fiscales encuestados, se tuvo las siguientes repuestas: 24 fiscales que representa el 92% de los encuestados, tienen conocimiento de la naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena; mientras que el 8% (2 fiscales), contestaron en sentido contrario.

Pregunta N° 2: ¿Ud. desde la función que desempeña, tiene conocimiento cómo se viene tratando a la tentativa en la determinación judicial de la pena, en el Distrito Judicial de Huancavelica, en el año 2018?

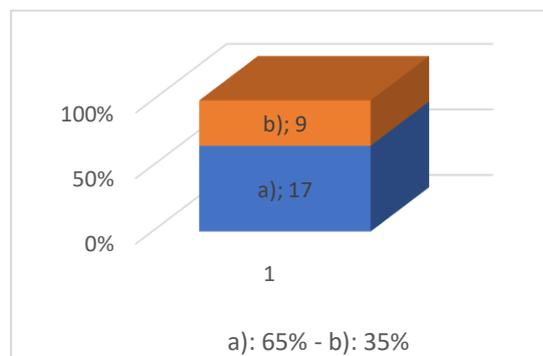


SI	NO
13	13

Frente a la pregunta: ¿Ud. desde la función que desempeña, tiene conocimiento cómo se viene tratando a la tentativa en la determinación judicial de la pena, en el Distrito Judicial de Huancavelica, en el año 2018?, el 50% (13 fiscales) afirmaron tener conocimiento de cómo se viene tratando a la tentativa en la determinación judicial de la pena; frente al otro 50% que afirman desconocer.

Pregunta N° 3: ¿Para usted la tentativa es tratada como una atenuante privilegiada o como causa de disminución de la punibilidad, en la determinación judicial de la pena, en el Distrito Judicial de Huancavelica en el año 2018?

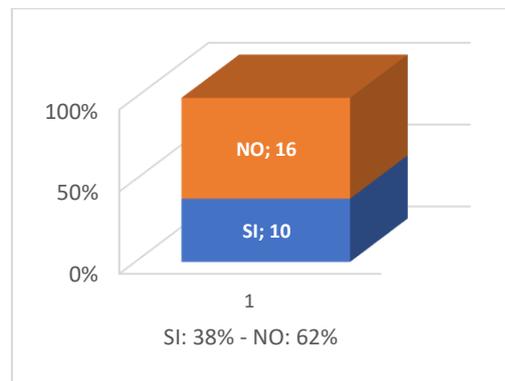
- a) Como atenuante privilegiada
- b) Como causa de disminución de la punibilidad



a)	b)
17	9

Asimismo, para el 65% (17 fiscales) la tentativa está siendo tratada como atenuante privilegiada en la determinación judicial de la pena; mientras que, para el 35% (9 fiscales), la tentativa está siendo tratada como causa de disminución de punibilidad; respuestas que nos ayudarán a sustentar la utilidad de la tesis, puesto que, en un Distrito Judicial pequeño, como es Huancavelica, no pueden existir diferencias marcadas en el tratamiento de la tentativa en el momento de la determinación judicial de la pena.

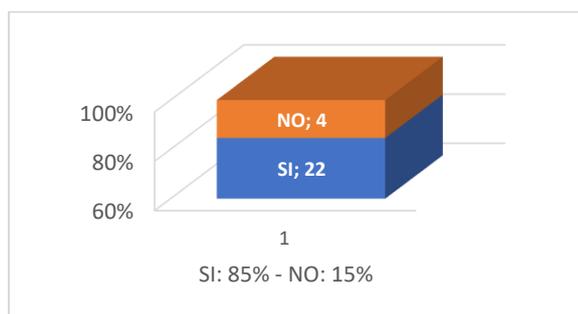
Pregunta N° 4: ¿Para usted la tentativa inacabada debe ser tratada con la misma finalidad o naturaleza que la tentativa acabada, en la determinación judicial de la pena?



SI	NO
10	16

Mientras que, frente a la siguiente pregunta: ¿Para usted la tentativa inacabada debe ser tratada con la misma finalidad o naturaleza que la tentativa acabada, en la determinación judicial de la pena?, para el 62% de los fiscales encuestados (16 fiscales) en el tratamiento de la tentativa inacabada y la tentativa acabada, tiene que existir diferencia; en otras palabras, su tratamiento tiene que ser diferenciado; pero, para el 38% de los fiscales encuestados (10 fiscales), el tratamiento de ambas tentativas, en la determinación judicial de la pena, debe ser igual; lo que de alguna manera implica, que ese grupo minoritario, o bien no tiene claro de lo que implica una tentativa inacabada, frente a una tentativa acabada.

Pregunta N° 5: ¿Es necesario que el Juez realice una motivación, distinguiendo entre la tentativa inacabada y acabada, al momento de la determinación judicial de la pena concreta a imponer?

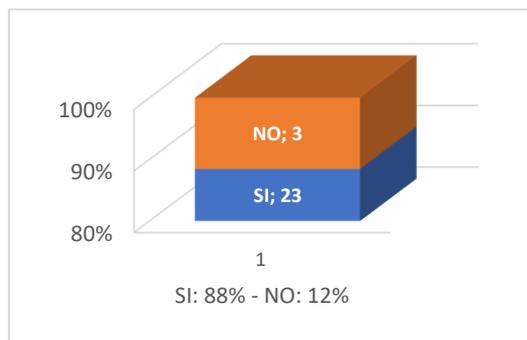


SI	NO
22	4

La motivación en la determinación judicial de la pena, sustentando los supuestos de tentativa inacabada y la tentativa acabada, para el 85% de los fiscales encuestados (22 fiscales), si deben cumplirse con dicha fundamentación; aún, cuando esta respuesta, es un tanto contradictoria con las anteriores; sin embargo, lo que importa es que los fiscales a la medida que fueron respondiendo las preguntas, consideramos que han estado mejor ubicados sobre el tema en sí; y, la diferenciación en la justificación de ambas tentativas es de vital importancia, porque incidirá en forma directa en la imposición de la pena al acusado; solo para el 15% de los encuestados (4 fiscales), la motivación al momento de realizar la determinación judicial de la pena, en la sentencia, no es necesario, consideramos que se trata del grupo de fiscales, que tal vez, no vienen realizando un adecuado control de las decisiones judiciales.

Objetivo Específico 1: Explicar por qué la tentativa inacabada debe ser considerada como una atenuante privilegiada en la determinación judicial de la pena en el Distrito Judicial de Huancavelica, en el año 2018.

Pregunta N° 6: ¿Usted, tiene conocimiento en qué consiste la tentativa inacabada?

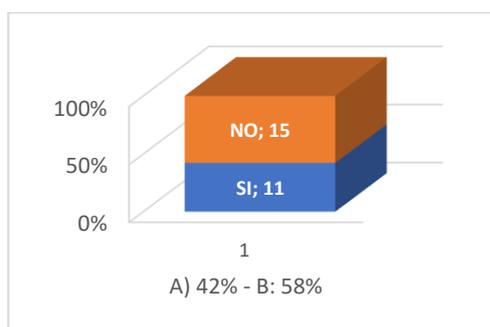


SI	NO
23	3

De los encuestados, el 88% (23 fiscales) conoce en qué consiste la tentativa inacabada; frente al 12% (3 fiscales) que expresaron no conocer en qué consiste la tentativa inacabada; entonces, teniendo las respuestas mayoritarias, veremos de qué es lo que ocurre a continuación.

Pregunta N° 7: ¿Para usted la tentativa inacabada debe ser tratada como una atenuante privilegiada o como causal de disminución de la punibilidad en la determinación judicial de la pena?

- a) Como atenuante privilegiada
- b) Como causa de disminución de la punibilidad



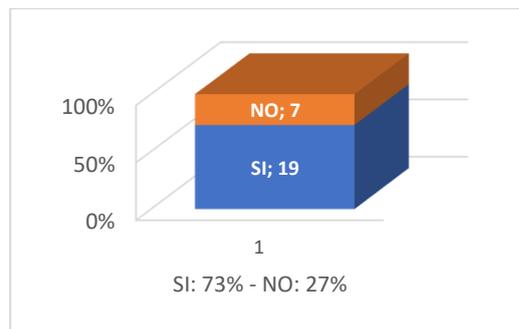
SI	NO
11	15

A continuación, se formuló la siguiente pregunta: ¿Para usted la tentativa inacabada debe ser tratada como una atenuante privilegiada o como causal de disminución de la punibilidad en la determinación judicial de la pena?

- a) Como atenuante privilegiada
- b) Como causa de disminución de la punibilidad

Para el 58% de los entrevistados (15 fiscales), la tentativa inacabada debe ser tratada como una causa de disminución de la punibilidad; mientras que, para el 42% de los encuestados (11 fiscales), en el proceso de tratamiento de la tentativa inacabada en la determinación judicial de la pena, debe ser considerada como una atenuante privilegiada; esta parte de la respuesta es la que nos interesa, frente al planteamiento de nuestro problema de investigación.

Pregunta N° 8: Para usted la tentativa inacabada, ¿el Juez siempre debe imponer penas por debajo del extremo mínimo de la pena prevista para el delito que sanciona?



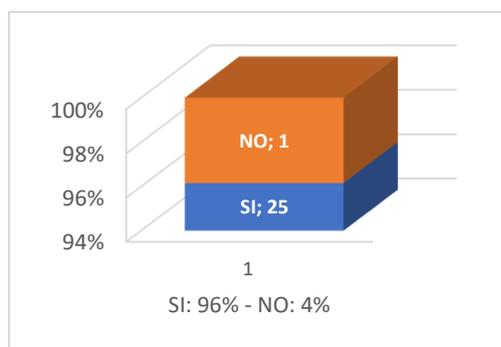
SI	NO
19	7

Para el 73% de los fiscales encuestados (19 fiscales), al momento de imponer una condena (pena), en los casos que quedaron a nivel de tentativa inacabada, siempre deben rebajarse las penas por debajo del mínimo legal que la ley penal fija para el delito en cuestión; estas respuesta, aún, cuando es contradictoria con las anteriores respuestas, sustentará nuestra postura final, que lo plasmaremos en nuestras conclusiones y recomendaciones; mientras que para el 27% de los encuestados (7 fiscales), en los supuestos de la presencia de la tentativa inacabada, no se deben rebajar las penas por debajo del mínimo legal que la ley penal especial, estable para el delito.

Objetivo Específico 2: Explicar por qué la tentativa acabada debe ser considerada como una causa de disminución de la punibilidad en la

determinación judicial de la pena en el Distrito Judicial de Huancavelica en el año 2018.

Pregunta N° 9: ¿Usted tiene conocimiento en qué consiste la tentativa acabada?

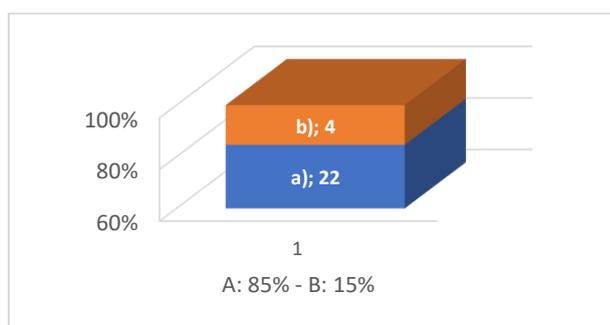


SI	NO
25	1

De los 26 fiscales encuestados, 25 conoce en qué consiste la tentativa acabada, que representa el 96%; frente al 4% (1 fiscal), que manifestó no tener conocimiento en qué consiste la tentativa acabada.

Pregunta N° 10: ¿Para usted la tentativa acabada debe ser tratada como una atenuante privilegiada o como causa de disminución de la punibilidad en la determinación judicial de la pena?

- a) Como atenuante privilegiada
- b) Como causa de disminución de la punibilidad



a)	b)
22	4

Concluyendo, se formuló la siguiente pregunta: ¿Para usted la tentativa acabada debe ser tratada como una atenuante privilegiada o como causa de disminución de la punibilidad en la determinación judicial de la pena?

- a) Como atenuante privilegiada
- b) Como causa de disminución de la punibilidad

Y las respuestas fueron, para el 85% de los fiscales encuestados (22 fiscales), en los casos de que el delito quedó en tentativa acabada, éstas deben ser tratados como atenuantes privilegiadas, y para el 15% (4 fiscales), en estos casos deben ser tratados como causa de disminución de la punibilidad; consideramos que la mayoría de los fiscales, respondieron en forma contradictoria a las preguntas iniciales; sin embargo, puede tratarse por el cansancio de responder 11 preguntas, o tal vez, por el tiempo empleado en la encuesta; lo que sí no se puede negar es que existe un grupo minoritario que lo tiene claro, que en los supuestos de la tentativa acabada, solo deben ser considerados como causas de disminución de punibilidad.

Pregunta N° 11: Para usted, en la tentativa acabada, ¿el Juez siempre debe imponer penas por debajo del extremo mínimo de la pena prevista para el delito que sanciona?

Pregunta 11: Encuesta a FISCALES	
Encuestado	Respuesta de encuestados
1	No, para proceder a la reducción prudencial, no lo constituye el mínimo establecido por ley sino, la presunción de pena para el delito si éste se hubiera consumado.
2	Claro, porque no se ha lesionado el bien jurídico tutelado.
3	Sí, porque son circunstancias de atenuación de la pena.
4	Sí, porque no hay resultado material, por política criminal constituye una extensión de punibilidad.
5	De la misma manera que la tentativa inacabada debe ser tratado de acuerdo al caso en concreto, tomando en cuenta atenuantes, para imponer una pena por debajo del extremo, solo por ser un caso de tentativa.
6	En estos casos debe darse la reducción de la punibilidad dentro del marco permitido de la pena concreta.
7	Como dije antes, la tentativa es una sola, y como tal al momento de imponerse la pena, siempre, debe dosificarse por debajo del mínimo establecido por ley, ya que, al no haberse consumado el delito, la pena concreta debe fijarse debajo del extremo mínimo.
8	No siempre, porque se debe evaluar cada delito, como es: el bien jurídico protegido, la gravedad del ilícito penal, la conducta realizada y la víctima.
9	No, porque el Código Penal solo faculta al juez, la reducción prudencialmente la pena, esto es, respecto de la pena concreta final.

Pregunta 11: Encuesta a FISCALES	
Encuestado	Respuesta de encuestados
10	Según el tipo penal el juez, puede disminuir prudencialmente la pena en caso de tentativa a violación y esta reducción se hará en base a la gravedad del delito y a las circunstancias que ocurrieron, pero dicha reducción no debe ser por debajo del mínimo.
11	Dependiendo de los efectos generados por el hecho tentado.
12	En la tentativa acabada, el juez siempre debe imponer pena por debajo del extremo mínimo, o como lo prescribe el Art. 45 A, que regula la determinación de la pena en estos extremos si sólo se presenta circunstancias de atenuante privilegiada, se ha legislado que la misma debe fijada por debajo del tercio inferior.
13	No, porque al ser tentativa acabada, el autor desplegó todos los actos para la consumación del delito, además cada caso es diferente, tiene sus propias características.
14	Sí, porque la consumación directa para cualquier tipo de tentativa.
15	Es interesante la pregunta, pero debería ver otras posibilidades por ejemplo... <i>...por ejemplo, la posibilidad de imponer una pena menor que la prevista para el delito...</i> <i>...de la tentativa.</i>
16	No siempre, pues el Código Penal en su artículo 16 refiere que el juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena, es decir, deberá analizarse cada caso en concreto y no prevé la norma que debe imponerse la pena por debajo del extremo mínimo de la pena prevista para el delito.
17	No se debe disminuir conforme al criterio, pero al imponer la pena por debajo del extremo mínimo sería vista como una atenuante.
18	Sí.
19	Sí, porque así indica nuestra norma penal y debe considerarse como tal.
20	No, porque cumplió el sujeto con todos los actos para tener por consumado su objetivo, lo cual no se dio por un agente externo. Se debe tener en cuenta la circunstancia de los hechos.
21	Sí, atendiendo a diversos factores, tales como los efectos generados por el hecho tentado, y atendiendo que la conducta desplegada por el sujeto activo, no llega a tener resultado, es decir, no se consuma.
22	Sí, en autos como debería de ponerse las penas por debajo del mismo, pues la norma penal sanciona actos consumados y la pena se encuentra dentro de ese rango, pues en la tentativa no se llega a consumir los actos tendiendo a la consumación del delito.
23	Los Magistrados en la tentativa acabada al momento de imponer una pena por algún hecho ilícito, este debe imponerse por debajo del extremo mínimo, la misma debe estar sujeta a una evaluación al grado del delito cometido.
24	El juez debe imponer las penas valorando las demás atenuantes o agravantes.
25	Sí, ya que tiene la misma naturaleza que la tentativa inacabada; y porque no se precisa de modo expreso que constituye una atenuante privilegiada.
26	No, solo la debe rebajar prudencialmente.

De las respuestas de la pregunta abierta se tiene la expresión de los fiscales, que en su gran mayoría afirma que, en los casos de la tentativa acabada, no

pueden rebajarse la pena por debajo del mínimo establecido por ley, que la misma ley especial fija para el delito.

4.2. Cuadro de análisis de sentencias judiciales

A continuación, resaltaremos los datos obtenidos como consecuencia de la revisión de las sentencias seleccionadas, que se dictaron en el tiempo de nuestra delimitación temporal; según los diez ítems propuestos, y los resultados son los siguientes:

FICHA PARA EL ANÁLISIS DE SENTENCIAS

Sobre el tema: “La naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Huancavelica en el 2018”.

CASO N° 1

Datos generales:

Expediente: 499-2017-82-1101-JR-PE-3.

Delito: Tentativa de feminicidio.

Número de resolución: doce.

Fecha de sentencia: 28 de junio de 2018.

Juez(es): Carlos Antonio Samaniego Espinoza, Kati Jurado Taipe y Marisol Cemiramis Jaramillo Garro (D.D.)

Ítem	Aspecto evaluado	Si	No	Observaciones
1	¿Se abordó la naturaleza jurídica de la tentativa?	X		Concretamente señala que es un grado imperfecto de ejecución del delito.
2	¿Se realizó la motivación de la tentativa en la determinación de la pena por el juez?		X	Consigna que la tentativa es una causal de reducción de punibilidad, pero, también como atenuante privilegiada.
3	¿Se distinguió a la tentativa acabada de la inacabada?		X	No expresa nada al respecto.
4	¿Se realizó una motivación distinguiendo la tentativa acabada de la inacabada?		X	No expresa nada al respecto.
5	¿Se estableció a la tentativa inacabada como una atenuante privilegiada?		X	No establece el tipo de tentativa, señala que es una causal de reducción de punibilidad, también que es como atenuante privilegiada.
6	¿Se estableció a la tentativa inacabada como causal de reducción de la punibilidad?		X	No establece el tipo de tentativa, señala que es una causal de reducción de punibilidad, también que es atenuante privilegiada.
7	¿Se estableció a la tentativa acabada como una atenuante privilegiada?		X	No establece el tipo de tentativa, señala que es una causal de reducción de punibilidad, también que es atenuante privilegiada.
8	¿Se estableció a la tentativa acabada como causal de reducción de la punibilidad?		X	No establece el tipo de tentativa, señala que es una causal de reducción de punibilidad, también que es atenuante privilegiada.
9	¿El Juez fijó la pena en función a las atenuantes privilegiadas?		X	No establece expresamente porque señala que es una causal de reducción de punibilidad y también que es atenuante privilegiada.
10	¿El Juez fijó la pena en función a las causales de reducción de la punibilidad?		X	No establece expresamente porque señala que es una causal de reducción de punibilidad y también que es atenuante privilegiada.

FICHA PARA EL ANÁLISIS DE SENTENCIAS

Sobre el tema: “La naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Huancavelica en el 2018”.

CASO N° 2

Datos generales:

Expediente: 189-2018-38-1101-JR-PE-1.

Delito: Tentativa de hurto agravado.

Número de resolución: catorce.

Fecha de sentencia: 6 de julio de 2018.

Juez(es): Marisol Cemiramis Jaramillo Garro

Ítem	Aspecto evaluado	Si	No	Observaciones
1	¿Se abordó la naturaleza jurídica de la tentativa?	X		Concretamente señala que es un grado imperfecto de ejecución del delito.
2	¿Se realizó la motivación de la tentativa en la determinación de la pena por el juez?		X	Consigna que la tentativa es una causal de reducción de punibilidad, pero, también como atenuante privilegiada.
3	¿Se distinguió a la tentativa acabada de la inacabada?		X	No expresa nada al respecto.
4	¿Se realizó una motivación distinguiendo la tentativa acabada de la inacabada?		X	No expresa nada al respecto.
5	¿Se estableció a la tentativa inacabada como una atenuante privilegiada?		X	No establece el tipo de tentativa, señala que es una causal de reducción de punibilidad, también que es como atenuante privilegiada.
6	¿Se estableció a la tentativa inacabada como causal de reducción de la punibilidad?		X	No establece el tipo de tentativa, señala que es una causal de reducción de punibilidad, también que es atenuante privilegiada.
7	¿Se estableció a la tentativa acabada como una atenuante privilegiada?		X	No establece el tipo de tentativa, señala que es una causal de reducción de punibilidad, también que es atenuante privilegiada.
8	¿Se estableció a la tentativa acabada como causal de reducción de la punibilidad?		X	No establece el tipo de tentativa, señala que es una causal de reducción de punibilidad, también que es atenuante privilegiada.
9	¿El Juez fijó la pena en función a las atenuantes privilegiadas?		X	No establece expresamente porque señala que es una causal de reducción de punibilidad y también que es atenuante privilegiada.
10	¿El Juez fijó la pena en función a las causales de reducción de la punibilidad?		X	No establece expresamente porque señala que es una causal de reducción de punibilidad y también que es atenuante privilegiada.

FICHA PARA EL ANÁLISIS DE SENTENCIAS

Sobre el tema: “La naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Huancavelica en el 2018”.

CASO N° 3

Datos generales:

Expediente: 327-2017-21-1101-JR-PE-3.

Delito: Tentativa de robo agravado.

Número de resolución: veintidós.

Fecha de sentencia: 21 de setiembre de 2018.

Juez(es): Hernán Pozo Chávez (D.D.), Marisol Cemiramis Jaramillo Garro y Kati Jurado Taipe

Ítem	Aspecto evaluado	Si	No	Observaciones
1	¿Se abordó la naturaleza jurídica de la tentativa?	X		Concretamente señala que corresponde la reducción prudencial en razón al desarrollo en grado de tentativa del delito.
2	¿Se realizó la motivación de la tentativa en la determinación de la pena por el juez?		X	Consigna que corresponde la reducción prudencial en razón al desarrollo en grado de tentativa del delito
3	¿Se distinguió a la tentativa acabada de la inacabada?		X	No expresa nada al respecto.
4	¿Se realizó una motivación distinguiendo la tentativa acabada de la inacabada?		X	No expresa nada al respecto.
5	¿Se estableció a la tentativa inacabada como una atenuante privilegiada?		X	No establece el tipo de tentativa, tampoco señala expresamente que sea atenuante privilegiada.
6	¿Se estableció a la tentativa inacabada como causal de reducción de la punibilidad?		X	No establece el tipo de tentativa, tampoco señala expresamente que sea causal de reducción de punibilidad.
7	¿Se estableció a la tentativa acabada como una atenuante privilegiada?		X	No establece el tipo de tentativa, tampoco señala expresamente que sea atenuante privilegiada.
8	¿Se estableció a la tentativa acabada como causal de reducción de la punibilidad?		X	No establece el tipo de tentativa, tampoco señala expresamente que sea causal de reducción de punibilidad.
9	¿El Juez fijó la pena en función a las atenuantes privilegiadas?		X	No establece nada al respecto.
10	¿El Juez fijó la pena en función a las causales de reducción de la punibilidad?		X	No establece nada al respecto.

FICHA PARA EL ANÁLISIS DE SENTENCIAS

Sobre el tema: “La naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Huancavelica en el 2018”.

CASO N° 4

Datos generales:

Expediente: 327-2017-21-1101-JR-PE-3.

Delito: Tentativa de robo agravado.

Número de resolución: treinta.

Fecha de sentencia: 20 de diciembre de 2018.

Juez(es): Omar Leví Paucar Cueva, David Aliaga Carrillo (D.D.) y Franklin Salvatierra Martínez.

Ítem	Aspecto evaluado	Si	No	Observaciones
1	¿Se abordó la naturaleza jurídica de la tentativa?	X		Concretamente señala que se dispone una fijación prudencial de la pena en caso que el delito no se consuma, toda vez que se evitó la lesión efectiva del bien jurídico.
2	¿Se realizó la motivación de la tentativa en la determinación de la pena por el juez?		X	Se limitó a señalar un breve concepto de tentativa
3	¿Se distinguió a la tentativa acabada de la inacabada?		X	No expresa nada al respecto.
4	¿Se realizó una motivación distinguiendo la tentativa acabada de la inacabada?		X	No expresa nada al respecto.
5	¿Se estableció a la tentativa inacabada como una atenuante privilegiada?		X	No establece el tipo de tentativa, tampoco señala expresamente que sea atenuante privilegiada.
6	¿Se estableció a la tentativa inacabada como causal de reducción de la punibilidad?		X	No establece el tipo de tentativa, tampoco señala expresamente que sea causal de reducción de punibilidad.
7	¿Se estableció a la tentativa acabada como una atenuante privilegiada?		X	No establece el tipo de tentativa, tampoco señala expresamente que sea atenuante privilegiada.
8	¿Se estableció a la tentativa acabada como causal de reducción de la punibilidad?		X	No establece el tipo de tentativa, tampoco señala expresamente que sea causal de reducción de punibilidad.
9	¿El Juez fijó la pena en función a las atenuantes privilegiadas?		X	No establece nada al respecto.
10	¿El Juez fijó la pena en función a las causales de reducción de la punibilidad?		X	No establece nada al respecto.

FICHA PARA EL ANÁLISIS DE SENTENCIAS

Sobre el tema: “La naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Huancavelica en el 2018”.

CASO N° 5

Datos generales:

Expediente: 134-2016-9-1101-JR-PE-1.

Delito: Tentativa de hurto agravado.

Número de resolución: treinta y dos.

Fecha de sentencia: 5 de setiembre de 2018.

Juez(es): Carlos Antonio Samaniego Espinoza, Hernán Pozo Chávez (D.D.)
y Omar Michael Ramirez Julca

Ítem	Aspecto evaluado	Si	No	Observaciones
1	¿Se abordó la naturaleza jurídica de la tentativa?		X	Solo aprueba los acuerdos de terminación anticipada mencionando escasamente que existe tentativa y su reducción.
2	¿Se realizó la motivación de la tentativa en la determinación de la pena por el juez?		X	Se limita a aprobar el acuerdo de terminación anticipada.
3	¿Se distinguió a la tentativa acabada de la inacabada?		X	No expresa nada al respecto.
4	¿Se realizó una motivación distinguiendo la tentativa acabada de la inacabada?		X	No expresa nada al respecto.
5	¿Se estableció a la tentativa inacabada como una atenuante privilegiada?		X	No establece el tipo de tentativa, tampoco señala expresamente que sea atenuante privilegiada.
6	¿Se estableció a la tentativa inacabada como causal de reducción de la punibilidad?		X	No establece el tipo de tentativa, tampoco señala expresamente que sea causal de reducción de punibilidad.
7	¿Se estableció a la tentativa acabada como una atenuante privilegiada?		X	No establece el tipo de tentativa, tampoco señala expresamente que sea atenuante privilegiada.
8	¿Se estableció a la tentativa acabada como causal de reducción de la punibilidad?		X	No establece el tipo de tentativa, tampoco señala expresamente que sea causal de reducción de punibilidad.
9	¿El Juez fijó la pena en función a las atenuantes privilegiadas?		X	No establece nada al respecto.
10	¿El Juez fijó la pena en función a las causales de reducción de la punibilidad?		X	No establece nada al respecto.

FICHA PARA EL ANÁLISIS DE SENTENCIAS

Sobre el tema: “La naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Huancavelica en el 2018”.

CASO N° 6

Datos generales:

Expediente: 209-2017-25-1101-JR-PE-1.

Delito: Tentativa de hurto agravado.

Número de resolución: tres.

Fecha de sentencia: 4 de junio de 2018.

Juez(es): Marisol Cemiramis Jaramillo Garro

Ítem	Aspecto evaluado	Si	No	Observaciones
1	¿Se abordó la naturaleza jurídica de la tentativa?		X	Solo aprueba los acuerdos de terminación anticipada se remite a lo expuesto y su reducción.
2	¿Se realizó la motivación de la tentativa en la determinación de la pena por el juez?		X	Se limita a aprobar el acuerdo de terminación anticipada, mencionando brevemente que corresponde la reducción de la pena por grado de tentativa.
3	¿Se distinguió a la tentativa acabada de la inacabada?		X	No expresa nada al respecto.
4	¿Se realizó una motivación distinguiendo la tentativa acabada de la inacabada?		X	No expresa nada al respecto.
5	¿Se estableció a la tentativa inacabada como una atenuante privilegiada?		X	No establece el tipo de tentativa, tampoco señala expresamente que sea atenuante privilegiada.
6	¿Se estableció a la tentativa inacabada como causal de reducción de la punibilidad?		X	No establece el tipo de tentativa, tampoco señala expresamente que sea causal de reducción de punibilidad.
7	¿Se estableció a la tentativa acabada como una atenuante privilegiada?		X	No establece el tipo de tentativa, tampoco señala expresamente que sea atenuante privilegiada.
8	¿Se estableció a la tentativa acabada como causal de reducción de la punibilidad?		X	No establece el tipo de tentativa, tampoco señala expresamente que sea causal de reducción de punibilidad.
9	¿El Juez fijó la pena en función a las atenuantes privilegiadas?		X	No establece nada al respecto.
10	¿El Juez fijó la pena en función a las causales de reducción de la punibilidad?		X	No establece nada al respecto.

FICHA PARA EL ANÁLISIS DE SENTENCIAS

Sobre el tema: “La naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Huancavelica en el 2018”.

CASO N° 7

Datos generales:

Expediente: 220-2018-37-1101-JR-PE-2.

Delito: Tentativa de robo agravado.

Número de resolución: tres.

Fecha de sentencia: 20 de junio de 2018.

Juez(es): Michael Omar Ramírez Julca

Ítem	Aspecto evaluado	Si	No	Observaciones
1	¿Se abordó la naturaleza jurídica de la tentativa?		X	Explica la existencia de la tentativa.
2	¿Se realizó la motivación de la tentativa en la determinación de la pena por el juez?		X	Señala que el hecho quedó en tentativa de conformidad con la Sentencia Plenario 1-2005 no existió una disponibilidad potencial de los bienes sustraídos al agraviado por parte del agente.
3	¿Se distinguió a la tentativa acabada de la inacabada?		X	No expresa nada al respecto.
4	¿Se realizó una motivación distinguiendo la tentativa acabada de la inacabada?		X	No expresa nada al respecto.
5	¿Se estableció a la tentativa inacabada como una atenuante privilegiada?		X	No establece el tipo de tentativa, tampoco señala expresamente que sea atenuante privilegiada.
6	¿Se estableció a la tentativa inacabada como causal de reducción de la punibilidad?		X	No establece el tipo de tentativa, tampoco señala expresamente que sea causal de reducción de punibilidad.
7	¿Se estableció a la tentativa acabada como una atenuante privilegiada?		X	No establece el tipo de tentativa, tampoco señala expresamente que sea atenuante privilegiada.
8	¿Se estableció a la tentativa acabada como causal de reducción de la punibilidad?		X	No establece el tipo de tentativa, tampoco señala expresamente que sea causal de reducción de punibilidad.
9	¿El Juez fijó la pena en función a las atenuantes privilegiadas?		X	No establece nada al respecto.
10	¿El Juez fijó la pena en función a las causales de reducción de la punibilidad?		X	No establece nada al respecto.

FICHA PARA EL ANÁLISIS DE SENTENCIAS

Sobre el tema: “La naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Huancavelica en el 2018”.

CASO N° 8

Datos Generales:

Expediente: 00386-2016-62-1101-JR-PE-01

Delito: Hurto simple en grado de tentativa

Número de resolución: Resolución N° 14

Fecha de sentencia: 18 de junio de 2018

Ítem	Aspecto evaluado	Si	No	Observaciones
1	¿Se abordó la naturaleza jurídica de la tentativa?		X	No señala nada respecto a la naturaleza de la tentativa, solo menciona el artículo 16 del CP para la reducción de la pena por el grado de tentativa de la conducta
2	¿Se realizó la motivación de la tentativa en la determinación de la pena por el juez?		X	En la sentencia, no existe ninguna motivación respecto a la tentativa
3	¿Se distinguió a la tentativa acabada de la inacabada?		X	No expresa nada al respecto
4	¿Se realizó una motivación distinguiendo la tentativa acabada de la inacabada?		X	No establece nada al respecto
5	¿Se estableció a la tentativa inacabada como una atenuante privilegiada?		X	No establece nada al respecto
6	¿Se estableció a la tentativa inacabada como causal de reducción de la punibilidad?		X	No establece el tipo de tentativa
7	¿Se estableció a la tentativa acabada como una atenuante privilegiada?		X	No establece el tipo de tentativa
8	¿Se estableció a la tentativa acabada como causal de reducción de la punibilidad?		X	Sin embargo, de acuerdo la reducción realizada esta había sido considerada como una causa de reducción de la punibilidad toda vez que la pena no fue fijada por debajo del mínimo establecido por ley
9	¿El Juez fijó la pena en función a las atenuantes privilegiadas?		X	No se precisa si la reducción se realizó en función de considerar la tentativa como atenuante privilegiada o como causa de reducción de la punibilidad
10	¿El Juez fijó la pena en función a las causales de reducción de la punibilidad?	X		Si bien no la señala, sin embargo, estando a que la pena fijada no fue fijada por debajo del mínimo establecido por ley se entiende que el juez realizó la resolución considerado como una reducción de la punibilidad.

FICHA PARA EL ANÁLISIS DE SENTENCIAS

Sobre el tema: “La naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Huancavelica en el 2018”.

CASO N° 9

Datos Generales:

Expediente: 00295-2017-65-1101-JR-PE-04

Delito: Homicidio calificado en grado de tentativa

Número de resolución: Resolución N° 22

Fecha de sentencia : 28 de mayo de 2018

Ítem	Aspecto evaluado	Si	No	Observaciones
1	¿Se abordó la naturaleza jurídica de la tentativa?	X		En la sentencia se señala que la tentativa una reducción prudencial de la pena
2	¿Se realizó la motivación de la tentativa en la determinación de la pena por el juez?	X		Se advierte una motivación mínima respecto a la tentativa en la determinación de la pena, toda vez que se señala al artículo 16 del CP y establece como una reducción prudencial y señala los motivos de manera somera por los cuales se reduce la pena
3	¿Se distinguió a la tentativa acabada de la inacabada?		X	No expresa nada al respecto
4	¿Se realizó una motivación distinguiendo la tentativa acabada de la inacabada?		X	No realiza la motivación distinguiendo los tipos de tentativa
5	¿Se estableció a la tentativa inacabada como una atenuante privilegiada?		X	No establece el tipo de tentativa
6	¿Se estableció a la tentativa inacabada como causal de reducción de la punibilidad?		X	No establece el tipo de tentativa
7	¿Se estableció a la tentativa acabada como una atenuante privilegiada?		X	No establece el tipo de tentativa
8	¿Se estableció a la tentativa acabada como causal de reducción de la punibilidad?		X	No distingue si la tentativa en este caso es acabada o inacabada, solo hace mención a una posible reducción prudencia de la pena
9	¿El Juez fijó la pena en función a las atenuantes privilegiadas?		X	No se precisa si la reducción se realizó en función de considerar la tentativa como atenuante privilegiada o como causa de reducción de la punibilidad
10	¿El Juez fijó la pena en función a las causales de reducción de la punibilidad?	X		Si bien no la señala, sin embargo, en el cuadro establece que se realizará una reducción prudencial, entendiéndose este como una reducción prudencial de la penal que será como una causa de disminución de punibilidad

FICHA PARA EL ANÁLISIS DE SENTENCIAS

Sobre el tema: “La naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Huancavelica en el 2018”.

CASO N° 10

Datos Generales:

Expediente: 00284-2018-0-1101-JR-PE-02

Delito: Hurto Agravado en grado de tentativa

Número de resolución: Resolución N° 3

Fecha de sentencia: 9 de mayo de 2018

Ítem	Aspecto evaluado	Si	No	Observaciones
1	¿Se abordó la naturaleza jurídica de la tentativa?	X		En el presente caso, el órgano jurisdiccional si abordó la naturaleza jurídica de la tentativa, amparándolo en el artículo 16 del CP y establece una reducción prudencial de la pena por dicha condición
2	¿Se realizó la motivación de la tentativa en la determinación de la pena por el juez?	X		Se advierte una motivación mínima respecto a la tentativa en la determinación de la pena, toda vez que se hace alusión de manera genérica a la reducción de la pena en base a lo establecido en el artículo 16 del CP y establece como una reducción prudencial; sin embargo, no existe una justificación de la cantidad prudencial de la reducción de la pena
3	¿Se distinguió a la tentativa acabada de la inacabada?		X	No se realiza la distinción de los tipos de tentativa, solo se abordó de manera genérica en función a lo establecido en el artículo 16 del CP
4	¿Se realizó una motivación distinguiendo la tentativa acabada de la inacabada?		X	No realizó la motivación de la determinación de la pena distinguiendo los tipos de tentativa
5	¿Se estableció a la tentativa inacabada como una atenuante privilegiada?		X	La sentencia no señala nada al respecto, solo menciona la reducción prudencial
6	¿Se estableció a la tentativa inacabada como causal de reducción de la punibilidad?		X	No establece el tipo de tentativa
7	¿Se estableció a la tentativa acabada como una atenuante privilegiada?		X	No establece el tipo de tentativa
8	¿Se estableció a la tentativa acabada como causal de reducción de la punibilidad?		X	No distingue si la tentativa en este caso es acabada o inacabada, solo hace mención a una posible reducción prudencial de la pena
9	¿El Juez fijó la pena en función a las		X	No se precisa si la reducción se realizó en función de considerar la tentativa como atenuante

Ítem	Aspecto evaluado	Si	No	Observaciones
	atenuantes privilegiadas?			privilegiada o como causa de reducción de la punibilidad
10	¿El Juez fijó la pena en función a las causales de reducción de la punibilidad?	X		Si bien no la señala, sin embargo, en el cuadro establece que se realizará una reducción prudencial, entiéndase este como una reducción prudencial de la penal que será como una causa de disminución de punibilidad

FICHA PARA EL ANÁLISIS DE SENTENCIAS

Sobre el tema: “La naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Huancavelica en el 2018”.

CASO N° 11

Datos Generales:

Expediente: 203-2018-0-1101-JR-PE-04

Delito: Robo Agravado en grado de tentativa

Número de resolución: Resolución N° 05

Fecha de sentencia: 26 de abril de 2018

Ítem	Aspecto evaluado	Si	No	Observaciones
1	¿Se abordó la naturaleza jurídica de la tentativa?	X		En la sentencia se señala que la tentativa una reducción prudencial de la pena
2	¿Se realizó la motivación de la tentativa en la determinación de la pena por el juez?		X	Se advierte que no existe motivación suficiente en cuanto a la tentativa en la determinación de la pena, toda vez que solo se señala al artículo 16 del CP señalando como una reducción prudencial de la pena
3	¿Se distinguió a la tentativa acabada de la inacabada?		X	No expresa nada al respecto
4	¿Se realizó una motivación distinguiendo la tentativa acabada de la inacabada?		X	No se realiza la motivación de la tentativa
5	¿Se estableció a la tentativa inacabada como una atenuante privilegiada?		X	No establece nada al respecto
6	¿Se estableció a la tentativa inacabada como causal de reducción de la punibilidad?		X	No establece nada al respecto
7	¿Se estableció a la tentativa acabada como una atenuante privilegiada?		X	No establece nada al respecto
8	¿Se estableció a la tentativa acabada como causal de reducción de la punibilidad?		X	No distingue si la tentativa en este caso es acabada o inacabada, solo hace mención a una posible reducción prudencia de la pena
9	¿El Juez fijó la pena en función a las atenuantes privilegiadas?	X		Precisa que en el caso se debe tener en cuenta las atenuantes privilegiadas y la pena se fija por debajo del tercio inferior y reduce de manera prudencial dos años pro tentativa
10	¿El Juez fijó la pena en función a las causales de reducción de la punibilidad?		X	La reducción de la pena se ha realizado de manera prudencia, advirtiendo que sería una atenuante privilegiada.

FICHA PARA EL ANÁLISIS DE SENTENCIAS

Sobre el tema: “La naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Huancavelica en el 2018”.

CASO N° 12

Datos Generales:

Expediente: 00327-2017-21-1101-JR-PE-03

Delito: Robo Agravado en grado de tentativa

Número de resolución: Resolución N° 10

Fecha de sentencia: 31 de enero de 2018

Ítem	Aspecto evaluado	Si	No	Observaciones
1	¿Se abordó la naturaleza jurídica de la tentativa?	X		En la sentencia se señala que la tentativa una reducción prudencial de la pena
2	¿Se realizó la motivación de la tentativa en la determinación de la pena por el juez?		X	En la sentencia no se ha realizado una motivación suficiente ni mínima en cuanto a la tentativa, solo se hace alusión somera al artículo 16 del CP y establece como una reducción prudencial.
3	¿Se distinguió a la tentativa acabada de la inacabada?		X	No expresa nada al respecto
4	¿Se realizó una motivación distinguiendo la tentativa acabada de la inacabada?		X	No realiza la motivación distinguiendo los tipos de tentativa
5	¿Se estableció a la tentativa inacabada como una atenuante privilegiada?		X	No establece nada al respecto
6	¿Se estableció a la tentativa inacabada como causal de reducción de la punibilidad?		X	No establece nada al respecto
7	¿Se estableció a la tentativa acabada como una atenuante privilegiada?		X	No establece nada al respecto
8	¿Se estableció a la tentativa acabada como causal de reducción de la punibilidad?		X	No distingue si la tentativa en este caso es acabada o inacabada, solo hace mención a una reducción prudencia de la pena
9	¿El Juez fijó la pena en función a las atenuantes privilegiadas?		X	No se precisa los motivos de la reducción de la pena por la tentativa
10	¿El Juez fijó la pena en función a las causales de reducción de la punibilidad?		X	No precisa los motivos de la reducción de la pena, solo señala que disminuye prudencialmente en dos años, pero no realiza ninguna justificación o motivación de la misma

FICHA PARA EL ANÁLISIS DE SENTENCIAS

Sobre el tema: “La naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Huancavelica en el 2018”.

CASO N° 13

DATOS GENERALES:

Expediente: 00327-2017-21-1101-JR-PE-03

Delito: Robo Agravado en grado de tentativa

Número de resolución: Sentencia de vista N° 32-2018 Resolución N° 18

Fecha de sentencia: 20 de junio de 2018

Ítem	Aspecto evaluado	Si	No	Observaciones
1	¿Se abordó la naturaleza jurídica de la tentativa?	X		En la sentencia de vista se señala que la tentativa como una reducción prudencial de la pena en atención al artículo 16
2	¿Se realizó la motivación de la tentativa en la determinación de la pena por el juez?		X	En la sentencia no se ha realizado una motivación en cuanto a la naturaleza de la tentativa, solo señala que se debe realizar una reducción prudencial de la pena
3	¿Se distinguió a la tentativa acabada de la inacabada?		X	No expresa nada al respecto
4	¿Se realizó una motivación distinguiendo la tentativa acabada de la inacabada?		X	No realiza la motivación distinguiendo los tipos de tentativa
5	¿Se estableció a la tentativa inacabada como una atenuante privilegiada?		X	No establece nada al respecto
6	¿Se estableció a la tentativa inacabada como causal de reducción de la punibilidad?		X	No establece nada al respecto
7	¿Se estableció a la tentativa acabada como una atenuante privilegiada?		X	No establece nada al respecto
8	¿Se estableció a la tentativa acabada como causal de reducción de la punibilidad?		X	No establece nada al respecto
9	¿El Juez fijó la pena en función a las atenuantes privilegiadas?		X	No se precisa los motivos de la reducción de la pena por la tentativa
10	¿El Juez fijó la pena en función a las causales de reducción de la punibilidad?		X	No precisa los motivos de la reducción de la pena, solo señala que disminuye prudencialmente en dos años, pero no realiza ninguna justificación o motivación de la misma

FICHA PARA EL ANÁLISIS DE SENTENCIAS

Sobre el tema: “La naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Huancavelica en el 2018”.

CASO N° 14

Datos Generales:

Expediente: 00386-2016-62-1101-JR-PE-01

Delito: Hurto simple en grado de tentativa

Número de resolución: Sentencia de vista N° 41-2018 Resolución N° 19

Fecha de sentencia: 27 de setiembre de 2018

Ítem	Aspecto evaluado	Si	No	Observaciones
1	¿Se abordó la naturaleza jurídica de la tentativa?	X		Se aborda la naturaleza jurídica de la tentativa, realiza una distinción de los tipos de tentativa y su relación en la determinación de la pena
2	¿Se realizó la motivación de la tentativa en la determinación de la pena por el juez?	X		Si se ha motivado la tentativa como acabado en el caso concreto y en función a ello se estableció la pena
3	¿Se distinguió a la tentativa acabada de la inacabada?	X		Si se distingue de manera clara la tentativa acabada e inacabada en la sentencia
4	¿Se realizó una motivación distinguiendo la tentativa acabada de la inacabada?	X		Si motiva la sentencia a partir de la distinción de los tipos de tentativa
5	¿Se estableció a la tentativa inacabada como una atenuante privilegiada?		X	No establece nada al respecto
6	¿Se estableció a la tentativa inacabada como causal de reducción de la punibilidad?		X	No establece nada al respecto
7	¿Se estableció a la tentativa acabada como una atenuante privilegiada?		X	No establece nada al respecto
8	¿Se estableció a la tentativa acabada como causal de reducción de la punibilidad?		X	No establece la naturaleza jurídica de la tentativa acabada en la determinación de la pena
9	¿El Juez fijó la pena en función a las atenuantes privilegiadas?		X	No establece ninguna circunstancia privilegiada de atenuación
10	¿El Juez fijó la pena en función a las causales de reducción de la punibilidad?		X	No establece a la tentativa como una circunstancia de reducción de la punibilidad, solo se realiza la reducción de manera prudencial, empero no fundamenta dicha reducción.

FICHA PARA EL ANÁLISIS DE SENTENCIAS

Sobre el tema: “La naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Huancavelica en el 2018”.

CASO 15

Datos Generales:

Expediente: 00295-2017-65-1101-JR-PE-04

Delito: Homicidio calificado en grado de tentativa

Número de resolución: Sentencia de vista N° 42-2018 Resolución N° 28

Fecha de sentencia: 27 de setiembre de 2018

Ítem	Aspecto evaluado	Si	No	Observaciones
1	¿Se abordó la naturaleza jurídica de la tentativa?	X		Se aborda la tentativa de manera somera como una circunstancia cualificada
2	¿Se realizó la motivación de la tentativa en la determinación de la pena por el juez?		X	En la sentencia de vista no existe ninguna motivación respecto a la naturaleza de la tentativa en la determinación de la pena en el caso concreto
3	¿Se distinguió a la tentativa acabada de la inacabada?		X	No expresa nada al respecto
4	¿Se realizó una motivación distinguiendo la tentativa acabada de la inacabada?		X	No existe motivación de la naturaleza a de la tentativa por tratarse de una sentencia de vista, cuyo extremo no fue materia de cuestionamiento
5	¿Se estableció a la tentativa inacabada como una atenuante privilegiada?		X	No establece el tipo de tentativa
6	¿Se estableció a la tentativa inacabada como causal de reducción de la punibilidad?		X	No establece nada al respecto
7	¿Se estableció a la tentativa acabada como una atenuante privilegiada?		X	No establece nada al respecto
8	¿Se estableció a la tentativa acabada como causal de reducción de la punibilidad?		X	No distingue si la tentativa en este caso es acabada o inacabada
9	¿El Juez fijó la pena en función a las atenuantes privilegiadas?		X	No se precisa si la reducción se realizó en función de considerar la tentativa como atenuante privilegiada o como causa de reducción de la punibilidad
10	¿El Juez fijó la pena en función a las causales de reducción de la punibilidad?		X	No precisa nada al respecto

Es unánime, que los jueces encargados de imponer sanciones penales en el Distrito Judicial de Huancavelica, en el momento de la determinación concreta de la pena, no realizan una diferenciación entre una tentativa acabada e inacabada, por un lado; como tampoco cumplen con motivar las sentencias resaltando, si en los supuestos de los delitos en grado de tentativa, a esta última, se considera como causal de reducción de punibilidad, o una atenuante privilegiada; en ocasiones, incluso, se confunden, al comprenderlo en ambos.

Además, los jueces encargados de administrar justicia penal en el momento del cálculo de la dosimetría penal específica en cada caso en concreto no se han pronunciado haciendo ninguna diferenciación entre: tentativa acabada o inacabada; y, por lo tanto, al no realizar dicha diferenciación, es obvio, que el justiciable no conoce en real dimensión la pena que se le impone por las consecuencias de su accionar; esto puede ser generado como consecuencia del contenido de las acusaciones fiscales, así como de las requisitorias orales que tampoco abordan los extremos de la tentativa que son de capital importancia para la imposición de una pena proporcional; por lo que, de los resultados antes analizados, nuestra hipótesis se encuentra probada.

4.3. Prueba de Hipótesis

Considerando que nuestras hipótesis planteadas fueron:

4.3.1. Hipótesis General

En el distrito judicial de Huancavelica se ha venido tratando de manera indistinta, considerando la tentativa como atenuante privilegiada y causa de reducción de la punibilidad.

Prueba de la hipótesis: De los resultados de las fichas de análisis de las 15 sentencias que se indican en los cuadros anteriores, los jueces de investigación preparatoria (en casos de terminación anticipada) y de juzgamiento, tratan de manera indistinta a la tentativa como una atenuante privilegiada o una causa de reducción de punibilidad; asimismo, no realizan una diferenciación -necesaria-

entre la tentativa inacabada y una tentativa acabada en sus resoluciones judiciales (sentencias); puesto, que no motivaron sus decisiones realizando tal precisión; y en otras, oportunidades realizan un tratamiento tanto como atenuante privilegiada y como causa de reducción de punibilidad, al mismo tiempo, sin considerar que estos dos institutos penales son distintos.

Lo anterior se solventa con los resultados de las encuestas aplicadas a los profesionales y operadores vinculados al sistema de justicia, entre ellos a los que tienen más contacto con los procesos judiciales de carácter penal: 21 abogados, 5 jueces y 26 fiscales, que se eligieron como muestra, en efecto se acreditó, que en el Distrito Judicial de Huancavelica, se han venido aplicando indistintamente a las dos formas de la tentativa: inacabada y acabada, y también tratándola como atenuante privilegiada y como causa de reducción o disminución de la punibilidad.

Mayor aún que, la jurisprudencia del órgano supremo de administración de justicia de nuestra nación tampoco tiene pronunciamientos uniformes que determinen si la tentativa es una atenuante privilegiada o una causa de disminución de la punibilidad, muestra de ello es que se han emitido pronunciamientos en uno y otro sentido; tal es el caso de: Casación N° 1083-2017 Arequipa, del 14 de agosto de 2018, Recurso de Nulidad N° 1430-2018 Junín, del 11 de febrero de 2019, y Casación N° 308-2018 Moquegua, del 5 de junio de 2019, que determinan la tentativa como una causal de disminución de la punibilidad; mientras que los pronunciamientos siguientes sostienen que la tentativa es una circunstancia atenuante privilegiada: Recurso de Nulidad N° 1138-2018 Lima Sur, del 11 de febrero de 2019, Recurso de Nulidad N° 2361-2018 Lima, del 26 de marzo de 2019, y Recurso de Nulidad N° 1218-2018 Pasco, del 16 de abril de 2019; debe aclararse que todos estos pronunciamientos judiciales son de la misma Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

Esta afirmación se consolida con el desarrollo de las siguientes hipótesis

4.3.2. Hipótesis específicas

- **Uno:** Debe considerarse a la tentativa inacabada como una atenuante privilegiada en la determinación de la pena por el juez. **Prueba de HE1:** de la investigación realizada, la información teórica y jurisprudencial recopilada y analizada, consideramos que la tentativa de forma general debe ser considerada una causa de reducción o de disminución de la punibilidad; por lo que, siendo coherentes con esta posición y compartiendo los fundamentos de la teoría mixta que justifican la punición de la misma, debemos considerar que la tentativa inacabada, al ser una forma de la tentativa en general, no debe ser considerada como una circunstancia atenuante privilegiada en la determinación de la pena por el juez, no habiendo podido comprobar la hipótesis específica en este extremo; por lo tanto, el mencionado tipo de tentativa debe ser considerado como causa de reducción de la punibilidad en tanto que es el hecho en sí el que quedó no terminado por causas ajenas o exteriores a la voluntad del agente que emprendió la comisión del hecho, y no una “circunstancia” que gravita alrededor del hecho; conclusión que nos lleva a determinar que en nuestra legislación no hay un margen restrictivo mínimo expreso que limite la discrecionalidad judicial al momento de la imposición de la pena concreta por tentativa inacabada, que necesariamente debe reglarse a fin que la decisión judicial no desborde los marcos punitivos mínimos establecidos por el legislador al momento de fijar la pena abstracta por el hecho sancionado, como advirtió la Suprema instancia en diversos pronunciamientos: Casación N° 1083-2017 Arequipa, Recurso de Nulidad N° 1138-2018 Lima Sur, y Recurso de Nulidad N° 2361-2018 Lima.

- **Dos:** debe considerarse a la tentativa acabada como una causa de reducción de la punibilidad en la determinación de la pena por el juez.

Prueba de HE2: de la investigación realizada, la información teórica y jurisprudencial recopilada y analizada, consideramos que la tentativa de forma general debe ser considerada una causa de reducción o de disminución de la punibilidad; por lo que, siendo coherentes con esta posición y compartiendo los fundamentos de la teoría mixta que justifican la punición de la misma, debemos considerar que la tentativa acabada, al ser una forma de la tentativa en general, debe ser considerada como una causa de contracción de la punibilidad en la determinación de la pena por el juez, habiendo comprobado la hipótesis específica en este extremo.

No obstante, la conclusión arribada nos lleva a determinar que en nuestra legislación no hay un margen restrictivo mínimo expreso que limite la discrecionalidad judicial al momento de la imposición de la pena concreta por tentativa conclusa o acabada, que necesariamente debe reglarse a fin que la decisión judicial no desborde los marcos punitivos mínimos establecidos por el legislador al momento de fijar la pena abstracta por el hecho sancionado, como advirtió la Suprema instancia en diversos pronunciamientos: Casación N° 1083-2017 Arequipa, Recurso de Nulidad N° 1138-2018 Lima Sur, y Recurso de Nulidad N° 2361-2018 Lima.

Conclusiones

1. En el 2018 en el Distrito Judicial de Huancavelica, en la fase de determinación de la pena concreta por los jueces, éstos han tratado de manera indistinta a la tentativa, como atenuante privilegiada y como causal de reducción de la punibilidad en sus sentencias sin ninguna justificación ni explicación, sin dar cumplimiento al primer párrafo del artículo 45-A del Código Penal: “Toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena”
2. De acuerdo al análisis realizado por la teoría mixta que fundamenta la sanción de la tentativa (acabada e inacabada), se debe considerar a ésta como una causa de reducción o disminución de la punibilidad, ya que la tentativa constituye el hecho delictivo mismo, que se sanciona, y este no puede ser una circunstancia que atenúe o agrave la responsabilidad penal.
3. En el 2018 en el Distrito Judicial de Huancavelica, en la fase de determinación de la pena por los jueces, no han realizado una diferenciación entre la tentativa acabada e inacabada en sus decisiones judiciales, solo se han limitado a considerar a la tentativa como tal de forma genérica, sin distinguir entre sus formas.
4. De las encuestas realizadas a los jueces, fiscales y abogados penalistas, se advierte que no existe uniformidad para determinar la naturaleza jurídica de la tentativa como atenuante privilegiada o como causal de reducción de la punibilidad.
5. Del análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema se advierte que no existe un pronunciamiento uniforme que determine si la tentativa constituye una atenuante privilegiada o una circunstancia de reducción de la punibilidad, toda vez que se ha emitido pronunciado en ambos sentidos: Casación N° 1083-2017 Arequipa, del 14 de agosto de 2018, Recurso de Nulidad N° 1430-2018 Junín, del 11 de febrero de 2019, y Casación N° 308-2018 Moquegua, del 5 de junio de 2019, que determinan la tentativa como una causal de disminución de la punibilidad; mientras que otros pronunciamientos sostienen que la

tentativa es una circunstancia atenuante privilegiada: Recurso de Nulidad N° 1138-2018 Lima Sur, del 11 de febrero de 2019, Recurso de Nulidad N° 2361-2018 Lima, del 26 de marzo de 2019, y Recurso de Nulidad N° 1218-2018 Pasco, del 16 de abril de 2019; todos los pronunciamientos son de la misma Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

6. En los casos donde se verifique la ejecución imperfecta de un delito, resulta indispensable que el fiscal diferencie entre tentativa acabada o inacabada, desde la fase inicial de la investigación fiscal (de ser posible y en forma progresiva), y con mayor precisión en los requerimientos acusatorios, para solicitar una pena acorde con la entidad del delito tentado, en observancia de los principios de proporcionalidad y lesividad, y así obtener un pronunciamiento judicial congruente con su requerimiento.
7. Los términos “reducirá prudencialmente la pena” que se tiene en el artículo 16 del Código Penal resulta ser genérico para la imposición de penas en caso de delitos tentados, circunstancia que produce: reducciones desproporcionadas de la pena, diversidad de interpretación por los distintos jueces, y falta de predictibilidad de los pronunciamientos judiciales en los delitos de imperfecta realización; por lo que, se debe formular una propuesta legislativa para regular el íntegro del procedimiento de imposición de las consecuencias jurídicas penales en casos de delitos tentados.

Recomendaciones

1. En los casos donde se presenten delitos en grado de tentativa, los jueces del distrito judicial de Huancavelica, deben distinguir en sus decisiones, expresamente a la tentativa (inacabada y acabada) como una causa de reducción de la punibilidad.
2. Para determinar la naturaleza jurídica de la tentativa (acabada e inacabada), se debe considerar que la tentativa constituye el hecho mismo o es lo que específicamente se sanciona y este no es una circunstancia que atenúe o agrave la responsabilidad penal.
3. Los jueces del distrito judicial de Huancavelica deben distinguir en sus decisiones donde imponen pena en casos de delitos imperfectos entre la tentativa inacabada y acabada, a fin de dar cumplimiento al primer párrafo del artículo 45-A del Código Penal.
4. La Academia de la Magistratura, los Colegios de Abogados, las Universidades y otras entidades vinculadas al ámbito académico del Derecho Penal deben realizar mayores actividades para difundir instituciones de la mencionada rama del Derecho, acentuando en las formas de la tentativa y en su naturaleza jurídica.
5. La Corte Suprema de Justicia debe uniformizar criterio respecto a la naturaleza jurídica de la tentativa como una causal de reducción de la punibilidad, mediante un precedente vinculante o Acuerdo Plenario, y de ser el caso propugnar un Pleno Casatorio para uniformizar su jurisprudencia y hacer predecible la misma.
6. Los fiscales desde los primeros actos de investigación y la investigación fomalizada deben contemplar -como parte de la imputación por un delito tentado-, el grado de desarrollo del delito frustrado: inacabado o acabado, y en la etapa intermedia -con la acusación- con mucha mayor razón, a fin de requerir una pena proporcionada y justificada para obtener, consecuentemente, un pronunciamiento judicial congruente.

7. Proponer que la Fiscalía de la Nación u otros entes con capacidad de iniciativa legal, realicen un proyecto de modificación legislativa del artículo 16 del Código Penal, en los siguientes términos:

Dice:

Artículo 16 del Código Penal:

En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo.

El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena.

Propuesta de modificación:

Artículo 16 del Código Penal:

En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, realizando en parte o en todo, los actos que objetivamente deberían producir el resultado, sin consumarlo.

El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena prevista para el delito, hasta en un tercio por debajo del mínimo legal en la tentativa acabada; y, hasta en una mitad por debajo del mínimo legal en la tentativa acabada.

Bibliografía

- Acevedo Zepeda , C., & Torres Figueroa, A. (2009). *Tesis: Determinación de la Pena en Chile*. Santiago - Chile: Universidad de Chile.
- Aguado De la Tuesta. (2004). *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*. Madrid - España.
- Aguilar Silva, Á. M., & Cango Miranda, C. M. (2015). *La determinación judicial de la pena por debajo del mínimo legal en la tentativa de delitos*. Trujillo - Perú: Universidad Nacional de Trujillo.
- Avalos Rodríguez, C. C. (2015). *Determinación de la pena por el juez - Nuevos Criterios*. Lima: Gaceta Pena y Procesal Penal.
- Bacigalupo Z., E. (1996). *Manual de Derecho Penal - Parte General*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Besio Hernández, M. (2011). *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*. Valencia - España: Tirant Lo Blanch.
- Busto Ramirez, J. (1984). *Manual de Derecho Penal español. Parte General*. Barcelona - España: Ariel.
- Carhuapoma Chavez, V. M. (2016). *Tesis: Los efectos de la tentativa como atenuante privilegiada para la determinación de la pena según el Código Penal Peruano*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Castillo Alva, J. L. (2014). *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*. Lima: Grijley E.I.R.L.
- Castillo Lira, G. (2018). *Jurisprudencia seleccionada sobre la determinación de la pena e investigación preliminar*. Lima: Editorial Nomos & Thesis EIRL.
- Cobo Del Rosal, M., & Vives Anton, T. S. (1990). *Derecho Penal Parte General*. Valencia - España: Tirant Lo Blanch.
- Código Penal. (26 de noviembre de 2019). Decreto Legislativo N° 635 - Sistema Peruano de Información Jurídica.
- Código Penal de Argentina. (junio de 2019). Ley N° 11179. Argentina. Obtenido de <http://editorial.jusbaires.gob.ar/libro/descargar/26/pdf>

Código Penal de Chile. (26 de julio de 2019). Ley 21170. Chile. Obtenido de <https://www.leychile.cl/N?i=1984&f=2019-07-26&p=>

Código Penal de Colombia. (22 de noviembre de 2019). Ley 599 de 2000. Colombia. Obtenido de secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

Código Penal de España. (2 de marzo de 2019). Ley Orgánica 10/1995. España. Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

Cornejo Pisfil, Á. G. (2015). *Derecho Penal Elemental: Parte General*. Lima: Pacifico Editores.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Casación N° 1020-2017 Lima. (21 de noviembre de 2018).

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Casación N° 1083-2017 Arequipa. (14 de agosto de 2018).

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Casación N° 1218-2018 Pasco. (16 de abril de 2019).

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Casación N° 13-2011 Arequipa. (13 de marzo de 2012).

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Casación N° 14-2015 Ucayali. (14 de junio de 2016).

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Casación N° 308-2018 Moquegua. (5 de junio de 2019).

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 101-2018 Lima. (23 de octubre de 2018).

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 1138-2018 Lima Sur. (11 de febrero de 2019).

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 1165-2018 Lima. (25 de marzo de 2019).

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 1430-2018 Junín. (11 de febrero de 2019).

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 1945-2009 Arequipa. (20 de mayo de 2010).

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 2361-2018 Lima. (26 de marzo de 2019).

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 2528-2010 Junín. (17 de enero de 2011).

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 2671-2017 Lima. (2 de octubre de 2018).

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 324-2017 Apurímac. (12 de setiembre de 2017).

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 3778-2009 Cusco. (20 de enero de 2010).

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 626-2019 Lima. (27 de agosto de 2019).

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 800-2017 Junín. (3 de octubre de 2017).

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, Casación N° 440-2017 Santa. (10 de mayo de 2019).

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, Casación N° 66-2017 Junín. (18 de junio de 2019).

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad N° 102-2005 Lima. (11 de abril de 2005).

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad N° 1376-2018 Lima Norte. (1 de abril de 2019).

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad N° 1884-2014 Lima Norte. (12 de octubre de 2015).

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad N° 2672-2017 Lima Sur. (20 de noviembre de 2018).

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad N° 815-2013 Lima Sur. (21 de enero de 2014).

Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad N° 174-2016 Lima. (15 de junio de 2017).

Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad N° 2166-2008 Lima. (24 de junio de 2008).

- Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad N° 2907-2007 Apurímac. (21 de enero de 2008).
- Corte Suprema de Justicia, VI Pleno Jurisdiccional da las Salas Penales Permanente y Transitorias, Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116. (16 de noviembre de 2010).
- Creus, C. (1992). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Demetrio Crespo, E. (2015). *Determinación Judicial Penal*. Lima: Instituto Pacifico.
- Estrella Ruíz, M. (s.f.). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Cádiz.
- Garcia Cavero, P. (2008). *Lecciones de Derecho Penal - Parte General*. Lima: Jurista editores.
- García Ramírez, S. (1990). *Derecho Penal* (Primera edición ed.). México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Guevara Vásquez, I. P. (2014). *Tópico Jurídico Penal (Selección de tópicos de filosofía jurídico penal y dere-cho penal peruano)*. Lima: Ideas Solución Editorial SAC.
- Hurtado Pozo, J., & Prado Saldarriaga, V. R. (2011). *Manual de Derecho Penal - Parte General* (Cuarta edición ed., Vol. II). Lima - Perú: IDEMSA.
- Hurtado Pozo, J., & Prado Saldarriaga, V. R. (2011). *Manual de Derecho Penal - Parte General (4ta Edición Tomo I)*. Lima - Perú: IDEMSA.
- Jimbo Manzanillas, A. M. (2011). *Tesis: El Principio de Proporcionalidad entre Delitos y Penas en el Ecuador*. Loja - Ecuador : Universidad Tecnica Particular de Loja .
- Johannes, W., Werner, B., & Helmut , S. (2018). *Drecho Penal Parte General - El delito y su estructura*. Lima: Pacifico Editores.
- Johannes, W., Werner, B., & Helmut, S. (2018). *Derecho Penal Parte General - El delito y su estructura*. Lima: Pacífico Editores.
- Llorens Carrasco, R. A. (2005). *Tesis: Proporcionalidad de las penas en el Derecho penal Chileno*. Valdivia - Chile : Universidad Austral de Chile.
- Marcone Morello, J. (1994). *Los Caminos del Crimen El "Iter Criminis" en el Derecho Penal*. Lima: Monterrico S.A.

- Martínez Escamilla, M., Martín Lorenzo, M., & Valle Mariscal Mariscal de Gante, M. (2012). *Derecho Penal Introducción Teoría Jurídica del Delito*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Mendoza Ayma, F. C. (2015). *Presupuesto Acusatorio Determinación e individualización de la Pena*. Lima: Jurista Editores.
- Mir Puig, S. (2006). *Derecho Penal Parte General*. Barcelona - España: Editorial Repertor.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2010). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2010). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2015). *Derecho Penal Parte General Quinta Edición Tomo II*. Lima: IDEMSA.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2017). *Derecho Penal - Parte General* (Sexta ed., Vol. I). Lima: IDEMSA.
- Politoff L., S., Matus A., J. P., & Ramírez G., M. C. (2004). *Lecciones de Derecho Penal Chileno - Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Poma Valdivieso, F. d. (2013). *Tesis: Individualización judicial de la pena y su relación con la libertad y el debido proceso a la luz de la jurisprudencia*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Prado Saldarriaga, V. R. (2010). *Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios*. Lima: IDEMSA.
- Prado Saldarriaga, V. R. (2015). *Determinación Judicial de la Pena*. Lima - Perú: Pacífico Editores.
- Prado Saldarriaga, V. R. (2017). *Delitos y Penas – Una aproximación a la Parte Especial*. Lima: Ideas Soluciones .
- Proyecto de Nuevo Código Penal. (24 de mayo de 2017). Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de la República recaída en los proyectos de Ley N° 163/2011-CR y otros de fecha 26 de mayo de 2016. Obtenido de gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/img_bol08/PROYECTO-DEL-CODIGO-PENAL.pdf
- Ramos Núñez, C. (2007). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

- Reategui Sanchez, J. (2016). *Tratado de Derecho Penal Parte General (Vol. 3)*. Lima: Ediciones Legales E.I.R.L.
- Reátegui Sánchez, J. (2016). *Tratado de Derecho Penal Parte General (Vol. 3)*. Lima: Ediciones Legales E.I.R.L.
- Regui, E. (2008). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: LexisNexis Argentina S.A.
- Reyna Alfaro, L. (2018). *Derecho Penal Parte General 2da Edición*. Lima - Perú: IUSTITIA.
- Ruiz de Erechun Arteché, E. (2005). *El sistemas de penas y las reglas de deterinaición de la pena tras las reformas del Codigo Penal de 2003, 2da edición*. Navarra - España: Thomson-Aranzadi.
- Sentencia del caso Constantino Palomino Reynoso, Expediente N° 08439-2013-PHC/TC (2013).
- Silva Sánchez, J. M. (2018). <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/78588/102664>.
Obtenido de <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/78588/102664>:
<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/78588/102664>
- Valderrama Mayta, V. (2016). *Tesis: La determinación judicial de la pena de acuerdo al artículo 45-A del Código Penal y el Principio de Proporcionalidad*. Cusco - Perú: Universidad Andina del Cusco.
- Villa Stein, J. (2008). *Derecho Penal - Parte General*. Lima: GRIJLEY.
- Villa Stein, J. (2014). *Derecho Penal - Parte General*. Lima: ARA Editores.
- Villavicencio Terreros, F. (2017). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Editora Grijley E.I.R.L.
- Welzel, H. (1976). *Derecho Penal Aleman. Parte General . 1°. Edición. 2da edición castellana. Traducido del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yanez Pérez*. Chile : Editorial Juridica de Chile.
- Zaffaroni, E. R. (2002). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Flnanciera.
- Zaffaroni, R. E. (2002). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Flnanciera.

Anexos

Anexo 1: Matriz de consistencia:

La naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Huancavelica en el año 2018.

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES Y DIMENSIONES	METODOLOGÍA
<p>General: ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Huancavelica en el año 2018?</p> <p>Específicos: ¿Debe considerarse a la <u>tentativa inacabada</u> como atenuante privilegiada en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Huancavelica en el año 2018?</p> <p>¿Debe considerarse a la <u>tentativa acabada</u> como causa de reducción de punibilidad en la determinación judicial de la pena en el distrito</p>	<p>General Determinar la naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena.</p> <p>Específicos Explicar por qué la tentativa inacabada debe ser considerada como una atenuante privilegiada en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Huancavelica en el año 2018.</p> <p>Explicar porque la tentativa acabada debe ser considerada como una causa de reducción de la punibilidad en la determinación judicial de la pena en el distrito</p>	<p>General En el distrito judicial de Huancavelica se ha venido tratando de manera indistinta, considerando la tentativa como atenuante privilegiada y causa de reducción de la punibilidad.</p> <p>Específicas Debe considerarse a la tentativa inacabada como una atenuante privilegiada en la determinación de la pena por el juez.</p> <p>Debe considerarse a la tentativa acabada como una causa de reducción de la punibilidad en la</p>	<p>Variable Independiente (x) • La determinación judicial de la pena.</p> <p>Indicadores ✓ Justificación de las premisas. ✓ Coherencia argumentativa. ✓ Justificación jurídica.</p> <p>Variables Dependiente (Y) La tentativa inacabada como circunstancia privilegiada de atenuación. La tentativa acabada como causa de</p>	<p>Método de Investigación Inductivo - Deductivo</p> <p>Método Específico Exegético Dogmático</p> <p>Tipo de Investigación No experimental correlacional Funcional</p> <p>Nivel de Investigación Explicativo</p> <p>Diseño de Investigación</p> <div style="text-align: center;"> <pre> graph TD M --> r r --> O1 r --> O2 </pre> </div> <p>Población: Sentencias emitidas por delitos en grado de tentativa en el Distrito Judicial de Huancavelica durante el 2018 (jueces de investigación</p>

<p>judicial de Huancavelica en el año 2018?</p>	<p>judicial de Huancavelica en el año 2018.</p>	<p>determinación de la pena por el juez.</p>	<p>reducción de la punibilidad.</p> <p>Indicadores</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Estudio doctrinario ✓ Estudio de casos (sentencias) 	<p>preparatoria, penales y superiores de la sala penal de la CSJHvca)</p> <p>Muestra: Probabilístico aleatorio (para las sentencias) y de elección libre (para jueces, fiscales y abogados)</p> <p>Técnica de recolección de datos: Revisión de sentencias (instrumento: lista de cotejos) y Encuesta (para jueces, fiscales y abogados)</p> <p>Técnica de Procesamiento de Datos: Utilización del programa SPSS 25 y alfa de Cronbach, y Tablas y cuadros en hoja de cálculo.</p>
---	---	--	--	---