



DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA Y CAUSALES DE DISMINUCIÓN DE PUNIBILIDAD

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

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, dieciocho de junio de dos mil diecinueve

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

Intervino como ponente la jueza suprema **CASTAÑEDA OTSU.**

CONSIDERANDO

HECHOS OBJETO DEL PROCESO PENAL

PRIMERO. El fiscal provincial en la acusación (foja 48) atribuyó a Rafael Gaspar Córdova, que el tres de setiembre de dos mil quince, a las veintitrés horas aproximadamente, cuando Anderson Felipe Gálvez se encontraba en la intersección del jr. Narciso Poma y la av. Torre Tagle s/n, Azampa, distrito de Chilca, Huancayo, en dirección a su domicilio, observó que el citado Gaspar Córdova y Lino Florián Guzmán Ramos –quienes habían libado licor desde horas antes– venían en sentido contrario, cuando este último lo tomó por el cuello, mientras que Gaspar Córdova lo amenazó con un cuchillo en la espalda, le rebuscó en los bolsillos y le dijo “ya perdiste”. Ante este hecho de violencia, el agraviado opuso resistencia y pidió auxilio a sus amigos, quienes se encontraban a una cuadra del lugar, lo que motivó que los acusados empezaran a correr, pero Gaspar Córdova se cayó y fue capturado, por lo que no se consumó el robo.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

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

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

2.2. Al inicio del juicio oral, el fiscal provincial, Gaspar Córdova y su defensa, el llegaron a un acuerdo de conclusión anticipada, el cual fue aprobado parcialmente, respecto a la aceptación de los cargos y responsabilidad civil. Es así que por sentencia del veintiuno de enero de dos mil dieciséis (foja 121), el Juzgado Penal Colegiado de Huancayo, lo condenó como coautor del

mencionado delito y fijó en cuatrocientos soles la reparación civil a favor del agraviado. Mediante sentencia del veinticuatro de febrero del mismo año, se impuso a Gaspar Córdova ocho años de pena privativa de libertad. Absolvió a Lino Florián Guzmán Ramos de la acusación fiscal (foja 161).

2.3. La sentencia fue impugnada por el fiscal provincial y su defensa, apelación que fue concedida el cuatro de marzo del mismo año (foja 229).

2.4. La Sala Penal de Apelaciones, el veintisiete de setiembre de dos mil dieciséis, por mayoría revocó la sentencia y reformó la pena impuesta, y que fijó en seis años, diez meses y nueve días. Por unanimidad confirmó la absolución de Guzmán Ramos (foja 260).

2.5. El doce de octubre del mismo año, su defensa interpuso recurso de casación, que es materia de la presente ejecutoria suprema.

SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO Y ÁMBITO DE PRONUNCIAMIENTO

TERCERO. La defensa de Gaspar Córdova interpuso casación excepcional, conforme al inciso 4, artículo 427, del CPP (foja 281). Invocó como causal de procedencia la prevista en el inciso 1, artículo 429, del acotado Código, relativo a la casación constitucional. Además, propuso como tema de desarrollo de doctrina jurisprudencial, que se deben seguir los lineamientos de la Casación N.º 335-2015 del Santa¹ y se aplique el artículo 29 del CP.

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

¹ Cuyo fundamento invocado está referido en exclusividad a los casos de violación sexual de menores, lo que este Supremo Tribunal estimó erróneo.

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

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

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO

SOBRE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

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

En esa perspectiva, la aplicación de las sanciones penales, debe guardar una equivalencia razonable, en sus dimensiones cualitativas o cuantitativas, con la magnitud del daño ocasionado y la trascendencia del bien jurídico lesionado². Es por ello, que deben ser impuestas con base en los principios de responsabilidad, proporcionalidad y racionalidad, pues el derecho a la libertad personal puede restringirse por una pena bien aplicada, más no cuando, la misma sea una excesiva o errada³.

² PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios*. Lima: Idemsa, 2010, p. 128. Sostiene además que alude a un procedimiento técnico y valorativo cuya función esencial es servir al órgano jurisdiccional para llevar a cabo la individualización de los castigos penales. Del mismo autor, *La dosimetría del castigo penal. Modelos, reglas y procedimientos*, Lima: Ideas Solución, 2018, p. 188.

³ STC N.º 08439-2013-PHC/TC.

OCTAVO. En relación con la determinación judicial de la pena, se han emitido diversos acuerdos plenarios y casaciones, entre ellos, el Acuerdo Plenario N.º 4-2009/CJ-116⁴, según el cual, constituye un procedimiento técnico y valorativo regulado por el CP, en cuya apreciación se debe considerar los hechos y circunstancias que la rodean. En el artículo 45 del CP, se establecen los criterios de fundamentación y determinación de la pena, mientras que las circunstancias tienen como función esencial ayudar a la medición judicial de la intensidad de un delito y a la decisión sobre la calidad o extensión del castigo que aquel se merece, las que pueden ser circunstancias atenuantes y agravantes⁵.

Por lo que, primero se recurre a los citados criterios y luego se debe observar la concurrencia de tales circunstancias, las cuales se encuentran previstas en el artículo 46 del CP. Además, debe verificarse la concurrencia de otras reglas que afecten la construcción o extensión de la pena básica o concreta, como son las denominadas causales de disminución o incremento de punibilidad y las reglas de reducción punitiva por bonificación procesal.

NOVENO. Asimismo, el Código Penal prevé circunstancias agravantes y atenuantes específicas⁶, que son aquellas que se encuentran adscritas a determinados delitos de la parte especial del Código acotado, y para las cuales, la ley establece escalas punitivas conminadas de diferente extensión y

⁴ Del 13 de noviembre de 2009. Asunto: determinación judicial de la pena y concurso real de delitos, fj.15

⁵ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Ob. cit.*, pp. 193-196. Según el Acuerdo Plenario N.º 1-2008/CJ-116, sobre Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena, se denominan circunstancias atenuantes y agravantes, a aquellos factores objetivos o subjetivos que influyen en la medición de la intensidad del delito (antijuridicidad o culpabilidad), haciéndolo más o menos grave; cuya función principal es coadyuvar a la graduación del *quantum* de pena aplicable al hecho punible cometido.

⁶ Acuerdo Plenario N.º 2-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010. Asunto: concurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto grado o nivel y determinación judicial de la pena.

gravedad. Es el caso por ejemplo, de las circunstancias agravantes establecidas en el catálogo del artículo 189 del CP⁷.

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

DECIMOPRIMERO. Este Supremo Tribunal considera que la tentativa (artículo 16 del CP), responsabilidad restringida por la edad (artículo 22 del CP), responsabilidad restringida por la eximentes imperfectas de responsabilidad penal (artículo 20 del CP), el error de prohibición vencible (artículo 14 del CP), error de prohibición culturalmente condicionado vencible (artículo 15 del CP) y la complicidad secundaria (artículo 25 del CP), son causales de disminución de punibilidad, y no circunstancias atenuantes privilegiadas⁸.

⁷ Actualmente, se encuentran reguladas de forma ascendente hasta tres grados o niveles de circunstancias agravantes. El primer párrafo, del artículo 189, del CP consigna 8 agravantes que oscilan con una pena privativa de libertad no menor de doce ni mayor de veinte años. En el segundo párrafo detalla cuatro agravantes, con una pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años. Y, finalmente, en su tercer párrafo, establece que la pena será de cadena perpetua cuando el agente en calidad de integrante de una organización criminal, como consecuencia del hecho, produce la muerte de la víctima o le causa lesiones graves a su integridad física o mental.

⁸ Cuando se configura una circunstancia atenuante privilegiada, lo que varía de modo descendente es el mínimo legal original que será sustituido por un nuevo e inferior. Sin embargo no existe de momento en la legislación penal vigente ninguna circunstancia atenuante privilegiada. Las causales de disminución de punibilidad y las de reducción punitiva por bonificación procesal, no tienen la calidad ni eficacia de estas atenuantes. Si bien posibilitan una penalidad por debajo del mínimo legal su naturaleza y utilidad jurídica, así como su oportunidad operativa son muy distintas. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal*. Lima: IDEMSA, p. 234. En la Casación N.º 1083-2017-Arequipa, se señaló que la tentativa es una causa de disminución de punibilidad, no es una atenuante privilegiada.

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

Con relación a un delito tentado, el artículo 16 del CP faculta al juez a disminuir "prudencialmente" la sanción. A efectos de determinar hasta cuánto es posible rebajar la pena en estos casos, este Supremo Tribunal ha dejado sentado que debe ser necesariamente por debajo del mínimo legal, hasta en una tercera parte del marco penal, conforme con los presupuestos de dosificación⁹.

En este punto, se considera que la parte especial del Código Penal regula la sanción de conductas consumadas, en que se produce la efectiva lesión al bien jurídico. Y que, en efecto no se puede equiparar una conducta consumada con un intento de delito. Es por ello que, en aplicación del principio de proporcionalidad, para la determinación judicial de la pena en casos de tentativa, no resultan aplicables las reglas de los tercios previstas en el artículo 45-A del CP, cuya redacción y sentido ontológico es para los casos de las penas previstas en la parte especial¹⁰.

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

Al respecto, cuando se está ante una causal de disminución de la punibilidad en los supuestos de los artículos 21 y 22 del CP –son eximentes imperfectas–, por su propia función, la disminución debe operar por debajo del mínimo de la

⁹ Recurso de Nulidad N.º 154-2016-Áncash, del 29 de abril de 2019.

¹⁰ Como así también se concluyó en la Casación N.º 1083-2017-Arequipa.

pena legalmente establecida. Debe interpretarse el precepto como una regla en que si se presenta tal situación, puede hacerlo en un ámbito discrecional, sin dejar de considerar el principio de proporcionalidad.

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

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

El legislador como política criminal ha establecido un listado de delitos –entre ellos, el robo con agravantes– en los cuales, el juez no debería aplicar esta rebaja de pena, por razones de edad. Sin embargo, la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N.º 4-2016/CIJ-116, dejó establecido que las exclusiones contenidas en el referido dispositivo legal son inconstitucionales, por afectar el principio-derecho a la igualdad, reconocido en el inciso 2, artículo 2, de la Constitución Política¹¹.

DECIMOSEXTO. Ahora bien, en los considerandos precedentes se han revisado

¹¹ Del 12 de junio de 2017. Asunto: alcances de las restricciones legales en materia de imputabilidad relativa y confesión sincera.

La línea jurisprudencial fijada en este acuerdo, es reafirmada en otras decisiones, como la Casación N.º 1672-2017/PUNO.

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

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

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

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

DECIMOCTAVO. En conclusión, respecto al tema formulado para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, en el literal a, inciso 3, del artículo 45-A, del CP,

¹² Del 18 de julio de 2008. Asunto: nuevos alcances de la conclusión anticipada.

se menciona las circunstancias atenuantes privilegiadas, pero no se hace una referencia explícita de ellas. Y por esta razón, no puede establecerse un cómputo a seguir para fijar el nuevo mínimo sobre el cual debe calcularse la pena concreta.

ANÁLISIS DEL CASO

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

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

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

Finalmente, se recurrió a criterios de gravedad del injusto, perjuicio ocasionado a la víctima y al principio de proporcionalidad, determinó la pena concreta en nueve años con cuatro meses. Y por tratarse de una conclusión anticipada,

disminuyó la pena en un sétimo (un año y cuatro meses), y quedó en ocho años de privación de libertad.

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

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

Al respecto, conforme se ha desarrollado en el considerando decimoprimer, el Código Penal no prevé circunstancias privilegiadas atenuantes, por lo que, en este extremo no se puede amparar lo manifestado por la defensa.

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

VIGESIMOCUARTO. En consideración a la concurrencia de las mencionadas causales de disminución de punibilidad que se presentan en este suceso criminal, la sanción a imponerse se determina por debajo del mínimo legal

que, para el delito de robo con agravantes, es de doce años de pena privativa de libertad. Con base en el principio de proporcionalidad, corresponde disminuir prudencialmente la pena por cada causal de disminución de punibilidad: tres años por la tentativa, un año y diez meses por la edad; y, un año por el estado de ebriedad. Lo que determina como pena concreta, cinco años y diez meses de privación de libertad. Asimismo, se disminuye un sétimo por bonificación procesal (conclusión anticipada); por lo que, corresponde una pena privativa de libertad pena de cinco años.

Por otro lado se precisa, que al haber sido absuelto Lino Florián Guzmán Ramos, la condición de Gaspar Córdova, es la de autor y no de coautor como se indica en la sentencia de primera instancia y la de vista.

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

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

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



- II. **CASAR** la sentencia de vista y la declararon **NULA** en el extremo de la pena impuesta, y actuando en sede de Instancia, **REVOCARON** la pena de seis años, diez meses y nueve días impuesta por el Juzgado Penal Colegiado de Huancayo, y **REFORMÁNDOLA** le impusieron **CINCO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD**, que se computará desde su captura.
- III. **DISPONER** que se remita el expediente a la Sala Penal de Apelaciones de origen para su debido cumplimiento, y se publique la presente sentencia en la página web del Poder Judicial.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

QUINTANILLA CHACÓN

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

SYCO/rbb

EL VOTO SINGULAR DEL JUEZ SUPREMO PRADO SALDARRIAGA ES COMO SIGUE:

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

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

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

1.1. El **artículo 45º** regula un conjunto de presupuestos ideológicos y de políticas de gestión de casos que el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta para la fundamentación y determinación de las penas en situaciones especiales por la calidad del autor o partícipe del delito o por las necesidades de justicia que corresponden a las víctimas directas o mediatas de un hecho punible. Esta disposición ha sido objeto de dos modificaciones. La primera generada por la Ley 30076 incorporó como un presupuesto adicional en el **literal a** que el agente al cometer el delito haya hecho “abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función que ocupe en la sociedad”. Y, la segunda, derivada de la Ley 30364 afectó la redacción original del **literal c** que ahora considera también, respecto de la víctima, “la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad”.

- 1.2.** Luego, en el **artículo 45° A**, se ha diseñado un procedimiento operativo básico que permite construir técnicamente la pena aplicable al autor o partícipe culpable de un hecho punible. Por tanto, esta disposición legal tiene como función principal regular las etapas que debe transitar el Juez para realizar de modo ordenado y coherente la dosimetría de los castigos penales únicamente en delitos que no poseen circunstancias agravantes o atenuantes propias o específicas.
- 1.3.** Finalmente, el **artículo 46°** contiene dos catálogos donde se identifican circunstancias genéricas de atenuación y agravación. Así, en el inciso 1 se describen ocho circunstancias atenuantes genéricas. Por su parte, el inciso 2 menciona catorce circunstancias agravantes genéricas.

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

II. Problemas hermenéuticos frecuentes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Noveno. Las **reglas de reducción por bonificación procesal** son premios o recompensas que inciden en la pena concreta, previamente determinada por el juez en base a las circunstancias del caso, reduciendo porcentualmente su extensión. Se justifican por la eficacia motivadora que ejercen para generar efectos de abreviación de la actividad procesal que demanda el caso *sub judice* o de una conducta proactiva de colaboración con la administración de justicia que ejerce el autor o partícipe de un delito. Generalmente su ubicación normativa se detecta siempre en los Códigos o normas procesales. Actualmente, en el derecho nacional tienen la condición de reglas de reducción por bonificación procesal los siguientes supuestos:

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

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

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

Decimosegundo. De allí, pues, que resulte confusa a la vez que técnicamente incorrecta, la redacción del artículo 161 del Código Procesal Penal vigente, que trata de los efectos reductores de la pena concreta en supuestos de confesión sincera. Efectivamente, la citada disposición señala: **“El juez puede disminuir prudencialmente la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo**

legal, si se cumplen los presupuestos establecidos en el artículo 160º". En todo caso, debe interpretarse dicha disposición como un límite a las posibilidades de reducción del resultado punitivo o pena concreta que tiene el Juez y no de la pena conminada o de la pena básica. Esto es, el órgano jurisdiccional, según los casos, luego de aplicar la reducción porcentual autorizada por la ley sobre la pena concreta, puede llegar a obtener un resultado punitivo final que en ningún caso puede ser mayor al equivalente a una tercera parte del mínimo legal de la pena conminada para el delito.

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

Decimocuarto. Por consiguiente, pues, en todos los casos citados debe entenderse que la reducción operará siempre después de que se fije una pena concreta, aunque los alcances finales de la misma arrojen un resultado cuantitativo que sea inferior al mínimo de la pena conminada para el delito objeto de condena. Esto es trascendente, pues, como ya se ha señalado, los efectos y la oportunidad operativa de las reglas de reducción por bonificación

procesal no son los mismos que aquellos que corresponden a las atenuantes genéricas. Estas últimas operarían dentro del procedimiento de determinación de la pena, mientras que, las primeras sólo cuando este haya concluido.

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

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

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

Decimoséptimo. Sin embargo, se han formulado cuestionamientos y dudas acerca de si dicha praxis de dosificación punitiva es técnicamente legal y justa.

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

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

no, sin que el delito desaparezca en su forma normal, teniendo por ello carácter eventual” (Francesco ANTOLLISEI. Manual de Derecho Penal. Parte General. Uteha Argentina. Buenos Aires.1960., p. 319).

Decimonoveno. En el mismo sentido se ha sostenido que: “El delito que presenta una o varias circunstancias se denomina delito circunstanciado, y se distingue del delito simple por cuanto contiene uno o varios elementos accidentales que se agregan a la estructura de este, **de suyo ya perfecta**. Así, pues, las circunstancias constituyen siempre algo que está por demás con respecto a los elementos del delito simple, y, por lo mismo, no existen circunstancias que sustituyan los elementos constitutivos del delito, porque, sea que los sustituyan como equivalentes, sea que hagan cambiar el modelo criminoso, se trata siempre de elementos constitutivos del delito, de cuya estructura entran a formar parte, y no de circunstancias. Puesto que para que exista una circunstancia es suficiente que se dé una modificación de la entidad del delito ya perfecto en su estructura y, consiguientemente, una modificación de la cantidad o de la calidad de la pena establecida para el delito simple, siempre que se conserven tales características, es indiferente tanto en el momento de manifestación de la circunstancia, como su modo de actuar“(Cfr. Silvio RANIERI. Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte General. Editorial Temis. Bogotá. 1975, p.3).

Vigésimo. En atención, pues, a las consideraciones expuestas, cabe sostener que la tentativa de un delito de robo o su realización por un agente mayor de 18 y menor de 21 años de edad; o por quien actuó en estado de ebriedad relativa, según la legislación vigente impiden, en principio, la operatividad y eficacia de cualquier circunstancia específica; e, incluso, de ser el caso, de circunstancias genéricas concurrentes. La explicación de esta ineficacia de las circunstancias radica en que, como ya se ha mencionado, por ser estas periféricas al hecho

punible ellas requieren para funcionar, necesariamente, de delitos consumados o de estructura perfecta. Además, de que las mismas no autorizan aplicar una pena por debajo del mínimo legal establecido en la penalidad conminada. Esta lectura hermenéutica, además, resulta, compatible con la también ya aludida exigencia de que la penalidad legal que contempla el artículo 189 del Código Penal, en cada uno de sus bloques de circunstancias, sólo puede ser aplicable **“si el robo es cometido”** (entiéndase delito consumado por un sujeto totalmente imputable).

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

Si se considera que una circunstancia debe hallarse presente en el momento en que el reo actúa y poderse referir a su conducta para que pueda serle imputada, la solución del problema no presenta dificultades. Puede, por tanto, afirmarse que todas las circunstancias perjudican o favorecen al autor de la tentativa, excluidas aquellas que consisten en una actividad que tampoco en parte ha sido puesta en ejecución y las que por su naturaleza presuponen necesariamente la acaecida consumación del delito. En consecuencia, en el caso frecuente de que un hurto haya sido interrumpido por la presencia de los agentes de la fuerza pública, mientras el autor estaba fracturando la puerta del edificio, responderá este de tentativa de hurto agravado conforme al número 2º del artículo 625 del Código Penal. Por el contrario, no se aplicará la agravante del número 1 del mismo artículo si la interrupción de la operación delictiva ha sucedido

antes de que el ladrón se haya introducido en la habitación ajena” (Francesco ANTOLISEI. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit., p. 366).

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

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

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

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

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

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

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

VI. Evaluación del caso recurrido

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

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

Vigesimosexto. Ahora bien, aplicando los razonamientos antes expuestos y en vías de corrección sobre la pena impuesta, es de precisar que la pena que corresponde imponer debe, en primer lugar, tomar en cuenta las reglas, efectos punitivos y el esquema operativo que para la tentativa y la imputabilidad disminuida por actuar en ebriedad relativa o por la edad del agente se regulan en los artículos 16, 21 y 22 del Código Penal, respectivamente. Lo que implica buscar y decidir un primer resultado punitivo “disminuyendo prudencialmente la pena” por debajo del mínimo legal del delito que se intentó consumar y que en el caso *sub judice* fue el de robo, cuya penalidad conminada tiene un mínimo de tres años. Pero luego, en segundo lugar, se deben añadir a ese resultado punitivo inicial, los efectos de mayor penalidad que aportan las agravantes específicas presentes durante la ejecución de la tentativa de robo y que por ser de naturaleza antecedentes a la consumación de dicho delito (apoderamiento), son compatibles con aquella. Sólo luego de obtener este segundo resultado punitivo en será posible aplicar sobre el mismo la reducción correspondiente a



la bonificación procesal por conclusión anticipada de la audiencia en los márgenes que ha establecido el Acuerdo Plenario 5-2008/CJ-116.

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

SS.

PRADO SALDARRIAGA