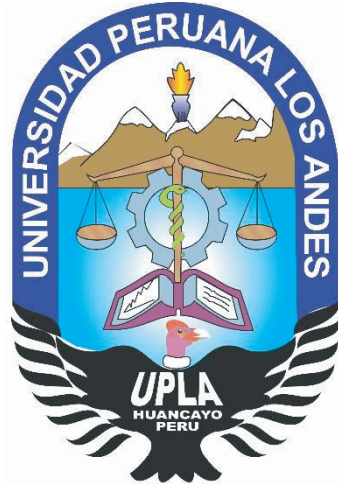


UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela Profesional de Derecho



TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

**TITULO : EXPEDIENTE JUDICIAL PROCESO PENAL
EXP. 03264-2015-94-1501-JR-PE-02**

PARA OPTAR : EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR : BACH. OSCAR LINDOLFO LIÑAN GARECA

LÍNEA DE INV. : DERECHO PENAL

AREA DE INVEST. : DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

LUGAR O INST DE INVEST. : CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

HUANCAYO -PERU

2020

DEDICATORIA:

A mi padre, amigo, y gran consejero, quien con sus sabias palabras hicieron posible el cumplimiento de la meta que siempre me propuse.

A mi familia por apoyarme siempre en todo momento y de forma incondicional en cada momento y en los tiempos que siempre lo he necesitado.

AGRADECIMIENTO

Agradecer a todas las personas quienes se involucraron en este reto de culminar el presente trabajo de investigación, por apoyarnos de forma constante, con lo que se ha requerido para la culminación del presente trabajo de investigación.

CONTENIDO

DEDICATORIA:	2
AGRADECIMIENTO	3
1 INTRODUCCIÓN	5
2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	7
2.1 Descripción del problema.	7
2.2 Delimitación del problema: espacial, temporal y conceptual.	9
2.2.1 Delimitación espacial	9
2.2.2 Delimitación temporal	9
2.2.3 Delimitación conceptual	9
2.3 Formulación del problema	9
2.3.1 Problema general	9
2.3.2 Problemas específicos	9
3 Marco teórico.	10
3.1 Determinación judicial de la pena.	10
3.2 Sistema peruano de determinación judicial de pena con base a márgenes de discrecionalidad judicial.	10
3.2.2 Pautas para la individualización judicial de pena.	14
3.2.3 Circunstancias atenuantes privilegiadas.	14
3.2.4 Casos específicos de individualización judicial de pena.	18
4 Objetivos	22
4.1 Objetivo general	22
4.2 Objetivo específico	22
5 Contenido	22
5.1 Procedimientos (Legales, técnicos y teórico)	22
5.1.1 Etapa de la etapa de formalización de investigación preparatoria.	22
5.1.2 Etapa de control de acusación o etapa intermedia.	23
5.1.3 Etapa de juzgamiento en la primera instancia.	24
5.1.4 Apelación de sentencia	29
5.1.5 Sentencia de segunda instancia	31
5.1.6 Recurso de casación	34
5.1.7 Sentencia de casación	39
6 Conclusiones	40
7 Aportes	41
8 Referencias bibliográficas	43
9 Anexos.	44

1 INTRODUCCIÓN

El presente informe desarrolla un análisis del proceso penal seguido contra GASPAR CÓRDOVA, RAFAEL, por el delito contra el patrimonio en su modalidad de robo agravado, Agravado en grado de Tentativa, en agravio de Anderson Felipe Gálvez, donde el procesado ha recurrido en vía de casación a fin de que la sala penal suprema emita sentencia desarrolle doctrina jurisprudencial respecto el supremo respecto al inciso 3), del artículo 45-A, del código penal que regula las circunstancias atenuantes privilegiadas en la determinación judicial de la pena.

Quizás en nuestra actualidad jurídica, la determinación judicial de la pena o la individualización de la pena previsto en el artículo 45° - A, es considerada uno del procedimiento más importante para el Juez, dado que el juez está en la obligación de poder imponer una pena con plena observancia de las circunstancias concurrentes en un tipo penal, esta debe de estar encuadrada dentro de la escala punitiva que el código penal prevé.

Por tanto, el presente trabajo desarrolla un análisis estructurado de la secuencia del proceso desde la postulación de la formalización de la investigación preparatoria y el requerimiento de prisión preventiva, el juzgamiento ante el Juzgado Penal Colegiado de, Huancayo, la vista de la causa en la sala penal de apelaciones y el recurso de casación, ante la Sala Penal de la Corte Suprema de la Republica.

Por ello en el desarrollo de este expediente analizáramos si la sentencia casatoria aporta en la unificación de criterios en cuanto a la interpretación y aplicación del artículo 45-A inciso 3), del código penal para los órganos jurisdiccionales de instancias inferiores.

DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE JUDICIAL	
Expediente	EXPEDIENTE N° : 03264-2015-94-1501-JR-PE-02.
Especialidad	PENAL
Sujetos procesales	IMPUTADO: Gaspar Córdova, Rafael y
	PARTE CIVIL: Felipe Gálvez, Anderson.
	MINISTERIO PUBLICO: fiscalía de proceso común
Tipo De Proceso	PROCESO PENAL
Juzgado	JUZGADO PENAL COLEGIADO DE HUANCAYO
Instancia final	CASACION
Calidad Del Proceso	EJECUCION
Calidad del proceso	FUNDADAD
Inicio Del Proceso	04-09-2015
Fin Del Proceso	18-06-2019

2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1 Descripción del problema.

El presente proceso materia de análisis obrante en el expediente N° 03264-2015-0-1501-JR-PE-02, el Ministerio Público Atribuye a los acusados Lino Florián Guzmán Ramos y Rafael Gaspar Córdova que a las veintitrés horas del día tres de septiembre del año dos mil quince en la intersección del jirón Narciso Poma y la avenida Torre Tagle sin número, Centro Poblado de Azapampa del distrito de Chilca, intentaron sustraer de forma violenta, con arma blanca, las pertenencia del agraviado Anderson Felipe Gálvez, en circunstancias que el agraviado se dirigía a su domicilio por la calle Torre Tagle, cuando en sentido contrario venían los acusados, quienes sorpresivamente lo interceptaron, cogiéndolo por el cuello el acusado Lino Florián Guzmán Ramos, en tanto que el acusado Rafael Gaspar Córdovale apuntó con un arma blanca punzo cortante (cuchillo) a la altura de la espalda, señalándole “ya perdiste”, rebuscándole el bolsillo de su casaca, por lo que el agraviado a fin de evitar el robo puso resistencia y solicitó ayuda a sus amigos, quienes se encontraban a una cuadra del lugar, prestándole el respectivo auxilio, evitando así que se consume el hecho denunciado.

Frente al cual el tercera Fiscalía Provincial penal Corporativa de Huancayo, Formula acusación contra Rafael Gaspar Córdova y Lino Florian Guzmán Ramos, como coautores por el delito contra el patrimonio en su modalidad de Robo Agravado en grado de Tentativa previsto y sancionado por los incisos 2, 3 y 4 del artículo 189° del Código Penal, agravio de Anderson Felipe Gálvez.

A inicio de juicio oral, el Fiscal Provincial y el imputado Gaspar Córdova, y su defensa llegaron a un acuerdo de conclusión anticipada, el cual fuera aprobado parcialmente, siendo ello así el Juzgado Penal Colegiado de Huancayo, lo condeno como autor del mencionado delito imponiéndole al imputado Gaspar Córdova, ocho años de

pena privativa de la Libertad, absolviendo al imputado Lino Frolian Guzmán Ramos, de la acusación Fiscal, pena que se sustentaba en la concurrencia de circunstancias atenuantes genéricas de carencia de antecedentes penales, así como la concurrencia de la circunstancia atenuante privilegiada, como son la tentativa, el estado de ebriedad del imputado, y la responsabilidad restringida por edad, para lo cual la pena debía ser disminuida prudencialmente un tercio inferior del mínimo legal.

La sentencia de primera instancia fue impugnada tanto por el representante del Ministerio Público, así como por la defensa del imputado, al cual la Sala Penal de apelaciones de la Corte Superior de Junín, por mayoría revocó la sentencia y reformó la pena impuesta, y que fijó en seis años, diez meses y nueve días y confirmó por unanimidad la absolución a favor de Guzmán Ramos, bajo el argumento en que la concurrencia de tres circunstancias atenuantes privilegiadas se debía proceder a rebajar la pena por debajo del mínimo legal y la reducción de la pena en un séptimo por la conclusión anticipada.

Frente a esta sentencia de la sala de apelaciones, la defensa técnica del acusado interpone recurso de casación, para desarrollo de doctrina jurisprudencial de artículo 45-A letra a) del inciso 3; del código penal, donde 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 poder fijar el nuevo mínimo sobre el cual debía calcularse la pena concreta.

De lo descrito en el desarrollo del proceso penal antes descrito, el problema surge que en muchos casos la falta de norma legal que especifique las circunstancias atenuantes privilegiadas deja a la discrecionalidad y subjetividad del Juez, al momento de la determinación judicial de la pena, con la concurrencia de las circunstancias atenuantes

privilegiadas, esto debido a que no existe una norma legal que especifique cuales son considerados estas circunstancias atenuantes privilegiadas.

2.2 Delimitación del problema: espacial, temporal y conceptual.

2.2.1 Delimitación espacial

La delimitación espacial corresponde al estudio del expediente obrante en la Corte Superior de Justicia de Junín, Sala Penal de Apelaciones donde se conoció el proceso en vía de apelación

2.2.2 Delimitación temporal

La delimitación temporal del proceso penal corresponde al año 2015 al año 2019.

2.2.3 Delimitación conceptual

En lo que respecta a la delimitación conceptual en este se desarrolla marcos teóricos estrictamente relacionados con el problema materia de análisis del expediente:

2.3 Formulación del problema

2.3.1 Problema general

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que se utiliza para poder interpretar el artículo 45-A inciso 3 del código penal en el Expediente N° 03264-2015-0-1501-JR-PE-02?

2.3.2 Problemas específicos

- ¿Cuáles son los criterios jurídicos que se utiliza para identificar la concurrencia de las circunstancias atenuantes privilegiadas previstas en el artículo 45-A inciso 3 en el Expediente N° 03264-2015-0-1501-JR-PE-02?
- ¿Cuáles son los errores de forma en la determinación judicial de la pena con la concurrencia de las circunstancias atenuantes privilegiadas en el Expediente N° 03264-2015-0-1501-JR-PE-02?

3 Marco teórico.

3.1 Determinación judicial de la pena.

En palabras de este autor “La determinación judicial de la pena tiene por función identificar y decidir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar al autor o partícipe de un delito; se trata, por tanto, de un procedimiento técnico y valorativo de individualización de sanciones penales”. (Cancho Espinal, 2017, pág. 106) Corresponde al juez determinar concretamente la pena, es decir “la fijación específica de la pena se deja al sabio y técnico criterio al juzgador”. (Peña Cabrera, 1983, pág. 360). Bajo los conceptos se afirma que esta actividad, (determinación judicial de la pena) intrínsecamente judicial, permite constatar el concreto contenido de injusto, culpabilidad y punibilidad de un determinado hecho, traduciéndolo en una determinada medida de pena, esta actividad implicará el *quantum* de su merecimiento y necesidad. Al amparo del artículo 45 del Código penal, ha precisado que la graduación de la pena debe ser el resultado de la gravedad de los hechos cometidos, de la responsabilidad del agente, de su cultura y carencias personales.

3.2 Sistema peruano de determinación judicial de pena con base a márgenes de discrecionalidad judicial.

Nuestro Código penal respecto a la determinación judicial de la pena, sigue a un sistema de penas parcialmente determinadas en la ley, que deja ciertos márgenes de discrecionalidad judicial en la vertiente de incorporación de ciertas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que afectan el marco penal abstracto, así como los criterios específicos que el juez debe considerar en su labor de individualización de la pena.

“Si evocamos las sentencias penales, es frecuente que el operador desarrolle una especie de muletilla o un concepto preestablecido al momento de referirse a la pena y

generalmente haga valer todo su razonamiento y toda su consecuencia final en un sólo artículo del Código Penal, que diga“ se gradúa la pena conforme al artículo 46, la pregunta es, si el artículo 46º realmente es un artículo que justifica técnicamente la sanción, técnicamente no lo va a ser, técnicamente el artículo 46º como veremos más adelante es un listado de circunstancias, no es un procedimiento que deriva a un resultado definitivo de la sanción, sino que habilita mecanismos justamente para poder instrumentalizar un procedimiento que nos lleve a esa consecuencia. Entonces, a partir de allí encontramos que no hay base sólida, ni fáctica para el resultado obtenido”. **(Prado Saldarriaga V. R., 2015, pág. 29)**

De lo que se trata entonces, es de poder dialogar y pensar; cómo hacer diferente ese procedimiento; qué mecanismos nos ofrece el marco normativo nacional para desarrollar una alternativa más sólida; en qué medida el trabajo judicial puede adaptarse justamente a esa posibilidad de mejorar el procedimiento; el resultado y la justificación de este resultado, eso es lo que yo quiero razonar a continuación.

3.2.1.1 Individualización judicial de pena.

La determinación de la pena como materialización de los factores relacionados con el injusto y la culpabilidad que configuran el significado comunicativo del hecho concreto, debe realizarse conforme a los fines de la misma, siendo importante resaltar la teoría de la prevención general positiva y de la prevención especial, es decir el *quantum* de la pena impuesta debe ser proporcional al hecho delictivo realizado, a efectos de modular o asumir una pena dentro de los límites normativos, razonando conforme al injusto y la culpabilidad del encausado, de acuerdo a una concepción material del delito, en la expectativa de su resocialización y reincorporación social y la afirmación del Derecho ante la colectividad. Para individualizar la pena es de aplicación el principio de proporcionalidad”. (por el cual se realiza una operación en la que intervienen una serie

de valores establecidos por la ley penal que deben ser ponderados entre sí para establecer una medida objetiva entre el ilícito y la sanción, teniendo en cuenta los fines resocializadores de la pena); (Hurtado Pozo, 2011, pág. 326).

3.2.1.2 Discrecionalidad, reglas, principios y momentos en la individualización judicial de pena.

El problema para el Perú, para los jueces peruanos, es que no tenemos un marco normativo que nos permita organizar sistemáticamente este procedimiento, a fin de darle una construcción de sustento formal y normativo al paso que desarrollamos. Otros sistemas jurídicos han desarrollado un esfuerzo bastante detallado en resultados, para poder justamente organizar este esquema. Es el caso típico del Derecho Penal Español, donde el legislador ha procurado que sus jueces encuentren en la ley todo un camino, bastante preciso, de manera que la posibilidad de organizar un resultado, resulte en gran medida predecible; es decir, que si cualquier persona u operador realiza el *inter* que realizó el operador jurisdiccional en función de esas normas se va a aproximar a un resultado punitivo muy similar; y por qué esa preocupación del legislador español en hacer esto; es, porque en España a diferencia de nuestro país, la pena puede ser discutida constitucionalmente, esto es, la pena que impone un órgano jurisdiccional puede dar lugar a lo que aquí llamaríamos un proceso constitucional de hábeas corpus, y debatir la legitimidad de la sanción aplicada; algo que para nosotros puede sonar en este momento peligroso en líneas de estabilidad o seguridad jurídica; en cambio en España, es un criterio que se ha afirmado ya desde hace muchos años; nosotros no tenemos ese marco normativo”. (Prado Saldarriaga V, 2015, pág. 30)

3.2.1.3 Alcances de la individualización judicial de pena.

Habiéndose establecido la responsabilidad penal de los procesados corresponde la determinación de la pena de manera individualizada en atención a lo que informan los

artículos 45y 46 del Código Penal; para tal efecto debemos considerar que las penas que establece el Código Sustantivo son indicadores abstractos de determinación punitiva que el Juez debe establecer con precisión en cada caso específico en función a diversos factores que la ley enunciativamente indica”.(Prado Saldarriaga V, 2015, pág. 32)

Bajo esta lógica la determinación judicial de la pena es la determinación de las consecuencias jurídicas del hecho punible llevada a cabo por el juez conforme a su naturaleza, gravedad y forma de ejecución, eligiendo una de las diversas posibilidades previstas legalmente. La determinación judicial de la pena no comprende como su nombre parece indicar, solamente la fijación de la pena aplicable, sino también su suspensión condicional con imposición de obligaciones e instrucciones, la amonestación con reserva de pena, la dispensa de pena, declaración de inimputabilidad, la imposición de medidas de seguridad, la imposición del comiso y de la confiscación, como las consecuencias accesorias,

3.2.1.4 La pena concreta.

La determinación judicial de la pena viene a ser un procedimiento técnico y valorativo que ha de permitir la concreción cualitativa, cuantitativa y, a veces, ejecutiva de la sanción penal. (Prado Saldarriaga, 2000, pág. 144)Dicha actividad se realiza al final del proceso, es decir, una vez que se han actuado y contradicho las pruebas; sobre este fundamento, el Juez considera el hecho acusado como típico, antijurídico y culpable. En base a estos dos criterios el Juez se abocará, tal como explica la doctrina, primero, a construir el ámbito abstracto de la pena -identificación de la pena básica-, sobre el que tendrá esfera de movilidad; y segundo, a examinar la posibilidad de una mayor concreción en la pena abstracta -individualización de la pena concreta-. Finalmente, entrará en consideración la verificación de la presencia de las circunstancias que concurren en el caso concreto.

3.2.2 Pautas para la individualización judicial de pena

3.2.2.1 Pena básica y pena concreta.

Respecto de la determinación de pena del acusado debe tenerse en cuenta lo siguiente:

a) la pena básica que corresponda a los delitos materia de sentencia; asimismo debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad como relación de correspondencia entre el injusto cometido por el agente y la pena que le corresponde, que sustenta el artículo octavo del Título Preliminar del Código Penal, además de otras circunstancias específicas como la naturaleza de la acción del delito de resultado, la importancia de los deberes infringidos, la circunstancia de tiempo y lugar en que se cometieron los delitos; los móviles y fines, educación, situación económica y medio social del procesado”. (Ziffer Patricia, 1998, pág. 324).

3.2.3 Circunstancias atenuantes privilegiadas.

Las circunstancias del delito son 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. Las circunstancias adoptan la forma de factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito. Es decir, posibilitan a cuantificar de mayor a menor desvaloración e la conducta ilícita.

Las circunstancias permiten pues valorar si un delito es más o menos grave y a partir de ello ponderar el alcance cualitativo y cuantitativo de la pena que debe imponerse a su autor o partícipe, su función principal no es otra que coadyuvar a la graduación o determinación del *quantum* o extensión de la pena concreta aplicable al hecho punible cometido. Cuando las circunstancias sirven para promover o justificar una penalidad conminada o pena concreta mayor, se les denomina **agravante**. Y en cambio cuando

ellas auspician o fundamentan una penalidad conminada o pena concreta menor son llamadas atenuantes”. (Sanchez Espejo, 2016, pág. 204).

3.2.3.1 Circunstancias agravantes, atenuantes y mixtas.

En razón a su efectividad las circunstancias pueden ser atenuantes, agravantes o mixtas, son **atenuantes** aquellas que por señalar un menor desvalor de la conducta ilícita realizada; o un menor reproche de culpabilidad sobre el agente de la misma, producen como efecto la consideración de una menor punibilidad o aplicación de una pena menor. Como ejemplo de estas circunstancias atenuantes en el derecho penal peruano, está la realización de delitos contra el estado civil por un móvil de honor”.(Prado Saldarriaga V. R., 2010, pág. 140)

3.2.3.2 Circunstancias Cualificadas y Privilegiadas.

En las circunstancias cualificadas se produce una modificación ascendente de la conminación penal que se proyecta por encima del máximo legal original, el cual ahora se convierte en mínimo. Ejemplo de ello es la circunstancia cualificada de la reincidencia regulada en el artículo 46° B del código Penal. Según dicha disposición, tal circunstancia motiva un nuevo extremo máximo de la pena y que será *“una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal”*. En estos casos, la pena básica se extenderá hasta este nuevo máximo legal. Lo cual significa que la pena básica se configura teniendo como límite mínimo siempre el máximo original del delito cometido, de ahí pues que deviene en confusa e incorrecta la interpretación y apreciación, pues primero se fija una pena básica luego una concreta y posteriormente recién habría que considerar, en un tercer momento a las circunstancias cualificadas o privilegiadas, lo cual es una errada lectura del acuerdo plenario N° 1-2008/CJ-116 y de algún trabajo preliminar que hiciéramos sobre la materia”.(Prado Saldarriaga V. R, 2010, pág. 238)

3.2.3.3 Consideraciones para determinar pena por debajo del mínimo legal.

Que para los efectos de la pena o individualización de la misma, el Juez debe tener en cuenta en principio la pena tipo, esto es, la que considera la norma penal en la parte que subsume la conducta dentro de sus parámetros máximo y mínimo, pudiendo imponerla por debajo del mínimo legal sólo cuando concurren atenuantes generales y específicos jurídicamente válidos, así mismo debe compulsar obligatoriamente los indicadores y circunstancias a que se contraen los artículos 45° y 46° del Código Penal, debiendo tenerse en cuenta además el principio de proporcionalidad y racionalidad de la pena descrita en el artículo octavo del Título Preliminar de nuestro Código Penal, en ese sentido el tipo penal descrito en el artículo 108° del citado cuerpo normativo sólo señala el extremo mínimo de pena conminada sin señalar el máximo de pena, existiendo un vacío respecto a la pena máxima, toda vez que el artículo 29° del Código Penal en la actualidad se encuentra vigente al entrar en vigor el artículo 4 de la Ley N° 27569 que derogó el Decreto Legislativo N° 895, que establecía como pena máxima de la pena privativa de libertad 35 años; que, a efectos de sustentar la pena impuesta en el presente caso es necesario realizar una interpretación literal y teleológica del artículo 108° del Código Penal, del cual se desprende que el asesinato es una especie agravada del delito de homicidio por las circunstancias que encierra la muerte de la víctima, por ello el legislador fijó en 15 años la pena mínima; sin embargo, al no considerar una penalidad máxima, su intención en ningún momento ha sido que ésta sea el límite máximo, sino que deja al juzgador plena libertad para determinar dicho plazo, debiendo tener siempre en cuenta los principios y reglas de determinación y medición de pena; en consecuencia, del estudio de autos se colige que estos resultan ser graves por la personalidad del autor y la forma y modo como fue consumada, en tal sentido la pena impuesta de 20 años de privación de libertad se condice con la

realidad y se encuentra dentro de los alcances de la ley penal”. (Prado Saldarriaga V 2015, pág. 38)

3.2.3.4 Criterios para la reducción de la pena.

La graduación de la pena debe ser el resultado del análisis y apreciación de la prueba actuada en función a la gravedad de los hechos cometidos, de la responsabilidad del agente y de sus condiciones personales, como lo establecen los artículos 45° y 46° del Código Penal; que, en el presente caso corresponde modificar la pena impuesta al procesado, la misma que debe ser ajustada a la realidad y participación en el injusto penal, acorde con los elementos determinantes de la misma”. (Bacigalupo Enrique, 1984, pág. 213)

3.2.3.5 Valoración de circunstancias atenuantes.

Para los efectos de la imposición de la pena debe tenerse en cuenta la naturaleza de la acción, los medios empleados, la extensión del daño causado, la pluralidad de agentes, sus condiciones personales, así como la forma y circunstancias de la comisión del evento criminoso; asimismo, se tiene que tener en cuenta las circunstancias atenuantes de orden sustantivo, relativas al estado de ebriedad, y las de orden procesal dado que el citado acusado se sincera y acepta relativamente su participación en el evento delictivo.

Que, las exigencias que plantea la determinación de la pena no se agotan en el principio de culpabilidad, ya que no solo es preciso que se pueda culpar al autor del hecho que es objeto de represión penal, sino que además, la gravedad de esta debe ser proporcional a la del delito cometido; que por lo tanto para los efectos de la graduación de la pena se debe tener en cuenta la forma y circunstancias con que la encausada perpetró el ilícito que se le atribuye, conforme a lo dispuesto por el artículo 46° del Código Penal”. (Prado Saldarriaga V, 2000, pág. 323)

3.2.3.6 Circunstancias atenuantes que rodearon los hechos.

Uno de los problemas jurídicos que se afronta en la actualidad es el desconocimiento absoluto del procedimiento técnico que se debe de seguir al respecto, no se tiene un claro marco normativo de cómo se operativiza la concurrencia de circunstancias el Código Penal nunca se preocupó de establecer criterios al respecto; sin embargo, nosotros desarrollamos un nivel de interpretación y de práctica en función de una disposición del Código Penal. La teoría, siempre ha dicho que la concurrencia de circunstancias se evalúa en función de dos criterios: criterio de compatibilidad de las circunstancias y criterio de la compensación de los efectos circunstanciales criterios”.
(Prado Saldarriaga V, 2015, pág. 34)

3.2.3.7 Casos específicos de individualización judicial de pena

3.2.3.8 Determinación judicial de pena en delito que quedó en grado de tentativa, existiendo confesión sincera.

“Si bien el Juez reprimirá la tentativa, de conformidad con el artículo 16 del Código Penal, disminuyendo prudencialmente la pena, ello en modo alguno lo autoriza a disminuirla por debajo del mínimo legal, como es el caso de los supuestos excepcionales de los artículos 21 y 22 del Código Penal acotado y artículo 136 del Código de Procedimientos Penales; supuestos que no se dan en el caso concreto, por lo que es del caso elevar prudencialmente la pena impuesta, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 45° y 46° del Código Sustantivo. Si bien los imputados al momento de delinquir habían consumido licor e ingerido drogas (conforme pericias), por la forma y circunstancias de la perpetración del hecho no es de rigor imponerles una pena por debajo del mínimo legal”. (Cancho Espinal, 2017, pág. 124)

3.2.3.9 Responsabilidad atenuada

Algunos juristas consideran que la atenuación de la pena prevista para los casos de imputabilidad disminuida es debida al hecho de que este estado implica una disminución de la culpabilidad, y que por esta razón la disposición concernida debería encontrarse entre las que figuran bajo el título “la aplicación judicial de las penas”. La disminución de la capacidad penal del agente se debe, con frecuencia, a perturbaciones en su salud mental o en su conciencia, o también a alteraciones de su percepción. Estos estados, que no logran hacer desaparecer del todo la facultad de comprender el carácter ilícito del acto o la de determinarse conforme a esta apreciación, generan sin embargo su debilitamiento”. (Hurtado Pozo, 2011, págs. 645-646)

3.2.3.10 Responsabilidad restringida.

La imputabilidad disminuida, (exigibilidad parcial) no es una forma autónoma de semi inimputabilidad pues no se trata de un estado límite entre inimputabilidad e imputabilidad. En este sentido, el sujeto es aun capaz de comprender el injusto del hecho y de actuar conforme a esa comprensión, es decir, el sujeto todavía es capaz de evitar la comisión de delitos. En verdad, lo que aquí se encuentra disminuida es la capacidad de auto controlarse, es decir, al sujeto le puede costar más o menos esfuerzo el comportarse de acuerdo a la norma, debe tener una fuerza de voluntad mucho mayor que el individuo normal, lo que lleva a la disminución de la capacidad de culpabilidad debido a que debe compensarse su menor capacidad de control.

El tratamiento de la capacidad de culpabilidad disminuida supone los mismos presupuestos de la inimputabilidad, los mismos estados biológicos psicológicos son tanto para las causas de inimputabilidad como para los supuestos de imputabilidad disminuida, incluso las psicosis en casos de intoxicaciones leves o alteraciones escleróticas puede que no conduzcan a la plena exculpación. Así, quedaría un amplio

espacio de valoración antes de llegar a la imputabilidad disminuida en la que se habrá de exigir básicamente que la constitución psíquica del sujeto se aparte claramente de la media de la normalidad y se aproxime a la inimputabilidad”. (Villavicencio Terreros, 2007, pág. 607).

En el Código Penal son circunstancias atenuantes (estricto sensu) las previstas en el artículo 21. Cabe distinguir por de pronto, las eximentes incompletas a que se refiere el artículo 21.1, las expresadas en los numerales 2 y 6 del mismo artículo y por último, las atenuantes analógicas permitidas expresamente por el artículo 21.7”. (Mir Puing, 2011)

3.2.3.11 Responsabilidad restringida por edad.

En el derecho penal español también se ha contemplado la ampliación del ámbito de la imputabilidad disminuida a los semi adultos, es decir a los jóvenes comprendidos entre los dieciocho y veintiún años. “Esta ampliación, incluso a veces hasta límites de edad superiores, ha tenido lugar ya en numerosos países. Por ejemplo en Alemania estos menores están sometidos a las normas del derecho penal juvenil. Según este precepto, el juez aplicará las normas del derecho penal juvenil a los semi adultos cuando la valoración del conjunto de la personalidad del autor, teniendo en cuenta también las circunstancias ambientales, ponga de manifiesto que en el momento del hecho, dado su desarrollo moral y psíquico, era equiparable a un joven; o cuando según la naturaleza, las circunstancias y los motivos del hecho, se trate de una infracción juvenil. Asimismo, en 1971 se ha introducido en el código penal suizo un tratamiento especial para jóvenes adultos comprendidos entre los dieciocho y veinticinco años”. (Cerezo Mir, 2006, págs. 207-208).

3.2.3.12 Alteración de la conciencia.

Según el artículo 21.1 es circunstancia atenuante la de actuar el agente a causa de su grave adicción a las bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos. Del mismo modo que el artículo 20.2 toma en consideración para eximir tanto la intoxicación aguda producida por el consumo de estas sustancias como el síndrome de abstinencia, habrá que admitir estas dos causas también para atenuar la pena cuando produzcan efectos insuficientes para excluir la imputabilidad y para dar lugar a una eximente incompleta. Actuar a causa de su grave adicción puede incluir tanto la actuación en estado de intoxicación causada por la adicción como la que tiene lugar por un síndrome de abstinencia menor. Se funda esta circunstancia en una disminución de la imputabilidad. Si la disminución es muy notable procede la estimación de una eximente incompleta. La atenuante segunda que da para los casos de menor influencia en la imputabilidad.

3.2.3.13 Error de prohibición.

El Error de Prohibición supone el desconocimiento no de un elemento de la situación descrita por el tipo, sino del hecho de estar prohibida su realización. Tal como nos este autor para quien. "Este error no sólo se da cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la licitud o ilicitud del hecho. En general podemos decir que, en el error sobre la prohibición o sobre la significación antijurídica, el autor cree que actúa conforme a derecho, cuando en realidad no es así. El error de prohibición puede referirse a la existencia de la norma prohibitiva (error de prohibición directo) o a la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación (error de prohibición indirecto)". (Muñoz Conde, 1998, pág. 324)

4 Objetivos

4.1 Objetivo general

Determinar cuáles son los fundamentos jurídicos que se utiliza para poder interpretar el artículo 45-A inciso 3 del código penal en el Expediente N° 03264-2015-0-1501-JR-PE-02

4.2 Objetivo específico

- Determinar cuáles son los criterios jurídicos que se utiliza para identificar la concurrencia de las circunstancias atenuantes privilegiadas previstas en el artículo 45-A inciso 3 en el Expediente N° 03264-2015-0-1501-JR-PE-02
- Determinar cuáles son los errores de forma en la determinación judicial de la pena con la concurrencia de las circunstancias atenuantes privilegiadas en el Expediente N° 03264-2015-0-1501-JR-PE-02.

5 Contenido

5.1 Procedimientos (Legales, técnicos y teórico)

5.1.1 Etapa de la etapa de formalización de investigación preparatoria.

Que con fecha cuatro de setiembre del año dos mil quince, el Segundo Juzgado de Investigación preparatoria de Huancayo dispone recepcionar la comunicación de la disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria expedida por la Señora Fiscal, por el plazo de ciento veinte días a efecto de asumir competencia, en el proceso penal seguido contra GASPAR CORDOVA, RAFAEL Y LINO FLORIAN GUZMAN RAMOS, por el delito contra el patrimonio en su modalidad de robo agravado en grado de tentativa, en agravio de ANDERSON FELIPE GALVEZ, para ello precisa el cómputo de plazo desde el cuatro de setiembre del presente año, el mismo que vencerá el dos de enero del dos mil dieciséis.

5.1.1.1 Análisis

De la revisión del expediente, no existe en autos la prórroga de la formalización de la investigación preparatoria, tan solo se dio cumplimiento del plazo previsto en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria.

5.1.2 Etapa de control de acusación o etapa intermedia

La etapa de control de la acusación fue realizada con fecha 16 de diciembre del 2015, con la participación del Ministerio Publica, la defensa técnica del acusado, expuesta el requerimiento del Ministerio Publico y las cuestiones planteadas por la defensa técnica del acusado se emite el auto de enjuiciamiento mediante resolución N° 06 del incidente **03264-2015-3-1501-JR-PE-01**, donde se resuelve:

- A. DICTAR AUTO DE ENJUICIAMIENTO** en contra de1) **LINO FLORIAN GUZMAN RAMOS**; y contra **RAFAEL GASPAR CORDOVA**; en su calidad de **COAUTORES** por el delito **Contra el Patrimonio**, en la modalidad de **ROBO AGRAVADO**, delito previsto en los incisos 2, 3, 4) del artículos 189° del Código Penal que prescribe: *“La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido: 2) Durante la noche o en lugar desolado. 3) A mano armada. 4) Con el concurso de dos o más personas”*, concordante con los artículos 188° tipo base del Código Penal que prescribe *“El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.”* y artículo 16° del Código Penal que señala, *“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 agravio de Anderson Felipe Gálvez

5.1.2.1 Análisis

Del análisis de la resolución de auto de enjuiciamiento se deduce en que no se realizó un debido control de la acusación Fiscal, esto a no observar respecto de la participación del acusado LINO FLORIAN GUZMAN RAMOS, su condición de coautor, son observar en que dentro de un delito en grado de tentativa no puede existir la coautoría, esto nos demuestra la falta de rigurosidad de parte del Juez en el control sustancia de la acusación, solo se limitan a aspectos formales, mas no a aspectos de tipicidad.

5.1.3 Etapa de juzgamiento en la primera instancia.

Que por medio de la resolución nueve de fecha veinticuatro de febrero del año dos mil dieciséis, el Juzgado Penal Colegiado de Huancayo, emite la sentencia de primera instancia bajo los siguientes fundamentos respecto de la determinación judicial de la pena con la concurrencia de las circunstancias atenuantes privilegiadas:

- Al respecto, se tiene del requerimiento acusatorio que el Señor Fiscal Provincial de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huancayo solicitó como pena a imponerse al ahora sentenciado conformado la pena de cinco años de pena privativa de la libertad; sin embargo, del acuerdo arribado por los sujetos procesales se tiene que la pena acordada fue la de tres años, once meses y diez días de pena privativa de la libertad, excesiva reducción de pena que contraviene lo previsto en el artículo 28° del IV pleno jurisdiccional de las salas penales permanente, transitoria y especial - Acuerdo Plenario número 5-2008/CJ-116, en cuyo numeral 7 parte final ha precisado:

“(...) la conformidad, de cumplir sus requisitos legales, importa necesariamente una reducción de la pena, por aplicación analógica del artículo 471° del Nuevo Código Procesal Penal, aunque con una reducción inferior a la sexta parte”.

- Además de todo ello se considera, sin perjuicio de la pena solicitada en el requerimiento acusatoria, que la pena conminada para el delito de Robo Agravado objeto de acusación, de conformidad con lo previsto por el primer párrafo del artículo 189° del Código Penal, es de doce años a veinte años, encontrándose facultado el Colegiado, de conformidad con lo dispuesto con el inciso 3 del artículo 397° del Código Procesal Penal, de aplicar pena más grave que la requerida por el Fiscal al encontrarse la solicitada por debajo del mínimo legal, siendo requisito para ello que dicha disminución de pena no tenga causa justificada de atenuación.
- Siendo ello así, corresponde analizar la pena que corresponde imponer al sentenciado conformado. En el caso de autos este Colegiado, para la graduación del *quantum* de la pena tiene en cuenta los factores generales y comunes descritos en el artículo 45° y 46° del Código penal vigentes en la fecha de comisión de los hechos imputados.

En tal sentido se deben tomar en cuenta las siguientes consideraciones:

- a) La pena conminada o abstracta prevista para el delito de Robo Agravado imputado al sentenciado conformado Gaspar Córdova en su calidad de coautor, es de doce a veinte años de privación de la libertad. En efecto, los inciso 2, 3 y 4 del artículo 189° del Código Penal –en el marco del Principio de Legalidad en la aplicación de la ley penal que exige que por ley se establezcan los delitos, así como la delimitación previa y clara de las conductas prohibidas–, concordado con el artículo 188° del mismo Cuerpo Legal, sanciona al que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física, la pena será no menos de doce ni mayor

de veinte años si el robo es cometido durante la noche o en lugar desolado, a mano armada y con el concurso de dos o más personas.

- b) Realizada la división por el sistema de tercios, de acuerdo con el artículo 45°-A del Código Penal, se fija que el tercio inferior, se encuentra entre doce años a catorce años con ocho meses de privación de la libertad; el tercio medio entre catorce años con ocho meses a diecisiete años con cuatro meses de privación de la libertad; y, el tercio superior, entre diecisiete años con cuatro meses a veinte años de privación de la libertad.
- c) Posteriormente, para efectos de determinar la pena concreta, se advierte la concurrencia únicamente de circunstancias atenuantes genéricas que resultan aplicables al presente caso, de acuerdo al artículo 46° del Código Penal, esto es referida a la carencia de antecedentes penales del sentenciado conformado; no advirtiéndose circunstancias agravantes genéricas.
- d) Asimismo, de los hechos se aprecia la concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas, en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto por el literal a) del inciso 3 del artículo 45-A° del Código Penal, corresponde que la pena concreta se determine por debajo del tercio inferior. Al respecto, si bien la norma no hace referencia al plazo de pena que se debe reducir del mínimo legal por aplicación de atenuante privilegiada, como lo es en el presente caso la tentativa de conformidad con lo dispuesto por el 16° del Código Penal, la responsabilidad atenuada por el estado de ebriedad en que se encontraba tal como es previsto en el artículo 21°, concordado con el inciso 1 del artículo 20° del Código Penal, así como la responsabilidad restringida por la edad a que hace referencia el artículo 22° del Código Penal; sin embargo, el Colegiado considera que ésta, a efectos que sea legal

la pena, debe reducirse prudencialmente la misma en un tercio del mínimo legal de la pena conminada por el Código.

En consecuencia, estando a la presencia de causales de atenuación privilegiadas y antes expuesto, la pena concreta a imponerse al sentenciado conformado Gaspar Córdova, sin aplicación del beneficio por acogerse a Conclusión Anticipada, debe estar ubicada en un tercio inferior de la pena mínima legal, esto es, entre los nueve años y cuatro meses a doce años de privación de la libertad.

Habiéndose determinado el tercio en el que se ubicaría la pena que le corresponde al sentenciado conformado, toca determinar la reducción adicional acumulable de la pena que le correspondería a la sentencia conformado por haberse acogido a la Conclusión Anticipada al Juicio Oral.

Conviene reiterar lo expuesto en el artículo 28° del IV pleno jurisdiccional de las salas penales permanente, transitoria y especial - Acuerdo Plenario número 5-2008/CJ-116, en cuyo numeral 7 – parte final – se ha precisado:

“(...) la conformidad, de cumplir sus requisitos legales, importa necesariamente una reducción de la pena, por aplicación analógica del artículo 471° del Nuevo Código Procesal Penal, aunque con una reducción inferior a la sexta parte”.

Conforme a dicho acuerdo plenario, en caso de conclusión anticipada del juicio oral, figura jurídica en la que el acusado acepta los cargos en su contra, importa considerarse una reducción, que no podrá ser inferior a una sexta parte de la pena concreta. En el presente caso bien podría considerarse, otra vez teniendo en cuenta las circunstancias en que se ha producido los hechos, que la pena podría reducirse en un séptimo. Siendo así, el monto de pena reducida sería de un año y cuatro meses. Frente a dicha situación en consecuencia la pena que le podría corresponder teniendo en cuenta la reducción por haberse acogido a la Conclusión Anticipada del Juicio Oral, la misma que si bien en

cuanto al *quantum* de la pena fuera desaprobada por el Juzgado Colegiado, ello no enerva la voluntad del sentenciado conformado de acogerse al mencionado beneficio, en consecuencia, la pena a imponerse sería de ocho años.

DECISIÓN DEL JUEZ

Primero: INAPLICAMOS la prohibición de responsabilidad restringida contemplada en el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal. **DISPONEMOS** se **ELEVE EN CONSULTA** a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, en caso que no fuese impugnada la presente.

Segundo. - **IMPONEMOS** al sentenciado conformado **RAFAEL GASPAR CÓRDOVA OCHO AÑOS de pena privativa de libertad** de carácter **EFFECTIVA**, que se cumplirá en el Establecimiento Penitenciario que designe el Instituto Nacional Penitenciario – INPE, la que será computada desde su captura, detención e internamiento en el Establecimiento Penal respectivo, debiéndose descontar el término de internamiento que haya cumplido, para cuyo efecto deberá oficiarse a la autoridad correspondiente.

Tercero. - **ABSOLVEMOS** al acusado **LINO FLORIÁN GUZMÁN RAMOS** como co autor del delito contra el Patrimonio en la modalidad de Robo Agravado en grado de Tentativa.

5.1.3.1 Análisis

De la sentencia expedida en primera instancia se deduce que quizás en nuestra actualidad jurídica, la determinación judicial de la pena o la individualización de la pena previsto en el artículo 45° - A, es considerada uno de los procedimientos más importantes para el Juez, dado que el juez está en la obligación de poder imponer una pena con plena observancia de las circunstancias concurrentes en un tipo penal, esta debe de estar encuadrada dentro de la escala punitiva que el código penal prevé, pero es

el caso que dentro de nuestro sistema jurídico penal no existe las especificaciones cualitativas de las circunstancias atenuantes privilegiadas, como si lo es para las agravantes cualificadas específicas, siendo ello así, la sentencia materia de análisis determina el espacio punitivo sobre la base de la concurrencia del tipo penal determinado, para lo cual, se toma el criterio previsto en el artículo 45°-A del Código Penal, que el tercio inferior, se encuentra entre doce años a catorce años con ocho meses de privación de la libertad; el tercio medio entre catorce años con ocho meses a diecisiete años con cuatro meses de privación de la libertad; y, el tercio superior, entre diecisiete años con cuatro meses a veinte años de privación de la libertad, penas prevista para el delito de robo agravado.

5.1.4 Apelación de sentencia

Frente a la sentencia del Juzgado penal colegiado de Huancayo el defensor de sentenciado RAFAEL GASPAR CÓRDOVA, interpone recurso de apelación bajo los siguientes fundamentos:

- Que, es de verse de autos que el delito cometido por mi defendido es de Robo Agravado en grado de tentativa, la misma que se encuentra previsto y sancionado en los incisos 2, 3, y 4 del artículo 189 concordado con el artículo 188 y 16 del Código Penal.
- Pues, en la acusación Fiscal, al momento de solicitar una pena privativa de Libertad de Cinco años y seis meses, habiendo llegado a dicho computo conforme lo señala en los artículos 45 y 46 del Código Penal en cuanto a la determinación de la Pena; es así que una vez iniciado el Juicio Oral mi defendido se acoge a la figura de la conclusión anticipada, en tal sentido tanto la representante del Ministerio Público y la defensa técnica advierte que al momento de solicitar la pena concreta según el sistema de tercios, no se ha

tomado en cuenta las carencias social es decir su posición económica, grado de educación y cultura.

- Que, en el presente caso tenemos atenuantes, más no agravantes por lo que nuestra pena concreta estaría en el tercio inferior en tal sentido la pena concreta sería de 12 años, pues de ahí se hace una rebaja prudencial por ser un delito en grado de tentativa; para luego aplicarle las atenuantes privilegiadas lo que variar de modo descendente es el mínimo legal original y el mismo que será sustituido por uno nuevo e inferior; encontrándonos que mi patrocinado conforme al artículo 21 y 22 del Código Penal que son aplicables al presente caso como lo son el estado de ebriedad de mi defendido y la edad que tenía al momento de ocurrido los hechos, más aun se debe tener en cuenta las circunstancias del caso en particular.
- Que, por todo lo expuesto se tiene que al momento de emitirse la sentencia no sea hecho un procedimiento técnico valorativo que permita cualificar la pena; más a u n no se observó adecuadamente el principio de proporcionalidad, la misma que tiene u n a triple dimensión que comprende el principio de necesidad, Principio de adecuación o idoneidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto, esto con la finalidad de ponderar entre la privación de la Libertad o restricciones de derechos que conlleva la imposición de una pena privativa de la libertad. En tal sentido se solicita a l a Sala se sirva revocar la sentencia apelada en el extremo que se le impone la pena privativa de Libertad de 8 años y reformándola se apruebe el acuerdo arribado con el Ministerio Publico.

5.1.4.1 Análisis

Del contenido del recurso de apelación se observa que se invoca fundamentos de índole interpretativo respecto del artículo 45-A literal a) del inciso 3), debido a que en sus fundamentos señala que, al concurrir atenuantes, más no agravantes la pena

concreta estaría en el tercio inferior siendo de 12 años, pues de ahí se hace una rebaja prudencial por ser un delito en grado de tentativa; para luego aplicarle las atenuantes privilegiadas, quizás el vacío normativo que existe respecto de la identificación de las circunstancias atenuantes privilegiadas, dentro de la actividad jurisdiccional de los Jueces genera la discrecionalidad, por tanto la pena responde a ello, mas no a marcos normativos que garantice un procedimiento adecuado, por tanto la importancia de poder especificar cuáles son circunstancias atenuantes privilegiadas a efectos de poder dosificar la pena concreta de forma objetiva y bajo parámetros legales.

5.1.5 Sentencia de segunda instancia

Mediante Resolución de fecha veintisiete de setiembre del año dos mil dieciséis el Juzgado Penal Colegiado emitió la sentencia de Vista, el cual declaro funda la apelación bajo los siguientes fundamentos.

- **Con relación a los agravios señalados por el sentenciado.**- Quién cuestiona que la reducción de la pena, por las circunstancias atenuantes antes desarrolladas, debía realizarse desde la base de los doce años; debemos precisar que, teniendo en consideración las tres circunstancias atenuantes privilegiadas o causales de disminución punitiva, se debe proceder a rebajar la pena por debajo del mínimo legal; considerando lo señalado por el Juzgado en Primera Instancia, el que estimó la reducción en un tercio del mínimo legal de la pena, quiere decir reducir cuatro años al mínimo legal que es doce años, se obtiene como resultado ocho años de pena privativa de la libertad, sin la aplicación de la reducción por terminación anticipada de juicio oral.
- **Quinto.** - En concordancia con lo precedente, corresponde la reducción por la Conclusión Anticipada de Juicio Oral a la que se sometió el sentenciado Rafael Gaspar Córdova, la que debe efectuarse a mérito del Acuerdo Plenario N° 5-

2008/CJ-116, que en su considerando veintitrés, señala:

“(...) No es lo mismo culminar la causa en sede de instrucción, poniéndole fin anticipadamente, que esperar su culminación y el inicio del juicio oral, como sucede en la conformidad por oposición a la terminación anticipada. En consecuencia, la reducción de la pena no puede llegar a una sexta parte; ha de ser siempre menor de ese término. (...).

- En este sentido, la reducción de un séptimo de la pena por la conclusión anticipada del juicio, constituye el tope más favorable para el sentenciado, ello en mérito a la situación de éste, quién es cobrador de transporte, percibiendo treinta y cinco soles diarios, que cuenta con quinto grado de secundaria y que no tiene antecedentes penales; por ello correspondería la disminución de la pena un año, un mes y veintiún días, teniendo como pena a imponerse **seis años, diez meses y 9 días de pena privativa de libertad.**
- **Sexto.-** Respecto al acuerdo abordado por el Ministerio Público y el sentenciado, con relación a la pena a imponerse, esto es tres años, nueve meses y diez días, que habría sido considerando las circunstancias antes desarrolladas; debemos precisar que ésta no responde a la determinación del quantum de la pena de acuerdo al test de proporcionalidad en sentido material, que se analiza bajo los siguientes principios: **a) El principio de lesividad**, de los hechos imputados se desprende que la afectación a los bienes jurídicos son de meridiana gravedad (Patrimonio y integridad corporal con el uso de un cuchillo); **b) El principio de culpabilidad**, se tiene que la conducta del sentenciado ha sido a título de dolo y además tomando en consideración los alcances del cuarto considerando de la presente sentencia, referidos a las causales atenuantes privilegiadas o causales de disminución de punibilidad; y, **c) El principio de resocialización**, que invoca la defensa con

relación al tiempo que requiere o necesita el sentenciado para resocializarse, sin haberse advertido arrepentimiento del sentenciado; por ello el acuerdo abordado no responde al test realizado.

- **Séptimo**.- Además, de las atenuantes privilegiadas tantas veces referidas, en donde se indica que el Juez imperativamente disminuirá prudencialmente la pena para el caso de tentativa, y en los demás casos facultativamente podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal, disminución punitiva en concordancia con los alcances del numeral 3) literal a) del artículo 45°-A del Código Penal; debemos considerar que, éste nuevo rango punitivo no ha sido establecido con claridad por el legislador como es el caso de las circunstancias agravantes cualificadas; por lo que, esta tarea corresponde determinar al Juez, no pudiendo disminuirse ilimitadamente, ya que siempre responderá al test de proporcionalidad en sentido material al que nos referimos en el considerando anterior,

RESOLVIERON:

Uno.- **POR MAYORIA REVOCAR** la Sentencia condenatoria conformada contenida en la Resolución Número Nueve, de fecha veinticuatro de febrero del año dos mil dieciséis; en el extremo que resuelve **Imponiendo** al sentenciado **RAFAEL GASPAR CÓRDOVA**, a **OCHO AÑOS** de pena privativa de libertad de carácter **EFFECTIVA**, como coautor del delito contra el Patrimonio, en la modalidad de Robo Agravado en Grado de Tentativa, en agravio de Anderson Felipe Gálvez; **REFORMÁNDOLA** imponemos a **SEIS AÑOS, DIEZ MESES Y 9 DÍAS** de pena privativa de libertad de carácter **EFFECTIVA**, como coautor del delito contra el Patrimonio en la modalidad de Robo Agravado en Grado de Tentativa, en agravio de Anderson Felipe Gálvez.

5.1.5.1 Análisis

Dentro de los fundamentos expuesto en la sentencia de vista se puede observar que el vacío normativo respecto a la determinación de las circunstancias atenuantes privilegiadas genera una interpretación ambigua, de carácter extensivo en muchos casos, como es el presente expediente materia de análisis, esto debido a que la sala penal de apelaciones señala lo siguiente éste nuevo rango punitivo no ha sido establecido con claridad por el legislador como es el caso de las circunstancias agravantes cualificadas; por lo que, esta tarea corresponde determinar al Juez, no pudiendo disminuirse ilimitadamente, ya que siempre responderá al test de proporcionalidad en sentido material al que nos referimos en el considerando anterior.

Lo que nos permite inferir la urgencia en la incorporación al sistema jurídico penal las especificaciones que determinen cualitativamente las circunstancias atenuantes privilegiadas, bajo el fundamento en que el derecho penal debe caracterizarse por la tutela de sus marcos legales de la legalidad, y la primacía en su aplicación del principio *pro homine*, el cual implica que la norma penal al ser este uno restrictivo al derecho a la libertad debe ser interpretado y aplicado en lo más favorable al reo, por tanto son estas circunstancias adversas las que influyen en que los Jueces imponga penas desproporcionadas, ajenos a los principio de proporcionalidad y razonabilidad, como es el presente expediente materia de análisis.

5.1.6 Recurso de casación

Frente a la sentencia de vista emitido por la sala penal de apelaciones, al defesa del acusado interpone recurso de casación regulado en el artículo 427° del Código Procesal penal, planteando las siguientes pretensiones:

- Mediando resolución debidamente motivada se sirva declarar la nulidad de la

sentencia de vista en el extremo que reformando la sentencia de primera instancia impuso al condenado Rafael Gaspar Córdova la pena privativa de libertad de seis años con diez meses y nueve días de pena privativa de la libertad, y reformando dicho extremo se sirva imponer una pena privativa de la libertad de tres años once meses y diez días.

- Transgresión al debido proceso, inobservancia del art. 372 numeral 2 del Código procesal Penal (art. 139.3 de la Constitución Política del Estado).
- Transgresión al principio de proporcionalidad y razonabilidad de la pena inobservancia del art. IV, Vil y VIII del Título Preliminar del Código Penal.

Para la procedencia del recurso fundamenta lo siguiente:

- a) Sobre las concurrencias de causas de atenuación de pena y la determinación de la cuantía de pena.

Esta pena impuesta no ha tenido en consideración la concurrencia de las circunstancias de atenuación de responsabilidad penal, lo que afecta el marco punitivo abstracto contenido en el tipo penal.

Quinto: En la sentencia se ha logrado establecer:

1. Que los hechos imputados configuran el delito de robo agravado en grado de tentativa.
2. Que el condenado contaba con 19 años.
3. Que el condenado al momento de la comisión de los hechos se encontraba en estado etílico, con 1.05 g/l de alcohol en la sangre, sin embargo este fue practicado después de cinco horas con treinta y tres minutos después de sucedidos los hechos, por lo que utilizando el método de Widmark, se estableció el grado exacto de alcohol en 1.88 g/l de alcohol en la sangre, constituyendo una moderada alteración de la conciencia.

En esos hechos la sentencia impugnada establece que le son aplicables los arts. 16, 20 y 22 del Código Penal; sin embargo, concluye que las circunstancias de del art. 20 y 22 son atribuciones facultativas del A Quo y que estos deben fijarse en base al art. 45 - A del Código Penal.

Este criterio consideramos que es errado y contraviene el fundamento dogmático de las razones de eximentes y atenuantes de responsabilidad penal, y en el caso del delito tentado y responsabilidad restringida disminución de responsabilidad penal que se manifiesta en la disminución del marco punitivo abstracto. Asimismo, contraviene el fundamento cuadragésimo quinto de la casación 335 - 2015 - Santa.

Sexto: No existe controversia en el tema de que la prohibición de aplicar la responsabilidad penal restringida a determinados delitos resulta inconstitucional, y por ende corresponde determinar que la pena legal no puede sobrepasar el mínimo legal el establecido en el tipo penal, en el presente caso doce años, el tema es determinar cuál es la base o el nuevo mínimo legal, esto en función a una interpretación in bonam partem.

Conforme al fundamento 45 de la casación N° 335 - 2015 se tiene que le nuevo mínimo legal sería el contenido en el art.29 del Código Penal, es decir dos días y el máximo vendría a ser doce años.

Por ende, correspondería dentro de ese marco determinar la pena judicial, es decir bajos criterios de determinación judicial contenidas en el art. 45 del Código Penal.

Séptimo: El Art. 20 numeral 1 del Código Penal ataca la imputabilidad, es decir la capacidad de responder penalmente, quedando establecido esto cuando sugiere que será exento de responsabilidad penal cuando sufra de grave alteración de la conciencia no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión.

El art. 21 establece que si esta eximente no desaparece totalmente la responsabilidad el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena a límites inferiores al mínimo legal. Consideramos que el vocablo "podrá" esta circunscrito no a la aplicación de la atenuación de pena, sino al criterio discrecional de la cuantía de reducción de pena, esto en función al grado o Intensidad en que opera la eximente, *esto básicamente en razón a que como dicho esta circunstancia afecta la imputabilidad, por ende la responsabilidad penal, en función a la razonabilidad también debe ser atenuada, o si se quiere el desvalor de la acción no resulta siendo tan reprochable como el que actúa con plena capacidad y conciencia.*

Respecto al art. 16 del Código Penal, consideramos que no existe discusión en que esta se funda en el desvalor del resultado, es decir en la intensidad como se afectó el bien jurídico.

Octavo: habiendo establecido que la aplicación de los criterios de disminución de pena resulta siendo obligatorios, porque incide en caso de la responsabilidad restringida en la madurez en su actuación frente a la sociedad, el estado alterado de conciencia en la imputabilidad o responsabilidad penal y la tentativa en el daño al bien jurídico, consideramos que en aplicación del principio de favorabilidad en la aplicación de leyes penales *no existe justificación para que estos criterios de disminución de pena no puedan aplicarse conjuntamente, máxime si todas estas en el análisis de los hechos han intervenido en la voluntad del ahora condenado, es decir los hechos lo cometió en estado de ebriedad moderado (alteración de la conciencia) y a la edad de 19 años - responsabilidad restringida (dato objetivo) y el delito ha quedado en grado de tentativa.*

Adicionalmente desde un punto de vista dogmático, estas circunstancias de modificación de pena no se excluyen, es decir no atacan un mismo elemento de responsabilidad de la misma forma.

En el presente caso el hecho es que el ahora condenado de diecinueve años de edad en un estado moderado de alteración de conciencia (estado ebriedad moderado) ha Intentado sustraer los bienes del agraviado mediando violencia.

Décimo: Al momento de establecer la pena conformada de tres años nueve meses y once días, con el representante del ministerio público se adoptó el sistema de tercios para la reducción, es decir identificado el tercio de la pena que oscila entre doce y veinte años, *se decidió rebajar un tercio de pena por cada circunstancia de disminución de pena, llegando así a establecer cuatro años de pena privativa de la libertad, y sobre ello se aplicó la reducción de 1/7 por el beneficio procesal de conclusión anticipada de juicio.*

Sin perjuicio de ello con el criterio establecido en la casación 335 - 2015, donde se establece que por la responsabilidad restringida debe estarse a la pena mínima legal establecida en el art. 29 del Código penal es decir de dos días, y dada que la criterio de disminución de pena refiere que por responsabilidad restringida esta no puede ser mayor a la pena mínima conminada en el tipo penal, es más tiene que ser menor a ella, en el presente caso menor a doce años, y si a ello le realizamos el sistema de tercios nos encontraríamos que en el tercio inferior no sería mayor a cuatro años, el tercio medio no mayor a ocho años y el tercio superior no mayor a 11 años 11 meses y 30 días; y si a esto tenemos en consideración el criterio de disminución de pena por la tentativa y la eximente imperfecta por estado de embriaguez, consideramos que la ubicación siempre ha de ser dentro del tercio inferior, y a ello le sumamos el beneficio procesal de reducción de pena de 1/7; estaremos en un pena razonable y compatible con la propuesta en el acuerdo arribado en la fiscalía.

5.1.6.1 Análisis

De lo expuesto se deduce en que la defensa técnica del acusado ampara su petición en que al existir circunstancia atenuante privilegiada, el espacio punitivo a imponerse al

delito imputado, se sitúa a partir de la pena mínima que es dos días y la pena máxima 12 años, esto bajo el razonamiento en que la pena debe calcularse por debajo del mínimo legal, por lo que se observa que no existe un criterio unificado, respecto a este problema, es de forma continua, sumado a ello el criterio discrecional que tiene el Juez al momento de imponer y determinar las circunstancias atenuantes privilegiadas influye en la falta de predictibilidad.

Por tanto, consideramos del análisis del recurso de casación interpuesta por el recurrente, se observa que guarda coherencia, con la falta de uniformidad de criterios que adopta la sala penal de apelaciones más aun cuando la sentencia de vista

5.1.7 Sentencia de casación

La Sala penal transitoria de la Corte Suprema mediante Casación N° 66-2017-Junin, su sentencia de casación y declaro fundado bajo los siguientes fundamentos:

Con relación a la determinación judicial de la pena, corresponde determinar la corrección de la sanción que se le impuso a GASPAR CORDIVA.

Así mismo la sala penal suprema señala que para determinar la pena concreta se debe de verificar los siguientes respecto a las circunstancias atenuantes privilegiadas:

El supremo tribunal considera que la tentativa (artículo 16 del CP), responsabilidad restringida por edad (artículo 22 del CP), responsabilidad por la eximente imperfecta penal (artículo 20 del CP), el error de prohibición vencible (art. 14 del CP), el 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 privilegiadas.

Bajo estas consideraciones y en atención, declaro FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la defensa contra la sentencia de vista de fecha veintisiete de setiembre del dos mil dieciséis y revoco la sentencia de primera instancia.

Y declararon NULA en el extremo de la pena impuesta, y actuado en sede de instancia revocaron la pena de seis años, diez meses y nueve días impuesta por el Juzgado penal Colegiado de Huancayo, REFORMADOLA le impusieron CINCO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.

5.1.7.1 Análisis

Del análisis de la sentencia de casación se deduce que al no existir unanimidad no resuelve el problema, más aun que existe voto singulares del magistrado PRADO SALDARRIAGA quien contiene una opinión diferente a los expuesto en los fundamentos dela sentencia, así mismo la sentencia no constituye sentencia vinculante, y esa condición no resuelve el problema, debido a que no vincula a los jueces para poder seguir el procedimiento para la determinación judicial de la pena, lo cual sigue y seguirá generando penas que no corresponde al delito, ajeno al principio de razonabilidad y proporcionalidad, y lesividad.

6 Conclusiones

❖ Del análisis del N° 03264-2015-0-1501-JR-PE-02, y del análisis de los pronunciamientos tanto del Juzgado Penal colegiado así como de la sala penal de apelaciones y Sala penal de la Corte Suprema, se afirma en que no existe un criterio uniforme respecto de la identificación de las circunstancias atenuantes privilegiadas dentro del Código penal, dejando espacio a la discrecionalidad del Juez para dosificación de la pena dentro del espacio punitivo con la concurrencia de las circunstancias atenuantes privilegiadas.

- ❖ Del análisis de los pronunciamientos y del desarrollo del marco teórico se afirma en que el criterio jurídico que adopta los operadores jurídicos para poder identificar el espacio punitivo con la concurrencia de las circunstancias atenuantes privilegiadas es un criterio personal, ajenos a un procedimiento basados en el principio de proporcionalidad y razonabilidad.
- ❖ El análisis de las sentencias en todas las instancias, se observa en que los errores en que se incurre para la determinación judicial de la pena es la identificación del espacio punitivo cuando en estos concurren circunstancias atenuantes privilegiadas, debido a que existe magistrados que optan el mínimo legal de dos días y el máximo legal para la pena básica prevista para el tipo penal dentro de un caso concreto

7 Aportes

- ❖ El análisis del expediente N° 03264-2015-0-1501-JR-PE-02, no permite aportar a la comunidad jurídica que a la fecha no existe uniformidad respecto a la identificación de las circunstancias atenuantes privilegiadas dentro del código penal, lo que influye a que las penas sean impuestas de forma discrecional y arbitraria en muchos casos, por ello la necesidad de poder uniformizar estos criterios para una dosificación racional de la pena es urgente en beneficio de los justiciables.
- ❖ En este mismo sentido del análisis del presente expediente, nos permite aportar a la comunidad jurídica en poder ampliar los espacios de debate jurídico sobre este problema a efectos de que se tome iniciativas que permita su incorporación dentro del sistema jurídico penal las circunstancias atenuantes privilegiadas, como si lo está regulado la concurrencia de las circunstancias agravantes calificadas, a efectos de poder garantizar la seguridad jurídica.

- ❖ En este mismo sentido el análisis del presente expediente N° 03264-2015-0-1501-JR-PE-02, nos permite aportar a la comunidad jurídica en la importancia que exista solución oportuna al respecto, debido a que la sentencia Casación N° 66-2017-Junin, no es vinculante, tal hecho genera espacios continuos para la discrecionalidad en la determinación judicial de la pena con la concurrencia de las circunstancias atenuantes privilegiadas, por lo que es urgente un acuerdo plenario que dé solución al problema materia del análisis del expediente..

8 Referencias bibliográficas

- Bacigalupo Enrique. (1984). La individualización Judicial de la pena. *Anuario de Derecho*, 564.
- Bramont Arias, L. (2005). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Lima: San Marcos.
- Cancho Espinal, C. (2017). *El Quantum del Dolor de la Pena e imputación penal*. Lima: Editores del Centro.
- Cerezo Mir, J. (2006). *Derecho Penal, Parte General. Obras Completas*. Lima: Ara Editores.
- García Cavero, P. (2007). *Derecho Penal económico*. Lima: Idemsa.
- Hurtado Pozo, J. (2011). *Manual De Derecho Penal Parte General Tomo II*. Lima: Idemsa.
- Mir Puig, S. (2011). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Edit. IBdeF.
- Muñoz Conde, F. (1998). *Derecho Penal Parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Peña Cabrera, R. (1983). *Tratado de derecho penal*. Lima: Sesator.
- Prado Saldarriaga, V. (2000). las consecuencias jurídicas del delito en el Perú. *Gaceta Jurídica*, 546.
- Reategui Sánchez, J. (2016). *Tratado De Derecho Penal Parte General, tercera edición*. Lima: Legales.
- Rodríguez Martínez, C. (2012). *Manual de derecho penal parte general*. Lima: Jurídica Americana.
- Sánchez Espejo, F. G. (2016). *La investigación científica aplicada al derecho*. Lima : Normas Jurídicas.
- Suni, L. (2015). *Ley de conciliación extrajudicial y los conflictos civiles en la región Puno*. Juliaca: Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez.
- Villa Stein, J. (2014). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Ara.
- Villavicencio Terreros, F. (2007). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Grijley.
- Ziffer Patricia, S. (1998). El deber de la fundamentación de las decisiones judiciales y la determinación de la pena. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 567.

9 Anexos.