



**Sumilla:** 1). La agravante concurso de personas en el delito de extorsión (Art.200. "b" quinto párrafo CP) cuenta con una redacción especial que exige que en el acometiendo de la amenaza (y no en otros elementos o momentos) sea con la participación de dos o más personas. Luego, si solo una persona realizó la amenaza y otros intentaron recoger el dinero, la extorsión tentada se torna en simple o básica. 2). Ante esta, la correcta tipificación, ahora sí, la pena convertida y suspendida resulta proporcional al grado del injusto y al grado de culpabilidad de los acusados. 3). En la determinación de la pena y ante delito de mediana a leve gravedad, ahora, deberá tenerse en cuenta el inconstitucional hacinamiento de los penales del país que torna en vulnerable a su población ante el virus SARS-CoV-2 (COVID-

## SENTENCIA N° 45-2020-JPCSP

### **Resolución Nro. 08-2020**

Arequipa, veintiocho de mayo

De dos mil veinte.

### **I. PARTE PRELIMINAR**

#### **PRIMERO. NOMBRE DE LOS JUECES Y LAS PARTES**

##### **1.1 Miembros del Colegiado**

1.1.1 Juez: Rene Castro Figueroa (Presidente).

1.1.2 Juez: David Mendiguri Peralta (Ponente de la sentencia).

1.1.3 Jueza: Danitza Sánchez Herrera (tercer integrante).

##### **1.2 Partes en el juicio**

1.2.1 Los acusados:

a) La acusada Mitzy Milagros Flores Alfaro, estuvo defendida por el defensor público Percy Manchego Arotaipe.

b) El acusado Johe Alberto Salas Chapi, estuvo defendido por la abogada Jessica Zúñiga Ortíz.

1.2.2 El Ministerio Público estuvo representado por el Fiscal Provincial, Dr. Claudio Héctor Gonzales Masco.

1.2.3 No hay actor civil.

#### **SEGUNDO. DATOS PERSONALES DE LOS ACUSADOS**

2.1. **MITZY MILAGROS FLORES ALFARO**, identificada con DNI 46770041; edad 29 años, fecha de nacimiento el 09 de febrero de 1991, natural de Arequipa, hija de Eloy y Zaida, estado civil soltera, grado de instrucción secundaria completa y con domicilio en anexo El Dique sin número, provincia de Castilla y departamento de Arequipa.

2.2. **JOHE ALBERTO SALAS CHAPI**, identificado con DNI 48859185; edad 25 años, fecha de nacimiento el 29 de julio de 1995, natural de Uraca, Castilla, Arequipa, hijo de Pablo y



Yeni, estado civil soltero, con grado de instrucción de superior incompleta y con domicilio en Urb. Tahuantinsuyo, calle Fuerte Arica s/n del distrito de Miraflores, provincia y departamento de Arequipa.

### **TERCERO. ITINERARIO PROCESAL**

Remitido el expediente a éste Despacho Judicial, se dictó el auto de citación a juicio oral, esto en la resolución número uno de fecha veintiocho de enero del dos mil veinte. El día treinta de abril de dos mil veinte se instaló el juicio oral, realizándose en cinco sesiones virtuales desarrolladas por la plataforma Google Meet debido al aislamiento social obligatorio decretado en nuestro país desde el 16 de marzo del presente año.

En la instalación de juicio, mediante resolución de fecha once de mayo del presente año se dispuso la separación de la imputación de los hechos atribuidos al acusado Dominic Escate Mejía y, se dispuso, dado que este no tenía la calidad de preso preventivo, su juzgamiento una vez levantada el Estado de Emergencia. Luego de ello, los acusados Mitzy Milagros Flores Alfaro y Johe Alberto Salas Chapi, debidamente asistidos por sus abogados, reconocieron su responsabilidad penal y civil por los hechos imputados, acogiéndose al procedimiento de conclusión anticipada de juicio. Expusieron acuerdo en cuanto a la reparación civil y pena. Se declaró concluido el juicio oral y el estado del proceso es de dictarse sentencia.

## **II. PARTE EXPOSITIVA**

### **CUARTO. HECHOS IMPUTADOS Y CARGOS ATRIBUIDOS**

#### **4.1. Hechos imputados**

##### **4.1.1. Cargos concretos**

a) Se imputa a la acusada Mitzy Milagros Flores Alfaro, brindar información, respecto de las posibilidades económicas del agraviado, número de celular y demás datos (que tenía esposa e hija y lugar de trabajo) del agraviado Willy Villalta Mamani, al extorsionador conocido como el "jefe", aprovechando que era una persona cercana al agraviado, su amante. Así mismo la acusada, persuadió al agraviado Willy Villalta Mamani, a entregar el dinero que le solicitaba el extorsionador el "jefe", ello con la finalidad de recibir una ventaja económica, ya que por su participación le correspondería la suma de S/1000.00 soles.

La ahora acusada Mitzy Milagros Flores Alfaro, mediante señas con su mano y su cabello alertó a los coacusados Johe Alberto Salas Chapi y Dominic Snayder Escate Mejía, de la presencia Policial (operativo para identificar y capturar a los extorsionadores) en el lugar pactado para la entrega de dinero producto de la extorsión, con la finalidad que estos se dieran a la fuga.

Finalmente, la ahora acusada Mitzy Milagros Flores Alfaro, le ordenó al coacusado Johe Alberto Salas Chapi que recogiera el sobre que contenía el dinero producto de la extorsión e indicó que cada uno de los coacusados recibiría la suma de S/. 100.00 soles.

b) Se imputa al acusado Johe Alberto Salas Chapi, ser la persona encargada de recoger el sobre que contenía el dinero producto de la extorsión y tener conocimiento de dicho ilícito, en



agravio de Willy Villalta Mamani, ello en coordinación de la coacusada Mitzy Milagros Flores Alfaro, quien le indico que recibiría la suma de S/100.00 soles.

#### **4.1.2. Detalle de los hechos y sus circunstancias**

##### **a) Circunstancias precedente**

En abril y mayo del 2019, el agraviado Willy Villalta Mamani conoció a la persona de Mitzy Milagros Flores Alfaro, con quien en forma esporádica mantenía relaciones de tipo sexual, y esto permitió cierta cercanía entre ambos.

##### **b) Núcleo de la imputación y circunstancias concomitantes**

El día 01 de agosto del 2019 a las 23.30 horas aproximadamente el agraviado Willy Villalta Mamani recibió una llamada telefónica a su número celular 993220904 realizada desde el número de 971193597, siendo que una persona de sexo masculino le manifestó lo siguiente "hola, quiero conversar contigo, quiero arreglar un problema por la buena, a mí me pagaron para matar a tu mamá tu esposa a tu hija y a ti. Así mismo agregó que no quería chocar con mujeres pidiéndoles la suma de 20,000 soles, procediendo a cortar la llamada.

El 02 de agosto del 2019 a las 12.50 horas volvió a recibir una segunda llamada del mismo número y por el mismo sujeto quien le manifestó lo siguiente "que juntara el dinero, ya que le pagaban la suma de S/. 35.000.00 soles, y que le diera el 50% de dicha cantidad" volviendo a cortar la llamada, en la misma fecha pero a las 19.30 horas vuelve a recibir otra llamada al agraviado donde le dice que se acerque a la pollería el Galpón en la Av. Estados Unidos, manifestándole el agraviado que solo había conseguido la suma de 4.000.00 soles, indicándole además que estaba siendo observado, por lo que este sujeto (extorsionador) le dijo que juntara la mitad del dinero, precisando que el agraviado también recibía mensajes amenazantes vía WhatsApp del N° 989536793 en la fecha 05 de agosto del 2019 a las 16.12 horas aproximadamente, el agraviado recibe una llamada del celular N° 935250996 siendo que el agraviado le decía que tenía la suma de S/.12.000.00 soles siendo que este sujeto le manifestó que a las 19.00 horas entregue esta cantidad a sus cómplices y que debería juntar los otros 12.000.00 soles, es así que el agraviado estando en espera de la llamada para el referido encuentro recibe una llamada telefónica de un sujeto desconocido, quien dijo que por motivos que estas llamadas telefónicas fueron comunicadas por el agraviado a la imputada Mitzy Milagros Flores Alfaro, esta última le manifestó que a ella también la llamaban para amenazarla y preferible era realizar la entrega de dinero.

Es así que el día 06 de agosto del 2019, a las 10.25 horas, personal policial-secuestros con participación del RMP, se constituyen en la intersección de la Av. Evitamiento con la Variante de Uchumayo en el frontis de la Empresa Eli, sitio en la Av. Uchumayo 204 ubicada en el distrito de Cerro Colorado donde labora el agraviado, para efectos de que se proceda a la intervención de los extorsionadores, es así que el equipo personal policial se colocó en puntos estratégicos del mencionado lugar, en instantes en que se observa la llegada de los imputados Johe Alberto Salas Chapi y Dominic Shayder Escate Mejía, quienes llegaron al lugar en una camioneta roja del cual descienden para recoger el dinero, siendo que en esos instantes la



imputada Mitzy Milagros Flores Alfaro, quien se encontraba acompañando al agraviado Willy Villalta Mamani, realiza unas señas con la mano en su pelo para alertar a sus co-imputados a fin que se fugaran; sin embargo, en esos momentos son intervenidos por persona policial.

**c) Circunstancias posteriores**

El personal policial al intervenir a los imputados, y previo interrogatorio de Mitzy Milagros Flores Alfaro, habría reconocido su participación en el suceso delictivo, y habría sindicado la participación de Jhonatan Aguirre Alva, persona aun por identificar plenamente, (quien se da a la fuga en la camioneta roja no siendo alcanzada por personal policial) y precisando que esta persona era llamado como "el jefe" y quien se habría encargado de realizar las llamadas extorsivas al agraviado con ayuda de los dos coimputados Johe Alberto Salas Chapi y Dominic Snayder Escate Mejia.

**4.2. Calificación jurídica**

El Ministerio Público calificó los hechos descritos como el delito de Extorsión Agravada en grado de tentativa, previsto en el artículo 200, primer y quinto párrafo inciso "b" del Código Penal y les atribuyó la calidad de coautora y cómplice secundario, respectivamente a la acusada Flores y Salas.

**4.3. Pretensión punitiva**

En escrito de acusación se solicita se le imponga a Flores Alfaro y a Salas Chapi, quince años de pena privativa de libertad, empero al proponer sus acuerdos solicitó para aquélla cuatro años de pena privativa de la libertad efectiva convertida a jornadas de prestación de servicios y para éste, tres años y seis meses de pena privativa de libertad suspendida, acotando además una pena de inhabilitación para ambos.

**4.4. Pretensión Civil**

El Ministerio Público solicitó que se ordene a los referidos acusados, el pago de S/. 500.00 (quinientos soles), a cada uno por concepto de daño moral.

**QUINTO. POSICIÓN DE LOS ACUSADOS**

La Defensa técnica de los acusados Johe Alberto Salas Chapi y Mitzy Milagros Flores Alfaro señaló como estrategia defensiva, aceptar los cargos y acogerse a la conclusión anticipada del proceso, y a su turno, ellos mismos aceptaron los hechos y los cargos.

**III. PARTE CONSIDERATIVA**

**FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO**

**SEXTO. DE LA CONCLUSIÓN ANTICIPADA DE JUICIO**

La conclusión anticipada de juicio deriva de la necesidad de conseguir una justicia rápida y eficaz, respetando el principio de legalidad procesal, requiere en **primer lugar** de una manifestación expresa de conformidad de los cargos por los acusados y la imposición de una sanción penal y una reparación civil, importa la renuncia a la actuación de pruebas y al derecho a un juicio público, constituye un acto de disposición del propio proceso, esto es, que la teoría del caso del Ministerio Público sea cierta.



En **segundo lugar**. Conforme al artículo 372.5° del Código Procesal Penal, el Juzgador respetará la descripción del hecho, vinculación absoluta con los hechos o inmodificabilidad del relato fáctico (*vinculatio facti*).

En el presente caso, los imputados han aceptado haber cometido los hechos materia de acusación. Tal aceptación no es lo único que ha ocurrido, sino que estamos ante una conformidad absoluta y plena. Se trata, en suma, de un allanamiento – confesión, pues no sólo se aceptaron los hechos, sino que no se cuestionó la pena reformulada por el Ministerio Público ni la reparación civil; es más se realizó el pago íntegro de la reparación civil y a modo de liberalidad se pagó una suma adicional.

En tal virtud, con arreglo a la acusación fiscal, aceptada por los imputados y su defensa, se tiene por probados los hechos narrados en la acusación expuesta (véase 4.1.) de la presente sentencia.

Ahora por razones de legalidad y justicia, el Juzgado puede y debe realizar un control respecto de la tipicidad y del título de la imputación.

## **SÉPTIMO. SUBSUNCIÓN JURÍDICA**

### **7.1 Juicio de tipicidad**

#### **7.1.1 Norma penal postulada**

La Fiscalía ha postulado que los hechos se subsumen al delito de extorsión agravado por el concurso de dos o más personas, y cita el artículo 200° primer párrafo concordado con el quinto párrafo inciso “b” del Código Penal, que establece:

*“El que mediante violencia o amenaza obliga a una persona o a una institución pública o privada a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años”. La pena será no menor de quince ni mayor de veinticinco años e inhabilitación conforme a los numerales 4 y 6 del artículo 36, si la violencia o amenaza es cometida: (...) b Participando dos o más personas”.*

#### **7.1.2. Análisis de tipo de lo injusto**

##### **a) Tipo base**

De la ubicación y la redacción del tipo, se infiere que este delito protege el patrimonio, la libertad personal y la integridad personal. Tanto el sujeto activo como pasivo, pueden ser cualquier persona, es pues un delito común. Es un delito de medios determinados, pues el agente o sujeto activo tiene que valerse o bien del uso de la violencia o amenaza para obligar al sujeto pasivo a otorgarle una ventaja (económica o de cualquier otra índole) indebida.

La amenaza consiste en el anuncio de un mal o perjuicio inminente para la víctima, cuya finalidad es intimidarla. No es necesario que la amenaza sea invencible, sino meramente idónea o eficaz<sup>1</sup>. El delito de extorsión se constituye en hecho punible complejo y de resultado. En tal sentido, nada se opone a que el desarrollo de la conducta se quede en grado de tentativa.

<sup>1</sup> , Ramiro SALINAS SICCHA. Derecho Penal Parte Especial. 6ta edición. Volumen 2. Editorial Grijley. Lima. 2015. p. 1237.



No está demás decir que este delito es doloso, es decir, el agente debe realizar la acción con conocimiento y voluntad.

**b) Tipo agravado de primer nivel: “participación de dos o más personas”**

El texto de la ley (quinto párrafo inciso “b” del artículo 200 CP) exige que *“la violencia o amenaza sea cometida participando dos o más personas”*. Nótese que el Legislador para aplicar esta agravante ha delimitado la participación de los agentes exclusivamente a los medios típicos y no a otros elementos del delito, como puede ser el acto de recepción de la ventaja indebida. En efecto, desde una interpretación literal y restrictiva del dispositivo, no hay mayor discusión de los significados que tiene cada palabra (análisis semántico) que compone la agravante: *“amenaza”*, *“cometida”*, *“participando dos personas”*, pues la *amenaza* es el anuncio de un mal, el término *“cometida”* aunque en desuso es la acción de acometer y ésta significa *“decidirse a una acción o empezar a ejecutarla”*; y finalmente, el término *“participando”* es el gerundio<sup>2</sup> de *participar* que significa tomar parte de algo. Ahora, de acuerdo al orden en los que están redactados estos términos (análisis sintáctico) y a lo que conceptualmente significa un gerundio, la *participación* (tomar parte de algo) de dos personas exige la simultaneidad en la acción acometida<sup>3</sup>, es decir, que únicamente se agrava la extorsión cuando en el preciso momento que se desarrolla la amenaza participe por lo menos dos personas.

A esta interpretación literal, que debo decir es la que en mayor medida satisface el principio de legalidad en materia penal, podría cuestionarse que es una forma de redactar que no incide en el fundamento de la agravante, esto es, la mayor antijuridicidad del injusto cuando en el hecho concurre más de dos personas. Así, por ejemplo, los tratadistas Fidel ROJAS<sup>4</sup> y Salinas SICCHA<sup>5</sup>, sostienen que esta agravante (cuando analizan el de delito de hurto y el de robo) tienen como fundamento la facilitación de la comisión del delito y que eso solo ocurre cuando los intervinientes actúan en calidad de coautores (no cuando son cómplices ni inductores), porque el número de intervinientes merma significativamente la defensa de la víctima en el momento de la sustracción y apoderamiento. Pero, si trasladáramos esos fundamentos al delito de extorsión, la única forma de cumplir tal fundamento, es exigiendo precisamente que la intervención sea al momento de realizar los medios típicos o cuando estos se extienden en el tiempo, no antes ni después.

Por lo tanto, se configura la agravante en mención, cuando la *participación de dos personas sea exclusivamente para acometer la violencia o amenaza* y no en otro momento ni para otros elementos del tipo ni mucho menos para la fase de recepción de la ventaja económica.

<sup>2</sup> El **gerundio** es la forma no personal o impersonal de un verbo (así como lo son los verbos en infinitivo y en participio pasado) e indica que la acción está pasando, realizando o llevando a cabo.

<sup>3</sup> Lo que no sucede por ejemplo en delito de robo y hurto agravado, en la que la agravante por concurso de personas, el legislador hace alusión “si el hurto” o “robo” es cometido “mediante el concurso de dos o más personas” o “con el concurso de dos o más personas”, respectivamente, es decir, aquí la norma no delimita en qué momento o hacia qué elemento del tipo se exige la pluralidad de agentes.

<sup>4</sup> Rojas Vargas, Fidel, Delitos contra el patrimonio. Vol. I, Grijley, Lima, 2000, p. 251 y 430.

<sup>5</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. Derecho Penal Parte Especial, cit. p. 987, estos mismos argumentos los traslada cuando analiza el delito de extorsión, pero sin advertir el detalle de la diferente redacción, véase nota 3.



### 7.1.3. Juicio de subsunción típica

#### a) Tipo de extorsión simple

En el presente caso, los hechos aceptados se subsumen a los elementos básicos del delito de extorsión, pues se dio probado que entre el 1 a 5 de agosto de 2019, un sujeto no identificado (*sujeto activo*) realizó llamadas y envíos de mensajes amenazantes al agraviado Willy Villalta Mamani (*sujeto pasivo*) consistentes en que iban a matar a su esposa, hija, madre y a él mismo (amenaza) si no le daba la suma de veinte mil soles (*ventaja económica indebida*), causando, con ello, que el agraviado se agenciara de la suma de doce mil soles y que estaba presto a entregarlos el 6 de agosto de mismo año, pero gracias a la intervención policial se evitó dicha entrega y se pudo capturar a los acusados Salas Chapi quien fue contratado para recoger dicha suma de dinero por la acusada Flores Alfaro, quien a su vez, dio información personal para concretar las llamadas y evitó, gracias a sus señas, que se capturara a otra persona que fugó en una camioneta.

De las conductas objetivas, se infiere que ambos acusados tenían pleno conocimiento de sus acciones, esto es, conocía que obligar al agraviado, mediante amenazas, implicaba el tipo objetivo del delito de extorsión, aun así, continuaron su actuar.

#### b) Grado de ejecución del delito

En cuanto al grado de ejecución del delito, la doctrina nacional estima que el delito de extorsión se perfecciona en el momento en que se materializa la entrega por parte de la víctima de la ventaja exigida por el agente, es decir, hay consumación cuando la víctima se desprende de su patrimonio independientemente de que el agente entre en posesión de esos bienes<sup>6</sup>. Ello, en el caso, no sucedió debido a la intervención policial.

#### c) Grado de participación

En el presente caso, la Fiscalía, en alegatos finales corrigió el grado de participación del acusado Sala Chapi, pues sostuvo que actuó como cómplice secundario y no, como lo consideró en el escrito de acusación, como coautor. Tal calificación se comparte, pues la sola intervención al momento del recojo del dinero a cambio de un pago –solo eso se le imputó como aporte en el acontecimiento– descarta el dominio de la totalidad del hecho, pues su intervención fue con posterioridad a los actos intimidantes. Nadie puede dominar algo que ya aconteció. Luego, valorando su aporte, si bien aún en la fase de ejecución, se tornó uno de poca entidad de cara a la consumación, en tanto la autoridad ya controlaba el evento. Por lo tanto, debe responder como cómplice secundario.

No sucede lo mismo con la acusada Flores Alfaro, pues ella no solo brindó información personal del agraviado para efectivizar las amenazas (aporte esencial) sino que “persuadió” en la entrega y permitió la huida de una persona no identificada al momento que iba a realizarse la entrega de dinero. Por lo tanto, codominaba el evento, pero no hay fáctico que ella también haya participado en ejercer las amenazas. Por tanto, responde como coautora.

<sup>6</sup> Véase por todos, Ramiro SALINAS SICCHA, Derecho penal. Parte Especial, cit. p. 1258.



#### **d) Sobre la agravante de participación de dos o más personas**

Sentada la premisa normativa que esta agravante exige la inmediatez de la intervención de dos o más personas cuando la amenaza se esté ejecutando, es de verse que los hechos planteados por la Fiscalía no subsumen a ella. Veamos.

Dentro del fáctico se aprecia que la amenaza se realizó en una sola oportunidad, esto es, el día 01 de agosto de 2019 y, la acusación sostiene, que fue una sola persona de sexo masculino que hizo esa llamada. Las tres llamadas restantes (del día 2 y la del 5 del mismo mes y año), tal cual está en la acusación, no hubo amenazas en sentido estricto, sino coordinación de la entrega y monto del dinero, pero en todo caso, los hechos (si se asume que el recibir llamadas en este contexto ya implica intimidación) describen a solo una persona realizarlas. Luego, solo una persona cometió las llamadas amenazantes y no dos o más de dos.

Si bien la acusada Flores Alfaro, “persuadió” al agraviado a que entregara el dinero (porque supuestamente a ella también le habría amenazado), es claro que ella no ejerció la amenaza propiamente dicha y no hay dato en la acusación que esa “persuasión” sea en el preciso momento en el que se realizaba el acto amenazante, que como se dijo acaeció en la primera llamada.

Por lo tanto, se reitera que, si bien formalmente se puede decir que participaron más de dos personas en los hechos, empero esa participación no fue en el preciso momento de ejercer la amenaza, que es lo que importa para agravar la conducta.

Aquí es pertinente precisar que no existe modificación de fácticos y si bien este planteamiento no fue anunciado a las partes, se podría alegar sorpresa, empero en estricto no tendrá –como se verá más– mayor consecuencia en la determinación de la pena (como se verá se aprobará los acuerdos), en tanto que la pena de inhabilitación que postuló la Fiscalía también debe ser objeto de control de legalidad, es decir, aun asumiendo la agravante, igual la pena de inhabilitación acordada no es pertinente para este caso sino para las otras agravantes del mismo párrafo, como por ejemplo el uso de explosivos o a mano armada o aprovechando su condición de integrante de construcción civil.

#### **7.2 Juicio de antijuricidad**

En el presente caso no se ha planteado la concurrencia de una causa de justificación, luego la conducta desplegada por los acusados no sólo se contraponen o transgreden la norma penal en particular (antijurídica formal) sino también es opuesta al derecho en general (antijuricidad material) que comprende el mandato natural de respetar el patrimonio y la libertad.

#### **7.3 Juicio de Culpabilidad**

Del mismo modo no se ha postulado causa de exclusión de la culpabilidad, luego el hecho de haber aceptado los cargos imputados voluntariamente, previa consulta con sus abogados defensores, sin haber advertido al juzgado ninguna deficiencia de tal naturaleza, denota pleno ejercicio de sus facultades mentales y además que no se tratan de persona iletradas, sino por el contrario Johe Alberto Salas Chapi cuenta con estudios superiores incompletos y Mitzy Milagros Flores Alfaro cuenta con secundaria completa; lo cual permite concluir que son



plenamente imputables. Asimismo, es pertinente agregar que a los acusados no se les ha exigido ningún comportamiento extraordinario.

#### **7.5. Responsabilidad penal**

Estando a lo expuesto en los considerandos precedentes, resulta plenamente determinada la responsabilidad penal de los acusados, en consecuencia, resultan pasibles de una sanción penal conforme a derecho.

### **OCTAVO. ANALISIS SOBRE LA PENA**

#### **8.1. Pena consensuada**

En el presente caso, las partes han arribado a un acuerdo sobre la aplicación de la pena y su ejecución.

Respecto del acusado Salas Chapi estiman que la complicidad secundaria justifica la rebaja de la pena hasta la mitad de los quince años, luego un sétimo por conformidad procesal y dos años adicionales por la tentativa; y, finalmente, por proporcionalidad se debe reducir aún más hasta una pena privativa de libertad de tres años y seis meses suspendida bajo reglas de conducta.

Con respecto a la acusada Flores Alfaro, estiman que por la tentativa del delito se debe rebajar a siete años y seis meses, luego descontar un año por la conclusión anticipada y; finalmente, por proporcionalidad, dos años y seis meses, para llegar a cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, pero convertida a prestación de servicios a la comunidad.

En su razonamiento el Fiscal, para ambos acusados, postula el principio de proporcionalidad y humanidad en la imposición de la pena, basa su petición en las recomendaciones de Organismos Internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos que recomienda la no imposición de penas altas a delitos que no son muy graves, tanto más (dice el Fiscal) el estado de emergencia que se encuentra el país por la propagación del virus COVID-19 y las condiciones carcelarias de los penales de nuestro país.

#### **8.2. Análisis jurisdiccional de los acuerdos sobre la pena**

El control de la razonabilidad de la pena está centrado en el examen del quantum de la pena. El Juez ha de realizar una valoración que evite que se vulnere, por exceso o por defecto<sup>7</sup>, el principio de proporcionalidad, y se lesione la finalidad de la pena. Por consiguiente sólo podrá rechazar el acuerdo si de modo palmario o evidente se estipule una pena evidentemente desproporcionada o que se lesione ostensiblemente el principio preventivo<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> En efecto, "...si se reconoce que, en razón del principio de lesividad, el derecho penal tipifica atentados contra bienes de relevancia constitucional y, singularmente, contra derechos fundamentales, procurando su protección (STC 0019-2005-PI/TC, fundamento 35); el principio de proporcionalidad de las penas, prima facie, también implica una "prohibición por defecto", es decir, la prohibición –cuando menos como una regla general no exenta de excepciones– de que la pena sobredisminuya la responsabilidad por el hecho" Véase STC N° 01010-2012-PHC/TC (Fund. 5).

<sup>8</sup> Véase el Acuerdo Plenario N° 5-2009/CJ-116 de fecha 13 de noviembre de 2009. Fundamento 11, que la Corte Suprema ha dictado para el proceso de terminación anticipada, pero es perfectamente aplicable a la conformidad procesal debido a que ambos se basan en el consenso procesal.



### 8.2.1. Determinación del marco penal abstracto

Descartada la agravante de participación de dos o más personas postulada por el Ministerio Público, la pena básica que corresponde al delito de extorsión básica prevista en el artículo 200° primer párrafo del Código Penal, es entre diez a quince años de pena privativa de libertad.

### 8.2.2. Sobre la justificación de la rebaja de pena por tentativa

#### a) Consideraciones conceptuales

Tal cual se apreció de la subsunción de los hechos, el presente caso de extorsión quedó en grado de tentativa debido a que de los fácticos no se aprecia que el agraviado finalmente haya entregado la ventaja exigida por el agente. Por lo que concurre la **tentativa** (art. 16 de CP), que habilita rebajar la pena prudencialmente.

Ahora, como se puede ver el Legislador ha renunciado –como sí lo hace con respecto a la reincidencia– en este supuesto a establecer una reducción porcentual (fijar el marco abstracto o el cantidad de la rebaja), remitiendo al órgano jurisdiccional dicha labor<sup>9</sup>. El Juez supremo Prado Saldarriaga estima, por ejemplo, que “*la degradación punitiva –a la que él denomina causales de disminución de la punibilidad–, siempre en línea descendente, tendrá como único límite la proporcionalidad que acuerde el Juez luego de una lectura razonable y prudente<sup>10</sup> del suceso fáctico, de sus dimensiones antijurídicas así como niveles de intervención...*”<sup>11</sup>. Entonces, ¿cuánto bajar la pena sin que esta resulte desproporcional?

Las líneas jurisprudenciales de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, hasta donde se llega a conocer, aún no hay uniformidad en considerar a la tentativa como una *circunstancia atenuante privilegiada*. Así la Casación N° 1083-2017-Arequipa de fecha 14 de agosto de 2018 (Ponente Sequeiros Vargas<sup>12</sup>) estableció:

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

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

<sup>9</sup> En contra de esta posición Francisco Celis MENDOZA AYMA. *Determinación de la pena. Legalidad y proporcionalidad. Circunstancias atenuantes privilegiadas*. En: *Lp Legis.pe*, agosto 2017. Véase: [legis.pe](http://legis.pe) (consultado el día 25 de octubre de 2017), quien sostiene que será el artículo 29 del Código Penal que fijará nuevo marco penal abstracto mínimo de dos días, empero tal planteamiento, genera consecuencias absurdas afectando el principio de proporcionalidad por defecto y vaciando de contenido al efecto preventivo del delito, pues se genera la posibilidad de que se imponga 2 días de pena por un delito de extorsión, y, a juicio de Tribunal Constitucional también violaría el principio de legalidad al tener un margen tan amplio véase STC N° 00010-2002-AI-TC. Fund. 205.

<sup>10</sup> Acto de entendimiento que permite prever sucesos y tomar decisiones correctas apoyadas en la deliberación, el consejo, la experiencia, lo cognitivo, la habilidad intelectual que se tiene y que se ha adquirido con el devenir de los años; que le posibilitarán elementos y tomar una decisión con certeza para superar una incertidumbre presente. Véase Fermín TORRES ZARATE. *La Prudencia Judicial*. En: <http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/download/362/351>.

<sup>11</sup> Víctor Roberto PRADO SALDARRIAGA. *Consecuencias Jurídicas del Delito. Giro Punitivo y nuevo marco legal*. Idemsa, Lima, 2016, p. 268.

<sup>12</sup> Esta casación fue emitida por la Sala Pena Permanente conformada por los jueces supremos San Martín Castro, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Sequeiros Vargas y Chávez Mella. En la que se juzgó un delito de violación sexual que prevé una pena de 30 a 35 años, y, juzgo razonable por la tentativa rebajarle hasta la mitad de ese mínimo, esto es, 15 años.



- La tentativa como causa de disminución de punibilidad se halla regulada en el segundo párrafo del artículo dieciséis del Código Penal, que establece: “El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena”. Este precepto concede al juez penal la facultad para establecer la reducción de la sanción atendiendo a diversos factores, entre ellos, los efectos generados por el hecho tentado.

- A partir de lo mencionado, surge una primera cuestión respecto al momento operacional a partir del cual se efectúa la reducción de la sanción. Si bien la imposición de la sanción debería ser por debajo del mínimo legal, su utilidad jurídica, así como su operatividad, distan de una auténtica circunstancia privilegiada” (subrayado y énfasis nuestro).

De otro lado, se tiene el Recurso de Nulidad N° 1138-2018-Lima Sur de 11 de febrero de 2019 (Ponente Príncipe Trujillo<sup>13</sup>) en la que se estableció:

“Así, conforme al literal “a” del numeral tres del artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal, se señaló que: “Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera: Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior”. En ese sentido, para el presente caso se determinó la existencia de la tentativa y la responsabilidad restringida, por lo que estas dos circunstancias de atenuación privilegiada de forma conjunta llevan a establecer como nuevo marco punitivo que deberá servir para determina la pena concreta por debajo del marco contemplado para el segundo párrafo del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal, es decir, por debajo de los veinte años. De este modo, el nuevo marco para determinar la pena concreta deberá ubicarse en el marco regular contemplado para el primer párrafo, es decir, no menor de doce ni mayor de veinte años” (subrayado énfasis nuestro).

Como se puede apreciar de ambas Ejecutorias Supremas, respecto a la tentativa, hay pues a nivel de Corte Suprema notables discrepancias. En una se sostiene que es una causal de disminución de punibilidad e incluso niega que sea una circunstancia de atenuación privilegiada; en cambio, en la otra no solo afirma expresamente que tiene la calidad de ser una circunstancia atenuante privilegiada, sino que la consecuencia de ello es que la tentativa generar un nuevo marco punitivo. En lo que sí están de acuerdo ambas líneas jurisprudenciales es que la tentativa permite rebajar la pena por debajo del mínimo legal<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Esta Ejecutoria Suprema fue emitida por la misma Sala Penal Permanente, pero integrada por los jueces supremos San Martín Castro, Arias Lazarte, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas y Chávez Mella. En ella se juzgó un caso de robo agravado del artículo 189 segundo nivel que prevé una pena de 20 a 30 años privativa de libertad

<sup>14</sup> En contra de esta postura Roberto Carlos REYNALDI ROMÁN. “Criterios para determinación judicial de la pena en supuestos de tentativa. La prognosis de pena del delito consumado, como referente de la disminución prudencial”: En: *Lp Pasión por el Derecho*, publicado set-2018, véase: <https://lpderecho.pe/criterios-determinacion-judicial-pena-tentativa/> (Consultado 27/05/2020), quien niega explícitamente que la tentativa sea una circunstancia atenuante y postula que el parámetro o punto de partida para aplicar la disminución prudencial (no es el mínimo ni el máximo legal) implica establecer “**pena concreta**” que debería corresponder al delito si éste se hubiera consumado” y a partir de allí disminuirlo de acuerdo con la naturaleza, clase y características de la tentativa. Criterio interesante, empero más allá de adjetivar a la tentativa como una circunstancia atenuante, lo cierto es que tal planteamiento exige realizar una prognosis (que ya de por sí es valorativo) en base a unos “hechos” no acontecidos en la realidad, es decir, *la consumación* que generalmente exige la concurrencia de un resultado, entendido como efecto, generalmente material y externo, que recae sobre el objeto material: persona o casa sobre la que iba a recaer la acción tentada. Creo que lo más lógico es valorar el “grado de la ejecución alcanzado y qué peligro inherente



Ahora, asumiendo que el fundamento de la tentativa es el *disvalor de la acción* y teniendo en cuenta que el Legislador ha impuesto la rebaja en forma obligatoria, se considerará para rebajar la pena en forma prudencial, el mayor o menor grado de materialización de la peligrosidad de la acción desde el punto de vista *ex ante* en el caso concreto y, por otro lado, si se han realizado todo o parte de los actos ejecutivos<sup>15</sup>.

#### **b) Análisis del caso**

La Fiscalía ha propuesto (aunque asumiendo que concurría la agravante) una rebaja prudencial de la mitad del mínimo legal. Siendo consecuente con su postura, la mitad de esa pena, ahora en el caso del delito de extorsión básico, es la de cinco años de pena privativa de libertad, pues el mínimo legal para el tipo base del delito de extorsión es de diez años.

Al respecto, el Colegiado, con respecto al grado de materialización de la peligrosidad de la acción, aprecia que se trató de cuatro llamadas telefónicas y mensajes por WhatsApp. La imputación sostiene que el anuncio del mal fue uno indirecto y condicional: “conseguir dinero a condición de no matar a su familia”. En la imputación se describe que ese anuncio solo fue en la primera llamada: “quiero arreglar un problema por la buena, a mí me pagaron para matar a tu mamá, tu esposa a tu hija y a ti...no quiero chocar con mujeres?” y las otras fueron para coordinar la entrega del dinero. En la acusación no se describe en qué consistieron las “amenazas hechas por medio de WhatsApp”. Por lo tanto, visto aquellos actos en conjunto, la peligrosidad del acometimiento no denota gravedad, pues si entendemos que este delito protege la libertad de decisión, éste fue perturbado en suma con “palabras” que se hicieron llegar a su ámbito por medio de sistemas de comunicación másica, y, así reza la acusación, perturbó su libertad por espacio de 4 días, ya que en seguida denunció.

Por otro lado, si bien se realizó la amenaza y se solicitó la ventaja económica, lo que inicialmente determinó que el agraviado consiguiera una cierta cantidad de dinero, empero éste denunció a la autoridad policial, lo que determinó que ese dinero no sea entregado. Por lo tanto, el grado de realización de este hecho, al final (ya que la autoridad tenía cierto el control del evento) denota que el patrimonio escasamente podía ser dañado.

Dicho ello, la propuesta que realiza el representante del Ministerio Público, debe respetarse en tanto que resulta razonable de acuerdo a la peligrosidad del intento y al grado de ejecución.

#### **8.2.3. Determinación de la pena concreta**

##### **a) Sobre la conformidad**

En el presente caso, como se aprecia de los fundamentos de hecho, ambos acusados se acogieron al procedimiento de la conformidad procesal, prevista en el artículo 372.2 del Código Procesal Penal, por lo que les corresponde una reducción de hasta un sétimo de la pena, explicable por la propia ausencia de un juicio público y contradictorio, ello conforme al Acuerdo Plenario N° 05-2008-CJ/116. Por lo tanto, esta rebaja también deberá considerarse en la pena concreta final y así lo ha solicitado el acuerdo propuesto.

---

representó”. No podemos inventarnos un *disvalor de resultado* que no existió ni peor aún, valorar sobre un invento.

<sup>15</sup> Carlos María ROMEO CASABONA/Esteban SOLA RECHE/Miguel Ángel BOLDOVA PASAMAR. Derecho Penal. Parte General. 2da Edición, Comares, Granada, 2016. p. 189.



## **b) Sobre el principio de proporcionalidad**

### **b.1) La regla general: el grado de injusto es siempre el tope para imponer la pena**

Cierto es que el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal su texto original fue modificado por la Ley N° 28730 de 13 de mayo de 2006, pues su texto original era “*la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho*” ahora dice ello, pero se le agregó “*esta norma no rige en caso de reincidentes ni de habituales del agente del delito*”.

Del texto citado se desprende como regla general que la pena no puede sobrepasar –es decir, deberá ser proporcional– al hecho realizado por el agente. Es un tope máximo. Lo que la doctrina estimó como prohibición de exceso<sup>16</sup>. No puede tenerse en consideración aspectos personales del agente para sobrepasar la pena que le correspondía por lo que cometió el agente, a no ser que sea reincidente.

Respecto a la proporcionalidad de la pena, el Tribunal Constitucional ha dejado sentado que “...ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos...”<sup>17</sup>.

### **b.2.) Con respecto al grado del injusto**

En principio, ambos acusados han pagado la totalidad de la reparación civil pedida por la Fiscalía y han realizado un acto de liberalidad de un monto adicional. Este hecho tiene doble consecuencia, tanto para evaluar el grado del injusto como el de culpabilidad. Pues reparar el daño influye directamente, en este caso, en resarcir el temor experimentado por el agraviado, es decir, conceptualmente atenúa sus efectos en el bien jurídico protegido.

#### *b.2.1.) Grado de injusto de Flores Mejía*

En el presente caso, como se indicó en el juicio de subsunción, Flores Mejía responde en calidad de coautora, lo que genera (dado el condominio funcional de los hechos en su globalidad) que ella responde por todo el injusto típico, es decir, no solo por su aporte, sino además por los actos de amenaza realizados e incluso por los actos de intento de recepción del dinero.

Ahora, si bien en el presente caso, aunque en la acción específica de la amenaza no concurrió pluralidad de personas, en la globalidad de los hechos sí concurrió por lo menos más

---

<sup>16</sup> Así, Percy GARCÍA CAVERO. Derecho Penal. Parte General, Tercera Edición, Ideas, Lima, 2019, p. 185 estima que “...un aspecto importante que cabe precisar es que el artículo VIII no establece propiamente una estricta observancia de la proporcionalidad de la pena con la gravedad del hecho, sino que la establece, en todo caso, como límite máximo (prohibición de exceso). Este límite sólo hacia arriba no debe entenderse, sin embargo, como una absoluta arbitrariedad hacia abajo, sino como un margen dejado al legislador y evidentemente al juez para evaluar otros factores informadores de la sanción penal, como por ejemplo los actos posteriores de reparación...”.

<sup>17</sup> (STC 01010-2012-PHC/TC, fundamento 6). En el mismo sentido el Tribunal Constitucional estimó que “...el principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo indispensable que deberá tener en cuenta, entre otros, el legislador penal cuando pretenda limitar los derechos fundamentales o establecer sanciones, así como el juez penal cuando al aplicar la ley determine la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que corresponda en cada caso concreto. En ambos casos, las decisiones adoptadas, ya sea legislativa o judicial, deben resultar idóneas, necesarias y ponderadas respecto de la conducta que ponga en peligro o lesione el bien jurídico protegido (STC N° 0012-2006-PI/TC- Fund.).



de dos personas, hoy juzgadas. Lo cual denota una circunstancia agravante genérica (artículo 46.2. i: pluralidad de agentes que interviene en la ejecución del delito). Por lo tanto, este grado de injusto debe ser analizado y cotejado con los argumentos del señor Fiscal.

*b.2.2.) Grado de injusto de Salas Chapi*

Se ha aceptado la recalificación de grado de participación del acusado Salas Chapi, como mero cómplice secundario, ello conceptualmente determina que no pueda responder por todo el injusto típico al no tener el codominio del acontecimiento. Por lo tanto, él deberá responder únicamente por su contribución, lo que justifica una rebaja mayor a la de su coimputada.

Ahora en la medida que también en su aporte concurrió él, la acusada y otro sujeto que se fugó con la camioneta, también denota una circunstancia agravante genérica de pluralidad de agentes, lo que determina que también debe considerarse al momento de evaluar la pena propuesta por las partes.

**b.3.) Con respecto al grado de culpabilidad**

*b.3.1) Sobre la incidencia virus COVID-19 y del estado de hacinamiento de los penales en el grado de culpabilidad de los acusados*

*i) Contexto fáctico y normativo*

Es cierto lo que el Ministerio Público alegó como fundamento de su acuerdo de pena. En efecto, no es fácil negar (debido a los hechos notorios) que hoy en día el mundo entero y nuestro país, está en medio de una pandemia<sup>18</sup>, que ha ameritado que nuestra sociedad se encuentre en un estado de emergencia desde el 16 de marzo del presente año; decretando el distanciamiento social para evitar contagiarse con dicho virus. Tampoco se puede negar que al día de hoy los centros penitenciarios se encuentran en un estado de hacinamiento, lo que incluso ameritó que el Tribunal Constitucional declarara el estado de cosas inconstitucionales, no solo por el hacinamiento penitenciario sino por las deficientes condiciones sanitarias y de seguridad. Ello en el contexto que el propio Estado ha declarado en estado de emergencia el sistema penitenciario<sup>19</sup>, por razones de seguridad, salubridad, hacinamiento y deficiente infraestructura.

Es así que del Informe estadístico diciembre-2019 el Instituto Nacional Penitenciario, se tiene que la población penitenciaria (POPE) presentó un incremento de la población penitenciaria respecto al año 2019 en 12%, pasando de 112 526 a 126 064; es decir, un aumento de 13 538. Así, en el caso de Arequipa, el penal de Socabaya, a diciembre del 2019, presentaba una población penitenciaria de 2, 279 personas, cuya capacidad era de 667, esto es con un exceso de 1 612 personas, que denota una sobrepoblación del 242%<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> La Organización Mundial de Salud, OMS, declaró pandemia al coronavirus el 11 de marzo del 2020 por su presencia en más de 100 países.

<sup>19</sup> Decreto Legislativo N° 1325, que declara el estado de emergencia del sistema penitenciario. La cual ha sido ampliada mediante el Decreto Supremo N° 013-2018-JUS, que prorroga la declaratoria de emergencia del sistema penitenciario hasta enero del 2021.

<sup>20</sup> Informe INPE 2019, página 12. Revisado en <https://www.inpe.gob.pe/normatividad/documentos/4295-informe-estadistico-diciembre-2019/file.html>.



Ahora dicho ello, cómo esos hechos externos y objetivos, pueden incidir en la individualización de la pena, en específico, en el grado de culpabilidad de una persona. La respuesta radica en que el ser humano ante ese virus (que tan solo lo conocemos alrededor de seis meses) es un ser vulnerable<sup>21</sup> no solo por la enorme fuerza expansiva sino por su letalidad, al punto que la única medida preventiva ideada hasta este momento es el distanciamiento social. Es claro que habrá personas con un grado de vulnerabilidad mayor debido a su mismo estado de salud y otras que sean asintomáticas.

Por esta razón, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante la Resolución N° 1/2020 del diez de abril de dos mil veinte, no solo ha insistido a que los Estados parte adopten medidas idóneas para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de libertad en los ámbitos de prisiones preventivas y beneficios penitenciarios sino también en las “medidas alternativas a la pena de prisión”<sup>22</sup>.

A su turno, la Organización Mundial de la Salud, mediante su Guía Provisional titulada “Preparación, prevención y control del COVID-19 en las cárceles y otros lugares de detención” de fecha quince de marzo de dos mil veinte, recomienda que “se debe dar mayor consideración a recurrir a medidas no privativas de la libertad en todas las etapas de la administración de justicia penal, **incluso antes del juicio, sentencia** y después de la sentencia”.

*ii) Análisis del caso*

Cierto es que ambos acusados, Flores y Salas, no son personas que conforman el grupo de riesgo ante la pandemia de coronavirus<sup>23</sup>, pero como todo ser humano resultan vulnerables (eso sí en menor medida con respecto a personas con **comorbilidades**) ante ese virus, lo que conlleva a que una pena efectiva de privación de libertad, en estas circunstancias (con el hacinamiento inconstitucional), por lo menos afectaría no solo la libertad de ellos sino su eventual salud. No se puede garantizar que dentro del establecimiento penitenciario se pueda cumplir con el distanciamiento social recomendado por el Estado, de 1.5m a 2m entre cada persona, y así para evitar el contagio del Covid-19 hacía ellos o incluso ser vectores de transmisión, en caso de ser asintomáticos, a la población vulnerable de los penales.

<sup>21</sup> De hecho, gracias a la exposición de Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, don Eloy Marcelo Cupe Calcina, pude conocer y asumir el enfoque de la prevención especial mirada no desde la peligrosidad del agente sino considerar “los efectos de la imposición de la pena en la vida futura del reo”. Esto propugnada por Norberto J. de la MATA BARRANCO, “Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: pena justa”. En: Revista Penal México. Núm. 6, Mar-Agos 2014, p. 83-112. Este autor, propugna que además de las condiciones personales normalmente tomadas en cuenta (como la edad, educación, familia, entorno social, etc.) se debe analizar la “sensibilidad o susceptibilidad” que el agente tenga frente a la pena (p. 105).

<sup>22</sup> En efecto, baste citar la recomendación 46 de dicha resolución “... Asegurar que, en los casos de personas en situación de riesgo en contexto de pandemia, se evalúen las solicitudes de beneficios carcelarios y **medidas alternativas a la pena de prisión**. En el caso de personas condenadas por graves violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad, atendiendo el bien jurídico afectado, la gravedad de los hechos y la obligación de los Estados de sancionar a los responsables de tales violaciones, tales evaluaciones requieren de un análisis y requisitos más exigentes, con apego al principio de proporcionalidad y a los estándares interamericanos aplicables” Nótese que la Comisión solo acota que deberá tenerse cuidado ante las personas condenadas por graves violaciones a los derechos humanos.

<sup>23</sup> El Ministerio de Salud con fecha 13 de abril de 2020 aprobó el Documento Técnico: Prevención, Diagnóstico y Tratamiento de personas afectadas por COVID-19 en el Perú (la cual derogó al anterior documento técnico aprobado por la resolución Ministerial N° 139-2020-MINSA de 19 de marzo de 2020) en la que dejó sentado que los factores de riesgo individual asociados al desarrollo de complicaciones relacionados con COVID-19 son: “**Edad mayor de 60 años, presencia de comorbilidades: hipertensión arterial, enfermedades cardiovasculares, diabetes, obesidad, asma, enfermedad pulmonar crónica, insuficiencia renal crónica, enfermedad o tratamiento inmunosupresores**”. Confróntese El Diario El peruano de fecha 14 de abril de 2020.



Entonces, desde la base del principio de humanidad de las penas (que no solo debe irradiarse en la ejecución de la pena sino en la misma imposición para evitar que se tornen atentatoria contra la dignidad humana), el hacinamiento agravado por la pandemia de COVID-19, es un factor a tomar en cuenta en el principio de proporcionalidad de la pena.

*b.3.2) Aspectos personales de la acusada Flores Alfaro*

Las condiciones personales de la acusada Flores Alfaro, es una persona joven, es de 28 años, soltera, con estudios básicos de nivel secundario, no cuenta con antecedentes penales y su ocupación de meretricia es uno que recibe estigmatización social, lo que hace que su condición económica no sea una óptima. Así de las circunstancias posteriores de los hechos de la acusación, se observa que su comportamiento procesal en reconocer los hechos y aportar datos para identificar a los otros partícipes de los hechos.

Todos estos aspectos revelan un grado de culpabilidad leve, lo que debe manifestarse en el grado de la pena.

*b.3.3) Aspectos personales del acusado Salas Chapi*

Del mismo modo, Salas Chapi es una persona joven que bordea los 25 años de edad, soltero, con educación básica secundaria, no tiene antecedentes penales, es decir, es reo primario, no se conoce su ocupación ni su posición económica, empero se infiere del contexto de los hechos (inmiscuirse en ellos por el pago de cien soles) que su posición económica es precaria.

Aspectos todos ellos que hacen prever que su grado de culpabilidad es uno de carácter leve.

**c) Conclusión: la pena propuesta es proporcional al grado del injusto y culpabilidad**

Dicho todo ello, tenemos que con respecto a la acusada Flores Alfaro, la pena de cuatro años de privativa de libertad, se torna en una razonables y proporcional al grado **leve** tanto del injusto como al de culpabilidad, pues si por la tentativa se genera un nuevo marco punitivo de cinco a diez años de pena privativa de libertad, al concurrir tanto circunstancias genéricas agravantes (pluralidad) como atenuantes (carencia de antecedentes penales), la pena mínima del nuevo tercio intermedio, es decir, seis años y ocho meses (grado de injusto), habrá que reducirle por proporcionalidad (de acuerdo al grado de culpabilidad leve) dos años, lo que hace un total de cuatro años y ocho meses, la que finalmente se deberá reducirle por conformidad procesal, el séptimo respectivo, llegando a la pena de cuatro de pena privativa de libertad. Por lo tanto, deberá aprobarse dicho acuerdo.

En cuanto al acusado Salas Chapi, en base al mismo procedimiento, resulta razonable rebajarle seis meses adicionales por el grado de su aporte (en la medida que está en una situación diferente con respecto a la coacusada Flores). Por lo que, la pena resulta también proporcional y razonable a su grado de intervención y grado de culpabilidad.

**8.3. Sobre la conversión a prestación de servicios a la comunidad**

**8.3.1. Sustento normativo**



El artículo 52 del Código penal, establece que en los casos que no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio, el juez podrá convertir la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años en otra de prestación de servicios a la comunidad, a razón de siete días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad.

Al respecto la Casación N° 382-2012- La Libertad, estableció que "...al momento de emitir sentencia, el juez valora las circunstancias genéricas...para imponer una medida drástica que la prisión efectiva, momento en el cual, si descarta la condena condicional o la reserva de fallo condenatorio, convencido que la pena concreta a imponerse debe ser efectiva, revalorará el pronunciamiento y optará por las medidas alternativa como prestación de servicios a la comunidad...". Así el Recurso de Nulidad N° 607-2015-Lima Norte, dejó sentado que la pena de prestación de servicios a la comunidad tiene mayor utilidad resocializadora que una pena efectiva y una escasa incidencia estigmatizadora.

### **8.3.2. En el caso de Flores Alfaro**

En el caso concreto, ambas partes han propuesto que la pena a imponerse a Flores Alfaro sea convertida a 208 jornadas de prestación de servicios a la comunidad. Este acuerdo se analiza conforme al Recurso de Nulidad N° 1100-2015- Cusco, en cuanto a la concurrencia de los criterios de valoración para la conversión de la pena, así pues, se señaló que se debe analizar la concurrencia copulativa de los tres primeros y el último alternante:

a) Imposibilidad de aplicar la suspensión de la ejecución de la pena o reserva del fallo condenatorio. En el presente caso, se descarta la aplicación de la reserva de fallo condenatorio en tanto el artículo 62 del Código Penal, exige, entre otros requisitos, que el delito sea sancionado con una pena privativa de libertad no mayor de tres años. El delito de extorsión está sancionado con una pena que supera dicho extremo. Respecto a la imposibilidad de la suspensión de la ejecución de la pena, si bien esta pudo haberse dispuesto en tanto se cumple con el quantum de pena, el Colegiado en atención al acuerdo, considera razonable y más coherente la conversión de la pena, a efecto de que la acusada internalice la prohibición legal con una pena efectiva en jornadas y además tendrá una incidencia media a su futura vida.

b) Que el condenado no registre antecedentes penales y que las circunstancias individuales le permitan sostener al Juez Penal que éste no cometerá un nuevo delito al haberse excluido el riesgo de reincidencia. Conforme a lo señalado por el Ministerio Público en alegato, la acusada no registra antecedentes, asimismo no se advierte características o circunstancias de que pueda volver a cometer nuevo delito.

c) La lesión material de la expectativa normativa o del injusto penal debe ser de mínima entidad a efectos de que la conversión de la sanción penal consiga los fines preventivos de la pena efectiva que debió imponerse. En el caso, la intensidad a la afectación a la libertad personal y patrimonial no es grave, y se pagó reparación civil más una liberalidad para atenuar la lesión de la libertad en tanto el patrimonio no fue puesta en peligro.



d) Deber de cooperación por parte del condenado con la búsqueda de la verdad procesal y la configuración del hecho punible. Con respecto a este último criterio, se considera que la acusada se acogió a la conclusión anticipada y aportó datos en la investigación.

En atención a lo expuesto, verificada la concurrencia de los criterios, resulta razonable la propuesta de las partes de optar por convertir la pena privativa de libertad a prestación de servicios a la comunidad, teniendo en cuenta que el fin de la pena es la resocialización del penado y que en el estado actual apuntado sobre el hacinamiento de los penales y la presencia del virus COVID, indicaría no solo en la libertad de la acusada sino eventualmente en su salud. Aquella conversión resulta igualmente idónea para que la acusada muestre a la sociedad que puede restituir, a través de su esfuerzo y trabajo, el daño que generó y con ello mostrar voluntad de enmienda e inserción más directa a su entorno social.

La pena limitativa de derechos, como es la que ahora se impone, se realizará bajo la supervisión del área del medio libre del Instituto Nacional Penitenciario-INPE, tal como prevé el Decreto Legislativo N° 1191 y su Reglamento, para cuyo objeto se cursará oficio a dicha institución, en caso de que incumpla una sola de las jornadas indicadas se revocará la conversión de la pena y, se dispondrá su cumplimiento efectivo en establecimiento penitenciario del INPE. Debiendo el sentenciado, en el plazo de cinco días de leída la presente sentencia apersonarse a la Dirección de Medio Libre de INPE.

Finalmente, en base a los criterios antes expuestos y advirtiendo que la acusada Flores Alfaro viene cumpliendo prisión material (detención y preventiva) desde el 06 de agosto del 2019 hasta el día de hoy, es decir, doscientos noventa y tres días de prisión, tiempo que debe descontarse en el equivalente a jornadas de servicio a la comunidad en proporción de siete días por una jornada (293/7). Por lo que se tiene que habría cumplido cuarenta y un días de jornadas de servicio comunitario; por lo que resta cumplir **ciento sesenta y siete jornadas de servicio comunitario**. La pena a imponer conlleva a que se disponga su excarcelación de forma inmediata, sin perjuicio que en otra causa tenga mandato de prisión o pena efectiva por cumplir.

#### **8.4. Sobre la suspensión de la pena**

##### **8.4.1. Supuesto normativo**

Por regla general la pena es efectiva, empero el artículo 57° del Código Penal establece que el Juez puede suspender la ejecución de la pena, cuando se cumplan tres presupuestos concurrentes: que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años; la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito, y que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual. Asimismo, dispone que el plazo de suspensión vaya de uno a tres años.

##### **8.4.2. Análisis del caso Salas Chapi**

En caso de autos concurren estos elementos, dado que la pena acordada para el acusado Salas Chapi es de tres años y seis meses pena privativa de la libertad. La naturaleza y modalidad del hecho punible (como se analizó ampliamente anteriormente) no reviste gravedad, además el



daño ocasionado al agraviado fue leve y momentáneo e incluso le fue resarcido, en cuanto al comportamiento procesal, en audiencia no se resaltó que haya obstaculizado la investigación o que haya dilatado los plazos, por el contrario se acogió a la figura de conformidad procesal y, finalmente, en cuanto a la personalidad del agente se estableció que es de carácter leve y pagó la reparación civil e incluso acordó una liberalidad adicional, además que el acusado tiene la condición de reo primario, no hay reincidencia ni habitualidad, lo que permite inferir que él no volverá a cometer nuevo delito y su aporte en el hecho se tornó leve; por tanto, se concluye que se cumplen con los presupuestos que habilitan la suspensión de la ejecución de la pena, más aún la misma tendrá mejores y mayores resultados en la resocialización del acusado, atendiendo a las deficiencias y el hacinamiento del sistema carcelario actual y la desocialización inminente que produce el encarcelamiento efectivo y la presencia del virus COVID-19 en las cárceles, por ello, es prudente y razonable conceder una oportunidad al acusado con una pena menos drástica que la pena privativa de la libertad efectiva.

Estando a lo precisado, se aprueba la imposición de una pena suspendida por el plazo de tres años, la cual estará sujeta a reglas de conducta, bajo apercibimiento de revocarse la misma en caso de incumplimiento de alguna de las reglas impuestas conforme al artículo 59, inciso 03 del Código Penal, siendo las reglas de conducta a cumplir las siguientes: a) No deberá variar de domicilio sin previa autorización del juzgado de ejecución; b) Comparecer el primer día hábil de cada mes al juzgado de ejecución para informar y justificar sus actividades; c) Reparar el daño causado, es decir pagar la reparación civil en los montos y plazos acordados, estando a que el imputado ha realizado el pago, éste extremo se tiene por cumplido; d) No cometer nuevo delito, en especial de la misma naturaleza, y e) Comparecer obligatoriamente las veces que sea citado por el Ministerio Público y la autoridad judicial.

Finalmente, como en el caso anterior, al haberse aprobado una pena de carácter suspendida conlleva a que se disponga su excarcelación, por lo que deberá realizarse dicho acto en el fallo.

#### **NOVENO. LA REPARACIÓN CIVIL DEL DELITO**

Comprende entre dos aspectos la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados y la restitución del bien o el pago de su valor, tal como lo prevé el artículo 93° del Código Penal. En caso de autos el representante del Ministerio Público, actuando en representación de la parte agraviada, quien no se ha constituido en actor civil, ha acordado el pago de quinientos soles de reparación civil por concepto de daño moral que debe pagar cada procesado. Los acusados no solo estuvieron de acuerdo con dicho monto, sino que lo han cancelado íntegramente y de modo de liberalidad han hecho un pago de mil soles cada uno, así, se tiene que Flores Alfaro ha pagado la suma de mil quinientos soles (S/1 500.00) mediante el depósito judicial N° 2020010900494 y Salas Chapi ha pagado la suma de mil quinientos soles (S/1 500.00) mediante el depósito judicial N° 2019010109258, todo ello con el objeto de resarcir el daño. Entonces el acuerdo sobre reparación civil resulta conforme a ley, y tomando en cuenta que se trata de un derecho de libre disposición de las partes, corresponde su aprobación.



## DECIMO. HOMOLOGACIÓN DE LOS TÉRMINOS DEL ACUERDO

Estando a lo analizado en las consideraciones precedentes, el juzgador considera que los acuerdos propuestos por las partes sobre la pena y la reparación civil, resultan razonables y adecuados a derecho, por lo que de conformidad a lo previsto en el inciso 5 del artículo 372° del Código Procesal Penal, corresponde dictarse una sentencia conformada en base al principio de consenso, esto es homologando los términos del acuerdo propuesto por las partes, haciendo la salvedad únicamente en el extremo de la no concurrencia de la agravante de la comisión del delito con pluralidad de agentes.

## ONCEAVO. COSTAS DEL PROCESO

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 497° del Código Procesal Penal, no corresponde fijar costas del proceso en los casos de terminación anticipada y extensivamente en los casos de conclusión anticipada, dado que el procedimiento y los efectos son similares, no hay actuación de prueba, por lo que tratándose esta una sentencia conformada no corresponde fijar las costas del proceso.

## IV. PARTE RESOLUTIVA

Por lo que, impartiendo justicia a nombre del pueblo, de quien emana esta potestad:

### FALLAMOS POR UNANIMIDAD

1. **APROBAMOS LOS ACUERDOS** en cuanto a pena y reparación civil, propuestos por los señores acusados, **MITZY MILAGROS FLORES ALFARO** y **JOHE ALBERTO SALAS CHAPI**, su respectiva defensa técnica y el señor representante del Ministerio Público, que a su vez representa a la parte agraviada.

2. **DECLARAMOS** a **MITZY MILAGROS FLORES ALFARO**, cuyas calidades personales obran en la parte preliminar de la presente sentencia, **COAUTORA**; y a **JOHE ALBERTO SALAS CHAPI**, cuyas calidades personales obran en la parte preliminar de la presente sentencia, **CÓMPLICE PRIMARIO**, ambos del delito de **EXTORSIÓN SIMPLE en grado de tentativa**, previsto en el artículo 200° primer párrafo del Código Penal, en agravio del señor Willy Villalta Mamani.

3. **LE IMPONEMOS** en consecuencia a la señora **MITZY MILAGROS FLORES ALFARO** **CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD CON CARÁCTER DE EFECTIVA**, **LA CONVERTIMOS A 208 JORNADAS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COMUNIDAD**, de la que damos por cumplida 41 jornadas por su privación de libertad, quedando pendiente de cumplir 167 jornadas de prestación de servicios a la comunidad, la cual deberá cumplir por intermedio de la Oficina del Medio Libre del INPE, para lo cual se deberá oficiar la presente sentencia, y disponemos que **MITZY MILAGROS FLORES ALFARO**, en el plazo de cinco días, se apersona a esa Institución, para que inicie el cumplimiento de dicha pena. En caso que incumpla una jornada, o que no se apersona a esta institución se le revocará dicha conversión y se le impondrá la pena efectiva antes indicada de cuatro años. En consecuencia, **Disponemos la inmediata libertad de MITZY MILAGROS FLORES ALFARO**, para lo cual deberá



oficiarse al Instituto Nacional Penitenciario, para que proceda conforme lo ordenado, sin perjuicio de que tenga otra causa con mandato de detención o una pena efectiva que cumplir.

4. **LE IMPONEMOS**, en consecuencia, al señor **JOHE ALBERTO SALAS CHAPI TRES AÑOS Y SEIS MESES** de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, a condición de que cumpla las siguientes reglas de conducta: a) No deberá variar de domicilio sin previa autorización del juzgado de ejecución, b) Deberá concurrir al juzgado de ejecución el primer día hábil de cada mes, a informar y justificar sus actividades; c) Deberá reparar el daño causado, es decir pagar la reparación civil en los términos acordados; d) No cometer delito de la misma naturaleza; e) Comparecer obligatoriamente las veces que sea citado por el Ministerio Público y la autoridad judicial. Ante el incumplimiento de estas reglas de conducta dará lugar a la revocatoria de la suspensión y se hará efectiva la pena privativa de la libertad de tres años y seis meses. En consecuencia, **DISPONEMOS la inmediata libertad de JOHE ALBERTO SALAS CHAPI**, para lo cual deberá oficiarse al Instituto Nacional Penitenciario, para que proceda conforme lo ordenado, sin perjuicio de que tenga otra causa con mandato de detención o una pena efectiva que cumplir.

5. **APROBAMOS** el acuerdo sobre reparación civil celebrado entre los sentenciados y el Ministerio Público representante del agraviado y los fijamos en la suma de **mil soles**, en razón de quinientos soles por cada sentenciado, declarando además que hay una liberalidad acordada por los sentenciados de mil nuevos soles por cada uno de ellos los cuales deberán ser endosados al agraviado Willy Villalta Mamani.

6. **DISPONEMOS** que no corresponde la imposición de costas por tratarse de una sentencia conformada.

7. **DISPONEMOS** que firme sea la presente sentencia, se remita copias certificadas de la misma, para fines de registro y archivo al Registro Distrital y Central de Condenas, RENIPROS, al Instituto Nacional Penitenciario, y demás que deban tomar conocimiento de la presente sentencia, sin perjuicio de remitirse los actuados al juzgado de investigación preparatoria para su registro. **REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.** *Juez Ponente David Mendiguri Peralta.*

Castro Figueroa

Mendiguri Peralta

Sánchez Herrera

## **VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO RENE CASTRO FIGUEROA, SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA TENTATIVA**

1.- **Si bien** el suscrito comparte en su plenitud la decisión del colegiado, sin embargo, tiene un criterio distinto respecto de la tentativa, dado que considero que concurren razones jurídicas válidas para considerar que es una circunstancia atenuante privilegiada, y no solamente una causal de



disminución de punibilidad, cuya diferencia resulta de vital importancia expresar para el presente caso, dado que se está aplicando, como tal bajo el supuesto establecido en el artículo 45-A, inciso 3, literal c del Código Penal, en base a los siguiente fundamentos.

2.- En principio nuestra legislación penal vigente prevé la circunstancia atenuante privilegiada, en el artículo 45-A, inciso 3, del Código Penal; la cual ha sido expresamente ratificada por la Ley N° 30424<sup>24</sup> (Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, promulgada con fecha 21 de abril del 2016, vale decir casi 3 años después de la ley N° 30076, que incorporó el artículo 45-A del CP); a diferencia de las denominadas “*causales de disminución de punibilidad*”, que no se encuentran expresamente reconocidas en nuestro ordenamiento penal, sino en la escasa e incipiente doctrina nacional, emprendida básicamente por el profesor Víctor Prado Saldarriaga<sup>25</sup> y sobre esa base ha sido acogida por algunas Salas Penales de la Corte Suprema, como la Casación N° 1083-2017<sup>26</sup>. Arequipa y la Casación N° 66-2017-Junín, entre otros; sin embargo, como circunstancia atenuante también ha merecido reconocimiento no solo en la judicatura nacional, como el Pleno Jurisdiccional Penal Distrital de Moquegua<sup>27</sup>, así como en el Pleno Jurisdiccional Distrital Penal y Civil de Apurímac de octubre del 2015; sino también ha sido reconocida expresamente como circunstancia atenuante privilegiada por la misma Corte Suprema<sup>28</sup>, no solo en una ejecutoria sino en varias otras como las que se citan al pie de esta sentencia<sup>29</sup>.

3.- Si bien es cierto que el artículo 45-A del Código Penal, no precisa cuáles serían las circunstancias atenuantes privilegiadas; sin embargo, tal situación a criterio del suscrito no significa necesariamente su inexistencia, como postula el profesor Víctor Prado Saldarriaga; sino por el contrario en virtud de la ya referida Ley N° 30424, se puede apreciar que la incorporación de tales circunstancias privilegiadas no fue un error legislativo, ni un *lapsus calami*, de dicho poder del Estado; sino por el contrario revela la voluntad deliberada del legislador, tal es así que precisa su existencia remitiendo a

<sup>24</sup> **La ley 30424 del 20 de abril del 2016.**- La misma que en su artículo 15.6 último párrafo prescribe: “...Para efectos del presente artículo, son circunstancias atenuantes privilegiadas aquellas previstas en la ley penal o procesal penal que prevean la reducción de la pena por debajo del mínimo legal. Del mismo modo, son circunstancias agravantes cualificadas aquellas previstas en la ley penal o procesal penal que prescriban el incremento de la pena por encima del máximo legal...”.

<sup>25</sup> **Víctor Prado Saldarriaga. Consecuencias Jurídicas del delito. Giro Punitivo y Nuevo marco legal. Lima, Editorial IDEMSA. Pág. 234.**- “...Cuando se configura una circunstancia atenuante privilegiada, lo que varía de modo descendente es el mínimo legal original que será sustituido por un nuevo 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 la eficacia de éstas atenuantes. Si bien posibilitan una penalidad por debajo del mínimo legal, su naturaleza y utilidad jurídica, así como su oportunidad operativa son muy distintas.

<sup>26</sup> **Casación N° 66-2017-Junín, fundamento 11.**- “Este tribunal considera que la tentativa, entre otros (...) son causales de disminución de punibilidad y no circunstancias atenuantes privilegiadas...”.

<sup>27</sup> El Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal - Moquegua 2017 precisa que: “si existen atenuantes privilegiadas en nuestra legislación y efectivamente, las mismas facultan a los jueces la posibilidad de imponer pena por debajo del mínimo legal o abstracto previsto por el legislador. No obstante, pese a no existir límites previstos por el legislador, es viable establecerlos (por una interpretación sistemática y teleológica) a nivel jurisprudencial.

<sup>28</sup> **Recurso de Nulidad N° 1138-2018- Lima Sur, fundamento 10.**- “...En ese sentido para el presente caso se determinó la existencia de la tentativa y la responsabilidad restringida, por lo que estas dos circunstancias de atenuación privilegiada de forma conjunta, llevan a establecer como nuevo marco punitivo, que deberá servir para determinar la pena por debajo del marco conminado para el segundo párrafo del artículo 189 del Código Penal, es decir por debajo de los veinte años

<sup>29</sup> **La Casación 336-2016 Cajamarca** (f. 6.6 y 6.12) y el Recurso de Nulidad N° 3283-2015 Junín (f. Quinto y Noveno), reconocen existencia de atenuantes privilegiadas, como la responsabilidad restringida por edad y la tentativa.



los supuestos que la ley penal y procesal penal prevén una reducción de la pena por debajo del mínimo legal; los mismos que están previstos en los artículos 14, 15, 16, 18, 21, 22, 25 y 46 del Código Penal, entre otros; no obstante que éstos han sido calificados como causales de disminución (sin base legal) en la doctrina y la jurisprudencia nacional<sup>30</sup>, criterio que no comparte el colegiado. Si no fuera así, no tiene sentido que una nueva ley dada tres años después de la introducción legislativa de las circunstancias privilegiadas, lo haya ratificado su existencia.

4.- En contraposición a la doctrina y jurisprudencia nacional que niega, que la tentativa sea una circunstancia atenuante privilegiada, hay razones dogmáticas válidas que permiten sostener su existencia, sino veamos. Antes de la Ley N° 30076, el artículo 46 del Código Penal (texto original), preveía como **circunstancia de determinación de la punibilidad, la extensión del daño o peligro causados**, sobre el cual diversos autores como García Cavero, señalaban que: *tal circunstancia toma como criterio de medición el resultado delictivo*; por su parte Angel Cornejo decía que: *ésta valoración corresponde a la conminación de la pena en cada delito (circunstancia especial) y no a nivel de circunstancia genérica*<sup>31</sup>; lo cual revela objetivamente que la lesión o peligro generado al bien jurídico tutelado, tradicionalmente ha sido considerado como una **circunstancia** de agravación o atenuación punitiva. A ello es preciso añadir que en el último proyecto de ley del Código Penal del 2015, de cuya comisión revisora formó parte el profesor Víctor Prado Saldarriaga, se propuso expresamente como la única atenuante privilegiada: **“cuando la afectación del bien jurídico sea leve”**<sup>32</sup>; y qué duda cabe que el fundamento principal de la tentativa se sustenta en la *teoría de la lesión del bien jurídico*<sup>33</sup>, precisamente por su escasa o nula afectación al bien jurídico; siendo ésta la teoría que acoge nuestro sistema penal, en el artículo 4 del Título Preliminar, del Código Penal; postura que dicho sea de paso, prevalece a nivel de la doctrina supranacional<sup>34</sup>, sin perjuicio de las otras teorías que coexisten.

<sup>30</sup> **Recurso de Nulidad N° 1886-2018-Lima, fundamento 8.-** “...Las causales de disminución de la punibilidad están previstas en los artículos 13 (omisión impropia), 14 y 15 (error de tipo, de prohibición y culturalmente condicionado), 16 (tentativa), 21 (eximentes imperfectas de responsabilidad), 22 (responsabilidad restringida por razón de la edad) y 25 (complicidad secundaria) del Código Penal...”.

<sup>31</sup> **CORNEJO, ÁNGEL GUSTAVO: Parte General de Derecho Penal, Tomo I, Librería e Imprenta de Domingo Miranda, Lima, 1936, página 250.-** Según este autor “es incongruente con la doctrina que sustenta el Código el considerar la extensión del daño y del peligro causado como un elemento ordinario o genérico que debe tenerse en consideración al aplicarse la pena.

<sup>32</sup> **Proyecto del Código Penal del 2015. Artículo 51.- Circunstancia Atenuante Privilegiada.-** la pena se atenuará hasta en un tercio por debajo del mínimo legal cuando la **afectación del bien jurídico producida por el delito sea leve. Proyecto de Código Penal revisado y validado por el: “grupo de trabajo conformado por representantes del Consejo Nacional de Política Criminal”.** Del cual formó parte el Dr. Víctor Prado Saldarriaga, en representación del Poder Judicial.

<sup>33</sup> **MIR PUIG, SANTIAGO: Derecho penal, Parte general, 3ª ed., Barcelona, 1990, 4ª ed., 1996”.-** “...Al igual que un delito consumado es una lesión causal de un bien jurídico, así también un delito intentado es una puesta en peligro de ese bien jurídico. (...) De ahí que, junto a los actos preparatorios, la tentativa aparezca en una fase anterior a la consumación del delito; como un injusto abocado a la consumación de alguno de los tipos dolosos recogidos en la parte especial del Código Penal.”.

<sup>34</sup> **JOSÉ RAMÓN SERRANO-PÍEDECASAS. Fundamento de la punición en la tentativa.** “...La primera respuesta la darán quienes entiendan que el derecho penal desarrolla su finalidad última mediante la tutela de determinados presupuestos imprescindibles para una existencia en común concretada en los llamados bienes jurídicos. (...) Con arreglo a la teoría de la lesión del bien jurídico, la posición más expresiva respecto al fundamento de la punición de la tentativa es, sin duda, la teoría objetiva basada en la peligrosidad del ataque para el objeto jurídico protegido...”.



5.- La Corte Suprema en una reciente jurisprudencia, refiriéndose a la diferencia entre causales de disminución de punibilidad y las circunstancias atenuantes privilegiadas, ha señalado que: *las “causales” son intrínsecas al delito e integran su estructura típica; en cambio las “circunstancias” son externas o accesorias al delito, su presencia no determina la existencia del delito*<sup>35</sup>; sin embargo, a la luz de los argumentos dogmáticos antes esbozados, no resulta difícil considerar a la tentativa, así como algunas eximentes incompletas, como una circunstancia atenuante privilegiada, dado que generalmente se caracteriza por una menor o nula afectación del bien jurídico (solo riesgo); y por otro lado en la tentativa **no se consume el delito precisamente por la concurrencia de una circunstancia externa**<sup>36</sup>, como puede ser la reacción inesperada del agraviado, intervención de un tercero (como en el presente caso), presencia policial, imprevisto del arma utilizado, etc.; vale decir una reacción o una situación circunstancial que no forma parte del tipo penal en modo alguno, con lo cual se cumple el postulado de la Corte Suprema, cuando señala que circunstancia es un elemento externo al delito, un elemento accidental; tanto así que el propio supremo tribunal, por lo menos en las tres ejecutorias supremas arriba citadas, así lo ha reconocido expresamente a la tentativa como circunstancia atenuante privilegiada. A ello es preciso añadir que en nuestro sistema penal rige el principio pro reo y pro homine, que ha sido plasmado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, que a la letra dice: *3.- La ley que coacte la libertad (...) será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos. En caso de duda insalvable sobre la ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo*. Siendo que dichas normas de carácter principista deben utilizarse como fundamento de interpretación del resto de la legislación penal y procesal penal.

6.- **Postura según interpretación a favor.**- En base a los fundamentos precedentes, a criterio del suscrito, una interpretación que favorece al imputado, conforme a la norma que se acaba de citar, obviamente es que, **la tentativa mientras no haya precisión legislativa, debe ser considerada como una circunstancia atenuante privilegiada**, dado que solo así puede llenarse de contenido lo previsto en el artículo 45-A, inciso 3, literal c) del Código Procesal (compensación de

[file:///C:/Users/ADMIN/Downloads/3919-Texto%20del%20art%C3%ADculo-15193-1-10-20161111%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/ADMIN/Downloads/3919-Texto%20del%20art%C3%ADculo-15193-1-10-20161111%20(2).pdf)

<sup>35</sup> **RECURSO DE NULIDAD N.º 1886-2018 – LIMA, de fecha 17 de junio del 2019, fundamento séptimo.**- *“...Desde la perspectiva hermenéutica cabe señalar que: Las “causales” son intrínsecas al delito e integran su estructura desde su presencia plural (concurso de delitos), desde la exclusión de sus componentes (tipicidad, antijuricidad o culpabilidad), desde el grado imperfecto de su realización (tentativa) y desde el menor nivel de intervención punible (complicidad secundaria). En cambio las “circunstancias” son externas o accesorias al ilícito y de su presencia no depende la existencia de este. En la mayoría de los casos, su fundamento radica en motivos de política-criminal. Solo tienen repercusión para determinar su gravedad, permitiendo disminuir o aumentar el injusto penal, por lo que se operativizan como factores de medición o graduación de la pena...”*

<sup>36</sup> **MARCELO A. SANCINETTI, Universidad de Buenos Aires; (Traducción del original Die Strafabmilderung beim versuch, publicado en Festschrift für Gunter Spindel, Berlin, 1992. P. 170).**- *“...Desde tiempo considerable, existen puntos de partida, en la doctrina, para tal precisión dogmática de los criterios y lineamientos de la decisión sobre el marco penal en caso de tentativa. En su núcleo ellos conducen a la tesis de que acerca de la aplicación o denegación de la atenuación, solo podrían decidir circunstancias referidas a la tentativa; circunstancias que se hallan fuera del círculo de las circunstancias referidas a la tentativa (susceptibilidad del autor a la pena, su conducta posterior al hecho, o su carácter), tendrían que permanecer fuera de consideración. Acerca de la aplicación o no aplicación, para el caso de tentativa, deciden, con ello, puntos de vista como el estadio hasta el cual se extendió la tentativa, las razones determinantes para la no producción del resultado, la peligrosidad de la tentativa, etc...”*. disponible en: <file:///C:/Users/ADMIN/Downloads/Dialnet-LaAtenuacionDelMarcoPenalEnLaTentativa-46454.pdf>



circunstancias similares), además porque la pena en un delito no consumado será determinada siempre en base a las circunstancias de la tentativa (su extensión, causas de frustración del resultado, peligrosidad, etc.); en consecuencia corresponde analizar la forma cómo debe configurarse el nuevo marco punitivo, por debajo del tercio inferior, tal como lo prevé el artículo 45-A del Código Penal. Al respecto la Corte Suprema en una reciente ejecutoria ha dejado establecido que un delito tentado no se puede equiparar con un delito consumado, pues en éste hay una afectación del bien jurídico, mas no así en aquella que solo hay un riesgo; por tanto, aun calificando como una causal de disminución de punibilidad (sin base legal), ha dicho que la pena debe ser necesariamente por debajo del mínimo legal, hasta una tercera parte<sup>37</sup>. El suscrito comparte dicho criterio en forma parcial, solo en el extremo que precisa la desigualdad y por tanto la pena para los delitos tentados debe ser siempre por debajo del mínimo legal; sin embargo, discrepa sobre el parámetro de reducción solo hasta una tercera parte por debajo del mínimo legal, dado que no se precisan razones suficientes de dicha determinación, y por el contrario existen otras razones que sustentan un tratamiento discriminado.

7.- Las razones de nuestra diferencia, obviamente se relacionan con la postura adoptada, pues siendo la tentativa, una circunstancia atenuante privilegiada, tiene su correlato en contrario, como son las circunstancias agravantes cualificadas (especiales), para los cuales la ley ha previsto el incremento de la pena, siempre por encima del tercio superior, hasta en una tercera parte y una mitad (nunca hasta el límite máximo de la pena temporal), dependiendo de la circunstancia concreta; por lo tanto, tratándose la circunstancia privilegiada de la misma naturaleza (especial) que la cualificada, bajo una interpretación legal favorable y analógica *in bonam partem* (artículo VII del Título Preliminar del CPP), no resulta arbitrario, menos una interpretación pretoriana, establecer como criterio de reducción del marco punitivo, hasta un tercio por debajo del mínimo legal para la tentativa acabada y una mitad por debajo del mínimo legal para la tentativa inacabada. Asimismo el colegiado no comparte la postura de algún sector de la doctrina, que postula la reducción del marco punitivo aplicando la pena mínima temporal (dos días)<sup>38</sup> prevista en el artículo 29 de Código Penal, dado que al margen de su legalidad, conllevaría en muchos casos a situaciones absurdas, de no poder aplicar criterios de reducción de pena, si el extremo mínimo del marco punitivo es apenas dos días, con el riesgo de salir debiendo pena al acusado culpable; y por otro lado para las agravantes cualificadas, no hay supuesto legal que permita incrementar la pena hasta el máximo de la pena temporal, sino solo hasta un tercio y una mitad, como ya se tiene señalado..

---

<sup>37</sup> **Casación N° 6-2017-Junín, de fecha 18 de junio del 2019. Fundamento 12.-** “... Con relación a un delito tentado, el artículo 16 del Código Penal faculta al juez a disminuir prudencialmente la sanción. A efectos de determinar hasta cuando 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 a los presupuestos de dosificación. En este punto, se considera que la parte especial de 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 intento de delito...”

<sup>38</sup> **Mendoza Ayma, Francisco Celis.** - Presupuesto acusatorio, determinación e individualización de la pena, proceso penal: la medida del dolor. Jurista Editores, Lima, 2015.



8.- A ello es preciso añadir que la postura de reducir el marco punitivo de modo discriminado, hasta en una mitad y un tercio por debajo del mínimo, se apoya en doctrina nacional y supranacional, sino veamos; en la exposición de motivos del Anteproyecto de Ley del Código Penal del 2004, se señalaba que cuando el delito afecte levemente el bien jurídico, la pena debe ser disminuida hasta una mitad del mínimo legal<sup>39</sup>; lo cual tiene estrecha relación con la afectación leve del bien jurídico como es la tentativa de un delito (circunstancia de extensión del daño o peligro). Asimismo, en el Informe sobre el pre dictamen de Reforma del Nuevo Código Penal Peruano - 2015, el autor del informe hace referencia a lo positivo de considerar supuestos de atenuación y agravación (especiales) de la pena, resaltando que son criterios claros y explícitos cuando señala: “*disminuir la pena en la mitad y atenuar en un tercio*”<sup>40</sup>: en una clara alusión a las circunstancias atenuantes privilegiadas. Por otro lado en la doctrina supranacional hispanoamericana, como la Argentina se señala que en caso de tentativa, la pena se **reduce en la mitad por debajo del mínimo legal**<sup>41</sup>; asimismo en la doctrina colombiana la postura basada en su legislación obviamente es que en la tentativa inacabada la pena debe ser reducida en **no menor de una mitad del mínimo**, ni mayor de las tres cuartas partes del máximo<sup>42</sup>; siendo que bajo dicho contexto, resulta razonable que en el presente caso, al tratarse de una tentativa inacaba la reducción del mínimo del nuevo marco punitivo por debajo del tercio inferior, debe ser hasta la mitad de la pena conminada.

9.- En efecto en el caso de autos se puede verificar objetivamente que estamos ante un caso de tentativa inacabada<sup>43</sup>; la que si bien no está discriminada en nuestra legislación penal, la Corte Suprema en reciente ejecutoria ha precisado que tratándose de una tentativa inacabada la reducción de la pena debe ser mayor<sup>44</sup>, respecto de la tentativa acabada; siendo que en el caso de autos el

<sup>39</sup> Anteproyecto del Código Penal del 2004. Art 46 in fine. Ley 27837, que crea la Comisión Especial Revisora del Código Penal.- Título Preliminar capítulo determinación y fundamentación de la pena.- “... Cuando se tratare de delitos que afecten levemente el bien jurídico protegido, la pena se reducirá por debajo del mínimo hasta una mitad; cualquier circunstancia de análoga significación...”. Disponible en:

[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/1\\_20080626\\_06.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/1_20080626_06.pdf)

<sup>40</sup> Balmaceda Quirós, Justo. Informe sobre el predictamen de la Ley del Nuevo Código Penal Peruano 2015.- “... El proyecto mejora la determinación de las modificaciones de las penas. Es decir, es más específico cuando existe la posibilidad de disminuirlas o atenuarlas o para agravarlas dentro del rango de cada delito, cuando el caso lo requiere. Hace referencia a criterios cuantitativos explícitos y claros: **disminuir en la mitad, atenuar en un tercio**, etc., pero aun deja muy abierta la posibilidad de terminación de la pena cuando indica «por debajo» o «por encima» del rango legal, o dentro de tal o cual tercio, etc.

[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20160608\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20160608_01.pdf)

<sup>41</sup> González Roura, Octavio "Derecho Penal Parte General", Tomo II, P. 171.- “... Que la pena para la tentativa debe calcularse sobre la base de la pena fijada para el delito consumado en abstracto, cuyo máximo se disminuye en un tercio y el mínimo en su mitad, formándose de este modo una nueva pena...”.

<sup>42</sup> Muñoz P., Luis Eduardo et al. (2015). Aportes de la clínica forense para conceptualizar en materia probatoria sobre el riesgo para la vida en el delito de tentativa de homicidio en Colombia”, Revista Derecho Penal y Criminología, Vol. 37, N.º 101, julio-diciembre de 2015. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 181-202. El autor refiriéndose a la tentativa acabada punible señala: “... el que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por otras circunstancias ajenas a su voluntad, **incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo, ni mayor de las tres cuartas partes del máximo** de la señalada para la conducta punible consumada...”.

<sup>43</sup> José Hurtado Pozo, Manual de Derecho Penal, 3ra. Edición. Editora Grijley, p. 245.- Cuando el delincuente realizó la acción delictuosa sin llegar a completarla, se habla que existe una tentativa inacabada. De manera negativa, se puede decir que no ha "puesto de su parte todo lo necesario para la consumación". Para saber si éste es el caso, es indispensable tener en cuenta el plan de acción del agente; es decir, el contenido de su voluntad criminal...”.

<sup>44</sup> Recurso de Nulidad N° 2672-2017-Lima Sur, de fecha 20 de noviembre del 2018, fundamento 8.2.- “... Cuando un delito se realizó imperfectamente, la incidencia de reducción de la pena se determina en función a si el agente realizó



imputado si bien logró sustraer los bienes del agraviado, pero no llegó a apoderarse de los mismos, debido a la oportuna intervención del agente policial, tal como reza de la propia acusación.

S.S

**Castro Figueroa.**

---

todos los actos necesarios para ejecutar el delito (tentativa acabada) o si la ejecución fue interrumpida (tentativa inacabada). La reducción será menor en el primero de los supuestos. Lo anterior es analizado en función de la naturaleza del hecho cometido, incidiéndose en la afectación del bien jurídico....”.