



LA TENTATIVA: PARÁMETROS Y LÍMITES DE REDUCCIÓN DE LA PENA EN EL CASO CONCRETO

1. La tentativa, como causal de disminución de punibilidad, siempre va tener el efecto de permitir la reducción prudencial de la pena por debajo del mínimo legal. Pero, **¿hasta dónde puede llegar esa reducción prudencial?**

2. Este Tribunal Supremo considera que ese límite lo establece el propio juzgador en función al hecho imputado —forma y modo de su realización— y a la naturaleza jurídica del delito y bien jurídico puesto en peligro. En efecto, **el quantum de esa reducción lo decide discrecionalmente el órgano jurisdiccional observando los criterios de razonabilidad y proporcionalidad adecuada al caso concreto.** En esos criterios se materializa lo "prudencial".

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, dieciocho de noviembre de dos mil veintiuno

VISTO: el recurso de casación ordinaria formulado por el representante del Ministerio Público contra la sentencia de vista del siete de noviembre de dos mil dieciocho (folio 162), en el extremo que **revocó la pena** impuesta de treinta y tres años; **reformándola**, le impusieron a Yon Brem Apaza Quispe ocho años de pena privativa de libertad; al haber sido condenado como autor del delito de robo con agravantes en grado de tentativa, (previsto en los incisos 2 y 3 del primer párrafo, inciso 1 del segundo párrafo y último párrafo del artículo 189, del CP; en concordancia con el artículo 16 del CP e inciso 1 del primer párrafo del artículo 121 del CP), en perjuicio de Joe Ronald Montenegro Sánchez y Sujey Eveling Paricahua Cutipa.

Intervino como ponente el juez supremo **Guerrero López**.

CONSIDERANDO

PRIMERO. IMPUTACIÓN FÁCTICA

De acuerdo a la acusación fiscal, se indica que el **31 de octubre de 2017**, a las 19:50 horas, cuando el agraviado Joe Montenegro se encontraba junto con su enamorada la agraviada Sujey Paricahua dirigiéndose al domicilio de ella por la avenida 3 de octubre con el jr. Aeropuerto-Juliaca, caminando por la riel de tren por la salida Cuzco, en sentido contrario venía caminando el encausado,



quien pasa por el lado de ellos, chocando su hombro con el del agraviado Joe Montenegro, por lo que el imputado le dice "por qué me chocas", y se acerca a los agraviados rápidamente **con un arma blanca (cuchillo)**, intentando **arrebatarse el equipo celular** que el agraviado tenía en su poder de propiedad de la agraviada, produciéndose un forcejeo entre el agraviado y el imputado, **apuñalando este último con el cuchillo al agraviado**, por **diferentes partes del cuerpo**, logrando sustraerle el equipo celular y **darse a la fuga, lo que no se concretó ya que fue interceptado por los transeúntes** y vecinos del lugar, quienes también fueron agredidos con el arma blanca que poseía el acusado, para posteriormente ser puesto a disposición de las autoridades correspondientes, siendo además auxiliado el agraviado y trasladado a la Clínica Americana. El equipo celular fue recuperado por la agraviada cuando el procesado al intento de darse a la fuga arrojó ese bien, siendo recogido por ella. El Certificado Médico Legal N.º 00310-PF-HC, del 16 de enero de 2018, concluyó: "1. Por lo descrito en la historia clínica, se trata de un paciente politraumatizado por agente contuso cortante con filo (arma blanca), que habría puesto en riesgo la vida del mismo, recibiendo atención de emergencia adecuado para su diagnóstico. 2. Por lo que amerita 8 días de atención facultativa por 30 días de incapacidad médico legal".

SEGUNDO. ANTECEDENTES PROCESALES

- 2.1. El juzgado penal colegiado supraprovincial de San Román-Juliaca, emitió sentencia el cinco de julio de dos mil dieciocho (folio 67), condenando a Yon Brem Apaza Quispe como autor del delito de robo con agravantes, en grado de tentativa, e impuso treinta y tres años de pena privativa de libertad.
- 2.2. Esta sentencia fue apelada por la defensa técnica del recurrente José Alexander Pisco Valderrama, lo que motivó que los autos sean elevados a la Sala Superior. Con fecha siete de noviembre de dos mil dieciocho, dicho órgano jurisdiccional emitió la sentencia de vista recurrida (folio 162) que **confirmó la condena y revocó la pena impuesta de treinta y tres años; reformándola, impuso ocho años de pena privativa de libertad.**



- 2.3. El 21 de noviembre de 2018, el representante del Ministerio Público interpuso el presente recurso de casación (folio 148) contra la sentencia de vista, en el extremo de la pena privativa de libertad impuesta. Esta sentencia es la que motivó el presente recurso de casación en cuanto a la dosificación punitiva.

TERCERO. FUNDAMENTOS DEL CASACIONISTA

El representante del Ministerio Público, al fundamentar el recurso de casación (folio 148), invocó la causal prevista en el inciso 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal, y alegó que:

- 3.1. La Sala Superior sin suficiente fundamentación, rebaja la pena, aludiendo los principios de la función preventiva, culpabilidad, humanidad de las penas y proporcionalidad; afirmando que conforme a estos principios la pena impuesta en primera instancia —33 años— resulta excesiva y desproporcionada con los hechos imputados, además, que resulta desproporcional si se tiene en cuenta el marco penal previsto para el delito de homicidio simple.
- 3.2. Por tentativa, el juez puede rebajar prudencialmente la pena, considerando la naturaleza del delito y el bien jurídico afectado; en el presente caso, la Sala no tuvo en cuenta ello, y se limitó a desarrollar dogmáticamente los principios aludidos, incurriendo en un vicio porque se rebajó por tentativa 25 años, sin un razonamiento lógico-jurídico.

CUARTO. DELIMITACIÓN DEL PRONUNCIAMIENTO

- 4.1. La sentencia de vista fue cuestionada únicamente por el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público, en el extremo de la determinación judicial de la pena. En resumen, el **recurrente no estuvo de acuerdo con las razones judiciales que sustentaron la modificación —reducción excesiva— del quantum de la pena** impuesta por el juzgado penal colegiado.
- 4.2. Ante ello, este Supremo Tribunal, mediante la ejecutoria de calificación (folio 41 del cuadernillo formado a esta instancia), declaró bien concedido el



presente recurso extraordinario únicamente por la **causal prevista en el inciso 3** del artículo 429 del Código Procesal Penal —y no por la causal del inciso 4 que fue invocada por el recurrente—, al advertirse de los agravios que la Sala habría realizado **una errónea interpretación del artículo 16 del Código Penal**, al momento de reducir la pena impuesta; **reducción que debe ser objeto de control por la magnitud del beneficio generado** (25 años).

- 4.3. Mediante decreto del veinte de agosto de dos mil veintiuno, se citó a audiencia de casación, oportunidad en la cual el recurrente sustentó su impugnación. Al culminar la audiencia, se realizó la deliberación de la causa en sesión secreta; luego, se efectuó la votación. Se obtuvieron los votos necesarios para la emisión de la presente sentencia de casación, cuya lectura se programó para el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

QUINTO. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

- 5.1. La determinación judicial de la pena "es la institución referida a una de las consecuencias jurídicas que se impone al responsable por la comisión de un delito"¹; consecuencia de carácter penal —porque la otra es la reparación civil que tiene una naturaleza civil—. Esta institución sustantiva alude a un procedimiento técnico y valorativo cuya función esencial es servir al órgano jurisdiccional para llevar a cabo la individualización de los castigos penales, tanto en sus aspectos cualitativo (el tipo de pena), cuantitativo (extensión) y ejecutivo (efectiva o suspendida)². Es por ello que, Demetrio Crespo³ distingue dos modalidades de individualización judicial de la pena: **i) en sentido estricto**, que alude al tipo y cantidad de pena que se aplicará al agente del delito; **ii) en sentido amplio**, referido a la

¹ VÁSQUEZ GUEVARA, Erick Rony. *La flexibilización del principio de legalidad en la determinación judicial de la pena*. En: *Gaceta Penal*, marzo 2020, pp. 74-75.

² Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *La dosimetría del castigo penal. Modelos, reglas y procedimientos*. Lima: Ideas, 2018, pp. 188-189.

³ Cfr. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena*. En: PRADO SALDARRIAGA, Víctor y otros. *Determinación de la pena*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 78-79.



decisión sobre la aplicación o no de la suspensión de la ejecución de la pena y otros sustitutivos penales.

- 5.2.** La pena privativa de libertad, desde el siglo XIX, es en todo el mundo la columna vertebral del sistema de penas⁴ —sin negar obviamente la importancia de otro tipo de penas no privativas de libertad como se ha indicado, y de mecanismos sustitutivos de la privación de libertad cuando corresponda—. En nuestro Código Sustantivo se encuentra regulada en el artículo 29, modificado por el Decreto Legislativo N.º 982, que prescribe: la pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua.

Como se aprecia, coexisten dos modalidades de castigos privativos de libertad: pena privativa de libertad temporal y pena privativa de libertad de cadena perpetua. El de modalidad temporal es aquella que “priva de la libertad ambulatoria al penado durante un determinado periodo de tiempo, de manera continua”⁵. En nuestro sistema penal, tiene una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años.

- 5.3.** Por otro lado, debemos señalar que en la jurisprudencia de este Tribunal ya se ha precisado que las **causales de disminución de punibilidad**⁶ no son circunstancias atenuantes —menos aún las denominadas “atenuantes privilegiadas”. Si bien estas tienen un soporte legal en el inciso 3 del artículo 45-A del Código Penal, no se ha identificado normativamente cuáles serían específicamente esas circunstancias—, en tanto ellas no están fuera del delito, sino que se construyen dentro de él como parte de su **estructura**, de su **grado de realización**, o desde **los niveles de intervención de los partícipes**. Entonces, la característica esencial de las causales de disminución de punibilidad es que **no son externas al delito, como sí lo son las circunstancias atenuantes** —que junto con las circunstancias agravantes son parte de los conocidos también como “elementos accidentales del delito”—. Por esa razón,

⁴ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La cuestión criminal*. Buenos Aires: Editorial Planeta, Tercera Edición, 2012, p. 309.

⁵ DIEZ RIPOLLES, José L. *Derecho penal español. Parte general en esquemas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, Tercera Edición, 2011, p. 576.

⁶ Por “punibilidad” nos referimos al marco penal, pena básica o pena conminada que corresponde a un determinado delito.



el legislador alude con frecuencia a que **su efecto es “disminuir prudencialmente la pena” y no “atenuarla”**⁷.

- 5.4.** Este Supremo Tribunal, como línea jurisprudencial⁸, estableció que son causales de disminución de punibilidad **la tentativa** (artículo 16 del Código Penal), las eximentes imperfectas (artículos 21 y 22 del Código Penal), el error de prohibición vencible (artículos 14 y 15 del Código Penal) y la complicidad secundaria (artículo 25 del Código Penal). **Su efecto** de operatividad es la afectación de la extensión mínima de la punibilidad establecida para el delito, esto es, que siempre la disminución **deberá operar por debajo del mínimo legal, teniendo como límite final**, conforme lo plantea Prado Saldarriaga⁹, **la pena concreta que el órgano jurisdiccional decida discrecionalmente**, pero **observando la proporcionalidad** adecuada al caso. **Estos efectos** de disminución **se justifican** según el tipo de causal, por los **principios de lesividad** (para la **tentativa** y complicidad secundaria) y culpabilidad (para el error de prohibición vencible e imputabilidad disminuida).

SEXTO. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

- 6.1.** La presente casación fue declarada bien concedida por la causal prevista en el inciso 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, en tanto que se advirtió una posible errónea interpretación del artículo 16 del Código Penal, que prevé la tentativa. Esa norma sustantiva se encuentra compuesta por las siguientes disposiciones normativas: en el primer párrafo, se regula los “presupuestos de su configuración” y, en el segundo párrafo, sus “efectos en la determinación de la pena”.
- 6.2.** En ese sentido, **la disposición que se habría interpretado erróneamente es el segundo párrafo**; esto es, que no está en discusión si el hecho quedo en tentativa —eso se estableció como hecho probado—, sino **el sentido legal que le habría otorgado la Sala Superior al “efecto”** previsto para la

⁷ En esa misma línea, la Casación N.º 66-2017/Junín y PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *La dosimetría del castigo penal. Modelos, reglas y procedimientos*. Lima: Ideas, 2018, pp. 243-244.

⁸ Recursos de Nulidad N.ºs 1006-2018/Lima, 914-2018/Lima Norte, 1319-2018/Lima, 916-2018/Callao, 684-2018/Lima Norte, 1284-2018/Sala Penal Nacional; y las Casaciones N.ºs 66-2017/Junín y 814-2017/Junín.

⁹ En: *La dosimetría del castigo penal. Modelos, reglas y procedimientos*. Lima: Ideas, 2018, p. 246.



tentativa, que se refleja normativamente de la siguiente manera: el juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena. Por ello, se advirtió como interés casacional la necesidad de **desarrollar ese “efecto” en la determinación judicial de la pena**, para concluir sí se configura o no la referida causal de casación.

- 6.3. La Sala Superior sustentó su decisión de reducir la pena impuesta en primera instancia —33 años—, estimando que ese *quantum* de sanción resultaba excesivo y desproporcionado con los hechos cometidos por el sentenciado; por ello, consideró que, en observancia de los principios de función preventiva, culpabilidad, humanidad y proporcionalidad, y en vista a que se puso en riesgo la vida del agraviado y que el delito de robo quedó en tentativa, lo razonable es imponer 8 años de pena privativa de libertad —redujo 25 años—.

Por su parte, el recurrente señaló que se habría realizado un exceso en la reducción de la pena, cuando por tentativa solo corresponde realizar una reducción prudencial de la pena.

- 6.4. Si bien esa reducción siempre se va realizar por debajo del mínimo legal, ya que la tentativa constituye una causal de disminución de punibilidad, cuyo efecto se encuentra sustentado por el principio de lesividad —el grado de afectación de los bienes jurídicos tutelados por el delito atribuido—; siempre se ha planteado la siguiente interrogante: **¿hasta dónde puede llegar esa reducción prudencial?**
- 6.5. Al respecto, este tribunal supremo considera que ese límite lo establece el propio juzgador en función al hecho imputado —forma y modo de su realización— y a la naturaleza jurídica del delito y bien jurídico puesto en peligro; es decir, que **el *quantum* de esa reducción lo va decidir discrecionalmente el órgano jurisdiccional observando los criterios de razonabilidad y proporcionalidad adecuada al caso concreto**. En esos criterios se materializa lo “prudencial”.
- 6.6. En ese sentido, la Sala Superior al momento de efectuar la dosificación de la pena realizó una errónea interpretación del efecto de la tentativa,



regulado en el segundo párrafo del artículo 16 del Código Penal, porque realizó una excesiva reducción sin considerar los referidos criterios —de razonabilidad y proporcionalidad—, pues los hechos que se le atribuyeron al encausado fueron graves si se tiene en cuenta que el agraviado Joe Ronald Montenegro recibió, por parte del acusado, varios cortes —en el tórax— con arma blanca (cuchillo) que puso en riesgo su vida como así concluyó el Certificado Médico Legal N.º 00310-PF-HC, habiendo podido fallecer si no era por la pronta atención médica; es decir, que el sentenciado con el fin de lograr apoderarse de los bienes de los agraviados, utilizó como medio comisivo un arma blanca, no limitándose a realizar una amenaza con esta, sino ejercer violencia en desprecio de la vida del citado agraviado; por lo que, se atentaron dos bienes jurídicos: el patrimonio y, principalmente, la vida humana independiente. Dichos bienes jurídicos que pudieron ser lesionados concretamente si es que no intervenían los vecinos y médicos, respectivamente.

- 6.7. Este Tribunal Supremo, como garante de los derechos, bienes y valores constitucionales en la jurisdicción ordinaria, tiene el deber de dotar de consistencia, coherencia, uniformidad y predictibilidad al ordenamiento jurídico y jurisprudencia nacional, como medio de interdicción de la arbitrariedad y tutela de la seguridad jurídica; correspondiendo, en este acto, efectuar la corrección del aspecto cuantitativo de la pena privativa de libertad que se le impuso al acusado, lo cual se realizará a continuación.
- 6.8. El sentenciado Yon Brem Apaza Quispe fue declarado responsable por el delito de robo con agravantes, en grado de tentativa, previsto en los incisos 2 y 3 del primer párrafo, inciso 1 del segundo párrafo y último párrafo del artículo 189, en concordancia con el artículo 16 e inciso 1 del primer párrafo del artículo 121 del CP. El tipo penal verificado prevé como consecuencia jurídica la **pena conminada de cadena perpetua**. Cabe acotar que al producirse la agravante del último párrafo carece de trascendencia aplicativa lo previsto en los dos primeros grados de



catálogos circunstanciales, pues, se trata de factores de agravación incompatibles.

6.9. Ahora bien, al presentarse la causal de disminución de punibilidad de la tentativa, cabe realizar una reducción de la pena por debajo del mínimo legal, por lo que, para concretizar este efecto resulta necesario convertir esa pena atemporal a una pena temporal. Debiendo ser esta de 35 años —límite máximo de la pena privativa de carácter temporal—. A partir de esa pena concreta parcial, se puede realizar la reducción prudencial de la pena por tentativa.

6.10. Este Tribunal Supremo considera que la discrecionalidad del juez tiene límites. El órgano jurisdiccional de primera instancia únicamente redujo dos años por la presencia de la tentativa como causal de disminución de punibilidad, fijando la pena en treinta y tres años. La Sala Penal Superior la redujo veinticinco en años adicionales, dejándola en ocho años de pena privativa de la libertad, invocando argumentos generales ya glosados. Para una determinación bajo parámetros de razonabilidad este Supremo Tribunal pondera lo siguiente: **a)** Es aplicable el artículo 189 del Código Penal modificado por la ley 30076¹⁰. **b)** El artículo 189 en su

¹⁰ Al 31 de octubre de 2017 en que se suscitaron los hechos ya estaba vigente el referido artículo 189 modificado por la ley 30076 de 19 de agosto de 2013 que establece:

"Artículo 189. Robo agravado

La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido:

1. En inmueble habitado.

2. Durante la noche o en lugar desolado.

3. A mano armada.

4. Con el concurso de dos o más personas.

5. En cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga, terminales terrestres, ferroviarios, lacustres y fluviales, puertos, aeropuertos, restaurantes y afines, establecimientos de hospedaje y lugares de alojamiento, áreas naturales protegidas, fuentes de agua minero-medicinales con fines turísticos, bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación y museos.

6. Fingiendo ser autoridad o servidor público o trabajador del sector privado o mostrando mandamiento falso de autoridad.

7. En agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.

8. Sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios.

La pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años si el robo es cometido:

1. Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima.

2. Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas, insumos químicos o fármacos contra la víctima.

3. Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.



segundo nivel de agravantes, para el supuesto de lesiones leves prevé una penalidad mínima de veinte años y máxima de treinta años. Si para las lesiones leves se realiza esa previsión en el delito consumado, existiendo lesiones graves en tentativa de robo agravado, no sería proporcional que se le imponga una pena por debajo de veinte años, siendo ese parámetro uno de insoslayable análisis en el presente caso concreto en el que se puso en franco riesgo la vida de la víctima y después de ello, gracias a la providencial intervención de los pobladores se logró la recuperación del celular, es decir, ya se había producido el desapoderamiento y las lesiones graves, siendo ulterior la recuperación, vale decir, solo faltó la potencialidad de la disposición para la consumación del delito. **c)** En conclusión, la pena concreta final en este caso, con estricto arreglo a los principios de proporcionalidad y culpabilidad por el hecho, es de **veinte** años (equivale al mínimo del delito de robo agravado consumado con lesiones leves), que se le debe imponer al sentenciado Yon Brem Apaza Quispe; no siendo válida la pena de treinta y tres años impuesta en primera instancia (folio 67), ni la de ocho años impuesta en segunda instancia (folio 162).

6.11. Por tanto, se demuestra que la Sala Penal de Apelaciones realizó una errónea interpretación del artículo 16 del Código Penal —específicamente el segundo párrafo—; configurándose la causal regulada en el inciso 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, acordaron:

4. Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación. La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización criminal, o si, como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental. (*)
(*) Este último párrafo se modificó con el acápite vi del literal b del artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1264, publicado el 11 de diciembre de 2016.



I. Declarar **FUNDADO** el recurso de casación ordinario interpuesto por el representante del Ministerio Público, por la causal prevista en el inciso 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, por errónea interpretación del artículo 16 del Código Penal.

II. **CASARON** la sentencia de vista del siete de noviembre de dos mil dieciocho (folio 162), en el extremo que revocando la pena impuesta de treinta y tres años; reformándola, le impusieron a Yon Brem Apaza Quispe ocho años de pena privativa de libertad; al haber sido condenado como autor del delito de robo con agravantes, en grado de tentativa (previsto en los incisos 2 y 3 del primer párrafo, inciso 1 del segundo párrafo y último párrafo del artículo 189, del CP; en concordancia con el artículo 16 del CP e inciso 1 del primer párrafo del artículo 121 del CP), en perjuicio de Joe Ronald Montenegro Sánchez y Sujey Eveling Paricahua Cutipa. En consecuencia, **NULA** la citada sentencia de vista únicamente en el extremo de determinación de la pena privativa de libertad impuesta, y **actuando en sede de instancia (como Tribunal de Apelación), REVOCARON** la sentencia de primera instancia (folio 67) en el extremo que impuso al recurrente **treinta y tres años** de pena privativa de libertad, por el referido delito y agravados; **REFORMÁNDOLA LE IMPUSIERON VEINTE AÑOS** de pena privativa de la libertad que computada desde el 31 de octubre de 2017 (fecha de su intervención e inmediata detención), vencerá el 30 de octubre de 2037.

III. **ORDENARON** que se dé lectura a la presente sentencia de casación en audiencia pública y se notifique a las partes apersonadas a esta instancia, incluso a las no recurrentes; se devuelvan los actuados a la Sala Superior de origen y se archive el cuadernillo.

IV. **MANDARON** se publique la sentencia casatoria en la página web del Poder Judicial.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N.º 134-2019
PUNO

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

IGL/awza