



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

ACUERDO PLENARIO N.º 01-2023/CIJ-112

BASE LEGAL: Artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según la Ley 31591, de 26-10-2022.
ASUNTO: Determinación judicial de la pena: problemas contemporáneos y alternativas inmediatas.

Lima, veintiocho de noviembre de dos mil veintitrés

Los jueces supremos de lo penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República y del Juzgado Supremo de la Investigación Preparatoria, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1º. Las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial, así como el Juzgado Supremo de la Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa 293-2023-P-PJ, de veintidós de mayo de dos mil veintitrés, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor SAN MARTÍN CASTRO, realizaron el XII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de los Jueces Supremos de lo Penal – dos mil veintitrés, que incluyó la participación respectiva en los temas objeto de análisis propuestos por la comunidad jurídica, a través del enlace de la página web del Poder Judicial –abierto al efecto–, al amparo de lo dispuesto por el artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante LOPJ–, modificada por la Ley 31591, de veintiséis de octubre de dos mil veintidós, para dictar acuerdos plenarios que definan la uniformización de la jurisprudencia penal.

2º. El XII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de dos mil veintitrés se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica, la instalación del Pleno Jurisdiccional –que se realizó con la Primera Sesión del Pleno de veintidós de junio de dos mil veintitrés– y la selección de los temas del foro para que se propongan los puntos

materia de análisis que necesitan interpretación uniforme y la generación de una doctrina jurisprudencial a fin de garantizar la debida armonización de criterios de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo. Segunda: la selección de temas alcanzados por la comunidad jurídica, la designación de jueces supremos ponentes y la designación de la fecha de presentación de ponencias respecto de las propuestas temáticas que presentaron los abogados y representantes de instituciones públicas y privadas. Esta fase culminó con la II Sesión del Pleno Jurisdiccional de seis de julio último.

3°. El doce de julio último se publicaron en la página web del Poder Judicial los temas seleccionados para el debate. Se trata de los siguientes: **A.** Determinación judicial de la pena: problemas actuales y definición de las alternativas jurisprudenciales. **B.** Delitos ambientales: exigencia y vigencia del informe técnico de la autoridad administrativa, diferencias entre infracción administrativa y delito de contaminación ambiental, y momento de consumación del delito ambiental. **C.** Etapa intermedia: control de admisión de la prueba, prueba superabundante y control o limitación judicial de la solicitud probatoria. **D.** Delito de trata de personas: aspectos de determinación típica y problemas normativos. **E.** Suspensión de la prescripción de la acción penal. Alcances de la Ley 31751. **F.** Prisión preventiva y problemas concursales entre el artículo 122-B, inciso 6, del Código Penal y el artículo 122-B del mismo código. **G.** El motivo de sobreseimiento del artículo 344, apartado 2, literal d), del Código Procesal Penal. Alternativas interpretativas. **H.** Estándar de elementos de convicción y sobreseimiento. El recurso del actor civil contra el sobreseimiento y la absolución. Alcances.

∞ El once de septiembre del presente año, se seleccionaron a los juristas y las instituciones que harían uso de la palabra en audiencia pública.

4°. Han presentado, a través de la página web del Poder Judicial, un informe escrito en relación a la “determinación judicial de la pena: problemas actuales y definición de las alternativas jurisprudenciales”, Branko Slavko Yvancovich Vásquez, abogado y profesor universitario; Ciro Cancho Espinal, abogado y profesor universitario; Dennier Villanueva Domínguez, abogado; Jearsineo Ray Yarlequé, abogado y profesor universitario; Jorge Rodrigo Tapia Bedregal, Luis Alejandro Yshií Meza abogado y profesor universitario.

5°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la Audiencia Pública que se realizó el jueves veintiocho de septiembre de dos mil veintitrés. Hicieron uso de la palabra el abogado Ciro Cancho Espinal, abogado Dennier Villanueva Domínguez, y abogado y profesor universitario Luis Alejandro Yshií Meza.

6°. La tercera etapa residió, primero, en la sesión reservada de análisis, debate y deliberación de las ponencias; y, segundo, en la votación y obtención del número

conforme de votos necesarios, por lo que, en la fecha, se acordó pronunciar el acuerdo plenario que se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que faculta a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República para pronunciar resoluciones vinculantes a través de reglas interpretativas con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

7°. Han sido ponentes los señores PRADO SALDARRIAGA y LUJÁN TÚPEZ.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. TEMAS PROBLEMÁTICOS MATERIA DE ANÁLISIS

8°. El presente Acuerdo Plenario tiene el cometido de brindar pautas hermenéuticas claras y de utilidad práctica en relación a la aplicación judicial de penas en casos donde el marco legal nacional ha devenido en incoherente e insuficiente por la sobreposición e incompatibilidad operativa de distintos modelos y reglas de determinación de la pena. Los cuales se han incorporado en el Código penal de 1991 y en leyes afines a él mediante modificaciones legales parciales, siendo las de mayor trascendencia las introducidas por la Ley 30076, de 28 de agosto de 2013¹. Es así que en la última década se han evidenciado prácticas distintas y distorsionadas en el procedimiento judicial de determinar, decidir e imponer penas en los casos penales a cargo de la judicatura nacional, lo cual ha sido advertido por la doctrina especializada y fue también observado durante la audiencia pública del XII Pleno Jurisdiccional². Por consiguiente, corresponde, pues, a este Acuerdo Plenario, superar los problemas detectados en base a los criterios que se desarrollaran a continuación sobre los siguientes aspectos: a) Necesidad de esquemas operativos diferentes para la aplicación de la pena; b) Aplicación de la pena cuando concurren simultáneamente en el caso penal circunstancias, causales de disminución o aumento de punibilidad y reglas de reducción por bonificación procesal; c) Aplicación de la pena en casos de tentativa de delito con circunstancias agravantes específicas; d) Aplicación de una pena privativa temporal en delitos sancionados con pena privativa de libertad de cadena perpetua cuando concurren circunstancias atenuantes, causales de disminución de

¹ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (2023). Política criminal y derecho penal en el Perú: balance a tres décadas del Código Penal de 1991. *En Estudios Político, Criminales, Jurídico-Penales y Criminológicos. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés*. Tirant lo Blanch. Valencia, pp.359-363; PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (2016). *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal*. Idemsa. Lima, pp.157-254.

² Una ilustrativa compilación comentada de las tendencias desarrolladas en la jurisprudencia nacional sobre aplicación de penas puede verse en YSHÍ MEZA, Luis (2023). Ponencia escrita sobre *Determinación judicial de la pena: Problemas contemporáneos y alternativas inmediatas (2023)*. *A propósito del XII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia penal*. Lima, pp.1-14.

punibilidad o reglas de reducción por bonificación procesal; e) Aplicación excepcional de reglas de reducción por bonificación procesal de origen supralegal. Ahora bien, tales criterios se han construido a partir de las reglas y principios que sobre la materia de análisis se regulan en el Título Preliminar, en los artículos 13, 14 15,16, 21,22,25, 45, 45-A, 46, 46-A, 46-B, 46-C, 46-D, 47, 48, y 49, 50 y 51 de la Parte General del Código Penal; así como en los artículos que se irán precisando a lo largo del Acuerdo Plenario correspondientes a la Parte Especial del Código Penal o del Código Procesal Penal y de Leyes penales y procesales afines.

§ 2. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

9º. Se han sucedido diferentes perspectivas filosóficas y jurídicas sobre la dosimetría penológica, algunas afincadas en tópicos o tónica de jurisprudencia de conceptos³, otras en taxonomía penológica, en dogmática punitiva de prevención general y especial, hasta en la aplicación privilegiada de los principios de proporcionalidad, prohibición de doble valoración o principio de inherencia, humanidad, resocialización del reo, etc. Dependiendo de cuál de estas opciones teóricas que se adopten surgirá la denominación que se estime más idónea e ideográfica para designar a esta materia, así como para precisar su comprensión y extensión. La jurisprudencia producida por la Corte Suprema de Justicia en este dominio ha preferido utilizar las denominaciones tradicionales de determinación judicial de la pena o de aplicación de penas⁴. Lo cual se aprecia en los Acuerdos Plenarios 01-2008/CJ-116, de tres de noviembre de dos mil ocho, 04-2009/CJ-116, de ocho de enero de dos mil diez, 08-2009/CJ-116, de ocho de enero de dos mil diez, 02-2010/CJ-116, de treinta de diciembre de dos mil diez, y en la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2018/CIJ-433, aprobado en el I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Supremas Penales Permanente, Transitoria y Especial de veinte de diciembre de dos mil dieciocho. Además, también se ratifican en el presente Acuerdo Plenario.

³Escuela filosófica tributaria de la Escuela histórica alemana vinculada a Carl Von Savigny, que considera que la respuesta a todo problema jurídico está en los conceptos como tópicos, su base principal de ordenación fueron los principios de la lógica formal. Los conceptos se transforman en estructuras lógicas, en silogismos formalmente correctos. La perfección lógica de los conceptos es suficiente para considerarlos válidos, por tanto, no admite cuestionamiento respecto de ellos, como solución al problema jurídico. El conjunto de estas soluciones es la tónica de la jurisprudencia de conceptos, cuyas notas características son: Las características son: 1. La plenitud del derecho. 2. La creación de la ley por científicos. 3. Elaboración de conceptos jurídicos. 4. El juez es un simple mecánico del derecho. En esa línea: George Frederick Puchta (1798-1846), Karl Adolf von Vangerbow (1808-1870), Heinrich Dernburg (1829-1907) y Bernhard Windscheid (1817-1992). Cfr. NINO, Carlos Santiago (1974) *Consideraciones sobre dogmática jurídica*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 26 a 30; TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando (1992) *Elementos para una teoría general del derecho (Introducción al estudio de la ciencia jurídica)*, México: Themis, p. 374; IHERING, Rudolf von (1933) *La jurisprudencia en broma y en serio*, Madrid: Editorial de la Revista de Derecho Privado, pp. 252 a 254.

⁴Cfr. SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA, Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Casación 1192-2019/Huancavelica, Recurso de Nulidad 1316-2019/Lima Sur, Casación 1083-2017/Arequipa, Casación 66-2017/Junín, Recurso de Nulidad 439-2020/Lima Sur, Recurso de Nulidad 101-2018/Lima, Casación 490-2019/Arequipa, etc.

10°. Cabe destacar que la función esencial de todo Acuerdo Plenario es desarrollar doctrina jurisprudencial vinculante para superar o dar solución a problemas prácticos que afecten la coherencia, consistencia y predictibilidad de las decisiones judiciales que aplican la legislación penal nacional. No es, pues, ni puede ser su finalidad técnica la de discutir o asumir discursos o teoremas dogmáticos. Los cuales, como reconoce actualmente la propia dogmática penal parece ser una “*misión imposible*”⁵. En consecuencia, el punto de partida de estas reflexiones y alternativas jurisprudenciales es la utilidad práctica que corresponde a los procedimientos judiciales de determinación de la pena. Esto es, que la pena que se imponga a un condenado sea cierta, legal y justa. Para lo cual surge como necesidad operativa poder contar con instrumentos y reglas comunes a la vez que uniformes que posibiliten hacer predecible y controlable todo resultado punitivo. Pero, sobre todo, que dicho resultado se materialice y formalice en la sentencia con una sólida y razonada justificación.

11°. Ahora bien, la predictibilidad de una pena justa impone identificar, en primer lugar, el espacio que posee el juez penal para la aplicación de la proporcionalidad punitiva que corresponde al caso. Esto es, demanda reconocer, como en la escolástica de la baja edad media, qué es lo que concierne a los jueces y qué es lo que no les concierne. Al juez lo que le corresponde, en pureza de cosas, es la aplicación de reglas e indicadores que permitan cumplir las exigencias de los principios de culpabilidad o responsabilidad por el daño ilícito y de lesividad sobre el bien jurídico tutelado. Pero, además, le corresponde también al juez aplicarlos dentro de una proporcionalidad limitada por los rangos mínimos y máximos de penalidad conminada que están previa y exclusivamente fijados por la Ley. En tal sentido, seguir transitando por prácticas que so pretexto de proporcionalidad lo que hacen es aminorar exageradamente la pena, incluso por debajo de los límites legales o convencionalmente establecidos sin justificación legal o, peor, utilizando una aparente motivación, desacredita la tarea judicial de imponer una pena concreta justa. Queda claro, entonces, que las objeciones a cualquier tipo de método de dosimetría punitiva se disuelven siempre que, con tal metodología, se ubique al juez en su rol propio y correcto de individualizador legitimado de la pena (juez de la pena) y no de configurador o modificador oficioso del marco punitivo (legislador de la pena).

§ 3. *SOBRE LA DOSIMETRÍA EN LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA PENA*

12°. La dosimetría penal es una técnica de razonamiento judicial que sirve para el cálculo aritmético de un resultado punitivo. Ella le permite al juez llegar a una cifra objetiva que define la extensión cuantitativa de la pena a imponer. Para lo

⁵ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (2023). La individualización judicial de la pena (una misión con nombre de película: misión imposible). En *Estudios Político. Criminales, Jurídico-Penales y Criminológicos. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés*. Tirant lo Blanch. Valencia, pp.1149-1159.

cual se deberá partir de la convergencia de parámetros establecidos previamente y que posibilitan bajo un raciocinio lógico jurídico la determinación de una pena individualizada y previsible. Se trata, pues, de un procedimiento técnico y valorativo cuya función esencial es servir al órgano jurisdiccional para llevar a cabo la individualización de los castigos penales⁶. El cual, además, debe respetar, como ya se ha indicado, el rango punitivo abstracto, mínimo y máximo legal, dentro del cual se decidirá la pena concreta que se imponga en la sentencia al autor o partícipe culpable del delito imputado y probado durante el proceso.

13°. En consecuencia, pues, la determinación judicial de la pena tiene por función la concreción cualitativa, cuantitativa y, a veces, ejecutiva de la sanción penal⁷. Dicha actividad la realiza el juez al final del proceso, es decir, una vez que se han actuado y contradicho las pruebas que acreditan el hecho punible como típico antijurídico y culpable. Sin embargo, debe quedar claro que sin importar qué método de dosimetría penal se utilice, este deberá siempre consignarse expresamente en las sentencias al momento de determinar e imponer judicialmente una pena, el no hacerlo atenta contra las garantías de la administración de justicia y afecta los derechos fundamentales de los justiciables, tanto del propio sentenciado como de la víctima. Además, impide el control superior sobre la correcta utilización del método empleado y del iter seguido para obtener la pena concreta.

§ 4. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES SOBRE LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

14°. Son principios rectores que orientan y legitiman la aplicación y ejecución judicial de la pena los siguientes:

15°. **El principio de legalidad penal.** Es el condicionante de conducta que obliga a respetar los límites previos fijados por el legislador al momento de imponer una pena concreta. Así, pues, el juez posee parámetros de cuantificación de la pena. Lo que determina que la función jurisdiccional, en este dominio, se halla sometida al principio de *nulla poena sine lege*, lo que implica que la *lex previa*, *lex certa* y *lex scripta* como componentes de la legalidad de la pena (*lex stricta*), deben cumplirse cabalmente⁸. El principio de legalidad es la garantía tuitiva más importante de los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, constituye un límite inexorable en el

⁶PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (2018), *La dosimetría del castigo penal. Modelos, Reglas y Procedimientos*, Lima: Ideas Solución Editorial S.A.C., p. 188.

⁷PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (2000), *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Lima: Editorial Gaceta Jurídica, p. 95.

⁸Así pues, en primer lugar, el artículo 2, numeral 24, literal d, de la Constitución Política del Estado establece lo siguiente: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; **ni sancionado con pena no prevista en la ley**”. (Resaltado adicional) Y, en segundo lugar, el artículo II del Título Preliminar del Código Penal determina lo siguiente: “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, **ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella**”. (Resaltado adicional).

ejercicio de la facultad punitiva del Estado, al configurar las conductas punibles y determinar o ejecutar sus consecuencias (penas y medidas de seguridad), como expresión de la voluntad general⁹; pero, también como base de la independencia e imparcialidad de la jurisdicción¹⁰.

16°. Según la jurisprudencia interamericana «En un Estado de Derecho, el principio de legalidad [...] preside [...] la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo». Por lo que: «Corresponde al juez penal, al aplicar la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta, y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona inculpada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico»¹¹.

17°. Los principios **de culpabilidad y lesividad**, consagrados en los artículos VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal, respectivamente, para efectos de la aplicación judicial de penas, se encuentran estrechamente vinculados. Por la culpabilidad la pena debe ser equivalente a la responsabilidad incurrida, sea dolosa o culposa. Por la lesividad, la pena debe ser proporcional al daño causado. Sin embargo, resulta equivocado entender que el principio de proporcionalidad (*ex delicto*) habilita al juez a construir libremente un rango punitivo abstracto para un determinado delito y fuera del rango legal. Tal proceder es incoherente, además de violentar el principio de legalidad, pues afecta el principio lógico de razón suficiente¹².

18°. Estos dos principios obligan al órgano jurisdiccional a imponer la pena que corresponda a la responsabilidad de cada agente y sin ignorar el grado o intensidad de la lesión causada, por el hecho punible. Salvo, claro está, que estos presupuestos ya estén incluidos como elementos típicos del delito que se trate. Esto último, por imperio del principio de **prohibición de doble valoración o principio de inherencia**.

⁹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. (2021). *Fundamentos de derecho penal. Parte general*. Segunda edición. Bogotá: Editorial Tirant lo Blanch, p. 76.

¹⁰ Tal como sostiene el profesor Josep Aguiló Regla, quien inquiere: ¿En qué consisten los referidos deberes de los jueces? En mi opinión, conforman la peculiar forma de cumplimiento del Derecho que el Derecho exige a los jueces. Independiente e imparcial es el juez que aplica el Derecho (actúa conforme al deber, en correspondencia con el deber, su conducta se adapta a lo prescrito) y que lo hace por las razones que el Derecho le suministra (motivado, movido por el deber). AGUILÓ REGLA, Josep. (2009). *Imparcialidad y concepciones del Derecho*. En Revista jurídica, Manizales: 6(2): 27-44, ISSN 1794-2918, p. 29, consultado en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3192069.pdf>

¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Resolución 149 CIDH, caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Sentencia de Fondo del veinticinco de noviembre de dos mil cinco, fundamentos jurídicos centésimo octogésimo séptimo, centésimo octogésimo noveno y centésimo nonagésimo.

¹² El *principium reddendaerationis*, es denotado para todo aquello que empieza a existir (como la decisión judicial) exige o requiere una razón que le haga existir (*ratio decidendi*). En el caso de la ley penal, exige o requiere una razón para existir (*ratio essendi*), a la jurisdicción le corresponde descubrirla y respetarla al momento de su aplicación. Cfr. Leibniz, Gottfried Wilhelm (1981) *Monadología*, edición trilingüe, traducción de Julián Velarde, Oviedo: Pentalfa, ISBN 84-85422-05-8, pp. 102 a 105.

19°. El principio de humanidad. Este principio pertenece con mayor propiedad al derecho penitenciario y no al derecho penal sustantivo. En el ámbito penitenciario, el test de humanidad de la pena exige comprobar los siguientes aspectos: **(i)** la pena debe ser objetivamente revisable, esto es, no debe abarcar en su configuración normativa ni en su imposición judicial toda la vida del reo; **(ii)** debe ofrecer al interno una expectativa o esperanza realista, no meramente teórica, de alcanzar algún día la libertad; **(iii)** el procedimiento para recuperar la libertad debe ser predeterminado, claro y cognoscible desde el mismo momento de la imposición de una pena privativa de libertad; **(iv)** la decisión liberatoria debe tener en cuenta la evolución individual experimentada por el reo durante la ejecución de la condena; y, **(v)** el reo debe recibir, de manera voluntaria, no forzada, el tratamiento adecuado a sus características y necesidades para favorecer dicha evolución¹³.

20°. Ahora bien, el principio de humanidad o principio de proscripción de la crueldad, es el eje central de la ejecución penal y uno de los límites primordiales del poder punitivo en un Estado democrático y constitucional de derecho. Según él, se rechaza por cruel toda sanción penal que resulte brutal en sus consecuencias para el condenado. Lo óptimo es buscar una pena humanitaria en el sentido que se ejecute sin sufrimientos innecesarios para el penado, tomando en cuenta los lineamientos del Derecho de los Derechos Humanos¹⁴ y en consonancia con instrumentos internacionales vinculantes como las “Reglas Nelson Mandela”¹⁵. En ese sentido, se proscriben los tratamientos crueles, inhumanos y degradantes en la vida carcelaria. Es un baremo tanto para el legislador como para el ejecutor de las penas ya impuestas. Pero no resulta aplicable como criterio legal dosificador para precipitar la pena por debajo del límite mínimo que le pudiera corresponder legalmente. (El artículo 45-A, segundo párrafo, del Código Penal expresamente prescribe que la pena se aplica «dentro de los límites fijados por ley»).

§ 5. CRITERIOS Y REGLAS DE JURISPRUDENCIA VINCULANTE PARA SUPERAR LOS PRINCIPALES PROBLEMAS DETECTADOS EN LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

A. NECESIDAD DE ESQUEMAS OPERATIVOS DIFERENTES PARA LA APLICACIÓN DE LA PENA

21°. Las Salas Penales de la Corte Suprema desde los Acuerdos Plenarios N.º 1-2008/CJ-116 y N.º 5-2009/CJ-116, así como en la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2018/CIJ-433 han reconocido que en el derecho penal nacional coexisten

¹³ PLENO. Tribunal Constitucional de España. Sentencia n.º 169/2021, del seis de octubre de dos mil veintiuno, fundamento jurídico cuarto.

¹⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. (2007). *Derecho penal. Parte general*. Editora Jurídica Grijley, p. 107.

¹⁵ UNODC, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos o Reglas Nelson Mandela. Convenio Internacional de Viena, Viena, s/d (Ver Reglas 1 a 4) https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

diferentes reglas sobre la aplicación de la pena: **causales de disminución o incremento de la punibilidad, circunstancias y reglas de reducción por bonificación procesal**. Además, que la utilidad, función, oportunidad o eficacia de todas ellas son también distintas. También se ha aceptado en las decisiones jurisdiccionales de las Salas Penales de la Corte Suprema que hay circunstancias genéricas, circunstancias específicas y circunstancias agravantes calificadas¹⁶.

22°. Ahora bien, las reformas introducidas por la Ley 30076 no afectaron ni modificaron sensiblemente las posiciones asumidas por la jurisprudencia vinculante del Supremo Tribunal. En todo caso, las modificaciones ocurridas sólo destacaron la existencia y utilidad de las **circunstancias atenuantes y agravantes genéricas** (artículo 46), pero, también, aportaron un protocolo o esquema operativo que ayudaría al juez a identificar y aplicar su eficacia en un caso penal (artículo 45-A)¹⁷. Lamentablemente, la Ley 30076 no hizo algo semejante en relación con las circunstancias atenuantes y agravantes específicas que estaban reguladas para diferentes delitos en la Parte Especial del mismo Código Penal. Muchas de las cuales, incluso, estuvieron incorporadas en el texto penal sustantivo mucho antes que se promulgara la Ley 30076.

23°. Desafortunadamente, aquella sensible omisión del legislador ha suscitado que en los últimos años surjan problemas prácticos y reiterados debates hermenéuticos acerca de si el esquema operativo regulado por el artículo 45-A y conocido como “**de los tercios**”, puede también tener aplicación para los casos penales donde el delito cometido cuenta con un catálogo propio de circunstancias agravantes específicas en la Parte Especial. Lo cual ocurre, por ejemplo, en los delitos de feminicidio, sicariato, secuestro, robo o extorsión, por señalar sólo algunos de los hechos punibles que actualmente resultan ser más emblemáticos y frecuentes en el quehacer jurisdiccional (Cfr.: artículos 108-B, 108-C, 152, 189 y 200). Cabe agregar también que es una característica común a todos estos delitos el contar con amplios listados de circunstancias agravantes específicas, pero carecer en lo absoluto de la regulación de circunstancias atenuantes específicas. Tal diseño normativo constituye no sólo una mala técnica legislativa, sino que genera un notable desbalance en los estándares punitivos. No obstante, esa práctica normativa va a tono con una política criminal de orientación exclusivamente sobrecriminalizadora y que ha aplicado continuamente el legislador nacional sobre aquellos hechos punibles a los que estima como muy graves y que generan o

¹⁶ Ver el texto estos desarrollos de la jurisprudencia vinculante sobre aplicación de la pena de la Corte Suprema de Justicia en SAN MARTÍN CASTRO, César-PÉREZ ARROYO, Miguel (2018). *Jurisprudencia penal, procesal penal y de ejecución penal vinculante y relevante (2004-2017)*. INPECCP -CENALES. Lima, pp.77-130.

¹⁷Ver el texto Sobre este proceso de reforma legal ver PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (2018), *La dosimetría del castigo penal. Modelos, Reglas y Procedimientos*. Ob. Cit., pp.166-178.

extienden la percepción o el sentimiento de inseguridad ciudadana entre la población¹⁸.

24°. Ante tales limitaciones y controversias los órganos jurisdiccionales y otros órganos vinculados a la justicia penal, como los fiscales del Ministerio Público, han procurado compensar los vacíos o la desproporción punitiva suscitada, incluyendo la aplicación de las atenuantes genéricas del artículo 46, sobre todo la relativa a la **carencia de antecedentes penales** del autor o partícipe del delito. Sin embargo, dicha praxis deviene en inapropiada ya que mezcla circunstancias de diferente naturaleza, eficacia y operatividad. Además, siguiendo esta misma actitud e intención compensadora otros operadores jurisdiccionales han aplicado también para tales casos el esquema de los tercios. Sin embargo, tal proceder conlleva, igualmente, un efecto de sustitución perverso y negativo para el condenado, **consistente en tener que aplicarle siempre una pena dentro del tercio intermedio** (concurren atenuante genérica con circunstancias agravantes específicas) y que en la mayoría de veces resulta ser siempre más severa que la que le correspondería con otro esquema operativo como el denominado **“esquema operativo escalonado”**¹⁹. No obstante, es de precisar también que, al uso de este último esquema operativo, aplicable en los casos de delitos con circunstancias agravantes específicas, se le ha objetado que tiene limitaciones insuperables pues no permite aplicar en ningún caso el mínimo de la pena conminada, ya que dicho esquema sólo permite aplicar la eficacia de las circunstancias agravantes específicas concurrentes siempre por encima de dicho mínimo legal²⁰.

25°. Analizando, pues, la controversia planteada, resulta evidente que la opción de jurisprudencia vinculante más ventajosa y que menos distorsiona el proceder de los operadores jurisdiccionales, para decidir e imponer una pena concreta en coherencia con los principios de legalidad y de pena justa, es la que corresponde al empleo de dos esquemas operativos o protocolos de aplicación de penas diferentes. En consecuencia, pues, queda establecido como disposición jurisprudencial de eficacia vinculante la aplicación del **esquema operativo de tercios** en el caso de los delitos donde sólo se pueden utilizar circunstancias genéricas como el delito de homicidio simple del artículo 106 del Código Penal. Y aplicar el **esquema operativo escalonado** para los supuestos de delitos que poseen circunstancias

¹⁸PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR – PRADO MANRIQUE, BERTHA. *Políticas Públicas y Criminalidad Una introducción a la Política Criminal (2021)*. IDEAS SOLUCIÓN EDITORIAL. Lima, pp.191-228.

¹⁹ Sobre el debate técnico de la contraposición del sistema escalonado frente al sistema de tercios para la aplicación de la pena en tales casos ver texto de la ponencia escrita pres entada por VILLANUEVA DOMÍNGUEZ, Dennier (2023) al XII Pleno Jurisdiccional en Materia Penal sobre el tema 1 Determinación judicial de la pena: problemas contemporáneos y alternativas inmediatas. Lima, pp.6-12.

²⁰CANCHO ESPINAL, Ciro (2023). *Tractatus sobre la pena judicial exacta*. Martell Acabados Gráficos E. I.R.L. Lima, pp. 108-109.

agravantes específicas como el feminicidio (artículo 108-B, segundo párrafo) secuestro (artículo 152, segundo párrafo) o robo (artículo 189).

26°. Sin embargo, subsistiendo la observación formulada al esquema operativo escalonado, acerca de no poder generar la aplicación del mínimo de la pena conminada, se establece al respecto como alternativa superadora el siguiente criterio jurisprudencial vinculante: Siempre que en el caso *sub iudice* el juez advierta que concurren también situaciones excepcionales compatibles con los presupuestos de fundamentación y determinación de la pena que especifican los incisos 1 (carencias sociales que hubiese sufrido el agente) y 2 (cultura y costumbres del procesado) del artículo 45 del Código Penal, podrá, con especificación explícita y razonada de los motivos de su decisión, imponer al condenado el mínimo legal de la pena conminada para el respectivo grado o nivel de la única circunstancia agravante presente en el caso, entendiendo el escalón no como un número fijo a sumar, sino como un rango entre el monto punitivo mínimo y el nuevo rango máximo por operatividad de las circunstancias agravantes específicas concurrentes. Asimismo, tratándose de un delito de robo el juez podrá también decidir la aplicación del mínimo legal de la pena conminada, siempre que, en el caso *sub iudice*, concorra sólo una circunstancia agravante específica de aquellas reguladas en el artículo 189 del Código Penal y en tanto el órgano jurisdiccional estime que la violencia o amenaza ejercidas contra la víctima fuesen insignificantes. Cabe destacar que esta misma posibilidad para una aminoración punitiva se encuentra actualmente regulada para el delito de robo de ganado con agravantes en el artículo 189-C del Código Penal y anteriormente también fue considerada para el robo con agravantes del artículo 189 a través de una modificación que introdujo la Ley 26319, de veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y cuatro²¹.

B. APLICACIÓN DE LA PENA CUANDO CONCURREN SIMULTÁNEAMENTE EN EL CASO PENAL CIRCUNSTANCIAS, CAUSALES DE DISMINUCIÓN O AUMENTO DE PUNIBILIDAD Y REGLAS DE REDUCCIÓN POR BONIFICACIÓN PROCESAL

27°. El Código Penal de 1991 ha incluido en varios de sus artículos una nomenclatura no siempre precisa o inequívoca. Efectivamente, en más de una ocasión emplea una terminología común o similar para referirse a instituciones y reglas de distinto significado, utilidad o función. Uno de los espacios normativos donde es más frecuente este tipo de confusiones o ambigüedades del lenguaje jurídico empleado por el legislador corresponde al de las consecuencias jurídicas del delito. En este ámbito, por ejemplo, se han utilizado términos semejantes como “eximir de sanción” o “no son reprimibles” o “están exentos de pena” para

²¹ Sobre el alcance de esta atenuante ver Prado Saldarriaga, Víctor Roberto. (1996) *Todo sobre el Código Penal*. Tomo I. Lima: Idemsa, pp.324-325,333.

referirse a efectos diferentes como los que corresponden a una medida alternativa a la pena privativa de la libertad (artículo 68) o los que genera una excusa absoluta (artículos 208 y 406).

28°. Algo similar ha ocurrido con expresiones que son empleadas para referirse a reglas sobre aplicación judicial de penas. Ese es el caso de las expresiones “se atenuará la pena” (artículos 14 y 15) o “disminuyendo prudencialmente la pena” (artículos 16, 21 y 25) o “reducirse prudencialmente la pena” (artículo 22) o “reducción o exclusión de pena” (artículo 314-D). La similitud de estos términos ha producido continuas distorsiones y malas prácticas al ser aplicados en casos penales concretos. Las distorsiones más frecuentes han sido las de entender que cuando el legislador utiliza esta terminología, en cualquiera de sus variantes, se refiere siempre a un efecto consistente en aminorar la extensión cuantitativa de la pena aplicable por debajo del límite mínimo legal. Lo cual es técnicamente incorrecto pues no es lo mismo **atenuar la pena** (definir la pena concreta hacia el extremo mínimo de la pena básica o conminada pero sin excederlo y por estar presente en el caso una o más circunstancias atenuantes) que **disminuir prudencialmente la pena** (lo cual ocurre sólo por la concurrencia de una causal de disminución de punibilidad y que obliga al juez a imponer una pena siempre por debajo del límite mínimo legal) o **reducir la pena** (que significa que el juez debe aplicar una reducción a una pena concreta ya determinada, lo cual debe producirse cuando se ha configurado en el caso concreto una regla de reducción por bonificación procesal).

29°. Las mismas imprecisiones terminológicas se observan cuando nuestra ley penal fundamental emplea otros términos como “el juez puede aumentar la pena” (artículo 46-A) o “el juez aumenta la pena” (artículo 46-B), o “el juez puede imponer una pena hasta el doble del máximo legal” (artículo 46-D) o “la pena es aumentada” (artículo 46-E) o “pudiendo incrementarse [la pena]” (artículo 48) o “la pena será aumentada” (artículo 49)”. También en todos estos supuestos la comprensión y aplicación en un caso penal de tales expresiones no ha sido uniforme y generalmente ha sido entendida de modo estrictamente literal por los órganos jurisdiccionales. Los cuales respecto a tales expresiones asumieron siempre que todos aludían a extender de manera obligatoria o facultativa únicamente en máximo de la pena conminada para el delito cometido, pero manteniendo en todo caso su mínimo legal original. Es más, se ha estimado también que en esos supuestos le está autorizado al juez aplicar incluso una pena sin siquiera llegar a superar el máximo legal de pena originalmente establecido para el delito o para el catálogo de circunstancias agravantes específicas regulado. Por consiguiente, ha sido también común que la judicatura considere a todas esas expresiones legales como equivalentes a la hora de decidir la pena aplicable al caso. Esto es, sin observar si se trataba de **circunstancias agravantes calificadas**

(las cuales mandan la configuración de una nueva pena conminada o espacio de punibilidad por encima del máximo de pena conminada para el hecho punible. Es decir, que obligan a configurar un mínimo y máximo legal de pena diferentes a los que originalmente tenía la pena legalmente establecida para el delito o el catálogo de circunstancias específicas. Que, además, dentro de ese nuevo espacio de punibilidad configurado el juez deberá de individualizar la pena concreta aplicable). O si, más bien, el término empleado estaba identificando la eficacia, también siempre preceptiva, de una **causal de incremento de punibilidad** como la que se regula para los casos del concurso ideal de delitos y del delito continuado (en ellas se manda al juez incrementar el máximo de la pena legal original del tipo penal que registraba el delito más grave o el máximo legal original del tipo penal varias veces realizado por el agente al ejecutar su única resolución criminal). Lo cual, en estas dos últimas situaciones, daba al juez un espacio de punibilidad más extenso para en él definir una pena concreta más severa y que reflejara el mayor desvalor de la tipicidad múltiple concurrente o de la reiterada manifestación de una misma resolución criminal.

30°. Corresponde, pues, que la jurisprudencia vinculante supere todas las lecturas y prácticas equivocadas que se han mencionado, Para lo cual es menester construir un protocolo o esquema operativo que permita al órgano jurisdiccional penal operar de manera ordenada, consistente y técnica cuando las distintas reglas a las que se ha hecho referencia concurren simultáneamente en un mismo caso penal. Es decir, cuando el juez deba hacer uso de todas ellas para decidir la pena concreta y justa aplicable al autor o partícipe del hecho *sub iudice* imputado.

31°. En torno a ello es pertinente precisar, previamente, dos criterios rectores que el órgano jurisdiccional debe tener siempre en cuenta ya que validan técnicamente su proceder operativo. En primer lugar, que entre todas las reglas de aplicación de la pena que concurren en el caso exista compatibilidad. Esto significa que sean de eficacia diferente y no se refieran a un mismo indicador o situación fáctica (**prohibición de la doble valoración de un mismo supuesto fáctico**). Y, en segundo lugar, que cuando concurren simultáneamente varias reglas de aplicación de penas de la misma condición y función (más de una causal de disminución o incremento de punibilidad o más de una circunstancia agravante o atenuante [siempre de la misma especie: genéricas con genéricas, específicas con específicas o cualificadas con cualificadas] o más de una regla de reducción por bonificación procesal) los efectos de cada una de ellas serán siempre acumulables y no se excluirán entre sí (**eficacia acumulativa**).

32°. Ahora bien, el esquema operativo que se deberá aplicar de manera estandarizada y homogénea toma en cuenta el caso donde concurren simultáneamente una causal de disminución de punibilidad (el autor de un robo es

una persona de 20 años de edad), circunstancias agravantes específicas (pluralidad de agentes y mano armada), también la circunstancia agravante cualificada de la reincidencia (nuevo delito fue cometido a los 6 meses de haber el agente cumplido en parte una pena privativa de la libertad) y la regla de reducción por bonificación procesal de conclusión anticipada de la audiencia de juzgamiento (el procesado admitió responsabilidad al inicio del juicio oral de conformidad con los términos de la acusación fiscal). Pues bien, en supuestos complejos de aplicación de la pena como el que se utiliza de ejemplo el juez deberá seguir el siguiente *íter* para obtener la pena concreta:

- i. *Primero*, el juez establecerá el nuevo espacio de punibilidad o pena básica. Para ello el juez aplicará el efecto calificante que le es propio a la circunstancia agravante cualificada concurrente que es la de reincidencia (En el ejemplo utilizado se aumentará los dos tercios ($2/3$) que autoriza el artículo 46-B por encima del máximo de la pena conminada que establece la ley para las circunstancias agravantes específicas de primer grado o nivel en el párrafo inicial del artículo 189 del Código Penal). Con esta primera operación se tendrá como resultado **un nuevo espacio de punibilidad** compuesto por el máximo original (20 años) que ahora será el nuevo mínimo y por un nuevo máximo que se extenderá hasta el resultante de aplicar el porcentaje autorizado por la ley (dos tercios del máximo original: aproximadamente 13 años y fracción). Esto es, el nuevo espacio de punibilidad se extenderá entre 20 y 33 años con fracción de pena privativa de libertad.
- ii. *Segundo*, el juez procederá, a continuación, a aplicar la disminución de la pena conminada y que está ahora representada por el nuevo espacio de penalidad. No obstante, es pertinente precisar que el artículo 22 del Código Penal no regula un umbral tasado para la eficacia de la causal de disminución de punibilidad por imputabilidad restringida en razón a la edad del agente o partícipe del delito. En efecto, tal disposición legal únicamente dispone que “**el juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal**”. Debido a ello y para establecer un umbral de disminución punitiva uniforme y estandarizado, aplicable siempre en tales casos penales, se dispone jurisprudencialmente y con efectividad vinculante que la disminución sea siempre en el equivalente a un tercio ($1/3$) por debajo del mínimo y del máximo legal del nuevo espacio de punibilidad²². Siendo así, en el ejemplo que se viene

²²Para fijar los umbrales de disminución señalados el Acuerdo Plenario toma en cuenta el derecho penal histórico. Es así que ya en el Código Penal de 1924 se regulaba expresamente una dosimetría de conmutación de la pena de internamiento por la de penitenciaria para los casos de tentativa y de delitos cometidos por agentes entre 18 y menor de 21 años de edad (artículo 97 y 148). Cabe consignar también que actualmente otras legislaciones sudamericanas como los Códigos Penales Colombiano (artículo 27), Boliviano (artículo 8), Ecuatoriano (artículo 39) y Brasileño (artículo 14.II) adoptan disminuciones punitivas similares en tales casos. Ahora bien, aplicando el sub principio lógico de simetría derivado del principio de razón suficiente (*ubi ratio ibi ius* – donde existe la misma razón existe el mismo derecho) propuesto por Leibniz, se aplicará $1/3$ para los supuestos de disminución donde el hecho punible se hubiera consumado, pero existe una

utilizando el espacio de punibilidad disminuido se extenderá ahora entre 13 años con fracción y 22 años de pena privativa de la libertad.

Cabe precisar que este mismo umbral de disminución de un tercio (1/3) por debajo del mínimo y del máximo legal de la pena conminada se aplicará siempre que concorra cualquier otra causal de disminución de punibilidad²³, como el error de prohibición vencible (artículos 14 y 15, párrafos segundos), la concurrencia de una causal imperfecta de exención de responsabilidad penal (artículo 21) o la complicidad secundaria (artículo 25, segundo párrafo).

- iii. *Tercero*, el juez dentro del nuevo espacio de punibilidad disminuido aplicará el esquema operativo de **tipo escalonado** y que es el que corresponde al ejemplo utilizado dando a cada circunstancia agravante específica el valor temporal y eficacia que le son propios. Cabe indicar que para cuantificar el valor temporal que corresponde a cada circunstancia agravante específica el juez dividirá el número de años o meses que comprende el nuevo espacio de punibilidad disminuido, entre el número de circunstancias agravantes específicas de primer grado o nivel que regula el artículo 189 siendo el resultado de dicha división el valor cuantitativo temporal de cada circunstancia agravante concurrente en el caso. Finalmente, luego de aplicar acumulativamente la eficacia agravante de las circunstancias agravantes específicas concurrentes en el caso se habrá obtenido como resultado la pena concreta. Sin embargo, esta última no será definitiva sino parcial, pues la aplicación de la pena en el caso ejemplificado requiere cumplir con un paso final. Nótese que la metodología escalonada no define una pena concreta sino un espacio punitivo, a partir del cual el juez debe determinar y justificar la pena concreta; no hay impedimento para que el mínimo de ese espacio sea utilizado, siempre que aparezca justificada tal determinación punitiva.
- iv. *Cuarto*, como último paso que lo llevará a la individualización de la pena concreta final del caso penal, el juez deberá de aplicar sobre la extensión cuantitativa de la pena concreta parcial y que se obtuvo en el paso anterior la eficacia de la **regla de reducción por bonificación procesal** concurrente. Utilizando siempre el ejemplo planteado, cabe precisar que en el caso sólo se configuró la regla de reducción por bonificación procesal de conclusión anticipada de la audiencia de juzgamiento o denominada también conformidad. Pues bien, el umbral de reducción

causal de disminución; y 1/2 para los casos de tentativa porque el delito no alcanzó su consumación. El *principium reddendaerationis*, [principio de razón suficiente] es denotado para todo aquello que empieza a existir (como la decisión judicial) exige o requiere una razón que le haga existir (*ratio decidendi*). En el caso de la ley penal, exige o requiere una razón para existir (*ratio essendi*), a la jurisdicción le corresponde descubrirla y respetarla al momento de su aplicación. Cfr. LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm (1981) *Monadología*, edición trilingüe, traducción de Julián Velarde, Oviedo: Pentalfa, ISBN 84-85422-05-8, pp. 102 a 105.

²³Vid. nota anterior *ut supra*.

para estos casos no ha sido definido por el Código Procesal Penal ni por la Ley 28122. Ante tal omisión legislativa el Acuerdo Plenario N.º 5-2008/CJ-116 ha establecido con eficacia vinculante que la reducción punitiva en tales supuestos no puede ser mayor a un séptimo (1/7)²⁴. Por consiguiente, esa será la proporción de la reducción que por bonificación procesal aplique el juez a la pena concreta parcial. Realizada esta última operación por el juez este habrá culminado el proceso de aplicación de la pena al obtener la pena concreta final.

C. APLICACIÓN DE LA PENA EN CASOS DE TENTATIVA DE DELITO CON CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECÍFICAS

33º. La reforma legislativa introducida por la Ley 30076 no consideró reglas a seguir para aplicar la pena en estos casos. Tampoco el texto original del Código Penal de 1991 y sus reformas posteriores tomaron en cuenta dicha problemática punitiva especial²⁵.

34º. Como consecuencia, pues, de aquellas omisiones la casuística judicial para resolver tales conflictos prácticos optó simplemente por aplicar una disminución de la pena por debajo del mínimo legal establecido en la pena conminada para el catálogo de circunstancias agravantes específicas. Esto es, si el mínimo de la pena aplicable era no menor de 12 años como ocurre con las agravantes de primer nivel del delito de robo reguladas en el artículo 189, primer párrafo del Código Penal, los jueces aplicaban una pena discrecional por debajo de dicho mínimo legal y que mayormente era de entre 9 y 10 años de pena privativa de la libertad. Esta misma actitud punitiva era utilizada por los fiscales al requerir una pena para los autores de aquellas conductas ilícitas. Sin embargo, tal práctica jurisdiccional fue objetada por la doctrina debido a que con ella se terminaba aplicando una pena muy superior al máximo legal de un delito de robo (artículo 188) que no se había consumado. En tal sentido se sugería, en cambio, aplicar dos operaciones. Primero definir la pena correspondiente a la tentativa en base a una disminución prudencial del mínimo legal fijado para el delito tentado y como era sugerido por el artículo 16 del Código Penal. Luego se debía de añadir a dicha pena el valor punitivo de cada circunstancia agravante que se había configurado siempre que tales agravantes no requirieran de la consumación del delito para tener eficacia punitiva²⁶. Esta alternativa fue acogida por un sector importante de la judicatura y conllevó a que para la tentativa de robo con una o más circunstancias agravantes se

²⁴ Fundamento jurídico 23º.

²⁵ Sólo en la doctrina nacional se planteó una alternativa operativa siguiendo las pautas que se habían ensayado en el derecho penal italiano para tratar un problema normativo similar. Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (2016). *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal*. Ob. Cit., pp.276-284.

²⁶ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (2016). *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal*. Ob. Cit. pp.283-284.

generará una pena concreta que se estimaba prudente de entre 5 a 7 años de pena privativa de libertad. Sin embargo, tal penalidad resultante también fue cuestionada porque se le considero muy leve y no acorde con la gravedad del hecho ilícito. Ha sido ilustrativo observar que ambas posibilidades de resolver el problema punitivo planteado fueron también consideradas en las ponencias expuestas durante la audiencia pública del pleno jurisdiccional, lo cual puso en evidencia las dificultades teórico-prácticas que coexisten en la actualidad sobre dicho conflicto legal e interpretativo²⁷.

35°. Frente a las discrepancias descritas surge, pues, la necesidad de superar la controversia existente a través de la configuración de un esquema operativo estandarizado y que deberá aplicarse de modo obligatorio y con eficacia vinculante para todos los actores de la justicia penal. Se requiere, por tanto, construir una alternativa que sea útil y razonable para resolver aquellos casos evitando así un trato desigual o desproporcionado. Al respecto cabe partir de dos consideraciones. La primera es que el artículo 16 del Código Penal obliga al juez a disminuir la punibilidad o posibilidad de pena aplicable al delito que el agente intentó cometer, pero no pudo consumar. En segundo lugar, que la penalidad conminada para un delito con agravantes específicas siempre será mayor que la que establece la ley para el delito sin agravantes pues la función de estas últimas es aportar una mayor desvaloración de la conducta punible tentada o de la mayor intensidad del reproche que cabe formular al autor de la misma. Es, pues, en atención a esos dos presupuestos teórico-prácticos que debe configurarse un esquema operativo o protocolo de actuación judicial que razonablemente los integre, pero que, además, no quebrante los límites del principio de legalidad ni de la prohibición de exceso punitivo. Es, pues, en ese sentido que cabe adoptar una vía hermenéutica y operativa similar a la que regula el artículo 27 del Código Penal colombiano y que consiste en disminuir una proporción igual en los dos extremos de la penalidad conminada para el delito cuando se trata de sancionar una tentativa²⁸.

36°. Para el caso que nos ocupa esa disminución no sería sobre la pena conminada para el delito sino sobre la pena establecida para las circunstancias agravantes específicas. De esa manera se compensa la disminución correspondiente a la no consumación del delito con el mayor desvalor y reproche que genera la concurrencia de las circunstancias agravantes específicas.

²⁷ Ver posiciones asumidas sobre esta problemática en las ponencias sustentadas durante la Audiencia pública del XII Pleno Jurisdiccional Penal.

²⁸ Artículo 27 Código penal colombiano: **Tentativa.** El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.

37°. Ahora bien, el nuevo esquema aplicable está compuesto de dos operaciones que deberá realizar el órgano jurisdiccional. Primero, el juez aplicará una disminución simultánea en el límite mínimo y en el máximo de la penalidad conminada que fija la ley para el delito con las circunstancias agravantes específicas y que será equivalente a una mitad (1/2) para aquellos dos límites²⁹, generando un nuevo espacio punitivo, dentro del cual podrá determinarse y justificarse la pena concreta. Tal disminución no es arbitraria ni ilegal pues el artículo 16 del Código Penal expresamente autoriza al juez a realizarla. En efecto, el párrafo final de dicha norma señala al respecto **“El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena”**. Por ejemplo, aplicando este procedimiento a un caso de tentativa de un delito de robo con circunstancias agravantes específicas de primer grado o nivel el nuevo espacio de punibilidad disminuido será no menor de (06) seis ni mayor de (10) diez años de pena privativa de libertad³⁰.

38°. Segundo, el juez deberá decidir la pena concreta en el nuevo espacio de punibilidad o pena básica diseñado y disminuido. Para lo cual aplicará la eficacia de las circunstancias agravantes específicas presentes en el caso y en base al valor cuantitativo que corresponda a cada una de ellas. Dicho valor surgirá de dividir el número de años o meses que comprende el espacio de punibilidad entre el número de circunstancias agravantes específicas que ha considerado la ley para el nivel o grado respectivo.

39°. Cabe agregar que este mismo esquema operativo se aplicará también a cualquier otro caso que se configure en base a una tentativa con la concurrencia de circunstancias agravantes específicas. Lo cual puede ocurrir, por ejemplo, en el caso de una tentativa de secuestro o de feminicidio siempre que en su realización concurren circunstancias agravantes específicas.

D. APLICACIÓN DE UNA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD TEMPORAL EN DELITOS SANCIONADOS CON PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD DE CADENA PERPETUA CUANDO CONCURRAN CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES, CAUSALES DE DISMINUCIÓN DE PUNIBILIDAD O REGLAS DE REDUCCIÓN POR BONIFICACIÓN PROCESAL

40°. La continua sobrecriminalización que se ha proyectado sobre la legislación penal nacional ha generado que cada vez sean más los delitos de gravedad que tienen como pena conminada la de cadena perpetua. Y en ese contexto son también cada vez más frecuentes los casos penales donde el órgano jurisdiccional debe de decidir sobre la aplicación concreta de dicha pena temporalmente indeterminada. Ha sido, pues, en la resolución judicial de aquellos procesos penales donde se han

²⁹ Vid. nota de pie de página 22 *ut supra*.

³⁰ De la pena conminada con circunstancias agravantes específicas de no menor de 12 a no mayor de 20 años.

detectado divergencias interpretativas respecto a cómo proceder jurisdiccionalmente cuando concurren junto al delito sancionado con cadena perpetua **causales de disminución de punibilidad circunstancias atenuantes, o reglas de reducción por bonificación procesal.**

41°. Ahora bien, en torno a la problemática suscitada se han planteado tres opciones de decisión judicial. Primero una mayoritaria que estima que en tales supuestos las reglas de aplicación de la pena aludidas no pierden eficacia por lo que cabe aplicar en vez de la cadena perpetua una pena temporal de 35 años. Luego una segunda que de modo similar considera también que para esos casos cabe reemplazar la pena de cadena perpetua por una pena privativa de libertad temporal y que puede ser menor de 35 años. Y la tercera posición minoritaria sostiene, en cambio, que al ser la cadena perpetua una pena indeterminada y de duración indefinida toda conmutación o disminución cuantificada de su potencial extensión es imposible e ilegal por la propia naturaleza indivisible y no conmutable de aquella sanción penal. Cabe señalar que las exposiciones sustentadas durante la audiencia pública del XII Pleno Jurisdiccional coincidieron en reconocer que si es posible aplicar una pena temporal de 35 años en vez de la cadena perpetua si en el caso concreto concurren causales de disminución de punibilidad o reglas de reducción por bonificación procesal.

42°. Pues bien, para dimensionar mejor la factibilidad legal de una conmutación judicial de la pena de cadena perpetua en una pena privativa de la libertad temporal; pero, también, para fijar un límite razonable a la extensión que tendría esta última modalidad punitiva por efecto de la disminución o reducción que le fuesen aplicables en el caso concreto, resulta útil referirse a los siguientes antecedentes y razonamientos normativos:

- a. El Código Penal de 1924 permitía expresamente la posibilidad legal de transformar la pena de internamiento absolutamente indeterminado y que sería la pena privativa de libertad equivalente a la actual pena de cadena perpetua, **cuando concurría una causal de disminución de punibilidad basada en la imputabilidad restringida por la edad del autor del delito.** Esto es, en un supuesto legal similar al regulado actualmente en el artículo 22 del Código Penal de 1991. En efecto, el artículo 148 del Código Maurtua señalaba lo siguiente:

“Si en el momento en que el delito fue cometido, su autor tenía más de 18 años, pero menos de 21 años, el juez aplicará las disposiciones siguientes:

1° **La pena de internamiento será reemplazada por la de penitenciaría no menor de diez años”.**

Una conmutación similar era autorizada por el Código Penal de 1924 para los casos de tentativa. Al respecto en el artículo 97 se disponía lo siguiente:

“En los casos en que la ley prescriba **pena de internamiento, se sustituirá la pena, en la tentativa por la de penitenciaria o la de relegación de diez a veinte años**”.

- b. En el numeral 4 del artículo 66 del Código de Ejecución Penal se establece que el juez puede dar por cumplida la pena de cadena perpetua, entre otros requisitos, si el condenado ha cumplido 35 años de privación de libertad. Lo cual implica que ese es el límite temporal mínimo que tiene, en principio, la pena indeterminada de cadena perpetua.
- c. Es de recordar que todas las normas penales que actualmente regulan causales de disminución de punibilidad y muchas de las que tratan de reglas de reducción por bonificación procesal preexistían antes de la incorporación de la pena de cadena perpetua en el Código Penal de 1991 o en otras normas legales afines. No habiéndose regulado desde aquel entonces a la fecha ninguna otra norma penal o procesal penal que haya anulado la eficacia de tales reglas de aplicación de penas ni que haya excluido expresamente de sus alcances y efectos a las penas de cadena perpetua. Lo que si ha ocurrido es que hay delitos considerados por el legislador como muy graves a los que se les ha excluido expresamente de la eficacia de las reglas de reducción por bonificación procesal³¹. No obstante, cabe destacar que en torno a la eficacia y constitucionalidad de tales restricciones la Corte Suprema mantiene una jurisprudencia uniforme que las proscribe por atentar contra el principio de igualdad. Se impone, pues, en tales casos, la inaplicación de dichas restricciones a las reglas de reducción por bonificación procesal, por ser inconventionales e inconstitucionales³².

43°. En consecuencia, pues, estando a los antecedentes y argumentos expuestos, así como a los fundamentos y razones dogmáticas desarrollados por los ponentes que participaron en la Audiencia Pública del XII Pleno Jurisdiccional, es de concluir señalando como línea jurisprudencial de eficacia vinculante, lo siguiente:

- i. La pena de cadena perpetua se reemplazará por una pena privativa de libertad temporal de 35 años cuando concurren causales de disminución de punibilidad distintas de la tentativa y de la imputabilidad restringida por la edad del agente a que se refieren los artículos 16 y 22 del Código Penal.
- ii. La misma extensión de 35 años tendrá la pena privativa de libertad temporal de reemplazo de la pena de cadena perpetua cuando concurren reglas de reducción por bonificación procesal de conclusión anticipada del juzgamiento o de compensación por retardo judicial y afectación del plazo

³¹ Por ejemplo, las Leyes 30963 del 17 de junio de 2019 y 30838 del 3 de agosto de 2018 excluyeron expresamente de los alcances de las reglas de reducción por bonificación procesal a los delitos contra la libertad sexual y a los delitos de explotación sexual.

³² SALA PENAL PERMANENTE, Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Casación 994-2021/Lambayeque, del veintiocho de febrero de dos mil veintitrés, fundamentos: decimocuarto a vigésimo; Casación 1150-2021/Ancash, del dieciséis de febrero de dos mil veintitrés, fundamentos: decimoséptimo a decimonoveno; Casación 553-2021/Arequipa, del nueve de junio de dos mil veintidós, fundamentos: segundo a noveno; entre otros.

razonable. E, igualmente, dicho reemplazo por 35 años de pena privativa de libertad procederá si cualquiera de las causales de disminución de punibilidad (incluyendo la tentativa o la imputabilidad restringida) o las reglas de bonificación procesal (como la conclusión anticipada o la confesión sincera) concurren con circunstancias agravantes calificadas (como la reincidencia) o con causales de incremento de la punibilidad (como el concurso real de delitos).

- iii. Tratándose de la concurrencia de causales de disminución de la pena por tentativa o imputabilidad restringida del autor del delito, dispuestos en los artículos 16 y 22 del Código Penal, la pena privativa de la libertad temporal de reemplazo de la pena de cadena perpetua será de 30 años. Esta misma extensión se aplicará en los casos donde concurra la regla de reducción por bonificación procesal de confesión sincera.

E. APLICACIÓN EXCEPCIONAL DE REGLAS DE REDUCCIÓN POR BONIFICACIÓN PROCESAL DE ORIGEN SUPRALEGAL

44°. La reducción de la pena es una bonificación o compensación punitiva especial que regula la ley por razones excepcionales y ajenas plenamente a la intervención del agente en el delito. Siendo así, las reglas de reducción por bonificación procesal son de estricta configuración legal y no les está autorizado, a los jueces, en ningún caso, decidir de modo discrecional o arbitrario sobre su aplicación o consideración fuera de los supuestos, presupuestos y requisitos que el marco legal o la jurisprudencia definen.

45°. Mayormente, tales reglas han sido incluidas por el legislador como recompensas al buen comportamiento procesal o a la activa colaboración del imputado con la conclusión anticipada del proceso o juzgamiento penal incoado en su contra. Entre ellas destacan **la confesión sincera, la conclusión anticipada del proceso, la conclusión anticipada del juzgamiento o conformidad y la colaboración eficaz**. Al no ser ni causales de disminución de punibilidad ni circunstancias atenuantes su eficacia opera exclusivamente sobre la pena concreta y previamente determinada por el órgano jurisdiccional. Es, pues, sobre la pena ya determinada e impuesta al autor o partícipe de un delito a la que **el juez le reduce un porcentaje de su extensión cuantitativa en los términos que dispone y autoriza la ley**. Cabe destacar, entonces, que las reglas de reducción por bonificación procesal no tienen eficacia ni se aplican sobre el mínimo o máximo legal de la pena conminada para el delito.

46°. Es de considerar también que la jurisprudencia internacional vinculante y el derecho penal transnacional han dispuesto, complementariamente, la aplicación de determinadas reglas de reducción por bonificación procesal de carácter supralegal.

De ellas la más importante es la compensación punitiva que como reducción de la pena concreta aplicable al caso penal se impone debido a **infracciones de retardo judicial no imputables al procesado y que afectan el plazo razonable del juzgamiento y decisión del proceso incoado**. Este tipo de regla supralegal ha sido también admitido y desarrollado por la jurisprudencia vinculante nacional. Ejemplo de ello ha sido la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2018/CIJ-433. No obstante, no se ha establecido aún un umbral o estándar jurisprudencial que delimite la extensión cuantitativa máxima que puede alcanzar tal reducción excepcional de la pena en un caso concreto. Por tal razón resulta, pues, oportuno establecerlo en esta ocasión. Al respecto, se debe partir de considerar la prudente discrecionalidad del juez, ya que es él quien al analizar el caso *sub iudice* podrá examinar, medir y valorar el impacto negativo que el retardo judicial ha producido en el quehacer cotidiano o en la situación personal del procesado. Sin embargo, es necesario decidir también que en ningún caso tal compensación reductora de la pena concreta pueda exceder de **una cuarta parte de dicha pena**. Asimismo, que toda decisión judicial que se adopte al respecto deberá de contar siempre con la debida, reforzada y razonable justificación.

47º. Ahora bien, es de destacar, igualmente, que se ha detectado una recurrente distorsión práctica materializada en la inclusión y uso de criterios indebidos de disminución, atenuación o reducción de la pena que afectan la legalidad de la adecuada determinación y aplicación de una penalidad justa que sea compatible con las circunstancias concurrentes en el caso. En tal sentido, es de esclarecer que tales actos y decisiones jurisdiccionales por carecer de un soporte legal o supralegal que los autorice y legitime devienen en arbitrarios y discriminatorios. Por consiguiente, el incurrir en esas malas prácticas jurisdiccionales conllevará las responsabilidades correspondientes.

48º. Límites convencionales de reducción de la pena para construir una pena concreta justa. Resulta pertinente desarrollar algunos criterios rectores que orienten la decisión judicial para aplicar una pena justa en base a la eficacia excepcional de reglas de reducción por bonificación procesal y que son de origen convencional como la concerniente a la afectación del plazo razonable del juzgamiento o la derivada del principio del interés superior del niño, niña y adolescentes. En ese sentido, a continuación, se especifican al respecto algunos lineamientos y que tendrán también eficacia vinculante para las decisiones jurisdiccionales sobre la utilización en casos penales de aquellas reglas excepcionales de reducción por bonificación procesal.

49º. En el caso *afectación del plazo razonable*, se requiere primero justificar por qué ello posee razones jurídicas, principalmente, aunque también morales para reducir la pena de quien sufre carcelerías preventivas largas o procesos latos, o

nulidades por errores procesales que alargan la decisión de su situación jurídica u otras razones análogas que justifiquen la compensación de tales retardos por disposición convencional, siempre y cuando, claro está, que aquellas dilaciones no hayan sido causadas por el propio procesado o su defensa, al promover incidentes innecesarios o sobreabundantes. Esto es, al dilucidar la potencial reducción de la pena no puede, pues, ignorarse la generación de una carga procesal innecesaria que se añada maliciosamente al órgano jurisdiccional. No obstante, una prolongada e injustificada carcelería preventiva y sin condena, sí debe operar como baremo de reducción compensatoria de la pena concreta. Ahora bien, la identificación de todo *quantum* de reducción punitiva requerirá siempre estar debidamente motivado. Y el mismo en ningún caso podrá ser equivalente, por principio lógico de razón suficiente, al total de la pena concreta impuesta, pues el impacto que impone la afectación del plazo razonable es de reducción de dicha pena y nunca de desaparecería, porque entonces el condenado quedaría sin pena que purgar, lo que estaría encubiertamente exonerándolo de la sanción penal que le corresponde por el delito cometido. Por tanto, un *quantum* razonable, es la reducción prudencial de **hasta (1/4) un cuarto de la pena concreta**, dependiendo, en todo caso, de la gravedad del hecho punible realizado y del daño causado.

50°. En lo que corresponde a la regla de reducción por bonificación procesal supra legal del *interés superior de los niños, niñas y adolescentes*, ella exige una comprensión más precisa e integral del caso *sub iudice* donde cabe admitirla y del caso *sub iudice* donde lo que corresponde es descartarla. Respecto a lo segundo cabe comenzar, destacando lo obvio que es de consuetudo, que todo sentenciado que sea padre o toda sentenciada que sea madre, deja a la prole en la necesidad por la reclusión que deberá cumplir, incluso de la necesidad moral para aquellos casos que no tengan dicha necesidad material. **Por tanto, la justificación de la reducción por interés superior de los niños, niñas y adolescentes, por su connotación humanitaria y excepcional, no puede ser la condición llana de que el condenado tenga una familia, o que haya engendrado prole, o que tenga prole formada por menores de edad.** Sobre todo, porque al aceptar una reducción punitiva sólo en mérito a esos casos y razones se llegaría a lo absurdo de que se erija, sin más, como causal de reducción punitiva convencional lo que es en realidad una situación personal. Es más, si se le estimara así, como regla general, se afectaría sensiblemente las bases del principio de igualdad en el trato penal. En efecto, tal lectura y aplicación distorsionada de lo que debe constituir siempre una regla excepcional de reducción supra legal y convencional engendraría, materialmente, un supuesto grave de discriminación: unas penas abstractas y concretas para sentenciados o sentenciadas con familia compuesta por prole dependiente o menores de edad y otras penas para todos los demás. **Por consiguiente, tal sentido de la posibilidad de reducción punitiva interés superior de los niños, niñas y adolescentes debe rechazarse**, ya que además de

agredir la igualdad como se ha insistido, produciría también otros casos de injusticia o incoherencia material en relación, por ejemplo, con las penas para los delitos de omisión a la asistencia familiar. Además, la mala práctica descrita – respecto a lo que debe de ser un uso excepcional y con reforzada justificación de la reducción de una pena concreta por ***interés superior de los niños, niñas y adolescentes***– vulnera el principio de *ius cogens* que nadie puede beneficiarse de su propio dolo (*proscriptio turpitudinem*). Al juez, por tanto, le está vedado hacer ese uso indebido.

51°. Por consiguiente, la aplicación del criterio convencional de reducción punitiva vinculado al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, exige que las variables en juego sean otras. En primer lugar, que exista una familia formada por el sentenciado o la sentenciada y por un niño, niña o adolescente, que haya nacido producto del delito incriminado, o que no tenga otro tutor, o progenitor, o persona a cargo de su manutención. En segundo lugar, que el sentenciado o la sentenciada se encuentren a cargo de la manutención o cuidado de dicho menor, que ello esté suficientemente acreditado y que no exista otro integrante familiar o persona, que en el caso *sub iudice*, pueda sustituirlo. Además, que el delito no se haya cometido en agravio del propio niño, niña o adolescente o de su dignidad. En tercer lugar, que el sentenciado o sentenciada hayan formado un hogar estable y de él o ella dependan la alimentación y cuidado del mismo. En definitiva, pues, en cualquier caso, la decisión penal debe siempre favorecer primaria y directamente al niño, niña o adolescente. Finalmente, es indispensable precisar que esta regla de reducción por bonificación procesal no tiene la calidad ni la eficacia de una causal de disminución de punibilidad. Siendo así, ella no posibilita ni autoriza al juez a realizar una reducción por debajo del mínimo legal³³. Esto es, al igual que en el caso anterior, el *quantum* razonable de la reducción será equivalente **hasta un cuarto (1/4) de la pena concreta** y dependiendo de la gravedad del hecho y el daño causado.

III. DECISIÓN

52°. En atención a lo expuesto, las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112 de la LOPJ:

ACORDARON

53°. ESTABLECER como doctrina legal, por mayoría, con el voto discrepante de la señora Barrios Alvarado, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 14° a 51°.

³³PRADO, 2018, Op.cit., p. 234, *passim*.

54°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del modificado artículo 112 del citado Estatuto Orgánico, según la Ley modificatoria 31595, de veintiséis de octubre de dos mil veintidós.

55°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.
HÁGASE SABER.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

LUJÁN TÚPEZ

NEYRA FLORES

ALTABÁS KAJATT

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

SEQUEIROS VARGAS

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

CHECKLEY SORIA

COTRINA MIÑANO

CARBAJAL CHÁVEZ

PEÑA FARFÁN

ÁLVAREZ TRUJILLO