



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO

FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA REDUCIR EL PLAZO DE
PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN LOS DELITOS TENTADOS

AUTOR:

ACOSTA ALCÁNTARA, BRIAN SMITH

ASESOR:

DR. TELLO VILLANUEVA, JUAN CARLOS

CAJAMARCA – PERÚ

Marzo de 2024



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

Norte de la Universidad Peruana
Fundada por Ley N.° 14015 del 13 de febrero de 1962



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y POLÍTICAS, IIJUP

“Año del Bicentenario, de la consolidación de nuestra Independencia, y de la conmemoración de las Heroicas Batallas de Junín y Ayacucho”

La directora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Políticas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, Dra. Cs. Teresa Ysabel Terán Ramírez, emite el siguiente:

CERTIFICADO DE ORIGINALIDAD DE TESIS

ESCUELA PROFESIONAL	Derecho
DOCUMENTO EVALUADO	Tesis de Pregrado
AUTOR	Bach. Brian Smith Acosta Alcántara
TÍTULO	FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA REDUCIR EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN LOS DELITOS TENTADOS
DOCENTE EVALUADOR	Dr. Cs. Juan Carlos Tello Villanueva
PORCENTAJE DE SIMILITUD SEGÚN REPORTE	24%

Observación:

La evaluación ha sido realizada por el docente asesor de la tesis mencionada, aplicando el *software* antiplagio Turnitin, en cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva N.° 01-2020-VRI-UNC, aprobada por Resolución de Consejo Universitario N.° 0937-2020-UNC, su fecha 25 de junio de 2020. El reporte respectivo obra en el expediente correspondiente al Bach. Brian Smith Acosta Alcántara.

CONCLUSIÓN: La tesis antes indicada, cumple con el **REQUISITO DE ORIGINALIDAD** correspondiente, de acuerdo al contenido de la norma antes señalada. El carácter de originalidad de la tesis ha sido determinado por el porcentaje de similitud según reporte derivado del uso del *software* antiplagio Turnitin.

OBSERVACIONES: Ninguna.



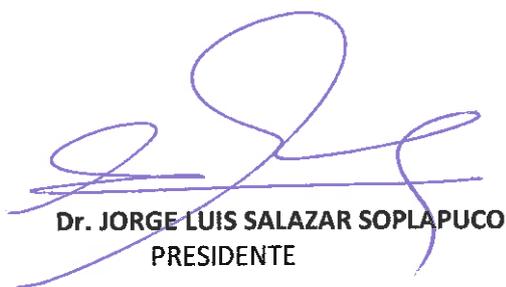
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
Instituto de Investigaciones Jurídicas y Políticas

Teresa Ysabel Terán Ramírez
Dra. Cs. Teresa Ysabel Terán Ramírez
DIRECTORA

Cajamarca, 06 de febrero de 2024.

ACTA DE SUSTENTACION DE TESIS

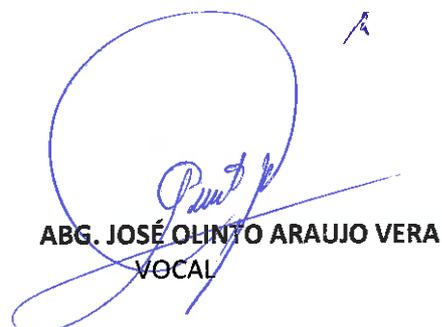
En la ciudad de Cajamarca, siendo las nueve horas de la mañana, del día miércoles veinte de marzo del año dos mil veinticuatro reunidos en la sala del Tribunal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, los integrantes del Jurado N° 02, presidido por el Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco, e integrada por la Dra. María Isabel Pimentel Tello en su condición de Secretaria, y el Abg. José Olinto Araujo Vera en calidad de Vocal, designados mediante Resolución de Decanato N° 067-2023-FDCP-UNC, de fecha 29 de diciembre de 2023, con la finalidad de llevar a cabo la sustentación de Tesis titulada: **"FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA REDUCIR EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN LOS DELITOS TENTADOS"**; presentado por el Bachiller en Derecho **BRIAN SMITH ACOSTA ALCÁNTARA**; con la finalidad de optar el Título Profesional de Abogado; en este sentido se dio inicio al acto académico, concediéndole al sustentante el plazo reglamentario, luego de lo cual se procedió a formular observaciones y preguntas por parte de los integrantes del jurado evaluador, las cuales fueron absueltas por el bachiller; posteriormente, se invitó al sustentante a abandonar el recinto con la finalidad de deliberar y calificar su desempeño, siendo el resultado: **APROBAR POR UNANIMIDAD, CON NOTA CATORCE (14)**, la Tesis antes mencionada; con lo que concluyó el acto académico, siendo las diez de la mañana con treinta minutos del día de la fecha, procediendo con la firma de los intervinientes.



Dr. JORGE LUIS SALAZAR SOPLAPUCO
PRESIDENTE



Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO
SECRETARIA



ABG. JOSÉ OLINTO ARAUJO VERA
VOCAL



BRIAN SMITH ACOSTA ALCÁNTARA
BACHILLER

DEDICATORIA

A: mis padres por su apoyo
inconmensurable, a la eterna memoria
de mis abuelos, con mucho cariño y
admiración por sus enseñanzas
brindadas.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por iluminar y guiar mi camino; a mis padres por el constante sacrificio, por los valores y principios inculcados en mi persona; agradezco a los docentes de la Facultad de Derecho por los valiosos conocimientos impartidos en mi desarrollo profesional y agradezco especialmente a mi asesor, el Dr. Juan Carlos Tello Villanueva por su confianza, comprensión y apoyo en el desarrollo de esta investigación.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA.....	2
AGRADECIMIENTO.....	3
LISTA DE ABREVIACIONES	7
RESUMEN	8
ABSTRACT	10
INTRODUCCIÓN	12
CAPÍTULO I	15
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	15
1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	15
1.1.1.Contextualización del problema.....	15
1.1.2.Planteamiento del problema	19
1.1.3.Formulación del problema	19
1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	20
1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	21
1.3.1.Objetivo General.....	21
1.3.2.Objetivos Específicos	21
1.4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	21
1.4.1.Delimitación espacial	21
1.4.2.Delimitación temporal	22
1.5. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN	22
1.6. TIPO DE LA INVESTIGACIÓN	22
1.6.1.De acuerdo al fin que persigue.....	22
1.6.2.De acuerdo al diseño de investigación	23
1.6.3.De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan	24
1.7. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	24
1.8. MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN	25

1.8.1. Genéricos	25
1.8.2. Propios del derecho	26
1.9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	27
1.9.1. Técnicas de investigación	27
1.9.2. Instrumentos	29
1.10. UNIDAD DE ANÁLISIS O UNIDAD DE OBSERVACIÓN	29
1.11. ESTADO DE LA CUESTIÓN	29
CAPÍTULO II	31
MARCO TEÓRICO	31
2.1. ENFOQUE IUSFILOSÓFICO DE LA INVESTIGACIÓN	31
2.1.1. Positivismo jurídico	31
2.1.2. El modelo garantista de Luigi Ferrajoli	34
2.1.3. El Estado Social y Democrático de derecho	37
2.2. ASPECTOS DOCTRINARIOS DEL PROBLEMA	39
2.2.1. Derecho penal e <i>ius puniendi</i>	39
2.2.2. Límites al <i>ius puniendi</i>	41
2.2.3. Consideraciones Generales de delito	69
2.2.4. <i>Iter criminis</i>	71
2.2.5. El delito consumado y delito tentado	82
2.2.6. La tentativa como forma imperfecta de realización del tipo	85
2.2.7. El injusto penal de los delitos tentados	90
2.2.8. Teorías que justifican su punición	92
2.2.9. Formas de Tentativa	99
2.2.10. Teoría de la prescripción en el Derecho penal	105
CAPÍTULO III	120
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	120

3.1.	APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LESIVIDAD	122
3.2.	Observancia del principio de mínima intervención y subsidiariedad	133
3.3.	MENOR INJUSTO EN LOS DELITOS TENTADOS	136
	CAPÍTULO IV	139
	PROPUESTA DE MODIFICACIÓN	139
4.1.	PARTE SUSTENTATORIA	139
	4.1.1.Exposición de motivos	139
	4.1.2.Análisis Costo-Beneficio	141
4.2.	PARTE RESOLUTIVA	141
	CONCLUSIONES.....	142
	RECOMENDACIÓN	144
	REFERENCIAS.....	145

LISTA DE ABREVIACIONES

Art.	Artículo.
Arts.	Artículos.
CP	Código Penal peruano.
Const.	Constitución política del Perú.
ECDD	Estado Constitucional y Democrático de Derecho.
p.	página.
pp.	Páginas.
V. gr.	Por ejemplo.
Vol.	Volumen.
Tom.	Tomo.
S/f.	Sin fecha.

RESUMEN

El contenido problemático de la presente investigación se sitúa en el artículo 16 del Código Penal, en tanto prescribe que el agente comienza la ejecución de un delito que decidió cometer, sin consumarlo; y en el artículo 80 del mismo cuerpo codificado, en tanto refiere que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad. Sin embargo, no se evidencia regulación específica respecto al cómputo del plazo prescriptorio ante delitos tentados, y se aplica el primer párrafo del citado artículo 80 ante delitos consumados o tentados de manera indistinta.

Para resolver la problemática, se ha planteado la siguiente hipótesis: los fundamentos jurídicos para reducir el plazo de prescripción de la acción penal en los delitos tentados son: a. La aplicación del principio de proporcionalidad y lesividad; b. Observancia del principio de mínima intervención y subsidiariedad; y, c. El menor injusto penal que significa un delito tentado.

Por otra parte, en el camino a contrastar lo referido anteriormente, se han descrito los alcances dogmáticos y legales de la prescripción de la acción penal; precisando los alcances legales y teóricos de los principios de proporcionalidad y lesividad; desarrollando el contenido del principio de mínima intervención y subsidiariedad; precisando el contenido del injusto penal en los delitos tentados; y realizando una propuesta de proyecto de ley para incorporar el cómputo del plazo prescriptorio para delitos tentados.

Finalmente, la investigación desplegada ha empleado tanto métodos generales (hipotético deductivo, sintético y analítico), como métodos propios del derecho como la dogmática y la hermenéutica.

Palabras clave: Tentativa, prescripción de la acción penal, principio de proporcionalidad, principio de lesividad, principio de subsidiariedad, injusto penal.

ABSTRACT

The problematic content of this investigation is located in article 16 of the Penal Code, as it prescribes that the agent begins the execution of a crime that he decided to commit, without consummating it; and in article 80 of the same codified body, as it states that the criminal action prescribes in a time equal to the maximum penalty established by law for the crime, if it is custodial. However, there is no specific regulation regarding the calculation of the prescriptive period for attempted crimes, and the first paragraph of the aforementioned article 80 applies to completed or attempted crimes indistinctly.

To resolve the problem, the following hypothesis has been proposed: the legal bases for reducing the statute of limitations for criminal action in attempted crimes are: a. The application of the principle of proportionality and harmfulness; b. Observance of the principle of minimum intervention and subsidiarity; and, c. The minor unjust criminal that means an attempted crime.

On the other hand, in order to contrast what was mentioned above, the dogmatic and legal scope of the prescription of criminal action has been described; specifying the legal and theoretical scope of the principles of proportionality and harmfulness; developing the content of the principle of minimum intervention and subsidiarity; specifying the content of criminal injustice in attempted crimes; and making a proposed bill to incorporate the calculation of the prescriptive period for attempted crimes.

Finally, the research carried out has used both general methods (hypothetical deductive, synthetic and analytical) and methods specific to law such as dogmatics and hermeneutics.

Keywords: *Attempt, prescription of criminal action, principle of proportionality, principle of harm, principle of subsidiarity, criminal injustice.*

INTRODUCCIÓN

Dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, como el nuestro; el respeto de los fines garantistas de la potestad punitiva es esencial, aquel fundamento se cimienta especialmente en la teoría garantista del Derecho Penal. Estos fines son expresados en diversas figuras jurídicas como en los principios que limitan el ejercicio del *ius puniendi*, cítese por ejemplo el de legalidad, proporcionalidad y lesividad. Asimismo, se han establecido instituciones como la prescripción extintiva de la acción penal, figura que tomando como fundamento el transcurso del tiempo; considera un límite para la actuación estatal en la persecución y sanción delictiva.

Ahora bien, el artículo 16 del Código Penal, prescribe que el agente comienza la ejecución de un delito que decidió cometer, sin consumarlo; es decir, la finalidad del autor no llega a concretarse plenamente, pero la intención revela un dolo de consumación, que por diversos factores no alcanza realización típica.

Por su lado, el artículo 80 del mismo cuerpo normativo, *so pretexto* de describir el plazo ordinario de prescripción, refiere que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad. En el caso de la tentativa, continúa el artículo aludido, se comienza a contar el plazo desde el día en que finalizó la actividad de carácter delictuoso.

Sin embargo, no se evidencia regulación específica respecto al cómputo del plazo prescriptorio ante delitos tentados, y es que resulta conflictivo considerar la aplicación del primer párrafo del artículo 80 del Código Penal ante delitos consumados o tentados indiscriminadamente.

Dada la problemática, se ha formulado la interrogante consistente que ¿cuáles son los fundamentos jurídicos para reducir el plazo de prescripción de la acción penal en los delitos tentados?, estructurando para ello, la siguiente hipótesis de trabajo: Los fundamentos jurídicos para reducir el plazo de prescripción de la acción penal en los delitos tentados, son, la aplicación del principio de proporcionalidad y lesividad; la observancia del principio de mínima intervención y subsidiariedad; y el menor injusto penal que significa un delito tentado.

Para contrastar la hipótesis planteada, antes se tuvo que describir los alcances dogmáticos y legales de la prescripción de la acción penal; precisar los alcances legales y teóricos de los principios de proporcionalidad y lesividad; desarrollar el contenido del principio de mínima intervención y subsidiariedad, precisar el contenido del injusto penal en los delitos tentados; y, realizar una propuesta de proyecto de ley para incorporar el cómputo del plazo prescriptorio para los delitos tentados.

A continuación, coherentes con el objetivo general y objetivos específicos planteados para la presente investigación, se presenta un estudio dividido en cuatro capítulos.

El primero, orientado a especificar los aspectos metodológicos empleados, situando de manera coherente y ordenada el problema de investigación, su justificación, el objetivo general y a su vez, los específicos, la hipótesis, sus métodos y técnicas, estado de la cuestión, entre otros.

La dispersión temática se encuentra en el capítulo segundo, dedicado exclusivamente a la construcción de un marco teórico que dé sustento a la

investigación; la contrastación de hipótesis en el tercero; y finalmente, la propuesta de modificación legislativa se sitúa en el cuarto.

Se debe anticipar que la hipótesis ha sido idóneamente contrastada y corroborada; los argumentos básicos de las mismas pueden ubicarse fácilmente dentro de las conclusiones.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.1. Contextualización del problema

El derecho penal, como parte del control social formal, es un mecanismo orientado a controlar y regular el proceso idóneo de la socialización. No hay mayor controversia al respecto, puesto que la doctrina penal redacta su pertenencia a los instrumentos que la sociedad, y en su oportunidad, el Estado, mediatizan con el fin de prevenir y sancionar conductas asociales e indeseables.

Y es que, efectivamente, entro otros; Hurtado Pozo (2005), con ánimo de definir al derecho penal objetivo, refiere que se constituye por el conjunto de normas promulgadas por el órgano constitucionalmente competente con un supuesto y consecuencia determinada; siendo uno de los medios de control social, tratando de esa manera, superar las tensiones sociales.

Villavicencio Terreros (2016), sin abandonar la posición, manifiesta que es un instrumento de control social para ser usado en todo proceso de criminalización.

Conjuntamente, debe indicarse que, en su aspecto subjetivo, el derecho penal es entendido como la facultad que tienen los

Estados para efectivizar la criminalización primaria y secundaria, esto es, la creación y aplicación de la ley penal.

“Los intentos de justificación filosófica del derecho penal han estado presentes en toda las épocas al principio de toda reflexión sobre el derecho penal”, refirió el profesor Bernd Schünemann al prologar una de las obras de Yvan Montoya (2020); y es que tampoco es particular abordar la idea de que el *ius puniendi*, al igual que otros poderes estatales, a partir de ciertos hitos históricos como la Revolución Francesa, encuentran ciertas limitaciones, mismas que, en palabras de Villavicencio Terreros (2016), se expresan a través de una legitimación extrínseca, dada por las Constituciones y tratados internacionales y una legitimación intrínseca, basado en principios.

El principio de legalidad y sus subprincipios, el de prohibición de la analogía, contemplado en el inciso 9 del artículo 139 de la Constitución peruana, la irretroactividad, principio de necesidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, racionalidad y humanidad de las penas, el de culpabilidad; entre otros, no son más que muestra de que, como se dijo, “el Estado ya no tiene un poder absoluto” (Villavicencio Terreros, 2016, p. 88).

Aunado a lo anterior, existen otras figuras que, con el mismo fin, van a delimitar del poder punitivo del Estado, como la prescripción de la acción penal, ubicada, en mayor medida, dentro de la criminalización secundaria, pues es una causa que va a impedir la

imposición de la sanción penal por el transcurso del tiempo. Se fundamenta, refiere García Caveró (2019), por un lado, en la falta de necesidad de pena por la antigüedad del delito y, por otro lado, en el hecho de que el tiempo transcurrido provoca dificultades probatorias que aumenta el riesgo de la producción de un error judicial.

Ahora bien, descrito el marco dogmático, conviene analizar, *lege data*, si ciertas instituciones jurídico - penales, como la tentativa, se condicen con los límites, que, como vimos, legitiman la intervención punitiva del Estado, pues solo de esa manera estas también se encontrarán justificadas, suprimiendo la idea de que, en la eventualidad, podrían contravenir las garantías y derechos fundamentales, o constituirse como inconstitucionales.

La perplejidad surge respecto a la tentativa, en específico, dado que en ella, según el artículo 16 del Código Penal, el agente comienza la ejecución de un delito que decidió cometer, sin consumarlo; es decir, la finalidad del autor no llega a concretarse plenamente, pero la intención revela un dolo de consumación, que por diversos factores no alcanza realización típica (Peña Cabrera, 2011); y es que al no alcanzar la configuración estricta de algún tipo penal, en virtud de la teoría objetiva de la tentativa, se entiende que la razón de su sanción está en la puesta en peligro del bien jurídico protegido, o, en la voluntad dañina del autor, según la teoría

subjetiva; pero apuntando siempre, a criterio de esta investigación, a la existencia de un menor, aunque no nimio, injusto penal.

Sea cual sea el fundamento, la conclusión es la misma: las consecuencias jurídico penales, no pueden sobrepasar la responsabilidad por el hecho, pues en virtud del principio de proporcionalidad, en palabras de Villavicencio Terreros (2016), la intervención del poder penal no puede generar más daño que el hecho concreto al cual responde.

Por su lado, el artículo 80 del Código Penal, *so pretexto* de describir el plazo ordinario de prescripción, refiere que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad, v. gr. El homicidio básico, ordinariamente, prescribiría a los veinte años. En el caso de la tentativa, continúa el artículo aludido, se comienza a contar el plazo desde el día en que finalizó la actividad de carácter delictuoso.

Sin embargo, no se evidencia regulación específica respecto al cómputo del plazo prescriptorio ante delitos tentados, y es que resulta conflictivo considerar la aplicación del primer párrafo del artículo 80 del Código Penal ante delitos consumados o tentados indiscriminadamente, desconociendo, a mi parecer, los fundamentos punitivos, tanto del derecho penal en general, como los de la tentativa, en específico; pues no perdamos de vista que la intervención estatal punitiva se encuentra circunscrita.

1.1.2. Planteamiento del problema

Al no existir una regulación específica que determine el cálculo de la prescripción ante delitos tentados, parece trascender al ámbito justificatorio de la intervención penal y punición de los delitos tentados; específicamente, del principio de proporcionalidad, lesividad y subsidiariedad; pues en virtud del artículo 80 del Código Penal, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito; aplicándose, indistintamente, para delitos consumados o delitos tentados; surgiendo de esta manera el mayor inconveniente, pues al ostentar menor injusto penal, convendría fijar un plazo prescriptorio menor al de un delito consumado.

No cabe duda que nos encontramos ante una de las problemáticas más gravitantes de la teoría de la prescripción de la acción penal, motivo por el cuál, su análisis merece, necesariamente, el uso de métodos valederos que arriben a conclusiones que proporcionen fundamentos suficientes para reducir el plazo prescriptorio en los delitos tentados, como en el presente trabajo.

1.1.3. Formulación del problema

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para reducir el plazo de prescripción de la acción penal en los delitos tentados?

1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La universidad es una comunidad académica orientada a la investigación; informada, entre otros, por el principio de espíritu crítico y de investigación establecido en el artículo 5.5 de la Ley N.º 30220, y, además, ostentando la finalidad de realizar y promover la investigación científica, tecnológica y humanística, según el artículo 6.5 del mismo cuerpo normativo.

Coherentes con ello, esta investigación fue diseñada con importancia desde, cuando menos, dos enfoques. El primero, en tanto contribuye con la realización de los fines de la educación universitaria, incrementando, conjuntamente, el conocimiento y reflexión jurídica respecto a la inconsistencia del cálculo del plazo prescriptorio en delitos tentados, toda vez que vulnera principios básicos que legitiman la intervención penal.

Y, finalmente, respecto a la criminalización primaria y secundaria, pues al finalizar el trabajo, se presenta una propuesta legislativa que, de acuerdo a esta investigación, proporcionará uniformidad, coherencia y consistencia a nuestro ordenamiento jurídico penal, propuesta que el legislador, obligatoriamente, deberá observar, máxime si en el Anteproyecto de Código penal del 2004, tampoco se advierte una regulación de la problemática descrita.

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. Objetivo General

Establecer los fundamentos jurídicos para reducir el plazo de prescripción de la acción penal en los delitos tentados.

1.3.2. Objetivos Específicos

- a. Describir los alcances dogmáticos y legales de la prescripción de la acción penal.
- b. Precisar los alcances legales y teóricos de los principios de proporcionalidad y lesividad.
- c. Desarrollar el contenido del principio de mínima intervención y subsidiariedad.
- d. Precisar el contenido del injusto penal en los delitos tentados.
- e. Realizar una propuesta de proyecto de ley para incorporar el cómputo del plazo prescriptorio para delitos tentados.

1.4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. Delimitación espacial

La unidad de análisis se sitúa en los artículos del Código Penal que comprenden la prescripción y la tentativa, por lo tanto, la presente investigación será aplicable en todos los ámbitos de competencia penal del territorio penal.

1.4.2. Delimitación temporal

Indeterminada, en tanto se brinda los fundamentos jurídicos que sustentan la aplicación del plazo prescriptorio reducido ante delitos tentados.

1.5. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

Al momento de la presentación de la presente investigación, se establece que no han existido limitaciones que pudiesen influir en la ejecución.

1.6. TIPO DE LA INVESTIGACIÓN

1.6.1. De acuerdo al fin que persigue

A. Básica

Tam Málaga, Giovanna Vera y Oliveros Ramos (2008), refieren que, será una investigación básica en tanto se tenga como objetivo mejorar, o ampliar, el conocimiento *per se*, más que generar resultados o tecnologías que beneficien a la sociedad en el futuro inmediato. En ese sentido, a través de la presente, se pretende establecer cuáles serían los fundamentos de carácter jurídico que propicien la aplicación de un plazo prescriptorio menor ante delitos tentados, confrontado con el plazo en los delitos consumados.

1.6.2. De acuerdo al diseño de investigación

A. Investigación de tipo explicativa

Esteban Nieto (s/f), con el ánimo de definir cuando una investigación es de corte explicativa, establece que es un nivel más complejo y más riguroso de la investigación básica, cuyo objetivo principal será la verificación de hipótesis causales o explicativas; trabajándose, en consecuencia, con hipótesis causales, es decir que explican las causas de los hechos, fenómenos, eventos y procesos naturales o sociales.

Basándose en lo citado, al desarrollar este trabajo, en principio se esbozará las instituciones con incidencia directa, como la tentativa y la prescripción, y de ese modo, contrastar la hipótesis propuesta.

B. Investigación de tipo propositiva

Asimismo, esta investigación será propositiva; pues del particular, Tantaleán Odar (2016), describiendo a una investigación propositiva en el ámbito jurídico, establece que son las que van a formular una propuesta de modificación, derogación o creación de una norma jurídica, lo que implica un alto grado de argumentación para convencer que la propuesta es la más adecuada, pero exige como presupuesto mostrar los defectos que trae consigo la actual normatividad.

Conviene precisar que, con la finalidad de diseñar una propuesta legislativa, se pondrá en evidencia la inconsistencia e incoherencia del ordenamiento jurídico penal peruano, pues la aplicación indistinta del plazo prescriptorio a delitos consumados y tentados, vulneraría manifiestamente, entre otros, el principio de proporcionalidad.

1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

A. Cualitativa

Nizama Valladolid y Nizama Chávez (2020), con respecto al concepto de investigación cualitativa, citando a Lino Aranzamendi (2015), tiene dicho que esta investigación está orientada a la descripción y la comprensión de una situación o fenómeno, a diferencia, claro está, de la cuantitativa que se centra en la cuantificación, predicción y control.

En este caso, como se ha venido estableciendo, se tiene como propósito, únicamente, describir la problemática planteada.

1.7. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

Los fundamentos jurídicos para reducir el plazo de prescripción de la acción penal en los delitos tentados son:

- a.** La aplicación del principio de proporcionalidad y lesividad.
- b.** Observancia del principio de mínima intervención y subsidiariedad.

- c. El menor injusto penal que significa un delito tentado.

1.8. MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.8.1. Genéricos

A. Hipotético deductivo

Sánchez Flores (2019), respecto a la aplicación del método hipotético deductivo, tiene dicho que se parte de premisas generales para llegar a una conclusión particular, que, en muchos casos, sería la hipótesis a falsar para contrastar su veracidad.

En este caso, se ha aplicado este método en tanto se identificó que la no regulación del cálculo del plazo prescriptorio de la acción penal en delitos tentados, vulnera los principios básicos de la actividad punitiva del Estado; y que, además, la tentativa ostenta menor injusto penal que un delito consumado, es por ello que corresponde, en consecuencia, un menor plazo prescriptorio.

B. Sintético

Rodríguez C. (2007), del presente, menciona que integra los componentes dispersos de un objeto de estudio para analizarlos en su totalidad. Y es que, una vez analizadas las instituciones de forma separada, se las ensambló con el propósito de

determinar su relación con los principios del derecho penal, para elaborar la propuesta legislativa.

C. Analítico

Rodríguez C. (2007), consiste en descomponer un objeto de estudio separando cada una de las partes del todo para estudiarlas en forma individual.

Siendo así, el desarrollo de la presente investigación, se centra en analizar la tentativa y la prescripción de la acción penal, en principio, de forma separada con la finalidad de comprender de mejor manera su contenido dogmático y legislativo.

1.8.2. Propios del derecho

A. Dogmático

Su objeto de estudio, refiere Fernández Flecha, Urteaga Crovetto y Verona Badajoz (2015), son las normas positivas, instituciones o conceptos jurídicos que emanan de distintas fuentes del derecho, como la jurisprudencia, la costumbre, etc. Se van a utilizar técnicas y herramientas documentales.

Como se ha señalado, esta investigación se ha centrado en los artículos codificados respecto a la tentativa (artículos 16 al 19) y la prescripción de la acción penal (artículos 80 al 83); asimismo, a efectos de desarrollarlos, se ha abordado la dogmática peruana, principalmente.

B. Hermenéutico

Villabella Armengol (2009), por su parte, establece que el método hermenéutico posibilita entender los significados del objeto que se estudia a partir de una triple perspectiva: a) la del fenómeno en sí mismo; b) la de su engarce sistémico-estructural con una totalidad mayor, y c) la de su interconexión con el contexto histórico-social en el que se desenvuelve.

Finalmente, se ha aplicado el método hermenéutico, en tanto las instituciones han sido desarrolladas de manera fiel a su contenido legislativo y no se ha adicionado o restado cuestiones convenientemente.

1.9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.9.1. Técnicas de investigación

A. Recopilación documental

La recopilación documental, refiere Rodríguez (2009), es una técnica de investigación, cuya finalidad es obtener datos e información a partir de fuentes documentales con el fin de ser utilizados dentro de los límites de una investigación.

Para este caso, se reunió una serie de revistas, libros, artículos, entre otros; que profundicen sobre la tentativa, tipos de tentativa, injusto penal de un delito tentado, tipos de prescripción de la acción penal, plazo ordinario y extraordinario

de prescripción de la acción penal, principios del derecho penal, y otros temas; con la finalidad de estructurar un marco teórico suficiente que permita una idónea contrastación.

B. Análisis Documental

Corral (2015), establece que cuando hablamos de análisis documental nos estamos refiriendo al estudio de un documento, independientemente de su soporte.

En esta investigación, recopilados los documentos, se ha centrado en analizarlos y estudiarlos a fin de extraer posiciones, ideas principales, secundarias, etc.

C. Argumentación

Finalmente, la técnica que se utilizó es la argumentación jurídica, entendida ella, dicho en términos sencillos, desde la perspectiva de González Placencia (2018), la exposición de las razones que sostienen una conclusión, ello a partir de sus premisas.

En ese sentido, se utilizó esta técnica a efectos de estructurar una solidez dogmática y teórica que sustenten la propuesta legislativa.

1.9.2. Instrumentos

A. Hoja de guía de recolección documental

Sirvió para Facilitar principalmente dos circunstancias, en principio identificar la problemática propuesta, y, además, diseñar un marco teórico acorde a nuestra investigación.

1.10. UNIDAD DE ANÁLISIS O UNIDAD DE OBSERVACIÓN

La unidad de análisis de la presente investigación se constituye por los artículos del Código penal vigente, en donde se regula la tentativa (artículos 16 al 19) y la prescripción de la acción penal (artículos 80 al 83).

1.11. ESTADO DE LA CUESTIÓN

El Registro Nacional de Trabajos de Investigación – RENATI, respecto a las investigaciones que previamente se han desarrollado concernientes a la problemática a investigar, identifica:

A. La tesis para obtener el título profesional de abogado denominada “Regulación del plazo de prescripción de la tentativa en el Código Penal”, realizada por Domínguez Chanduví Jessica Essayne (2019), de la Universidad César Vallejo, Perú; misma que, bajo un diseño cualitativo de tipo descriptivo; aborda la problemática respecto a la falta de regulación del plazo de prescripción de la tentativa en el Código Penal peruano.

Consecuente con sus objetivos, la autora concluye en que existen suficientes fundamentos jurídicos que provoquen la regulación del

plazo de prescripción de la tentativa en nuestro Código Penal, como el Principio de Legalidad y el Principio de Seguridad Jurídica; asimismo, establece que el Código Penal Peruano enmarca el concepto legal y doctrinario de la tentativa; pues establece que esta se configura cuando el sujeto da inicio a la ejecución de un delito que ha decidido cometer sin llegar a la consumación; asimismo prescribe que los jueces tienen la obligatoriedad de sancionarla reduciendo prudencialmente la pena; y, por último, manifiesta que la prescripción; considerada como una limitación al *ius puniendi*; no ostenta regulación del plazo de prescripción, siendo que actualmente los juzgadores toman como plazo de prescripción ordinaria, el tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito consumado y en la prescripción extraordinaria el tiempo máximo de la pena del delito consumado aumentado en un cincuenta por ciento.

Ahora bien, la investigación descrita otorgó a esta investigación un importante estatus de conocimiento, pues da cuenta que al no existir una regulación específica del cómputo del plazo prescriptorio en delitos en grado de tentativa, los administradores de justicia se ven en la imperiosa necesidad de aplicar las reglas generales de la prescripción ordinaria y extraordinaria; lo que implicaría, a nuestro parecer, una contradicción a los principios que informan el sistema penal, posición que si se llegase a corroborar, provocaría una urgida modificación legislativa.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ENFOQUE IUSFILOSÓFICO DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.1. Positivismo jurídico

Desde una explicación histórica, Carrillo (2008) sostiene que, con la instauración de la epistemología del positivismo, se propuso una reordenación de la concepción y aplicación de las ciencias humanas y, con ello, a las ramas sociales. Tal situación influyó en la estructuración de las teorías sobre el Estado, pues importaba una manera distinta de ejercitar el poder público, tal como en su oportunidad escribían autores como Locke, Montesquieu y Hobbes. Aquella situación, sin embargo, fue decisiva pues consolidaba al poder político en una única fuente autoritativa del sistema jurídico, superando otras concepciones tradicionales, como el derecho natural. Sus alcances trascendieron hasta derechos específicos como el de la propiedad y otras libertades, que, con el objetivo de contener mayor certeza, garantías de ejercicio y seguridad jurídica, se positivizaron y codificaron.

Aun cuando aparentemente establece una marcada tendencia, la caracterización de la concepción positivista dentro de las ciencias jurídicas, no ha sido tarea fácil, tal como lo deja notar Nino (1999), pues como el reconocido jurista indica, los postulados esgrimidos por algunos autores sobre el positivismo se encontraban

contrapuestos a los planteamientos de otros; o bien sostenidas por autores de la misma corriente filosófica, pero no como parte nuclear de sus teorías.

No obstante, lo anotado, Aguiló (2007) empieza refiriendo que el sistema jurídico se estructura y se organiza mediante un conjunto de reglas que, dentro de su contenido, prevén soluciones a conflictos o incertidumbres jurídicas que subyacen a la sociedad, sin la necesidad de otras valoraciones. Según Aguiló (2007), la premisa expuesta representa la naturaleza del positivismo, que anticipa o previene los resultados jurídicos de determinados comportamientos de la persona. En sí, el autor señala que dentro de la justificación del positivismo jurídico existe correspondencia y correlación justificativa, esto es, que los enunciados normativos contienen derechos oponibles de unos frente a otros.

Aquella certeza, continúa refiriendo Aguiló (2007) prohíbe la existencia de normas amplias cuando se encuentren en conflicto con otras, planteando que, si hubiese compatibilidad de normas, priman las relaciones lógicas de deducción fundamentadas en el cumplimiento de las normas contrapuestas; sin embargo, si existiese incompatibilidad de las mismas, se aplicarían criterios como la jerarquía, la temporalidad y la especialidad.

Por lo tanto, el autor señala que cualquier conflicto que presente la norma, este será un problema de subsunción y a la vez, semántico, pues el problema no radica en la norma misma, sino en el

enunciado normativo, siendo, en consecuencia, un problema de términos, palabras o significados.

Guamán Chacha, Hernández Ramos y Lloay Sánchez (2020), describen que el positivismo jurídico es el estudio de carácter científico sobre el derecho. Su finalidad, en estricto, está relacionado con los conceptos de validez y valor del derecho; esto es, que se considera al derecho cómo es y no desde el plano del deber ser. Tal es el caso, que determina la validez con independencia de su carácter justo o injusto, centrando su estudio únicamente en las reglas válidas.

A su turno, de la Rosa y Caballero Hernández (2021), basándose en los postulados de Hart, comentan que existen tres tesis defendidas por algunos teóricos positivistas. La primera, es la tesis de la separación conceptual entre la moral y el derecho, la segunda, referida a las fuentes sociales del derecho; y la última, el positivismo metodológico.

Sobre la tesis de la separación conceptual, de la Rosa y Caballero Hernández (2021) comentan que el derecho positivo y la moral ideal son analizados uno con independencia de la otra; situación que expresa la escisión del derecho desde el plano del ser, con el derecho desde lo moralmente correcto. Por su parte, sobre las fuentes sociales del derecho, afirman que está referida, en principio, a la validez y existencia del derecho. Así, se debe entender que la práctica social es una condición para que el

derecho exista, esta determina y señala los criterios últimos de validez, o, resumidamente, se puede afirmar que la existencia, vigencia y aplicabilidad del derecho, depende únicamente de que las mismas hayan sido establecidas por acciones humanas. Finalmente, la Rosa y Caballero Hernández (2021), sin mayor detalle, prevén que, dentro de la tercera tesis, el método de la teoría del derecho, respecto al fenómeno jurídico, tiene como finalidad en principio, describir, y posteriormente, explicar.

Pues bien, la corriente filosófica descrita, más allá de permitirnos esbozar el contenido normativo de las instituciones jurídicas estudiadas; brinda a esta investigación, un amplio panorama de la necesidad de garantizar diversos principios jurídicos en la aplicación del derecho; especialmente, en demostrar la afectación de algunos de ellos con la no determinación del plazo prescriptorio en delitos tentados o en grado de tentativa; contribuyendo, en esa medida, con el ejercicio de garantías, libertades individuales y la seguridad jurídica.

2.1.2. El modelo garantista de Luigi Ferrajoli

Desde las traducciones de Guzmán (2018), el mismo Luigi Ferrajoli sostenía que el garantismo es un término jurídico y políticamente novedoso. Así, tradicionalmente, las garantías eran entendidas como instituciones de derecho privado con ascendencia en el derecho romano; los cuales estaban dirigidos a asegurar el efectivo cumplimiento de obligaciones y la protección de derechos

patrimoniales; como, por ejemplo, la garantía real de prenda y las garantías personales como la fianza. Sin embargo, en la actualidad, se deben entender como el conjunto de límites y vínculos que sujetan a los poderes públicos a fin de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales. Afirmando, entonces, que debe entenderse por “garantismo” al modelo del Derecho, orientado a garantizar la efectividad de los derechos subjetivos.

Guzmán (2018), continúa describiendo lo referido por Ferrajoli, agregando que la teoría del garantismo ha sido primigeniamente fundada en el Derecho Penal, inicialmente en la cultura jurídica italiana de los años 60s y 80s, siendo que esta corriente se conecta con el pensamiento penal liberal; expresando, por lo tanto, la idea de la minimización del terrible poder del Estado (*ius puniendi*). Aquella tarea no sería posible, sin embargo, sin la sujeción a la ley por parte del operador judicial al poder penal, y a las normas constitucionales de la voluntad legislativa. Por lo tanto, el garantismo penal, estrictamente, y el derecho penal mínimo, dice Ferrajoli, son términos vinculados por una sinonimia; que pretende estructurar un modelo normativo y teórico del derecho penal a fin de racionalizar y minimizar la intervención punitiva.

Carbonell y Salazar (2006), tienen dicho que la ideología intrínseca de la filosofía de Ferrajoli es el garantismo. El garantismo es una forma de comprensión, interpretación y explicación del fenómeno jurídico. Esta concepción es aplicada especialmente en materia

penal. Así, posteriormente, Ferrajoli ha ido incrementando y afianzando su filosofía, hasta conformar una Teoría General del Garantismo vinculada, desde un enfoque normativo, con la Teoría del Estado constitucional y, desde un punto de vista teórico, con el denominado neoconstitucionalismo.

En efecto, Moreno Cruz (2007), con mayor detalle, considera que Luigi Ferrajoli postula un proyecto con tres aspectos fundamentales, dentro de la filosofía, dentro de la ciencia, y dentro de la teoría del derecho. En ese sentido, el autor sostiene que Ferrajoli otorga dos significados al garantismo que, a su vez, confluyen en una misma premisa: el derecho como garantía de limitación al poder. El primero es un modelo de derecho y se constituye en una alternativa al Estado de Derecho; mientras que la segunda, es una superación a los reduccionismos iusnaturalistas y positivistas. De modo que, Ferrajoli deja atrás la Teoría Pura de Derecho que postulaba Kelsen. Finalmente, Moreno Cruz (2007), apunta que, desde la propuesta del garantismo, el fenómeno jurídico se orienta a cubrir los extremos que aisladamente han sido enfocados por el reduccionismo; pues el modelo garantista busca delimitar el poder (dimensión normativa del derecho). Por su parte, desde la teoría del derecho, estatuye un positivismo crítico que fortalece el rol de los jueces y el papel de los juristas, pues son los permanentes encargados de la mejora de los ordenamientos jurídicos. Finalmente, desde la filosofía política, con base en

criterios éticos-políticos, asume la responsabilidad de la crítica y deslegitimación externa de los ordenamientos jurídicos.

2.1.3. El Estado Social y Democrático de derecho

Preliminarmente, debe establecerse que el derecho penal no solo está constituido por la pena, sino también por las conductas reprobadas penalmente, cítese, por ejemplo, el que, indebidamente, interviene o interfiere o escucha una conversación telefónica o similar; tipificada en el artículo 162 del Código Penal.

Debe anticiparse al lector que el desarrollo de este ítem, en gran parte, corresponderá a una disgregación planteada por Montoya Vivanco (2020), quien del particular, refiere basándose en Silva Sánchez y en Ferrajoli, que el derecho penal y la pena son instrumentos de convivencia en una organización social determinada, el sentido de los mismos no puede, o no debe, escapar del modelo de Estado en el que se sitúa, en nuestro caso y en virtud de los arts. 43 y 45 de la Constitución, el Estado Social y Democrático de Derecho, enmarcado en la fórmula del Estado Constitucional y Democrático de Derecho. De ese modo, manifiesta que su fin no es otro que hacer posible la convivencia pacífica entre miembros de una sociedad y ofrecerles las posibilidades mínimas de realizarse personalmente, minimizando los conflictos y tensiones que se originan de la convivencia (pp. 48 - 49), afirmando que, “si la violencia estatal es superior a la conflictividad constitutiva de la sociedad, dicho derecho penal o sistema penal estará, en

realidad, deslegitimado sustancialmente” (Montoya Vivanco, 2020, p. 50).

De ese modo, converge con lo acotado por Ferrajoli, en el extremo en el que este manifiesta, que, el derecho penal en el ECDD, debe perseguir la protección de la sociedad, genéricamente, y, de manera específica, debe encargarse de la protección de los bienes jurídicos, en cuanto presupuestos básicos de la convivencia de social, mediante la prevención del delito, y junto con ello; continúa mencionando, mediante el respeto de los fines garantistas expresados en los principios que limitan el ejercicio de la potestad punitiva, como la legalidad, proporcionalidad, lesividad, entre otros.

Bien, lo dicho hasta aquí se expresa en tres ideas básicas a esbozar: el derecho penal, o, el sistema penal está orientado a mantener y garantizar la convivencia social y la vigencia de derecho y libertades de los que la conforman, con el fin de que estos mantengan incólume su ámbito de desarrollo personal y social; en todas sus manifestaciones posibles, primero; segundo, que a través de su actuación y finalidad, no se imbuya injustificadamente en estos ámbitos que no solo se expresan de forma individual, como la libertad sexual, sino también social, como el correcto funcionamiento de las entidades estatales. Y, finalmente, que esta justificación está parametrada, naturalmente, por principios como el de proporcionalidad y lesividad.

Dado el enfoque, la presente investigación se centra justamente en explorar los alcances dogmáticos y legales de los principios que van a delimitar el *ius puniendi* del Estado, en virtud de las garantías que establece el ECDD.

2.2. ASPECTOS DOCTRINARIOS DEL PROBLEMA

2.2.1. Derecho penal e *ius puniendi*

El derecho penal como parte del derecho en general, es utilizado para controlar, orientar y planear la vida en común; es un medio de control social que puede ser comprendido como un conjunto de modelos culturales y de símbolos sociales, y también de actos, a través de los cuales dichos símbolos y modelos son determinados y aplicados, así como refiere Hurtado Pozo (1987).

Por su lado, García Caveró (2012), como otros, de forma más detallada, se esfuerza en identificar varias nociones a efectos de definirlo, como la del derecho penal objetivo en sentido formal, definiéndolo como el conjunto de disposiciones jurídicas que establecen qué conductas constituyen delito y cuáles son las penas aplicables a estos; o el derecho penal objetivo en sentido material, quien basándose en Silva Sánchez, menciona que definirlo materialmente, va a significar determinar la función que cumple, esto es, aquello que, de algún modo, legitima la causación del mal en el que consiste la pena, y, finalmente, el derecho penal

subjetivo, entendido, desde su perspectiva, como la facultad de imponer penas ante la realización de un hecho delictivo.

Bien, la concepción que ahora nos interesa es la del derecho penal como poder punitivo del Estado, ello, claro está, sin desconocer que tanto el derecho penal objetivo como subjetivo presentan una relación directa e inmediata, de tal magnitud que muchas veces resulta trabajoso tratar de diferenciarlos.

La actividad punitiva, manifiesta Hurtado Pozo (1987), constituye uno de los dominios en que el Estado va a ejercer su poder, con la finalidad de establecer o conservar las condiciones necesarias para el normal y buen desenvolvimiento de la vida comunitaria. La orientación que dé a su actividad penal, está determinada por las opciones sociopolíticas que haya adoptado en relación a la organización de la comunidad (p. 10); Gustavo Cornejo (2015), por su lado, prescribe que, en virtud del mismo se determinan los delitos, se señalan las penas, instituyen las formas y fines de su aplicación, organiza la jurisdicción penal y el sistema penitenciario (p. 16).

Villavicencio Terreros (2019), en la misma idea, establece que es la facultad del Estado de imponer penas y medidas de seguridad a los infractores; es considerada como una decisión político – criminal que, en su momento, se plasma en una norma de carácter penal, pues se trataría de una violencia legítima. (p. 24)

Entonces, se propone la siguiente idea final a fin de que se comprenda la intención de la presente investigación: el derecho penal, visto desde el enfoque objetivo y subjetivo, se define como una totalidad de normas penales, y no solo leyes, expedidas en virtud de la facultad legítima del Estado, facultad que permite considerar ciertas actuaciones como punibles a efectos de preservar la vida en sociedad.

2.2.2. Límites al *ius puniendi*

La potestad punitiva del Estado está limitada, como se ha dejado por sentado; y es que no resulta difícil entender que, siendo el Estado un aparato imperiosamente organizado, deben existir instrumentos ampliamente capaces de contrarrestarlo, como, entre otros, los principios o, la prescripción por el paso del tiempo, figura que se desarrollará más adelante.

Mir Puig (2011), realiza una descripción de los principios que vale la pena teorizar. Como exigencia del Estado de Derecho, se erige, acompañado de sus garantías de ley previa, ley escrita y ley estricta; el principio de legalidad; respecto al Estado Social, relata, encuentran su génesis en el principio de utilidad de la intervención penal, el principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del derecho penal y el de exclusiva protección de bienes jurídicos. Por su lado, el Estado Democrático permitió la existencia del principio de humanidad de las penas, el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad, y, finalmente, el de resocialización.

Finalmente, los principios, interpretados como limitadores del *ius puniendi*, serían devenidos de una teoría eminentemente política que, a su vez, justifica la propia configuración del programa penal empleado en el ordenamiento jurídico a través de exigencias de la norma superior.

Desarrollemos algunos de los principios mencionados.

A. Principio de Legalidad

Previsto en el artículo 2, numeral 24, inciso d, de la Const., estableciéndose que “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 (...)”, y en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, en tanto prescribe que “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.”

La violencia del Estado se realiza bajo el control de la ley, como da a entender Villavicencio Terreros (2016); de manera que, toda forma de violencia ilícita que provenga del sistema penal, como torturas; ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, entre otras; se considerarán conductas prohibidas, toda vez que el principio de legalidad va a limitar el ejercicio del

poder penal exclusivamente a las acciones u omisiones previstas en la ley: *nullum crimen, nulla poena sine lege* (p. 90).

La última locución latina, empleada para referir la manifestación de la legalidad en un ordenamiento jurídico, al respecto, no tendría origen en el antiguo derecho romano; por el contrario, el aforismo habría sido producto de la llamada Revolución Francesa, acuñándose en el periodo de la ilustración.

En términos generales, es posible concluir que el principio de legalidad es un mecanismo de aseguramiento de la libertad individual (Reyna Alfaro, 2016, p. 53). Por supuesto, aun es necesario indagar sobre su fundamento en el sistema penal peruano, así como sus manifestaciones reconocidas para la respectiva legislación peruana.

Al respecto, Castillo Alva (2002), indica que el fundamento de la legalidad en el Perú se relaciona de modo inherente a ideas políticas como lo es la democracia y la repartición de funciones; principios como la seguridad jurídica, en tanto lo acogido por el legislador busca generar certeza en el ciudadano común; y, en la teoría de la prevención general.

A priori, se puede señalar que los efectos de la legalidad, a diferencia de los del concepto de legalismo jurídico, tienen un enfoque garantista; así, ningún sujeto podrá ser privado de la libertad o responsabilizado penalmente por un comportamiento

no previsto en el instrumento legal pertinente; así mismo, tampoco se puede imputar la aplicación de una pena no regulada con anterioridad.

La Sentencia del Pleno Jurisdiccional N.º 12-2006-PI/TC, desarrolla lo siguiente con relación al contenido de la legalidad:

Como tal, el principio de legalidad penal garantiza: a) la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*); b) la prohibición de la analogía (*lex stricta*); c) la prohibición de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*); y d) la prohibición de aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*).

La garantía de la ley previa, en primer lugar, se encontraría referida a la proscripción de la aplicación de la ley penal de un modo retroactivo, con la importante excepción de los casos en los que se haya identificado que se beneficia al reo.

Según Castillo Alva (2002), la *lex stricta*, se desarrollaría como un concepto delimitante de la interpretación de la norma penal, en donde prima la restricción de la analogía *in malam parte*, aun cuando exista un problema de laguna legal.

Ahora, la ley cierta puede ser identificada como un límite inherente para el legislador; así, no solo es exigible que la conducta prohibida se encuentre prescrita en el ordenamiento jurídico para imputar el delito, sino que esta debe ser expresada con una adecuada técnica que elimine la incertidumbre de lo

que el texto quiera decir; en otras palabras, impone la necesaria capacidad de determinación a la Ley penal (Mir Puig, 2011).

Finalmente, la ley escrita es una manifestación de la legalidad principalmente opuesta a la responsabilidad penal derivada del derecho consuetudinario, considerando que la ley es la única que puede fundamentar y limitar los alcances que tiene la imputación del agente.

B. Principio de necesidad o mínima intervención

El principio de intervención mínima del derecho penal es un bastión que se opone al fenómeno expansionista del derecho penal, que responde a un contexto de creación de nuevos riesgos, la politización del concepto de seguridad y, en general, la convergencia de intereses novedosos, cualquiera que estos sean.

El origen de la intervención mínima puede encontrarse en los postulados del Marqués de Beccaria, Cesare de Bonesa, quien, bajo su libro titulado como “Tratado de derechos y las penas”, aborda la construcción de un sistema jurídico penal de intervención delimitada en torno a las ideas de los pensadores franceses (Prieto, 2001).

Pues bien, su contenido legal también se materializa a partir del artículo IV del Título Preliminar del Código Penal peruano, pues en la exposición de motivos, el legislador, coherente con los

demás principios que sustentan el programa penal, agregó que en la parte especial del proceso y resultado de la codificación, se traduce en las aspiraciones de justicia de nuestra comunidad políticamente organizada, estructurando de esa manera los llamados “bienes jurídicos” cristalizados legislativamente, en donde se selecciona solo aquellas conductas socialmente dañosas, aquellas intolerables respecto a los bienes que contengan gran grado de vitalidad para la colectividad; residiendo en este extremo el carácter fragmentario del derecho penal.

Dogmáticamente, Castillo Alva (2002), sobre este principio, considera que es uno de los más importantes del derecho penal contemporáneo, en tanto busca orientar la actuación del sistema penal. Asimismo, estima que no se trata de un principio meramente dogmático, sino que es uno de corte político – criminal, toda vez que se convierte en una exigencia en la lucha contra la criminalidad. En ese sentido, el autor manifiesta que su vigencia ayuda a controlar e identificar grados de legitimidad de intervención estatal; estableciendo la siguiente regla: a mayor e indiscriminada intervención penal, menor grado de legitimidad, *contrario sensu*, a menor intervención estatal, mayor legitimidad democrática del Estado. (p. 210)

A mayor abundamiento, Castillo Alva (2002) continúa refiriendo que, al ser el derecho penal la rama del ordenamiento jurídico

que contempla las sanciones más graves, su empleo no debe entenderse como uno indiscriminado e ilimitado, muy por el contrario, debe considerarse un recurso último y excepcional; por lo que el derecho penal debe reducirse a aquello que sea absolutamente necesario en términos de utilidad social (p. 211). Abona a la idea Caro (1994), al sostener que la instauración de un modelo político criminal de mínima intervención se da en cuanto se limita la “intervención punitiva” solo para aquellos casos en los que las infracciones a bienes jurídicos sean de una especial relevancia y gravosidad (p. 184). De allí que se pueda afirmar que el principio de intervención mínima se encuentra taxativamente ligado al concepto de lesividad, aunque también a otros conceptos como el de proporcionalidad, por cuanto se valora, desde la criminología crítica, que ciertos comportamientos deben ser librados de una prohibición que ocasione la persecución penal.

En ese sentido, el Estado solo puede, o debe, emplear la pena cuando está en situación de explicar su necesidad para la convivencia social. Nótese que, en todo momento, el derecho penal mediatiza sus instituciones a efectos de alcanzar sus fines. Ahora bien, si la intervención resulta inútil, entonces perderá su justificación. Razón por la cual, este principio conduce a la exigencia de utilidad. Este principio es, pues, un límite importante, al igual que la legalidad; porque permite evitar las tendencias autoritarias (Villavicencio Terreros, 2016, p. 92).

Ramírez y Morocho (2022), por su parte, expresan que la mínima intervención posee un significado en el sistema penal, en el que se prefiere la aplicación de otras ramas del derecho o incluso la utilización de responsabilidades distintas a la que configura la pena por sí misma, inclusive eliminando el castigo contemplado para los actos más leves acogidos como delitos.

A su turno, Villa Stein (2014), tomando lo acotado por Huerta Tocildo (1984) respecto al contenido de la antijuridicidad, estima que una determinada conducta antijurídica, debe tener dos condiciones, la primera de ellas es que contenga en sí misma un carácter de desvalor (disvalor de la acción), y la segunda, que a través de un nexo, ésta haya lesionado o puesto en peligro un bien jurídico protegido (disvalor del resultado), de modo que el principio de intervención mínima, exige esta doble condición para que se dé el injusto; pues como se sabe, la estructura del tipo penal contiene un bien jurídico protegido por la norma, y a su vez, la inconducta o la acción trasgresora. No obstante, lo acotado, el autor continúa refiriendo que tanto el disvalor de acción como el disvalor de resultado, deben concurrir y el derecho le debe otorgar igual importancia, no admitiéndose jerarquía entre ellos, no privilegiando a uno en detrimento de otro (p. 407).

García Caveró (2012), acota a lo descrito, argumentando que el Derecho Penal, mediante este principio, solo está legitimado a

intervenir en los casos en donde sean estrictamente necesario, esto es, cuando el conflicto o protección de los bienes jurídicos, no tenga otra alternativa idónea y menos agresiva; pues el Derecho Penal, no es un instrumento de control más (como sí lo son otros sistemas extrapenales) (p. 136).

Comparte lo descrito, Peña Cabrera Freyre (2004), pues sostiene que el legislador se encuentra sometido a solo extender la protección penal a aquellos bienes jurídicos indispensables para el desenvolvimiento del individuo en su esfera participativa; en ese sentido, agrega que este principio se contrapone a la “huida al derecho penal”. El programa punitivo, entonces, debe intervenir lo menos posible en la esfera individual, pues una excesiva intervención del *ius puniendi* anuncia la negación de su propia legitimidad. Conclusivamente, el autor sostiene que el principio en comento es la única vía por la cual se garantiza un Derecho penal democrático y humanista, pues sirve de elemento de contención ante una desmedida pretensión punitiva del Estado, de servir de tutela al ciudadano y de una racionalización de respuesta al delito (p. 240).

A nivel de la jurisprudencia de la Corte Suprema, el R.N. N.º 3763-2011, converge con el criterio empleado anteriormente, expresando, además, que, no cualquier peligro ni todas las lesiones efectivas al bien jurídico deben tener como consecuencia la imposición de una pena; solo merecen una

pena aquellos comportamientos que pueden ser catalogados como “sumamente reprochables y no pasibles de estabilización mediante otro medio de control social menos estricto”.

Análogamente se expresa también el Recurso de Nulidad N.º 3004 – 2012 Cajamarca, respecto al principio en mención, que el ejercicio del *ius puniendi* reflejado en el Derecho penal, solo operará cuando las demás alternativas de control fallen, es decir, si el conflicto se puede solucionar aplicando instrumentos u otros medios jurídicos de manera satisfactoria tanto para el imputado y la sociedad, el Derecho penal no debe intervenir.

Así también, la Sentencia emitida del Pleno Jurisdiccional 0012-2006-PI/TC, el máximo intérprete de la Constitución, acotó que, en materia penal, el legislador debe considerar ineludiblemente el carácter fragmentario del derecho penal, pues el sistema penal es el medio más gravoso que limita los derechos de los ciudadanos.

Este principio, como se ha anticipado, comprende:

a. Principio de subsidiariedad

El principio de mínima intervención posee, dentro de sus alcances, al llamado principio de *extrema ratio*, de *última ratio*, o, simplemente, de subsidiariedad.

Al respecto del particular, García Caveró (2012), menciona que, cuando menos, tiene dos manifestaciones; una

cuantitativa y otra cuantitativa. En la primera, la subsidiariedad significa que solamente los bienes jurídicos más importantes pueden legitimar la intervención del derecho penal; mientras que en la expresión cuantitativa, refiere, no podrá, o no se deberá, recurrir al derecho penal si las conductas disfuncionales pueden controlarse, suficiente e idóneamente, con otros medios de control menos lesivos, mejor dicho, si los mecanismos de control extrapenales alcanzan suficientemente para mantener en niveles tolerables determinadas conductas socialmente perturbadoras, entonces, como es de esperarse, no habrá que cargar a las esferas de libertad de los individuos con amenazas penales (p. 137).

El concepto de subsidiariedad es aceptado de manera prácticamente unánime en la doctrina jurídica peruana, es complementada con el principio de fragmentariedad del derecho penal, siendo ambas nociones, a su vez, parte del contenido del principio de intervención mínima.

Esta característica significa, continúa López Lara (2010), que este derecho penal no pretende alcanzar a toda la gama de conductas ilícitas, sino únicamente a aquellas que constituyen ataques intolerables en contra de bienes jurídicos cuya subsistencia es capital para la preservación de la convivencia pacífica (p. 5).

Subsidiariedad, significa justamente ello; el uso del mecanismo punitivo solo es subsidiario en cuanto su despliegue se justifica en el fallo de todos aquellos otros, correlativos a otras ramas del derecho, y cuyo despliegue sería claramente insuficiente para abordar la controversia a cabalidad.

Para el profesor Rojas (2021), es aceptable indicar que la subsidiariedad se conforma como un lineamiento para la política criminal, del cual se pueden desplegar los siguientes dogmas: Los comportamientos, por el solo hecho de ser considerados como amoraless o antimorales, no deberán ser objeto de una consecuencia jurídico penal; tan solo una parte de aquellas acciones valoradas como antijurídicas en el ordenamiento jurídico en general, deben ser tratadas por el derecho penal; y, solo las infracciones especialmente gravosas que atenten o pongan en riesgo al bien jurídico deberán ser sujetas a una sanción penal.

b. Principio de fragmentariedad

García Caverro (2012), con el afán de definirlo, menciona que no toda conducta lesiva de bienes jurídicos merecedores de protección penal debe ser sancionada penalmente. Esto es que dentro del conjunto de conductas lesivas sólo deben ser sometidas a represión penal las más graves.

La fragmentariedad, suele confundirse, a causa de su relación con el principio de intervención mínima, con el principio de *última ratio*, antes desarrollado, ya que pareciesen manejar definiciones similares.

En la labor de distinguir entre ambos conceptos, el jurista Villavicencio Terreros (2019), explica que, mientras la subsidiariedad hace énfasis en la limitación del “carácter expansivo del derecho penal” frente a la utilización de otros medios de control, la fragmentariedad se encontraría ligada a “la naturaleza selectiva del derecho penal”, catalogando dentro de los tipos penales solo a algunos de los comportamientos de “mayor entidad” (p. 36).

Al respecto, el Recurso de Nulidad N.º 238-2009, en su quinto fundamento, ha referido lo siguiente:

“Es preciso indicar que se debe aplicar el principio de intervención mínima del Derecho Penal que consiste en que el Derecho Penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando dicha protección puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales; que en el caso concreto es relevante y aplicable el principio de subsidiariedad, según el cual el Derecho Penal ha de ser la *última ratio*, el último recurso que se debe utilizar a falta de otros menos lesivos, así como el denominado carácter fragmentario del Derecho Penal que constituye una exigencia relacionada con la anterior, es decir, significa que el Derecho Penal no ha de sancionar todas las conductas vulneradoras de los bienes jurídicos que protege, ni tampoco todos ellos son objeto de tutela, sino sólo castiga las modalidades de ataque más peligrosas para ellos -

el Derecho Penal protege el bien jurídico contra ataques de especial gravedad”¹.

En efecto, Rojas Vargas (2012), sobre el particular, estima que se habla también de la naturaleza fragmentaria del Derecho, en tanto el sistema penal únicamente protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso, no de modo general, sino solo frente a formas de ataque concretas y con mayor grado de lesividad. (p. 386)

C. Principio de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos

La teoría del bien jurídico protegido por el derecho penal, como describe Caro Coria (2004), actualmente puede enfrentarse a una crisis, en tanto teóricos como Günther Jakobs, niegan que la misión del Derecho Penal consiste en proteger bienes jurídicos, considerando que el verdadero fin es tutelar la vigencia de la norma penal. No obstante, superando todo cuestionamiento, *lege data* el Código Penal peruano, prescribe la vigencia de la necesidad de estatuir normas penales en razón a bienes jurídicos merecedores de protección.

En ese sentido, dentro de sus alcances legales, el principio de lesividad y el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, se encuentran reconocido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, cuyo tenor literal, establece que:

¹ (Corte Suprema de Justicia de la República, 2010, p. 3).

“La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.” Al respecto, Caro Coria (2004), describiendo su contenido legal, sostiene que dogmática y jurisprudencialmente, era unánime aceptar la vigencia del principio “no hay delito sin ofensa”, según el cual, toda conducta considerada delito debe comportar una lesión o una puesta en peligro a un determinado bien jurídico considerado como tal por el derecho; de modo que la pena, al ser amarga pero necesaria, se justifique por ser un instrumento que teleológicamente se oriente a la conservación de los intereses más valiosos, agregando que el bien jurídico es un instrumento rector y un límite a la potestad sancionadora del Estado. (pp. 93 - 95)

Desde un plano constitucional, Cabezas (2013) coherente con la idea anteriormente esbozada, explica que, desde la teoría de la constitucionalización del principio de ofensividad, la conducta, además de calzar en los elementos desarrollados por la teoría del delito, debía representar una ofensa a un bien jurídico, que a su vez cimentaría su tutela en su calidad de norma constitucional.

De ahí que dogmáticamente, el principio de lesividad se contiene en el aforismo *nullum crimen sine injuria*, que, a su vez, se encuentra estrictamente relacionado con el principio de mínima intervención del derecho penal, en cuanto el contenido

de ambos se encuentra relacionada al concepto de bien jurídico. Abona a esta idea Villavicencio Terreros (2016), considerando que este principio, orienta el uso del poder penal hacia finalidades exclusivamente sociales, como ya se ha establecido, y evita las distorsiones moralistas o el uso de instrumentos violentos para sostener la pura autoridad del Estado. Ahora bien, continúa el autor, cuando hablamos de la protección de bienes jurídicos, no estamos hablando de la protección de todos los bienes jurídicos, pues el concepto de "bien jurídico" es más amplio que el de bien jurídico-penal, concluye Villavicencio.

A su turno, autores nacionales como Reyna Alfaro (2016), García Caveró (2012), Peña Cabrera Freyre (2011), y en su oportunidad Mir Puig (2011), respaldado su posición expresada en Mir Puig (2002), sostienen que este principio deriva de un Estado Social, en tanto el Derecho Penal debe justificarse como un sistema orientado a proteger a la sociedad, mediante la tutela de los denominados "bienes jurídicos".

Lo planteado, no significa en ninguna medida que todo bien jurídico deba ser penalmente protegido, ni tampoco, que todo ataque al bien jurídico tutelado importe la intervención del Derecho Penal (Mir Puig, 2011, pp. 129 - 120), sino únicamente aquellos con mayor agresividad y que su vulneración lo impidan cumplir con su finalidad de protección social. Lo anotado, sin embargo, en concordancia con el principio de legalidad,

aconseja que los objetos cuya lesión determinen la intervención penal, se especifiquen y diferencien en un catálogo de bienes jurídicos correspondientes a tipos de delitos. (Mir Puig, 2011, p. 121)

Comparte dicho criterio García Pablos (2000), refiriendo que, dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, el derecho penal no puede tener injerencia en las libertades individuales por cualquier conducta desplegada, sino sólo en aquella consideradas socialmente nociva, que lesionen o pongan en peligro condiciones elementales de la vida en común, traducidos en bienes jurídicos.

Análogamente, Villa Stein (2014), sobre el particular, manifiesta que el bien jurídico como objeto de tutela por la ley penal y como condición de intervención penal, cumple las siguientes funciones:

- a.** Funge como garantía al ciudadano de que sólo será penada la conducta que lo lesione o ponga en peligro.
- b.** Asimismo, es una garantía al ciudadano de que los tipos penales se establecerán respetando ciertos y precisos límites.
- c.** Finalmente, de *ratio legis* pues su precisión facilita la interpretación de la ley penal, ya que el bien jurídico está en la base del tipo (Villa Stein, 2014, p. 141).

En efecto, no se podría concebir, entonces, la existencia de un delito que recoja un supuesto en el que no se ponga en peligro ni se lesione efectivamente algún derecho individual o colectivo, un principio, un interés, o un valor de origen constitucional. De un mismo modo, aquellos intereses que escapen a la tutela derivada de la Carta Magna, tampoco podrían ser objeto de protección por el derecho penal; tal es el caso, por ejemplo, de las lesiones a la moralidad, que pueden representar intereses no devenidos de la norma suprema.

Pues bien, jurisprudencialmente, la Sentencia N.º 0019-2005-PI/TC, se pronuncia alegando que, si bien, por antonomasia, el derecho penal se constituye como la rama que más puede reprimir el derecho a la libertad de la persona, esta facultad, al menos en cuanto se asumen ciertas conductas como antijurídicas, debe encontrarse debidamente limitada mediante el principio de lesividad; en otras palabras, la conducta reconocida por el ordenamiento como aquella cuya ejecución acarrearía responsabilidad penal y la imposición de una pena, solo será tal si se encuentra supeditada a la defensa de aquel valor o interés constitucionalmente relevante².

Con esa misma premisa argumentativa, el Pleno Jurisdiccional en ocasión del Expediente N.º 0006-2014-PI/TC, a través del párrafo 59, fundamentó que el principio de lesividad penal, que

² (Tribunal Constitucional, 2005, párr. 35).

se identifica con la máxima *nullum crimen sine iniuria*, prescribe que una conducta será ilícita sí y solo sí, lesione o ponga en peligro un bien jurídico protegido penalmente. En ese sentido, la aplicación de una consecuencia jurídica solo será constitucionalmente legítima si resulta necesaria para la protección de los bienes jurídicos esenciales. Agregando, que no se trata de una presunción normativa de lesión o puesta en peligro, sino que se requiere que la misma sea verificada.³

D. Principio de Proporcionalidad

Constitucionalmente, el principio de proporcionalidad se encuentra reconocido en el artículo 200 del texto constitucional, relativo a las garantías constitucionales; cuyo tenor indica que, al interponerse acciones en favor de derechos suspendidos o restringidos, el juzgador debe examinar indiscutiblemente la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo. En efecto, sostiene lo planteado el Tribunal Constitucional, pues mediante la Sentencia 0010-2002-AI/TC, Fundamento jurídico 195, concluyó que la norma extraída del artículo 200 de la Constitución, sirve como fundamento para analizar actos restrictivos, incluyendo las penas, pues dentro de su naturaleza jurídica restringen derechos subjetivos.

“El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico,

³ (Tribunal Constitucional, 2020, párr. 59)

éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona”.

Su contenido legal, además, se extrae del artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal peruano, en tanto prevé que, mediante el principio de proporcionalidad de las sanciones, la pena impuesta, no debe sobrepasar a la responsabilidad del acto delictivo.

No comparte dicha idea Castillo Alva (2004), quien, comentando sobre el fundamento de este principio, alega que nuestra Constitución no lo reconoce expresamente, tampoco lo hace el vigente Código Penal, pues el artículo VIII del Título Preliminar, solo proscribire la excesiva penalidad respecto al hecho. (pp. 293 - 294) Agregando que el principio de proporcionalidad ostenta una fundamentación compleja, pues se desprende del artículo 1 de la Constitución Política, relativo a la dignidad de la persona como fin supremo de la Sociedad y del Estado.

El principio de proporcionalidad, en la historia de la codificación penal peruana, no encuentra mayor desarrollo. No obstante, se cree que uno de los antecedentes legislativos inmediatos se extrae de algunos textos legales. Por ejemplo, se tiene el

artículo 18 del Código Penal de 1924, en cuanto prescribía que la prisión de delincuentes político-sociales debe cumplirse en establecimientos especiales, proscribiéndose imponerse más restricciones que las necesarias a fin de conservar la seguridad y el orden del establecimiento. De igual manera, el artículo 25 del superado Código Penal, establecía que, ante delitos cometidos por lucro o codicia, el juzgador debe imponer una multa que se adecúe a las circunstancias de hecho y considerando la economía del agente y la de su familia. Análogamente, el artículo 51 consideraba que, en la aplicación de la pena, el juzgador debe apreciar, entre otras circunstancias, la culpabilidad y la peligrosidad del agente.

Ahora bien, como muchos otros principios del ordenamiento jurídico, la proporcionalidad, como límite del derecho punitivo estatal, puede encontrar sus orígenes históricos en la ilustración, que en realidad recogía un precepto contemplado, aunque no de modo tan claro, en la antigüedad.

El principio de proporcionalidad, como indica Castillo Alva (2002), se encontraría fundamentado en criterios de justicia material, siendo reconocido en varios instrumentos internacionales como la Declaración del Hombre y el Ciudadano; en un plano metajurídico, su fundamentación suele adscribirse a la dignidad y a “criterios inmanentes de justicia como realización de los valores sociales y constitucionales más

importantes que integran la idea de Estado de Derecho” (p. 296).

Castillo Alva (2004), al respecto, considera que éste extiende su esencia, no solo al Derecho Penal, sino a todas las disciplinas del ordenamiento jurídico. En ese sentido, agrega que la proporcionalidad importa un equilibrio valorativo entre el ilícito o delito, y la sanción o la pena a imponerse; pudiendo ser entendida en dos aspectos fundamentales: (i) proporcionalidad abstracta, referida a una ponderación medida por el legislador a través de una ley; y, (ii) proporcionalidad concreta, razonamiento efectuado por el juez al momento de resolver un caso en concreto (p. 280).

Dando mayor abundamiento, Castillo Alva (2004), comenta que este principio, contiene un aspecto negativo, cuyo significado supone el rechazo de conminaciones penales e imposición de consecuencias jurídicas que carezcan de toda relación valorativa con la conducta, sea cuando el hecho sea de nimia lesividad, o, cuando la afectación de un derecho es desproporcionada de cara a la lesividad del conflicto. (p. 280)

Prima facie, parece aludir a lo conforme, equitativo, adecuado; a lo “justo”, pues parece que en este ámbito toma sentido la fórmula justiniana de dar a quien lo suyo, fórmula que a criterio de Kelsen deviene en una completamente vacía; y que, desde nuestro parecer, no se presenta tan hueca si la relacionamos

con el tema que nos ocupa, cuestión que más adelante esbozaremos.

Sin ánimos filosóficos, Mir Puig (2011), del particular, menciona que la gravedad de la pena debe condecirse a la gravedad del hecho. A su criterio, se debe resaltar dos aspectos de este principio, por un lado, que la pena sea proporcional al delito, y, por otro lado, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho.

Por su parte, García Cervero (2012) diferencia entre una proporcionalidad concreta y otra abstracta; en donde, la segunda tiene lugar en la propia creación de las leyes penales, en donde debe determinar si la reacción penal resulta proporcional en atención a los medios con los que cuenta el Estado para alcanzar el fin de la protección, incidiendo el principio de subsidiariedad, según el cual, continúa el autor, no es lícita la intervención punitiva cuando el mismo efecto puede lograrse con medidas menos graves. Por su lado, la subsidiariedad concreta se presenta, básicamente, en la actividad judicial, a la que se refiere el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, en tanto establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho.

Aunque clara, su explicación no se agota ahí, pues procede a describir parámetros de la proporcionalidad, expresando que la

necesidad racional de una relación de proporcionalidad entre la pena y el delito cometido no basta para conseguir que este principio tenga vigencia efectiva, necesitándose determinar los parámetros de la proporcionalidad, parámetros que procedemos a sistematizar:

Primero, la gravedad del hecho delictivo; en donde haciendo suyo lo establecido por Mir Puig, aduce que la previsibilidad del resultado, la intención e, inclusive, las condiciones sociales en las que se encuentra el sujeto deben ser tenidos en cuenta para precisar la gravedad del hecho, dejando de lado la determinación en criterios de equivalencia empírica y dando lugar a una valoración meramente social; y, en segundo lugar, la gravedad de la pena.

El propio Mir Puig (2011), identifica dos obligaciones o exigencias sobre el principio de proporcionalidad interpretado como límite del *ius puniendi*: La primera se encontraría destinada a subsumir la relación entre el delito y su respectiva consecuencia jurídica, misma que, de modo mínimo, debe encontrarse proporcionada; la segunda exigencia, en cambio, se encontraría referida, en términos generales, al establecimiento abstracto de lo que es proporcional, que, según el aludido autor, se mediría en base al baremo de la nocividad del hecho para la sociedad.

a. Proporcionalidad abstracta

Referida, según Castillo Alva (2004), a la formulación legislativa de la ley penal, que, a su vez, está orientada por la realización de los objetivos político - criminales que el Estado persigue, razón por la cual, es relativa y evolutiva según diversas valoraciones (como ético - políticas) y el contexto a desarrollarse; y se expresa, por ejemplo, en que, en la antigüedad, el acto incestuoso era considerado delito, o, la aplicación de la pena de muerte en casos de homicidio.

Pues bien, el citado autor, tomando en cuenta lo fundamentado por Zaffaroni (2001) y a su turno, Montovani (1992), agrega que, para establecerse la proporcionalidad de la pena, debe considerarse en principio la trascendencia social y constitucional del bien jurídico protegido; estableciéndose la regla siguiente: mayor importancia del bien jurídico, se corresponde con una mayor pena, por el contrario, menos importancia del bien jurídico, menor pena, o tutela de diversas ramas del derecho ajenas a la penal, aplicando, como ya se ha visto, el principio de fragmentariedad del derecho penal.

Aun cuando se considere la importancia del bien jurídico tutelado, sin embargo, es necesario que conjuntamente se tenga en cuenta la gravedad y perturbación social de la conducta, valorada, igualmente, dentro de las condiciones

sociales y culturales. Lo anotado depende, principalmente, de su modo de ejecución, ya sea, por ejemplo, el empleo de medios peligrosos, el mayor grado de peligro o intensidad del ataque, la singular vulnerabilidad de la víctima, dada una especial habilidad del sujeto activo, entre otros (Castillo Alva, 2004, pp. 305 - 306).

Finalmente, el autor exhorta que, a fin de cumplirse debidamente con el principio de proporcionalidad, se debe valorar otro criterio concurrente, referido al elemento subjetivo (dolo o culpa) del agente al momento de perpetrar la conducta.

Por otro lado, haciendo suyo lo postulado por Santana Vega (2000), Castillo Alva (2004), dentro de la proporcionalidad abstracta, identifica la presencia de la proporcionalidad cualitativa, y la proporcionalidad cuantitativa. Respecto a la primera, manifiesta que se encarga de elegir el bien jurídico protegido valioso socialmente y el tipo de consecuencia jurídica a aplicarse, teniendo en cuenta si es necesario su lesión o su mera puesta en peligro. No obstante, es la proporcionalidad cuantitativa, es donde se establece propiamente el *quantum* o la pena (entiéndase pena abstracta) del acto.

Lo anotado no es más que la estructura de una norma, por un lado, para establecer el supuesto de hecho, previamente

debió analizarse el bien jurídico protegido y su notoriedad y prescindencia en la realización de la vida en sociedad, posteriormente, se determinará abstractamente la pena a imponerse (dando cumplimiento, asimismo, al principio de legalidad), misma que dependiendo del caso en concreto, el juzgador podrá graduar.

En definitiva, la proporcionalidad abstracta es la suma de tres elementos: importancia del bien jurídico tutelado, la gravedad de la conducta que implica el disvalor de la acción; y los elementos subjetivos, como el dolo y la culpa. Con algunos matices, sostienen la misma idea autores como Villavicencio Terreros (2016), Suárez Montes (1999), Reyna Alfaro (2016), Hurtado Pozo (2005), entre otros.

A mayor abundamiento, la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República, mediante el Recurso de Nulidad N.º 3416-2011, Lima, sostuvo que la proporcionalidad abstracta se expresa dentro del marco penal impuesto por el legislador, esto es, dentro del límite mínimo y límite máximo que se señala en la ley a través del principio de legalidad, cítese, por ejemplo, el artículo 106 del Código Penal, el mismo que prevé una pena, en el extremo mínimo, no menor de seis, y en el extremo máximo, no mayor a veinte años.

b. Proporcionalidad concreta

El previamente citado Recurso de Nulidad N.º 3416-2011, Lima; sobre el particular, sostiene que el Juez tiene la facultad de moverse dentro del marco ideal establecido por la proporcionalidad abstracta, o, valorando otros criterios, puede optar por disminuirlo por debajo del límite mínimo; respecto a la pena concreta a imponerse al autor del hecho.

Dogmáticamente, Castillo Alva (2004), coherente con García Arán (1997), refiere que la proporcionalidad concreta es el mandato que el legislador dirige al juzgador a fin de que este imponga y determine la pena concreta. En ese mismo sentido se expresa Mir Puig (2011), toda vez que prescribe que el principio de proporcionalidad sirve también para graduar las penas.

Sin embargo, no debe entenderse que esta proporcionalidad se aplica en desmedro de la abstracta, antes bien, la primera se fundamenta (y está condicionada) en la segunda, incluyendo elementos adicionales propios de cada caso a resolver. En ese sentido, Castillo Alva (2004), considera que inicialmente, el juez debe advertir que la conducta esté contenida dentro de un supuesto de hecho de una norma penal, cumpliendo las garantías que el principio de legalidad otorga, como el contemplarse en una ley escrita, previa y estricta. Así, una vez realizado el juicio

de tipicidad, el mismo debe sustentarse en suficiente material probatorio, dando cumplimiento, como es evidente, al principio de responsabilidad por el hecho propio.

Finalmente, el autor estima que la actividad y el razonamiento jurisdiccional, requiere, cuando menos, tener en cuenta: (i) el juez debe determinar si el agente actuó en calidad de autor, coautor, partícipe primerio, partícipe secundario, etc., (ii) debe valorarse, asimismo, si el delito se ha consumado o no, dentro de la última posibilidad, se aplicaría el artículo 16 del Código Penal, referido a la tentativa; (iii) si el delito se ha consumado de manera aislado o se presenta un concurso de delitos; (iv) debe valorar, además, las circunstancias en cada caso en concreto, que lo hace particular e irreparable; (v) otros elementos, como los contemplados en el artículo 46 del Código Penal.

2.2.3. Consideraciones Generales de delito

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico penal, el ser humano realiza conductas por acción y omisión, pero, como ya hemos visto, el Derecho penal solo se encargará de sancionar aquellas que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico protegido y de mayor valor, este último, en vista del artículo IV del Título preliminar del código penal.

Ahora bien, siguiendo el principio de legalidad, la ley es la única que establece y nomina qué conductas van a ser consideradas como delitos y cuál será la pena a imponerse. Entendiéndose entonces al delito, en palabras de Almanza y Peña (2010), como aquella conducta humana que se opone a lo que la ley manda o prohíbe bajo la amenaza de una pena (p. 61).

Nuestro código penal vigente por su parte, no recoge una definición exacta de lo que se debe considerar como delito, simplemente en el artículo 11 se establece que, son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley. De esto, lo único que se puede rescatar son las características en un delito, la primera, tiene que ser una acción u omisión; la segunda, que dicha acción u omisión tiene que ser dolosa o culposa y finalmente que dicha conducta tiene que estar penada por la ley.

Sin embargo, la doctrina nos ayuda a obtener una visión más amplia y precisa del delito, por ejemplo, Bramont Arias (2002), postula que, el delito posee los siguientes elementos: a) conducta, b) tipicidad, c) antijuricidad, d) culpabilidad y d) pena (consecuencia de los presupuestos a+b+c+d), que deben ser analizados siguiendo el orden descrito anteriormente y sin obviar en ningún caso uno de ellos, porque cada uno es prerrequisito del siguiente (p.131).

Almanza y Peña (2010) reforzando la idea anterior, precisa que, el concepto de delito está constituido por los componentes y

características no independientes, que comprenden los elementos del delito. La teoría del delito está estructurada en base a los siguientes elementos: acción o conducta, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad.

De lo mencionado hasta aquí, se puede definir entonces, que el delito es aquella acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible que se encuentra regulada en nuestro código penal. En ese sentido, de acuerdo con el *iter criminis*, el accionar delictivo exteriorizado (fase externa) puede lograr el resultado que busca, esto es, verse reflejado en la consumación o simplemente quedar en actos ejecutivos en la comisión del delito, en el primer caso, nos encontramos frente a un delito consumado; y en el segundo, frente a un delito tentado por no alcanzar la producción del resultado.

2.2.4. *Iter criminis*

El *iter criminis*, desde lo planteado por Villavicencio Terreros (2017), se define como un proceso continuo e ininterrumpido entre diversas fases que originan el delito. Su centro de análisis es el individuo, o agente que, en principio gesta la voluntad criminal (fase interna), y eventualmente realiza los verbos rectores que el tipo penal prevé (fase externa).

Sobre el particular, Bramont Arias Torres (2002), expone que el *iter criminis* es el camino o desarrollo del delito. En ese sentido, el autor considera que es importante saber cuándo empieza y cuándo

termina el delito y las figuras que se pueden presentar durante ese proceso, como la tentativa o el desistimiento.

Reyna Alfaro (2016), por su parte, sostiene que es un concurso de etapas que desembocan en la consumación del delito, considerando que la respuesta punitiva del Estado a las conductas que describe la parte especial de la codificación penal, están relacionadas, la mayoría de ellas, a los delitos consumados, esto es, aquellas que superaron las etapas del *iter criminis*. Esta construcción no solo tiene incidencia dogmática, pues como apunta Peña Cabrera Freyre (2004), la secuencia del *iter criminis importa* que se diferencie el disvalor de la acción del disvalor del resultado.

La trascendencia de esta construcción es fundamental a fin de marcar la actuación de la potestad punitiva del Estado, pues de esta manera, el hecho a sancionar debe alcanzar un determinado grado de perfección delictiva, como explica Peña Cabrera Freyre (2004), además de que la actuación del agente debe responder a una voluntad formada a partir de las categorías internas, en virtud del principio de responsabilidad penal de dolo o culpa.

Al elaborar los tipos legales, dice Hurtado Pozo (1987):

El legislador describe una parte de una actividad humana determinada, señalando así, las características que debe reunir tal acción para ser considerada delictuosa y para que su autor se haga merecedor a una pena. Pero si bien la realización de esta infracción es instantánea, su ejecución implica, en la mayor parte de los casos, todo un proceso que se inicia con la toma de decisión por parte del agente y que culmina, finalmente, con la muerte de la

víctima. A este proceso ejecutivo se le conoce con el nombre de *iter criminis*. (p. 236).

García Cavero (2012), del particular, expresa que el delito, en tanto es un comportamiento, durante su realización, pueden identificarse ciertas fases, esto es, el propósito serio de cometer un delito, los actos preparatorios, los actos de ejecución, la consumación y el agotamiento del delito.

A su vez, Villavicencio terreros (2019), señala que las fases del delito parten, preliminarmente, de una fase interna o subjetiva, entendida como la concepción de la idea de cometer el delito, para, posteriormente, configurarse una fase externa, es decir la preparación, ejecución y consumación del mismo.

Peña Cabrera (2011), acota una valiosa idea, en tanto define a esta teoría en tanto depende de la naturaleza del injusto; pues resulta relevante establecer limitaciones desde el momento en que la acción del autor ingresa al ámbito de protección del tipo y su fase de culminación, a fin de graduar la penalidad atribuible al sujeto pasible de imputación, tomando en cuenta los principios de proporcionalidad y de culpabilidad (p. 609)

A. Fase interna

Villa Stein (2014), sobre la fase interna, anota que se la señala así, a aquella fase previa a la iniciación del delito y tiene lugar en la mente del agente como un proceso psicológico; en un primer momento, representándose mentalmente el delito. Es en

ese instante en el que el agente delibera, calculando los beneficios y los peligros de su posible conducta no desplegada aún. Este estadio no se encuentra comprendido en los tipos penales, pues en el Derecho Penal opera la máxima *“cogitationem poena nemo patitur”*.

En efecto, como se sabe, la pura idea o voluntad criminal no es posible de ser reprimida, sin recurrir a una nueva inquisición, como establece Hurtado Pozo (1987). Similar idea esboza Salas Beteta (2007), en tanto expresa que el derecho Penal sanciona conducta y no pensamientos.

Villavicencio terreros (2017), sostenía que la fase interna es la etapa en la que se delibera el propósito delictivo. Este autor, sin embargo, sostiene que sí tiene implicancias en el tipo pena, pues es importante para determinar diversas circunstancias de agravación genéricas o específicas. Enfatizando, por supuesto, que esta etapa no es punible. Siguiendo el mismo razonamiento, posteriormente Villavicencio terreros (2019), establece que esta fase incluye el proceso de elaboración mental de la idea delictiva que originará la resolución de realizar el hecho delictivo.

Abona a esta idea Bramont Arias Torres (2002), quien manifiesta que el delito empieza en la esfera interna del agente, siendo que, en principio, tiene la idea de cometer el delito, en segundo lugar, delibera del mismo, y finalmente, construye la

resolución criminal, que no es otra cosa más que la decisión de cometer el hecho punible.

Comprende las siguientes subetapas:

a. Ideación

El delito se gesta en la mente del sujeto, como establece Villavicencio Terreros (2016); cítese, por ejemplo, el típico caso en donde X quiere matar a Y, su abuelo, con la finalidad de heredar; tal vez, en este caso, el “querer” se manifieste con la sola imaginación del suceso por parte de X, configurándose la primera etapa del delito.

Bramont Arias Torres (2002), lo resume a que el agente imagina la comisión del delito, situación que objetivamente no es ofensivo, pues no se está manifestando realmente de la voluntad en la realización del ilícito.

García Caverro (2019), sobre el particular, tiene dicho que, en la fase de ideación, se presenta únicamente en la esfera de los pensamientos.

b. Deliberación

X “quiere” matar a Y, para ello, se fija un plan que potencialmente realizará para tales efectos.

En esta etapa puede darse una premeditación, que, en algunos casos, puede ser una circunstancia de agravación genérica o específica (Villavicencio Terreros, 2016, p. 417)

En ese mismo sentido se pronuncia Bramont Arias Torres (2002), en tanto considera que, en esta subetapa, se da la elaboración del plan delictivo, considerando los detalles y la forma de ejecución.

c. Decisión

Es la última etapa subjetiva y se da cuando existe una decisión de realizar el acto delictivo, formándose, como consecuencia de las dos etapas anteriores, la resolución criminal.

Gustavo Cornejo (2015) afianza la idea precedente, sosteniendo que, si el agente ejecuta el delito teniendo la intención de principio a fin, actúa con dolo, situación que es relevante para determinar la tipicidad subjetiva.

Asimismo, Bramont Arias Torres (2002) manifiesta que el agente toma la decisión de ejecutar el plan previamente estructurado. Con similar criterio comenta García Cavero (2019), en tanto sostiene que, en este momento, el agente decide llevar a cabo la conducta, luego de una deliberación interna.

B. Fase externa

La fase externa, por su lado, siguiendo, nuevamente, a Villavicencio terreros (2019), es la más importante, pues consiste en la exteriorización de la fase interna y constituye la primera manifestación de la resolución del agente de cometer el delito. Está constituida por los llamados actos preparatorios, actos ejecutivos o tentativa, consumación y agotamiento.

Bramont Arias Torres (2002), por su parte, sobre el particular agrega que en esta fase se exterioriza el proceso interno, esto es, que se empieza la ejecución en el plano material como consecuencia de la resolución criminal perfectamente formada.

Villa Stein (2014), sin describir sus implicancias, estima que esta fase trae complicaciones, especialmente, respecto a los actos preparativos y a la tentativa, pues en ambos casos existe una amenaza al bien jurídico, siendo que en la preparación se crean condiciones para la agresión, y en la tentativa, se genera un peligro abstracto para el bien jurídicamente tutelado.

Comprende las siguientes subetapas:

a. Actos preparatorios

Respecto a los actos preparatorios, deben ser considerados como tales todos aquellos que hacen posible el inicio de la acción delictuosa, creando las condiciones previas y adecuadas (Hurtado Pozo, 1987, p. 243)

Villa Stein (2014), sobre el particular, tiene dicho que los actos preparatorios tienen por naturaleza jurídica ser “modalidades anticipadas de coautoría”, comprenden las conductas desplegadas a crear las condiciones para el ataque al bien jurídico; en este caso, el agente se agencia de las armas, prepara el terreno, entre otras actuaciones.

Las características de estos actos son la externalidad, objetividad y equívocos. En consecuencia, los actos preparatorios son atípicos y por lo tanto, impunes.

A criterio de García Caveró (2019), los actos preparatorios se encuentran ubicados entre el serio propósito de cometer el ilícito y su ejecución. Se tratan, pues, de actos externalizados orientados a generar las condiciones o agenciarse de los instrumentos necesarios para la consumación delictiva; aún sin entrar a ejecutarlos. Así, aun cuando estos actos ya tengan visibilidad en el plano fáctico, se mueven todavía dentro de la esfera privada del agente, lo que limita la actuación del Derecho penal (con ciertas excepciones que responden a políticas criminales, como la apología al terrorismo, en territorio patrio). Al igual que los demás autores nacionales, García Caveró (2019) enfatiza que los actos preparatorios se caracterizan por ser equívocos e ineficaces por sí mismos, para consumir el ilícito penal.

Villavicencio Terreros (2017), también ensaya contenido al respecto, sosteniendo que es en esta etapa en donde consiguen y organizan los medios para alcanzar el fin ideado. Manifiesta que se presentan excepciones a la impunidad de los actos preparatorios, especialmente, cuando se concretan acciones que se dirigen inequívocamente al bien jurídicos, en especial en los casos de preparación de delitos graves, cita a modo de ejemplo, el delito de tenencia de máquinas para falsificar monedas (art. 255 del Código Penal).

Bramont Arias Torres (2002), por su lado, brindado una coherente explicación, señala que los actos preparatorios ostentan un insuficiente contenido delictivo, siendo en algunos casos, impunes. En ese sentido, su persecución está sometida al principio de legalidad, y en el sistema de *numerus clausus*.

b. Actos ejecutivos

Referida a la iniciación de la descripción típica, básicamente. En ese sentido, según expone García Caverro (2019), una vez superada la fase preparatoria, se evidencian actos ejecutivos del tipo. En ese sentido, sostiene que la regla general en los actos ejecutivos es la intervención del Derecho Penal.

Dentro de esta subclasificación se encuentra la tentativa, entendida como los actos que se extienden desde el momento en el que empieza la ejecución hasta antes de la consumación, pues es evidente que al consumarse estaríamos ante una realización perfecta del tipo, misma que constituye la etapa contigua. Sobre el particular, más adelante se realizará un estudio pormenorizado.

c. Consumación del delito

Según Villa Stein (2014), la consumación es el “cierre del ciclo del delito”. Entiéndase por consumación, entonces, a la realización perfecta del tipo, es decir, la ejecución de los elementos objetivos y subjetivos. El autor citado agrega que esta etapa expresa la realización completa de todos los elementos constitutivos del tipo, subsumiéndose completamente en el supuesto de hecho creado por el legislador. Determinar el momento en que se da la consumación del delito, resulta importante, según expresa el autor, ellos debido a que permite determinar la ley aplicable, el inicio de la prescripción de la acción penal y, procesalmente, la competencia territorial.

Así, García Caveró (2019) agrega que debe entenderse a la consumación como la realización típica y completa del tipo; pudiendo presentarse de diversas maneras según la estructura de los elementos objetivos y subjetivos, de modo

que la consumación, según criterios jurídicos, será diferente en delitos de mera actividad que, en delitos de resultado, en donde necesariamente requieren la afectación al bien jurídico protegido.

Comparte opinión Villavicencio Terreros (2017), no obstante, a esta etapa la denomina “consumación formal”, toda vez que es la realización de todos los elementos que contiene el tipo.

Bramont Arias Torres (2002), sin mayor abundamiento, comparte la terminología que describe Villavicencio Terreros (2017), agregando que la consumación o consumación formal se perfecciona cuando se realiza el verbo rector del tipo penal, lo que a la par ocasiona la afectación o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Esta etapa es punible y es la determinante.

d. Agotamiento del delito

Referido al fin último del sujeto activo, fin que, en la mayoría de los casos, escapa a la descripción típica. El agotamiento del delito es también denominado “consumación material” por juristas como Villavicencio Terreros (2017), y estima que se presenta cuando el autor consigue el fin perseguido, que, en muchos casos, trasciende a los elementos que el tipo penal prevé.

Abona a dicha idea Bramont Arias Torres (2002), quien señala que la consumación material, surge *ex post* de la consumación formal, esto es, cuando el agente alcanza el fin último por el que cometió el ilícito penal. Esta consumación, en palabras del autor, es irrelevante para el derecho penal.

En ese sentido, el Acuerdo Plenario N.º 07-2011/CJ-116, refiriéndose al agotamiento del delito y lavado de activos, consideró que clásicamente, la doctrina se refería al agotamiento de un delito como una fase posterior a la consumación del hecho ilícito, conocido como “obtener el injusto provecho” con poca trascendencia para la punibilidad de la conducta.

2.2.5. El delito consumado y delito tentado

Cáceres Ramos (2020) citando a Roxin, refiere que un delito consumado es aquel que cumple con la verificación de la lesión o menoscabo del bien jurídico o situación de peligro, basándose en la barrera de protección definida por el legislador (p.21).

Entender la definición de un delito consumado, no resulta difícil, ya que, es considerado como aquel que se perfecciona cuando se realiza el verbo rector del tipo penal, lo que va a ocasionar la afectación o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Novoa Monreal (1963) define al delito consumado como aquel delito

completo, donde se han cumplido todas las exigencias indicadas en la descripción típica correspondiente (p.20).

Ahora bien, el delito tentado o delito en grado de tentativa, se refiere al delito que se desarrolla cuando el autor ha realizado actos que demuestran su intención de cometer un delito, pero, por una causa ajena a la voluntad del agente, no se logra su consumación. Es decir, se ha realizado la conducta prohibida pero no se alcanzó el resultado final.

Cáceres citando a Roxin (2020), define al delito tentado como un delito en grado de tentativa, aduciendo que es un delito que no alcanza su consumación, es decir, a pesar que el autor desplegó su plan interno e incluso dando inicio a la ejecución del mismo, no ha logrado el resultado deseado, porque surgió una causa externa rompiendo su curso causal, por ende, el resultado reflejado en la lesión del bien jurídico, no ocurre.

Peña Cabrera (2010), por su parte, respecto al delito tentado, establece que, son los actos ejecutivos emprendidos por el agente, que no logran la finalidad ilícita perseguida. Además, tiene que cumplirse una real puesta en peligro del bien jurídico tutelado (p.309).

En el R.N N° 3395-99, LIMA precisa la diferencia entre un delito consumado de un delito tentado. Sin embargo, para referirse al segundo, hace referencia a la tentativa, explicando que esta,

importa de parte del agente una puesta en marcha del plan personal de ejecución sin poder realizar el fin representado. Por lo tanto, la tentativa implica una interrupción del proceso de ejecución tendente a alcanzar la consumación.

Se puede inferir entonces, que la principal diferencia entre el delito consumado y el delito tentado radica en el grado de ejecución del delito, mientras que en el primero se ha alcanzado el resultado final, en el segundo no se ha logrado completar la conducta delictiva; sin embargo, ambas formas de delito son punibles y tienen una sanción penal, aunque las penas pueden ser diferentes.

La sanción penal para un delito tentado, según Peña Cabrera (2008), consiste en una respuesta estatal que está condicionada a tres principios fundamentales como: el de proporcionalidad, culpabilidad y lesividad, concatenado con los fines preventivos de la pena. En ese sentido, el delito tentado tiene que recibir una pena atenuada con respecto al delito consumado. (p.12).

Así mismo, la Casación N° 66 – 2017, JUNIN, en su fundamento decimosegundo establece que, con relación a un delito tentado, el artículo 16 del código penal, faculta al juez disminuir prudencialmente la sanción; a efectos de determinar hasta cuanto es posible rebajar la pena en estos casos, por lo tanto, se debe rebajar la pena por debajo del mínimo legal hasta en una tercera parte del marco legal.

El R.N N° 1309-2019 LIMA SUR, establece en su sumilla: Bases para imponer la pena en “delitos tentados” y precisa lo siguiente: Si el delito ha quedado en grado de tentativa le corresponde aplicar la pena por debajo del mínimo legal, en la cual, se van a observar los criterios de lesividad y proporcionalidad de las penas y los beneficios procesales si los hubiera.

De lo expuesto, Se concluye que, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario, el delito consumado es aquel que se ve reflejado en la realización del verbo rector de un tipo penal, por ejemplo: robar, hurtar, matar, etc. Y el delito tentado viene a ser lo mismo que un delito en grado de tentativa, puesto que, su contenido hace referencia a la tentativa recogida en el artículo 16 del código penal peruano.

2.2.6. La tentativa como forma imperfecta de realización del tipo

La tentativa comprende la exteriorización de la resolución criminal dentro de la descripción típica de un delito, hasta antes de la consumación del mismo.

El contenido legal de esta figura se encuentra descrito en el ordenamiento jurídico. En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito que decidió cometer, sin consumarlo, prescribe el artículo 16 del Código Penal; acotando Gustavo Cornejo (2015), que la tentativa no es, pues, un delito

independiente, sino un modo y un momento del delito, que el agente tenía el propósito de perpetrar.

Su antecedente legal inmediato es el artículo 95 del Código Penal de 1924, el mismo que lejos de otorgar un marco conceptual de la tentativa, como sí lo hace el vigente Código Penal, se centra en establecer que el desistimiento voluntario exime de responsabilidad al agente, sin perjuicios de otros delitos que con su actuar haya configurado.

En ese sentido, en el contenido de la Exposición de Motivos del vigente Código Penal, se expresa que, en el Código Penal de 1924 la atenuación de la pena ante supuestos en donde se configure la tentativa era una facultad otorgada al juez, es decir, que su aplicación dependía de la discrecionalidad del juez; no obstante, con la entrada en vigor del Código Penal actual, esa benignidad judicial, asume un sentido obligatorio e imperativo, tal como prevé el artículo 16. Lo positivizado es el resultado de la aplicación del artículo IV del Título Preliminar del Proyecto, referido a la imposición de una pena siempre y cuando haya una lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido; razón por la cual, se justifica la impunidad de la tentativa cuando es absolutamente inidónea, tal como describe el artículo 17 del Código Penal. Presentamos lo descrito en la siguiente tabla:

Tabla 1

La regulación de la tentativa en el Código Penal de 1924 y en el Código Penal de 1991

Código Penal de 1924	Código Penal de 1991
Artículo 95.- Tentativa	Artículo 16.- Tentativa
La tentativa no es punible cuando el agente hubiere desistido espontáneamente de la infracción. Pero no quedarán impune los actos practicados que constituyan por sí mismos delito.	En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena.

Nota: Elaboración propia.

Asimismo, sobre la consecuencia jurídica:

Tabla 2

La tentativa y la determinación del quantum de la pena

Código Penal de 1924	Código Penal de 1991
Artículo 96	Artículo 16.- Tentativa
El juez podrá atenuar la pena de la tentativa hasta límites inferiores al <i>mínimum</i> legal, cuando, antes de haber sido descubierto, el agente hubiese obrado motu proprio para impedir la producción del resultado.	En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena.

Nota: Elaboración y resaltado propio.

Dogmáticamente, Peña Cabrera (2011), por su lado, establece que se habla de tentativa cuando el inicio de la actividad típica ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado de lesión, conforme a

la resolución criminal del sujeto y, que esa conducta sea idónea para ingresar al ámbito de protección de la norma en cuanto al objeto de tutela o bien jurídico (p. 429).

Villa Stein (2014), comentando su contenido legal, sostiene que el legislador peruano ha incorporado el concepto en el artículo 16 del Código Penal, considerando que la tentativa se configura cuando el agente trasciende el límite de los actos preparatorios, iniciando actos ejecutivos. Asimismo, agrega que la tentativa es una forma imperfecta de realización del tipo, un defecto del tipo o un tipo fracasado; razón por la cual, la misma se ubica dentro de los actos preparatorios y la consumación; no obstante, se diferencia de la primera, en tanto su inicio significa el ingreso a la imagen guía del delito. Abona a dicha perspectiva Villavicencio Terreros (2017), pues prevé que, en la tentativa, el sujeto comienza con los actos ejecutivos del delito evidentemente exteriorizados; no obstante, los mismos se ven interrumpidos debido a la voluntad del agente, o en su defecto, por circunstancias ajenas.

Con gran agudez intelectual, Bramont Arias Torres (2002), refiere que la tentativa es un amplificador del tipo, se da cuando ha avanzado el grado de desarrollo del delito, poniéndose en peligro el bien protegido jurídicamente; sin llegar a consumarse. Manifiesta que propiamente no existe la tentativa, en tanto no se configura un delito denominado tentativa o no se expresa mediante un tipo

independiente; requiriéndose un delito que se constituya como base.

Wessels, Beulke y Satzger, en la traducción de Pariona Arana (2018), proponen el siguiente ejemplo ilustrativo:

A y el humano B son enemigos. Una noche, utilizando una ganzúa, A entra a la cabaña solitaria de B y, aprovechando la ausencia de éste, coloca un trapo empapado en gasolina sobre un estante ubicado junto a la pared de una habitación para, luego, prenderle fuego. Pero F, la esposa de A, lo ha seguido en secreto. Ella le advierte a su marido que “esto podría causarle un infortunio” y A se deja convencer por temor a la posible pena. Como consecuencia de ello, y con la ayuda de su mujer, A vierte agua rápidamente y logra apagar el fuego evitando que el estante ya encendido se propague por las paredes de la casa.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sobre la tentativa, ha desarrollado un importante desarrollo. En ese sentido, con fecha 13 de marzo de 2012, se emite la Casación N.º 13 – 2011 Arequipa, sosteniendo en el fundamento 2.1.3., que el Derecho Penal no solo sanciona los actos que lesionen el interés o bien tutelado, su aplicación se extiende a aquellas situaciones en que el bien jurídico es amenazado o puesto en peligro; situación que es evidenciada en la tentativa, en tanto el sujeto da inicio a la comisión del delito, no logrando su consumación por diversos factores. Considerando, finalmente, que el inicio de los actos ejecutivos es una condición y requisito para la estructura de la tentativa.

Adicionalmente, se expide el Recurso de Nulidad 1540 - 2015 Callao, el 7 de agosto de 2015, y el Recurso de Nulidad 815 - 2013

Lima Sur, con fecha 21 de enero de 2014; exponiendo la presencia de tres requisitos concurrentes para la configuración de la tentativa, a saber:

- a. Formación de la resolución criminal. Situación que responde a la formación de la voluntad de cometer el ilícito penal. Como se ha descrito, este proceso interno consta de tres etapas: ideación, deliberación y decisión.
- b. Comienzo de la ejecución. Referida a la exteriorización del plan criminal. El comienzo de la ejecución es posterior al desarrollo de los actos preparativos. Las acciones ejecutivas son inequívocas y su concreción amenazan o ponen en peligro al bien jurídico tutelado, aún sin lesionarlo. La ejecución se debe entender como la realización de algunos elementos descriptivos o normativos del tipo.
- c. Falta de consumación. El plan criminal se ve frustrado, ya sea por voluntad del agente o por iniciativa de un tercero. La acción no debe realizar los elementos descriptivos, normativos o subjetivos en su totalidad, pues si así fuese, se hablaría de una consumación *per se*; siendo innecesario, sin embargo, aludir a la presencia de la tentativa.

2.2.7. El injusto penal de los delitos tentados

Reyna Alfaro (2016), del particular, tomando como base la perspectiva funcional, vinculada a la misión de protección de bienes jurídicos, refiere que al señalar expresamente en el artículo 16 que

en la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo, se reconoce, claro está, la irrelevancia penal de las actuaciones previas a la ejecución del hecho punible (actos preparatorios), lo que responde a que solo a partir del inicio de ejecución de la conducta descrita en el tipo, se produce la puesta en peligro del bien jurídico penalmente protegido. Justamente esta circunstancia, la ofensividad con relación al bien jurídico, es la que explica la no punibilidad de la tentativa inidónea; *contrario sensu*, justifica la penalidad de las otras, como la tentativa acabada. El artículo 17 del Código Penal, continúa el autor, señala que no es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto, dicho que reconoce la no punibilidad de dicha clase de tentativa, justamente debido a la ineficacia absoluta del medio empleado y absoluta impropiedad del objeto, como se dijo, que suponen la imposibilidad de afectación del bien jurídico, por lo cual una punición sustentada en el mero desvalor de la acción resultaría excesiva e inútil (p. 93)

Adicionalmente, Wilhelm Sauer (2016), respecto a la punibilidad y su relación con el grado de tentativa, señala que este se mide según la peligrosidad del hecho y la reprochabilidad del estado de ánimo. Un hecho objetivamente no peligroso es menos punible, incluso si la voluntad es en ambas ocasiones igualmente reprochable. La verdadera tentativa es más punible que el mero caso de ampliación subjetiva; la tentativa abstractamente idónea es

más punible que la abstractamente inidónea, así, la última puede ser punible únicamente con la inidoneidad del medio. Añade, asimismo, la idea que la tentativa, es, como ya se explicó, un obrar incompleto y ha de ser puesta solamente en relación con la acción, el modo de comisión, el empleo del medio, no con los caracteres que son independientes del querer y del obrar como el objeto y las circunstancias externas que concurren (pp. 69 - 82)

2.2.8. Teorías que justifican su punición

Autores nacionales como Bramont Arias Torres (2002), Villavicencio Terreros (2016) y Villa Stein (2014) coinciden en describir tres teorías que sustentan su punición. En ese sentido, Villa Stein (2014) sostiene que la tentativa es punible según su gravedad, en ese sentido, según el sistema franco – germano, en los delitos graves; o, en el sistema ítalo- hispano, en cualquier delito, pero con alguna causa de gravedad en los mismos. Describiendo que, dogmáticamente, se han estructurado tres teorías.

Es particular lo desarrollado por García Caveró (2019), quien, siguiendo una marcada tendencia del pensamiento de Günter Jakobs, no encuentra mayor reparo en sostener que la tentativa es un delito con elementos propios. En ese sentido, estima que, a lo largo del desarrollo de la doctrina penal, se han estructurado diversos fundamentos para la punibilidad de la tentativa, en ese orden de ideas, se presenta por ejemplo una teoría objetiva que se

centra en la peligrosidad de la conducta, teorías subjetivas, referidas a la intención del agente y otras, que se constituyen como una mezcla de las dos primeras. Sin embargo, el autor no se limita a describir dichas teorías, agregando que, desde su posición, el fundamento de la tentativa radica en el plano de su persecución social. García Caveró (2019) considera que la relevancia jurídico – penal de la tentativa, no se encuentra en la semblanza subjetiva del agente, sino “en su sentido comunicativo conforme a los parámetros sociales de interpretación” (García Caveró, 2019, p. 813). Pues bien, justifica su dicho argumentando que la tentativa es un fenómeno externo perturbador para la sociedad que infringe la norma penal, en ese sentido, ese carácter perturbador no debe entenderse en función al bien jurídico, sino que su disvalor debe comprenderse en el plano del sentido comunicativo. La actuación de las personas solo resulta penalmente relevante si mediante ella se infringe un rol jurídicamente atribuido, incumpliendo deberes que se desprenden de la libertad de organización o vinculaciones institucionales; por lo que, sin esa infracción es imposible fundamentarse una conducta en grado de tentativa, pese a que el autor posea voluntad de dañar.

A. Teoría objetiva

Villavicencio Terreros (2016) entiende que la razón de la sanción de la tentativa está en la puesta en peligro del bien jurídico protegido; dando mayor importancia al desvalor del

resultado en tanto se exige que exista o se produzca una afectación del mismo. Las consecuencias político – criminales, primero, se expresan en la impunidad de los actos preparatorios, toda vez que se encuentra lejos de la lesión o afectación del bien jurídico protegido; y por esa razón, debe establecerse una menor sanción de la tentativa respecto a la consumación, por la lógica expuesta, es decir, que no se ha afectado significativamente el bien jurídico tutelado. Con el mismo sentido crítico, posteriormente, Villavicencio Terreros (2017) afianza lo expuesto.

Hurtado Pozo (1987), afinando la idea, establece que, de acuerdo a esta teoría, sólo los hechos que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos penalmente protegidos, pueden ser sancionados. De modo que los actos que exteriorizan una resolución delictiva no deben ser reprimidos sino desde el momento que constituyen un peligro para el bien jurídico (p. 236).

Villa Stein (2014), por su parte, describe que esta teoría ostenta diversos teóricos representantes, cítese por ejemplo a Schönke-Schröder, Feuerbach, Von Hippel, Carrara, Petrocelli, Mitermaier, Rossi, Bettiol y Sauer. Así, sostiene que el fundamento de la punibilidad de la tentativa radica en la puesta en peligro de los bienes jurídicos, resultando obvio que es trascendente la preponderancia del desvalor del resultado;

situación que maximiza el cumplimiento de las garantías del agente y otorga mayor seguridad jurídica. Además, refiere como consecuencias de este modelo, las siguientes: (i) los actos preparativos carecen de punibilidad, (ii) la tentativa merece un tratamiento distinto y por lo tanto, una pena atenuada; y, (iii) la tentativa inidónea es impune, pues su misma naturaleza jurídica impide que lesione o ponga en peligro un determinado bien jurídico protegido por la norma.

Bramont Arias Torres (2002), también emite pronunciamiento al respecto. Basándose en Berdugo y Carlos Creus (1992). Así, refiere que el merecimiento de la pena, en esta teoría, se manifiesta en la puesta en peligro del bien tutelado mediante la acción del agente; por lo tanto, se castiga probabilidad de lesión. En razón a esta teoría, Bramont Arias Torres (2002) considera que los actos preparatorios no son punibles, pues no se aproximan peligrosamente al bien jurídicos, debiendo mantenerse al margen el Derecho Penal.

Esta teoría, al igual que lo postulado por García Caverro (2019), en cierta medida, encuentra fundamentación jurisprudencial dentro del Derecho peruano. Con fecha 29 de mayo de 2023, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, emite el Recurso De Nulidad N.º 1181-2022 Lima Sur, quien, a grandes rasgos, considera que la punibilidad de la tentativa y de la imposición de la pena, no se centra plenamente en la esfera

subjetiva del agente que se propuso cometer el delito, sino más bien, en su sentido comunicativo y en la infracción de la norma. Por tal razón, ante supuestos de tentativa, la pena debe disminuirse prudencialmente, siguiendo la discrecionalidad del juzgador y con especial atención al principio de proporcionalidad y lesividad (fundamento 19).

B. Teoría Subjetiva

Esta teoría es defendida por Baumann y Schmidhäuser, Von Buri, Fioretti, Welzel, Saleilles, Mayer, entre otros; tal como establece Villa Stein (2014). Esta teoría pretende fundamentar la punición en la intención del sujeto, en su voluntad dañina en tanto se manifieste externamente, expresa Villavicencio Terreros (2016).

En efecto, la teoría subjetiva se centra estrictamente en el disvalor del acto, la naturaleza de la intención del sujeto y su motivación antijurídica. Históricamente, los italianos consideraron esta teoría partiendo de la peligrosidad social que demostraba el agente del delito. Por su parte, en la era Nazi, también superponían la subjetividad entendida como la contrariedad y sentimiento de traición sobre el pueblo alemán. Esta teoría, por sus postulados, amplía los actos merecedores de sanción, el grado de consumación no dista con el grado de tentativa, y la tentativa inidónea es perfectamente punible (Villa Stein, 2014, p. 353).

A mayor abundamiento, Bramont Arias Torres (2002) considera que el fundamento de punibilidad que proporciona esta teoría, se centra en castigar la voluntad contraria respecto al Derecho del sujeto activo. En ese escenario, como ya se ha establecido, se castigarían los actos preparatorios al ser una manifestación de la voluntad criminal, se homologa la tentativa con la consumación, el delito imposible y la tentativa inidónea serían punibles y la concepción del injusto se resumiría en cualquier manifestación de voluntad contraria al derecho.

C. Teoría Mixta

La doctrina agrega una tercera posición. Esta teoría, según Villa Stein (2014), es presentada por Zafaroni, Bustos Ramírez, Roxin, Mezger, Muñoz Conde, Von Bar, Bacigalupo, Jescheck, entre otros. El autor agrega que se trata de una doctrina dominante y moderna. Erigiéndose sobre una posición ecléctica de la teoría subjetiva con elementos objetivos, en donde el fundamento para la sanción de la tentativa recae en el peligro corrido por un bien jurídico protegido penalmente en relación con la voluntad del autor. En definitiva, el fundamento de la punibilidad de la tentativa es la manifestación de la voluntad que responde a una determinada resolución criminal, y a la vez, en la amenaza y puesta en peligro del bien jurídico. Lo descrito conlleva a las siguientes consecuencias prácticas: (i) Los actos preparatorios son punibles, solo en determinados casos, (ii) la

tentativa, al tener ese fundamento, debe castigarse, pero en ninguna medida con la misma reprochabilidad que un delito consumado, (iii) la tentativa inidónea no es punible; y, (iv) la tentativa irreal u otras con las mismas características, es impune.

A partir de las deficiencias de ambas posturas, se dio lugar a posiciones mixtas o eclécticas; acota Peña Cabrera (2011), en donde éstas pretenden hacer una simbiosis de ambos criterios destacando tanto la voluntad criminal y la peligrosidad del autor como el peligro para el bien jurídico.

Pues bien, Bramont Arias Torres (2002), sobre el particular, tiene a bien considerar que el fundamento del castigo está determinado por la voluntad contraria a la norma del agente; sí y solo sí, su acción haya provocado un cierto grado de conmoción social (elemento que determinaría las diversas penas que contiene la tentativa y la realización perfecta de un delito).

Finalmente, Villavicencio Terreros (2017), comenta la presencia de dos teorías más, independientes de las ya analizadas, que la doctrina mayoritaria no agrega en sus postulados. En principio, estudia la teoría de la impresión, que *prima facie* guarda relación con las teorías mixtas o eclécticas. Sobre esta, el reconocido jurista peruano, estima que esta teoría se centra en el desvalor del acto; siendo irrelevante si se lesiona o no el

bien jurídicamente tutelado, importando únicamente la conmoción que el hecho provoque. Posteriormente, el autor describe que existe una teoría funcionalista, fuertemente fundamentada en la desobediencia de la norma previamente establecida; no obstante, esta teoría resulta insuficiente e imprecisa, en tanto dificulta la distinción de actos preparativos y actos ejecutivos.

2.2.9. Formas de Tentativa

A. Tentativa acabada

En la tentativa acabada, siguiendo a Hurtado Pozo (1987), el autor lleva a cabo todos los actos que, de acuerdo con su resolución criminal, son indispensables para la producción del resultado (p. 245).

En palabras de Villavicencio Terreros (2017), la tentativa acaba se configura cuando el sujeto, respondiendo a su resolución criminal, cree erróneamente haber realizado todos los actos necesarios y suficientes para la consumación, no obstante, no se produce el resultado.

Similar parecer expone Villa Stein (2014), en tanto establece que la tentativa acabada es denominada tentativa perfecta, delito frutado o fallido y está referida a la situación en donde el agente, según su plan, realizó todos los actos que considera necesarios para consumir el delito, faltando únicamente la

producción del resultado. Con ánimo de distinguirla de la tentativa inacabada, el autor agrega que el elemento diferenciador es uno de carácter subjetivo, pues depende de la representación que el agente realice.

A su turno, García Caveró (2012) indica que el autor ejecuta todos los actos dirigidos a la consumación delictiva, no obstante, esta no se produce.

En definitiva, se puede concluir que la tentativa acabada, a diferencia de la inacabada, se da cuando el agente realiza todas las acciones que dentro de su representación considera necesarias para consumir el delito, no lesionándose el bien jurídico tutelado. Los factores son diversos, por las fuerzas naturales, por intervención de terceras personas o por arrepentimiento del accionante (Bramont Arias Torres, 2002, p. 355)

En efecto, en este tipo de tentativa no cabe hablar del desistimiento, pues es imposible que, si el agente completó deliberadamente todas las conductas descritas en el tipo, pretenda tal acción. El ejemplo que el profesor Bramont Arias Torres (2002) propone es que el agente dispara tantas veces como planeó a un enemigo, no obstante, este no muere, debido a la intervención médica oportuna.

A nivel de jurisprudencia de la Corte Suprema, la Casación 539-2017, Lambayeque; fundamento cuarto, establece que la tentativa pertenece sistemáticamente al proceso de *iter criminis*, especialmente, dentro de la fase de actos preparatorios y la consumación, manifestándose de dos maneras: (i) acabada, e (ii) inacabada.

Sobre la primera de ellas, prevé que se estatuye cuando un determinado autor, respondiendo a su propia representación subjetiva, piensa que realizó todos los actos necesarios para la consumación del delito, sin existir resultado; ya sea por intervención voluntaria mediante el desistimiento, o por otras razones externas.

El último extremo es fuertemente criticado por la doctrina, pues teóricos como García Cavero (2012), Villavicencio Terreros (2016), (2017) y Bramont Arias Torres (2002); consideran que el desistimiento sólo tiene lugar en la tentativa inacabada; en todo caso, si se quiere comprometer a la voluntad del agente al momento de ejecutar la acción delictiva, cabe hablar de un arrepentimiento.

B. Tentativa inacabada

Cuando se realizó la acción delictuosa sin llegar a completarla, se habla de una tentativa inacabada. De manera negativa, se puede decir que no ha puesto de su parte todo lo necesario para

la consumación. Para saber si éste es el caso, es indispensable tener en cuenta el plan de acción del agente; es decir, el contenido de su voluntad crimina (Hurtado Pozo, 1987, p. 245)

García Cavero (2012), sobre el particular, tiene dicho que, en este tipo de tentativa, el agente no realiza todos los actos que llevan al resultado, pudiendo desistirse voluntariamente de terminar con la ejecución.

Villa Stein (2014), por su parte, estima que el autor, conforme a su plan de acción, actúa contradiciendo el derecho sin consumar el delito, debido a la interrupción de situaciones accidentales y externas. Esta se denomina también tentativa pura, pues como se dijo, el agente no realiza el total de actos que según su plan criminal son necesarios para perpetrar el delito.

Villavicencio Terreros (2017), abona a su conceptualización, considerando que se configura cuando el agente respondiendo y actuando conforme a su representación fáctica, no ha realizado lo necesario para producir el resultado buscado, existiendo una situación que interrumpe el nexo causal entre los actos desplegados y la ejecución o realización del delito. Las causas que interrumpen el nexo de continuidad del curso ejecutivo se originan por situaciones ajenas a la voluntad del autor; en el caso de una tentativa simple; o por su propia voluntad, ante supuestos de desistimiento.

A su turno, Bramont Arias Torres (2002) agrega que este tipo de tentativa surge cuando el agente no realiza todos los actos necesarios para la configuración del delito. En este caso, la conducta típica se ve interrumpida por circunstancias exteriores al ánimo del agente, que resultan de tal gravedad que precisamente evitan la producción del resultado. El autor, al igual que los anteriores, describe que la interrupción responde a fuerzas externas como de la naturaleza o por la intervención de la voluntad exteriorizada de otras personas. El autor agrega una idea importante, pues prevé que es necesario determinar el grado de desarrollo de la acción delictiva, pues acertadamente considera que mientras más se aproxime a la consumación del delito, mayor sería la pena concreta que el juez debe imponer.

Jurisprudencialmente, la Casación 539-2017, Lambayeque; fundamento cuarto, sobre el particular, tiene dicho que se presenta cuando el agente coherente con su representación de los hechos al instante de tomar la decisión delictiva no realiza los actos necesarios para arribar al resultado propuesto, en tanto su voluntad delictiva se ve interrumpida por lo prescrito en el artículo 18 del Código Penal (desistimiento) o por el supuesto del artículo 16 (circunstancias externas).

Al igual que en el pronunciamiento anteriormente citado, la doctrina encuentra varios cuestionamientos al respecto, considerando principalmente que, en casos de tentativa

inacabada, es posible que el agente, unilateralmente decida detener la ejecución de todos los actos que previamente estableció con la resolución criminal.

C. Tentativa inidónea

Conocida también como un delito imposible, y se configura, a decir de Villavicencio Terreros (2016), "(...) cuando la ejecución delictiva dirigida por el autor no llega a consumarse por razones fácticas o jurídicas", v. gr. "Matar" a alguien que previamente ha perdido la vida.

Legalmente, el artículo 17 del vigente Código Penal prescribe que la tentativa inidónea no es punible, definiéndola como la imposibilidad de consumación del delito, ellos debido a la ineficacia absoluta del medio u objeto.

En ese mismo sentido se pronuncia Villa Stein (2014), sosteniendo que la tentativa inidónea es denominada también delito imposible. En efecto, el baremo es la condición potencialmente causal. En ese sentido, se configura cuando no se podría arribar al resultado o consumación delictiva, pues se utilizan objetos, medios o sujetos que carecen de idoneidad. Así, el sentido de inidoneidad se refiere a la ineficacia o impropiedad del acto tentado; es inidóneo el objeto si el mismo no ostenta las condiciones objetivas naturales y jurídicas de vulnerabilidad; finalmente, el autor considera que no es idóneo

el medio, cuando el instrumento del que se vale el sujeto no reúne requisitos mínimos que exige la finalidad del propósito del sujeto. Con ánimo de ejemplificar, Villa Stein (2014) narra el supuesto en el que una persona, con ánimo homicida, dispara a un cadáver, creyéndolo vivo.

D. Tentativa supersticiosa

La doctrina no realiza mayor tratamiento. Esta tentativa se basado, principalmente, en que el agente utiliza medios mágicos o supersticiosos para alcanzar el resultado típico ideado. En la doctrina nacional, Villavicencio Terrenos (2016) realiza aquel desarrollo.

2.2.10. Teoría de la prescripción en el Derecho penal

El concepto de prescripción goza de varias definiciones; en un primer sentido, prescribir puede referirse a la instauración de una obligación. Así, por ejemplo, un médico puede prescribir a uno de sus pacientes una determinada receta médica para disminuir sus dolencias.

No es este el sentido que adquiere en el derecho peruano. Bernalles Rojas (2007), explica que la prescripción es un concepto empleado en varios ámbitos⁴, desde los que se entiende que esta institución requiere del vencimiento o transcurso de un plazo temporal para desencadenar efectos.

⁴ Principalmente en lo civil y lo penal.

La prescripción adquisitiva de dominio del Código Civil peruano, verbigracia, es una petición que puede ser alegada a la autoridad pertinente, quien verificará si se cumplen los requisitos; entre estos últimos, se ha regulado expresamente dos lapsos temporales que operan para la prescripción de mala fe y de buena fe.

Se puede señalar que, en cambio, en el derecho penal, se trata de un concepto que comprende dos perspectivas: Puede referirse a la llamada prescripción de la acción pública, en donde el plazo de tiempo transcurrido se opone a la persecución penal, configurándose como obstáculo para imputar el delito; o, puede referirse a la prescripción de la sanción, que dificulta la imposición de la pena.

Roy Freyre (2018), por otra parte, anota del particular, que, tanto la legislación, como la doctrina, sostienen la convivencia social de la prescripción, en tanto la sociedad olvida paulatinamente el delito; asimismo, establece que la aplicación tardía de la pena carece de eficacia o ejemplaridad, que el trascurso del tiempo tiene la virtud de corregir al autor o partícipe del delito, o, en algunos casos, puede debilitar o desaparecer medios probatorios; entre otros.

Sin perjuicio de ello, refiere un fundamento, que, a nuestro parecer, resulta notablemente importante, pues establece que la legitimidad de la persecución y la convivencia de ejecutar la pena son canceladas por el simple discurrir del tiempo durante el cual el *ius*

puniendi no logra su objetivo debido, entre otras razones, a la negligencia de los órganos estatales. (pp. 49 - 50)

Como se venía adelantando en párrafos precedentes, la doctrina reconoce dos especies de prescripción: la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena.

A. Prescripción de la acción penal

Dando alcances sobre su contenido legal y normativo, el Código Penal peruano, a partir del artículo 80 sostiene en principio, los plazos de prescripción de la acción penal. Sobre el particular, establece que, ante un delito que prevé una pena privativa de libertad, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley. Agregando que, en casos en donde se configure concurso real, las acciones prescriben de manera independiente, por otro lado, ante un concurso ideal, las acciones prescriben, de manera conjunta cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo fijado en el delito más grave. Sin embargo, el artículo establece como regla que el plazo prescriptorio no será mayor a veinte años; añadiendo que, ante delitos que contienen como consecuencia jurídica cadena perpetua, la acción penal se extingue transcurridos treinta años.

Siguiendo su redacción, el artículo 80 del Código Penal se refiere a los delitos que no contienen pena privativa de libertad, en aquellos casos, la acción prescribe transcurridos dos años.

Finalmente, establece que el plazo prescriptorio se duplica, en casos de delitos en contra de la administración pública, o cuando el agente es integrante de organizaciones criminales.

A su turno, el artículo 81 *eiusdem*, prevé que el plazo prescriptorio se acorta a la mitad, siempre que el agente, al momento de cometer el delito, haya tenido más de dieciocho años o menos de veintiuno. El inicio del cómputo de los plazos de prescripción se encuentra descritos en el artículo 82. Al respecto, en casos de tentativa, dice la norma, será desde el momento en que cesa la actividad delictuosa; por su parte, en delitos instantáneos, continuados y permanentes, el inicio es a partir del día en que se consumó, desde que terminó la actividad punible y desde que cesó la permanencia; respectivamente.

Agréguese, además, las causales de interrupción y suspensión del plazo, contemplados en los artículos 83 y 84.

Tabla 3

La regulación de la prescripción en el Código Penal de 1924 y en el Código Penal de 1991

Código Penal de 1924	Código Penal de 1991
Art. 119. La acción penal prescribe:	Artículo 80.- Plazos de prescripción de la acción penal
1°. A los veinte años por delitos que merezcan internamiento;	La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad.

<p>2°. A los diez años por delitos que merezcan penitenciaría o relegación;</p> <p>3°. A los cinco años por delitos que merezcan prisión ó expatriación:</p> <p>4°. Al año por los demás delitos</p>	<p>En caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno.</p> <p>En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.</p> <p>La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años.</p> <p>En los delitos que merezcan otras penas, la acción prescribe a los dos años.</p> <p>En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica.</p>
--	---

Nota: Elaboración propia.

Una cuestión importante para puntualizar es lo manifestado en el contenido de la Exposición de Motivos del vigente Código Penal, al respecto, establece que la innovación más significativa radica en el derecho a renunciar a la prescripción de la acción penal por parte del procesado; si a su criterio, considera que existen suficientes elementos para motivar una sentencia absolutoria.

La prescripción de la acción penal es una institución de gran trascendencia en el derecho interno, pues como puntualizaremos más adelante, dados algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, esta institución es considerada como un derecho fundamental. Tal es su envergadura, que ha sido tratada y conceptualizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, refiriendo en el caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador, fundamento 111, que la prescripción en el Derecho Penal importa la extinción de la pretensión punitiva debido al transcurso del tiempo, siendo, de esa manera, un límite al *ius puniendi* para perseguir y sancionar las inconductas. Agregando que es imperativo, salvo algunos casos como en delitos graves, que esta garantía se observe para todo imputado de un delito.

Pues bien, la prescripción de la acción penal es una figura que existe en la mayoría de los países, aunque ostenta varias diferencias en su aplicación según factores como el corte del sistema; así, por ejemplo, en el *common law*, los Estados adoptantes, suelen no considerarla para los crímenes graves, mientras que en los sistemas romanos germánicos se han instaurado plazos mucho más largos en comparación a los delitos simples (Bernal Rojas).

Definiéndola, Missiego del Solar (2006), considera que la prescripción es una de las formas de extinción de la acción

penal, que consiste en que solo el transcurrir el tiempo libera irrenunciablemente al procesado de la facultad punitiva del Estado (p. 46).

En el Perú, el cimiento de los plazos prescriptorios de la acción penal es indeterminado. Conviven, en el mismo ordenamiento muchas reglas para determinar el lapso aplicable, siendo que, inclusive, este podría ser de carácter ordinario u extraordinario según sea el caso en concreto. Meini (2009), refiere que la prescripción peruana de la acción penal pareciese basar sus plazos en la gravedad del hecho cometido y, aunque en una menor medida, por la propia responsabilidad que posee el sujeto activo del delito; así, es explicable que el plazo ordinario de prescripción se encuentre ligado a límite punitivo máximo considerado por el legislador⁵, mientras que el lapso es reducido sustancialmente según la edad del agente que haya desplegado el comportamiento.

Roy Freyre (2018), por su parte, comentando esta institución, precisa que es la que le pone fin a la potestad represiva antes que la misma se haya manifestado concretamente en una sentencia condenatoria firme, lo que ocurre ya sea porque el poder penal del Estado nunca dio lugar a la formación de la causa, o porque iniciada ya la persecución, se omitió proseguir

⁵ Existen excepciones como los delitos de *lesa humanidad*, que se consideran imprescriptibles.

con la continuidad debida y dentro de un plazo legal que vence sin que se haya expedido sentencia irrecurrible.

En ese sentido, existen dos posibilidades al referir el concepto de prescripción en el derecho penal peruano: El primero se encuentra ligado al hecho mismo, haciendo referencia, puntualmente, al transcurso del tiempo acontecido con respecto al despliegue del comportamiento; el otro, en cambio, se refiere a la capacidad que se tiene para imponer la sanción.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de la República también se ha ocupado de la prescripción, considerado a través del Recurso de Nulidad N.º 404-2007 Ayacucho, fundamento segundo, que esta implica la interrupción del *ius puniendo* del Estado debido al transcurrir de un determinado periodo de tiempo, pues es el mismo Estado el que se adjudica dicha capacidad punitiva, siendo que se enerva el interés represivo, desaparece la alarma social y se dificulta la adquisición del material probatorio. Asimismo, el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia emitida en ocasión del Expediente N.º 1805 -2005 -HC/TC, fundamentos 6 a 10, sostuvo que, desde una perspectiva general, a través de la institución de la prescripción, una determinada persona adquiere derechos y se libera de obligaciones, en razón al trascurso del tiempo. Así, desde un enfoque penal, es una norma fundamental inspirada en el principio *pro homine*, constituyéndose como un límite al

ejercicio del *ius puniendi* del Estado, adicionalmente, se considera como una causa de extinción de la responsabilidad, fundada en la idea que, por efecto del transcurrir del tiempo, desaparecen los efectos de la infracción y la memoria social. De modo que se extingue la posibilidad de investigar determinada conducta, y como consecuencia de ello, la responsabilidad del presunto autor. Se agrega, además, la función resocializadora y preventiva de la acción penal, no obstante, con el paso de tiempo se enerva la incertidumbre jurídica y encuentra vigencia el principio de seguridad jurídica.

En efecto, existen varias justificaciones para la prescripción de la acción penal. Detalladamente, Morales Nakandakari (2018) enumera y describe cuáles serían los fundamentos, refiriendo, en principio, que, en el Perú, dogmática y jurisprudencialmente, no existe consenso en delimitar inequívocamente a qué razones responde la incorporación y vigencia de esta institución en la historia de la codificación penal. Sosteniendo que es posible agruparlas en cinco categorías, desarrolladas a continuación.

a. El transcurso del tiempo enerva la necesidad de la pena

Estrictamente, a la prevención especial y prevención general. Morales Nakandakari (2018), siguiendo a Berdugo (1999) y Maurach (1995), sostiene que, desde la prevención especial, el Derecho Penal no debe incidir sobre quien ha logrado su reinserción social y se abstiene de delinquir,

siendo que el tiempo como hecho jurídico, es capaz por sí solo de cumplir la misma función que una pena.

Por su parte, desde la prevención general, describe que Berdugo (1999), siguiendo a la escuela positivista italiana, refiere que la pena, por el transcurso del tiempo, deja de cumplir su papel intimidatorio, pues la misma es más útil y justa, siempre que se aplique en el menor tiempo posible a la comisión del hecho delictivo.

San Martín (2014), García Caveró (2012), entre otros, refuerzan la idea que el paso del tiempo permite la desaparición de la alarma social generada por un delito, siendo innecesaria la imposición de la pena, constituyéndose en un reparador del equilibrio del orden social.

b. El transcurso del tiempo dificulta la actividad probatoria

Sobre el particular, se señala que el tiempo permite que se emitan decisiones erradas, pues dificulta la investigación del delito y la determinación de la responsabilidad del sujeto. En ese sentido, la prescripción responde a garantías procesales, impidiendo que se juzgue sobre hechos certeros, y fundamentados en evidencias que no ostenten un importante y confiable valor probatorio. Este fundamento determina una presunción de que el transcurso del tiempo afecta la idoneidad de las evidencias.

No genera mayor dificultad comprender que debido a un mediano o largo plazo, la prueba *per se* es susceptible de ser manipulada o cuestionada si contiene información confiable. Por ejemplo, dentro de la teoría general de la prueba se erigen diversos principios orientados a inspirar la obtención, admisión, valoración e información de esta, siendo uno de ellos el principio de originalidad de la prueba, cuyo contenido está relacionado a las fuentes originales e inmediatas para determinar un hecho, garantizando que se constate de manera directa y eficaz los acontecimientos materia de *litis*.

c. El derecho de todo ciudadano a ser juzgado dentro de un plazo razonable

Preliminarmente debe establecerse que el plazo razonable es una garantía un derecho del justiciable; además, se configura como un deber de los entes que conocen, investigan y resuelven procesos judiciales.

Lege data, el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal penal, establece que la justicia, por regla general, es gratuita; la misma se desempeña con imparcialidad y dentro de un plazo razonable.

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional mediante el Pleno Sentencia 139/2023, de fecha 21 de marzo de 2023, fundamento 18, sostuvo, en concordancia con el Expediente

00295-2012-PHC/TC, que el derecho a un plazo razonable se manifiesta tanto en el proceso propiamente, como al ser juzgado dentro de un determinado periodo, asimismo, refiere que tiene protección constitucional, pues implícitamente es una manifestación del derecho al debido proceso (art. 139, inciso 3 del texto constitucional). En ese sentido, establece la regla que el plazo será razonable sólo si comprende un lapso que resulte suficiente y necesario para las actuaciones procesales y el ejercicio de los derechos de las partes. Lo anotado encuentra fundamento también en el Acuerdo Plenario N.º 8-2009/CJ-116 y en el Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CJ-116.

Pues bien, Morales Nakandakari (2018) sobre este fundamento, describe que los defensores de esta posición argumentan que se vulnera la garantía si, después de transcurrido un periodo de tiempo después de la comisión del hecho punible, se continúa con la persecución penal o se emite sentencia con esa fundamentación fáctica. Asimismo, señala que la prescripción, entonces, garantiza el ejercicio de ese derecho, pues se constituye como un límite al Estado a fin de perseguir el delito y pronunciarse sobre el mismo, atribuyendo responsabilidad.

Tal es su relevancia que incluso el Tribunal Constitucional ha sostenido que la prescripción extintiva de la acción penal

debe ser considerado como un derecho fundamental. Así lo expresa mediante el Expediente N.º 03708-2013-PA/TC, argumentando en el fundamento 4, que la prescripción y el acceso a su declaratoria judicial, es un derecho fundamental de configuración legal, toda vez que se desprende del derecho al debido proceso.

d. Es una sanción a las autoridades competentes

Abona a dicho fundamento, el previamente citado Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CJ-116, en tanto establece que la prescripción es una garantía fundamental que le asiste a los ciudadanos respecto de la actividad judicial y constituye una sanción a los encargados de la persecución del delito por el retraso en el cumplimiento de sus deberes. Añadiendo, además, que el legislador al emitir una norma establece en ella diversos límites jurídicos, uno de ellos es el lapso de tiempo en el cual serán perseguidos los delitos y oportunamente sancionados. Situación que evidentemente no se encuentra sujeto a la discrecionalidad del encargado de la persecución.

En este extremo, es necesario considerar lo anotado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH en el caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador, fundamento 112, en tanto establece que el imputado no es responsable de controlar la celeridad y la debida diligencia de las

actuaciones procesales en el proceso penal, por lo tanto, no se le puede atribuir que soporte negativamente la carga del retardo en el sistema de administración de justicia.

e. La seguridad jurídica

A través de este fundamento, la autora precisa que la prescripción extintiva de la acción penal se funda en la seguridad jurídica, pues mediante ella se suprime la incertidumbre que puede presentarse en la relación agente del delito y el Estado. Siendo así, la premisa fundamental es que nadie puede vivir constantemente amenazado por el Estado de que, se le abrirá proceso en su contra.

Posicionan en este fundamento Muñoz Conde (2015), Romero (2008), en tanto señalan que la justificación de la prescripción se centra en razones de seguridad jurídica y no necesariamente en cuestiones de justicia material. Agrega Romero (2015), que esta institución liberadora se aprecia como un límite al señorío punitivo del Estado, siendo una garantía frente al ejercicio arbitrario y abusivo del poder.

Ahora bien, al igual que los otros fundamentos, la seguridad jurídica también encuentra asidero jurisprudencial. Sobre el particular, el tribunal Constitucional mediante el Expediente N.º 1805-2005-HC/TC (fundamento 8), y la Corte Suprema

de Justicia de la República a través del Recurso de Nulidad N.º 2105 -2011, Apurímac (fundamento 3).

B. Prescripción de la pena

Para autores como Zaffaroni (1980), existiría una evidente diferencia entre la prescripción de la pena y la prescripción de la acción penal, sobre todo en cuanto a su naturaleza; una tendría carácter procesal y otra sería de corte material.

En términos generales, la prescripción de la pena se encuentra diferenciada en cuanto, luego del plazo legal, los efectos acaecerían únicamente sobre la consecuencia jurídico penal; algo muy diferente a la prescripción de la acción.

Se puede resumir que, es la que hace expirar la potestad punitiva del Estado después de haberse expedido la sentencia condenatoria ejecutoriada, penalidad que no ha podido hacerse efectiva en su extremo judicialmente indicado por diversos motivos (Roy Freyre, 2018, p. 48).

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

La hipótesis que se presentó fue la siguiente: los fundamentos jurídicos para reducir el plazo de prescripción de la acción penal en los delitos tentados son, la aplicación del principio de proporcionalidad y lesividad, la observancia del principio de mínima intervención y subsidiariedad y el menor injusto penal que significa un delito tentado. Ello en razón a la pregunta ¿cuáles son los fundamentos jurídicos para reducir el plazo de prescripción de la acción penal en los delitos tentados?, respondiendo a su vez, a la inexistencia de una regulación específica que determine el cálculo de la prescripción ante delitos en grado de tentativa, situación que conlleva a que los operadores jurídicos tomen como punto de partida y regla general al artículo 80 del Código Penal, aplicándolo, indistintamente para delitos consumados y delitos tentados.

Como se había anticipado, a fin de confrontar la hipótesis planteada, se ha empleado diversos métodos de investigación, tales como el hipotético deductivo, sintético y analítico, correspondientes a métodos generales y el dogmático y hermenéutico, respecto a los propiamente jurídicos.

De forma resumida, el primero de ellos facilitó la posibilidad de explorar el tema, principalmente los alcances de la figura de prescripción ante un delito tentado o en grado de tentativa, construyendo las premisas dispuestas a corroborar.

El marco teórico o segregación temática, fue posible en virtud del método sintético, en tanto separamos los elementos de estudio y los concatenamos a fin de averiguar sus componentes dogmáticos. Sin embargo, no hubiese sido

posible arribar al contenido de las instituciones jurídicas esbozadas sin la utilización del método dogmático, pues en su empleo se dotó de significado jurídico a las figuras aludidas. A su vez, al ser la unidad de análisis los artículos del Código Penal vigente en donde se regula la tentativa (artículos 16 al 19) y la prescripción de la acción penal (artículos 80 al 83), el método hermenéutico nos permitió desarrollar fielmente su contenido legislativo y no adicionar o restar cuestiones convenientes.

Sobre el cumplimiento de los objetivos específicos del trabajo, se tiene que, se describieron los alcances dogmáticos y legales de la prescripción de la acción penal, acción que fue sumamente necesaria para desarrollar la contrastación de hipótesis, ya que, gracias a su naturaleza cualitativa, se requirió de un marco teórico profundo para desarrollar cabalmente los componentes hipotéticos de la investigación.

En esa línea, y cumpliendo con la correlación entre la formulación de la hipótesis y los objetivos de la investigación, se ha logrado precisar los alcances legales y teóricos de los principios de proporcionalidad y lesividad, lo que fue reflejado en el desarrollo de este capítulo, en donde, para contrastar, primero se hizo referencias a los contenidos determinados para cada uno de los principios conformantes de los componentes hipotéticos.

En cuanto a la observancia del contenido del principio de mínima intervención y subsidiariedad, se ha identificado que su relación es de tipo "género-especie", lo que incluye al principio de fragmentariedad; además se hace énfasis en la *última ratio*, por cuanto, a través de este principio, el *ius puniendi* es limitado en su

aplicación gracias al agotamiento de vías alternas menos lesivas para los derechos del imputado.

Finalmente fue realizada una propuesta de *lege ferenda*, que busca armonizar la situación de la problemática, guardando además una relación sistemática con la reducción de la pena prescrita por el legislador peruano para aquellos casos en los que el delito no se haya consumado, pero merezca una sanción atenuada.

Expuesto lo anterior, y siendo metodológicamente coherentes con la investigación jurídica, procedemos a contrastar la hipótesis planteada.

3.1. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LESIVIDAD

Desde el enfoque político, se ha dejado claro que en nuestro modelo de Estado, además de perseguir la protección de la sociedad y bienes jurídicos valiosos para su persistencia, el respeto a los fines garantistas de la potestad punitiva es esencial; situación que conlleva a mantener incólume, por una parte las esferas de actuación lícita y libertades que les asisten a los ciudadanos (entendiendo a estos como todo ser humano perteneciente a una sociedad), y por otro, las actuaciones legítimas y legales del Estado y sus poderes institucionalmente materializados; como en este caso, el Poder Judicial.

En ese mismo sentido, desde la filosofía del derecho, la presente investigación se ha fundamentado en las directrices generales que proporciona el enfoque *i*uspositivista, y por supuesto, la teoría garantista que sostiene Ferrajoli. Ciertamente, el positivismo jurídico, estableciendo

una nueva forma de ejercitar el poder público, afianza las actuaciones estatales sujetas a derecho, garantizando la vigencia de las libertades personales y la seguridad jurídica. Aquellas actuaciones del Estado, siguiendo el modelo garantista estructurado por Ferrajoli; están limitadas. En efecto el derecho ha generado diversos mecanismos orientados a coadyuvar sus fines garantistas, auto delimitándose, tanto en su ámbito legislativo, como creador de normas jurídicas; como en su dominio práctico, respecto a la aplicación del derecho.

Las manifestaciones más significativas están dadas, en parte; por los principios que cimientan el ordenamiento jurídico penal, como enunciados normativos que de manera abstracta generan canales de regulación; citando, por ejemplo, al principio de legalidad, proporcionalidad, lesividad, entre otros. Asimismo, la creación de significantes como la prescripción extintiva de la acción penal, quien tomando como hecho jurídico el transcurso del tiempo, establece otra limitación a la actuación estatal y su manifestación punitiva.

Veamos el principio de proporcionalidad, en primer lugar. Si partimos terminológicamente de la estructura de la norma jurídica, se entiende que le corresponde determinada consecuencia jurídica a determinado supuesto de hecho, guiado, según el criterio adoptado en esta investigación, por un principio de identidad y equivalencia.

Esta equivalencia se manifiesta tanto en la criminalidad primaria como secundaria, pues en la primera, la voluntad del legislador debe estructurar el tipo fijando una pena de acuerdo con la ofensividad, por ejemplo, el

artículo 106 en comparación con el artículo 107 del Código Penal o en los delitos que consideran elementos de tendencia interna trascendente.

Por su parte, la segunda se entiende en concordancia con la facultad o margen discrecional que ostentan los jueces para tomar decisiones, entendida como la posibilidad de elegir entre alternativas concurrentes o en su defecto, en base a una solución legítima, lo que claro está, no debe ser ejercida de manera arbitraria. Del particular, se cita por ejemplo el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal.

Se cree que los tipos de criminalidad que elocuentemente ensaya Villavicencio Terreros (2016), se condicen, en estricto, con la amplitud del principio de proporcionalidad. Es decir que, desde la proporcionalidad abstracta, el legislador penal debe considerar el grado del carácter nocivo de la conducta dispuesta a punir, otorgándole una consecuencia jurídica razonable y simétrica. Mientras que, en la proporcionalidad concreta, el juez diligente debe resolver convenientemente el caso que conozca.

Adicionalmente, debe establecerse que el principio de proporcionalidad, como se ha visto, es un principio de naturaleza constitucional y hermenéutica que va a permitir controlar, medir y determinar que una concreta situación o hecho jurídico, responda a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin legítimamente perseguido y los bienes jurídicos afectados o amenazados.

Pues bien, la tentativa, desde los aspectos dogmáticos esbozados, es considerada como una forma imperfecta de realizar el tipo, es decir, la

injerencia por parte del sujeto, en la descripción típica del supuesto legal, sin que exista un positivo juicio de tipicidad. El bien jurídico es amenazado, no obstante, no es vulnerado. El codificador peruano, consciente de aquella situación, conforme lo ha expresado en el vigente Código Penal, obliga al juzgador a disminuir la pena ante casos en donde se configure un delito en grado de tentativa (artículo 16 del Código Penal), cumpliendo con el requisito de proporcionalidad abstracta, y garantizando la proporcionalidad concreta. Inclusive, se evidencia en el artículo 18 del Código Penal sobre el desistimiento voluntario, y el artículo 19, sobre la exención de la responsabilidad penal a aquel partícipe que impidiera el resultado o se esfuerce seriamente en impedirlo. No obstante, no realiza el mismo razonamiento para el cómputo de plazo prescriptorio.

Prima facie sostener que ambas situaciones se homologuen carecería de metodología, en tanto la pena persigue fines distintos a los fundamentos de la prescripción, sin embargo, a continuación, se demostrará que partiendo de los propios fundamentos (dos de los aplicables) de la figura del artículo 80 del Código Penal, el plazo prescriptorio también debe ser reducido.

El transcurso del tiempo enerva la necesidad de la pena. La pena, producido un determinado plazo, pierde sentido. En el caso de un delito en grado de tentativa, por ejemplo, creemos que aun cuando haya gestionado su resolución criminal al igual que otros que eventualmente sí ejecutaron el ilícito, no se ha producido el resultado, concluyendo dos ideas básicas: (i) al no existir resultado, no existe delito; y, (ii) al no existir

delito, no hay mayor conmoción social que la pena, dentro de la prevención general, persiga; tal como lo sostiene Salas Beteta (2007). No negamos que la sociedad es ofendida mediante un delito tentado, sin embargo, al no existir mayor conmoción social, las reglas de la lógica nos orientan a concluir que la misma desaparecerá en un tiempo menor. Ahora bien, diferente situación concurre en la prevención especial.

Sobre el particular, del texto constitucional se desprende que el régimen penitenciario está orientado a la reeducación, reincorporación y rehabilitación del delincuente en la sociedad. Sin embargo, esta prerrogativa, como es evidente, es inaplicable en los casos de tentativa inacabada por desistimiento o tentativa acabada con arrepentimiento, en tanto, es el agente quien manifiesta su voluntad de no continuar con la ejecución penal; reconduciendo su conducta conforme a derecho. Por su parte, resulta conflictivo en los casos en el que la tentativa queda en actos ejecutivos ante la intervención de fuerzas o voluntades externas. Sobre este último supuesto, solo desde la prevención especial, creemos que es necesario que el agente responda con los fines del régimen penitenciario, pues su actuación resulta igualmente reprochable que si hubiese logrado el ilícito. No obstante, lo anotado, dicho supuesto sigue la primera línea argumentativa expresada: la conmoción social es menor. Siendo así, tanto ante supuestos de tentativa acabada como tentativa inacabada, la poca o nula conciencia social, desaparecerá durante el menor tiempo transcurrido, tal como dejan entrever San Martín (2014), García Caveró (2012) y Morales Nakandakari (2018).

En ese mismo sentido, partiendo del fundamento de la dificultad probatoria debido al paso del tiempo, sostengo, que si resulta difícil registrar elementos de cargo y medios probatorios que acrediten la comisión de un delito, mayor será la dificultad ante supuestos de tentativa, en tanto es poco probable que se generen evidencias, como es el caso de un delito consumado, cuyo resultado es perceptible. Aunque no en todos los casos, lo descrito, por ejemplo, se evidencia en la Sentencia de Vista en ocasión del Expediente N° 01515-2018-86-1301-JR-PE-01, cuya calificación jurídica corresponde al delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado en grado de tentativa; siendo que, aun cuando el *ad quem* considera que se desvirtuó la presunción de inocencia, el encausado denuncia que se emitió sentencia considerando únicamente la declaración del supuesto agraviado.

Por lo tanto, ante una menor conmoción social, es proporcional (abstractamente) un menor plazo prescriptivo; ante la mayor dificultad en la probanza de un delito en grado de tentativa, surge mayor peligrosidad de deterioro y pérdidas de evidencia en un corte tiempo.

Ahora, respecto al principio de lesividad, concretamente, se dice que entre otras conductas que afecten a los bienes jurídicos protegidos por el derecho; deben elegirse penar los ataques intolerables. Además, su aplicación trasciende a la voluntad del legislador al momento de estructurar los tipos penales, pues dado un caso concreto, es posible prescindir de su persecución por su insignificancia, que, al fin de cuentas, no es otra cosa que la aplicación judicial del principio de lesividad, así por

ejemplo el Recurso de Nulidad N.º 3004-2012, Cajamarca; que, aun cuando se configuró el delito de peculado de uso, el encausado fue absuelto por el principio de insignificancia.

De ese modo, consideramos que la lesividad de una conducta es el paso previo para la aplicación del principio de proporcionalidad, pues como se dijo, solo si determinamos el nivel de gravedad, sabremos a que es equivalente.

Lo anotado encuentra mayor sentido, sin embargo, si el análisis trasciende a los postulados teóricos. Con tal finalidad, cítese el Expediente PAS N.º 003-2018 y el Expediente 2012-009-JPU-IÑ, en el primero, con las directrices que prevé el derecho administrativo, sancionan conductas menos nocivas en contra del medio ambiente como bien jurídico protegido; no es el caso del segundo expediente, en tanto valorando la magnitud del acto y el grado de vulneración al bien jurídico tutelado, se le imputa a la ciudadana Eusebia Huisa, la comisión del Delito Ambiental contra Recursos Naturales sub Tipo Tráfico Ilegal de Productos Maderables en agravio del Estado Peruano.

Ahora bien, al ser la tentativa un delito no consumado y una realización imperfecta de la misma, se determina la ausencia de un resultado respecto a la afectación de un determinado bien jurídico, situación en el que el agente comienza con la ejecución típica; sin embargo, el curso causal es frustrado. Debe precisarse, aunado a lo dicho, que la tentativa no es, pues, un delito independiente, sino un modo y un momento del delito.

Desde la postura que sostengo en este trabajo, el Código Penal de 1991 sigue la teoría objetiva sobre las teorías de punibilidad de la tentativa, es decir, que considera punibles solo los actos que agreden o ponen en peligro el bien jurídico protegido por la norma, se considera ello debido a los siguientes fundamentos:

- a.** Los actos preparatorios no son punibles. En efecto, los actos previos a la ejecución son impunes en el ordenamiento jurídico peruano. Sin embargo, a nivel de la doctrina hay quienes han afirmado que se aplica una excepción a esta regla, como por ejemplo en la tenencia ilegal de armas, no es así. Lo cierto es que esas acciones cuyos concedores afirman son actos preparativos, en realidad son delitos, pues ostentan su propia estructura, propios elementos normativos y descriptivos. Es el legislador quien ha decidido punir situaciones previas a la comisión de un determinado delito, no obstante, no lo ha hecho como un verdadero “acto preparatorio”, sino como un tipo penal autónomo.
- b.** Dentro del ordenamiento jurídico penal, el juez deberá reprimir la tentativa con menor pena. En efecto, tal como hemos esbozado en el marco teórico, el artículo 16 del Código Penal, a diferencia de la fenecida codificación de 1924, obliga al juez a disminuir la pena en casos en donde el delito no llegue a consumarse. Ello encuentra razón en que la tentativa, por su naturaleza, no vulnera el bien jurídico, únicamente lo amenaza; por lo tanto, es proporcional que se le aplique una pena reducida.

- c. La tentativa inidónea no es punible. En ese sentido, el artículo 17 del Código Penal, expresamente señala que no es punible la tentativa cuando la consumación del delito sea imposible, ya sea por ineficacia absoluta del medio, o por impropiedad del objeto. La razón, al igual que en los demás fundamentos, es que la acción no ha lesionado el bien jurídico protegido, argumento de la teoría objetiva, a la que nos adscribimos.

Por lo tanto, no es difícil comprender que la afectación que sufre un determinado bien jurídico no es la misma cuando se habla de un delito tentado y otro consumado, pues en el primero, no se han configurado los verbos reductores o demás elementos del tipo; piénsese por ejemplo el supuesto en donde se configura el delito de hurto dentro de un bien inmueble habitado, resultando como consecuencia la sustracción de bienes altamente valorizados; a uno en donde los agentes logren únicamente ubicar una escalera para ascender, no consiguiendo su objetivo pues fueron sorprendidos por los pernoctantes.

Sin embargo, el artículo 80 del Código Penal refiere que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad, y en el caso de la tentativa, continúa el artículo, se comienza a contar el plazo desde el día en que finalizó la actividad de carácter delictuoso. Dando a entender que el cómputo del plazo prescriptorio y las reglas utilizadas para ello, se utilizan tanto para delitos tentados como para delitos consumados.

Lo anterior, además de transgredir la proporcionalidad abstracta en el sentido en el que la gravedad del hecho no se corresponde de ningún modo con su plazo prescriptorio, tampoco encontraría asidero en el principio de lesividad, ya que la ofensa del bien jurídico, pese a haberse concretizado mínimamente en el riesgo creado por el autor del delito tentado, no habría sido de especial gravedad como para distinguir una efectiva persecución similar a la desplegada para los delitos consumados.

El posible cuestionamiento realizado con respecto a este acápite, claramente, versará sobre la diferencia entre el plazo prescriptorio y la pena, entendiéndose que la proporcionalidad y la lesividad se centran en la relación del acto típico, antijurídico y culpable con la consecuencia jurídica legislada.

No obstante, al respecto, se debe responder que tanto la lesividad como la proporcionalidad son principios de índole político jurídico, cuyo contenido se corresponde no solo en algunos elementos del derecho sustantivo, sino que, así, como la pena debe ser proporcional y debe fundarse en la lesión u ofensividad del bien jurídico, se defiende que los medios, en este caso la persecución *per se*, deba tener las mismas características.

No resulta lógico, pues, que la prescripción, cuyo fundamento, como se ha señalado anteriormente en el marco teórico de la investigación, al menos sobre el *quantum* del plazo en la acción penal, se relaciona con la gravedad del hecho y la responsabilidad del sujeto, siga conservando un baremo similar al empleado para la modalidad consumada del delito.

Este supuesto no guarda identidad con el programa penal peruano, ya que sistemáticamente, se puede destacar el caso de los mayores de 65 años de edad, quienes obtienen un plazo prescriptorio de la acción penal mucho menor al del hombre común por el mismo grado de responsabilidad.

En la tentativa, el máximo daño o máxima ofensa del bien no se ha causado, por lo que resulta inadecuado tratar a esta clase de delitos con las mismas reglas de persecución que con su variante consumada más dañosa.

Lo escrito anteriormente se contrapone a la exigencia del principio de proporcionalidad que requiere de cierta nocividad con respecto al acontecimiento para la sociedad para fundamentar en un modo abstracto si es que lo regulado es realmente justo para todas las partes.

De allí que, si se compara el daño del delito consumado con la ofensa del delito tentado, necesariamente se deba concluir que el último es mucho menor que el primero; de allí que no tenga sentido el establecimiento de una relación equiparable con el plazo prescriptorio, que, según se vea, puede suprimirse o reducirse, pero nunca igualarse o excederse por cuanto bajo estos hipotéticos sucesos se consideraría de igual o mayor gravedad a la lesión que no ha alcanzado su máximo desenvolvimiento como en los delitos en grado de tentativa.

En resumen, la proporcionalidad como principio de corte constitucional, encuentra su aplicación ex post al de lesividad; en tanto este determina

su grado de ofensividad y gravedad, equiparándose, a través del primero, la consecuencia que le corresponde. La tentativa debería prescribir en un tiempo menor al de un delito perfectamente configurado, atendiendo a que la afectación que sufre el bien jurídico no es la misma cuando se habla de un delito tentado y otro consumado; corroborando, de esta manera, la primera premisa hipotética, es decir, que la aplicación del principio de proporcionalidad y lesividad, es un fundamento jurídico para reducir el plazo de prescripción de la acción penal en los delitos tentados.

3.2. OBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN Y SUBSIDIARIEDAD

Debe considerarse que estos principios son fundamentales en la presente investigación, dado que se ha partido de un enfoque garantista del Derecho Penal.

Previo al análisis de este apartado, conviene reiterar mi posición respecto a las teorías esgrimidas que justifican la punición de la tentativa. Al respecto, se ha alegado que el Código Penal de 1991 sigue la tendencia de la teoría objetiva; siendo en consecuencia la amenaza al bien jurídico lo que determinará si una conducta es punible o no.

El fenómeno expansionista en el derecho penal, por su parte, responde a múltiples razones; principalmente, con el cambio en el contexto social y político, las medidas políticas criminales, valga la redundancia, tuvieron que evolucionar hasta afrontar la realidad. No así, la expansión del derecho penal no siempre suele ser respetuosa.

La ideación de un programa penal de mínima intervención, entonces, responde a la contraposición del fenómeno puramente expansionista, delimitando la aplicación de la materia para todos aquellos casos en los que realmente cumpla con una función importante de protección para determinados bienes jurídicos.

En cuanto al principio de mínima intervención en el derecho penal, se ha determinado que el contenido de este puede ser visto desde una perspectiva dual: En primer lugar, resulta ser un límite del *ius puniendi*, ya que excluye e incluye a ciertos comportamientos para ser determinados como infracciones a la norma penal; y como fundamento, desde donde cimienta el uso efectivo del derecho en los casos más graves.

La naturaleza de la prescripción, en otro sentido, es discutida desde varias perspectivas; al margen de dejar abierto aquel objeto de estudio, se asumirá la posición del jurista Meini (2009), quien dispone que la justificación de la figura jurídica es de índole política y jurídica.

La colisión entre ambos conceptos, siguiendo con el desarrollo del componente hipotético, se encuentra compuesta por la situación jurídica actual de los delitos tentados o en grado de tentativa y los delitos consumados; en los últimos, se encontraría plenamente coherente que exista un mayor rango temporal para que la prescripción de la acción penal surta efectos.

Para el caso de la tentativa, sin embargo, la situación cambia; como se ha expresado anteriormente las penas de los delitos en grados de tentativa,

no se corresponden con las sanciones de las infracciones realizadas en totalidad; ello se entiende así por la menor cantidad de daños que se ocasiona al bien jurídico.

Desde allí se desprende que, en un programa de intervención mínima, la relevancia del comportamiento punible también será vinculante al momento de corroborar que el legislador excluye del ámbito de protección de la norma a aquellos comportamientos que, si bien pudiesen poner en peligro o lesionar el bien jurídico, lo hacen en una medida en la que es innecesario imponer penas elevadas; lo anterior, por supuesto, es capaz de ser traspasable al ámbito de la persecución penal, y la intensidad con la que se realiza.

A pesar de que es este principio, la argumentación dada podría fundamentar también una eliminación casi total del plazo prescriptorio en los delitos tentados (un sistema de prescripción mucho más célere que en otros países), lo cierto es que la institución cumple una función para todos los delitos en general; y es que la generación de impunidad y la doble victimización no pueden dejarse de lado. Lo correcto, en este caso, es encontrar un intersticio medio, en donde ni exista impunidad, ni tampoco se cause una persecución de igual intensidad al delito consumado.

Ahora, sobre el contenido de la subsidiariedad, a diferencia de la fragmentariedad, esta resulta ocuparse únicamente del uso de otros medios alternativos al derecho penal en general, sin ahondar específicamente con la naturaleza de la conducta desplegada y su gravosidad.

Es desde aquella perspectiva que se manifiesta la regulación de una disminución de la mitad en el plazo prescriptivo de los delitos tentados; ello tras revisar una lógica sistemática, en donde, para imponer la pena, el juzgador puede disminuir la consecuencia hasta en la mitad de lo previsto para el delito consumado.

Finalmente, ante la omisión por evaluar la anterior elección, se puede discrepar de aquellos sectores que indiquen que se han agotado todos los medios alternativos al derecho penal, ya que la alternativa sistemática, además de guardar coherencia con la proporcionalidad y lesividad, aún no ha sido contemplada en el programa penal peruano, algo que no tiene sentido por la disparidad en las consecuencias de delitos.

3.3. MENOR INJUSTO EN LOS DELITOS TENTADOS

Diversos juristas han afirmado tal idea. En efecto, un delito consumado contiene mayor injusto y disvalor que el de un delito tentado (Bramont, 2002, p.349). El injusto, tal como se ha presentado, está referida a la infracción del orden jurídico, modificándose un estado jurídico de cosas, por un estado antijurídico de las mismas.

El injusto está determinado por el legislador. El catálogo penal está compuesto por diversos injustos, con diferentes elementos normativos y descriptivos; asimismo, cada uno de ellos protegen determinados bienes jurídicos. La regla a establecerse es, que no existe delito si no se ha ocasionado un injusto penal, tal como deja entrever el artículo 17 del

Código Penal, en tanto prescribe que es impune la tentativa cuando la consumación del ilícito penal es imposible.

Pues bien, la última hipótesis propuesta no requiere de mayor desarrollo que lo esbozado a lo largo de este capítulo.

Se ha considerado, en ese sentido, que el fundamento del castigo de la tentativa radica en la puesta en peligro de los bienes jurídicos, resultando importante resaltar que el desvalor del resultado lesionado del bien jurídico es lo que finalmente agranda el injusto reprochable penalmente, idea que no niega la relevancia del desvalor de la conducta, pues inclusive puede componerse del modo de comisión, el empleo de determinados medios, entre otros.

Bien, se ha dicho también que la tentativa comprende la exteriorización de la resolución criminal dentro de la descripción típica de un delito, hasta antes de la consumación o agotamiento del mismo. De manera que el agente comienza la ejecución de un delito que decidió cometer, sin consumarlo, tal como establece el artículo 16 del Código Penal.

Asimismo, debe considerarse que la tentativa comparte la estructura objetiva con un delito de peligro e implica, como se ha visto, el adelantamiento de la intervención penal a etapas previas a la lesión del bien jurídicamente protegido. De lo último se puede decir que el legislador no espera para intervenir o activar el *ius puniendi*, a que se produzca el daño o la lesión, sino que la adelanta al momento de la aparición concreta del peligro o la realización de la conducta considerada normativamente

peligrosa. La creación de un peligro objetivo para la indemnidad del bien jurídico conforma, el contenido antijurídico de la tentativa. Siendo ya perfecta la resolución criminal desde que se inicia la ejecución del delito.

Conclusivamente, es evidente que pese a la ausencia de un resultado, la conducta que se encuentra dentro del tipo, es penalmente relevante en tanto pone en peligro un determinado bien jurídico; no obstante, no debe perderse de vista que la unidad de medida del injusto penal, se da por el desvalor del resultado, y no la conducta *per se* (por supuesto que con ello no se está negando que tenga injerencia dentro del injusto, como ya se dijo); situación que refuerza la hipótesis propuesta, erigiéndose, nuevamente, la regla de correspondencia que a mayor injusto, mayor reprochabilidad; razón suficiente para considerar reducir el plazo prescriptorio de un delito tentado y para contrastar el tercer componente hipotético.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA DE MODIFICACIÓN

4.1. PARTE SUSTENTATORIA

4.1.1. Exposición de motivos

El artículo 16 del vigente Código Penal, definiendo a la tentativa, manifiesta que se da ante una situación en donde el agente comienza la ejecución de un delito que decidió cometer, sin consumarlo. Por su lado, el artículo 80 del Código Penal, so *pretexto* de describir el plazo ordinario de prescripción, refiere que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad.

Sin embargo, no se evidencia regulación específica respecto al cómputo del plazo prescriptorio ante delitos en grado de tentativa, y es que resulta conflictivo considerar la aplicación del primer párrafo del artículo 80 del Código Penal ante delitos consumados o tentados indiscriminadamente, desconociendo, los fundamentos punitivos, tanto del derecho penal en general, como los de la tentativa, en específico.

Lo descrito colisiona con el rol garantista que debe adoptar el Estado Social y Democrático de Derecho, como el nuestro; principalmente con el principio de proporcionalidad y lesividad que sustentan la intervención punitiva, y los principios de intervención

mínima y subsidiariedad, en tanto que la gravedad de la conducta y afectación al bien jurídico, no se condicen con la consecuencia jurídica que desencadena; pues su tratamiento es homologado al de un delito consumado.

La aplicación indiscriminada del artículo 80 del Código Penal, afecta flagrantemente las garantías y derechos de los ciudadanos y diversos principios que inspiran y fortalecen la legitimidad de la actividad punitiva del Estado.

En principio, se ve afectado el principio de proporcionalidad. Este se constituye en una máxima previa al principio de lesividad, pues debe determinar la gravedad y ofensividad de la conducta que busca punir (desde la proporcionalidad primaria); buscando una consecuencia jurídica que se corresponda con la conducta; conducta que, dicho sea de paso, debe analizarse a través del principio de lesividad, y verificar si es que contiene tal relevancia social, para ser conocida por el derecho penal; agregando, inclusive, que un delito tentado o en grado de tentativa, contiene menor injusto penal, que un delito consumado.

Asimismo, debe considerarse que un delito tentado no afecta ciertamente al bien jurídico tutelado por la norma, razón por la cual, en aplicación del principio de mínima intervención y subsidiariedad del derecho penal, conviene otorgarle un menor plazo prescriptivo.

4.1.2. Análisis Costo-Beneficio

Toda iniciativa legislativa, como la que postulamos, tiene que considerar un enfoque socio-económico, es decir la búsqueda del máximo beneficio en menor costo, así, debe tenerse en cuenta si el impacto de la norma es cuantificable económicamente o en su defecto, no lo es; asimismo, si este impacto afecta de manera positiva o negativa.

De esa manera, consideramos que el costo que irradia la presente propuesta es mínimo de cara a los beneficios provocados; pues en principio, maximizamos los valores y fundamentos Constitucionales, garantizamos la vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho y del garantismo penal; y ajustamos la legislación a las exigencias que legitiman el *ius puniendi*.

4.2. PARTE RESOLUTIVA

La modificación propuesta se circunscribe al artículo 81 del Código Penal peruano y a sus concordantes.

Artículo vigente del Código Penal	Artículo propuesto
<p>Artículo 81.- Reducción de los plazos de prescripción</p> <p>Los plazos de prescripción se reducen a la mitad cuando el agente tenía menos de veintiún o más de sesenta y cinco años al tiempo de la comisión del hecho punible.</p>	<p>Artículo 81.- Reducción de los plazos de prescripción</p> <p>Los plazos de prescripción se reducen a la mitad cuando el agente tenía menos de veintiún o más de sesenta y cinco años al tiempo de la comisión del hecho punible; y, en los delitos tentados.</p>

CONCLUSIONES

- A.** La prescripción en el derecho penal importa la extinción de la pretensión punitiva debido al transcurso del tiempo, siendo, de esa manera, un límite al *ius puniendi* para perseguir y sancionar las inconductas. La vigencia y aplicación de esta figura, responde a que el transcurso del tiempo enerva la necesidad de la pena, dificulta la actividad probatoria, se condice con el derecho de todo ciudadano a ser juzgado dentro de un plazo razonable, y a su vez, es una sanción a las autoridades con competencia penal, por su inactividad y distante respuesta en la investigación y sanción de actos delictuosos.
- B.** El principio de proporcionalidad ostenta una naturaleza constitucional que permite medir y controlar que una concreta situación o hecho jurídico, responda a criterios de equilibrio entre el fin legítimamente perseguido y los bienes jurídicos afectados o amenazados. El principio de proporcionalidad se manifiesta a partir de dos aristas: proporcionalidad abstracta, orientada a los legisladores, y proporcionalidad concreta, referida a la actividad jurisdiccional. En ese sentido, al ser la tentativa una forma imperfecta de configuración del tipo y siendo que no se constituye como un delito independiente (como regla general), aplicando los principios descritos, conviene reducir el plazo de prescripción de la acción penal para lo mismo, atendiendo a que la afectación que sufre un determinado bien jurídico no es la misma cuando se habla de un delito tentado y otro consumado.

- C.** El contenido del principio de mínima intervención se divide en dos niveles: El principio de fragmentariedad y subsidiariedad (última ratio), este último haría referencia a la aplicación de alternativas distintas al ejercicio del *ius puniendi* para solventar la controversia, en cuanto los casos en los que no sea necesaria la intervención punitiva por el remplazo de otro medio, es posible afirmar que, la subsidiariedad, fue materializada. En ese sentido, con la tentativa no se vulnera el bien jurídico protegido por la norma, a diferencia de un delito consumado, razón por la cual, aplicando el principio de mínima intervención punitiva, el plazo prescriptorio debe reducirse, restando oportunidad a que el Estado active su función punitiva.
- D.** El injusto del delito tentado es menor que el del delito consumado. El grado de injusto que representa un delito tentado o en grado de tentativa, es otro fundamento para reducir el plazo prescriptorio, ello en razón a que el injusto se integra mayoritariamente por el desvalor del resultado. Pues es evidente que, en la tentativa, pese a la ausencia de un resultado, la conducta que se encuentra dentro del tipo es penalmente relevante en tanto pone en peligro un determinado bien jurídico. De modo que, si se presenta menor injusto, se justifican en mayor medida los fundamentos que legitiman la vigencia de la prescripción.
- E.** La propuesta de modificación estructurada está orientada al artículo 81 del Código Penal, cuyo contenido debiera ser que, el plazo de prescripción se debe reducir hasta la mitad, en los casos en que el agente tenga menos de veintiún años o más de sesentaicinco; y en los casos en donde haya tentativa (delito tentado).

RECOMENDACIÓN

- A.** Respecto al ámbito práctico, se recomienda al Poder Legislativo, asuma la propuesta de modificación legislativa (artículo 81 del código Penal), incorporando a los “delitos tentados” como un supuesto más, para la reducción del plazo prescriptorio de la acción penal, teniendo en cuenta los fundamentos expuestos en esta investigación.

- B.** En el ámbito académico, se recomienda a los teóricos del Derecho Penal, tomen en cuenta los resultados de la presente investigación, para reforzar o realizar futuras investigaciones.

REFERENCIAS

- Almanza, F. y Peña, O. (2010). *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. Lima: APECC. <https://bit.ly/3E6eSoQ>
- Bernales Rojas, G. (2007). La imprescriptibilidad de la acción penal en procesos por violaciones a los derechos humanos. *Ius et Praxis*, 13(1),245-265. ISSN: 0717-2877. <https://goo.su/YdKrdlz>
- Bramont – Arias, L. (2022). *Manual de Derecho Penal*. 2° ed.
- Berdugo, I. (1999). *Lecciones de derecho penal: Parte General*. 2° ed. Praxis.
- Cabezas Cabezas, Carlos. (2013). El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena: Un breve estudio comparado. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 20(2), 85-120. <https://goo.su/uSKph0>
- Caceres Ramos, G.A. (2020) *Percepción de los jueces y fiscales penales sobre el delito en grado de tentativa y la reducción de los plazos de la Prescripción, Huánuco – 2019* [Tesis de maestría]. Universidad Nacional Hermilio Valdizan. <https://acortar.link/GviNC1>
- Caro Coria, D. (1994). Sistema penal y mínima intervención: de una función simbólica a una función real. *THEMIS Revista De Derecho*, (27-28), 183-194. <https://goo.su/olaLS>

- Carbonell, M. y Salazar, P. (2005). *Garantismo. Estudios sobre pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Trotta
- Castillo Alva, J. L. (2002). Principios de derecho penal. Parte general. Gaceta Jurídica.
- Cornejo, A. (2015). Derecho penal elemental: parte general. Instituto Pacífico
- Corral, M. (2015). ¿Qué es el Análisis Documental? <https://goo.su/W3tUf>
- Creus, C. (1992). El derecho penal, parte general. 3° Ed. Astrea.
- De la Rosa, Y. y Caballero, J. (2021). Positivismo jurídico. Scielo <https://n9.cl/gxti1>
- Esteban, N. (s/f). Tipos de investigación. Repositorio institucional USDG
- Fernández, M., Urteaga, P. y Verona, A. (2015). Guía de investigación. PUCP
- García, P. (2012). Derecho penal parte general. Jurista Editores E.I.R.L
- García, P. (2019). Derecho penal parte general. 3° Ed. Ideas
- García-Pablos, A. (2000). *Derecho Penal*. Servicios de Publicaciones Facultad Derecho. Universidad Complutense.
- Gonzales, P. (2018). ¿Puede la investigación jurídica considerarse científicamente válida? La argumentación como criterio de validez. Universidad de Guanajuato
- Guerrero, F. & Morocho, K. (2022). Análisis del principio de mínima intervención penal frente a la vulneración de la presunción de Inocencia en la

legislación ecuatoriana. Polo del conocimiento, 7(2). 955-973.

<https://acortar.link/XsymVa>

Guzmán, N. (2018). Luigi Ferrajoli, ¿Qué es el garantismo? Universidad de Buenos Aires.

Hurtado, J. (1987). Manual de derecho penal. EDDILI

Hurtado, J. (2005). Manual de derecho penal, parte general I. GRIJLEY

Huerta, S. (1984). *Sobre el contenido de la antijuricidad*. Tecnos.

López, M. (2010). Apuntes de derecho penal, parte general, la ley penal y teoría del delito.

Maurach, R. (1995). Derecho penal: Parte general. Tomo II. 7ª ed. Astrea

Meini, Iván. (2009). Sobre la prescripción de la acción penal. Foro Jurídico, (09), 70-81. <https://acortar.link/myryWs>

Mir Puig, S. (2011). Derecho penal parte general. IB de F

MIR Puig, S. (2002). *Derecho Penal/Parte General*. 6a ed. Reppertor.

Missiego, J. (2006). La prescripción en el proceso penal peruano. Universidad de Lima

Montoya, Y. (2020). Derecho penal de principios justificación de la intervención punitiva. Vol. I. Palestra

Montoya, Y. (2020). Derecho penal de principios justificación de la intervención punitiva. Vol. II. Palestra

- Morales, P. (2018). El Paso del Tiempo en el Derecho Penal: ¿Por Qué Prescriben los Delitos? Tesis. PUCP
- Moreno, R. (2007). El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales. Scielo
- Muñoz, F. (2015). Derecho Penal. Parte General. Novena edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Novoa Monreal, E. (1963). El Proceso de Generación del Delito. Tentativa y Derecho Imposible. Revista de derecho y ciencias sociales, N° 124, 20-71.
- Nizama, M. y Nizama, L. (2020). El enfoque cualitativo en la investigación jurídica, proyecto de investigación cualitativa y seminario de tesis. VOX JURIS
- Pariona, R. (2018). Derecho penal parte general. Instituto Pacífico
- Peña, A. (2011). Derecho penal parte general. Idemsa. Tomo I
- Peña Cabrera, A. R. (2008) *Derecho penal parte especial*. Idemsa. Tomo I
- Peña Cabrera, A. R. (2010) *Derecho Penal parte especial*. Idemsa. Tomo III
- Prieto S., L. (2001). La filosofía penal en la Ilustración española. En Arroyo, L. & Berdugo, I. (Eds.), Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- Reyna, L. (2016). Derecho penal parte general, temas claves. Gaceta Jurídica

- Rodríguez, T. (2009). La recopilación documental como técnica de investigación.
- Rodríguez, F. (2007). Generalidades acerca de las técnicas de investigación cuantitativa. Corporación Universitaria Unitec.
- Rojas, F. (2012). Código Penal. Dos décadas de la Jurisprudencia. Tomo I. Ara Editores
- Rojas, F. (2021). La subsidiaridad y fragmentariedad del derecho penal con respecto al derecho administrativo sancionador. Repositorio PUCP. 369-368. <https://acortar.link/lfeSt6>
- Roy, L. (2018). Causas de extinción de la acción penal y de la pena. Gaceta Jurídica
- Romero, H. (2008) *La prescripción penal*. Abeledo-Perrot.
- Salas, C. (2007). El iter criminis y los sujetos activos del delito. Revista Internauta de Práctica Jurídica. Núm. 19 <https://acortar.link/GTHwdK>
- Sánchez, F. (2019). Fundamentos Epistémicos de la Investigación Cualitativa y Cuantitativa: Consensos y Disensos. Revista Digital De Investigación En Docencia Universitaria ISSN 2223-2516
- San Martín, C. (2014). Derecho procesal penal. Grijley
- Sauer, W. (2016). El injusto como delito. Instituto Pacífico
- Tam, J., Vera, G., y Oliveros, R. (2008). Tipos, métodos y estrategias de investigación científica. Pensamiento y Acción

Tantaleán, R. (2016). Tipología de las investigaciones jurídicas. Derecho y Cambio Social

Tribunal Constitucional. (2005). Sentencia del Expediente N.º 0019-2005-PI/TC. <https://acortar.link/qTHQTj>

Tribunal Constitucional. (2006). Sentencia del Pleno Jurisdiccional N.º 12-2006-PI/TC. <https://acortar.link/q7NQdi>

Villa, J. (2014). Derecho penal general. ARA Editores E.I.R.L.

Villabella, C. (2009). Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones. UNAM

Villavicencio, F. (2016). Derecho penal parte general. Grijley

Villavicencio, F. (2017). Derecho penal parte general. Fondo Editorial PUCP

Villavicencio, F. (2019). Derecho penal básico. Fondo Editorial PUCP <https://acortar.link/keFjs0>