

### La tentativa y su trascendencia en la determinación judicial de la pena: ¿causal de disminución de punibilidad o atenuante privilegiada?



Carlos Antonio CUSTODIO RAMÍREZ\*

*Tras explicar en qué consiste la figura de la tentativa delictiva, el autor sostiene que esta, al momento de determinar la pena en el sistema penal peruano, constituye una causal de disminución de punibilidad, y no una atenuante privilegiada, lo cual tiene incidencia al momento de individualizar la pena, pues la tentativa solo debe aplicarse para reducirla prudencialmente, después que ya se fijó la pena concreta, indistintamente en el tercio que la hayan ubicado.*

RESUMEN

#### MARCO NORMATIVO

- **Código Penal:** arts. 13, 14, 21, 22, 25, 16, 45, 45-A y 180.
- **Ley N° 30364:** publicada el 23 noviembre 2015.

**PALABRAS CLAVE:** Tentativa / Determinación de la pena / Atenuante privilegiada / Causal de disminución de punibilidad

**Fecha de envío:** 30/01/2017

**Fecha de aprobación:** 06/02/2017

#### I. Introducción

Como se puede apreciar con la promulgación de la Ley N° 30076, el día 19 de agosto de 2013, se implementó acertadamente las normas tendientes a la determinación judicial de la pena, contenidos en el Código Penal, a través de los artículos 45 y 46, específicamente, en el cual se aprecia las circunstancias atenuantes y agravantes genéricas así como las atenuantes privilegiadas y agravantes calificadas, regulación de suma importancia que nos va a permitir tener en cuenta las circunstancias que se tienen en referencia para la determinación de la pena de un acusado con respecto a un hecho delictual en concreto.

\* Fiscal Adjunto Provincial Penal Titular de la Cuarta Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Maynas - Primer Despacho de Investigación y Decisión Temprana en el Distrito Fiscal de Loreto. Abogado por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.

Con la promulgación de la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30364, publicada el 23 de noviembre de 2015, se implementó un sistema de determinación de la pena de suma importancia, ya que al incorporar el artículo 45-A del Código Penal, nos va a permitir tener predictibilidad al momento de la imposición de la pena, y que esta vaya acorde a los parámetros preestablecidos, dejando de lado el sistema anterior denominado en el argot judicial “ojo de buen cubero”, denominación en virtud de la cual la pena era solicitada por el fiscal y se imponía sin mayores controles, estando sujeto a arbitrariedades; sin embargo, resulta positivo el sistema de tercios adoptado por la legislación peruana a efectos de determinar tan importante asunto como lo es la imposición de la pena en cada caso concreto.

Este sistema de tercio, en aplicación del nuevo Código Procesal Penal –no tan nuevo pues data de 2004–, permite que inclusive la pretensión de la pena requerida por el fiscal en la acusación sea objeto de control a nivel de la etapa intermedia en la audiencia de control de acusación; asimismo, permite evaluar los acuerdos de terminación anticipada cuando sean sometidos a la aprobación del juez, en el cual se tendrá que aprobar aspectos como la pena y la reparación civil.

Así las cosas, en la praxis judicial, se ha podido apreciar que con frecuencia los jueces, fiscales o abogados consideran que la tentativa constituye una atenuante privilegiada y, por ende, otorgan los efectos contemplados por el artículo 45-A numeral 3 literales a) y c) del Código Penal, es decir, en caso de estar presente la tentativa, únicamente la pena tendría que ubicarse por debajo del extremo inferior de la pena conminada, o en caso de concurrencia con una

agravante cualificada, determinar la sanción dentro de la pena básica conminada para el delito materia de acusación; sin embargo, existe una vertiente en la doctrina que considera que la tentativa no constituye una circunstancia atenuante privilegiada, por ende su operatividad y efectos son distintos, por lo tanto incide en la determinación de la pena de forma distinta, posición que concuerda con la interpretación de la normativa vigente y la naturaleza de la tentativa así como del sistema instaurado de tercios para la determinación de la pena en nuestro país.

## II. La tentativa en la legislación penal peruana

Con respecto a la tentativa, se encuentra regulada en el Código Penal en el artículo 16, el cual señala que: “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. La tentativa es la interrupción del proceso de ejecución tendente a alcanzar la consumación. Estas interrupciones pueden ser voluntarias (desistimiento) o involuntarias (externas o accidentales)”<sup>1</sup>.

“La tentativa como intento, no es un delito en sí, sino que como obra encaminada a la consumación de un delito determinado, no ha podido, a pesar del fin propuesto, destruir el bien jurídico que se quería o que proponía. El bien se salva o lo salvan determinadas circunstancias que, al concurrir, impiden la consumación. Lo cierto es que desde el punto de vista del autor, este no puede alcanzar o lograr su meta porque las circunstancias que no son más que accidentes, le hacen desistir involuntariamente de la finalidad propuesta; es que se lo impide. En ese

1 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Grijley. Lima, 2006, p. 421.

sentido, la tentativa implica un desistimiento, pero involuntario, porque este desistimiento no se nutre de elementos jurídicos que a ese objeto son el discernimiento, la intención y la libertad”<sup>2</sup>.

Lo que atañe al tema materia de desarrollo es lo referido al efecto de la tentativa en la determinación de la pena. Como se aprecia, el artículo 16 del Código Penal estipula que: “el juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena”, por ende teniendo en consideración que el proceso del delito está compuesto por una fase interna que comprende a la ideación, así como de una fase externa que considera a los actos preparatorios, la tentativa, consumación y el agotamiento del delito. Es en la fase externa donde aparecerá la tentativa, y jugará un papel importante al momento de la determinación de la pena, dependiendo de la consideración de esta figura como una atenuante privilegiada o una causal de disminución de punición, pues tendrá un efecto cuantitativo relevante con respecto a la graduación de la pena.

### **III. Sistema de tercios como el sistema de determinación judicial de la pena en la legislación peruana y determinación en el ámbito comparado**

En el presente apartado, apreciaremos el sistema de determinación de la pena aplicado en el Perú, así como en la legislación comparada.

1. En el Perú, mediante la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30364, publicada el 23 de noviembre de 2015, que modificó el Código Penal, artículo 45 referido a los presupuestos para fundamentar y

#### **Comentario relevante del autor**



**La tentativa como intento no es un delito en sí, sino que, como obra encaminada a la consumación de un delito determinado, no ha podido, a pesar del fin propuesto, destruir el bien jurídico que se quería o que proponía.**

determinar la pena e incorporó el artículo 45-A, respecto a la individualización de la pena, instaurando el sistema de tercios en los siguientes términos:

“Artículo 45. Presupuestos para fundamentar y determinar la pena

El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta:

- a. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad.
- b. Su cultura y sus costumbres.
- c. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad”.

“Artículo 45-A. Individualización de la pena

Toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.

2 LAJE ANAYA, Justo y GAVIER, Enrique Alberto. *Notas al Código Penal argentino*. Tomo I, Parte general, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1999, p. 249.

Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas de delito o modificatorias de la responsabilidad.

El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas:

1. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes.
2. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas:
  - a) Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior.
  - b) Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio.
  - c) Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior.
3. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera:
  - a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior;
  - b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y

- c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito”.

Como se aprecia, en el sistema de determinación de pena, en la legislación peruana, se acoge el sistema de tercios a efectos de determinar la pena, previa aplicación de agravantes, atenuantes, agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas.

Sin embargo, resulta importante apreciar cuál es el sistema que se adopta en los sistemas penales a nivel comparado. A manera de ilustración se aprecia que el sistema peruano como se ha indicado determina la pena a través del sistema de tercios, de conformidad con el artículo 45-A del Código Penal.

2. En el Derecho comparado, se aprecia que Colombia acoge el sistema de cuartos, de conformidad a su Código Penal, en el artículo 61, el cual señala:

Código Penal colombiano, artículo 61.- “Fundamentos para la individualización de la pena.

Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo. El sentenciador solo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva. Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá

ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto. Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda. [Adicionado por el artículo 3 de la Ley 890 de 2004]. El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la fiscalía y la defensa”.

3. En el caso de Bolivia no se aprecia un sistema de determinación con parámetros, dado que conforme lo señala su Código Penal, es el juez quien aplicará la pena dentro de los límites legales, conforme se aprecia en lo señalado en el artículo 37 de dicho Código Penal:

Código Penal boliviano, artículo 37 (fijación de la pena).- “Compete al juez, atendiendo la personalidad del autor, la mayor o menor gravedad del hecho, las circunstancias y las consecuencias del delito.

Tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho, en la medida requerida para cada caso.

Para determinar la pena aplicable a cada delito, dentro de los límites legales”.

4. El caso de Nicaragua es similar al de Bolivia, dado que no se aprecia un sistema de determinación de la pena, siendo el juez quien la determina dentro de la pena conminada, como lo establece su Código Penal:

Código Penal de la República de Nicaragua, artículo 77.- Los jueces determinarán la pena, adoptando entre el *maximum* y el *minimum* que la ley señale al delito. En la sentencia deberán expresar los motivos en que se fundaron.

Cabe referir ahora, que cada sistema legislativo acoge determinados sistemas de determinación de la pena, ya sea tercio, cuartos e inclusive ninguno de estos, quedando la graduación de esta al criterio de juez, conforme a los parámetros establecidos en cada sistema legal penal.

#### IV. La tentativa: ¿causal de disminución de punibilidad o atenuante privilegiada?

A efectos de determinar la naturaleza e incidencia de la tentativa en la determinación judicial de la pena, hay que tener en consideración lo señalado por el doctor Prado Saldarriaga<sup>3</sup>, con respecto a las **circunstancias agravantes calificadas y atenuantes privilegiadas**, cuando señala que: “esta clase de circunstancias se distingue porque su eficacia incide directamente sobre la estructura de la pena conminada. Esto es, sus efectos alteran o modifican los límites mínimos o máximos de la penalidad legal prevista para

3 PRADO SALDARRIAGA, Víctor y otros. *Determinación judicial de la pena*. Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 55.

## Comentario relevante del autor



**Las reglas de reducción por bonificación procesal, que inciden en la pena concreta, se justifican por la eficacia motivadora que ejercen para generar efectos de abreviación de la actividad procesal que demanda el caso o de una conducta proactiva de colaboración con la administración de justicia por parte del autor o partícipe de un delito.**

el delito, configurando un nuevo marco de conminación penal. Efectivamente si se trata de circunstancias agravantes calificadas se produce una modificación ascendente que se proyecta por encima del máximo legal original, el cual ahora se convierte en mínimo”.

Constituyendo circunstancias agravantes calificadas las contenidas en el artículo 46-A (circunstancias agravantes por condición del sujeto activo), 46-B (reincidencia), 46-C (habitualidad), 46-D (uso de menores en la comisión del delito). Igualmente las contenidas en artículo 22 de la Ley N° 30077 “Ley contra el crimen organizado”.

En cambio, cuando concurre una circunstancia atenuante privilegiada, lo que varía de modo descendente es el mínimo legal original y que será sustituido por uno nuevo e inferior. No existen de momento en la legislación

vigente, circunstancias atenuantes privilegiadas. Es decir en la legislación aún no se ha considerado circunstancias atenuantes privilegiadas, sin perjuicio que estas sean incluidas posteriormente de *lege ferenda*.

Es punto importante y crucial lo señalado por el maestro Prado Saldarriaga con respecto a que: “cabe señalar que no tienen la condición de atenuantes privilegiadas las causales de disminución de punibilidad ni las de reducción punitiva por bonificación procesal, ya que si bien posibilitan una penalidad por debajo del mínimo legal, su utilidad jurídica así como su oportunidad operativa son muy distintas”<sup>4</sup>.

Al respecto hay que tener en consideración que las causales de disminución o incremento de punibilidad no son atenuantes o agravantes. En ese marco, constituyen causales de disminución o incremento de punibilidad las siguientes figuras contempladas en el Código Penal: artículo 13 (omisión impropia), artículo 14 (error de tipo, error de prohibición), artículo 15 (error de comprensión culturalmente condicionado), artículo 16 (tentativa), artículo 21 (responsabilidad atenuada), artículo 22 (responsabilidad restringida por la edad), artículo 25 (complicidad primaria y secundaria).

Así como las reglas de reducción por bonificación procesal, que se trata de premios o recompensas, que inciden en la pena concreta reduciendo porcentualmente su extensión. Se justifica por la eficacia motivadora que ejercen para generar efectos de abreviación de la actividad procesal que demanda el caso o de una conducta proactiva de colaboración con la administración de justicia que

4 PRADO SALDARRIAGA, Víctor y otros. Ob. cit., p. 56.

ejerce el autor o partícipe de un delito, por lo que su ubicación legislativa se encontrará en las normas procesales. En el Derecho nacional contamos con las siguientes: la confesión sincera, la terminación anticipada del proceso, la colaboración eficaz, la conclusión anticipada de la audiencia o de conformidad.

Todas estas instituciones penales y procesales penales citadas, que si bien disminuyen la pena, no son circunstancias atenuantes privilegiadas, dado que como se ha señalado no están previstas como tal en la legislación penal hasta el momento. En ese sentido, la tentativa, no constituiría una circunstancia atenuante privilegiada al momento de determinar la pena en el sistema penal peruano, sino una causal de disminución de punibilidad, por ende, tiene un efecto distinto al momento de determinar la pena.

## V. Efecto de la tentativa en la determinación de la pena

En consecuencia a lo señalado en el punto anterior, se infiere que la tentativa no constituye una atenuante privilegiada; siendo más bien una causal de disminución de punibilidad, por ende, su efecto no será el determinar la pena por debajo del mínimo legal, o en el caso de concurrencia de una agravante calificada y la tentativa, continúe como rango de pena conminada lo establecido primigeniamente para el delito en cuestión, de conformidad a lo establecido en el Código Penal, artículo 45-A, numeral 3 literales a) y c).

Lo señalado encuentra sustento también en la redacción del artículo referido a la tentativa en el Código Penal peruano; el que establece lo siguiente:

### Artículo 16 (tentativa).-

“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”.

Es decir, en el caso de configuración de la tentativa, tendrá como efecto disminuir prudencialmente la pena, mas no el de fijarla por debajo del tercio inferior o extremo mínimo establecido, es decir, no es una atenuante privilegiada, sino una causal de disminución de punibilidad.

Habiendo establecido el efecto de la tentativa al determinar la pena, se infiere que esta y sus efectos de disminución de punibilidad se aplicarán una vez determinada la pena a través del sistema de tercios previstos en los artículos 45, 45-A y 46 del Código Penal, por ende, en un primer momento se determina la pena, luego se aplica el artículo 16 del Código Penal referido a la tentativa, aplicando sus efectos como causal de disminución de punibilidad, es decir, una vez determinada la pena en el tercio correspondiente se disminuirá prudencialmente la pena.

El efecto de la tentativa en la determinación de la pena, así como la concepción que asuman los operadores jurídicos, incide de forma sustancial en la aplicación de la pena, dado que si el juez asume que la tentativa es una atenuante privilegiada, graduará la pena por debajo del extremo inferior de la pena conminada o en caso de concurrencia de una agravante calificada y la presencia de la tentativa, graduará la pena en los extremos conminados primigeniamente y no por encima del tercio superior a efectos de determinar la pena con la respectiva reducción de punibilidad.

En esta línea, hará lo mismo el fiscal en su requerimiento acusatorio o ante una posible terminación anticipada –al momento de graduar la pena dependiendo del efecto que este le asigne a la tentativa sobre la determinación de la pena–, y por qué no decirlo también la defensa del investigado o imputado

para negociar una terminación anticipada u observar una probable acusación fiscal.

Verbigracia, ante un hipotético caso, digamos un robo simple contemplado en el artículo 188 del Código Penal, en grado de tentativa, cometido por un reincidente, ¿cómo graduaríamos la pena considerando a la tentativa?

Para lo cual se tendrá que tener en consideración que la condición de reincidente constituye una agravante cualificada conforme a lo establecido en el artículo 46-B del Código Penal, que establece lo siguiente:

#### **“Artículo 46-B. Reincidencia.-**

El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Tiene igual condición quien después de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años.

**La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.**

El plazo fijado para la reincidencia no es aplicable a los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. En estos casos, el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. Si al agente se le indultó o conmutó la pena e incurre

en la comisión de nuevo delito doloso, el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

En los supuestos de reincidencia no se computan los antecedentes penales cancelados o que debieren ser cancelados, salvo en los delitos señalados en el tercer párrafo del presente artículo”.

Para fines de resolver el caso planteado, también se tendrá en consideración la pena conminada en el delito de robo simple establecido en el Código Penal, el cual establece una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años, conforme se aprecia en el artículo 188 del Código Penal, el cual establece lo siguiente:

#### **“Artículo 188.- Robo.-**

El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad **no menor de tres ni mayor de ocho años”.**

Por lo tanto, la pena a imponer dependerá de la concepción que se tenga sobre la tentativa y su incidencia en la determinación de la pena, pues se presentan dos escenarios, que ante un mismo caso, pueden comportar resoluciones distintas.

**Escenario primero:** Si se considera a la tentativa como atenuante privilegiada, ante este supuesto, la pena a imponerse, teniendo en consideración la presencia de una agravante cualificada como lo es la reincidencia, el rango para determinar la pena en aplicación del artículo 45-A, numeral 3, literal c), del Código Penal, la pena se determinará dentro del rango

de la pena básica, es decir, se aplicará el sistema de tercios dentro de los tres a ocho años de pena básica para el delito de robo.

**Escenario segundo:** Si se considera a la tentativa como causal de disminución de punibilidad, ante este supuesto la pena a imponerse, teniendo en consideración la presencia de una agravante cualificada como lo es la reincidencia el rango para determinar la pena en aplicación del artículo 45-A, numeral 3, literal b), del Código Penal, la pena se determinará por encima del tercio superior, es decir se aplicará el sistema de tercios por encima del tercio superior, siendo que para el caso de la reincidencia como agravante cualificada esta será de conformidad a lo establecido en el Código Penal artículo 46-B **se aumentará la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.**

Por lo tanto en este escenario, la pena a imponerse tendrá un rango de determinación como nuevo extremo inferior el de ocho años, los cuales aumentados en una mitad por encima del máximo legal para el tipo penal, establecerá como nuevo extremo superior el de doce años. O sea, se fijará la pena en nuevo rango de pena que va de los ocho años a los doce, y luego de determinada la pena, se aplicará la tentativa como causal de disminución de punibilidad disminuyendo prudencialmente la pena.

Otro claro ejemplo de cómo varía la pena, se aprecia en el mismo supuesto propuesto, pero esta vez eliminando la condición de reincidente, también se aprecia dos escenarios hipotéticos dependiendo de cómo se le considere a la tentativa:

**Primer escenario:** Si se considera a la tentativa como atenuante privilegiada,

### Comentario relevante del autor



**Habiendo establecido el efecto de la tentativa al determinar la pena, se infiere que esta y sus efectos de disminución de punibilidad se aplicarán una vez determinada la pena a través del sistema de tercios previstos en los artículos 45, 45-A y 46 del Código Penal.**

ante este supuesto la pena a imponerse en aplicación del artículo 45-A numeral 3 literal a, del Código Penal, la pena a imponerse estará por debajo del tercio inferior, es decir para delito de robo simple, la pena a imponerse estará por debajo de los tres años como límite inferior para el delito de robo.

**Escenario segundo:** Si se considera a la tentativa como causal de disminución de punibilidad, ante este supuesto, la pena a imponerse determinará dentro de la pena conminada para el delito en mención, es decir, se aplicará el sistema de tercios, una vez determinada la pena concreta, la cual puede estar en cualquiera de los tercios inferior, intermedio o superior —dependiendo de las características—, se aplicaría la causal de disminución de punibilidad, como lo constituye la tentativa, prevista en el artículo 16 del Código Penal, mediante la cual se disminuirá prudencialmente la pena.

En efecto, la concepción que se tenga de la tentativa como atenuante privilegiada o causal de disminución de punibilidad por parte de los operadores de Derecho, incidirá sustancialmente en la determinación de la pena; sin embargo, conforme a lo expresado y lo contenido en ley y la doctrina autorizada,

la tentativa en definitiva, es una causal de disminución de punibilidad y no una atenuante privilegiada, lo cual debe ser tenido en cuenta por la gran importancia e incidencia al momento de determinar la pena en los casos ventilados en la praxis judicial.

## VII. Conclusiones

**Primera.-** La tentativa constituye una causal de disminución de punibilidad y no una atenuante privilegiada.

**Segunda.-** La concepción que tengan los operadores del Derecho con respecto a la incidencia de la tentativa en la determinación de la pena, influirá sustancialmente a efectos de determinar la pena en cada caso concreto.

**Tercera.-** Constituye una labor de *lege lata* la determinación de las atenuantes privilegiadas para los fines de lo señalado en el artículo 45-A, numeral 3, literales a) y c) del Código Penal, para una determinación

de la pena con el efecto de las atenuantes privilegiadas.

**Cuarta.-** El sistema de tercios acogido en la legislación peruana a efectos de determinar la pena, constituye un avance positivo para la predictibilidad de los rangos y, por ende, de la pena concreta a imponerse teniendo en consideración las atenuantes y agravantes simples así como las atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas.



## Bibliografía

- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Grijley. Lima, 2006.
- LAJE ANAYA, Justo y GAVIER, Enrique Alberto. *Notas al Código Penal argentino, Tomo I, Parte general*. Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba 1999.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor y otros. *Determinación judicial de la pena*. Instituto Pacífico, Lima, 2015.