

Determinación individual de la pena

Si bien por los principios que fundamentan la pena su determinación debe ser individualizada, ello no autoriza a reducciones antojadizas que sitúan la pena concreta muy por debajo de la conminada y que desmerecen los fines de prevención especial y general que la sustentan.

Lima, doce de noviembre de dos mil veinte

VISTOS: el recurso de nulidad formulado por el **Ministerio Público** contra la sentencia conformada emitida el veinticuatro de agosto de dos mil dieciocho por la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, que condenó a Jhonny Andrés Rivera Ayala como autor del delito contra el patrimonio-robo agravado en grado de tentativa –tipificado en el artículo 188 (tipo base) y los numerales 5 (en cualquier medio de locomoción de transporte público) y 7 (en agravio de mujer en estado de gravidez) del primer párrafo del artículo 189 del Código Penal–, en perjuicio de Irma Pomasoncco Conde, y le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el término de tres años y fijó el pago de S/ 1000 (mil soles) por concepto de reparación civil.

Intervino como ponente el señor juez supremo SEQUEIROS VARGAS.

CONSIDERANDO

Primero. Fundamentos de la impugnación

La representante del Ministerio Público impugna la pena impuesta. Alega que dicho extremo de la sentencia vulnera el derecho a la debida motivación y el principio de legalidad. Solicita que se reforme y se impongan ocho años, seis meses y veintiséis días. Sus fundamentos son los siguientes:

- 1.1. Se redujo la pena por conceptos no establecidos legalmente, vulnerando así los principios de proporcionalidad y lesividad al bien jurídico protegido.
- 1.2. Atendiendo a que solo concurren circunstancias atenuantes y al grado de ejecución –tentativa–, se debe ubicar la pena en el mínimo del tercio inferior, esto es, doce años de pena privativa de libertad; luego se debe reducir por confesión sincera, lo que sitúa la pena en diez años de privación de libertad, y a esto se reduce un séptimo por someterse a la conclusión anticipada, por lo que la pena a imponer debe ser de ocho años, seis meses y veintiséis días.
- 1.3. La reducción por tentativa debe atender a que se trata de una causal de disminución de la punibilidad y no de una atenuante privilegiada y al efecto generado por el delito. En el presente caso, la agraviada era una persona en estado de gestación (ocho meses) y conforme al certificado médico legal resultó con lesiones que ocasionaron que sufriera dolores en la parte baja del vientre; aunado a ello, por la impresión y alteración emocional del momento pudo haber sufrido un parto prematuro, lo cual debió ser tomado en cuenta por el Colegiado, máxime si la dosificación de la pena no es proporcional a las circunstancias del hecho y el bien jurídico atentado.
- 1.4. No obra pericia toxicológica que determine que el acusado se encontraba en estado de ebriedad. No basta su declaración en tal sentido o la versión del personal de serenazgo, que señaló: “Pareciera que estuviera en cierto grado o estado de embriaguez”. Lo relevante es la prueba pericial, por lo que no debió considerarse como atenuante cualificada y reducirse por este concepto.

1.5. No debieron reducirse cuatro meses por el principio de lesividad y proporcionalidad. Se puso en peligro la integridad física de la agraviada y del bebé que esperaba, por lo que es errada la conclusión del Colegiado respecto a que las lesiones en el bien jurídico son mínimas. Ha de tomarse en cuenta lo establecido en el Recurso de Nulidad número 3763-2011/Huancavelica respecto a que los comportamientos sumamente reprochables deben ser objeto de represión penal.

Segundo. Acusación fiscal

Sostiene el Ministerio Público que el primero de julio de dos mil catorce, a las 18:00 horas aproximadamente, la agraviada Irma Pomasoncco Conde, con ocho meses de gestación, se encontraba viajando a bordo de un vehículo de transporte público de pasajeros, circunstancia en la que el procesado Jhonny Andrés Rivera Ayala, quien se encontraba a bordo del vehículo, en forma rápida y violenta pretendió arrebatarse su cartera y, ante la resistencia de la agraviada, utilizó la fuerza física, haciéndola caer al suelo y provocándole lesiones. La actitud del chofer del vehículo, quien cerró la puerta, y la ayuda de los pasajeros posibilitaron que se aprehendiera al acusado y se recuperaran los bienes de la agraviada.

Tercero. Pronunciamiento jurisdiccional

3.1. Si bien por los principios que fundamentan la pena su determinación debe ser individualizada, ello no autoriza a reducciones antojadizas que sitúan la pena concreta muy por debajo de la conminada y que desmerecen los fines de prevención especial y general que la sustentan.

- 3.2.** Ciertamente, el numeral 2 del artículo 46 del Código Penal excluye como circunstancias agravantes genéricas las agravantes específicas del delito; sin embargo, esto no implica que no se pueda dosificar la pena de acuerdo con la concurrencia del número de agravantes específicas del tipo penal imputado. La concurrencia de cada una de estas determina un alejamiento del mínimo de la pena conminada.
- 3.3.** Aunque el procesado carezca de antecedentes penales –circunstancia atenuante que ubica la pena en el tercio inferior–, la concurrencia de dos agravantes específicas no permite ubicarla en el límite mínimo de dicho tercio.
- 3.4.** El artículo 20 del Código Penal establece que el que sufre alteraciones en la percepción que afectan gravemente su concepto de la realidad está exento de responsabilidad penal, y el artículo 21 del mismo código dispone que, cuando no concurra algunos de los requisitos necesarios para desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez puede disminuir prudencialmente la pena. Sin embargo, no puede desprenderse de la lectura de estos dos artículos que es suficiente que el procesado se encuentre en estado de embriaguez para que automáticamente se deba disminuir la pena.
- 3.5.** Ciertamente, el alcohol causa alteración de la percepción, pero no todo grado de embriaguez afecta el discernimiento de las personas. Obrar bajo los efectos del alcohol es una causa de disminución cuando el agente se encuentra bajo notorios efectos del consumo de alcohol, según lo dispone el artículo 21 del Código Penal. No basta la ebriedad superficial.
- 3.6.** El alcohol causa un efecto desinhibidor y por ello muchas veces los agentes delictivos suelen utilizarlo para darse valor y tornarse

más agresivos en la perpetración del delito, por lo que tal circunstancia debe ser evaluada en cada caso concreto. Solo exime de responsabilidad penal aquel estado de total obnubilación de la conciencia que origina el consumo del alcohol, en que la persona no tiene noción de sus actos porque su conciencia ha sido anulada por el consumo del alcohol, y atenuará la responsabilidad cuando el grado de alcoholismo disminuye significativamente la percepción de una persona sobre los actos que realiza. No causa ninguna consecuencia jurídica el hecho de haber consumido alcohol que no afecta la percepción de la persona sobre su conducta y es consciente de sus actos, y se percata cabalmente de lo bueno y lo malo. En consecuencia, referir que una persona despedía olor a licor no implica una justificación para disminuir la pena.

- 3.7.** En el presente caso solo obra el dicho del encausado en tal sentido, mientras que el personal del serenazgo no estaba seguro de ello (solo lo sospechó por su grado de agresividad y su resistencia al arresto), lo que evidencia que, si estuvo ebrio, no era evidente y mucho menos estaba disminuida o anulada su percepción de la realidad.
- 3.8.** Por otro lado, el procesado afirma que no se dio cuenta de que la agraviada estaba embarazada –fojas 15-17–; pero a los ocho meses el estado de gravidez de una persona es notorio y el grado de violencia con el que aquel actuó, provocando que esta cayera al piso, denota su peligrosidad.
- 3.9.** La tentativa es causal de disminución de la punibilidad y no una atenuante privilegiada que necesariamente amerite la imposición de la pena por debajo del mínimo legal. El *quantum* de la disminución por este concepto es prudencial, atendiendo al caso concreto.

- 3.10.** En cuanto a la lesividad del bien jurídico, en la sentencia impugnada se indica que la lesión al bien jurídico fue mínima por tratarse de un delito en grado de tentativa; sin embargo, no se ha considerado que se trata de un delito pluriofensivo en el que sí ha resultado afectada la integridad física no solo de la agraviada, sino la del bebé que esperaba, ya que en el certificado médico legal -foja 19- se señala que aquella presentaba una gestación de ocho meses y refirió dolor, contracciones y disminución de los movimientos fetales a causa de estos hechos.
- 3.11.** La evaluación del grado de violencia contra las personas al momento de la comisión del delito debe tomar en cuenta la condición de estas. No es lo mismo agredir a personas vulnerables que a otras que no lo son; en las primeras, el sujeto activo aprovecha su grado de indefensión, lo que acarrea un mayor reproche moral a su acción, pues evidencia su menosprecio a la vida y salud de los demás, más aún cuando no solo puso en peligro la salud de la agraviada, sino la de su bebé.
- 3.12.** No se aprecia que en el presente caso se haya producido la confesión sincera prevista en el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales. Conforme se señala en el fundamento jurídico 20 del Acuerdo Plenario número 5-2008/CJ-116, la confesión sincera es una institución distinta a la conformidad procesal. Al procesado se le intervino en flagrancia delictiva, no brindó un relato detallado de los hechos ni aportó algo nuevo, y en la conformidad procesal se limitó a reconocer la veracidad del supuesto fáctico de la acusación, por lo que no cabe reducción por este concepto, como alega el recurrente.

- 3.13.** Por lo expuesto, no se encuentra arreglado a ley ni resulta proporcional a los fines de prevención general y especial de la pena el imponerle al acusado cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por tres años.
- 3.14.** El tipo penal imputado (numerales 5 y 7 del primer párrafo del artículo 189) prevé una pena mínima de doce años. La carencia de antecedentes penales nos sitúa en el tercio inferior, pero la concurrencia de dos agravantes específicas nos eleva por encima del mínimo de la pena conminada. A esto hay que agregarle las condiciones personales del acusado, que como ya se expresó denotan peligrosidad. El grado de ejecución (tentativa) determina una reducción de la pena –debe tenerse presente que en este caso el delito no se llegó a consumar no por el desistimiento voluntario del agente, sino por la intervención de terceras personas–, que atendiendo al principio de proporcionalidad, aunado a la reducción por concepto de beneficio premial, da como resultado una pena concreta total de nueve años de privación de libertad.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. DECLARARON HABER NULIDAD** en la sentencia conformada emitida el veinticuatro de agosto de dos mil dieciocho por la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, en el extremo en el que al condenar a **Jhonny Andrés Rivera Ayala** como autor del delito contra el patrimonio-robo agravado en grado de tentativa –tipificado en el artículo 188 (tipo base) y los numerales 5 (en cualquier medio de locomoción de transporte público) y 7



(en agravio de mujer en estado de gravidez) del primer párrafo del artículo 189 del Código Penal-, en perjuicio de Irma Pomasoncco Conde, le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el término de tres años; **REFORMÁNDOLA**, le impusieron nueve años de pena privativa de libertad, la que debe ser computada una vez que el procesado sea capturado, por lo que el Colegiado Superior debe impartir las correspondientes órdenes de ubicación y captura; con lo demás que contiene.

II. MANDARON que se transcriba la presente ejecutoria suprema al Tribunal de origen. Hágase saber y archívese.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

IASV/mirr