



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 1309-2019
LIMA SUR**

**BASES PARA IMPONER LA PENA EN DELITOS
TENTADOS**

Si el delito ha quedado en grado de tentativa, corresponde aplicar la pena por debajo del mínimo legal, en la que se observarán los criterios de lesividad y proporcionalidad de las penas y los beneficios procesales si los hubiera.

Lima, doce de mayo de dos mil veintiuno

VISTO: el recurso de nulidad¹ interpuesto por la defensa del sentenciado Jean Carlos Simbron Soriano, contra la sentencia del veintinueve de abril de dos mil diecinueve², que lo condenó como autor del delito tentado de robo con agravantes, en perjuicio de Aquilino Ccahuana Serrano, e impuso siete años de privación de libertad, con lo demás que contiene.

Intervino como ponente el juez supremo **GUERRERO LÓPEZ**.

CONSIDERANDO

I. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Primero. El recurrente solicitó se revoque la sentencia y se rebaje la pena impuesta a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, sobre la base de los siguientes fundamentos (cita textual):

"a) El solo acogerse a la Conclusión Anticipada le disminuye dos años, por lo tanto nos quedaríamos en diez años.

b) Por ser un delito en grado de tentativa – artículo 16 del Código Penal se le debe disminuir otros dos años, no ha sufrido pérdida de su patrimonio el agraviado, nos queda en ocho años de PPL.

c) Por encontrarse en estado de embriaguez y haber consumido drogas, por lo tanto se encontraba con su conciencia perturbada se le debe disminuir un año – nos quedamos en siete años. Art. 21 del código penal.

¹ Cfr. folios 284 a 285.

² Cfr. folios 275 a 279.



d) Artículo 46 del Código Penal – literal a) carece de antecedentes penales, no se toma en cuenta la pena suspendida en un supuesto que la tuviese. Se le debe disminuir un año nos quedamos en seis años.

e) Artículo 46 literal "h" del Código Penal – la edad del imputado y mi patrocinado es una persona joven hecho que ha incidido en la comisión del delito se le disminuye un año, nos quedaríamos en cinco años.

f) Artículo 45 del Código Penal las carencias por las que a sufrido el imputado proviene de una zona urbano marginal, carece de estudios, etc. Se le disminuye un año nos quedamos en cuatro años la cual considero que debe convertirse en una pena suspendida a cuatro por tres. Por lo tanto, la pena a imponerse es una pena suspendida."

II. HECHOS

Segundo. Según los términos de la acusación fiscal³ se atribuye a David Juan Osorio Simbrón y **Jean Carlos Simbrón Soriano**, haber actuado en forma concertada para despojar de sus pertenencias al agraviado Aquilino Ccahuana Serrano, hecho ocurrido aproximadamente a las siete y cincuenta horas del veinte de septiembre de dos mil dieciséis, por la avenida Joaquín Bernal del distrito de San Juan de Miraflores, en circunstancias que el agraviado hablaba por su teléfono celular, cuando fue sorprendido por el procesado Jean Carlos Simbrón Soriano, quien le dobló la muñeca de la mano izquierda y le arrebató su celular valorizado en cuatrocientos ochenta soles, para seguidamente huir a bordo de un vehículo menor con placa de rodaje N.º 2487-88, marca BAJAJ color azul, que era conducido por el procesado David Juan Osorio Simbrón, quien lo esperaba con el motor encendido, dándose ambos a la fuga; no obstante, el agraviado lo persiguió y alcanzó, cogiéndolo de su casaca, fue arrastrado durante todo el trayecto, hasta que al girar en una esquina a toda velocidad, la mototaxi se volteó, cayendo encima de la rodilla del agraviado, procediendo los vecinos del lugar a auxiliarlo y aprehender a los facinerosos, recuperando el teléfono celular del agraviado.

³ Cfr. folios 104 a 125.



III. ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

Control Formal

Tercero. La decisión cuestionada fue leída en audiencia pública del veintinueve de abril de dos mil diecinueve⁴, interponiendo el recurso en dicha diligencia y fundamentándolo el diez de mayo del mismo año, dentro de los diez días establecidos por el numeral 5, del artículo 300, del Código de Procedimientos Penales, por lo que se encuentra dentro del plazo legal.

Análisis de fondo

Cuarto. La defensa del recurrente ha propuesto como única pretensión la reducción de la pena impuesta de siete años a cuatro años de privación de libertad, además solicita se cumpla con carácter de suspendida por el término de tres años. La condena quedó firme, en atención a que el recurrente se acogió a la conclusión anticipada del proceso reconociendo su culpabilidad.

Quinto. Es importante señalar que la imposición de la pena se rige bajo los principios contenidos en los artículos VIII y IX del Título Preliminar y los criterios establecidos en los artículos 45, 45-A⁵ y 46, todos del Código Penal.

⁴ Cfr. folios 281 y 282v.

⁵ **“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.

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 del 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.



Sexto. Además, al haberse acogido al artículo 5 de la Ley N.º 28122, conclusión anticipada, corresponde la aplicación de un beneficio conforme a lo citado en el Acuerdo Plenario N.º 5-2008/CJ-116, del dieciocho de julio de dos mil ocho, que establece que la conformidad, de cumplir los requisitos legales, importa necesariamente una reducción de la pena, dimensión que en cada caso concreto debe ser establecida razonadamente por el juez correspondiente, que debe ser inferior al sexto de detracción establecido para la terminación anticipada.

Séptimo. Finalmente, es importante dejar sentado, que en la Casación N.º 1083-2017/Arequipa, del catorce de agosto de dos mil dieciocho, se desarrollaron criterios sobre la determinación de la pena en delitos tentados, así en el fundamento 4.3 se dijo:

“4.3. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN DELITOS TENTADOS

- **La tentativa es una causa de disminución de punibilidad. No es una atenuante privilegiada.**

- *La legislación penal peruana, aun cuando la parte general referida a las consecuencias jurídicas del delito establece el tratamiento normativo de las atenuantes privilegiadas en las que la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior –literal a, del inciso tres, del artículo cuarenta y cinco-A, del Código Penal–, no registra expresamente la concurrencia de estas para su aplicación.*

- *La tentativa como causa de disminución de punibilidad se halla regulada en el segundo párrafo del artículo dieciséis del Código Penal, que establece: “El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena” Este precepto concede al juez penal la **facultad** para establecer la reducción de la sanción, **atendiendo a diversos factores, entre ellos, los efectos generados por el hecho tentado.***

3. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera:

- Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior;
- Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y
- 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.”



- **A partir de lo mencionado, surge una primera cuestión respecto al momento operacional a partir del cual se efectúa la reducción de la sanción. Si bien la imposición de la sanción debería ser por debajo del mínimo legal, su utilidad jurídica, así como su operatividad, distan de una auténtica circunstancia privilegiada.**

- La imposición de la sanción por debajo del mínimo legal obedece a los siguientes criterios:

o La parte especial del Código Penal regula la sanción de conductas consumadas.

o No se puede equiparar una conducta consumada –hubo violación– con un intento de violación –no hubo violación–. La naturaleza del delito determinará cuando en uno u otro caso se está ante un tipo penal de resultado. (...).

o La proporcionalidad demanda diferencias en la sanción a imponer a partir de la tradición legislativa con la que se regula la parte especial del Código Penal. La pena prevista en la parte especial no comprende a los delitos tentados, sino únicamente a aquellos casos en los que efectivamente hubo lesión al bien jurídico.

- En el presente caso, habiendo superado el momento operacional a partir del cual se deben fijar los parámetros de pena, **corresponde evaluar la naturaleza de la reducción a fijar en casos de tentativa; por ello, se debe precisar lo siguiente:**

o Para la determinación judicial de la pena, en casos de tentativa, **no son aplicables las reglas de los tercios** previstas en el artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal, dado que la redacción y el sentido ontológico del mencionado artículo denotan una aplicación para casos en los que se determine la sanción en los marcos de la pena legal prevista en la parte especial. Por tanto, no se puede exigir al Tribunal la aplicación de esta regla en casos de tentativa.

o **Tampoco se puede exigir al Tribunal aplicar la analogía con la bonificación punitiva concedida tanto con la terminación o conclusión anticipada, confesión sincera, en las que la naturaleza de dichas causas de disminución de punibilidad es procesal.** Los fines perseguidos en ellas están vinculados con la asunción de responsabilidad del procesado sin que el Estado demande mayor valor en la acreditación de responsabilidad; **en la tentativa se sanciona estrictamente el hecho, no la conducta procesal. Por tanto, la aplicación de la analogía en escenarios distintos no resulta razonable.**

o La regla estipulada en el artículo dieciséis concede al juez la facultad de disminuir prudencialmente la pena. El término prudencial no implica la fijación de una sanción simbólica, pues en la perpetración del hecho se realizaron todos los actos tendientes a la consumación; la voluntad criminal del agente se ejecutó, sin lograr el resultado por causas ajenas a su voluntad (...).



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 1309-2019
LIMA SUR**

Octavo. Ahora bien, teniendo claros los conceptos de determinación de la pena en delitos tentados, así como el beneficio premial para reducir la pena que establece la institución de la conclusión anticipada, es pertinente avocarse a los agravios del recurso.

Noveno. En principio, la defensa yerra al sostener que solo por el acogimiento a la conclusión anticipada y porque el delito quedó en grado de tentativa debe disminuirse cuatro años como regla general (2 años por cada una), puesto que dichas instituciones, si bien establecen la obligación de una reducción, esta se hace cumpliendo con los criterios expresados en la jurisprudencia nacional antes citada.

Décimo. Así, tal como lo señaló el Colegiado Superior, el primer ejercicio que se debe realizar es establecer la pena básica, que está determinada por los límites punitivos que establece el tipo normativo por el que se le condenó, en este caso el artículo 189 del Código Penal, robo con agravantes, que sanciona la conducta con pena no menor de 12 ni mayor de 20 años de privación de libertad.

Decimoprimer. Ahora bien, al evaluar los motivos que tuvo el colegiado superior en la imposición de la pena se advierte que, en el considerando cuarto de la sentencia recurrida se desarrolló la determinación de la pena y la reparación civil, refiriéndose en primer lugar a aspectos generales, define la pena básica (no menor de doce ni mayor de veinte años) y a continuación expresa fundamentos referidos a la pena concreta para concluir en el apartado "G" lo siguiente:

G. [...] porque el delito quedó en grado de tentativa, corresponde aminorar dos años, por el grado de responsabilidad hacerle la rebaja de dos años, por haberse acogido a los beneficios de la Ley 28122 corresponde disminuir un año y por sus condiciones personales un año; por lo tanto, este Colegiado determina que la pena en concreto que debe fijarse al acusado JUAN CARLOS SIMBRÓN SORIANO corresponde a SIETE años de pena privativa de la libertad."

Al respecto, se deben efectuar las siguientes acotaciones:



- a) La suma de los criterios expuestos, dan un total de seis años, por lo que al imponerse siete años (se descontó cinco años) se habría producido un error aritmético en la recurrida;
- b) Al margen de lo referido, habiendo quedado el delito en grado de tentativa, no cabe el ejercicio del criterio de tercios previsto en el artículo 45-A del Código Penal, en tanto, como se señaló en la Casación N.º 1083-2017/Arequipa antes citada, la pena se debe imponer necesariamente por debajo del mínimo legal, esto es por debajo de doce años, cuya determinación corresponde al juez.
- c) Como explica el autor Prado Saldarriaga, en los casos de disminución de punibilidad –como es el caso de la tentativa– la *“disminución discrecional y razonable (‘prudencialmente’) de la penalidad conminada para el delito, (...) siempre deberá operar por debajo de su extremo inicial (‘hasta límites inferiores al mínimo legal’) y cuyo límite final será en principio la pena concreta que fije el órgano jurisdiccional de modo discrecional, pero observando la proporcionalidad adecuada al caso”*⁶. En ese sentido, lo que el Colegiado Superior debió hacer fue únicamente analizar la proporcionalidad de la reducción en el marco de la peculiar causa de disminución aplicable al caso, es decir, por la tentativa, y luego, aplicar sobre esa base la reducción por bonificación procesal (conclusión anticipada de la audiencia o conformidad) que solo es una operación aritmética⁷.
- d) En la línea de lo anteriormente expuesto, cabe destacar que en el Acuerdo Plenario 7-2007/CJ116 se expresó:

“8. Al respecto, se tiene presente, como reconoce la doctrina y la jurisprudencia nacionales, el principio de proporcionalidad o de prohibición de o en exceso, incorporado positivamente en el artículo VIII, del Título Preliminar, del Código Penal, en cuya virtud: “...la pena debe ser adecuada al daño ocasionado al agente, según el grado de culpabilidad y el perjuicio socialmente ocasionado” (FELIPE

⁶ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. “La determinación judicial de la penal en la ley 30076” En determinación Judicial de la Pena. Instituto Pacífico. Primera Edición Lima Perú 2015 p. 60

⁷ PRADO SALDARRIAGA, Ob. Cit. P.67



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 1309-2019
LIMA SUR**

VILLAVICENCIO TERREROS: Derecho Penal – Parte General, Editorial Grijley, Lima, dos mil seis, páginas ciento quince y ciento dieciséis). Por consiguiente, es función del órgano jurisdiccional ejercitar y desarrollar con mayor énfasis la proporcionalidad concreta de la pena, cuando la proporcionalidad abstracta de la misma no ha sido respetada por el legislador, dentro de las posibilidades que permite el ordenamiento jurídico en su conjunto y, en especial, de los principios y valores que lo informan.

En consecuencia, desde la perspectiva sustancial del principio de proporcionalidad, es necesario adecuar la cantidad y la calidad de la pena al daño causado a la víctima, al perjuicio que con el delito de inflige a la sociedad y al grado de culpabilidad, así como al costo social del delito [entendido en su relación con sus consecuencias sociales y para el imputado –influencia en su mundo personal, familiar y social-] (ÁLVARO PÉREZ PINZÓN: Introducción al Derecho Penal, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, dos mil cinco, páginas ciento nueve y ciento doce)”.

- e)** Sobre esas bases, atendiendo a que, en el caso concreto los efectos del hecho tentado y su lesividad han sido medianamente aflictivos —se logró la recuperación del celular de la víctima pero existió incidencia en la libertad, en el patrimonio, en la tranquilidad y en la salud del agraviado—, cabe considerar una reducción de hasta cinco años, resultando siete años de pena privativa de libertad, pena a la cual, agregándose un séptimo por haberse acogido a la conclusión anticipada del juicio resulta una pena final de seis años que debe ser establecida en la presente resolución, no siendo admisible una pena menor ni mucho menos suspendida como ha planteado la defensa, sobre todo por el carácter pluriofensivo del delito tentado.
- f)** Al margen de lo expuesto, debe señalarse que, en el punto c del fundamento segundo de la impugnación se hizo referencia a un estado de incapacidad relativa por el consumo de alcohol y drogas, sin embargo, esto no forma parte de los actuados, no se halla acreditada tal situación y mucho menos fue alegada en la audiencia de juicio oral, por lo que no es un criterio válido para la disminución de la penalidad.



g) Complementariamente a lo reseñado, debe quedar claramente establecido, que los temas referidos a las condiciones personales del agente, la falta de antecedentes penales, la edad del imputado, y carencias sociales, constituyen aspectos que se tienen en cuenta en el sistema de tercios dentro del marco punitivo precisado en la parte general del Código Penal. En ese sentido, los agravios sostenidos en los literales d, e y f del recurso, que haciendo alusión a las señaladas condiciones personales del agente, indican que debió reducirse la pena hasta tres años (un año por cada una) son inadecuados e incorrectos, por lo que deben rechazarse dichos planteamientos; como también es inapropiado que en la sentencia recurrida haya sustentado una reducción aislada invocando criterios como “grado de responsabilidad” o “condiciones personales” —sin contextualizarlos mínimamente ni citar fundamentos jurídicos específicos— al extremo que se sumaron períodos —que la ley no contempla para esos efectos y que ahora se cuestionan— que fueran ya referidos en el exordio del presente considerando y que tampoco son de recibo.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. DECLARARON HABER NULIDAD en la sentencia recurrida del veintinueve de abril de dos mil diecinueve, en cuanto condenando a JEAN CARLOS SIMBRÓN SORIANO como autor del delito tentado de robo con agravantes, en perjuicio de Aquilino Ccahuana Serrano, le impuso siete años de pena privativa de la libertad, **REFORMÁNDOLA**, en ese único extremo le **IMPUSIERON SEIS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD** que, con el descuento de la carcelería que viene purgando según la sentencia recurrida, desde el treinta de enero de dos mil diecinueve, vencerá el veintinueve de enero de dos mil veinticinco.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 1309-2019
LIMA SUR**

II. DISPUSIERON se notifique la ejecutoria a las partes apersonadas a esta instancia, se devuelvan los actuados a la Sala Superior de origen y se archive el cuadernillo.

Intervienen los señores jueces supremos Bermejo Ríos y Carbajal Chávez, por licencia de los señores jueces supremos Prado Saldarriaga y Castañeda Otsu.

S. S.

BROUSSET SALAS
PACHECO HUANCAS
GUERRERO LÓPEZ
BERMEJO RÍOS
CARBAJAL CHÁVEZ

GL/gc

LPDERECHO.PE