

Determinación de la pena, coexistencia simultánea de una “causal de disminución de la punibilidad” y de una “circunstancia agravante cualificada”

En la actualidad, la jurisprudencia no ha abordado el problema jurídico que se suscita frente a la coexistencia simultánea de una “causal de disminución de la punibilidad” y de una “circunstancia agravante cualificada”, ambas con efectos punitivos contrapuestos en la alteración de los extremos máximos y mínimos legales de la pena abstracta. Por ello, conviene recurrir al esquema operativo sugerido por la literatura jurídica especializada, que será acoplado al caso analizado. Consta de tres etapas:

a. En primer lugar, el juez fija prudencialmente la pena que estima correspondiente a la tentativa, lo que implica operar por debajo del mínimo legal de la pena conminada para el delito que se intentó cometer (robo agravado), según lo estipulado en el segundo párrafo del artículo 16 del Código Penal. Esta pena asumirá la condición de mínimo o límite inicial del nuevo espacio de punición o pena básica para decidir la pena concreta del caso.

b. En segundo lugar, se construye el límite final o máximo, para cerrar el nuevo espacio de punición. Dicho límite será el equivalente a no menos de dos tercios del máximo legal identificado en el paso anterior y se extenderá en línea ascendente por encima de él, tal como lo autoriza el efecto que, según el tercer párrafo del artículo 46-B del Código Penal, corresponde a la agravante cualificada por reincidencia, debido a que se trata de un ilícito de robo agravado.

c. En tercer lugar, se busca la pena concreta dentro del nuevo espacio de punibilidad. Para ello, el juez toma en cuenta, según sea el caso, las agravantes, las atenuantes genéricas o las agravantes específicas concurrentes. En el caso evaluado, el resultado penológico final que se aplica será de once años, un mes y veintidós días de privación de libertad.

Lima, diecisiete de junio de dos mil diecinueve

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el encausado PABLO ROBERTO ESPINOZA SERRANO contra la sentencia conformada de fojas doscientos setenta, del treinta y uno de julio de dos mil dieciocho, emitida por la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que le impuso, como autor del delito contra el patrimonio-robo agravado, en grado de tentativa, en agravio de Lizbeth Nayhua Ccorimanya, quince años de pena privativa de libertad; con lo demás que contiene.

De conformidad con el dictamen del señor fiscal supremo en lo penal.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CHÁVEZ MELLA.

CONSIDERANDO

§ I. Expresión de agravios

Primero. El procesado PABLO ROBERTO ESPINOZA SERRANO, en su recurso de nulidad de fojas doscientos noventa y dos, cuestionó el *quantum* de la pena impuesta en la sentencia impugnada. Señaló que no se valoró que el ilícito quedó en grado de tentativa, que aceptó los cargos y que se acogió a la conclusión anticipada del juicio oral.

§ II. Imputación fiscal

Segundo. Conforme a la acusación fiscal de fojas doscientos catorce, el treinta de diciembre de dos mil diecisiete, a las 21:20 horas, cuando la agraviada Lizbeth Nayhua Ccorimanya caminaba por inmediaciones del Parque de la Exposición –en la cuadra 5 de la avenida Paseo de la República, Cercado de Lima–, fue interceptada por el imputado PABLO ROBERTO ESPINOZA SERRANO, quien le exigió, mediante insultos, la entrega de sus pertenencias; sin embargo, la víctima se resistió y cruzó los brazos para protegerse. Frente a ello, el procesado utilizó la violencia, la arrojó al suelo, forcejearon, le rompió la pantaloneta de licra de color negro que tenía puesta y, finalmente, le arrebató el celular que llevaba consigo. A pesar de ello, no consumó el robo, debido a la intervención de un transeúnte. Acto seguido, el procesado PABLO ROBERTO ESPINOZA SERRANO huyó del lugar y se dirigió corriendo al centro comercial “Polvos Azules”, donde fue capturado dentro de los servicios higiénicos por efectivos de la Policía Nacional del Perú.

§ III. Fundamentos del Tribunal Supremo

Tercero. Al inicio del juicio oral, a fojas doscientos setenta y ocho (vuelta), el encausado PABLO ROBERTO ESPINOZA SERRANO, con la autorización de su abogado defensor, se sometió a los alcances de la Ley número 28122, del trece de diciembre de dos mil tres, admitió su culpabilidad y reconoció el hecho delictivo atribuido por el Ministerio Público. En mérito de ello, se declaró la conclusión anticipada del debate oral y se dictó la sentencia conformada respectiva, de la cual fluye que fue condenado como autor del delito de robo agravado, en grado de tentativa, en agravio de Lizbeth Nayhua Ccorimanya.

Se le impuso quince años de pena privativa de libertad y se fijó como reparación civil la suma de S/ 500 (quinientos soles).

Solo la primera consecuencia jurídica es materia de impugnación.

Sobre el particular, la Sala Penal Superior utilizó el “sistema de tercios” y valoró conjuntamente las circunstancias agravantes genéricas y específicas.

Tal proceder, sin embargo, es incorrecto y colisiona con la jurisprudencia establecida por esta Sala Penal Suprema, en el sentido de que, cuando se está frente a tipos penales que incorporan circunstancias agravantes específicas, no se aplica el “sistema de tercios”, sino que se toma en cuenta el número de circunstancias para determinar, proporcionalmente, el marco punitivo¹. Existe una relación normativa de exclusión entre agravantes genéricas y específicas, primando estas últimas. Con ello, se evita la duplicidad valorativa y la lesión al principio *non bis in ídem*.

De otro lado, se yerra también al apreciar a la vez una circunstancia agravante genérica y otra específica. Cada cual posee una estructura propia y autónoma; por ende, sus componentes no pueden intercambiarse o mezclarse entre sí al momento de su aplicación al caso concreto. El test de compatibilidad o incompatibilidad de las circunstancias se adopta analizando su contenido y estableciendo si responden (o no) a realidades o hechos distintos.

La diferencia entre las circunstancias genéricas y específicas surge de su ubicación en el Código Penal. Las primeras se regulan en la parte general, mientras que las segundas se hallan en la parte especial.

Las circunstancias genéricas resultan de aplicación general para todos los tipos de delitos, mientras que las circunstancias específicas (o elementos típicos accidentales), en principio, solo producirán efectos modificatorios en relación con ciertos tipos penales específicos².

En lo pertinente, las agravantes genéricas están consignadas en el catálogo del artículo 46, numeral 2, del Código Penal, y son aplicables a cualquier delito que no contenga agravantes específicas, como es el caso, por ejemplo, del robo agravado, previsto en el artículo 189 del Código Penal. En este último, las agravantes específicas tienen una conexión funcional exclusiva con el delito de robo.

¹ SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Nulidad número 393-2018/Sullana, del veinticuatro de julio de dos mil dieciocho, fundamento jurídico cuarto.

² BESIO HERNÁNDEZ, Martín. *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2011, p. 256.



Cuarto. En observancia del artículo 83, numeral 1, de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el señor fiscal supremo en lo penal emitió dictamen correspondiente en el presente caso.

De esta manera, al absolver el grado de la impugnación promovida por el encausado PABLO ROBERTO ESPINOZA SERRANO, concluyó que debía disminuirse la sanción impuesta, de quince años a once años, un mes y veintidós días de privación de libertad.

Quinto. Así, corresponde que este Tribunal Supremo efectúe un nuevo esquema de dosificación penal, para contrastar la legalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la sanción impuesta. La aplicación de la pena engloba dos etapas secuenciales marcadamente definidas, la primera denominada “determinación legal” y la segunda rotulada como “determinación judicial”. En esta última fase atañe realizar un juicio sobre la presencia de circunstancias agravantes, atenuantes y/o cualquier otro factor de reducción o disminución de la pena.

A. Determinación legal

Sexto. El marco de punibilidad abstracto previsto para el ilícito de robo agravado, según el artículo 188 (tipo base), concordado con el artículo 189, primer párrafo, numeral 2, del Código Penal, modificado por Ley número 30076, del diecinueve de agosto de dos mil trece, es no menor de doce ni mayor de veinte años de privación de libertad.

En el caso, por un lado, subyace una “causal de disminución de la punibilidad”, como la tentativa, prevista en el artículo 16 del Código Penal, que autoriza la rebaja de la pena por debajo del mínimo legal; y, por otro lado, una “circunstancia agravante cualificada”, como la reincidencia, regulada en el artículo 46-B del Código Penal, que permite aumentar el espacio punitivo en no menos de dos tercios por encima del máximo legal (por tratarse del delito de robo agravado).

Séptimo. Desde una perspectiva hermenéutica, conviene abordar la diferencia entre, por un lado, las causales de disminución o aumento de punibilidad y, por el otro, las circunstancias atenuantes o agravantes (en su tipología de genéricas, específicas o cualificadas).

Las “causales” son intrínsecas al delito e integran su estructura desde su presencia plural (concurso de delitos), desde la exclusión de sus componentes (tipicidad, antijuricidad o culpabilidad), desde el grado imperfecto de su realización (tentativa) y desde el menor nivel de intervención punible (complicidad secundaria).

En cambio, las “circunstancias” son externas o accesorias al ilícito y de su presencia no depende la existencia de este. En la mayoría de los casos, su fundamento radica en motivos de política-criminal. Solo tienen repercusión para determinar su gravedad, permitiendo disminuir o aumentar el injusto penal, por lo que se operativizan como factores de medición o graduación de la pena.

Octavo. Las causales de disminución de la punibilidad están previstas en los artículos 13 (omisión impropia), 14 y 15 (error de tipo, de prohibición y culturalmente condicionado), 16 (tentativa), 21 (eximentes imperfectas de responsabilidad), 22 (responsabilidad restringida por razón de la edad) y 25 (complicidad secundaria) del Código Penal.

Mientras que entre las causales de aumento de punibilidad se instituye el concurso ideal y el delito masa, regulados en los artículos 48 y 49 del Código Penal.

Por su parte, las “circunstancias agravantes cualificadas” se estatuyen en los artículos 46-A (condición del sujeto activo), 46-B (reincidencia), 46-C (habitualidad), 46-D (uso de menores en la comisión de delitos) y 46-E (abuso de parentesco) del Código Penal.

Noveno. Los efectos de las causales de disminución o aumento de punibilidad y de las agravantes cualificadas se proyectan sobre la “pena”. Cuando en el Código Penal se puntualiza este último término, en realidad, se hace referencia a la “pena abstracta” o “penalidad conminada”.

Por su parte, la “pena concreta” y los procedimientos para establecer su cuantificación conciernen a los órganos jurisdiccionales, en cumplimiento de las reglas jurídicas que, para tal efecto, han sido estipuladas en la ley y en la jurisprudencia penal.

B. Determinación judicial

Décimo. El principio de legalidad compele a que se ponderen todas y cada una de las causales de disminución o aumento de punibilidad, y las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, de acuerdo a su condición, naturaleza, dimensión y eficacia.

En la actualidad, la jurisprudencia no ha abordado el problema jurídico que se suscita frente a la coexistencia simultánea de una “causal de disminución de la punibilidad” y de una “circunstancia agravante cualificada”, ambas con efectos punitivos

contrapuestos en la alteración de los extremos máximos y mínimos legales de la pena abstracta.

Por ello, conviene recurrir al esquema operativo sugerido por la literatura jurídica especializada, que será acoplado al caso analizado. Consta de tres etapas:

- En primer lugar, el juez fija prudencialmente la pena que estima correspondiente a la tentativa, lo que implica operar por debajo del mínimo legal de la pena conminada para el delito que se intentó cometer (robo agravado), según lo estipulado el artículo 16, segundo párrafo, del Código Penal. Esta pena asumirá la condición de mínimo o límite inicial del nuevo espacio de punición o pena básica, para decidir la pena concreta del caso.
- En segundo lugar, se construye el límite final o máximo para cerrar el nuevo espacio de punición. Ese límite será el equivalente a no menos de dos tercios del máximo legal identificado en el paso anterior y se extenderá en línea ascendente por encima de él, tal como lo autoriza el efecto que, según el tercer párrafo del artículo 46-B, del Código Penal, corresponde a la agravante cualificada por reincidencia. Ello debido a que se trata de un ilícito de robo agravado.
- En tercer lugar, se busca la pena concreta del caso al interior del nuevo espacio de punibilidad. Para ello, el juez toma en cuenta, según sea el caso, las agravantes o atenuantes genéricas o agravantes específicas concurrentes³.

El *quantum* de lo que corresponde disminuir por la tentativa no responde a criterios legales, tasados o predeterminados, sino que atiende a la prudencia del juzgador. Se otorga un amplio margen de discrecionalidad, por lo que ha de seguirse criterios racionales y motivados. La reducción penológica se efectúa en virtud del principio de proporcionalidad y de la gravedad del hecho. No son amparables aminoraciones excesivas y arbitrarias, que vacían de contenido el mandato normativo que emana del artículo 16 del Código Penal.

Undécimo. En aplicación de las pautas precedentes, en el caso concreto, se fija el siguiente marco de punibilidad.

A. Pena básica original

12 años _____ 20 años
Robo agravado
Artículo 189, primer párrafo, del Código Penal

³ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *La dosimetría del castigo penal. Modelos, reglas y procedimientos*. Lima: Ideas Solución Editorial, 2018, pp. 277-278.

B. Pena básica nueva

Factores de ponderación

- Causal de disminución de punibilidad: tentativa, rebaja de 2 años por debajo del mínimo legal (este *quantum* es discrecional según el caso juzgado y se sujeta al principio de proporcionalidad).
- Agravante cualificada: reincidencia, extensión de 14 años por encima del máximo legal (equivalente a no menos de dos tercios de 20 años).

10 años	34 años
Tentativa	Reincidencia
Artículo 16	Artículo 46-B
Código Penal	Código Penal
Robo agravado	
Artículo 189 del Código Penal	

Duodécimo. La pena abstracta nueva oscila entre diez años y treinta y cuatro años.

El espacio punitivo entre el mínimo y el máximo legal enunciado alcanza los veinticuatro años. En este caso, el primer párrafo del artículo 189 del Código Penal prevé ocho circunstancias agravantes específicas del mismo nivel. A cada una de ellas, en clave de equivalencia, ha de asignársele un porcentaje cuantitativo similar, para lo cual atañe efectuar una división. El cociente o resultado obtenido estriba en que cada agravante específica posee un valor de tres años.

Seguidamente, respecto a la dimensión de la pena concreta, se aprecia la confluencia de una circunstancia agravante específica, estipulada en el artículo 189, primer párrafo, numeral 2, del Código Penal, esto es: "Durante la noche".

Por lo tanto, partiendo del mínimo legal, en línea ascendente, se concluye que la pena concreta es trece años.

Decimotercero. El último paso en la dosificación judicial de la pena consiste en cotejar la presencia de las reglas de reducción por bonificación procesal. De este modo, a favor del encausado PABLO ROBERTO ESPINOZA SERRANO solo converge su acogimiento a la conclusión anticipada del juicio oral, el cual, según la jurisprudencia, conlleva una reducción en el máximo permisible, en función a un séptimo de la pena concreta previamente establecida (trece años)⁴.

⁴ SALAS PENALES. Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario número 5-2008/CJ-116, del dieciocho de julio de dos mil ocho, fundamento jurídico vigésimo tercero.

Por lo tanto, el resultado penológico final que se aplica será de once años, un mes y veintidós días de privación de libertad.

Decimocuarto. Finalmente, la aceptación de los cargos del imputado PABLO ROBERTO ESPINOZA SERRANO no se condice con la confesión sincera.

El artículo 161 del Código Procesal Penal, vigente según Ley número 30076, del diecinueve de agosto de dos mil trece, estipula su inaplicabilidad en los siguientes supuestos: **a.** flagrancia delictiva (que contiene como requisitos la presencia de inmediatez temporal y personal⁵); **b.** irrelevancia de la admisión de los cargos, en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso; y **c.** cuando el agente tenga la condición de reincidente o habitual, de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal.

El procesado PABLO ROBERTO ESPINOZA SERRANO ha sido catalogado como reincidente y, además, fue detenido inmediatamente después de haber intentado perpetrar el robo de las pertenencias de la agraviada Lizbeth Nayhua Ccorimanya, de acuerdo con el acta de intervención policial de fojas diez. Este documento posee la característica de literosuficiencia, pues, sin necesidad de recurrir a una inferencia probatoria compleja, resulta por sí mismo apto para arribar a la conclusión de que fue aprehendido mientras huía del lugar. De ahí que no existe posibilidad para reducir aún más la pena establecida precedentemente.

En consecuencia, el recurso de nulidad formalizado por el procesado PABLO ROBERTO ESPINOZA SERRANO es estimado parcialmente.

DECISIÓN

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

- I. **HABER NULIDAD** en la sentencia conformada de fojas doscientos setenta, del treinta y uno de julio de dos mil dieciocho, emitida por la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que impuso a PABLO ROBERTO ESPINOZA SERRANO, como autor del delito contra el patrimonio-robo agravado en grado de tentativa, en agravio de Lizbeth Nayhua Ccorimanya, quince años de pena privativa de libertad; y, reformándola, le **IMPUSIERON** once años, un mes y veintidós

⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia número 04487-2014-PHC/TC Puno, del veinte de septiembre de dos mil dieciséis, fundamento jurídico noveno.



días de privación de libertad, que con el descuento de la carcelería que viene sufriendo desde el treinta de diciembre de dos mil diecisiete (notificación de fojas quince), vencerá el veintiuno de febrero de dos mil veintinueve.

II. NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene y es materia del recurso. Y los devolvieron.

Intervino el señor juez supremo Castañeda Espinoza por licencia del señor juez supremo San Martín Castro.

S. S.

FIGUEROA NAVARRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

CHM/ecb