



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE NULIDAD N.º 989-2020
LIMA SUR**

No haber nulidad en la decisión impugnada (pena)

La tentativa es una causa de disminución de punibilidad. No es una atenuante privilegiada. Como causa de disminución de punibilidad, se halla regulada en el segundo párrafo del artículo 16 del Código Penal, que establece lo siguiente: "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.

Lima, veintisiete de abril de dos mil veintiuno

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por la **fiscal superior de la Primera Fiscalía Superior Penal del Distrito Fiscal de Lima Sur** contra la sentencia de fecha treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho, que condenó a los acusados Kevin Héctor Gonzales Llantoy y Luis Alberto Aguilar Lázaro como coautores de la comisión del delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado en grado de tentativa, en agravio de Josué Gilmar Huerta Rosales, y como tal impuso al primero de los nombrados ocho años de pena privativa de libertad y al segundo cinco años de pena privativa de libertad, sanciones que serán computadas cuando los condenados sean habidos, y fijó en S/ 1000 (mil soles) el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar de forma solidaria a favor del agraviado.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CARBAJAL CHÁVEZ.



CONSIDERANDO

I. Imputación fáctica y jurídica

Primero. Conforme a la acusación fiscal (foja 126), se aprecia que:

- 1.1** El catorce de octubre de dos mil trece, a las 14:30 horas aproximadamente, en circunstancias en que el menor agraviado Josué Gilmar Huerta Rosales se encontraba transitando por inmediaciones de la avenida Talara y la ruta C del distrito de Villa El Salvador, fue interceptado por los procesados Kevin Héctor Gonzales Llantoy y Luis Alberto Aguilar Lázaro. Uno de ellos procedió a reducirlo diciéndole: “si no te dejas robar, te meto cuchillo”, por lo que el agraviado le entregó su teléfono celular Samsung y sus audífonos, mientras que el procesado Aguilar Lázaro solo miraba para todos lados apoyando a su coprocesado. Luego se dieron a la fuga abordando un mototaxi, del cual descendieron luego de avanzar unas cuadras. El agraviado fue auxiliado por personal policial, que intervino a los asaltantes cuando se daban a la fuga a bordo de un vehículo de transporte público. Finalmente, se logró recuperar los bienes.
- 1.2** El representante del Ministerio Público tipificó estos hechos como delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado en grado de tentativa, previsto en los incisos 4 y 7 del artículo 189, primer párrafo, del Código Penal (foja 126). Por ello, solicitó que se imponga a los acusados Kevin Héctor Gonzales Llantoy y Luis Alberto Aguilar Lázaro doce años de pena privativa de libertad por ser coautores del delito mencionado y se fije en S/ 1000 (mil soles) el monto por concepto de reparación civil.



II. Pretensión impugnativa

Segundo. La fiscal superior de la Primera Fiscalía Superior Penal del Distrito Fiscal de Lima Sur, en la formalización de su recurso (foja 289), sostiene que:

- 2.1 Advirtió que los acusados Kevin Héctor Gonzales Llantoy y Luis Alberto Aguilar Lázaro realizaron una conducta prohibida por la ley, al haber incurrido en un ilícito penal. No concurren las circunstancias agravantes previstas en el numeral 2 del artículo 46 del Código Penal, pero sí circunstancias atenuantes, toda vez que no tienen antecedentes penales. Afirma que la pena concreta a imponer a los imputados se ubicaría dentro del tercio inferior conforme a lo dispuesto por el artículo 45-A, inciso 2, literal a), del Código Penal. Siendo así, corresponde determinar la pena dentro del tercio inferior del delito que se imputa. En el caso del ilícito de robo agravado, el tercio inferior que corresponde se ubica en un rango no menor de doce ni mayor de catorce años y ocho meses de pena privativa de libertad; y, atendiendo a que el referido delito quedó en grado de tentativa, se considera que se debe imponer el mínimo del tercio inferior, es decir, doce años de pena privativa de libertad. En consecuencia, la Fiscalía es de la opinión de que se debió imponer la mencionada pena.
- 2.2 El representante del Ministerio Público no estuvo de acuerdo con las consideraciones expuestas para la reducción de la pena por responsabilidad restringida respecto al acusado Luis Alberto Aguilar Lázaro, pues el Colegiado debió en todo caso inaplicar el artículo 22 del Código Penal exponiendo sus razones en cada caso y no simplemente alegar que el



acusado tenía diecinueve años al momento de la comisión del delito.

- 2.3** En ese sentido, respecto al presente caso, se advierte que los argumentos señalados por la Sala no contienen ningún fundamento para ejercitar el control difuso en el caso particular del sentenciado Luis Alberto Aguilar Lázaro, quien tenía diecinueve años al momento de los hechos, y aplicarle la reducción de pena por concepto de responsabilidad restringida.
- 2.4** La sentencia contiene argumentos en forma genérica y, al haber tácitamente inaplicado la ley sin cumplir los supuestos para el control difuso, está vulnerando el principio de igualdad ante la ley, al inaplicar injustificadamente el artículo 22 del Código Penal.
- 2.5** En cuanto a la reducción de la pena por tentativa, la Fiscalía cuestiona la reducción cuando se trata de delitos en grado de tentativa, pues los criterios empleados resultan ser inadecuados, ya que se debe tomar en cuenta que la tentativa es una causa de disminución de punibilidad, mas no una atenuante privilegiada, tal como lo establece la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la Casación número 1083-2017/Arequipa, emitida con fecha catorce de agosto de dos mil dieciocho, en la cual además se señala que “la tentativa como causa de disminución de punibilidad se halla regulada en el segundo párrafo del artículo 16 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. Al respecto, se debe precisar que los acusados han



efectuado una conducta ilícita tipificada como robo agravado, en que al tratar de despojar al agraviado de su celular y sus audífonos han vulnerado su integridad psicológica, toda vez que, al ser un menor de edad y estar cursando grados académicos en el colegio, han podido afectar su estado moral y psicológico, lo que con el paso del tiempo pudo incidir en su desempeño en los estudios e involucrar un bajo rendimiento académico. Este hecho no fue considerado por el Colegiado, máxime si la dosificación de la pena no es proporcional a las circunstancias del hecho y el bien jurídico vulnerado, por lo que debe incrementarse la pena conforme a lo solicitado.

III. Absolución del grado

Tercero. Está fuera de toda discusión la culpabilidad de los encausados Kevin Héctor Gonzales Llanto y Luis Alberto Aguilar Lázaro en la comisión de los hechos punibles materia de acusación, cuya impugnación del fiscal se circunscribe al extremo de la determinación judicial de la pena impuesta.

Cuarto. De la revisión de los actuados se aprecia que se ha denunciado y sentenciado a los encausados Kevin Héctor Gonzales Llanto y Luis Alberto Aguilar Lázaro por el delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado en grado de tentativa, previsto en los incisos 4 y 7 del artículo 189, primer párrafo, del Código Penal, el cual establece como pena mínima doce años y como máxima veinte.

Quinto. Al respecto, el Acuerdo Plenario número 1-2008/CJ-116, en sus fundamentos 6 y 7, sostiene que:



La determinación judicial de la pena es el procedimiento técnico y valorativo que se relaciona con aquella tercera decisión que debe adoptar un juez penal. En doctrina también recibe otras denominaciones como “individualización judicial de la pena” o “dosificación de la pena”. [...] El legislador solo señala el mínimo y el máximo de pena que corresponde a cada delito. Con ello, se deja al juez un arbitrio relativo que debe incidir en la tarea funcional de individualizar, en el caso concreto, la pena aplicable al condenado. Lo cual se hará en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (artículos II, IV, V, VII y VIII, del Título Preliminar, del Código Penal), bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales.

Sexto. Por su parte, el Acuerdo Plenario número 5-2008/CJ-116, en su fundamento 13, señala lo siguiente:

La determinación judicial de la pena debe respetar los ámbitos legales referidos tanto a la configuración de la pena básica —definida como la configuración del marco penal establecido por el tipo legal y las diferentes normas que contienen las circunstancias modificativas de la responsabilidad genéricas, sean agravantes y/o atenuantes—, como al establecimiento de la pena concreta o final —que es el resultado de la aplicación de los factores de individualización estipulados en los artículos 45 y 46 del Código Penal, siempre dentro del marco penal fijado por la pena básica y a partir de criterios referidos al grado de injusto y el grado de culpabilidad—. El acuerdo deberá determinar la pena concreta o final consensuada, cuyo examen, bajo las pautas señaladas líneas arriba —juicios de legalidad y razonabilidad de la pena—, corresponde realizar al juez.

Séptimo. Cabe precisar que la Sala Penal Permanente de Lima Sur, a fin de determinar la pena de los encausados, tuvo en cuenta lo siguiente:

7.1 El delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado se encuentra previsto en el artículo 188 como tipo



base, con las circunstancias agravantes descritas en los incisos 4 y 7 del primer párrafo del artículo 189 del Código Penal, que contempla como pena básica una no menor de doce ni mayor de veinte años de privación de libertad. En esa línea de ideas, de la revisión de autos se aprecia que los acusados Luis Alberto Aguilar Rosales y Kevin Héctor Gonzales Llantoy no registran antecedentes penales, conforme se advierte de los certificados obrantes (fojas 220 y 221). En ese sentido, se advierte una circunstancia atenuante; asimismo, estando a sus condiciones personales, el Colegiado considera que la pena a imponer deberá ubicarse en el extremo mínimo del tercio inferior, esto es, doce años.

7.2 Aunado a ello, con relación a las condiciones personales del acusado Luis Alberto Aguilar Lázaro, al momento de cometer el delito, contaba con diecinueve años de edad, según se corrobora de su ficha Reniec (foja 51); y, si bien a la fecha de los hechos el artículo 22 del Código Penal excluía el citado beneficio para los delitos de robo, debe tenerse en cuenta lo establecido en el Acuerdo Plenario número 4-2016, por lo que en vista de ello el acusado es merecedor de una reducción de la pena.

7.3 En el presente caso, existen atenuantes privilegiadas, como la responsabilidad restringida por la edad, y la pena concreta se determinará por debajo del tercio inferior, ello en mérito del artículo 45-A, inciso 3, literal a), del Código Penal. En ese sentido, el Colegiado, para determinar la pena concreta a imponer al acusado, deberá deducir a partir desde los doce años. En ese contexto, estando a que al acusado Luis Alberto Aguilar Lázaro al momento de los hechos le asistía la



responsabilidad restringida porque contaba con diecinueve años de edad y al ser una circunstancia privilegiada de atenuación, el Tribunal estima que resulta proporcional y necesario aplicársele una reducción prudencial de la pena, que sería de tres años; entonces, la pena quedaría en nueve años de privación de libertad. En ese mismo orden de ideas, debe tenerse en cuenta que el delito quedó en grado de tentativa y, en aplicación del artículo 16 del Código Penal, le corresponde una reducción prudencial por debajo del mínimo. Siendo así, este Colegiado rebajó la pena cuatro años más, por lo que le corresponderían cinco años de pena privativa de libertad.

7.4 Por otro lado, respecto al acusado Kevin Héctor Gonzales Llantoy, se indicó que, estando a su condición personal y a que no registra antecedentes penales, el Colegiado parte del extremo mínimo del tercio inferior, esto es, doce años; sin embargo, también ha de tenerse en cuenta que el delito quedó en grado de tentativa y, en aplicación del artículo 16 del Código Penal, le corresponde una reducción prudencial por debajo del mínimo. Siendo así, le corresponderían ocho años de pena privativa de libertad.

Octavo. Así pues, en primer lugar, se debe puntualizar lo siguiente: el artículo 22 del Código Penal, en su segundo párrafo, exceptúa de sus beneficios a los que cometan el delito de robo agravado. La inaplicación de esta prohibición se puede efectuar vía control difuso, cuya competencia es exclusiva de los jueces ordinarios. Así, tenemos una norma penal que niega la reducción de la pena a todo aquel que haya cometido, entre otros, el delito de robo



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE NULIDAD N.º 989-2020
LIMA SUR**

agravado. Esta prohibición no alcanza a los ilícitos que no estén comprendidos en el segundo párrafo del mencionado artículo 22 del Código Penal. En este contexto, se puede apreciar un trato distinto a los que cometan delitos que se encuentren fuera del alcance del segundo párrafo del artículo antes mencionado, lo cual colisiona con el principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, cuyo tenor literal es el siguiente: "Toda persona tiene derecho: a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole".

Noveno. Cabe precisar que la inaplicación de esta prohibición fue tratada en el Acuerdo Plenario número 04-2008/CJ-116, en cuyo fundamento once se precisa que:

Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo, del artículo veintidós, del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación —desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente— que impide un resultado jurídico legítimo.

En tal sentido, al apreciarse la colisión de una norma penal y una constitucional, es pertinente preferir la norma constitucional e inaplicar la prohibición contenida en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal. Por lo tanto, corresponde la atenuación del *quantum* de la pena impuesta al encausado Luis Alberto Aguilar Lázaro, ello al estar dentro de los alcances de la responsabilidad restringida. Y esto es así en la medida en que los fines resocializadores de la pena deben considerar, en mayor medida y relevancia, la responsabilidad restringida de las personas en el rango de esa edad, en salvaguarda de sus derechos fundamentales.



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE NULIDAD N.º 989-2020
LIMA SUR**

Décimo. Cabe precisar que la Sala Penal Permanente de Lima Sur, en uno de los puntos para determinar la pena, señala que se les disminuyó dicha sanción a los encausados porque existe una circunstancia atenuante privilegiada, que es la tentativa. Al respecto, se debe señalar que **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 3 del artículo 45-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 16 del Código Penal, que establece que “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.

Undécimo. Por ende, para realizar una correcta determinación de la pena, consideramos que en principio se debe tener en cuenta la pena prevista en la ley para el delito imputado, que en el presente caso es no menor de doce años ni mayor de veinte años; a ello, establecer los tercios del espacio punitivo de la pena privativa de libertad, conforme a lo determinado en el artículo 45-A del Código Penal: **i)** tercio inferior: mínimo de doce años y máximo de catorce años y ocho meses; **ii)** tercio intermedio: mínimo de catorce años y ocho meses y máximo de diecisiete años y cuatro meses, y **iii)** tercio superior: mínimo de diecisiete años y cuatro meses y máximo de veinte años.



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE NULIDAD N.º 989-2020
LIMA SUR**

Duodécimo. Respecto al acusado Kevin Héctor Gonzales Llantoy, debe tenerse en cuenta la pena establecida para el tipo penal imputado; en el presente caso, no menor de doce ni mayor de veinte años. En atención a ello, la pena correspondiente al encausado se ubicaría en el primer tercio inferior, esto es, doce años, ya que se debe considerar que a la fecha de la comisión del delito no contaba con antecedentes penales, circunstancia que hace disminuir el grado de reprochabilidad; y, teniendo en cuenta el factor de ponderación —tentativa— (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. Al otorgársele un amplio margen de discrecionalidad, han 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), se le rebajan cuatro años por debajo del mínimo legal. Siendo ello así, la pena impuesta de ocho años al sentenciado se encuentra conforme a derecho y ha de mantenerse.

Decimotercero. En lo que respecta al acusado Luis Alberto Aguilar Lázaro, debe tenerse en cuenta la pena establecida para el tipo penal imputado; en el presente caso, no menor de doce ni mayor de veinte años. En atención a ello, la pena correspondiente al encausado se ubicaría en el primer tercio inferior, ya que a la fecha de los hechos (catorce de octubre de dos mil trece) contaba con diecinueve años de edad, por lo que correspondería disminuir prudencialmente la pena, conforme a lo establecido en el artículo 22 del Código Penal, vigente al momento de los hechos. Así pues, se le tiene como agente con responsabilidad restringida. Al respecto, existe jurisprudencia uniforme reciente en torno a inaplicar lo



expuesto en el segundo párrafo de dicha norma, por lo que consideramos que en el presente caso tampoco se aplicaría la mencionada excepción a la atenuación de la pena, conforme al principio de proporcionalidad y culpabilidad. Aunado a ello, a la fecha de la comisión del delito no contaba con antecedentes penales, circunstancia que hace disminuir el grado de reprochabilidad, lo que amerita la reducción de la pena en virtud del principio de proporcionalidad; y, teniendo en cuenta el factor de ponderación —tentativa—, se le rebajan cuatro años por debajo del mínimo legal, por lo que la pena impuesta por el delito de robo agravado en grado de tentativa de cinco años resulta conforme a derecho y ha de mantenerse.

Decimocuarto. Por lo tanto, este Tribunal Supremo estima que la impugnación de la fiscal superior de la Primera Fiscalía Superior Penal del Distrito Fiscal de Lima Sur debe ser desestimada.

DECISIÓN

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

- I. **DECLARARON NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho, que condenó a los acusados **Kevin Héctor Gonzales Llantoy** y **Luis Alberto Aguilar Lázaro** como coautores de la comisión del delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado en grado de tentativa, en agravio de Josué Gilmar Huerta Rosales, y como tal impuso al primero de los nombrados ocho años de pena privativa de libertad y al segundo cinco años de pena privativa de libertad, sanciones que serán computadas



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE NULIDAD N.º 989-2020
LIMA SUR**

cuando los condenados sean habidos, y fijó en S/ 1000 (mil soles) el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar de forma solidaria a favor del agraviado.

II. ORDENARON que se notifique la presente decisión a las partes apersonadas en esta instancia, se devuelvan los actuados a la Sala Superior de origen y se archive el cuadernillo formado en este Tribunal.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

TORRE MUÑOZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CCH/ISA