



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 1315-2019
LIMA SUR**

SENTENCIA CONFORMADA

Sumilla. El sentenciado formuló recurso de nulidad contra el extremo de la sentencia que le impuso la pena de siete años de privación de libertad. En su criterio, la sanción debía ser menor, pues no se aplicó la disminución de pena por tratarse de un delito tentado y la bonificación procesal de conclusión anticipada, además se aplicó indebidamente la reincidencia y habitualidad. De la revisión de los actuados se advierte que no se configuraron los agravios de la defensa y no existen motivos para disminuir la sanción, tal como lo afirma. Por tanto, se ratifica la decisión de la Sala Superior.

Lima, siete de julio de dos mil veintiuno

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del sentenciado **ELSON OMAR CHOQUE ANGELINO** contra la sentencia conformada del cinco de junio de dos mil diecinueve (foja 161), emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur en el extremo que le impuso siete años de pena privativa de libertad por la comisión del delito contra el patrimonio, en la modalidad de tentativa de robo con agravantes, en perjuicio de Kathia Carol Franco Suárez, con lo demás que contiene.

Intervino como ponente la jueza suprema **SUSANA CASTAÑEDA OTSU.**

CONSIDERANDO

IMPUTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA

PRIMERO. Conforme fluye de la acusación fiscal (foja 112), el **diecinueve de setiembre de dos mil catorce**, a las 8:30 horas, aproximadamente, cuando la agraviada Kathia Carol Franco Suárez caminaba por la intersección de las avenidas Los Álamos y Primero de Mayo, en Villa El Salvador, un mototaxi color blanco con rojo, conducido por un sujeto no identificado, se ubicó a diez metros de ella y de este descendió Elson Omar Choque Angelino quien empezó a perseguirla e intentó arrebatarle la cartera que tenía colgada en



el hombro derecho. Se produjo un forcejeo entre ambos y como la agraviada opuso resistencia, Choque Angelino la arrastró de veinte a treinta metros.

A causa de sus gritos, vecinos y transeúntes se acercaron a auxiliarla e intervinieron al acusado, con lo cual evitaron que la despoje de sus pertenencias. Sin embargo, el sujeto no identificado a bordo del mototaxi huyó.

Por estos hechos, el fiscal superior imputó a Elson Omar Choque Angelino el delito de tentativa de robo, previsto en el artículo 188, con la agravante del inciso 4 (pluralidad de agentes), del primer párrafo, artículo 189, del Código Penal (CP)¹; en concordancia con el artículo 16 del acotado Código. Solicitó doce años de privación de libertad y el pago de mil soles por concepto de reparación civil a favor de la agraviada.

SENTENCIA CONFORMADA

SEGUNDO. En la segunda sesión de juicio oral del cinco de junio de dos mil diecinueve (foja 166), de conformidad con lo previsto en el artículo 5 de la Ley N.º 28122, Choque Angelino, previa consulta con su abogado, se acogió a la conclusión anticipada del debate oral por el delito de tentativa de robo con agravantes. En la misma fecha se dio lectura a la sentencia conformada en la que se le impuso siete años de pena privativa de libertad y se fijó el pago de mil soles a favor de la agraviada.

En audiencia, la defensa del sentenciado interpuso recurso de nulidad en el extremo de la pena, el que fundamentó dentro del plazo de diez días.

AGRAVIOS QUE SUSTENTAN EL RECURSO DE NULIDAD

TERCERO. La defensa del sentenciado Choque Angelino formuló recurso de nulidad y solicitó la reducción de la pena impuesta en atención a los principios de mínima lesividad y proporcionalidad, ya que al tratarse de un

¹ Modificado por la Ley N.º 30076, publicada el 19 de agosto de 2013.



delito tentado no existió un alto grado de daño al bien jurídico protegido y la pena debe ser fijada por debajo del mínimo legal.

Asimismo, si bien su patrocinado tiene un antecedente judicial no debe ser considerado como reincidencia o habitualidad, ya que la pena por este caso se cumplirá luego de que culmine la impuesta en el otro expediente. Aunado a ello, debe respetarse el descuento por la conclusión anticipada, ya que justamente por eso su patrocinado aceptó los cargos.

FUNDAMENTOS DE ESTE SUPREMO TRIBUNAL

SOBRE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

CUARTO. Dado que el recurrente cuestiona la sanción impuesta en su contra, es preciso señalar que la determinación judicial de la pena constituye un procedimiento técnico y valorativo regulado en los artículos 45 al 46 del CP.

En el artículo 45 del acotado Código se establecen los criterios de fundamentación y determinación de la pena, mientras que las circunstancias tienen como función esencial ayudar a la medición judicial de la intensidad de un delito a la decisión sobre la calidad o extensión del castigo que aquel se merece².

QUINTO. En consideración de lo establecido en el Acuerdo Plenario N.º 1-2008/CJ-116, **en primer lugar** se debe determinar la pena básica aplicable al delito, esto es, el mínimo y el máximo de la pena. Esto puede fijarse a partir de la conminación legal prevista para cada delito en la parte especial; y de no estar expresamente definido ahí, es preciso remitirse a las reglas de la parte general del CP (artículos 29³, 34.5⁴, 38, 39⁵ y 42⁶).

² Casación N.º 66-2017/Junín. Ponente: jueza Castañeda Otsu.

³ Mínimo y máximo de la pena privativa de libertad.

⁴ Sobre la prestación de servicios a la comunidad.

⁵ Duración de la inhabilitación principal y accesoria.

⁶ Extensión de la pena de multa.



Como **segundo paso** se debe identificar la pena concreta, para lo cual en cada caso en concreto se verifica si concurren circunstancias atenuantes o agravantes genéricas⁷, específicas⁸ o cualificadas.

SEXTO. Seguidamente, también es preciso observar si concurren otras reglas que afecten la construcción o extensión de la pena concreta, como alguna causal de disminución de punibilidad y/o reglas de reducción punitiva por bonificación procesal.

En el primer grupo se encuentra el delito tentado regulado en el artículo 16 del CP, que faculta al juez a disminuir “prudencialmente” la pena. A efectos de determinar hasta cuánto es posible rebajar la pena en estos casos, este Supremo Tribunal ha dejado sentado que debe ser necesariamente por debajo del mínimo legal, hasta en una tercera parte del marco penal, conforme con los presupuestos de dosificación⁹.

SOBRE LA CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL JUICIO ORAL

SÉPTIMO. Entre las reglas de reducción punitiva por bonificación procesal, se halla la conclusión anticipada del debate oral previsto en el artículo 5 de la Ley N.º 28122, interpretado por los jueces de las Salas Supremas en lo Penal a través del Acuerdo Plenario N.º 5-2008/CJ-116¹⁰.

Según el citado acuerdo, la conformidad procesal es una institución que tiene por objeto la pronta culminación del juicio oral, a través de un acto unilateral del imputado y su defensa, de reconocer los hechos objeto de imputación concretados en la acusación fiscal y aceptar las consecuencias jurídico-penales y civiles correspondientes, lo que conlleva a renunciar a la actuación de pruebas y al derecho a un juicio público.

Toda conformidad, si reúne los requisitos legalmente establecidos, tiene como efecto el beneficio de reducción de la pena, que podrá graduarse

⁷ Enlistadas en el artículo 46 del CP.

⁸ Señaladas en la parte especial del Código Penal.

⁹ Recurso de Nulidad N.º 154-2016/Áncash. Ponente: juez Prado Saldarriaga.

¹⁰ Del 18 de julio de 2008. Asunto: Nuevos alcances de la conclusión anticipada, fj. 8.



entre un séptimo o menos, según la entidad o complejidad de la causa, las circunstancias del hecho y la situación personal del imputado, el nivel y el alcance de su actitud procesal. Es importante, resaltar que esta disminución se realiza sobre la pena concreta o final.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

OCTAVO. En el caso de autos, el recurrente cuestionó solo el extremo de la pena impuesta en su contra, conforme con los agravios expuestos en el fundamento tercero de la presente ejecutoria.

De modo que para determinar la corrección de la decisión cuestionada es preciso partir de la conminación legal prevista para el delito de robo. Esto es, una pena privativa de libertad no menor de doce ni mayor de veinte años.

Al respecto, el fiscal superior consideró que en el caso en concreto no concurría ninguna circunstancia atenuante o agravante (entre ellas, que el acusado carecía de antecedentes penales); por esta razón, la pena debía fijarse dentro del tercio inferior y, en la medida que el delito no se consumó, le correspondía el extremo mínimo de dicho tercio. En ese sentido, solicitó la pena de doce años de privación de libertad.

NOVENO. Por su parte, la Sala Superior consideró que en este caso concurría la circunstancia agravante específica del inciso 4, artículo 189, del CP referida a la comisión del delito por una pluralidad de agentes y a diferencia del fiscal superior advirtió que Choque Angelino contaba con un antecedente penal y por ello la pena concreta debía fijarse en el tercio inferior, puesto que no existían atenuantes o agravantes genéricas.

Descartó la configuración de la confesión sincera, ya que el delito fue descubierto en flagrancia delictiva y señaló que no era aplicable el principio de mínima lesividad, ya que la agraviada presentó lesiones como consecuencia de los hechos que requirieron dos días de incapacidad médico legal y un día de atención facultativa. Asimismo, consideró las



condiciones personales del acusado (arraigo familiar, nivel socioeconómico, entre otros).

Luego, para determinar la pena, la Sala Superior precisó que por los efectos de la conclusión anticipada debían descontarse dos años por debajo del mínimo legal, y en atención a la “circunstancia atenuante de carácter sustantivo” del delito tentado, se debía disminuir otros tres años. Lo que dio como resultado la pena concreta de siete años de privación de libertad.

DÉCIMO. Ahora bien, esta Sala Penal Suprema, como primer punto, debe realizar algunas precisiones conceptuales que el fiscal y la Sala Superior han usado indistintamente. Entre estas, se tiene que el delito de robo por prever un catálogo de circunstancias agravantes específicas, no le es aplicable el sistema de tercios. De ahí que no era necesario discutir si la pena debía establecerse en el tercio inferior.

Como otro punto, tal como se señaló en el fundamento sexto de la presente ejecutoria, la tentativa no es una circunstancia atenuante, sino una **causal de disminución de punibilidad**, razón por la cual la pena debe disminuirse por debajo del mínimo legal, en atención al principio de proporcionalidad.

Adicionalmente, como se ha indicado, la determinación judicial de la pena sigue pasos o etapas y en el caso que concurra alguna bonificación procesal, la última en aplicarse es la de conclusión anticipada, ya que el descuento de un séptimo se realiza sobre la pena concreta o final.

DECIMOPRIMERO. En el caso que nos ocupa la pena se determinó por debajo del mínimo legal, en atención a que el delito quedó en grado de tentativa y Choque Angelino se sometió a la conclusión anticipada. En ese sentido, de manera contraria al cuestionamiento de la defensa, la Sala Superior sí consideró el descuento por la bonificación procesal de sometimiento a la conclusión anticipada.



DECIMOSEGUNDO. Asimismo, la Sala Superior no consideró las agravantes cualificadas de reincidencia y habitualidad¹¹, tal como lo sostuvo la defensa, pues de haber sido así la pena no se hubiese fijado en siete años de privación de libertad sino que sería mucho mayor. En efecto, conforme con la ley, su finalidad es sancionar con mayor represión penal al agente por razones de prevención especial, basada en su mayor peligrosidad, lo determina un nuevo marco conminatorio -un tercio o una mitad por encima del máximo legal-¹², lo que en este caso no ocurrió.

Lo que se advierte es que la Sala Superior consideró el antecedente penal generado en contra de Choque Angelino por el mérito de la sentencia del dos mil quince¹³; por tal razón tuvo en cuenta la fecha en que vencerá dicha pena, para iniciar el cómputo de la pena impuesta en este proceso.

DECIMOTERCERO. En conclusión, en atención a las razones expuestas, se desestiman los agravios de la defensa y se ratifica la pena impuesta.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces y las juezas integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, **ACORDARON:**

I. Declarar **NO HABER NULIDAD** en la sentencia conformada del cinco de junio de dos mil diecinueve, emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur en el extremo que impuso a **ELSON OMAR CHOQUE ANGELINO** siete años de pena privativa de libertad por la comisión del delito contra el patrimonio, en la modalidad de tentativa de

¹¹ Reguladas en los artículos 46-A y 46-B del CP, respectivamente.

¹² La reincidencia opera solo hasta los cinco años posteriores al cumplimiento parcial o total de la pena privativa de libertad por **condena anterior**, ya sea por un delito de igual o distinta naturaleza. En cambio, la habitualidad se produce en caso de **tres delitos cometidos en un lapso de cinco años** y en la medida que no medie condena alguna por estos en dicho plazo. Además, deben ser todos dolosos y de igual naturaleza. En cualquier caso, ambas figuras deben ser solicitadas por el fiscal superior, puesto que no pueden ser impuestas de oficio (énfasis nuestro).

¹³ Expediente N.º 102-2014 de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, en el cual se le condenó por el delito de robo con agravantes y se le impuso cuatro años de pena privativa de libertad, que vencerá el veinticuatro de agosto de dos mil diecinueve.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 1315-2019
LIMA SUR**

robo con agravantes, en perjuicio de Kathia Carol Franco Suárez, con lo demás que contiene.

II. DISPONER que se devuelvan los autos a la Sala Superior y se haga saber a las partes apersonadas en esta sede suprema.

Intervino el juez supremo Bermejo Ríos por licencia del juez supremo Guerrero López.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

BERMEJO RÍOS

SYCO/rbb