



**SENTENCIA CONFORMADA Y DETERMINACIÓN JUDICIAL
DE LA PENA**

Sumilla. La defensa del sentenciado solicitó una rebaja adicional de la pena impuesta por el delito de tentativa de robo con agravantes. Al respecto, la Sala Superior, a partir del extremo mínimo de la pena, esto es, de doce años de privación de libertad le redujo un año por tentativa, y luego le rebajó el séptimo como bonificación por conclusión anticipada de juicio oral, lo que dio como resultado nueve años y cinco meses de pena privativa de libertad.

En el proceso de determinación judicial este Supremo Tribunal considera que el único impugnante es el sentenciado, por lo que opera como límite el principio de *no reformatio in peius*. En ese sentido, ratifica la pena impuesta de nueve años y cinco meses; no obstante que la Sala Superior no consideró la agravante prevista en el inciso 3, primer párrafo, artículo 189, del Código Penal, concerniente a la comisión del robo a mano armada, que fue comprendida en el dictamen acusatorio y en el auto de enjuiciamiento.

Lima, catorce de junio de dos mil veintiuno

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del sentenciado **MARCO ENRIQUE SEGUNDO ACHO NÚÑEZ** contra la sentencia del catorce de marzo de dos mil diecinueve (foja 236), emitida por la Tercera Sala Penal Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que le impuso nueve años y cinco meses de pena privativa de la libertad como autor del delito contra el patrimonio en la modalidad de tentativa de robo con agravantes, en perjuicio de Marilú Pérez Pérez, la que con el descuento por carcelería que sufre desde el cinco de octubre de dos mil dieciocho vencerá el cuatro de marzo de dos mil veintiocho.

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

CONSIDERANDO

SENTENCIA CONFORMADA

PRIMERO. En la sesión de juicio oral del 12 de marzo de 2019 (foja 234), de conformidad con lo previsto en el artículo 5 de la Ley N.º 28122, Marco Enrique



Segundo Acho Núñez, previa consulta con su abogado, se acogió a la conclusión anticipada del debate oral por el delito de tentativa de robo con agravantes. En esta sesión la defensa precisó que su patrocinado aceptaba los cargos, pero que no se allanaba a la pena solicitada en el dictamen acusatorio de once años de privación de libertad, pues consideró que debía ser muy por debajo del mínimo legal. Por su parte, el fiscal superior dejó a criterio del órgano jurisdiccional la rebaja respectiva.

El 14 de marzo de 2019, se dio lectura a la sentencia conformada en la que la Sala Superior le impuso nueve años y cinco meses de pena privativa de libertad, el cual es materia de recurso de nulidad por parte de la defensa.

SEGUNDO. Los hechos materia de conformidad y condena consisten en que el **26 de abril de 2015**, a las 00:50 horas, cuando la agraviada Marilú Pérez Pérez se encontraba en la puerta de su domicilio, ubicado en el jirón García Hurtado de Mendoza, en el distrito del Rímac, conversando por su teléfono celular marca LG, modelo 4G LTE, con número de abonado 971-454-457, apareció el sentenciado Acho Núñez en compañía de otra persona desconocida y le arrebataron el aparato celular, para lo cual el primero la amenazó con un cuchillo de mango de madera mientras que el segundo la arrinconó contra la pared de la vivienda. Acto seguido, debido a la intervención inmediata de policías y civiles, quienes transitaban por el lugar de los hechos, capturaron al sentenciado y le encontraron el teléfono celular de la agraviada y un objeto punzocortante (cuchillo) y droga. El otro sujeto se dio a la fuga.

Estos hechos fueron tipificados en el artículo 188 del Código Penal (CP), con las agravantes previstas en los incisos 2 y 4, primer párrafo, artículo 189, del acotado Código, concordado con el inciso 16 del CP referido a la tentativa.

SUSTENTO DEL RECURSO DE NULIDAD

TERCERO. La defensa del sentenciado Marco Enrique Segundo Acho Núñez en el recurso de nulidad solicitó que se le imponga una pena menor a la



fijada en la sentencia. Sostuvo los siguientes agravios:

3.1. La Sala Superior no efectuó una aplicación estricta de la Ley N.º 28122. No existe impedimento para que se le aplique la reducción máxima de la pena que faculta la citada ley de hasta un séptimo de la pena concreta parcial como beneficio procesal. Asimismo, se deben tener en cuenta sus condiciones personales y que el delito quedó en grado de tentativa.

3.2. Se debieron valorar los efectos colaterales de la pena privativa de libertad efectiva tanto como para el penado como para sus familiares. La ley no ofrece ningún tipo de beneficios penitenciarios; por lo que una pena efectiva grave sería contraria a los fines de la resocialización, ya que las condiciones carcelarias no coadyuvan a estos efectos.

FUNDAMENTOS DE ESTE SUPREMO TRIBUNAL

EL DELITO DE ROBO CON AGRAVANTES

CUARTO. El delito de robo, en su figura básica, se encuentra previsto en el artículo 188 del CP y se produce cuando el agente se apodera de un bien mueble total o parcialmente ajeno, luego de haberlo sustraído del ámbito de vigilancia que sobre él ejerce su legítimo propietario o copropietario, con empleo de violencia física contra las personas o amenazándolas con peligro grave e inminente para su vida o integridad física¹. La violencia o amenazas –como medio para la realización típica del robo a diferencia del hurto– han de estar encaminadas a facilitar el apoderamiento o a vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento. En consecuencia, la violencia es causa determinante del desapoderamiento y está siempre orientada a neutralizar o impedir toda capacidad de actuación anterior o reacción concomitante de la víctima que pueda obstaculizar la consumación del robo².

QUINTO. Las agravantes del robo se encuentran previstas en el artículo 189

¹ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Delitos y penas una aproximación a la parte especial*. Lima: Ideas Solución Editorial, 2017, p. 117.

² Acuerdo Plenario N.º 3-2009/CJ-116, fundamento 10.



del CP. En el caso que nos ocupa, a Marco Enrique Segundo Acho Núñez se le condenó por las agravantes de los incisos 2 y 4, artículo 189, del acotado Código³, referidas a la comisión durante la noche y con el concurso de dos o más personas, respectivamente⁴.

SOBRE LA CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL JUICIO ORAL Y LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA SEXTO. El artículo 5 de la Ley N.º 28122 regula la institución de la conformidad, por el cual una vez que la Sala Superior inste al acusado si acepta ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil, si se produce su confesión, luego de la formal y expresa aceptación de su abogado defensor, se declarará la conclusión anticipada del debate oral y se emitirá, en el plazo correspondiente, la sentencia conformada respectiva.

En el Acuerdo Plenario N.º 5-2008/CJ-116⁵, se establece que la conformidad tiene por objeto la pronta culminación del juicio oral a través de un acto unilateral –no es un negocio procesal– y expreso del imputado y su defensa –de doble garantía– de reconocer los hechos objeto de imputación, concretados en la acusación fiscal, que importa una renuncia a la actuación de pruebas y del derecho a un juicio público y del contenido jurídico material de la sentencia, al convenir, desde ya, la expedición de una sentencia condenatoria en su contra.

Toda conformidad, si reúne los requisitos legalmente establecidos, tiene como efecto el beneficio de reducción de la pena, que podrá graduarse entre un séptimo o menos, según la entidad o complejidad de la causa, las

³ Modificado por Ley N.º 30076, del 19 de agosto de 2013.

⁴ Es pertinente precisar que si bien en el dictamen acusatorio (foja 118) y el auto de enjuiciamiento (foja 136) también se consideró como agravante la prevista en el inciso 3, artículo 189, del CP, referida a la comisión del robo a mano armada, no fue consignada en la sentencia condenatoria.

⁵ Del 18 de julio de 2008. Asunto. Nuevos alcances de la conclusión anticipada.



circunstancias del hecho y la situación personal del imputado, el nivel y el alcance de su actitud procesal.

SÉPTIMO. En cuanto a la determinación judicial de la pena, conforme con el Acuerdo Plenario N.º 4-2009/CJ-116⁶, constituye un procedimiento técnico y valorativo regulado por el CP, en cuya apreciación se deben considerar los hechos y las circunstancias que la rodean.

En el artículo 45 del CP, se establecen los criterios de fundamentación y determinación de la pena, mientras que el artículo 46 del acotado Código, contiene circunstancias genéricas de atenuación y agravación, cuya función esencial es ayudar a la medición judicial de la intensidad de un delito y a la decisión sobre la calidad o extensión del castigo que aquel se merece⁷.

OCTAVO. De modo que, en primer lugar, se debe determinar cuál es la conminación penal prevista para el tipo materia de acusación e identificar la configuración de circunstancias atenuantes o agravantes (genéricas, específicas o cualificadas) que concurran.

Las circunstancias atenuantes o agravantes genéricas se encuentran en la parte general del Código Penal y son aplicables a todos los tipos penales. Mientras que las circunstancias agravantes y atenuantes específicas son aquellas que se encuentran en la parte especial del acotado Código, y para las cuales, la ley establece escalas punitivas conminadas de diferente

⁶ Del 13 de noviembre de 2009. Asunto: Determinación judicial de la pena y concurso real de delitos, fj. 15.

⁷ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios*. Lima: Idemsa, 2010, pp. 193-196. Según el Acuerdo Plenario N.º 1-2008/CJ-116, sobre Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena, se denominan circunstancias atenuantes y agravantes, a aquellos factores objetivos o subjetivos que influyen en la medición de la intensidad del delito (antijuridicidad o culpabilidad), haciéndolo más o menos grave; cuya función principal es coadyuvar a la graduación del *quantum* de pena aplicable al hecho punible cometido.



extensión y gravedad⁸. Es el caso, por ejemplo, de las circunstancias agravantes establecidas en el catálogo del artículo 189 del CP. Por su parte, las circunstancias agravantes cualificadas se encuentran establecidas en el artículo 46-A (condición del sujeto activo), artículo 46-B (reincidencia), artículo 46-C (habitualidad), artículo 46-D (uso de menores en la comisión de delitos), artículo 46-E (circunstancia agravante cualificada por abuso de parentesco).

NOVENO. Además, se debe observar si concurren otras reglas que afecten la construcción o extensión de la pena concreta, como alguna causal de disminución de punibilidad y, de ser el caso, si son aplicables las reglas de reducción punitiva por bonificación procesal. Respecto a las primeras, afectan la extensión mínima de la punibilidad establecida para el delito, pues tienen la aptitud de generar un umbral menor por debajo del mínimo legal en atención al grado de lesividad de la conducta o del nivel de intervención de los autores o partícipes, como en la tentativa (artículo 16), el error de prohibición vencible (artículos 14 y 15, *in fine*, del CP), las eximentes imperfectas (artículos 21 y 22 del CP), y la complicidad secundaria (artículo 25, *in fine*, del CP). En cuanto a las segundas, son premios o recompensas que inciden en la pena concreta como la conclusión anticipada de juicio oral⁹.

DÉCIMO. Con relación a un delito tentado, el artículo 16 del CP faculta al juez a disminuir “prudencialmente” la pena. En este punto, se considera que la parte especial del Código Penal regula la sanción de conductas consumadas, en que se produce la efectiva lesión al bien jurídico. En efecto, no se puede equiparar una conducta consumada con un intento de delito. Es por ello que, en aplicación del principio de proporcionalidad, para la determinación judicial de la pena en casos de tentativa, no resultan

⁸ Acuerdo Plenario N.º 2-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010. Asunto: concurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto grado o nivel y determinación judicial de la pena.

⁹ Casación N.º 167-2018/Lambayeque. Ponente: jueza suprema Castañeda Otsu.



aplicables las reglas de los tercios previstas en el artículo 45-A del CP, cuya redacción y sentido ontológico es para los casos de las penas previstas en la parte especial¹⁰.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

DECIMOPRIMERO. En atención a que el extremo materia de impugnación por parte de la defensa del sentenciado Marco Enrique Segundo Acho Núñez se encuentra referido a la pena impuesta de nueve años y cinco meses de privación de la libertad, se parte de la conminación penal prevista para el delito materia de condena, que en el presente caso es el de robo con agravantes, que se sanciona con una pena de privación de libertad no menor de doce años ni mayor de veinte años.

DECIMOSEGUNDO. El fiscal superior en el dictamen acusatorio (foja 118) y en la requisitoria oral (foja 234) solicitó la pena de once años de privación de la libertad. Sostuvo que en aplicación del artículo 45-A del CP, que regula el sistema de tercios, y considerando que no se identificaron atenuantes ni agravantes, la pena concreta se ubica en el tercio inferior. Luego tuvo en cuenta la tentativa como circunstancia especial de atenuación, con lo cual concluyó que debía reducirse prudencialmente la pena por debajo del tercio inferior al *quantum* solicitado en atención a sus condiciones personales y a la forma y las circunstancias del evento delictivo.

Por su parte, la Sala Superior también aplicó el sistema de tercios y ubicó la pena concreta parcial en el extremo mínimo del tercio inferior, esto es, en doce años, ya que consideró que no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes, que el sentenciado contaba con veintisiete años al momento de los hechos y su nivel cultural. Luego tomó en consideración que el delito quedó en grado de tentativa; por lo que le redujo prudencialmente la pena a once años. Sobre este *quantum* efectuó la

¹⁰ Casaciones números 1083-2017/Arequipa y 66-2017/Junín.



rebaja por el beneficio premial de conclusión anticipada de juicio oral y fijó la pena final en nueve años y cinco meses de privación de libertad.

Agregó que, si bien en el certificado de antecedentes penales figuran dos condenas anteriores por el mismo delito, una con pena suspendida y otra con pena efectiva, no podría considerarse reincidente al sentenciado pues tal circunstancia no fue invocada por el fiscal superior.

DECIMOTERCERO. Al respecto, este Supremo Tribunal considera que el único impugnante es el sentenciado, por lo que opera como límite el principio de *no reformatio in peius* (proscripción de la reforma en peor)¹¹. En ese sentido, considerando que en la sentencia se condenó a Marco Enrique Segundo Acho Núñez por el delito de robo con la concurrencia de las agravantes específicas de los incisos 2 y 4, primer párrafo, artículo 189, del CP (durante la noche y con el concurso de dos o más personas), la Sala Superior efectuó la reducción a partir del extremo mínimo de la pena de doce años, de la que rebajó un año por la tentativa, y luego el séptimo, como ya se anotó.

Este Supremo Tribunal ratifica la pena impuesta de nueve años y cinco meses, no obstante que la Sala Superior no consideró la agravante prevista en el inciso 3 del citado dispositivo legal, concerniente a la comisión del robo a mano armada, que fue comprendida en el dictamen acusatorio y en el auto de enjuiciamiento. Asimismo, no consideró la condición de reincidente del sentenciado¹², porque el fiscal superior no invocó esta

¹¹ Artículo 300 del C de PP. 1. Si el recurso de nulidad es interpuesto por uno o varios sentenciados, la Corte Suprema solo puede confirmar o reducir la pena impuesta y pronunciarse sobre el asunto materia de impugnación. La interdicción de la *reformatio in peius* constituye un derecho implícito del derecho a la tutela procesal efectiva, consagrado en el inciso 3, artículo 139, de la Constitución Política. Tiene estrecha relación con el derecho a interponer recursos impugnatorios, que deriva del inciso 6 del citado artículo 139. STC 0553-2005-HC, del 4 de marzo de 2005. También la STC 01918-2002-HC/TC, del 10 de setiembre de 2002.

¹² Según certificado de antecedentes penales (fojas 66 y 215), el sentenciado registra dos condenas por el delito de robo con agravantes. La primera del 14 de noviembre de 2007 a



circunstancia agravante cualificada, pese a que la Sala Superior, según el Acuerdo Plenario N.º 1-2008/CJ-116¹³, pudo someterla al debate procesal al amparo del artículo 285-A del C de PP y considerarla al momento de determinar la pena concreta.

Sin embargo, como se anotó, este Supremo Tribunal conoce el recurso por la impugnación de la defensa, y por el principio de proscripción de la reforma en peor, ya no es posible considerarla en esta Suprema Instancia para el incremento de la pena.

Por las razones anotadas, debe desestimarse el recurso de nulidad.

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 del catorce de marzo de dos mil diecinueve, emitida por la Tercera Sala Penal Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que le impuso a **MARCO ENRIQUE SEGUNDO ACHO NÚÑEZ nueve años y cinco meses de pena privativa de la libertad** como autor del delito contra el patrimonio en la modalidad de tentativa de robo con agravantes, en perjuicio de Marilú Pérez Pérez, la que con el descuento por carcelería que sufre desde el cinco de octubre de dos mil dieciocho vencerá el cuatro de marzo de dos mil veintiocho.

cuatro años de pena suspendida en su ejecución y la segunda del 26 de agosto de 2009 a cinco años de pena efectiva, la cual venció el 9 de agosto 2013, y considerando que luego de su egreso penitenciario, el 26 de abril de 2015 cometió el presente delito, es reincidente conforme con el artículo 46-B.

¹³ Del 18 de julio de 2008. Asunto. Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 1007-2019
LIMA**

II. ORDENAR se notifique la presente ejecutoria suprema a las partes apersonadas a esta instancia, se devuelvan los actuados al Tribunal Superior de origen y se archive el cuadernillo.

Intervino el juez supremo Bermejo Rios por la licencia del juez supremo Prado Saldarriaga.

S. S.

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

BERMEJO RIOS

SYCO/wrqu