



**CAUSAS DE DISMINUCIÓN DE PUNIBILIDAD POR TENTATIVA Y RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA**

En el caso concurren las siguientes causales de disminución de la punibilidad: a) por tratarse de un delito tentado; y b) responsabilidad restringida por la edad, ya que conforme con su ficha Reniec, el imputado Jordan Ypanaqué León tenía 20 años cuando se cometió el hecho. Ello genera que la sanción a imponerse se determine por debajo del mínimo legal, que para el caso del delito de robo agravado es de 12 años de privación de libertad. En mérito a ello, la Sala Superior disminuyó cuatro años por la tentativa y tres años con cuatro meses por la responsabilidad restringida por la edad, descuento que este Supremo Tribunal considera prudente, en atención al principio de proporcionalidad y razonabilidad.

Luego, en el caso concurre el beneficio premial por conclusión anticipada del juicio oral, lo que genera el descuento de un porcentaje de 1/7 de la pena concreta parcial (4 años y 8 meses), con lo que se determina la imposición de 4 años de pena privativa de libertad.

A ello, conforme con el artículo 52 del Código Penal, permite seleccionar a este Colegiado la pena de prestación de servicios comunitarios para su aplicación. Su fundamento radica en que esta opción resulta de operatividad práctica como una salida alternativa a las penas efectivas de corta duración que por el efecto de las mismas, desde un análisis concreto del caso, es aconsejable convertirla en una de prestación de servicios comunitarios, por el pronóstico favorable del comportamiento futuro del acusado.

Lima, ocho de abril de dos mil veintidós

**VISTO:** el recurso de nulidad interpuesto por la representante del **MINISTERIO PÚBLICO** contra la sentencia conformada del 24 de enero de 2019, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, en el extremo que le impuso a **Jordán Ypanaqué León** cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida por el periodo de prueba de tres años, bajo reglas de conducta, como coautor del delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo agravado en grado de tentativa, en perjuicio de Marjhorie Steffanny Falcón Vizcarra.

Intervino como ponente la jueza suprema **PACHECO HUANCAS**.

**CONSIDERANDO**

**I. IMPUTACIÓN FISCAL**

1. Según la acusación fiscal<sup>1</sup>, se registra que el 4 de enero de 2011, aproximadamente a las 11:25 horas, cuando la agraviada Marjhorie Steffanny Falcón Vizcarra de 17 años de edad, esperaba un vehículo de transporte público a la altura de las avenidas Revolución y Mariátegui, en el distrito de Villa El Salvador, fue interceptada por quien en vida fue Andrés Alexander Ormeño Aguirre, el imputado Jordán Ypanaqué León y un sujeto no identificado. El

<sup>1</sup> Cfr. páginas 163 y 176 del expediente principal.



primero inmovilizó a la víctima sujetándola de las manos, el sujeto no identificado sustrajo el celular marca Nokia, color negro y rosado, valorizado en S/ 379,00 (trescientos setenta y nueve soles), que entregó luego a Jordán Ypanaqué, quien a solicitud del sujeto no identificado procedió a quitar el chip del celular para que se lo entregue a la agraviada. En ese momento se percataron de la presencia del personal policial. Fueron intervenidos Andrés Alexander Ormeño Aguirre y Jordán Ypanaqué León, este último en poder del celular de la víctima.

## **II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA**

**2.** El Tribunal Superior emitió sentencia condenatoria contra Jordán Ypanaqué León, en la que fundamentó la pena impuesta sobre el razonamiento siguiente:

- 2.1.** El imputado Ypanaqué León actualmente es padre de familia de un menor, tiene arraigo domiciliario y no registra antecedentes penales, lo que advierte una circunstancia atenuante.
- 2.2.** Se tiene una circunstancia atenuante privilegiada, porque el delito quedó en grado de tentativa y en aplicación del artículo 16 del Código Penal, le corresponde una reducción prudencial de la pena.
- 2.3.** A ello, el imputado al momento de cometer el delito tenía 20 años de edad, y si bien a la fecha el artículo 22 del Código Penal excluye el beneficio de reducción punitiva para los delitos de robo agravado, no obstante, debe tenerse en cuenta lo establecido en el Acuerdo Plenario N.º 4-2016/CIJ-116. Por lo que faculta a efectuar una reducción de pena a favor del acusado, precisamente por cuestiones de su edad.
- 2.4.** Así, por la naturaleza y modalidad del hecho punible, que quedó en tentativa, aunado a que es joven, no registra antecedentes penales y se acogió a la conclusión anticipada, conforme con lo dispuesto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, justifica que se reduzca prudencialmente la pena en cuatro años. La que se suspenderá por el periodo de prueba de tres años, por los requisitos del artículo 57 del Código Penal.

## **III. EXPRESIÓN DE AGRAVIOS**

**3.** La representante del Ministerio Público, en su recurso de nulidad fundamentado<sup>2</sup>, planteó como pretensión que se reforme el extremo del *quantum* punitivo de la sentencia y se eleve a diez años con tres meses de pena privativa de libertad. Reclama infracción al principio de legalidad y derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. Sostuvo lo siguiente:

- 3.1.** En atención a que el delito quedó en grado de tentativa, la pena a imponer debe ser dentro del tercio inferior del margen legal, no pudiendo imponerse

<sup>2</sup> Cfr. páginas 13 al 23 del cuadernillo formado en esta Suprema Corte.



por debajo de este, por lo que tal reducción que acoge el Colegiado no se encuentra prevista expresamente dentro de la ley, por lo que resulta ser ilegal y arbitraria.

- 3.2.** No se motivó para ejercer el control difuso en el caso particular del sentenciado Ypanaqué León, quien tenía 20 años al momento de los hechos; por lo que se vulneró el principio de igualdad ante la ley. No está justificada la reducción de la pena por responsabilidad restringida, pues no es suficiente limitarse a la edad. Tampoco se tomó en cuenta la Consulta N.º 1618-2016/Lima, ni el fundamento 15 del Acuerdo Plenario N.º 4-2016.
- 3.3.** Los criterios de la Sala Superior resultan inadecuados, en tanto que la tentativa es una causa de disminución de punibilidad, mas no una atenuante privilegiada.

#### **IV. CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL DELITO**

**4.** Los hechos atribuidos fueron calificados jurídicamente como delito de robo agravado, previsto en el artículo 188 (tipo base), concordado con las agravantes de los incisos 4 y 7 del primer párrafo del artículo 189 del Código Penal (modificado por la Ley N.º 29407 publicada el 18 de septiembre de 2009), que prescriben:

**Artículo 188.** El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, con empleo de violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

**Artículo 189.** La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido: [...] 4. Con el concurso de dos o más personas. [...] 7. En agravio de menores de edad, discapacitados, mujeres en estado de gravidez o ancianos.

#### **V. FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL**

**5.** El punto de partida para analizar la sentencia recurrida es el principio de impugnación limitada que fija los límites de revisión por este Supremo Tribunal; por el cual se reduce el ámbito de la resolución únicamente a las cuestiones promovidas en el recurso aludido y las que configuran, en estricto, la denominada competencia recursal del órgano de alzada.

**6.** En este caso, no se encuentra en debate la responsabilidad penal de Jordán Ypanaqué León como coautor del delito de robo agravado (incisos 4 y 7 del artículo 189 del Código Penal) en grado de tentativa, en perjuicio de Marjhorie Steffanny Falcón Vizcarra, sino lo que es materia de reclamo por parte del Ministerio Público es el *quantum* de la pena privativa de libertad impuesta. Corresponde, entonces, absolver los reclamos que sustentan su pedido y determinar si la pena impuesta por la Sala está correctamente graduada o si por el contrario merece ser revocada conforme con los agravios recursales.

**7.** Ahora bien, en cuanto al procedimiento de determinación de la pena, se advierte que la Sala Superior utilizó el “sistema de tercios” previsto en el artículo



45-A del Código Penal. Sin embargo, de conformidad con la jurisprudencia de esta Suprema Corte, tal proceder es incorrecto pues cuando se está frente a tipos penales que incorporan circunstancias agravantes específicas, no es de aplicación tal sistema, sino que se toma en cuenta el número de circunstancias para determinar proporcionalmente el marco punitivo<sup>3</sup>. Y ello obedece a que, entre circunstancias genéricas y específicas, existe una relación normativa de exclusión ya que poseen una estructura propia y autónoma, por ende, sus componentes no pueden intercambiarse o mezclarse entre sí al momento de su aplicación al caso concreto, debiendo primar las circunstancias específicas, con lo cual se pretende evitar la duplicidad valorativa y la lesión al principio *non bis in ídem*<sup>4</sup>.

**8.** Entonces, en el caso concreto, se trata de un delito de robo agravado en perjuicio de Marjhorie Steffanny Falcón Vizcarra, cuyo marco punitivo es de 12 a 20 años de privación de libertad.

**9.** Así, pues, se debe relieves en primer lugar que el delito quedó en grado de tentativa, por lo que conforme con el artículo 16 del Código Penal, será reprimido disminuyendo prudencialmente la pena. En este punto, corresponde amparar el motivo de agravio 3.3 del recurrente, pues efectivamente la Sala Superior cometió un error al considerar a la tentativa como una atenuante privilegiada, ya que en realidad se trata de una causa de disminución de punibilidad.

**10.** En su agravio 3.1, el recurrente denuncia que el grado de tentativa, debió generar la graduación de la pena en el extremo mínimo de la pena conminada. Sin embargo: “Este Supremo Tribunal ha dejado sentado que debe ser necesariamente por debajo del mínimo legal”<sup>5</sup>, y en este caso el mínimo legal es 12 años. Su motivo no prospera.

**11.** Por su parte, el primer párrafo del artículo 22 del Código Penal establece otra causa de disminución de la punibilidad y se trata de la responsabilidad restringida por la edad, en cuyo caso podrá reducirse prudencialmente la pena conminada para el delito, siempre que el agente tenga más de 18 y menos de 21 años o más de 65 años al momento de realizar el delito. En nuestro caso, el agente tenía 20 años a la fecha de los hechos como se corrobora con su ficha Reniec<sup>6</sup>.

**12.** Absolviendo el motivo 3.2, es cierto que el legislador como medida de política criminal, en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, ha dispuesto una lista de delitos (entre los que se encuentra el delito de robo agravado) a los cuales no debería aplicar la reducción de pena por responsabilidad restringida. No obstante, las Salas Penales de la Corte Suprema

<sup>3</sup> Cfr. Recurso de Nulidad N.º 393-2018/Sullana, del 24 de julio de 2018, fundamento jurídico cuarto. Emitido por la Sala Penal Permanente.

<sup>4</sup> Cfr. Recurso de Nulidad N.º 1434-2019/Lima Norte, emitido el 27 de enero de 2020, por la Sala Penal Permanente.

<sup>5</sup> Cfr. Sentencia de Casación N.º 66-2017/Junín del 18 de junio de 2019.

<sup>6</sup> Cfr. página 29 del expediente principal.



de Justicia, en el Acuerdo Plenario N.º 4-2016/CIJ-116, dejó establecido que las exclusiones contenidas en el referido dispositivo legal son inconstitucionales, por afectar el principio-derecho a la igualdad, reconocido en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política. Es justamente este acuerdo plenario el que sustentó la decisión de la Sala Superior de no aplicar el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, por lo que se encuentra suficientemente justificado y su agravio no prospera.

**13.** De tal manera que en el caso concurren las siguientes causales de disminución de la punibilidad: a) por tratarse de un delito tentado; y b) responsabilidad restringida por la edad, ya que conforme con su ficha Reniec, el imputado Jordán Ypanaqué León tenía 20 años cuando se cometió el hecho. Ello genera que la sanción a imponerse se determine por debajo del mínimo legal, que para el caso del delito de robo agravado es de 12 años de privación de libertad. En mérito a ello, la Sala Superior disminuyó cuatro años por la tentativa y tres años con cuatro meses por la responsabilidad restringida por la edad, descuento que este Supremo Tribunal considera prudente, en atención al principio de proporcionalidad y razonabilidad, prescritos en el artículo III del Título Preliminar del Código Penal.

**14.** El último paso en la dosificación judicial de la pena consiste en confirmar la presencia de las reglas de reducción por bonificación procesal, como la confesión sincera, terminación anticipada, colaboración eficaz o conformidad procesal. En el caso concurre el beneficio premial por conclusión anticipada del juicio oral, lo que genera el descuento de un porcentaje de 1/7 de la pena concreta parcial (4 años y 8 meses), determinándose así imposición de 4 años de pena privativa de libertad.

**15.** Ahora bien, la Sala Superior apreció que se cumplían los tres requisitos del artículo 57 del Código Penal y por ello le suspendió la efectividad de la pena por un periodo de tres años.

**16.** Sin embargo, este Supremo Tribunal pondera que se ha determinado como pena concreta final 4 años de privación de libertad, el sentenciado es primario pues no registra antecedentes penales, tenía 20 años de edad a la fecha de los hechos, el delito quedó en grado de tentativa y no se advierten evidencias que permitan inferir que pudiera cometer un nuevo delito. Ello, conforme con el artículo 52 del Código Penal, permite seleccionar a este Colegiado la pena de prestación de servicios comunitarios para su aplicación. Su fundamento radica en que esta opción resulta de operatividad práctica como una salida alternativa a las penas efectivas de corta duración que por el efecto de las mismas, desde un análisis concreto del caso, es aconsejable convertirla en una de prestación de servicios comunitarios, por el pronóstico favorable del comportamiento futuro del acusado.

**17.** Su aplicación desde luego no es automática, ello tiene respaldo en el principio de proporcionalidad previsto en el artículo VIII del Título Preliminar



del Código Penal, se suma la finalidad de prevención especial de la pena que sustentaría de mejor manera su finalidad resocializadora, conforme con el artículo 139.22 de la Constitución Política del país; sin dejar de lado que igual cumple su función de prevención general. Esta elección también encuentra correspondencia con la culpabilidad de los sentenciados.

**18.** Todo ello permite inferir que resulta razonable que la pena efectiva se convierta en prestación de servicios comunitarios que tendrá un mayor efecto resocializador en el sentenciado.

**19.** En tal sentido, el citado dispositivo legal establece que en los casos de no procedencia de una condena condicional o reserva de fallo condenatorio, el juez podrá convertir la pena privativa de libertad en razón de siete días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad. Asimismo, en caso de incumplimiento injustificado de la pena alternativa convertida, el juez puede revocar la conversión, previo apercibimiento judicial y se ejecutará la pena privativa fijada en la sentencia con el respectivo descuento, de conformidad con el artículo 53 del Código Penal.

Así, en el caso debe revocarse el extremo en que se le impuso al sentenciado cuatro años de privación de libertad con ejecución suspendida por tres años y, reformándola, se le imponga cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, la misma que deberá ser convertida a prestación de servicios a la comunidad, que equivalen a doscientas ocho jornadas.

**20.** Estas jornadas de prestación de servicios a la comunidad serán cumplidas por el condenado en la unidad beneficiaria que señale el juez competente en el marco de la ejecución de la sentencia, de acuerdo con las pautas fijadas en el artículo 6 y, en lo que fuera pertinente, del Decreto Legislativo N.º 1191, publicado el 22 de agosto de 2015 y su reglamento.

## DECISIÓN

Por estos fundamentos, los integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, acordaron:

- I.** Declarar **HABER NULIDAD** en la sentencia conformada del 24 de enero de 2019, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, en el extremo que le impuso a **Jordán Ypanaqué León** cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida por el periodo de prueba de tres años, bajo reglas de conductas, como coautor del delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo agravado en grado de tentativa, en perjuicio de Marjhorie Steffanny Falcón Vizcarra; y, **REFORMÁNDOLA**, le impusieron cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, la misma que convirtieron a 208 jornadas de prestación de servicios a la comunidad.



**II. DISPUSIERON** se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional que corresponda, para los fines de ley y se haga saber.

**S. S.**

**PRADO SALDARRIAGA**

**BROUSSET SALAS**

**CASTAÑEDA OTSU**

**PACHECO HUANCAS**

**GUERRERO LÓPEZ**

*PH/rsrr*