



CONCURRENCIA DE UNA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE CUALIFICADA Y UNA CAUSAL DE DISMINUCIÓN DE PUNIBILIDAD EN LA DOSIFICACIÓN PUNITIVA

Respecto a la concurrencia de una *circunstancia agravante cualificada* y a la vez una *causal de disminución de la punibilidad*, en estos casos, se deben modificar tanto los límites mínimos como máximos del marco punitivo legal. Así pues, en el caso concreto, se tiene que, en virtud de la agravante cualificada por reincidencia, corresponde una extensión de 14 años (lo que equivale a no menos de 20 años) por encima del máximo legal. En virtud de la causal de disminución de punibilidad por tentativa, resulta prudente rebajar 2 años por debajo del mínimo legal. De tal forma que, la nueva pena abstracta oscilará desde los 10 años hasta los 34 años. Existe un margen punitivo de 24 años.

Acto seguido, se tiene que dividir dicho margen punitivo, en relación con la cantidad de agravantes específicas que tiene el artículo 189, esto es 8, asignándosele un valor cuantitativo similar a cada una de ellas (aproximadamente 3 años por cada agravante), y luego, partiendo del mínimo legal, a mayor número de circunstancias agravantes específicas, sería mayor la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena y a menor número de circunstancias la posibilidad de alcanzar el extremo mínimo. En el caso, concurre una agravante específica, por lo cual, la pena a imponer oscilará entre los 10 años y 13 años. Ahora bien, atendiendo a las circunstancias del hecho, así como a las condiciones personales del acusado, nos permiten graduar la pena concreta parcial en 12 años y 1 mes de privación de libertad.

El último paso en la dosificación judicial de la pena consiste en confirmar la presencia de las reglas de reducción por bonificación procesal o conformidad procesal. En el caso solo concurre el beneficio premial por conclusión anticipada del juicio oral, lo que genera el descuento de hasta 1/7 de la pena concreta parcial. Así pues, dentro de la facultad discrecional del juez, en este caso, evaluando los factores dispuestos por el acuerdo plenario, corresponde descontar 1/7 de la pena concreta parcial. Efectuando tal descuento, la pena concreta final se determina en 11 años, 1 mes y 15 días de pena privativa de libertad.

Lima, ocho de marzo de dos mil veintitrés

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica de **PAUL QUESADA VARGAS** contra la sentencia conformada (Resolución N.º 4) de fecha 13 de octubre de 2021, emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones Permanente de Ate de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, que lo condenó como autor del delito contra el patrimonio, robo con agravantes, en grado de tentativa, en agravio de Martha Madelaine Cuadros Velásquez; imponiéndole 15 años de pena privativa de libertad; y, fijó la suma de S/ 600,00 (seiscientos soles) por concepto de reparación civil, que deberá abonar el sentenciado a favor de la agraviada; con lo demás que contiene.

De conformidad con lo opinado por la fiscal suprema en lo penal Intervino como ponente la jueza suprema **PACHECO HUANCAS**.



CONSIDERANDO

IMPUTACIÓN FISCAL

1. Según la acusación fiscal¹, el marco fáctico de imputación del presente proceso es el siguiente:

El 5 de febrero de 2016, a las 17:15 horas, aproximadamente, en circunstancias que la agraviada Martha Madelaine Cuadros Velásquez intentaba abrir la puerta principal de su vivienda, ubicada en calle Los Fresnos N.º 176-A - Santa Anita, fue interceptada por el imputado Quesada Vargas, quien le apuntó con un arma de fuego (posteriormente se determinó que era una réplica), amenazándola con palabras soeces como “mierda, entrégame todo lo que tienes, no grites porque te quemó”.

La agraviada fue despojada de sus pertenencias consistente en una cartera de cuero color negro, en cuyo interior se hallaba un celular marcar “YEZZ”, monedero con la suma de S/ 59,00, así como una bolsa de color rojo de inscripción “Colgate”, en cuyo interior contenía productos de la referida marca, y otros objetos.

Luego, el acusado se dio a la fuga, siendo perseguido por la agraviada, quien solicitó el apoyo de efectivos policiales que se encontraban por la zona, y se logró detener al imputado a tres cuadras del lugar donde ocurrió el hecho. Al efectuarle el registro personal se le halló en su poder la referida réplica del arma de fuego, así como también las pertenencias de la agraviada. Posteriormente, el imputado fue trasladado a la comisaría del sector para las diligencias correspondientes.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

2. El Tribunal Superior emitió sentencia condenatoria², declarando probadas las siguientes premisas:

- 2.1. El imputado aceptó ser autor del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil, acogándose a la terminación anticipada.
- 2.2. Concorre como circunstancia agravada cualificada, la reincidencia que exige que la pena concreta se determine por encima del tercio superior. Al no existir alguna atenuante ni agravante genérica aplicable, la pena debe establecerse en el tercio inferior que va desde los 20 años a los 24 años, 5 meses y 10 días. Entonces, la sanción a imponer debe ser en su extremo mínimo; esto es, 20 años de pena privativa de libertad. Sumado a ello, al quedar el delito en grado de tentativa, se debe rebajar la pena hasta en un tercio por debajo del mínimo legal, por lo que le correspondería una pena de 17 años de privación de libertad.

¹ Cfr. páginas 93 y ss. del expediente principal.

² Cfr. páginas 190-199 del expediente principal.



2.3. En aplicación del principio de proporcionalidad, se advierte que la afectación patrimonial a la agraviada no es significativa, por cuanto ella recuperó sus bienes conforme al acta de entrega. Además, no se causaron lesiones a la agraviada, y el imputado se mostró arrepentido reconociendo su proceder. También, se toma en consideración que es una persona joven que proviene de una condición social vulnerable y su grado de instrucción. Entonces, la pena razonable y proporcional sería de 16 años de pena privativa de libertad.

2.4. Por último, en aplicación de lo dispuesto en la última parte del fundamento jurídico 23 del Acuerdo Plenario N.º 5-2008/CJ-116, aplicando la reducción de un séptimo, la pena concreta final a imponerse es de 15 años de pena privativa de libertad.

EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

3. La defensa técnica del imputado, en su recurso de nulidad fundamentado³, plantea como pretensión la revocatoria de la pena impuesta a su patrocinado, y reformándola, se le imponga 8 años de pena privativa de libertad. Censura lo siguiente:

3.1. La condena no guarda relación con la afectación al bien jurídico protegido máxime si esta solo quedó en grado de tentativa; por lo que, la pena impuesta de 15 años resulta desproporcionada.

3.2. La Fiscalía solicitó se imponga la pena de 20 años por cuanto su patrocinado tiene la condición de reincidente; es decir, por la tentativa, la aplicación del principio de proporcionalidad y la conformidad premial solo se le ha rebajado 5 años.

3.3. Ante la concurrencia de la tentativa como atenuante privilegiada y la reincidencia, corresponde establecer una nueva pena concreta, la cual debe ser fijada en el tercio inferior del *quantum* de pena fijada para el delito de robo agravado, esto es, en 12 años de pena privativa de libertad. A dicha pena concreta debe rebajarse por el principio de proporcionalidad y la conclusión anticipada, 4 años; por lo que, la pena final a imponer debe ser de 8 años.

CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL DELITO

4. Los hechos atribuidos al imputado fueron calificados como delito de robo con agravantes, previsto en los artículos 188 y 189, primer párrafo, inciso 3 del Código Penal (modificado por la Ley N.º 30076, publicada el 19 de agosto de 2013), concordante con los artículos 16 y 46-B (modificado por la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N.º 1181, publicado el 27 de julio de 2015), del mismo cuerpo normativo que prescriben:

Artículo 188. Robo

El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra

³ Cfr. páginas 153-154 del expediente principal.



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. Robo agravado

La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido:

[...]

3. A mano armada

Artículo 16. Tentativa

En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo.

El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena.

Artículo 46-B. Reincidencia

El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente [...]

La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

El plazo fijado para la reincidencia no es aplicable a los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. En estos casos, el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. Si al agente se le indultó o conmutó la pena e incurre en la comisión de nuevo delito doloso, el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

En los supuestos de reincidencia no se computan los antecedentes penales cancelados o que debieren ser cancelados, salvo en los delitos señalados en el tercer párrafo del presente artículo.

FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL

5. Examinará esta Suprema Corte la sentencia de mérito, conforme con lo prescrito por el numeral 1 del artículo 300 del Código de Procedimientos Penales, vinculado al principio de impugnación limitada que fija los límites de revisión por este Supremo Tribunal; en cuya virtud, se reduce el ámbito de la resolución únicamente a las cuestiones promovidas en el recurso aludido, las que configuran, en estricto, la denominada competencia recursal del órgano de alzada.

6. En el caso concreto, no se encuentra en debate la responsabilidad penal de Paúl Quesada Vargas como autor del delito de robo con agravantes (inciso 3 del artículo 189 del Código Penal), en perjuicio de Martha Madelaine Cuadros Vásquez, sino la mensurabilidad de la pena privativa de libertad impuesta que la defensa técnica del citado imputado reclama. Corresponde entonces, absolver los reclamos que sustentan su pedido, y determinar si la pena impuesta por la Sala Superior está correctamente graduada o si por el contrario merece ser revocada y disminuida conforme a los agravios recursales.

7. Previamente, cabe precisar que la determinación de la pena es un procedimiento técnico y valorativo. El Estado peruano ha adoptado un sistema legal de tipo intermedio. Es decir, el legislador ha señalado un mínimo y un máximo por cada delito, dejando al juez un arbitrio relativo que incide en la tarea funcional de individualizar, en el caso en concreto, la pena aplicable al



condenado en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad bajo estricta observancia de la debida fundamentación de las resoluciones judiciales (Acuerdo Plenario N.º 1-2008/CJ-116, FJ. 6 y 7).

8. El artículo IX del Título Preliminar del Código Penal preceptúa que la pena cumple tres funciones: preventiva, protectora y resocializadora. Y es pertinente citar lo señalado por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia del 29 de noviembre de 2015, T-setecientos dieciocho/quince:

En conclusión, debe entenderse que la pena debe, entre sus varias finalidades, cumplir una función de prevención especial positiva; esto es, debe buscar la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad, pues el objeto del derecho penal en un estado social de derecho no es excluir al infractor del pacto social, sino buscar su reinserción en el mismo.

9. Ahora bien, en el caso, se verifica que conforme con el acta de la sesión de juicio oral⁴ del 13 de octubre de 2021, el acusado Quesada Vargas, acompañado de su defensa pública, después de la exposición de cargos atribuidos por la representante del Ministerio Público, previa conferencia con su abogado, se acogió a la conclusión anticipada del debate oral, de cuyas consecuencias fue informado precedentemente, de conformidad con lo previsto en la Ley N.º 28122; esto es, aceptó los hechos imputados en su contra y ser responsable de la reparación civil y renunció a la actividad probatoria del juicio oral.

10. En ese contexto, la Sala de Mérito, al momento de determinar la pena, consideró el marco punitivo previsto para el delito de robo, con la circunstancia agravante prevista en el numeral 3 (a mano armada) del primer párrafo del artículo 189 del Código Penal, que sanciona con una pena no menor de 12 ni mayor de 20 años de pena privativa de libertad. Luego, por la concurrencia de la reincidencia como circunstancia agravante cualificada, determinó el nuevo marco punitivo desde los 20 años a los 33 años y 4 meses, aplicando el sistema de tercios, y ubicando la pena concreta en el tercio inferior, ante la inconcurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes genéricas y señalando como pena concreta parcial, 20 años de pena privativa de libertad. A ello, rebajó la pena en 3 años por la tentativa, 1 año por la aplicación del principio de proporcionalidad, y 1 año por la conclusión anticipada, quedando la pena concreta final en 15 años de pena privativa de libertad.

11. De ello, verificamos que el procedimiento para la determinación de la pena, realizado por la Sala Superior, es incorrecto, pues de conformidad con la jurisprudencia de esta Alta Corte, cuando se está frente a tipos penales que incorporan circunstancias agravantes específicas no es de aplicación el sistema de tercios; sino que se toma en cuenta el número de circunstancias para determinar proporcionalmente el marco punitivo (Recurso de Nulidad N.º 393-2018/Sullana, del 24 de julio de 2018, fundamento 4).

⁴ Cfr. página 181 y ss. del expediente principal.



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 idem* (Recurso de Nulidad N.º 1434-2019/Lima Norte, del 27 de enero de 2020, fundamento décimo).

De tal manera que, para estos casos, se ha establecido como fórmula general que a menor número de circunstancias atenuantes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena es mayor. *Contrario sensu*, la mayor cantidad de circunstancias atenuantes conducirá a que se fije la pena en el mínimo legal o cercano a él (Recurso de Nulidad N.º 604-2019 Junín, FJ decimooctavo).

12. De esa manera, el marco punitivo para el delito de robo con circunstancias agravantes, tipificado en el artículo 188 del Código Penal con la agravante 3 del primer párrafo del artículo 189 del mismo código, es de 12 a 20 años. Sin embargo, concurre una agravante cualificada, como es la reincidencia, prevista en el artículo 46-B del Código Penal. Conforme se verifica en el certificado de antecedentes penales⁵, se registran 3 sentencias: i) del 15 de junio de 2010, que le impuso 5 años de pena privativa de libertad efectiva por el delito de robo con agravantes, computada desde el 23 de febrero de 2009 al 22 de febrero de 2014; ii) del 10 de julio de 2013, que le impuso 3 años de pena con carácter condicional por el delito de hurto con agravantes; y iii) del 24 de marzo de 2017, que le impuso 12 años de pena privativa de libertad efectiva, por el delito de robo con agravantes. En tal sentido, nos encontramos frente a la figura de la reincidencia, de conformidad con los presupuestos materiales de la reincidencia establecidos en el fundamento 12 del Acuerdo Plenario N.º 1-2008/CJ-116.

13. La concurrencia de tal agravante cualificada, en definitiva, supondrá una variación a los márgenes punitivos con el que es sancionado este delito; y conforme al citado dispositivo, “[...] el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal”. Sin embargo, también se debe relieves que el delito –de robo con agravantes– quedó en grado de tentativa, por lo que conforme al artículo 16 del Código Penal, será reprimido disminuyendo prudencialmente la pena, que habilita la imposición de una pena necesariamente por debajo del mínimo legal [Sentencia de Casación N.º 66-2017/Junín del 18 de junio de 2019] y al tratarse de una causal de disminución de punibilidad, este debe ser considerado antes del descuento por bonificación procesal por conclusión anticipada del proceso.

14. Ahora, respecto a la concurrencia de una *circunstancia agravante cualificada* y a la vez *una causal de disminución de la punibilidad*, esta Alta Corte, en el Recurso de Nulidad N.º 1434-2019/Lima Norte, fundamento decimosexto, ha desarrollado que, en estos casos, se deben modificar tanto los límites mínimos como máximos del marco punitivo legal. Así pues, en el caso concreto, se tiene:

⁵ Cfr. página 83 del expediente principal.



- En virtud de la agravante cualificada por reincidencia, corresponde una extensión de 14 años (lo que equivale a no menos de 20 años) por encima del máximo legal.
- En virtud de la causal de disminución de punibilidad por tentativa, resulta prudente rebajar 2 años por debajo del mínimo legal.

De tal forma que, la nueva pena abstracta oscilará desde los 10 años hasta los 34 años. Existe un margen punitivo de 24 años.

15. Acto seguido, se tiene que dividir dicho margen punitivo, en relación con la cantidad de agravantes específicas que tiene el artículo 189, esto es 8, asignándosele un valor cuantitativo similar a cada una de ellas (aproximadamente 3 años por cada agravante), y luego, partiendo del mínimo legal, a mayor número de circunstancias agravantes específicas, sería mayor la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena y a menor número de circunstancias la posibilidad de alcanzar el extremo mínimo. En el caso, concurre una agravante específica, por lo cual, la pena a imponer oscilará entre los 10 años y 13 años.

16. Ahora bien, de acuerdo a las circunstancias del hecho, así como a las condiciones personales del acusado, quien tenía 28 años de edad al momento de los hechos, de ocupación obrero, nos permiten graduar la pena concreta parcial en 12 años y 1 mes de privación de libertad.

17. 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 solo concurre el beneficio premial por conclusión anticipada del juicio oral, lo que genera el descuento de hasta 1/7 de la pena concreta parcial. El Acuerdo Plenario N.º 5-2008/CJ-116, en su fundamento jurídico 23, ha señalado claramente que “podrá graduarse entre un séptimo o menos, según la entidad o complejidad de la causa, las circunstancias del hecho y la situación personal del imputado, y el nivel y alcance de su actitud procesal”; es decir, establece ciertos criterios para graduar el porcentaje a disminuir, sin que se advierta dentro de ellos, “hechos de especial gravedad”. Así pues, dentro de la facultad discrecional del juez, en este caso, evaluando los factores dispuestos por el acuerdo plenario, corresponde descontar 1/7 de la pena concreta parcial. Al efectuar tal descuento, la pena concreta final se determina en 11 años, 1 mes y 15 días de pena privativa de libertad.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces supremos de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con la fiscal suprema en lo penal, acordaron:

- I. HABER NULIDAD** en la sentencia conformada (Resolución N.º 4) de fecha 13 de octubre de 2021, emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones Permanente de Ate de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, en el extremo



que condenó a **PAÚL QUESADA VARGAS** a 15 años de pena privativa de libertad como autor del delito contra el patrimonio, robo con agravantes, en grado de tentativa, en perjuicio de Martha Madelaine Cuadros Velásquez; y **REFORMÁNDOLA**, le impusieron 11 años, 1 mes y 15 días de pena privativa de libertad, la misma que iniciará una vez culminada la condena impuesta por la Sala Penal Descentralizada Permanente de Ate, que vencerá el 8 de marzo de 2028; con lo demás que contiene.

II. DISPONER que se notifique la presente ejecutoria suprema a las partes procesales apersonadas a esta instancia, se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional que corresponda para los fines de ley y se archive el cuadernillo respectivo.

III. Al otrosí digo del dictamen fiscal, téngase presente por secretaría.

Intervino el magistrado supremo Cotrina Miñano, por licencia del juez supremo Guerrero López.

S. S.

BARRIOS ALVARADO

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

COTRINA MIÑANO

IEPH/amap