1° SALA PENAL DE APELACIONES - SEDE CENTRAL
EXPEDIENTE : 07170-2019-22-0401-JR-PE-01
ESPECIALISTA : SERRANO GRANDA SILVIA FANNY
IMPUTADO : MAMANI VARGAS, GUSTAVO GONZALO
DELITO : ROBO AGRAVADO
AGRAVIADO : AMODEO TEJADA, VIRGINIA ROSA ELVIRA
PROCEDENCIA : PRIMER JUZGADO PENAL COLEGIADO SUPRAPROVINCIAL PERMANENTE
COLEGIADO : RONALD MANUEL MEDINA TEJADA, GIULIANA YESICA PASTOR CUBA (D.D.), JUAN CARLOS CHURATA QUISPE

Sumilla: El el A quo reconoce la posteridad de dicho Acuerdo Plenario y en esa virtud, apela a la jurisprudencia anterior -Casación 45-2018 Nacional, Acuerdo Plenario 02-2020, Acuerdo Plenario 01-2008, Casación N.° 640-2017 Ica, Recurso de Nulidad N.° 75-2019 Lima Este y el Recurso de Nulidad N.° 766-2020 Lima Sur- para la aplicación del sistema escalonado; es decir, es en base a la postura jurisprudencial existente desde el 2008 -valoración de cada circunstancia agravante-, que el A quo se decanta por este sistema y no, en función al Acuerdo Plenario 1-2023/CJ-116.
Palabras Clave: Robo agravado, agravantes específicas, sistema escalonado, Acuerdo Plenario 1-2023/CJ-116.

SENTENCIA DE VISTA N° 85– 2025

RESOLUCIÓN N.° 20 - 2025
Arequipa, quince de mayo
de dos mil veinticinco. –

I. ATENDIENDO:

El recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de Gustavo Gonzalo Mamani Vargas en contra de la Sentencia No. 58-2024-1°JPCSPA de fecha 9 de mayo de 2024, que declaró a Gustavo Gonzalo Mamani Vargas autor del delito de robo agravado, previsto en el artículo 188 concordado con los numerales 2, 3 y 5 del primer párrafo del artículo 189 del Código Penal, en agravio de Rosa Elvira Amodeo Tejada; en consecuencia, le impuso siete años y dos meses de pena privativa de la libertad, y fijó la reparación civil en S/. 4,000.00, monto que se encuentra cancelado.

Primero. Pretensión impugnatoria

El recurrente solicita –como pretensión principal– que se declare nula la recurrida y se ordene un nuevo juzgamiento o –alternativamente– se revoque la sentencia en el extremo de la pena y –reformándola– se imponga una pena convertida, en base a lo siguiente:

Fundamentos de la nulidad.

La sentencia carece de motivación coherente sobre el tratamiento procesal del acuerdo de pena; en efecto, incurre en contradicción, por un lado, afirma que el acusado aceptó los cargos pero no el quantum de la pena, situación que habría limitado el juicio limitado a la determinación de pena; y por otro, se señala que tanto la fiscalía como la defensa comunicaron al juzgado haber alcanzado un acuerdo sobre la pena y la reparación civil, lo cual implicaría la configuración de una conclusión anticipada con acuerdo integral. Hay una contradicción manifiesta.

En el juicio oral quedó constancia de un acuerdo entre las partes para imponer al acusado una pena de cinco años de privación de libertad, convertida en 260 jornadas de prestación de servicios a la comunidad, se consideró como atenuantes el pago íntegro de la reparación civil, la devolución parcial de bienes, la carencia de antecedentes penales, la situación familiar apremiante del acusado, la confesión sincera, la conclusión anticipada del proceso y el principio del interés superior del niño. Este acuerdo fue reiterado en audiencias posteriores y justificado en el marco de los beneficios premiales previstos en el ordenamiento penal.

El juzgado A quo desaprobó el acuerdo propuesto por las partes, con base al principio de legalidad, considera que la confesión sincera no puede otorgarse porque los bienes fueron devueltos por la esposa del imputado, y no por este mismo. La defensa considera que este pronunciamiento anticipado, emitido en plena audiencia, constituye un acto de adelanto de opinión que compromete la imparcialidad judicial, y que además imposibilitó cualquier reconsideración del acuerdo por parte del acusado, quien ya había reconocido los hechos sobre la base del acuerdo con la fiscalía.

Cuestiona la aplicación del sistema escalonado para la determinación de la pena base, pues el Acuerdo Plenario 1-2023/CJ-116 no estaba vigente al momento de ocurridos los hechos. Hay motivación incongruente dado que, el A quo menciona que los acuerdos plenarios no tienen eficacia retroactiva, empero luego aplica el sistema escalonado de dicho acuerdo plenario al establecer la pena base de 15 años de pena privativa de la libertad sobre la que realiza los descuentos.

La sentencia menciona al acusado Sánchez Gallegos quien no es parte en el proceso. Se ha realizado un juicio con defensa necesaria y las agravantes no corresponden al inciso 3 y 7 del artículo 189 del Código Penal.

Fundamentos de revocatoria.

Advierte que la pena base aplicada por el A quo de 15 años, se aparta de la petición de pena en la acusación de 12 años, con ello se vulnera el principio de congruencia procesal conforme al artículo 397.3 del Código Procesal Penal, afectando con ello el límite de la acusación y la lógica del principio acusatorio.

Solicita se reforme la sentencia en el extremo de la pena y se imponga una sanción alternativa, en atención a las múltiples circunstancias favorables acreditadas, el reconocimiento del hecho, el pago completo de la reparación civil, la ausencia de antecedentes penales, el tiempo transcurrido sin nueva conducta delictiva desde el hecho ser el proveedor único de tres menores de edad, y el esfuerzo personal para responder a las consecuencias del delito. Con base a estos fundamentos es posible la conversión o la suspensión con reglas de conducta.

Segundo. Objeto de debate

En atención a la pretensión impugnatoria, se delimita como objeto de pronunciamiento determinar si se ha fundamentado debidamente la determinación de la pena.

II. CONSIDERANDO:

Primero. Sentencia impugnada

1.1 Hechos

Se atribuye a Gustavo Gonzalo Mamani Vargas haber sustraído, haciendo uso de violencia (al agarrar a la agraviada del cuello para ahorcarla, y además golpearla con un desarmado), la cartera de la agraviada Rosa Elvira Amodeo Tejada, cuando esta se encontraba en el interior de un taxi de servicio público, que conducía el imputado como chofer. La cartera contenía un documento de identidad, un teléfono celular y una tarjeta de crédito. Como consecuencia de la agresión, la víctima recibió atención médica, y se le otorgó dos días de atención facultativa y siete días de incapacidad médico legal.

El acusado Gustavo Gonzalo Mamani Vargas ha aceptado los hechos y su responsabilidad penal a consecuencia de ello.

1.2 Considerandos de la sentencia impugnada

La sentencia de primera instancia determina un marco penal 12 a 20 años de pena privativa de libertad; aplica el sistema escalonado y, valorando la concurrencia de tres agravantes específicas, fija una pena concreta parcial de quince años.

A partir de esta pena, el juzgado considera como fundamento atenuante el principio del interés superior del niño, pues el acusado es padre de tres menores de edad. En virtud de ello, aplica una reducción extraordinaria de cinco años (un tercio), y la pena queda en diez años.

Posteriormente, se aplicaron bonificaciones adicionales por el pago íntegro de la reparación civil (reducción de un séptimo, equivalente a un año y ocho meses) y por la conclusión anticipada del proceso (reducción de otro séptimo, equivalente a un año y dos meses). Se impuso una pena final de siete años y dos meses de pena privativa de libertad efectiva[1].

Segundo. Consideraciones de la Sala Superior

2.1 De conformidad con el principio acusatorio y dispositivo, la Sala Superior debe reducir su pronunciamiento a las cuestiones promovidas por la parte recurrente. Solo de manera excepcional, cuando no haya sido advertido por las partes, se podrá declarar la nulidad de oficio cuando concurran vicios sustanciales o absolutos. En el caso de autos, son dos las pretensiones por la cuales la parte recurrente ha interpuesto el recurso impugnatorio de apelación. Como pretensión principal solicita la nulidad de la sentencia y como pretensión alternativa, solicita que esta sea revocada.

2.2 En cuanto el extremo nulificante de la apelación, el recurrente ha señalado una serie de errores que inciden directamente en la regularidad de la conclusión anticipada parcial arribada en el juicio oral. Así, ha señalado que existe incoherencia respecto a lo que fue objeto de conformidad, siendo contradictorias las afirmaciones sobre una conformidad de los hechos, la pena y la

reparación civil con la de una conformidad solo sobre los hechos y la reparación civil con excepción de la pena. Así también, ha referido errores en cuanto a la consideración de agravantes no atribuidas, la mención a una defensa de libre elección cuando en realidad concurrió la defensa pública y el consignar el nombre de Sánchez Gallegos quien no es parte del proceso. Finaliza cuestionando la aplicación del sistema escalonado para la determinación de la pena base, pues el Acuerdo Plenario 1-2023/CJ-116 no estaba vigente al momento de ocurridos los hechos.

2.3 En cuanto a los alcances de la conformidad parcial, se tiene el considerando tercero -parte expositiva- de la sentencia en que se menciona que el acusado reconoce los **cargos y la responsabilidad civil**, mas no el quantum de la pena. Prosigue el considerando cuarto que da cuenta de los acuerdos adoptados en cuanto a los **hechos y la responsabilidad civil**; aunque se menciona que se dio por concluido el juicio oral, debe entenderse, es la referencia a los acuerdos adoptados de los aspectos antes señalados -hechos y responsabilidad civil- como bien mencionada la sentencia "*han adoptado acuerdos sobre dichos aspectos; en tal sentido, se dio por concluido el juicio oral*". Finalmente, en el punto 1.2.- del considerando primero de la parte considerativa se señala que el acusado ha aceptado y **reconocido su responsabilidad penal**, quedando para debate el extremo de la determinación de la pena; y, en el punto 1.3.- se reitera que el acusado ha aceptado los cargos, no obstante, se menciona que el reconocimiento de hechos no implican el allanamiento a la pena ni la reparación civil, lo que evidentemente es una pauta general descriptiva de los alcances posibles de la conformidad procesal sin que ello advierta incoherencia o contradicción en la apelada, contrario a ello, es reiterativa la mención a la disconformidad solo respecto de la pena. Así las cosas, lo que este colegiado superior advierte, es una suerte de incomprensión global de los términos en los que la apelada se refiere a los alcances de la conformidad que, en lo absoluto, resulta en trascendente para anularla; máxime, si el recurrente no ha señalado la trascendencia de lo que a su consideración advierte; en términos estrictos, la sentencia se pronuncia en el fondo solo sobre el quantum de la pena y el recurrente no ha controvertido el juicio efectuado solo respecto a dicho extremo. Si bien señala que la desaprobación de los acuerdos sobre la pena es un adelanto de opinión, yerra con tal información en tanto, el A quo no se encuentra sometido a aprobar los acuerdos de las partes, ante todo, debe resguardar la legalidad en el proceso.

2.4 En cuanto a las otras observaciones, resultan en irrelevantes acorde al agravio de nulidad planteado, por cuanto, solo alcanzan a ser errores materiales que no inciden en el razonamiento del A quo. Que se consigne la presencia de un abogado de elección cuando actuó un defensor público y el nombre de persona no vinculada al proceso; más que denotar errores de redacción, son intrascendentes para la resolución del caso; lo contrario sería admitir que la calidad del abogado -de elección o de oficio- y la correcta mención de los nombres de las partes, inciden en la determinación de la culpabilidad o en este caso, de la determinación de la pena. Finalmente, la mención a las agravantes de los incisos 3 y 7 del artículo 189 del Código Penal cuando la imputación es por los incisos 2,3 y 5, de igual forma, no pasan de ser errores materiales en tanto, la cita a la norma pertinente -considerando 1.6.- es de los incisos 2, 3 y 5 y en la parte final del extremo "*Respecto a la aplicación del sistema escalonado o sistema de tercios*", se toma en cuenta tres agravantes.

2.5 Ahora bien, en lo concerniente a la aplicación del **sistema escalonado** para el cálculo de la pena, cabe prestar especial atención en la razón que sustenta el cuestionamiento, esto es, su aplicación por la vigencia posterior del Acuerdo Plenario 1-2023/CJ-116, a los hechos materia de imputación. No obstante, en la justificación contenida en el extremo "*Respecto a la aplicación del sistema escalonado o sistema de tercios*" que absuelve la oposición de la defensa a la aplicación del sistema escalonado, se advierte que el A quo reconoce la posteridad de dicho Acuerdo Plenario y en esa virtud, apela a la jurisprudencia anterior -Casación 45-2018 Nacional, Acuerdo Plenario 02-2020, Acuerdo

Plenario 01-2008, Casación N.° 640-2017 Ica, Recurso de Nulidad N.° 75-2019 Lima Este y el Recurso de Nulidad N.° 766-2020 Lima Sur- para la aplicación del sistema escalonado; es decir, es en base a la postura jurisprudencial existente desde el 2008 -valoración de cada circunstancia agravante-, que el A quo se decanta por este sistema y no, en función al Acuerdo Plenario 1-2023/CJ-116. Así las cosas, corresponde que el agravio sea desestimado en tanto, el recurrente ha errado en la comprensión de las justificaciones dadas por el A quo sobre la aplicación del sistema escalonado. De otra parte, este Colegiado aprecia que el sistema escalonado como metodología que asigna un valor cuantitativo a cada circunstancia agravante especifica, resulta siendo adecuada para la determinación de una pena proporcional al hecho punible; en todo caso, el sistema escalonado es un mecanismo para la aplicación de la ley que no efectúa la determinación legal de la pena, pena abstracta; mientras que su determinación judicial se mantiene en el ámbito de la judicatura.

2.6 En lo que respecta a la pretensión de revocatoria, el recurrente sostiene que se ha vulnerado el principio de congruencia procesal, dado que, el A quo ha aplicado la pena base de 15 años, apartándose de la pena de 12 años señalada en la acusación. Asimismo, ha referido que se han acreditado múltiples circunstancias favorables que posibilitan la reducción de la pena para que se le imponga una sanción alternativa -pena convertida o suspendida en su ejecución-.

2.7 En lo que concierne a la vulneración del principio de congruencia procesal, se tiene el numeral 2.3.- del considerando segundo de la apelada en el cual, la pretensión punitiva del Ministerio Público es que se le imponga al acusado la pena de doce años de pena privativa de la libertad -es conforme al requerimiento acusatorio y el auto de enjuiciamiento-; por otro lado, como resultado del cálculo del quantum de la pena, el A quo le impuso al acusado la pena de siete años y dos meses de pena privativa de la libertad efectiva; evidentemente, no hay transgresión al referido principio en tanto la pena impuesta no ha excedido de la pena solicitada por el Ministerio Público quien se arroga tal legitimidad. Es oportuno indicar que el Ministerio Público al efectuar la pretensión penal, solicita la imposición de una pena final concreta que, claramente, no se equipara al extremo mínimo del marco punitivo abstracto. En este caso, es cierto que, en el decurso de la dosificación de la pena, aparece en la sentencia la pena de quince años, pero como parte de un cálculo incompleto que hasta esa altura solo consideró el aumento del extremo mínimo -doce años- en tres años por las tres circunstancias agravantes específicas -sistema escalonado-; sin embargo, al término del cálculo de la pena resulta una que no va más allá de lo requerido por la fiscalía.

2.8 De otro lado, el recurrente señala que la presencia de circunstancias favorables como el reconocimiento del hecho, el pago completo de la reparación civil, la ausencia de antecedentes penales, el tiempo transcurrido sin nueva conducta delictiva desde el hecho, ser el proveedor único de tres menores de edad, y el esfuerzo personal para responder a las consecuencias del delito; hacen posible la conversión de la pena o la suspensión de su ejecución con reglas de conducta. Sin embargo, tales circunstancias fueron bien tomadas en cuenta por el A quo conforme se tiene del considerando segundo de la apelada que, contiene los extremos referidos a la disminución por el interés superior del niño y reducción por pago integro de la reparación civil; mientras que, la ausencia de reincidencia delictiva del acusado posterior a la emisión de la apelada, desde luego no puede ser reprochada como criterio a tener en cuenta para la dosificación de la pena que es un acto histórico anterior.

2.9 Específicamente en lo que se refiere a la reducción de un tercio por confesión sincera, al margen de haber sido el motivo por el cual, el A quo desaprobó el acuerdo de conformidad sobre la pena; esta fue postulada por la defensa en el juicio sobre la pena y así fue reiterado en los alegatos de clausura conforme se registra en el audio correspondiente a la audiencia de fecha 22 de abril del

2024. Sobre dicho extremo no hay un pronunciamiento expreso en la sentencia apelada, no obstante, esta Sala Superior considera que tal omisión no amerita la nulidad del pronunciamiento al no ser trascendente en vista que, este puede ser subsanado en esta instancia. Así, la defensa técnica ha señalo que la confesión sincera se presenta debido a la devolución de los bienes efectuados por la pareja del acusado; sin embargo, tal argumento no se corresponde con la naturaleza de la confesión sincera que esencialmente es la declaración mediante la cual el acusado reconoce los hechos de forma consiente, veraz, sincera y sin coacción; lo que no se configura con la devolución de los objetos del delito; consecuentemente, no es procedente la reducción solicitada por la parte acusada.

2.10 No obstante, el recurrente ha apelado a la ausencia de antecedentes penales del recurrente como razón para reducir el quantum de la pena. Respecto a la atenuante genérica en mención, se verifica que no fue tomada en cuenta por el A quo al calcular la pena, lo que, tampoco es trascendente para una nulidad; más bien, habilita a esta instancia superior a subsanar la omisión efectuando el cálculo de la pena considerando tal circunstancia para graduar la pena dentro de los márgenes de la pena concreta parcial:

> El marco punitivo establecido en el artículo 189 del Código Penal es no menor de doce ni mayor de veinte años de pena privativa de libertad. Aplicando el sistema escalonado y, valorando la concurrencia de tres agravantes específicas, el nuevo espacio punitivo de se ubica de los catorce a los quince años.
>
> Por la carencia de antecedentes penales como atenuante genérica, resulta razonable considerar como pena concreta, al extremo inferior del espacio punitivo resultante de la aplicación del sistema escalonado, esto es, la pena de catorce años.
>
> A partir de dicha pena, se aplica la reducción extraordinaria de un tercio (equivalente a cuatro años y ocho meses) de la pena por el principio del interés superior del niño, resultando la pena de nueve años y cuatro meses. A dicha pena, se aplica las reducciones adicionales por el pago íntegro de la reparación civil (reducción de un séptimo, equivalente a un año y cuatro meses) resultando la pena de ocho años; y por la conclusión anticipada del proceso (reducción de otro séptimo, equivalente a un año un mes y veintiún días) resultando la pena concreta final de **seis años diez meses y nueve días.**

2.11 Finalmente, el artículo 52 del Código Penal establece que el juez podrá convertir la pena privativa de la libertad no mayor de cinco años en otra de prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres y, el artículo 57 señala que excepcionalmente, se puede aplicar la suspensión de la ejecución de la pena cuando la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de ocho años y el autor o partícipe del delito carezca de antecedentes penales y sea menor de 25 años al momento de cometer el delito. En este caso, la pena supera los cinco años y el autor se encontraba próximo a cumplir los 27 años de edad al momento de los hechos[2], no siendo procedente convertir la pena o suspender su ejecución, respectivamente.

2.12 Por los considerandos que anteceden, este Colegiado Superior va a acceder parcialmente al pedido del recurrente, desestimando la pretensión de nulidad y accediendo al pedido de revocatoria, únicamente en el extremo que concierne a la atenuante genérica de la ausencia de antecedentes penales; confirmando la apelada en sus demás extremos.

[2] Los hechos se suscitan el 25 de enero del año 2018 acorde al requerimiento fiscal.
El acusado Gustavo Gonzalo Mamani Vargas nació el 27 de febrero del año 1991.

Tercero. Costas de la instancia

La Sala considera que la defensa apelante ha ejercido un derecho constitucional al recurrir las decisiones judiciales, y no se advierte actuación maliciosa o dilatoria en su accionar, por lo que no cabe disponer el pago de costas en la instancia.

En atención a los fundamentos precedentemente señalados y administrando justicia en nombre de la Nación, de quien emana esta facultad:

III. SE RESUELVE:

POR MAYORÍA, con los votos de los señores jueces superiores Fernández Ceballos y Moreno Chirinos.

1. DECLARAR FUNDADO, en parte, el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de Gustavo Gonzalo Mamani Vargas. **En consecuencia.**

2. REVOCAR la Sentencia No. 58-2024-1°JPCSPA de fecha 9 de mayo de 2024, **únicamente** en el extremo que le impuso a Gustavo Gonzalo Mamani Vargas, siete años y dos meses de pena privativa de la libertad. **REFORMÁNDOLA**, le imponemos a Gustavo Gonzalo Mamani Vargas, **seis años diez meses y nueve días de pena privativa de libertad efectiva. CONFIRMÁNDOLA** en sus demás extremos.

3. ORDENAR la devolución del presente expediente al juzgado de origen. Sin costas en esta instancia. REGÍSTRESE Y NOTIFÍQUESE. Juez Superior Ponente: Señor Jaime Alberto Moreno Chirinos. -

S.S.

FERNÁNDEZ CEBALLOS

MORENO CHIRINOS

EL VOTO EN DISCORDIA DEL SEÑOR JUEZ SUPERIOR FRANCISCO CELIS MENDOZA AYMA ES EL SIGUIENTE:

Respetuosamente, discrepo de la posición asumida por el Colegiado en mayoría, y considero que es atendible la reducción de pena en el caso concreto, conforme expongo a continuación:

Primero. Sentencia impugnada

1.1. Hechos

Se atribuye a Gustavo Gonzalo Mamani Vargas haber sustraído, haciendo uso de violencia (al agarrar a la agraviada del cuello para ahorcarla, y además golpearla con un desarmado), la cartera de la agraviada Rosa Elvira Amodeo Tejada, cuando esta se encontraba en el interior de un taxi de servicio público, que conducía el imputado como chofer. La cartera contenía un documento de identidad, un teléfono celular y una tarjeta de crédito. Como consecuencia de la agresión, la víctima recibió atención médica, y se le otorgó dos días de atención facultativa y siete días de incapacidad médico legal.

El acusado Gustavo Gonzalo Mamani Vargas ha aceptado los hechos y su responsabilidad penal a consecuencia de ello.

1.2. Considerandos de la sentencia impugnada

La sentencia de primera instancia determina un marco penal 12 a 20 años de pena privativa de libertad; aplica el sistema escalonado y, valorando la concurrencia de tres agravantes específicas, fija una pena concreta parcial de quince años.

A partir de esta pena, el juzgado considera como fundamento atenuante el principio del interés superior del niño, pues el acusado es padre de tres menores de edad. En virtud de ello, aplica una reducción extraordinaria de cinco años (un tercio), y la pena queda en diez años.

Posteriormente, se aplicaron bonificaciones adicionales por el pago íntegro de la reparación civil (reducción de un séptimo, equivalente a un año y ocho meses) y por la conclusión anticipada del proceso (reducción de otro séptimo, equivalente a un año y dos meses). Se impuso una pena final de siete años y dos meses de pena privativa de libertad efectiva[3].

Segundo. Acuerdo Plenario 1-2023/CIJ-116. Apartamiento

2.1. Base normativa

[3] No obstante, el voto en minoría, emitido por el magistrado Medina Tejada, discrepa parcialmente respecto a los parámetros empleados para determinar la pena concreta. Sostiene que el interés superior del niño debe ser considerado como una circunstancia privilegiada atenuante supra legal, lo que habilita al juzgador a crear un nuevo marco punitivo por debajo del mínimo legal, en aplicación analógica favorable al reo, en concordancia con el artículo 45-A del Código Penal y principios constitucionales de proporcionalidad, igualdad y equidad en la determinación de la pena.

Con tal fundamento, el voto singular propone establecer un nuevo marco punitivo de 6 a 12 años (reducción a la mitad del mínimo legal), y ubicar la pena concreta en el tercio inferior de dicho marco, considerando dos agravantes específicas, lo que arroja una pena parcial de 8 años y 3 meses. A ello se le aplica la reducción por conclusión anticipada (un noveno), quedando en 7 años y 4 meses, y finalmente, una reducción adicional por el pago íntegro y voluntario de la reparación civil, proponiendo como pena definitiva 7 años y 1 mes de pena privativa de libertad. Este criterio, además, resalta el valor resocializador y preventivo del cumplimiento espontáneo de la reparación civil como una vía alternativa en la política criminal contemporánea.

El Artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial[4] establece que las reglas interpretativas aprobadas por mayoría absoluta por los Plenos Jurisdiccionales y acuerdos plenarios, de los jueces de las Salas Especializadas de la Corte Suprema, son de obligatorio cumplimiento y deben ser invocadas por los magistrados de todas las instancias judiciales; y, conforme lo tipifica el artículo 47.8 de la Ley de la Carrera Judicial, el desacato de los acuerdos que dicte la Corte Suprema en materia jurisdiccional constituye falta grave.

No obstante, el mismo artículo precisa que, si los jueces deciden apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar su resolución, dejando constancia de las reglas interpretativas que desestiman y de los fundamentos que invocan.

El Acuerdo Plenario 1-2023/CIJ-116 propone la aplicación de un sistema escalonado en determinados delitos atendiendo a la cantidad de circunstancias agravantes específicas, en lugar del sistema de tercios, debido a que existiría "una relación normativa de exclusión entre circunstancias genéricas y específicas"[5]. Realmente tal propuesta, como se verá *supra* no se refleja en el sistema fijado *de lege lata* en el ordenamiento jurídico procesal. En ese orden, tal Acuerdo Plenario realmente coloca a los jueces penales en un dilema que consiste en **i)** emplear el sistema escalonado –no regulado legislativamente– y se dicte una resolución contrariando al sistema de tercios conforme al texto expreso y claro de la ley; o **ii)** no aplicar lo dispuesto en el Acuerdo Plenario 1-2023, e incurrir en falta grave.

Se requiere de buenas razones para superar este dilema normativo, pues, en cualquier supuesto –inaplicación de la ley o apartamiento del Acuerdo Plenario–, los jueces penales asumen un riesgo de sanción.

2.2. Principio de legalidad

Considerar el respeto riguroso del principio de legalidad como límite-garantía al poder punitivo es central para cuestionar el sistema escalonado desarrollado en el Acuerdo Plenario 1-2023/CIJ-116, pues se trata de una construcción *extra legem* que carece de sustento normativo, ya que introduce criterios no previstos por el legislador para la determinación de la pena.

El sistema escalonado se basa en una premisa no controversial, a saber, la diferencia entre circunstancias modificatorias genéricas y específicas. Las primeras se encuentran en la parte general del Código Penal y tienen aplicación general, las segundas se encuentran en determinados tipos penales de la parte especial.

El aspecto controvertido se encuentra en estimar la coexistencia de ambas en el marco de la determinación de la pena. Para el sistema escalonado esto no es posible, ya que las circunstancias genéricas se aplican únicamente a "aquellos delitos que no contengan **circunstancias específicas**". El sustento normativo se encontraría en el segundo párrafo del Art. 45-A del Código Penal, cuando en concordancia con la parte *ab initio* de los **numerales 1 y 2 del artículo 46 (circunstancias de**

[4] **Artículo 112 de la LOPJ**, modificado por la Ley 31591 publicada el 26 de octubre de 2022. […] Los jueces de las Salas Especializadas de la Corte Suprema pueden reunirse y aprobar, por mayoría absoluta, reglas interpretativas que serán de obligatorio cumplimiento e invocadas por los magistrados de todas las instancias judiciales. En caso de que los magistrados decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar su resolución, dejando constancia de las reglas interpretativas que desestiman y de los fundamentos que invocan.

[5] Así, Yshii Meza, Luis Alejandro, en el informe escrito como *amicus curiae* para el XII Pleno Jurisdiccional Supremo en Material Penal bajo el título, Determinación Judicial de la Pena: Problemas contemporáneos y alternativas inmediatas, disponible en el siguiente enlace: https://drive.google.com/file/d/16-AU4MDesMXvxdXrVUdxOIgPB5U1XeB7/view.

atenuación y agravación genéricas), establecen la aplicación de "sistema de tercios" "… siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito…"[6].

Así pues, se afirma que "el sistema escalonado es fruto de la doctrina penal a raíz de la falta de regulación de circunstancias atenuantes específicas"[7], toda vez que, si se aplicara el sistema de tercios, la consecuencia sería excesivamente gravosa, toda vez que la pena siempre se tendría que ubicarse en el tercio superior[8].

Precisamente este sistema escalonado tendría su aplicación paradigmática en el robo agravado –o robo con circunstancias agravantes–, ya que la pena se dividiría atendiendo a la cantidad de circunstancias agravantes del grado respectivo. Por ejemplo, las circunstancias específicas de primer grado delimitan una pena de 12 a 20 años, esto es, existe un espacio punitivo de 8 años y el legislador ha enlistado en ocho numerales los supuestos de agravación.

Una vez apreciado –en líneas generales–el sustento del sistema escalonado véase las razones que permiten cuestionarlo. Así, en primer lugar, el sustento normativo basado en el Art. 45-A del Código Penal y los numerales 1 y 2 del artículo 46 del Código Penal, referidos al condicionamiento del "sistema de tercios" "… siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito…" es equivocado por sesgado.

En efecto, los artículos en mención no se restringen a circunstancias específicas para sancionar el delito, sino también a "elementos constitutivos del hecho punible". Por ejemplo, la pluralidad de agentes intervinientes es un elemento constitutivo del tipo penal de organización criminal, pero, a su vez, es una circunstancia agravante genérica prevista en el numeral 2 del artículo 46 del Código Penal.

Si la interpretación de los defensores del sistema escalonado fuese consecuente, entonces habría también una exclusión del sistema de tercios también en delitos cuyo tipo penal se fundamente en alguna de las circunstancias previstas en el Art. 46 del Código Penal y, por lo tanto, en el marco del ejemplo de la organización criminal habría que postular una forma adicional de determinación de la pena distinta a la de los tercios –por su exclusión– y la del sistema escalonado –por no tratarse de circunstancias agravantes específicas–, generando un desorden al momento de la aplicación normativa y, con ello, desigualdad.

En realidad, la exclusión establecida en el Art. 45-A y numerales 1 y 2 del Art. del Código Penal no se refiere a la exclusión del "sistema de tercios", sino a una exclusión de "doble valoración" de las circunstancias agravantes o atenuantes específicas. Volviendo al ejemplo de la organización criminal, al ser la pluralidad de agentes un elemento configurador del tipo, entonces su valoración como circunstancia agravante genérica dentro del sistema de tercios no podrá ser posible.

En el marco de las circunstancias típicas agravantes específicas el razonamiento no tiene por qué ser diferente. Por ejemplo, si la pluralidad de agentes es una circunstancia agravante específica del delito de robo, entonces no puede ser luego valorado como una circunstancia agravante genérica. Con ello, el aparente sustento normativo de exclusión del sistema de tercios que da cabida al sistema escalonado es equivocado.

[6] Ídem.
[7] Villanueva Domínguez, Dennier, ponencia escrita como *amicus curiae* para el XII Pleno Jurisdiccional Supremo en Material Pena p. 7, disponible en el siguiente enlace:
https://drive.google.com/file/d/1ij7__f8c_w3CP32bPnm1L1QySiCVr5DE/view.
[8] Cfr. *Idem.*

Con ello se abre paso al siguiente aspecto controversial referido a la posibilidad de la coexistencia de circunstancias agravantes específicas y genéricas. Ya se apreció *supra* que normativamente no existe exclusión, pero además operativamente tampoco son excluyentes, debido a que su función es diferente por encontrarse en distintos niveles al momento de la determinación de la pena, toda vez que las circunstancias agravantes específicas juegan un rol para la fijación del marco penal abstracto, mientras que las circunstancias genéricas operan dentro del marco penal abstracto.

Lo considerado, se encuentra en armonía con las exclusiones de doble valoración de los artículos 45-A y 46 del Código Penal, en la medida que las circunstancias atenuantes y agravantes genéricas que se deben valorar a la hora de fijar el tercio exacto presupone un marco abstracto que ya valoró elementos típicos y circunstancias específicas, de ser el caso.

Por esa razón, no es correcta la opinión critica que considera que la aplicación del sistema de tercios en el delito de robo agravado tendría como consecuencia que siempre la pena se ubique en el tercio superior, ya que la presencia de circunstancias agravantes específicas es relevante únicamente para el marco penal, mas no para la elección del tercio dentro de ese marco penal.

Ahora bien, paradójicamente el sistema escalonado termina contraviniendo el principio orientador de las prescripciones legislativas (Art. 45-A y 46 del Código Penal) que, según sus defensores, sustentaban su aplicación: el *non bis in idem*. En efecto, el Código Penal establece con claridad el marco abstracto de pena para los tipos agravados, como el artículo 189 del Código Penal sobre robo agravado, con la configuración de cualquiera de esas circunstancias típicas de agravación. Esto implica aceptar la validez de **conceptos disyuntivos** en el derecho penal, cuya estructura se basa en la **disyunción** "o", lo que significa que la realización del tipo penal se satisface con la presencia de uno u otro elemento, o incluso ambos.

De hecho, esto no corresponde a una interpretación innovativa, pues en el marco del robo simple es muy común la afirmación de que el mismo se configura si se cometió con violencia o amenaza o ambos. Lo importante es aceptar que la presencia de uno no excluye la valoración de otro. Volviendo al caso de robo simple, el hecho que exista una amenaza no excluye la valoración de violencia y, por lo tanto, impide la posibilidad de afirmar que existe un robo cometido por amenaza en concurso real con el delito de lesiones.

Lo mismo ocurre en el delito de robo agravado –o con agravantes– el nuevo marco punitivo de 12 a 20 años se activa cuando concurre una sola circunstancia agravante o dos o más, lo cual evidencia claramente su estructura disyuntiva. Lo relevante es que, una vez constatada la presencia de una o varias circunstancias agravantes, estas ya han sido valoradas normativamente para justificar el aumento del marco abstracto de pena, por lo que no pueden ser objeto de una nueva valoración para incrementar la pena concreta. En otros términos, la disyunción legislativa no permite la acumulación valorativa posterior dentro del sistema escalonado sin vulnerar el principio de *non bis in idem*, pues ello implicaría sancionar dos veces el mismo elemento ya utilizado para agravar la respuesta punitiva.

En ese sentido, la operatividad de las circunstancias agravantes específicas se agota en la determinación del marco abstracto de la pena, de modo que el objeto de referencia normativo es la agravación de la pena, y no la circunstancia agravante considerada de forma aislada. Esto permite afirmar que el concepto relevante en la estructura disyuntiva del artículo 189 del Código Penal es la agravante misma, es decir, el efecto jurídico que produce la concurrencia de cualquiera de las circunstancias específicas allí contempladas. Por tanto, la agravante de primer grado del delito de

robo se configura con la presencia de una sola de dichas circunstancias, o de varias, en tanto su concurrencia se evalúa bajo un esquema disyuntivo y no acumulativo.

Considerar a estas circunstancias típicas como circunstancias modificatorias de agravación[9] para justificar el sistema escalonado condiciona que se incurra en una doble valoración, al habilitar que el mismo factor –hecho típico de agravación– primero determine la configuración del tipo de robo agravado, con el consiguiente marco agravado de pena y, luego nuevamente ese mismo factor ser utilizado para la graduación de la pena concreta.

El Acuerdo Plenario no considera que el artículo 45-A del Código Penal al sistema de tercios como único método legislado para la determinación de la pena concreta dentro del marco legal –abstracto–. Por lo contrario, el sistema escalonado no encuentra un soporte legislativo en cuanto a su reconocimiento expreso, realmente se trata de un método inventado basado en una premisa equivocada, a saber, la imposibilidad de coexistencia de circunstancias específicas y genéricas.

De hecho, al tratarse de un sistema inventado, su aplicación resulta inconsistente o, en el mejor de los casos, excesivamente formalista, pues la división en escalones no obedece a una valoración material de las circunstancias agravantes, sino que se construye a partir del número de incisos que el legislador ha utilizado para organizar los dispositivos normativos. Por ejemplo, en el artículo 189 del Código Penal, el numeral 2 distingue entre la comisión del robo durante la noche o en lugar desolado –dos circunstancias claramente diferenciables–, y el numeral 5 agrupa una pluralidad de circunstancias también diferenciables. Si el criterio relevante fuera efectivamente el número de circunstancias agravantes concurrentes, la división escalonada debería contemplar más de ocho tramos punitivos. Sin embargo, sus defensores ignoran esta distinción y adoptan mecánicamente la numeración legislativa como parámetro decisivo. Esta distorsión no se presenta si se asume correctamente la lógica disyuntiva que estructura los tipos agravados, toda vez que la agravante de primer grado se configura con la presencia de una o varias circunstancias, sin que ello dependa del número de incisos en que estas hayan sido sistematizadas.

En cambio, el sistema de tercios permite una adecuada ponderación de circunstancias modificatorias atenuantes y agravantes comunes a fin de establecer el tercio correspondiente dentro del marco abstracto, conteniendo en una gran medida arbitrariedades judiciales y asegurando coherencia en la imposición de penas. Aspecto que no puede predicarse del sistema escalonado debido a que además de vulnerar el *non bis in idem*, también elimina la posibilidad de la existencia de circunstancias atenuantes. En ese sentido, la incorporación de un sistema escalonado alternativo es innecesaria, también inconstitucional, dado que integra un método escalonado que expande la punición sin habilitación legal, en manifiesta infracción del artículo 2.24.d de la Constitución y del artículo III del Título Preliminar del Código Penal referido a la prohibición de la analogía.

El sistema de tercios es el único legalmente aplicable. En el caso del delito de robo agravado, configurado con las circunstancias típicas de agravación previstas en el primer párrafo del artículo 189 del Código Penal, el marco abstracto de pena tiene un umbral mínimo de 12 años y un umbral máximo de 20 años.

Tercero. Cambio de criterio sobre el Acuerdo Plenario 01-2023/CIJ-112

Si bien, en decisiones previas, se ha observado los criterios jurisprudenciales establecidos por el Acuerdo Plenario 01-2023/CIJ-112, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en lo concerniente al denominado sistema escalonado para la

[9] Y afirmar una aparente omisión del legislador en regular las circunstancias modificatorias atenuantes.

determinación judicial de la pena –esto es, el uso de márgenes cualitativos no reglados entre el mínimo y máximo legal para determinar las penas concretas–, corresponde en el presente caso apartarse de dicho lineamiento, únicamente en lo referido al sistema escalonado, por estimar que tal criterio afecta de forma directa el principio de legalidad penal consagrado en los artículos II del Título Preliminar y 139.3 de la Constitución Política del Perú, así como en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal.

Así, el principio de legalidad en materia penal impone al juez el deber de observar estrictamente las disposiciones legales que rigen la individualización judicial de la pena, sin margen para innovaciones o modulaciones de origen jurisprudencial que alteren la estructura legal diseñada por el legislador. En ese sentido, el uso de criterios como valorar dos veces el mismo factor de agravación, entre otras, introducidas por el sistema escalonado, si bien orientado a propósitos de dosimetría punitiva, no encuentra respaldo en el texto del Código Penal ni en las reglas positivas que regulan los límites y determinación de la pena, por lo que su aplicación representa una suerte de legislación judicial impropia.

En ese orden, el suscrito asume a partir de la fecha el deber de observar con estricta sujeción el sistema legal de tercios, que se encuentra expresamente previsto en el artículo 45-A del Código Penal, modificado por la Ley 30076, que garantiza la seguridad jurídica, la previsibilidad y la limitación de la discrecionalidad judicial en la fijación de penas, permitiendo así un marco normativo claro y respetuoso del principio de taxatividad penal.

En consecuencia, y haciendo uso del margen de autonomía que permite el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial respecto a la aplicación de criterios jurisprudenciales, se deja constancia expresa de este apartamiento del Acuerdo Plenario N.º 01-2023/CIJ-112, por las razones expuestas, adoptando como única vía de determinación punitiva aquella que se encuentre positivamente establecida en el texto legal vigente, en salvaguarda de los principios de legalidad, separación de poderes y estricta sujeción a la ley.

<u>Cuarto</u>. Inaplicación del marco penal del artículo 189 del Código Penal

La razonabilidad y proporcionalidad constitucional son principios que vinculan al legislador en la formación de la ley y, a los jueces en su aplicación; ambos, en el ámbito de sus atribuciones deben ponderar las sanciones conforme a la gravedad de los delitos. No pueden establecerse e imponerse penas que no respondan a la naturaleza del injusto y a la lesividad.[10]

En el Expediente No. 03246-2021-PHC/TC –y en jurisprudencia reiterada–[11], el Tribunal Constitucional inaplicó el marco penal del primer párrafo del artículo 189 del CP, que establece una pena mínima de doce años para el delito de robo agravado, se basó en: **i)** la desproporcionalidad de

[10] Actualmente, la pena mínima, para el delito de robo agravado, es cuatro veces más que la establecida en el texto original del Código Penal. Al comparar esta pena con las fijadas para delitos que afectan bienes jurídicos como la vida o la libertad, es claro que no guardan proporción

[11] El Tribunal Constitucional ha inaplicado el primer párrafo del artículo 189 del Código Penal, además en otros procesos, así:

- **Expediente 03246-2021-PHC/TC.** En este caso, el Tribunal Constitucional ordenó la inaplicación del primer párrafo del artículo 189 del Código Penal, considerando que la pena mínima establecida para el robo agravado (cuatro veces la establecida en el texto original del Código Penal) es desproporcionada y no guarda relación con la gravedad del delito ni con las penas establecidas para delitos que afectan bienes jurídicos como la vida o la libertad. El tribunal argumentó que la pena mínima establecida en el primer párrafo es significativamente mayor que la prevista para delitos como el homicidio simple, el aborto sin consentimiento, la trata de personas y el trabajo forzoso.
- **Expediente 00413-2021-PHC/TC, inaplica** el primer párrafo del artículo 189 del Código Penal, con argumentos similares a los del caso 03246-2021-PHC/TC. el Tribunal Constitucional ha fundamentado la inaplicación del primer párrafo del artículo 189 del Código Penal en la aplicación del principio de proporcionalidad, argumentando que la pena mínima establecida es excesiva y no guarda relación con la gravedad del delito de robo agravado. El tribunal considera que la sanción penal debe ser justa y no debe ser desproporcionada en relación con la conducta delictiva.

la pena mínima[12], **ii)** evolución legislativa inconsistente[13], **iii)** violación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad[14] y, **iv)** la facultad del juez para individualizar la pena[15]. Así, el Tribunal Constitucional consideró que los jueces pueden inaplicar el extremo mínimo del primer párrafo del artículo 189 del Código Penal.

Aplicando el test de proporcionalidad se tiene:

- **Idoneidad.** La pena privativa de libertad prevista para el robo agravado, conforme al artículo 189 del Código Penal, –formalmente[16]– tiene como fin proteger el bien jurídico patrimonio frente a conductas violentas y prevenir la comisión de estos delitos[17]. En términos normativos, este marco penal sería idóneo para fines preventivos y de protección. Sin embargo, la eficacia pretendida con este marco penal, no se ve afectado cuando el juez adecúa –vía control difuso– un nuevo mínimo con base a la magnitud de la lesión del bien jurídico y, magnitud de culpabilidad[18]. La legalidad impone al juez el sometimiento estricto al marco fijado por la ley; empero, este principio entra en tensión con otros principios de interdicción de la pena desproporcionada y/o el principio de humanidad. El marco legal cumpliría –formalmente– con la finalidad abstracta de protección del bien jurídico, pero, también una pena privativa de libertad con disminución del marco mínimo resulta plausible constitucionalmente.

- **Necesidad.** Se evalúa comparativamente si existe una medida menos lesiva para el logro –formal– de los fines de la pena, pero que no afecte gravemente los derechos fundamentales del condenado. En el caso, se advierte que las agravantes típicas que configuran la modalidad agravada son: i) durante la noche, ii) a mano armada, y iii) en un vehículo de transporte público. Estas circunstancias, si bien estiman una conducta –abstracta– con mayor probabilidad de peligrosidad, en el caso, no se refleja que las mismas hayan incidido en un resultado –concreto– de mayor lesividad, por el cual se haga necesaria la imposición de una pena elevada para lograr la resocialización. Asimismo, se ha configurado varias circunstancias, entre estas el reconocimiento de los hechos, la asunción de responsabilidad civil, la conclusión anticipada del proceso, y la demostración de arraigo familiar al ser padre de tres menores de edad[19] que permite reducir el reproche penal. Estos factores son indicativos de la disposición del imputado con el fin constitucional de su resocialización. Si bien el principio de legalidad exige observar los marcos mínimos de la pena, su aplicación es sometida a un control constitucional que excepcionalmente habilite su derrotabilidad cuando el marco penal es excesivo y, que transgrede los principios de la dignidad humana y el derecho a la resocialización. Por tanto, resulta suficiente un marco menor que cumpla –de forma igualmente satisfactoria– con la

[12] El Tribunal observó que la pena mínima para el robo agravado es significativamente mayor que las penas previstas para delitos que afectan bienes jurídicos más graves, como la vida o la libertad. Por ejemplo, el homicidio simple tiene una pena menor, lo que evidencia una falta de proporcionalidad en la sanción establecida para el robo agravado.
[13] Desde 1991, las penas para el delito de robo agravado han sufrido múltiples modificaciones, generalmente aumentando la severidad de las sanciones. Esta tendencia legislativa ha llevado a una pena mínima actual que es cuatro veces superior a la establecida en el texto original del Código Penal, sin una justificación clara en términos de política criminal. (14). La tendencia general de estas modificaciones ha sido incrementar las penas correspondientes al delito de robo agravado. En 1998, la pena mínima original llegó a multiplicarse cinco veces. Luego, el 2001, se redujo en un tercio, para volver a aumentar el año 2009. (15). Actualmente, la pena mínima, para el delito de robo agravado, es cuatro veces más que la establecida en el texto original del Código Penal. Al comparar esta pena con las fijadas para delitos que afectan bienes jurídicos como la vida o la libertad, es claro que no guardan proporción. (EXP. N.° 00413-2021-PHC/TC)
[14] La imposición de una pena mínima tan elevada para el robo agravado fue considerada por el Tribunal como contraria a los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad. Estos principios exigen que las sanciones penales sean adecuadas y necesarias en relación con la gravedad del delito y el daño causado.
[15] El Tribunal enfatizó que los jueces deben tener la capacidad de determinar la pena más adecuada en función de las circunstancias específicas de cada caso. La imposición de una pena mínima rígida limita esta facultad y puede llevar a sanciones injustas o excesivas.
[16] Aun cuando materialmente sea contra fáctico
[17] Aun cuando esos fines de la pena no se verifiquen es asumida por nuestro ordenamiento penal.
[18] Condiciones personales del autor
[19] Conforme se acreditó mediante partidas de nacimiento

función preventiva y, que no afecte intensamente la libertad personal, la unidad familiar ni el principio de humanidad de la pena. En ese contexto, la pena de tres años, inferior al mínimo legal del tipo agravado –pero que corresponde al mínimo legal del tipo base–, constituye un marco suficiente y necesario, considerando la lesión concreta del hecho y las condiciones personales del imputado.

- **Proporcionalidad en sentido estricto**. Corresponde ponderar el grado de afectación que genera la pena sobre el derecho fundamental a la libertad personal frente al nivel de protección alcanzado por los fines constitucionales del derecho penal. El marco mínimo de la pena de doce años prevista en la norma representa una afectación intensa y rígida que no permite valorar adecuadamente las condiciones del caso concreto ni la evolución del sujeto sentenciado. En ese orden, como se considera en la sentencia Sentencia No. 03246-2021-PHC, "[…] Si el juez penal considera que la sentencia a emitir es una de naturaleza condenatoria, no debe considerar el extremo mínimo de la pena regulado en el primer párrafo del artículo 189 del Código Penal, pudiendo imponer una pena que no sea menor a la mínima prevista para el tipo base de robo".

  Un marco mínimo de tres años[20] tiene el mismo efecto preventivo del poder punitivo, pero evita incurrir en un exceso punitivo incompatible con el principio de culpabilidad. Por otro lado, la imposición de un marco penal moderado cumple materialmente la función resocializadora de la pena y protege de forma indirecta el interés superior de los hijos menores del condenado, quienes dependen económicamente de él. Por tanto, desde una ponderación concreta entre la libertad personal y los fines de prevención general y especial –formalmente considerada–, la pena marco con un mínimo legal de tres años, resulta razonable, necesaria y constitucionalmente; se presenta una situación de excepcionalidad donde el principio de legalidad cede ante la supremacía de los principios constitucionales de proporcionalidad[21], humanidad y protección de derechos fundamentales, conforme al precedente del Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 0413-2021-PHC/TC.

Así, el nuevo marco penal mínimo de tres años corresponde al mínimo legal del robo –base– previsto en el artículo 188 del Código Penal, por tanto, el nuevo marco corresponde a una pena **no menor de tres ni mayor de 20 años de privación de libertad**; este nuevo marco determina un espacio punitivo abstracto de 17 años, que dividido entre tres tiene como resultado tres marcos punitivos –cada uno con un espacio punitivo concreto de cinco años y 8 meses–. En ese orden, **i)** el primer tercio, corresponde a un marco concreto de 3 años a 8 años y 8 meses, **ii)** el segundo tercio, el marco de 8 años y 8 meses a 14 años y 4 meses y, **iii)** el tercer tercio de 14 años y 4 meses a 20 años.

En el caso no se ha configurado una circunstancia modificativa de agravación prevista en el artículo de las previstas en el artículo 46.2 del Código Penal, en ese orden, conforme dispone el artículo 45-A del mismo cuerpo legal,[22] la pena concreta se determina en el tercio inferior, esto es, en el marco de 3 años a 8 años y 8 meses de pena privativa de libertad; en el caso, atendiendo a que el imputado

[20] **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, empleando 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**.
[21] Artículo VIII. La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes.
[22] 3. Cuando concurran circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera: a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior […].

carece de antecedentes penales, es razonable imponer la pena privativa de libertad de 5 años, conforme propone la defensa en su recurso impugnatorio.

Quinto. Conversión.

La defensa ha propuesto la posibilidad de convertir la pena a prestación de servicios a la comunidad, por lo que corresponde evaluar la procedencia de su pedido. Al respecto, se verifica la condición de reo primario del recurrente, así como la ausencia de supuestos que permitan estimar un rehusamiento a cumplir la pena en libertad.

La imposición de una condena efectiva garantiza los fines preventivos de la pena; así, un posible incumplimiento de alguna de las jornadas conllevará la revocatoria de la conversión y el cumplimiento de la pena en reclusión, y esta condena efectiva podrá ser merituada en caso cometa un ilícito a futuro. En ese orden, la conversión se presenta como una alternativa razonable en el caso concreto, por lo que en el caso puede convertirse la pena a 260 jornadas.

Sexto. El interés superior del niño como causa de disminución de punibilidad

La Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad 761-2018/Apurímac ha considerado que el interés superior del niño constituye una causa de disminución de punibilidad de carácter supralegal, y no simplemente una circunstancia atenuante privilegiada. Esta calificación tiene consecuencias relevantes en materia de determinación de la pena.

La Sala Penal Permanente, con ponencia del juez supremo César San Martín Castro, sostuvo que cuando el cumplimiento de una pena efectiva afecta directamente la unidad familiar y recae sobre quien mantiene y cuida a hijos menores de edad, el interés superior del niño opera como una causa de exclusión parcial de la culpabilidad, y, por tanto, autoriza válidamente la imposición de una pena por debajo del mínimo legal. Se trata de una disminución post delictiva, que tiene su justificación en principios convencionales (artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño) y en el literal c) del artículo 45 del Código Penal.

En esa línea, la Corte reconoció que este factor no se encuentra regulado de manera expresa en el Código Penal, pero forma parte de un mandato constitucional y convencional vinculante, que debe ser proyectado al momento de individualizar la sanción, junto con otras instituciones como la confesión sincera. Esta postura tiene un efecto normativo: permite la rebaja de la pena por debajo del mínimo establecido por la ley, y justifica incluso su suspensión, como ocurrió en el caso concreto.

Por tanto, conforme a la jurisprudencia citada, el interés superior del niño no es solo una atenuante ni una circunstancia extraordinaria de favor, sino una causal autónoma de disminución de punibilidad supralegal, reconocida por su carácter constitucional y por su impacto en la legitimidad material de la respuesta penal.

Sexto. Congruencia recursal

El principio de congruencia recursal, en correspondencia con el principio dispositivo, delimita el ámbito de competencia del órgano jurisdiccional revisor a los agravios expresamente invocados por el impugnante –tal como lo establece el artículo 409, inciso 1 del Código Procesal Penal[23]–, empero esta regla no tiene carácter absoluto. En efecto, el marco normativo y constitucional reconoce

[23] **Artículo 409.** 1. La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante.

excepciones en supuestos en los que se adviertan vicios procesales insubsanables o causales de nulidad absoluta, cuya verificación impone al juzgador la obligación de declarar su invalidez incluso de oficio, sin necesidad de requerimiento expreso de parte, conforme a lo dispuesto en el artículo 150 del citado Código[24] y el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que consagra el deber de dirección del proceso y de saneamiento por parte del juez.

Se destaca que los jueces, en el ejercicio de su función jurisdiccional, ostentan el deber de realizar control difuso de constitucionalidad, conforme lo establece el artículo 138, segundo párrafo, de la Constitución Política del Perú, en virtud del cual les faculta a inaplicar normas legales que resulten contrarias a la Constitución, incluso sin que medie su invocación por las partes. Esta atribución, encuentra respaldo en el principio *iura novit curia* y, se complementa con el principio de optimización de los derechos fundamentales, en virtud del cual toda autoridad jurisdiccional debe procurar la máxima realización de los derechos fundamentales en el caso concreto, con especial énfasis en la protección del derecho a la libertad personal, pilar esencial del proceso penal.

En ese orden, si bien el órgano jurisdiccional de alzada debe respetar los límites de la impugnación fijados por el recurrente, no se encuentra impedido –ni exonerado– de actuar frente a supuestos que impliquen afectación sustancial a la validez del proceso o al contenido esencial de los derechos fundamentales, especialmente cuando se encuentra en tensión la libertad del imputado, circunstancia que exige una actuación jurisdiccional proactiva orientada a la tutela efectiva de los derechos reconocidos en el ordenamiento constitucional.

Sétimo. Conclusión

Por tales fundamentos, **MI VOTO** es porque se declare fundado en parte el recurso interpuesto y, adicionalmente –mediante control difuso, sujeto a la elevación en consulta– se inaplique el marco normativo del primer párrafo del artículo 189 del Código Penal; en consecuencia, se revoque la sentencia recurrida y, reformándola, se imponga a Gustavo Gonzalo Mamani Vargas cinco años de pena privativa de la libertad con el carácter de efectiva, convertida a 260 jornadas de prestación de servicios a la comunidad.

S.S.

MENDOZA AYMA

[24] **Artículo 150.** No será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aun de oficio, los defectos concernientes:
a) A la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia;
b) Al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas;
c) A la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria;
d) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución.