



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE NULIDAD N.º 1677-2017
LIMA NORTE**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE
SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas
SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Secretaría De Sala - Suprema: SALAS CAMPOS Pilar
Roxana FAU 20159981216 soft
Fecha: 06/09/2019 17:55:29 Razón: RESOLUCION
JUDICIAL D.Judicial: CORTE SUPREMA /
LIMA, FIRMA DIGITAL - CERTIFICACIÓN DEL
CONTENIDO

**Determinación de la pena en casos de
reincidencia**

Ante la concurrencia de la circunstancia agravante cualificada de reincidencia y la sumatoria de penas, la sanción debió fijarse por encima de máximo legal; el fiscal solicitó treinta y tres años de privación de libertad y, aplicada la disminución del séptimo por la conclusión anticipada, la pena mínima resultante era de veintiocho años y tres meses; sin embargo, la sanción fijada por el Colegiado Superior es inferior a esta última. El *quantum* no puede agravarse, por imperio del principio de interdicción de la reforma peyorativa.

Lima, catorce de enero de dos mil diecinueve

VISTOS: el recurso de nulidad formulado por el procesado **Guillermo Alejandro Rojas Romero**, contra la sentencia conformada del siete de junio de dos mil diecisiete –foja 193–, en el extremo que le impuso veinte años de pena privativa de libertad, como autor del delito contra el patrimonio-*robo agravado*, en perjuicio de María Marleny Vega Carrasco; y por el delito de *robo agravado en grado de tentativa*, en perjuicio de Celia Aguilar Acuña. De conformidad con el dictamen del señor fiscal supremo en lo penal.

Intervino como ponente la señora jueza suprema Chávez Mella.

CONSIDERANDO

§ I. Expresión de agravios

Primero. El procesado Guillermo Alejandro Rojas Romero, en el recurso incoado –fojas 211 y 220–, cuestionó el *quantum* de la sanción impuesta y sostuvo que:

1.1. Los hechos están revestidos de aspectos técnico-jurídicos que requieren ser analizados, puesto que el primero constituye

delito de robo en grado tentado y el segundo no configura un ilícito de robo agravado tentado.

- 1.2. La Sala no advirtió que la sentencia fue expedida antes de la vigencia de la Ley número 30076. La aplicación de la norma no es retroactiva. Ante dos normas en conflicto, debe preferirse la más favorable al reo.
- 1.3. No concurre la reincidencia puesto que: **i)** el artículo 46-B del Código Penal resulta violatorio del derecho a la libertad; **ii)** la premisa normativa de la referida norma: “Después de haber cumplido en todo o en parte una pena”, resulta violatoria, pues supera la realidad e importa computar la agravante desde que se impuso la condena; **iii)** la defensa considera que se debe partir del tiempo en que se cometió el hecho y que haya sido condenado previamente dos veces a pena privativa de libertad efectiva en un periodo no mayor de cinco años; y **iv)** el procesado no tiene la calidad de reincidente, pues los hechos datan del dos mil diez y solo tenía una sentencia impuesta.
- 1.4. No se realizó el test de razonabilidad y proporcionalidad, tampoco se consideraron los fines de la resocialización ni las condiciones personales del agente. La pena impuesta resulta excesiva.
- 1.5. El valor del bien materia del ilícito es ínfimo: S/ 46 (cuarenta y seis soles), incluso, fue recuperado; además, la intensidad del riesgo para la vida e integridad física del agraviado es escasa, al haber actuado con una réplica de arma de fuego, por lo que corresponde aplicar la sanción, en virtud del principio de proporcionalidad y fines de la pena, lo que permitiría disminuirla por debajo del mínimo legal.

§ II. Imputación fiscal

Segundo. La sentencia impugnada, en función a la acusación fiscal –foja 152– y a la aquiescencia del imputado y de su defensor, fijó como hechos formalmente establecidos que:

2.1. El dieciséis de agosto de dos mil dieciséis, aproximadamente a las 07:50 horas, en circunstancias que la agraviada María Marleny Vegas Carrasco se encontraba atendiendo en el interior de su local comercial (panadería) ubicado en jirón Cusco 4103, San Martín de Porres, el procesado Guillermo Alejandro Rojas Romero, quien simuló ser cliente, ingresó y solicitó que le vendieran pan y un Frugos; al entregarle los productos, él sacó una réplica de arma de fuego y, aparentando que se trataba de un arma real, dijo: "Esto es un asalto"; inmediatamente, trepó por encima del mostrador y apuntó en la cabeza de la agraviada con la réplica del arma y le dijo: "Si te mueves te mato". En total, llegó a apoderarse de una cajita de madera que contenía la suma de S/ 46 (cuarenta y seis soles), correspondientes a los ingresos del día. Después, huyó a bordo de una bicicleta.

2.2. Posteriormente, aproximadamente a las 08:15 horas, el procesado cometió un segundo hecho, al ingresar a la bodega ubicada en jirón Huaraz 613, San Martín de Porres, donde también simuló ser cliente y solicitó que le vendan un Frugos. Cuando se le entregaba el producto, el procesado sacó la réplica del arma mencionada y apuntó en la cabeza de administradora del local, la agraviada Celia Aguilar Acuña, diciéndole: "No te muevas que te disparo", y le exigió que le entregue el dinero producto de las ventas, pero la reacción de la agraviada fue retroceder hacia el interior de la tienda, y gritar: "Policía, policía"; ante lo cual, el procesado salió corriendo, y fue capturado por efectivos policiales. El procesado fue reconocido por las agraviadas como el autor de los ilícitos.

§ III. Fundamentos del Tribunal Supremo

Tercero. Según se advierte del acta de juicio oral de la sesión del siete de junio de dos mil diecisiete –foja 190–, el imputado, con la aquiescencia de su abogado defensor, se acogió a la conclusión anticipada. Por su parte, la defensa técnica del encausado alegó que se imponga a su patrocinado una pena inferior al mínimo legal. De otro lado, mostró su conformidad respecto de la reparación civil –extremo no impugnado–. Finalmente, cuestionó la calificación legal de los fácticos atribuidos y aceptados.

En tal sentido, se evidencia el cumplimiento del concurso y coincidencia del imputado y su defensor (bilateralidad) en el allanamiento de los cargos expuestos por la Fiscalía. La conformidad procesal importa la dimisión del encausado al juicio oral y, por ende, a la actuación probatoria y, a su vez, al principio de inocencia que lo amparaba.

Cuarto. En cuanto al cuestionamiento de la calificación legal de los fácticos, se precisa que, de conformidad con la parte *in fine* del fundamento jurídico 16, del Acuerdo Plenario número 5-2008/CJ-116: “El juzgador está habilitado para analizar la calificación aceptada y la pena propuesta e incluso la convenida por el acusado y su defensa”; en tal sentido:

4.1. En relación al primer hecho, ocurrido en agravio de María Marleny Vega Carrasco y reseñado en el apartado 2.1 del segundo considerando de la presente ejecutoria, el procesado, luego de perpetrar el ilícito huyó del lugar con la suma de S/ 46 (cuarenta y seis soles), lo que evidencia la consumación del ilícito, pues el agente tuvo la posibilidad material de disposición sobre la cosa sustraída, pese a la recuperación integral del referido bien y a su detención. En efecto, el momento consumativo del ilícito de robo agravado se determina por la disponibilidad del bien que, incluso, al ser potencial, queda perfeccionado. La conclusión se ampara en

el fundamento jurídico 10 de la Sentencia Plenaria número 1-2005/DJ-301-A, la cual fija: “Si hubo posibilidad de disposición, y pese a ello se detuvo al autor y recuperó en su integridad el botín, la consumación ya se produjo”.

4.2. En cuanto al segundo hecho, ocurrido en perjuicio de Celia Aguilar Acuña, conforme el fáctico expuesto por el titular de la acción penal y citado en el apartado 2.2 del segundo considerando de la presente ejecutoria; importa la comisión del hecho en grado tentado pues el agente dio inicio a los actos ejecutivos de la comisión del delito. Sin embargo, la acción típica se interrumpió en sus inicios por causas ajenas a la voluntad del agente, que impidieron la consumación de la conducta. El hecho importa el inicio del *iter criminis*, por lo que no se está ante actos preparatorios meramente. Se inició la ejecución del delito, sin llegar a apoderarse de la cosa. Esta tentativa es conocida como *inacabada*.

Al respecto, es necesario tener presente el artículo 16 del Código Penal, que establece: “En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer sin consumarlo”.

Del mismo modo, se debe considerar lo señalado en la doctrina:

La tentativa es el primer estadio ejecutivo punible de realización del delito [...]. La esencia de la tentativa consiste, pues, en dar principio a la ejecución del delito: ‘principio’, y no final. [...] Ello significa que de la misma manera que el ámbito de los actos preparatorios excluye el de la tentativa, también el ámbito de ésta excluye el de la consumación: el acto preparatorio nunca será ejecutivo y el acto ejecutivo nunca será consumado y si lo es ya no tentativa sino consumación. Dicho sea de otro modo, la tentativa empieza allí donde acaba el acto preparatorio, y la consumación empieza allí donde acaba la tentativa¹.

¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal parte general*, Ara Editores, primera edición, 2015, Perú, pp. 580 y 581.

A mayor abundamiento, la acción del agente de ingresar o penetrar en el recinto en que la agraviada desplegaba un negocio comercial –esfera de custodia de la cosa, dinero– y desenfundar una réplica de arma de fuego y apuntarle a la cabeza, profiriendo una amenaza contra su vida, y que luego la agraviada retroceda y busque ayuda, importa la materialización del ilícito en grado tentado, aunque no haya alcanzado a realizar el apoderamiento, tanto más que este accionar era el *modus operandi* del agente para cometer esta clase de latrocinios.

El control de legalidad de la tipicidad evidencia que los fácticos se hallan debidamente subsumidos en el tipo penal de robo agravado consumado y como robo agravado en grado tentado, respectivamente, conforme se desprende de la descripción de los fácticos, materia de acusación. En el primer caso, el hecho consumado se presenta; en el segundo, el grado imperfecto de ejecución del delito también está presente. Se descarta el cuestionamiento efectuado; en tal sentido, no concurre reducir la sanción si el hecho quedó consumado y tentado, respectivamente.

Quinto. En cuanto a la aplicación de la Ley número 30076 (sobre el sistema de tercios), pese a que no estuvo vigente al tiempo de la comisión de los hechos, se debe considerar que ya en jurisprudencia reiterada se fijó que: “Las normas penales que establecen los mecanismos para la determinación judicial de la pena tienen naturaleza sustantiva. En su aplicación rige el principio *tempus comissi delicti*. Por tanto, no son retroactivas, salvo la excepción prevista en el artículo 6 del Código Penal y el artículo 103 de la Constitución Política del Perú”²; en tal sentido, atendiendo a que en el caso concreto los hechos se perpetraron el dieciséis de agosto de dos mil dieciséis, y la norma bajo cuestionamiento fue publicada el

² Ver fundamento de derecho 2.3 en la Sentencia de Casación número 400-2018, Cusco, Sala Penal Permanente, del 28 de marzo de 2019.

diecinueve de agosto de dos mil trece, dado que no es posterior sino vigente a la fecha de los hechos, no se produjo una aplicación retroactiva de la ley penal. Dicha norma también alcanza a la aplicación de la reincidencia estatuida en el artículo 46-B, del código sustantivo, que también se encontraba vigente al tiempo de los hechos. El motivo se desestima.

Sexto. Ahora bien, es de significar que se aplicó la agravante cualificada de la reincidencia, la cual el recurrente por medio de esta vía pretende deslegitimar; sin embargo, ya el Tribunal Constitucional peruano ha superado aquel tema, en efecto en el fundamento 24 de la Sentencia número 00014-2006-PI/TC estableció que: “Este Tribunal considera que la consagración de la reincidencia como causal genérica agravante de la pena no constituye un supuesto de afectación al principio *ne bis in ídem*”. Lo cual también es recogido por las Salas Supremas Penales en el fundamento jurídico 12, del Acuerdo Plenario número 1-2008/CJ-116, que señala: “El Tribunal Constitucional, por lo demás, reconociendo la jerarquía constitucional del principio de culpabilidad, no consideró que la agravante de reincidencia era incompatible con el mencionado principio”. El cuestionamiento se descarta.

Séptimo. Ahora bien, la agravante referida se encuentra normada en el artículo 46-B del Código Penal, vigente con la Ley 30076, del diecinueve de agosto de dos mil trece (vigente al tiempo de ocurrido el hecho), que estatuye lo siguiente:

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 189 [...] 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 [...].

Entonces, la norma es taxativa al establecer que su aplicación se efectuará, en el caso concreto, en los supuestos siguientes: i) al haber cumplido en todo o en parte una condena a pena privativa de libertad –efectiva³–; ii) los delitos han de ser dolosos; iii) no hace falta que el delito posterior sea de la misma naturaleza que el delito posterior, iv) el computo se hace sin límite de tiempo; v) es una circunstancia personal e incommunicable⁴. Dichos requisitos se cumplen –el encausado fue condenado a pena privativa de libertad por el delito de microcomercialización de drogas en el dos mil catorce, ver foja 179–. El procesado tiene la calidad de reincidente. Se descarta el agravio postulado.

Octavo. Al procesado se le imputaron múltiples tipos penales –robo agravado consumado y robo agravado en grado tentado–, se produce un supuesto de concurso real de delitos que contempla la sumatoria de penas (artículo 50 del código sustantivo). La pena conminada, según la norma penal, tiene como pena legal establecida de doce a veinte años de pena privativa de libertad.

Noveno. Ahora bien, ante la concurrencia de la circunstancia agravante cualificada de la reincidencia, los efectos del marco punitivo correspondiente, importan la asignación de un nuevo extremo máximo para la pena conminada del nuevo ilícito cometido. Para el delito de robo agravado consumado, será equivalente a: “No menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal”. Es decir, la pena básica se extenderá del nuevo mínimo legal –que es el

³ De conformidad con el tercer párrafo, del tercer fundamento de derecho de la Sentencia de Casación número 1459-2017/Lambayeque, Sala Penal Permanente, del veinte de septiembre de dos mil dieciocho, a partir de la Ley número 30076, del diecinueve de agosto de dos mil trece y la modificación estatuida por el Decreto Legislativo número 1181, del veintisiete de julio de dos mil quince, el presupuesto material de la reincidencia comprende “toda clase de pena efectiva”.

⁴ Aspectos desarrollados de conformidad con el tercer párrafo del fundamento jurídico doce del Acuerdo Plenario número 1-2008/CJ-116, que desarrolla la reincidencia.

máximo fijado en el tipo penal, ahora convertido en mínimo– hasta este nuevo máximo legal: de veinte años a treinta y tres años con cuatro meses. Respecto al delito de robo agravado en grado tentado, también corresponde incrementar dos tercios al máximo de la norma penal; sin embargo, atendiendo a la concurrencia de la tentativa, la pena debe establecerse dentro del mismo espacio punitivo genérico, esto es: de doce a veinte años.

Para los fines de la pena concreta, se debe tener en cuenta los artículos 45-A y 46 del Código Penal. Al no concurrir circunstancias agravantes genéricas ni atenuantes genéricas, se fija la pena concreta dentro del tercio inferior para ambos ilícitos; es decir, respecto al primer hecho, entre veinte años y un día hasta los veinticuatro años con cinco meses y diez días; y respecto del segundo hecho, queda entre doce años hasta catorce años con ocho meses. Ahora, atendiendo a la forma y circunstancias de la comisión del delito y a la culpabilidad por el hecho, será del caso establecer como pena, en el primer fáctico, veinte años y seis meses; y, respecto del segundo, doce años y seis meses. Atendiendo a la sumatoria de penas por concurso real (artículo 50 del Código Penal), correspondía aplicar treinta y tres años de privación de la libertad. Sobre esta pena es aplicable la regla de la reducción de pena por bonificación procesal en los casos de conformidad procesal determinada por el Acuerdo Plenario número 5-2008/CJ-116 (un séptimo), de suerte que la pena final a aplicarse era de veintiocho años y tres meses de privación de la libertad.

Sin embargo, la pena fijada por el Tribunal Superior es inferior a la pena arribada por este Supremo Tribunal; en tal sentido, no puede agravarse por imperio del principio de interdicción de la reforma peyorativa. En tal sentido, tampoco cabe emitir mayor pronunciamiento sobre los otros agravios expuestos por el recurrente (aplicación del principio de proporcionalidad, razonabilidad, fines de la pena) en

atención a que la pena resultante aplicable por el Tribunal de Instancia, además que observó la aplicación de tales principios (ver fundamentos 2.14 y 2.15 de la sentencia impugnada, fojas 201 y 202), impuso una pena muy por debajo de la que realmente correspondía.

Décimo. En suma, ante la concurrencia de la circunstancia agravante cualificada de reincidencia y la sumatoria de pena, la sanción debió fijarse por encima del máximo legal; el fiscal solicitó treinta y tres años de privación de libertad y aplicada la disminución del séptimo por la conclusión anticipada, la pena mínima resultante era de veintiocho años y tres meses; sin embargo, la sanción fijada por el Colegiado Superior es inferior a esta última. El *quantum* no puede agravarse por imperio del principio de interdicción de la reforma peyorativa.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia conformada del siete de junio de dos mil diecisiete –foja 193–, en el extremo que impuso a **Guillermo Alejandro Rojas Romero** veinte años de pena privativa de libertad, como autor del delito contra el patrimonio-robo agravado, en perjuicio de María Marleny Vega Carrasco; y por el delito de robo agravado en grado de tentativa, en perjuicio de Celia Aguilar Acuña; y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

PRÍNCIPE TRUJILLO



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE NULIDAD N.º 1677-2017
LIMA NORTE**

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

ChM/jj