

**Robo agravado, principios de
proporcionalidad y razonabilidad,
determinación y aumento de pena**

Esta Sala Penal Suprema observa que, en primera instancia, la pena impuesta a GIANCARLO BRICEÑO URIBE transgrede los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

La impugnación de la señora FISCAL SUPERIOR incidió en desarrollar un nuevo esquema de determinación penal, en el que se ponderó la presencia de una circunstancia agravante específica (concurso de dos o más personas), dos causales de disminución de punibilidad (tentativa y responsabilidad restringida por razón de la edad) y una regla de reducción por bonificación procesal (conformidad en el juicio oral). El resultado es que corresponde aplicarle cinco años de privación de libertad.

No existe justificación para efectuar reducciones adicionales. Además, no es posible aplicar una sanción suspendida, pues no se cumple con lo previsto en el artículo 57, numeral 1, del Código Penal.

Por lo tanto, en uso de la facultad conferida por el artículo 300, numeral 3, del Código de Procedimientos Penales, se elevará la pena.

Lima, seis de abril de dos mil veintiuno

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por la señora FISCAL SUPERIOR contra la sentencia conformada del cinco de septiembre de dos mil dieciocho (foja 128), emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, en el extremo que impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años bajo reglas de conducta a GIANCARLO BRICEÑO URIBE, como coautor del delito contra el patrimonio-robo agravado en grado de tentativa, en agravio de Christopher Jean Paul Farroñay Zea.

Intervino como ponente el señor juez supremo COAGUILA CHÁVEZ.

CONSIDERANDO

§ I. Expresión de agravios

Primero. La señora FISCAL SUPERIOR, en su recurso de nulidad del diecinueve de septiembre de dos mil dieciocho (foja 138), denunció la infracción del principio de legalidad y del principio jurisdiccional de la motivación de las resoluciones judiciales. Señaló que los motivos para reducir la pena por tentativa no fueron adecuados. Sostuvo que no correspondía aplicar los efectos de la responsabilidad restringida por razón de la edad, de acuerdo con la Consulta número 1618-2016/Lima Norte, del dieciséis de agosto de dos mil dieciséis, emitida

por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Afirmó que el agraviado Christopher Jean Paul Farroñay Zea sufrió daño físico y psicológico.

De otro lado, solicitó el aumento de la sanción a ocho años, seis meses y veintiséis días de privación de libertad.

§ II. Imputación fiscal

Segundo. Conforme a la acusación fiscal del once de mayo de dos mil diecisiete (foja 85), los hechos incriminados fueron los siguientes:

- 2.1.** El nueve de marzo de dos mil quince, a las 12:25 horas, cuando el agraviado Christopher Jean Paul Farroñay Zea estaba caminando por inmediaciones del grupo 19, sector 2, en el distrito de Villa El Salvador, fue interceptado por tres sujetos, entre quienes se encontraba GIANCARLO BRICEÑO URIBE.
- 2.2.** Uno de los malhechores lo inmovilizó, mientras GIANCARLO BRICEÑO URIBE revisó en sus bolsillos y lo despojó de su celular marca Motorola. Luego, se dieron a la fuga.
- 2.3.** El agraviado Christopher Jean Paul Farroñay Zea los persiguió en un mototaxi, solicitó auxilio y el personal policial aprehendió a GIANCARLO BRICEÑO URIBE, quien devolvió el celular. Los demás huyeron del lugar.

Por el *factum* descrito, se solicitó la aplicación de doce años de pena privativa de libertad y el pago de S/ 500 (quinientos soles) como reparación civil.

§ III. Fundamentos del Tribunal Supremo

Tercero. Al inicio del juicio oral, según el acta que obra en autos (foja 126), GIANCARLO BRICEÑO URIBE, con la autorización de su abogado defensor, se sometió a los alcances de la Ley número 28122, del trece de diciembre de dos mil tres, es decir, admitió su responsabilidad y reconoció los hechos delictivos atribuidos por el representante del Ministerio Público.

En tal virtud, se declaró la conclusión anticipada del debate oral y se dictó la sentencia conformada respectiva, de la cual emerge que fue condenado como coautor del delito de robo agravado, en grado de tentativa, en agravio de Christopher Jean Paul Farroñay Zea.

Se le impuso la pena de cuatro años de privación de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, y se fijó como reparación civil la suma de S/ 500 (quinientos soles).

De acuerdo con la parte expositiva de la presente ejecutoria suprema, solo la primera consecuencia jurídica fue objeto de impugnación.

Cuarto. Cabe indicar, como pautas previas, que así como se exige a los jueces que, al momento de la subsunción respectiva, sean absolutamente respetuosos del tenor de la norma sustantiva infraccionada; en el mismo sentido, ha de requerírseles que observen sus disposiciones punitivas. Son cuestionables, en idéntico nivel, las decisiones de extralegalidad y de infralegalidad.

Debido a que no son principios absolutos, la pena debe satisfacer tanto la legalidad como la proporcionalidad.

Es por ello que, para imponer una sanción, ha de cumplirse con la legalidad (situarse en la pena abstracta) y, seguidamente, ha de verificarse la proporcionalidad según las circunstancias del caso, es decir, tomando en cuenta la menor o mayor gravedad del hecho y el nivel de culpabilidad, que puede resultar variable (dosificación de la pena concreta)¹.

Quinto. Se destaca que la Sala Penal Superior utilizó el *sistema de tercios*, previsto en el artículo 45-A del Código Penal (cfr. fundamento 5.3, literales b y e).

Tal proceder, sin embargo, es incorrecto y colisiona con la jurisprudencia establecida por esta Sala Penal Suprema, en el sentido de que, cuando se está frente a tipos penales que incorporan circunstancias agravantes específicas, no se aplica el *sistema de tercios*, sino que se toma en cuenta el número de circunstancias para determinar, proporcionalmente, el marco punitivo².

Lo expuesto no acarrea declarar la nulidad de la sentencia, pues en esta Sede Suprema puede ser materia de subsanación con el propósito de emitir una decisión fundada en derecho.

Sexto. La aplicación de la pena engloba dos etapas secuenciales marcadamente definidas, la primera denominada *determinación legal* y la segunda rotulada como *determinación judicial*. En esta última fase atañe realizar un juicio sobre la presencia de circunstancias agravantes, atenuantes y/o cualquier otro factor de reducción o disminución de la pena.

A. Determinación legal

Séptimo. El marco de punibilidad abstracto previsto para el delito de robo agravado, según los artículos 188 y 189, primer párrafo, numeral 4, del Código Penal, modificado por Ley número 30076, del diecinueve

¹ SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Casación número 1422-2018/Junín, del doce de agosto de dos mil veinte, fundamento de derecho tercero.

² SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Nulidad número 393-2018/Sullana, del veinticuatro de julio de dos mil dieciocho, fundamento jurídico cuarto.

de agosto de dos mil trece, es no menor de doce ni mayor de veinte años de pena privativa de libertad.

B. Determinación judicial

Octavo. Se observa que GIANCARLO BRICEÑO URIBE ejerció actividades laborales eventuales y ostentó un nivel de instrucción compatible con el promedio general, es decir, secundaria completa, de acuerdo con su declaración policial (foja 15, con presencia de la representante del Ministerio Público). De otro lado, no registra antecedentes penales, según el certificado judicial (foja 125).

Estas condiciones, por su generalidad y no extraordinariedad, no compelen a que se le aplique una pena distinta de la estatuida en el Código Penal. Objetivamente, demuestran que se trató de una persona integrada socialmente, con plenitud de sus capacidades formativas y, por ende, con posibilidad de informarse sobre la ilegalidad y reprochabilidad de perpetrar toda clase de delitos.

A partir de ello, no se deducen atenuantes.

Noveno. Ahora bien, acontece un panorama distinto si lo que se coteja es una causal de disminución de punibilidad.

Se verifica la presencia de la tentativa y la responsabilidad restringida por razón de la edad, previstas en los artículos 16 y 22, primer párrafo, del Código Penal.

En lo pertinente, de acuerdo con la ficha Reniec (foja 19), en la data del evento delictivo, GIANCARLO BRICEÑO URIBE tenía diecinueve años y un mes.

Es cierto que, el artículo 22, segundo párrafo, del Código Penal excluye los efectos de la responsabilidad restringida para los casos de robo agravado. Empero, esto no debe entenderse como una prohibición absoluta y sin matizaciones.

Al respecto, la jurisprudencia puntualizó que:

Los jueces penales [...] están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22º del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación –desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente– que impidan un resultado jurídico legítimo³.

En otro pronunciamiento, se determinó que:

La Ley incluye una discriminación no autorizada constitucionalmente [...] si la edad del agente está referida a su capacidad penal, no es razonable configurar excepciones a la regla general en función de

³ SALAS PENALES. Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario número 4-2008/CJ-116, del dieciocho de julio de dos mil ocho, fundamento jurídico undécimo.

criterios alejados de este elemento, como sería uno centrado en la gravedad de ciertos delitos. La gravedad del hecho es un factor que incide en la entidad, importancia, relevancia social y forma de ataque al bien jurídico vulnerado, mientras que la culpabilidad por el hecho incide en factores individuales concretos del agente, al margen del hecho cometido, que tiene su propio baremo de apreciación [...]. La disminución de la pena, según el presupuesto de hecho del artículo 22 del Código Penal, no tiene su fundamento causal y normativo en las características y gravedad del injusto penal, sino en la evolución vital del ser humano [...]⁴.

Además, frente a la colisión entre la jurisprudencia que dimana de las Salas de la Corte Suprema de Justicia de la República, se precisó:

La antinomia existente entre [la] Sentencia de la Sala Constitucional y Social Permanente [...] y el Acuerdo Plenario de las Salas de lo Penal de este Supremo Tribunal número 4-2016/CIJ-116 [...] debe resolverse en función a tres criterios: (I) especialidad –criterio cualitativo vinculado a la rama del Derecho en la que se inserta el precepto legal examinado–; (II) momento de expedición de las sentencias del Tribunal Supremo en oposición –criterio de temporalidad–; y, (III) técnica de resolución de conflictos normativos, específicos del Derecho penal, en el que se ubica el precepto examinado –regla jurídica específica, propia del Derecho penal–⁵.

De este modo, se dispensó la adhesión a las disposiciones de la Consulta número 1618-2016/Lima Norte, del dieciséis de agosto de dos mil dieciséis, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Y, al contrario, se ha instituido como jurisprudencia constante la aplicación de la cláusula aminorativa del artículo 22, primer párrafo, del Código Penal, para toda clase de delitos.

Décimo. Los efectos de las causales de disminución se proyectan sobre *la pena*.

Cuando en el Código Penal se puntualiza este último término, en realidad, se hace referencia a la *pena abstracta* o *penalidad conminada*. Por su parte, *la pena concreta* y los procedimientos para establecer su cuantificación conciernen a los órganos jurisdiccionales, en cumplimiento de las reglas jurídicas que, para tal efecto, han sido estipuladas en la ley y en la jurisprudencia penal⁶.

El *quantum* de lo que concierne disminuir no responde a criterios legales, tasados o predeterminados, sino que atiende a la prudencia

⁴ SALAS PENALES. Acuerdo Plenario número 4-2016/CIJ-116, del doce de junio de dos mil diecisiete, fundamentos jurídicos decimocuarto y decimoquinto.

⁵ SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Casación número 214-2018/El Santa, del ocho de noviembre de dos mil dieciocho, fundamento de derecho segundo.

⁶ SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Nulidad 1434-2019/Lima Norte, del veintisiete de enero de dos mil veinte, fundamento jurídico decimoquinto.

del juzgador. Al otorgársele un amplio margen de discrecionalidad, han de seguirse criterios racionales y motivados. La reducción punitiva se efectúa en virtud del principio de proporcionalidad y de la gravedad del hecho. No son amparables aminoraciones excesivas y arbitrarias, que vacían de contenido los artículos 16 y 22, primer párrafo, del Código Penal.

Undécimo. En aplicación de las pautas precedentes, se fija el siguiente marco de punibilidad.

- **Pena básica original**

12 años _____ 20 años

Robo agravado

Sin tentativa ni responsabilidad restringida.

- **Pena básica nueva**

Factores de ponderación: tentativa y responsabilidad restringida por razón de la edad, por cada uno se disminuye tres años por debajo del mínimo legal (este *quantum* es discrecional según el caso evaluado y se sujeta al principio de proporcionalidad).

6 años _____ 20 años

Robo agravado

Con tentativa y responsabilidad restringida por razón de la edad.

Duodécimo. La pena abstracta nueva oscila entre 6 años y 20 años.

El espacio punitivo entre el mínimo y el máximo legal enunciado alcanza los 14 años. El artículo 189, primer párrafo, del Código Penal prevé ocho circunstancias agravantes específicas del mismo nivel. A cada una de ellas, por equivalencia y proporcionalidad, ha de asignársele un valor o peso cuantitativo similar.

Seguidamente, respecto a la dimensión de la pena concreta, se aprecia la confluencia de una circunstancia agravante específica, estipulada en el artículo 189, primer párrafo, numeral 4, del Código Penal, esto es: "Con el concurso de dos o más personas".

En estos casos, ha de recurrirse a la fórmula general, en el sentido de que a mayor número de circunstancias agravantes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena también es mayor⁷. *Contrario sensu*, la menor cantidad de circunstancias agravantes conducirá a que se fije la pena en el mínimo legal o cercano a él.

⁷ SALAS PENALES. Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario número 2-2010/CJ-116, del dieciséis de noviembre de dos mil diez, fundamento jurídico décimo.

Por lo tanto, partiendo del mínimo legal (seis años), en línea ascendente, se concluye que la pena concreta debió ser siete años y seis meses.

Decimotercero. El último paso en la dosificación judicial de la pena consiste en verificar la presencia de las reglas de reducción por bonificación procesal.

Solo converge el acogimiento a la conclusión anticipada del juicio oral, lo que, según la jurisprudencia, conlleva una reducción en el máximo permisible, en función de un séptimo o menos de la pena concreta previamente establecida (siete años y seis meses), 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 procesal⁸.

No ocurre lo propio con la confesión sincera, regulada en el artículo 161 del Código Procesal Penal vigente, según Ley número 30076, del diecinueve de agosto de dos mil trece.

Conforme al texto normativo, es inaplicable si se constata flagrancia delictiva o irrelevancia de la admisión de los cargos, en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso, y cuando el agente tenga la condición de reincidente o habitual, de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal.

Por razones de política criminal, la confesión ahorra esfuerzos de investigación y facilita la instrucción de la causa criminal. Confesar supone poner en conocimiento de la autoridad judicial o de la policía, los hechos acaecidos, y se requiere que dicha confesión sea sustancialmente veraz, no falsa o tendenciosa o equívoca, sin que deba exigirse una coincidencia total con el hecho probado⁹.

Se relleva que GIANCARLO BRICEÑO URIBE, en su manifestación preliminar (foja 15, con intervención del señor fiscal adjunto provincial) y en su declaración instructiva (foja 67), admitió su autoría en el robo. Sin embargo, al mismo tiempo, se evalúa que fue sindicado directamente por el agraviado Christopher Jean Paul Farroñay Zea y el policía Alejandro Anicama Moquillada, en sede policial (fojas 10 y 12, con presencia de la representante del Ministerio Público).

Tales pruebas personales documentadas poseen la característica de literosuficiencia, pues, sin necesidad de recurrir a una inferencia probatoria compleja, resultan por sí mismas aptas para arribar a la conclusión de que intervino puniblemente en el robo suscitado.

⁸ SALAS PENALES. Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario número 5-2008/CJ-116, del dieciocho de julio de dos mil ocho, fundamento jurídico vigésimo tercero.

⁹ SALA DE LO PENAL. Tribunal Supremo de España. Recurso de Casación número 10728/2018, del cuatro de julio de dos mil diecinueve, fundamento de derecho cuarto.

De esta manera, su admisión no resultó significativa.

Consiguientemente, si a la pena concreta de siete años y seis meses se le reduce un séptimo o menos por la conformidad procesal, el resultado es cinco años de privación de libertad.

Decimocuarto. A partir de lo razonado, esta Sala Penal Suprema observa que, en primera instancia, la pena impuesta a GIANCARLO BRICEÑO URIBE transgrede los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

La impugnación de la señora FISCAL SUPERIOR incidió en que se desarrolle un nuevo esquema de determinación penal, en el que se ponderó la presencia de una circunstancia agravante específica (concurso de dos o más personas), dos causales de disminución de punibilidad (tentativa y responsabilidad restringida por razón de la edad) y una regla de reducción por bonificación procesal (conformidad en el juicio oral). El resultado es que corresponde aplicarle cinco años de privación de libertad.

No existe justificación para efectuar reducciones adicionales. Además, no es posible aplicar una sanción suspendida, pues no se cumple con lo previsto en el artículo 57, numeral 1, del Código Penal.

Por lo tanto, en uso de la facultad conferida por el artículo 300, numeral 3, del Código de Procedimientos Penales, se elevará la pena impuesta por el Colegiado Superior.

El recurso de nulidad acusatorio y los motivos que lo integran han prosperado.

Decimoquinto. Finalmente, según el auto de apertura de instrucción del tres de agosto de dos mil quince (foja 36), se dictó mandato de comparecencia con restricciones.

Luego, en la causa penal, no trasciende que se haya decretado prisión preventiva.

De ahí que el cómputo de la sanción impuesta a GIANCARLO BRICEÑO URIBE comenzará a regir desde que sea puesto a disposición de la autoridad judicial competente.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. DECLARARON HABER NULIDAD** en la sentencia conformada del cinco de septiembre de dos mil dieciocho (foja 128), emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, en el extremo que impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años bajo reglas de conducta a GIANCARLO BRICEÑO URIBE, como coautor del delito contra el patrimonio-robo agravado en grado de tentativa,

en agravio de Christopher Jean Paul Farroñay Zea; reformándola, le **IMPUSIERON** cinco años de privación de libertad, cuyo cómputo comenzará a regir desde que sea puesto a disposición de la autoridad judicial competente.

- II. **ORDENARON** la ubicación, captura e internamiento de GIANCARLO BRICEÑO URIBE en un establecimiento penitenciario. Hágase saber y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

TORRE MUÑOZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CCH/ecb