



HABER NULIDAD EN CONDENA POR DELITO CONSUMADO SUMILLA. El delito de robo con agravantes quedó en grado de tentativa, debido a que no se consumó su ejecución. De modo que corresponde revocar la sentencia y, reformándola, condenar al impugnante por la comisión del delito en grado de tentativa e imponerle una pena menor.

Lima, veinte de noviembre de dos mil dieciocho

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del procesado Luis Pablo Ayala Estrada contra la sentencia del diez de julio de dos mil diecisiete (folio quinientos veinticuatro), en el extremo que condenó a su patrocinado como autor del delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo con agravantes, en perjuicio de Andrés Gregorio Macavilca Cuéllar y el menor identificado con las iniciales J. A. M. S., e impuso –por mayoría– diez años de pena privativa de libertad y dos mil quinientos soles por concepto de reparación civil.

Intervino como ponente el juez supremo QUINTANILLA CHACÓN.

CONSIDERANDO

ACUSACIÓN FISCAL

PRIMERO. Según el dictamen acusatorio (folio doscientos treinta y cuatro), el dos de julio de dos mil quince, a las doce horas con cuarenta y cinco minutos, aproximadamente, Andrés Gregorio Macavilca Cuéllar conducía su mototaxi por la pista auxiliar de la carretera Panamericana Sur, del distrito de San Juan de Miraflores, en compañía de su hijo menor identificado con las iniciales J. A. M. S. En tal circunstancia detuvo su vehículo por el tráfico e inmediatamente fue interceptado por los procesados Luis Pablo Ayala Estrada y Junior Moisés Nieto Paredes. El primero lo amenazó con un cuchillo en el cuello para que baje de la unidad vehicular, mientras el segundo lo golpeaba y sujetaba al menor. Ante ello, el agraviado trató de huir y aceleró el vehículo, sin embargo, el segundo de los nombrados giró el timón y la mototaxi se volteó, lo que fue aprovechado por los procesados para quitarle el canguro y huir del lugar. Personal de Serenazgo y de



la Policía Nacional inmediatamente se apersonaron al lugar, a fin de buscar a los agresores, logrando detenerlos mientras huían por el parque América.

FUNDAMENTOS DEL IMPUGNANTE

SEGUNDO. La defensa técnica del procesado Luis Pablo Ayala Estrada, al fundamentar el recurso de nulidad propuesto (folio quinientos cuarenta y dos), señaló que:

2.1. El Colegiado Superior no valoró correctamente lo consignado en las actas de hallazgo y recojo y de registro personal, y el examen médico legal practicado al sentenciado Junior Moisés Nieto Paredes, ni las demás pruebas actuadas.

2.2. No se acreditó la comisión del delito de robo con agravantes y lesiones graves, debido a que no se encontró el arma con la que supuestamente se produjo el robo.

2.3. Tampoco se acreditó el robo del canguro del agraviado, a pesar de que la intervención policial fue inmediata; además, el agraviado señaló que intentaron robarle la mototaxi, lo que no ocurrió.

2.4. No resulta lógico que se produzca un robo a veinte metros de donde se encontraba una caseta de Serenazgo y durante una hora de tráfico congestionado.

2.5. Lo alegado en la acusación no fue acreditado de forma fehaciente, pues existen múltiples incongruencias y contradicciones entre las declaraciones del agraviado y los efectivos policiales intervinientes, lo que fue consignado en las demás pruebas actuadas.

FUNDAMENTOS PRELIMINARES DE ESTE SUPREMO TRIBUNAL

A. DERECHOS A LA LIBERTAD INDIVIDUAL, LIBERTAD PERSONAL Y SUS LÍMITES

TERCERO. El derecho a la libertad individual, consagrado en los artículos dos, inciso veinticuatro, de la Constitución Política del Perú, siete de la Convención Americana de Derechos Humanos, nueve del Pacto Internacional de Derechos



Civiles y Políticos, y nueve de la Declaración Universal de Derechos Humanos, es un derecho continente que engloba otros derechos, entre los que se encuentra el derecho a la libertad personal¹, y garantiza la protección de la libertad del individuo contra la interferencia arbitraria e ilegal del Estado y la defensa del individuo detenido.

3.1. Asimismo, como todo derecho fundamental no es absoluto, pues puede ser objeto de limitaciones, restricciones o intervenciones constitucionalmente admitidas, en función a la necesidad de tutelar otros bienes jurídicos relevantes en el Estado Constitucional, por ejemplo, otros derechos, principios, bienes o valores constitucionales.

3.2. Una de tales limitaciones es por mandato de sentencias condenatorias², siempre que dichas resoluciones judiciales sean emitidas en un proceso donde se garanticen los derechos a la presunción de inocencia, tutela jurisdiccional, prueba, motivación de resoluciones judiciales y debido proceso de los justiciables, entre otros derechos.

3.3. Además, estas restricciones deben ser conformes con los demás mandatos de la Constitución Política del Estado, la Convención Americana de Derechos Humanos, los principios de razonabilidad y proporcionalidad³, y demás normas que forman parte del bloque de constitucionalidad y convencionalidad.

¹ Cfr. Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, en los expedientes números 04780-2017-PHC/TC y 00502-2018-PHC/TC (acumulado), fundamento 25.

² Los otros casos de restricción previstos en la ley son: a) La detención judicial preliminar, en el marco de la investigación previa a la formalización de la denuncia. b) El arresto ciudadano, como una medida para aprehender al autor de un delito, cuando este se encuentra en flagrancia y no existe autoridad policial cercana. c) La prisión preventiva, después de la formalización del proceso penal y ante la concurrencia de una serie de presupuestos. d) La detención domiciliaria. e) La privación de libertad según lo dispuesto en el artículo cincuenta y tres del Código Procesal Civil. f) Las intervenciones policiales con fines de identificación, según lo dispuesto en el artículo doscientos cinco del Código Procesal Penal. Cfr. LANDA ARROYO, César (2017). *Los derechos fundamentales*. Colección *Lo Esencial del Derecho*. N.º 2. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 47.

³ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados como legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto de los derechos fundamentales del individuo, por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad (caso Gargaram Ponday vs. Surinam, del veintiuno de enero de mil novecientos noventa y cuatro). La Corte Europea de Derechos Humanos ha precisado que no se debe equiparar el concepto de “arbitrariedad” con el de “contrario a ley”, sino que debe interpretarse de manera más amplia, a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad; así como también el principio de las “garantías procesales” [...]. En suma, no es suficiente que toda causa de privación o restricción



B. DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

CUARTO. El derecho a la presunción de inocencia, consagrado en los artículos dos, inciso veinticuatro, literal e, de la Constitución Política del Perú, y ocho, inciso dos, de la Convención Americana de Derechos Humanos, garantiza que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca judicialmente su culpabilidad.

4.1. Sobre este derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso J.⁴ vs. Perú⁵, precisó que:

La presunción de inocencia implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* [carga de la prueba] corresponde a quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado. Así, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado. Por otro lado, el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa.

4.2. Además, dicho Tribunal Interamericano, en el caso Cantoral Benavides vs. Perú⁶, estableció que:

El principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no

al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludir la acción de la justicia (caso Servellón y otros vs. Honduras, del veintinueve de setiembre de dos mil seis; y caso Acosta Calderón vs. Ecuador, del veinticuatro de junio de dos mil cinco); ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho del intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón, el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a esta deba ser excepcional (caso Palamara Iribarne vs. Chile, del veintidós de noviembre de dos mil cinco), y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales (caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, del dos de setiembre de dos mil cuatro), de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención (caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez vs. Ecuador, del veintinueve de noviembre de dos mil siete; y caso López Álvarez vs. Honduras, uno de febrero de dos mil seis). Cfr. SILVA GARCÍA, Fernando (2011). *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Criterios esenciales*. México: Poder Judicial de la Federación, pp. 124-125.

⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos reservó la identidad de la agraviada; por ello la identificó como "J", según aparece del fundamento 5 de la sentencia, disponible en la siguiente cita.

⁵ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf.

⁶ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf.



exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla.

4.3. Dichos criterios jurisdiccionales son compartidos por este Supremo Tribunal y forman parte de la doctrina jurisprudencial de esta instancia; de modo que son plenamente aplicables.

C. PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

QUINTO. La determinación judicial de la pena es un procedimiento técnico y valorativo que realiza el juez para determinar las consecuencias jurídicas del delito y alude a un conjunto de actividades que desarrolla el operador jurisdiccional para identificar de modo cualitativo y cuantitativo la sanción a imponer⁷. El juez determina la pena aplicable, según establece el artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal, desarrollando las siguientes etapas:

5.1. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes.

5.2. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas:

a) Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior.

b) Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio.

c) Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior.

⁷ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2017). *Derecho penal básico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 28.



5.3. Cuando concurren 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.

b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior.

c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito.

5.4. Debe tenerse en cuenta, además, lo dispuesto en el Título Preliminar, y los artículos cuarenta y cinco y siguientes, del Código Penal, y las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad y convencionalidad.

FUNDAMENTOS DE ESTE SUPREMO TRIBUNAL

SEXTO. Según lo expuesto en los considerandos tercero y cuarto, para que se emita una sentencia condenatoria resulta indispensable la existencia de una actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias y tutelando el contenido constitucional del derecho a la prueba, entre otros derechos, que permita evidenciar de forma plena la concurrencia de todos los elementos del delito y la participación del acusado en el ilícito que se le imputa. Ello, a su vez, evita la existencia de arbitrarias restricciones al derecho a la libertad individual de los justiciables y tutelar su derecho a la presunción de inocencia, en los términos expuestos precedentemente.

SÉPTIMO. En ese sentido, evaluando la concurrencia de los elementos del delito, la participación del acusado Luis Pablo Ayala Estrada en el ilícito juzgado, las pruebas actuadas y los agravios denunciados en el recurso de nulidad propuesto, se aprecia que la Sala Superior emitió la sentencia recurrida



valorando correctamente las pruebas obrantes en autos y garantizando los derechos del recurrente, debido a lo siguiente:

7.1. La conducta antijurídica imputada al procesado Luis Pablo Ayala Estrada se encuentra acreditada con:

a) La manifestación de Andrés Gregorio Macavilca Cuéllar (folio trece), recibida en presencia del representante del Ministerio Público, ratificada en su declaración preventiva (folio ciento diecinueve) y durante el juicio oral (folio cuatrocientos cuarenta), donde sindicó al encausado Luis Pablo Ayala Estrada como una de las personas que intentó robarle su mototaxi y le sustrajo su canguro. También precisó –de forma coherente– los detalles del hecho y cómo el impugnante lo amenazó con un cuchillo.

b) El acta de reconocimiento físico (folio veintidós), practicado el día de los hechos en presencia del representante del Ministerio Público, donde Andrés Gregorio Macavilca Cuéllar reconoce al encausado Luis Pablo Ayala Estrada como una de las personas que intentó robarle su mototaxi y le sustrajo su canguro.

c) Las declaraciones de los efectivos policiales Alfredo Machuca Vallejos (folios ochenta y cinco y cuatrocientos cincuenta y cinco) y Jaime Otori Sehuincha (folio cuatrocientos sesenta y nueve), quienes señalaron que el día de los hechos, mientras realizaban el patrullaje motorizado, recibieron una llamada telefónica de la central de comunicaciones de la Municipalidad de San Juan de Miraflores, donde se les indicaba que se había suscitado un robo a la altura del paradero América. Cuando llegaron a dicho lugar se entrevistaron con el agraviado, quien les manifestó que intentaron robarle su mototaxi; por ello realizaron un patrullaje por la zona y lograron intervenir a los encausados Luis Pablo Ayala Estrada y Junior Moisés Nieto Paredes cuando huían del lugar. Además, precisaron que la intervención fue de forma inmediata y a dos cuadras del lugar donde ocurrieron los hechos.



d) Las declaraciones de los procesados Luis Pablo Ayala Estrada y Junior Moisés Nieto Paredes (folios dieciséis y veinte), recibidas en presencia del representante del Ministerio Público, ratificadas en sus declaraciones instructivas (folios noventa y cuatro y noventa y siete) y en el juicio oral (folios cuatrocientos treinta y ocho y cuatrocientos treinta y nueve), quienes señalaron que abordaron la mototaxi de Andrés Gregorio Macavilca Cuéllar y en el trayecto el vehículo se volteó, por ello se retiraron del lugar.

7.2. Por su parte, el encausado Luis Pablo Ayala Estrada niega haber participado en el hecho delictivo; sin embargo, sus argumentos son considerados como medios de defensa para evadir su responsabilidad, en razón de que en autos obran suficientes medios probatorios que acreditan su responsabilidad; tanto más si sus argumentos son subjetivos y no tienen sustento en las pruebas actuadas.

7.3. Asimismo, las pruebas descritas acreditan la responsabilidad del procesado Luis Pablo Ayala Estrada en la comisión del delito; sin embargo, este quedó en grado de tentativa, por lo siguiente:

a) Andrés Gregorio Macavilca Cuéllar manifestó –de forma coherente, sólida y persistente– que los procesados intentaron sustraerle su mototaxi, y por ello lo amenazaron con un cuchillo y ordenaron que baje del vehículo; sin embargo, el delito no se consumó, debido a que este se volteó y los encausados huyeron del lugar.

b) Los procesados fueron intervenidos inmediatamente por los efectivos de la Policía Nacional cuando huían del lugar de los hechos.

7.4. Lo descrito pone de manifiesto que la responsabilidad del procesado Luis Pablo Ayala Estrada se encuentra acreditada; lo que permite enervar el derecho a la presunción de inocencia que le asiste y considerar válida la restricción impuesta a su derecho a la libertad personal.



OCTAVO. En atención a que el delito quedó en grado de tentativa (y al haberse estimado parcialmente los agravios denunciados por el impugnante), resulta necesario proceder según lo dispuesto en el considerando quinto.

8.1. La pena conminada por el legislador para el delito de robo con agravantes, previsto en los artículos ciento ochenta y ocho (tipo base) y ciento ochenta y nueve (circunstancias agravantes) del Código Penal, es no menor de doce ni mayor de veinte años de pena privativa de libertad. Esta es la consecuencia jurídica aplicable a un comportamiento perfecto o consumado.

8.2. El Colegiado Superior no evaluó que en autos concurre una causal de disminución de punibilidad: tentativa. Analizando la misma, tenemos que:

a) Cuando un delito se realizó imperfectamente, la incidencia de reducción de la pena se determina en función a si el agente realizó todos los actos necesarios para ejecutar el delito (tentativa acabada) o si la ejecución fue interrumpida (tentativa inacabada). La reducción será menor en el primero de los supuestos.

b) Lo anterior es analizado en función de la naturaleza del hecho cometido, incidiéndose en la afectación del bien jurídico.

c) En el caso de autos, la ejecución del delito fue interrumpida debido a que el vehículo que el impugnante pretendía sustraer se volteó, razón por la cual nos encontramos ante un supuesto de tentativa inacabada, en cuyo caso la reducción de la pena resulta mayor.

8.3. Asimismo, teniendo en cuenta la naturaleza del hecho delictivo, el nivel sociocultural, las condiciones personales del encausado Luis Pablo Ayala Estrada y los criterios de prevención especial (en el marco del sistema carcelario actual), estimamos que corresponde imponerle ocho años de pena privativa de libertad.



DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon HABER NULIDAD en la sentencia del diez de julio de dos mil diecisiete (folio quinientos veinticuatro), en los extremos que condenó al procesado Luis Pablo Ayala Estrada como autor del delito de robo con agravantes consumado e impuso –por mayoría– diez años de pena privativa de libertad; y, **REFORMÁNDOLA, condenaron** a Luis Pablo Ayala Estrada como autor del delito de robo con agravantes, en grado de **tentativa**, e **impusieron** ocho años de pena privativa de libertad, que vencerán el uno de julio de dos mil veintitrés.

II. Declararon NO HABER NULIDAD en los demás extremos de la sentencia.

III. DISPUSIERON se notifique la presente Ejecutoria Suprema a las partes apersonadas en esta instancia, devuélvase los actuados a la Sala Superior de origen y archívese el cuadernillo.

S. S.

LECAROS CORNEJO

FIGUEROA NAVARRO

QUINTANILLA CHACÓN

CASTAÑEDA ESPINOZA

PACHECO HUANCAS

QC/njaj