



DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Sumilla. Se reitera la línea jurisprudencial establecida en las casaciones números 66-2017/Junín y 167-2018/Lambayeque, sobre la tentativa como causal de disminución de punibilidad y los criterios para determinar la cantidad de pena que prudencialmente debe rebajarse por debajo del mínimo legal, en atención al artículo 16 del Código Penal.

Lima, veinticinco de noviembre de dos mil veinte

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por los sentenciados **REBECA ANTOINETHE PONCE HUICHE** y **DARIÉN ALEXIS BALAREZO MONTESINOS** contra la sentencia del dos de julio de dos mil dieciocho (foja 528), emitida por la Tercera Sala Penal Liquidadora, ex-Primera Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que los condenó como coautores del delito de tentativa de robo con agravantes, en perjuicio de Claudia Cristina Vásquez García, y les impuso cinco y siete años de pena privativa de libertad, respectivamente, así como el pago solidario de mil soles por reparación civil. Oído el informe oral de la defensa de Darién Alexis Balarezo Montesinos.

Intervino como ponente la jueza suprema **CASTAÑEDA OTSU**.

CONSIDERANDO

AGRAVIOS QUE SUSTENTAN EL RECURSO DE NULIDAD

PRIMERO. La sentencia condenatoria del dos de julio de dos mil dieciocho fue objeto de dos recursos de nulidad, por parte de los sentenciados **Rebeca Antoinette Ponce Huiche y Darién Alexis Balarezo Montesinos**. A continuación, se exponen los agravios de cada uno de los impugnantes.

SEGUNDO. La defensa de **Balarezo Montesinos** en su recurso de nulidad (foja 581) alegó la vulneración de los derechos a la debida motivación de las resoluciones judiciales, debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva. Solicitó la absolución de su patrocinado y sostuvo esencialmente los siguientes argumentos:



2.1. El fiscal realizó una imputación genérica, pues no motivó detalladamente los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan la acusación, así como las pruebas de cargo en su contra.

2.2. No se valoró que su patrocinado negó los hechos de forma coherente durante todo el proceso, y su coacusada Ponce Huiche sindicó y reconoció fotográficamente a otro sujeto como el autor de los mismos. Tampoco se acreditó la preexistencia del bien supuestamente sustraído.

2.3. En la sentencia solo se enunciaron las actuaciones realizadas a nivel policial y judicial, sin valorarlas adecuadamente, por lo que se emitió una condena sin pruebas suficientes que enerven la presunción de inocencia que asiste a su patrocinado. Es por ello que cuestionó las siguientes pruebas que se valoraron en su contra: **i)** El efectivo policial Walter Rosadio Aragón incurrió en diversas contradicciones, pues afirmó que el acta de registro personal lo efectuó en el lugar de los hechos, cuando en realidad fue en la comisaría. Además, en el juicio oral negó recordar los detalles de la intervención. **ii)** El efectivo policial Celso Seminario Sánchez manifestó que detuvieron al mototaxi a cinco cuadras del lugar de los hechos, el cual era conducido por su patrocinado, lo que acredita su versión consistente en que Balarezo Montesinos no intervino en los hechos y se limitó a realizar el servicio de transporte de pasajeros.

2.4. Las declaraciones de la víctima y su cosentenciada Ponce Huiche no fueron analizadas conforme con lo estipulado en el Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116.

2.5. Se debió imponer una pena proporcional, con base en el daño ocasionado al bien jurídico y a la víctima.

TERCERO. La defensa de **Ponce Huiche**, en su recurso de nulidad (foja 545), solicitó que se revoque la sentencia impugnada y, en su lugar, se ordene una sanción restrictiva de derechos o servicios a la comunidad, conforme con los siguientes argumentos:



3.1. En la sentencia no se consideró que el día de los hechos su patrocinada fue utilizada para la comisión del delito ya que solo solicitó movilidad para dirigirse al gimnasio, pero en el trayecto el conductor subió a dos personas con quienes desviaron la ruta y luego le robaron a la agraviada.

3.2. Su patrocinada tuvo una versión firme y coherente en todas las etapas del proceso, no eludió la acción de la justicia, tenía diecinueve años al momento de los hechos y carece de antecedentes policiales.

SENTENCIA MATERIA DE IMPUGNACIÓN

CUARTO. Realizado el juicio oral con base en la acusación fiscal escrita y ratificada en juicio oral (fojas 342 y 485, respectivamente), la Sala Superior emitió la sentencia del dos de julio de dos mil dieciocho. Declaró acreditada la **materialidad del delito** y para ello valoró positivamente las siguientes pruebas:

- i)** La declaración policial de la agraviada Claudia Cristina Vásquez García.
- ii)** La declaración testimonial de los policías Rosadio Aragón y Seminario Sánchez en el plenario. Además, consideró la declaración de la acusada Ponce Huiche en el plenario.

En su criterio, tales declaraciones permitieron establecer un relato coherente y sólido de los hechos, ocurridos el diecisiete del diciembre de dos mil dieciséis a las 18:00 horas, aproximadamente, cuando la agraviada Vásquez García transitaba por las inmediaciones de la avenida Retablo con Jamaica, en el distrito de Comas, y fue interceptada por un sujeto de sexo masculino quien la amenazó para arrebatarle sus pertenencias y se inició un forcejeo entre ambos. En esos instantes, apareció una mujer quien le apuntó con un arma a la altura del pecho, por lo que la agraviada finalmente soltó su cartera. Luego, ambos subieron a un mototaxi de color azul que los esperaba a unos metros, pero un miembro de Serenazgo y un efectivo policial que patrullaban la zona advirtieron la escena delictiva e inmediatamente los intervinieron. Esto permitió que la agraviada recupere sus pertenencias.

QUINTO. Asimismo, la Sala Superior acreditó **la responsabilidad de Ponce Huiche** con base en lo siguiente: **i)** La declaración de la agraviada quien



manifestó que la acusada, al advertir la resistencia que oponía al robo, le apuntó con el arma. **ii)** Acta de intervención policial en la que se dejó constancia de que los policías observaron que dos personas agredían a la agraviada, razón por la cual los intervinieron y, pese a que intentaron huir, fueron capturados. **iii)** La declaración de la misma Ponce Huiche quien en juicio oral aceptó su intervención en los hechos y precisó que un sujeto de nombre Jesús Meza Cahuana intervino a la agraviada mientras que Balarezo Montesinos los esperaba en el mototaxi.

En cuanto a la **responsabilidad de Balarezo Montesinos**, la Sala Superior consideró como principal prueba de cargo la declaración de su coacusada Ponce Huiche y la confrontación de ambos en juicio oral. Además, se valoró positivamente el acta de registro personal, en la que se consignó el hallazgo de un arma; y su declaración brindada a nivel policial, en la que manifestó que conocía la resolución criminal de sus supuestos pasajeros. Valoró que si bien en juicio oral negó dicha versión, tampoco es verosímil que luego de dejarlos en el lugar de los hechos no prosiguió inmediatamente con su ruta o que, al escuchar los gritos de la agraviada, no hubiese huido y, por el contrario, permitió que los autores suban nuevamente a su vehículo.

SEXTO. Por las razones expuestas, se condenó a Ponce Huiche y Balarezo Montesinos como coautores del delito de tentativa de robo con agravantes, en perjuicio de Claudia Cristina Vásquez García, previsto en el artículo 188 del Código Penal (CP), con las circunstancias agravantes de los incisos 3 (a mano armada) y 4 (pluralidad de agentes), del primer párrafo, del artículo 189; en concordancia con el artículo 16 del acotado Código (tentativa). Como tal, se les impuso la pena de cinco años y siete de pena privativa de libertad, respectivamente, dado que carecían de antecedente penales y judiciales, se trató de un delito tentado, denotan carencias sociales y no contaban con un trabajo estable. Así como el pago solidario de mil soles por concepto de reparación civil, a favor de la agraviada.



CONSIDERACIONES DE ESTE SUPREMO TRIBUNAL

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

SÉTIMO. El principio de presunción de inocencia consagrado en el literal e, inciso 24, artículo 2, de la Constitución Política, prescribe que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad¹. Conforme con la doctrina y la jurisprudencia, la presunción de inocencia tiene una doble dimensión en el proceso penal: como principio y como regla, de tratamiento, probatoria y de juicio. Como regla probatoria requiere la actuación de suficiente prueba de cargo directa o indiciaria sobre la materialidad del hecho y la intervención del acusado. Como regla de juicio exige que si luego de la valoración de la prueba el juzgador no llega a la certeza sobre la culpabilidad del acusado debe declarar su inocencia.

OCTAVO. Por su parte, una sentencia condenatoria requiere de una actividad probatoria realizada con las garantías necesarias y en la que se haya tutelado el contenido constitucionalmente protegido de los derechos a la prueba, defensa y debido proceso, que permita evidenciar la concurrencia plena de los elementos del delito y el grado de intervención y/o participación de un acusado. Además, que el órgano jurisdiccional explicita las razones por las cuales arriba a determinada conclusión, pues con ello se evita la existencia de arbitrarias restricciones del derecho a la libertad individual de los justiciables y se tutela su derecho a la presunción de inocencia².

NOVENO. En el caso que nos ocupa, se condenó a los recurrentes como coautores del delito de robo, tipo básico previsto en el artículo 188 del

¹ Una disposición de desarrollo del mandato constitucional se encuentra en el artículo II, del Título Preliminar, del Código Procesal Penal, el cual precisa de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales, para desvirtuar este principio-derecho fundamental. Y que, en caso de duda sobre la responsabilidad penal, debe resolverse a favor del imputado.

² Conforme con lo señalado de manera reiterada en la jurisprudencia de este Supremo Tribunal; por ejemplo, en los recursos de nulidad números 2978-2016/Huánuco, 47-2017/Lima Norte, 614-2017/Junín, 962-2017/Ayacucho, 2269-2017/Puno, 2565-2017/Cusco, 310-2018/Lambayeque y 1037-2018/Lima Norte, entre otros.



Código Penal (CP), el cual sanciona a aquel 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”.

Tal como se aprecia, este delito se caracteriza esencialmente por el empleo de violencia (*vis corporalis* o absoluta) o intimidación (*vis compulsiva* o relativa). El primero consiste en el despliegue por parte del autor o autores de una energía física sobre la víctima, que lleva a suprimir o limitar materialmente su libertad de acción y la resistencia que pudiera oponer al apoderamiento³. Mientras que el segundo hace referencia a la amenaza de un peligro inminente para su vida o integridad física, lo que no implica que necesariamente el sujeto activo, de modo expreso y verbal, deba señalar al sujeto pasivo de que este va a ser agredido o le dará muerte si es que opone resistencia al robo. Por el contrario, la única condición es que, de cualquier modo, se comunique esto a la víctima, quien en atención al contexto situacional o secuencial de los hechos acaecidos, asuma que ello sucederá⁴.

DÉCIMO. Asimismo, se les imputó las circunstancias agravantes de los incisos 3 y 4, primer párrafo, del artículo 189, del acotado Código, respecto a la comisión del hecho a mano armada y con pluralidad de agentes, respectivamente. Tales circunstancias representan diferentes condiciones o indicadores que circundan o concurren a la realización del delito. Su eficacia común se manifiesta como un mayor desvalor de la conducta ilícita realizada o como una mayor intensidad de reproche hacia el delincuente, con la cual se justifica el incremento de la punibilidad y la penalidad que corresponde aplicar al autor o partícipe del hecho punible⁵.

³ DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho penal. Parte especial*. Tomo II-B. Tercera edición. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, p. 114.

⁴ Casación N.º 496-2017/Lambayeque, del 1 de junio de 2018.

⁵ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Delitos y penas. Una aproximación a la parte especial*. Lima: Ideas Solución Editorial, 2017, p. 117.



ANÁLISIS DEL CASO

DECIMOPRIMERO. Para analizar la sentencia de mérito, se tiene como punto de partida el principio de congruencia recursal que determina los límites de revisión de este Supremo Tribunal y, en cuya virtud, el ámbito de la resolución únicamente se circunscribe a las cuestiones promovidas en el recurso⁶.

DECIMOSEGUNDO. En este caso, es importante resaltar que la defensa de Balarezo Montesinos cuestionó la condena y la pena impuesta a su patrocinado, y solicitó que se le absuelva de la acusación fiscal formulada en su contra. Por su parte, la defensa de Ponce Huiche se limitó a cuestionar la pena y requirió que esta se convierta a una restrictiva de derechos.

DECIMOTERCERO. En atención a lo señalado, en primer lugar se analizarán **los agravios de Balarezo Montesinos**, a fin de determinar si existe prueba suficiente que acredite la materialidad del delito imputado y su vinculación con los hechos. Para ello, como se anotó, la Sala Superior valoró como principal prueba de cargo en su contra la declaración de su coacusada **Rebeca Antoinette Ponce Huiche** brindada en juicio oral, y desestimó las otras dos versiones que brindó durante el proceso. Así, se tiene lo siguiente:

13.1. En su **declaración preliminar** del dieciocho del diciembre de dos mil dieciséis a la 2:40 horas, con presencia del fiscal y el defensor público (foja 22), indicó que no trabajaba desde hace un mes y que, el día anterior, salió de su casa, aceptó el servicio de mototaxi de su amigo Balarezo Montesinos para que la lleve hasta el gimnasio La Cascada, ubicado en el distrito de Comas, sin embargo, en el camino se subieron dos sujetos cuyos apellidos son Largo y Cabezón. Estos hablaban sobre sus anécdotas delincuenciales, hasta que, en determinado momento, le propusieron a ella y su amigo que roben junto a ellos, lo que ambos no aceptaron. Luego, estos se bajaron del mototaxi y, en ese ínterin, la empujaron a ella hacia afuera.

⁶ Casaciones números 215-2011/Arequipa y 147-2016/Lima, así como la STC N.º 05975-2008-PHC/TC.



De repente, se percató que a uno de ellos se le cayó un arma, la que recogió y se la entregó, pero al hacerlo vio que le robaban a la agraviada, así que pretendió ayudarla. No obstante, se malinterpretó la situación y la referida agraviada pensó que esta le apuntaba con el arma. Dado todo este contexto, intentó huir del lugar de los hechos, así que regresó y subió al mototaxi, pero su amigo le dijo que baje, ya que se iban a meter en problemas. En cuanto a los otros dos sujetos, huyeron y solo ella fue intervenida por la policía, quienes la obligaron a firmar diversas actas, de las cuales desconoce su contenido, pues no las leyó.

13.2. Durante **la instrucción**, la acusada suscribió el acta denominada: "Acta de ampliación de declaración instructiva y reconocimiento fotográfico a través de una ficha Reniec con el N.º 70157553 por parte de la procesada Rebeca Antoinette Ponce Huiche", del doce de octubre de dos mil diecisiete (foja 314), elaborada con presencia del fiscal y el abogado defensor de su coacusado Balarezo Montesinos. En dicha diligencia, la sentenciada manifestó que este, quien es su amigo, le insistió para llevarla en su mototaxi hasta el gimnasio, a lo que ella accedió, y en el camino se subieron Cabezón y Largo (cuyos apelativos conoce, porque su amigo se los dijo), y cuando se encontraban a la altura del paradero Retablo, le pidieron permiso para bajar y a Largo se le cayó un arma de fuego, la que ella recogió y se la tiró. Luego, escuchó el grito de una mujer y advirtió que le robaban a la agraviada. Por tal motivo, ella regresó y empezó a forcejear con uno de ellos para que no huya, pero solo logró arrebatarle la billetera y el celular, pues este la golpeó y, finalmente, huyó por el parque. Preciso que el mototaxi de Balarezo Montesinos no estaba encendido sino detenido. Asimismo, en ese acto identificó a Jesús Meza Cahuana, como uno de los sujetos que estaba en el mototaxi.

13.3. En su declaración de **juicio oral** del diecinueve de abril de dos mil dieciocho (foja 429), es decir, más de un año después, aceptó los hechos imputados en su contra. Manifestó que tal día se dirigía al gimnasio cuando Balarezo Montesinos se ofreció a llevarla en su mototaxi, lo que aceptó. En el



camino se subieron otros dos sujetos, quienes son amigos de su hermano, y juntos empezaron a fumar marihuana. De modo que su intervención en los hechos fue bajo los efectos de dicha droga, lo que no mencionó en sus anteriores declaraciones por vergüenza. En sus palabras, la resolución criminal fue circunstancial, ya que en ese preciso momento acordaron realizar el robo y no previamente.

Acotó que en el robo solo estuvo uno de los sujetos que subió al mototaxi, quien era Jesús Cahuana también conocido como Cabezón, quien forcejeó y arrebató sus pertenencias a la agraviada, en tanto ella se acercó con el arma, pero no le apuntó en el pecho, porque estaba nerviosa. Asimismo, Balarezo Montesinos los esperaba en el mototaxi, al cual subieron, sin embargo, él recién había aprendido a manejar, por lo que avanzó despacio. En esos instantes, apareció un vehículo de Serenazgo, por lo que su coacusado les dijo a ambos que bajen y huyan. Aclaró que el tiempo que pasó en el establecimiento penitenciario la hizo reflexionar y decidió decir la verdad.

13.4. Ante la versión que ofreció en juicio oral, en la misma sesión de audiencia (foja 438) se realizó **una confrontación entre ambos acusados**, de acuerdo con el artículo 130 del Código de Procedimientos Penales (C de PP), a efectos de esclarecer los siguientes puntos en contradicción: **i)** Si existió un acuerdo previo. **ii)** Cuánto tiempo duró el robo. **iii)** El tiempo que los esperó Balarezo Montesinos. **iv)** A cuántos metros del lugar de los hechos fueron intervenidos.

En ese acto, ante las preguntas del presidente y del director de debates, Ponce Huiche indicó que su coacusado sabía que iban a robar, razón por la cual, él los esperó. Al respecto, Balarezo Montesinos negó ello, sin embargo, su coacusada lo exhortó enfáticamente a decir la verdad de lo ocurrido y este solo se limitó a bajar la mirada.



Ponce Huiche agregó que, el robo fue muy rápido, ya que demoraron como un minuto en bajar y subir nuevamente al mototaxi. Asimismo, fueron intervenidos a media cuadra del lugar de los hechos. Ante esto, Balarezo Montesinos señaló que, lo intervinieron, cuando estaba avanzando con la moto.

DECIMOCUARTO. Como se observa del detalle de las dos primeras declaraciones, la sentenciada Ponce Huiche no sindicó a Balarezo Montesinos desde el inicio, sino que intentó excluir su responsabilidad y la de él; no obstante, **incurrió en las siguientes contradicciones:** **i)** Inicialmente refirió que los dos sujetos que se subieron al mototaxi sostuvieron una conversación sobre los robos que cometían y les propusieron robar junto a ellos, pero en la instrucción no mencionó nada al respecto, pese a que era un dato relevante. **ii)** Con relación al arma que recogió, en principio manifestó que se la devolvió a uno de ellos; no obstante, la agraviada pensó erróneamente que le apuntaba a ella. Luego, se limitó a señalar que tiró el arma. **iii)** Sobre lo sucedido luego del robo. En su declaración preliminar señaló que al advertir lo sucedido intentó huir. Mientras que en la instrucción dio un dato distinto, pues señaló que forcejeó con los asaltantes, quienes la agredieron y, producto de ello, pudo recuperar el bolso y billetera de la agraviada, extremo que era igualmente importante y no lo señaló desde un primer momento.

DECIMOQUINTO. En cambio, en su declaración de juicio oral, luego de catorce meses reclusa⁷, Ponce Huiche aceptó su responsabilidad por los hechos, así como la intervención de su coacusado Balarezo Montesinos y Jesús Meza Cahuana. Por ello se llevó a cabo la confrontación con su coacusado, pero él negó su intervención en los hechos, como lo hizo durante todo el proceso.

⁷ En mérito a la prisión preventiva y la prolongación de la misma, dictada en su contra en el presente proceso (foja 382).



Ahora bien, el objeto principal de la confrontación o el careo⁸ es despejar la incertidumbre creada ante las declaraciones vertidas por los imputados y testigos en el proceso penal⁹. Esto permite la percepción directa del órgano jurisdiccional sobre el enfrentamiento vivo de los declarantes en discrepancia, y tiene la entidad para advertir cuál de ellos se expide con mayor sinceridad¹⁰, e incluso puede descubrirse quién incurrió en una mentira. Por lo que el resultado probatorio asiste al juez para una mejor valoración de lo vertido¹¹.

En este caso, durante la confrontación, Ponce Huiche se mantuvo firme en su relato en todo momento y ante la exhortación enfática a Balarezo Montesinos para que diga la verdad, este se limitó a negar los hechos y bajar la mirada. De modo que no aclaró los puntos fijados por la Sala Superior.

DECIMOSEXTO. Por lo anotado, consideramos correcto el valor positivo que la Sala Superior le dio a su declaración otorgada en el acto oral, pues en efecto tiene mayor fiabilidad y solidez que las anteriores, y está **vincula a Balarezo Montesinos con el reparto de los roles** que cada uno de los intervinientes asumió para cometer el robo. En específico, él puso a disposición su mototaxi, con la cual trasladó a su coacusada y al otro sujeto¹² hasta el lugar de los hechos. Luego los esperó mientras interceptaron a la víctima y le sustrajeron sus bienes.

DECIMOSÉTIMO. Ahora bien, para determinar la responsabilidad de Balarezo Montesinos en los hechos se cuenta con otras pruebas de cargo, consistentes en la declaración de la agraviada, del sereno y los dos efectivos policiales

⁸ Bajo las reglas del Código Procesal Penal.

⁹ NEYRA FLORES, José Antonio. *Tratado de derecho procesal penal*. Lima, Idemsa, 2015, p. 332.

¹⁰ CAFERATTA NORES, José y HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *La prueba en el proceso penal, con especial referencia a los Códigos Procesales Penales de la nación y de la provincia de Córdoba*. Sexta edición. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2008, p. 173.

¹¹ NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho procesal III*, Volumen III, Marcial Pons, Madrid, 2017. p. 368.

¹² Cabe precisar que en el primer otrosí de la acusación escrita, el fiscal superior dispuso remitir copias certificadas, a fin de que se investigue a Jesús Andrés Meza Cahuana por los presentes hechos, en mérito al reconocimiento fotográfico realizado por la sentenciada Ponce Huiche.



quienes dieron cuenta sobre las circunstancias concomitantes y posteriores del hecho:

17.1. La agraviada Cristina Vásquez García, en su **declaración policial** del diecisiete de diciembre de dos mil dieciséis a las 21:45 horas (foja 10), con presencia del fiscal, señaló que un varón la interceptó y empezó a insultar con el fin de que le entregue su bolso. Sin embargo, ante su negativa, se inició un forcejeo entre ambos; en esos instantes, una mujer se acercó y le apuntó con un arma a la altura del pecho, de modo que se vio obligada a entregar sus cosas por temor a que le hicieran daño. Luego, ambos sujetos corrieron hacia un mototaxi que los esperaba a tres metros de distancia. El vehículo era conducido por un tercer sujeto, a quien no logró visualizar. Pero aproximadamente a media cuadra, fueron intervenidos por la policía. Ella se acercó para reconocerlos y recuperar sus bienes.

Su declaración preliminar fue oralizada en la etapa correspondiente, ya que el fiscal superior ofreció su declaración para ser actuada en juicio oral, pero no concurrió por motivos laborales, lo que comunicó al referido fiscal, quien desistió de su actuación. En ese sentido, su declaración fue sometida al contradictorio, conforme con el inciso 1, artículo 262, del C de PP¹³, por lo que constituye prueba que puede ser valorada por el órgano de mérito.

17.2. La declaración **del SOS PNP Celso Seminario Sánchez** del diez de mayo de dos mil dieciocho (foja 456), quien en juicio oral ratificó el contenido del acta de intervención policial (foja 3), en la que se dejó constancia, entre otros, de que **encontraron en poder de Balarezo Montesinos una réplica de arma de fuego**; y al registrar el mototaxi que conducía **se halló el bolso de la agraviada**, quien llegó hasta el lugar de la intervención para reconocer sus bienes, acta que fue firmada por ambos sentenciados.

¹³ "1. Terminados los interrogatorios de los testigos y el examen de los peritos, se procederá a oralizar la prueba instrumental. La oralización comprende la lectura o, en su caso, que se escuche o vea la parte pertinente del documento o acta".



Asimismo, el testigo señaló que, en efecto, tal día vio la silueta de dos personas –un varón y una mujer– que forcejeaban con la agraviada, a fin de arrebatárle sus bienes. No pudo precisar si existían otras personas dentro del mototaxi por la posición en que se encontraba. Agregó que **la intervención se realizó de forma inmediata**, aproximadamente a unos cinco o seis metros de donde ocurrió el robo, y desde el momento en que los detuvieron, ambos acusados dijeron que había sido una equivocación y no eran los autores del hecho.

17.3. La declaración del **sereno Alfredo Conrado Arrasco Núñez** del treinta y uno de mayo de dos mil dieciocho (foja 479), quien en juicio oral refirió que el día de los hechos patrullaba junto con el PNP Celso Seminario Sánchez y le pareció ver dos personas jugando, pero al percatarse bien advirtió que en realidad se trataba de un robo, circunstancias en la que dieron aviso a fin de que envíen refuerzos. Preciso que había dos personas y uno más quien era el conductor del mototaxi, y cuando los intervinieron, Balarezo Montesinos no opuso resistencia sino solo Ponce Huiche.

17.4. Declaración en juicio oral del PNP Walter Rosadio Aragón del diez de mayo de dos mil dieciocho (foja 455) quien manifestó que no recordaba los detalles de la intervención y se remitió al acta que suscribió.

DECIMOCTAVO. Por tanto, existe un mismo correlato lógico y coherente entre las testimoniales, de las cuales se desprende que la agraviada fue interceptada por un varón y una fémina, quienes luego de arrebatárle sus pertenencias se subieron al mototaxi que los esperaba.

Asimismo, se tiene como dato objetivo que Balarezo Montesinos fue detenido a escasos metros del lugar de los hechos cuando intentaba huir con su coacusada Ponce Huiche, lo que descarta su tesis defensiva referida a que desconocía la resolución criminal de los demás sujetos, de lo contrario, hubiese tenido tiempo suficiente para continuar con su trayecto, tal como lo afirmó la Sala Superior. Además, su accionar constituye un **indicio de fuga del**



lugar de los hechos, lo que no se contradice con que, luego, no opuso resistencia a la intervención.

DECIMONOVENO. Por otra parte, es necesario resaltar que la detención de Balarezo Montesinos y Ponce Huiche fue en flagrancia delictiva, pues la autoridad policial los intervino inmediatamente luego de cometidos los hechos, y se encontró el bolso sustraído a la víctima. De tal forma que el delito no se logró ejecutar perfectamente, pues conforme lo establece la Sentencia Plenaria N.º 1-2005/DJ-301-A¹⁴, para determinar el momento de la consumación del robo, el criterio rector es el de la disponibilidad potencial sobre la cosa –de realizar materialmente sobre ella actos dispositivos–, compatible con la teoría de la *ablatio* que importa sacar la cosa de la esfera de custodia, de la vigilancia o de la actividad del tenedor.

Si los agentes son sorprendidos en flagrancia o *in situ*, perseguidos inmediatamente, sin interrupción y capturados con el íntegro del botín, o en el curso de la persecución lo abandona, pero este es recuperado; entonces, el delito quedó en grado de tentativa, como en el presente caso. Este es un factor importante a tener en cuenta para la determinación judicial de la pena, como se anotará luego.

VIGÉSIMO. Por su parte, la defensa de Balarezo Montesinos cuestionó la preexistencia de los bienes sustraídos. Al respecto, nuestro ordenamiento jurídico procesal se rige por el sistema de la sana crítica racional de la prueba y, en virtud de ello, si no existe boleta, factura y/o comprobante de pago que corrobore la cuantía del bien, es válido dar por acreditada la preexistencia del mismo con la prueba personal; es decir, la declaración de la agraviada¹⁵. Sin perjuicio de ello, cabe precisar que, en este caso, los bienes de la agraviada fueron encontrados en el mototaxi, los cuales ella reconoció inmediatamente y, posteriormente, se los devolvieron.

¹⁴ Del treinta de setiembre de dos mil cinco, fojas 9 y 10.

¹⁵ Cfr. Recurso de Nulidad N.º 114-2014, Loreto y Casación N.º 646-2015/Huaura, entre otros.



VIGESIMOPRIMERO. En ese sentido, se aprecia que en la sentencia recurrida se justificó la decisión, puesto que se valoraron adecuadamente las pruebas, y la conducta de Balarezo Montesinos se subsumió en el delito de tentativa de robo con agravantes cometido en perjuicio de Claudia Cristina Vásquez García, mediante el uso de una réplica de arma de fuego, y con la intervención de pluralidad de agentes.

VIGESIMOSEGUNDO. Finalmente, ambos sentenciados, en sus recursos de nulidad, cuestionaron lo concerniente a la pena impuesta. Para verificar su corrección, en principio, se debe verificar el marco penal abstracto del delito, luego la concurrencia de circunstancias atenuantes y/o agravantes, circunstancias de disminución de la punibilidad y, finalmente, si existe alguna reducción de la pena por bonificación procesal (confesión sincera, terminación o conclusión anticipada).

VIGESIMOTERCERO. El delito materia de procesamiento es el de robo con agravantes previsto en el artículo 189 del CP que prevé una pena no menor de doce ni mayor de veinte años. El fiscal superior solicitó para ambos sentenciados la pena de diez años de privación de libertad por tratarse de un delito tentado, y la Sala Superior impuso a Ponce Huiche y Balarezo Montesinos cinco y siete años de la referida pena, respectivamente.

En este caso, es determinante la tentativa, pues esta causal de disminución de punibilidad¹⁶ determina por disposición de la ley, que la pena se fije prudencialmente por debajo del mínimo legal.

Ahora bien, para establecer el *quantum* (cantidad) de dicha rebaja, se debe considerar que ambos sentenciados no registraban antecedentes penales o judiciales –lo que sí fue considerado por la Sala Superior– y que al momento de los hechos tenían menos de diecinueve años, tal como lo señaló la defensa de Ponce Huiche en su recurso. A ello, se debe agregar que es

¹⁶ En las casaciones números 66-2017/Junín y 167-2018/Lambayeque, en las que se desarrollan ampliamente las diversas causales de disminución de punibilidad que contempla el Código Penal y su forma de aplicación en el procedimiento de determinación judicial de la pena.



necesario evaluar la concurrencia de dos circunstancias agravantes específicas, así como la forma en que se cometieron los hechos, cómo intervino cada uno de los sentenciados y su actitud procesal.

VIGESIMOCUARTO. De acuerdo con tales consideraciones, estimamos que es correcta la pena de cinco años de privación de libertad impuesta a Ponce Huiche, dado que la disminución de siete años resulta proporcional, **y se desestima su solicitud sobre la aplicación de conversión de la pena**, pues el artículo 52 del CP contempla como presupuesto que la sanción resultante a imponerse sea no mayor de dos años de pena privativa de la libertad (para convertirse en multa) o no mayor de cuatro años de pena privativa de libertad (para convertirse en prestación de servicios a la comunidad), lo que no se cumplió en el presente caso.

Sin embargo, no estamos de acuerdo en el extremo de la pena impuesta a Balarezo Montesinos -siete años de pena privativa de libertad-, la que en mérito a los principios de proporcionalidad e igualdad consagrados en los artículos VIII del Título Preliminar y 10 del CP, debe ser disminuida un año. Por lo que se amparan los agravios expuestos por su defensa y, en consecuencia, se declara haber nulidad en este extremo de la sentencia; y, reformándola, debe fijarse en seis años de pena privativa de libertad.

VIGESIMOQUINTO. En lo concerniente a la reparación civil *ex delicto*, el Acuerdo Plenario N.º 04-2019/CJ-116¹⁷ establece que se trata de una responsabilidad que no nace porque el hecho sea delito, sino debido a que este produce un daño o implica un menoscabo patrimonial en la víctima¹⁸. Por lo tanto, se genera una acumulación heterogénea de acciones (civil y penal), cuyos objetos se encuentran relacionados puesto que se fundan en hechos cometidos por una misma persona, del cual derivará el daño penal (ofensa al bien jurídico que determina la imposición de una pena) y el daño civil.

¹⁷ Del 10 de setiembre de 2019. Asunto: Absolución, sobreseimiento y reparación civil. Prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal.

¹⁸ Foja 25.



Por su parte, el artículo 93 del CP prescribe que la reparación civil comprende: **a)** la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y, **b)** la indemnización de los daños y perjuicios. Este concepto se fija en consideración de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, a fin de que guarde correspondencia con el daño ocasionado a la agraviada.

En este caso, el fiscal superior solicitó el pago de mil soles como reparación civil, a favor de la agraviada, y la Sala Superior lo determinó de modo solidario y por el mismo importe. Tal como se anotó, este extremo no fue cuestionado por la defensa de Ponce Huiche y la defensa de Balarezo Montesinos no formuló agravios específicos, pues de manera general solo solicitó su absolución. En consecuencia, se debe ratificar el importe impuesto.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces y las juezas integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, **ACORDARON:**

I. NO HABER NULIDAD en la sentencia del dos de julio de dos mil dieciocho, emitida por la Tercera Sala Penal Liquidadora, ex-Primera Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, en el extremo que condenó a **REBECA ANTOINETHE PONCE HUICHE** y **DARIÉN ALEXIS BALAREZO MONTESINOS** como coautores del delito de tentativa de robo con agravantes, en perjuicio de Claudia Cristina Vásquez García, y le impuso a la sentenciada **PONCE HUICHE** cinco años de pena privativa de libertad.

II. HABER NULIDAD en la referida sentencia, en el extremo que le impuso a **Balarezo Montesinos** siete años de pena privativa de libertad. **REFORMÁNDOLA**, se le impuso **seis años** de pena privativa de libertad, la cual se computará con el descuento de carcelería que sufrió por el mandato de prisión preventiva, y desde en que sea capturado.

III. NO HABER NULIDAD en la referida sentencia, en el extremo que fijó el pago solidario de mil soles que en concepto de reparación civil deberán pagar los dos sentenciados a favor de la agraviada.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 1990-2019
LIMA NORTE**

IV. DISPONER que se devuelvan los autos a la Sala Penal Superior y se haga saber a las partes apersonadas en esta Sede Suprema.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

AQUIZE DÍAZ

BERMEJO RÍOS

SYCO/rbb

Lpderecho.pe