



La tentativa constituye una atenuante privilegiada

La conducta del acusado se encuentra acreditada con suficiente prueba actuada y analizada en el proceso, y habiendo quedado en grado de tentativa lo resuelto por la Sala debe mantenerse.

Lima, veinticinco de enero de dos mil veintiuno

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del sentenciado **Luis Ángel Barzola Flores** contra la sentencia emitida el treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho por la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, que lo condenó como coautor del delito contra el patrimonio-robo agravado en grado de tentativa, en agravio de Jhorman Branden Huamán Salinas, a seis años de pena privativa de libertad, con lo demás que contiene.

Intervino como ponente el señor juez supremo SEQUEIROS VARGAS.

CONSIDERANDO

Primero. Fundamentos de la impugnación

- 1.1.** La defensa funda su recurso en las causales contenidas en el artículo 429.1 y 4 del Nuevo Código Procesal Penal (en adelante NCPP) y concretamente en la afectación de las garantías de presunción de inocencia y el debido proceso, y por falta de logicidad en la motivación.
- 1.2.** Se ha forzado la figura penal, toda vez que los hechos están referidos a una pelea y no a un robo, dado que el agraviado, con unos muchachos pandilleros, le rompieron al recurrente la luna de su cuarto y, al increparle este, se produjo la pelea.
- 1.3.** La declaración del agraviado no guarda coherencia ni solidez, puesto que en su manifestación preliminar en presencia del fiscal primero dijo que le metieron la mano a su pantalón en búsqueda de dinero y no llegaron a llevarse nada porque no tenía dinero; después refirió que solo portaba su pasaje (S/ 4 –cuatro soles–), y



luego señaló que no lo despojaron de dinero, sino que solo lo golpearon.

Segundo. Contenido de la acusación

Se le imputó al recurrente haber cometido el delito de robo agravado en grado de tentativa el día seis de noviembre de dos mil quince, aproximadamente a las 9:45 horas, cuando el agraviado Jhorman Branden Huamán Salinas se dirigía a su centro de labores ubicado en el sector Miguel Grau, Pamplona Alta, distrito de San Juan de Miraflores, provincia y departamento de Lima. Este descendió de un vehículo público en el paradero Grau, instante en que descendieron los procesados Frann Erick Mondragón Mueras y Luis Ángel Barzola Flores del mismo vehículo, y procedió el encausado Mondragón Mueras a sujetar del cuello a la víctima, mientras que el procesado Barzola Flores le propinó golpes de puño al agraviado en el rostro y en el labio, luego de lo cual introdujo sus manos en los bolsillos de su pantalón buscando dinero, pero se percató de que la víctima no se encontraba en poder de dinero ni de pertenencia alguna que pudieran sustraerle. En tales circunstancias, una persona de la zona intervino y les indicó a los imputados que soltaran a la víctima, momento en que llegó al lugar un policía, quien procedió a intervenir a los asaltantes.

Tercero. Calificación jurídica

La conducta del acusado se encuentra prevista y sancionada en el artículo 188 concordante con los artículos 189.4 (con el concurso de dos o más personas) y 16 (tentativa) del Código Penal con una pena no menor de doce ni mayor de veinte años de privación de libertad.

El fiscal solicitó treinta y tres años y cuatro meses de pena privativa de libertad por cuanto en su opinión el acusado es reincidente.

Cuarto. Fundamentos de la sentencia impugnada

4.1. La Sala Superior, al realizar el análisis de los medios probatorios acopiados en todo el proceso, bajo el principio de libre valoración, utilizó criterios de valoración racionales y desestimó las apreciaciones puramente subjetivas o que vulneren los principios de experiencia o los conocimientos científicos.



- 4.2.** Para ello, se cuenta con la declaración del agraviado prestada a nivel preliminar en presencia del fiscal, la que fue analizada teniendo en cuenta los parámetros exigidos por el Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116.

Quinto. Fundamentos del Tribunal Supremo

- 5.1.** De todo el material probatorio se ha llegado a acreditar suficientemente la responsabilidad del acusado. La Sala Superior hizo una debida apreciación de los hechos y las pruebas actuadas en el proceso, y llegó a un fallo condenatorio conforme a la imputación fiscal.
- 5.2.** Como prueba de cargo se tiene la declaración del agraviado prestada en etapa preliminar en presencia del fiscal, la que reúne las garantías de certeza establecidas por el Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116. En efecto:
- No se advierte animadversión o un ánimo espurio en contra del acusado, puesto que antes de los hechos no se conocían.
 - Dicha declaración goza de verosimilitud por tratarse de una narración coherente y sólida, producto de la experiencia sufrida, y ha sido corroborada con otros medios probatorios, como el certificado médico legal que se le practicó, que concluyó que el agraviado presentaba "tumefacción leve más equimosis rojiza en región bpalpebral de lado derecho, tumefacción más equimosis rojiza en mucosa labial superior e inferior de lado derecho", ocasionada por agente contundente duro, y en observaciones detalló que el agraviado presentó signos de retardo psicomotor.
 - El testimonio del policía Víctor Fernando Muñoz Ochoa, a nivel preliminar, en presencia del fiscal, quien refirió que, alertado por los vecinos, intervino a los acusados porque el agraviado los sindicaba como los autores del intento de robo. Dicho testigo también concurrió al juicio oral, donde refirió que unas personas lo alertaron diciéndole que se peleaban y que al parecer estaban robando; uno de ellos decía que le habían pegado y querido robar, mientras que el otro hablaba de la ruptura de un vidrio.
 - También concurrió al plenario el testigo policía William Gerardo Laurente de la Paz, quien señaló que cuando



estaba por el mercado Ollantay se le acercó una señora y le avisó que a poca distancia había ocurrido un robo, cuando fue encontró al agraviado, y este contó que le habían intentado robar metiendo sus manos a los bolsillos, y los acusados estaban acorralados por los vecinos.

- Por último, también cuenta con persistencia, pues el agraviado se ratificó en su inicial sindicación contra el acusado en el acta de reconocimiento físico de personas, donde lo sindicó específicamente como el individuo que lo golpeó en el rostro e intentó robarle buscando en sus bolsillos.
- 5.3.** Por lo tanto, la versión del agraviado reúne las garantías de certeza establecidas por el Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116, que dotan de suficiente valor probatorio a la sindicación, la cual fue prestada en presencia del fiscal, por lo que posee todas las garantías de ley.
- 5.4.** Otro aspecto que crea convicción en el juzgador es que su coacusado, Frann Erick Mondragón, en su declaración instructiva, aceptó que intentaron robarle al agraviado entre los dos, y que era mentira esa historia de que el agraviado le rompió la luna de la ventana a su coacusado, aunque en juicio oral se retractó de dicha declaración y refirió que fue mal asesorado. Sin embargo, la Sala tiene la facultad de optar por una u otra declaración y elegir la que le otorgue mayor fiabilidad conforme al precedente vinculante recaído en el Recurso de Nulidad número 3044-2004/Lima.
- 5.5.** Los agravios del acusado en cuanto a que la declaración del agraviado no es uniforme no deben ser atendidos por cuanto en lo nuclear de la sindicación e imputación se trató de una tentativa de robo; mientras que respecto a que se trató de una pelea por la ruptura de unos vidrios de su habitación el acusado nunca introdujo medios de prueba que acrediten su versión; es más, su propio coacusado en algún momento del proceso aceptó los hechos y desvirtuó dicha versión.
- 5.6.** Finalmente, la versión de la pelea que alega el imputado no posee consistencia en razón de dos situaciones no explicadas: **i)** el motivo de la pelea y **ii)** si no se conocían, no había ninguna razón para una pelea repentina; en todo caso, no se han



explicado de manera razonable y coherente las circunstancias de dicha pelea, solo se argumentan pretextos no acreditados ni verosímiles para intentar una situación fáctica que no se condice con la realidad. Se concluye que hay indicios de presencia, de mala justificación y de capacidad para delinquir, además de las pruebas directas y materiales que se han glosado; condiciones que otorgan convicción sobre la responsabilidad penal del imputado.

- 5.7.** Por ende, existen suficientes medios probatorios de cargo que enervan la presunción de inocencia del acusado en la comisión del delito (que no se consumó). En consecuencia, lo resuelto por la Sala Superior debe mantenerse.

Sexto. Determinación de la pena

- 6.1.** Por Ley número 30076¹, se adicionó el artículo 45 A -imposición de las penas por tercios- y se reformó el artículo 46 del Código Penal con los incisos 1 y 2 -circunstancias atenuantes y agravantes-, que son las reglas para la determinación de la sanción punitiva en el aludido código.
- 6.2.** El citado artículo 45-A del Código Penal ha incorporado etapas para determinar la pena aplicable. Estableció en primer orden la pena básica, esto es, la pena mínima y máxima conminada en el tipo penal. Seguidamente, el juez debe dividir dicha pena básica en tercios. Y para llegar a la pena concreta continuará con las reglas que precisan los numerales 2 y 3 del citado artículo.
- 6.3.** En este caso, a diferencia de la pena solicitada por el Ministerio Público y coincidiendo con el análisis de la Sala Superior, el acusado no resultaría ser un reincidente porque la anotación de pena que registra es de carácter condicional.
- 6.4.** En este caso, no existen circunstancias atenuantes ni agravantes, por lo que la pena deberá ser ubicada en el tercio inferior, y agregado a ello cuenta con una atenuante privilegiada por cuanto no se consumó el delito y se deben considerar sus calidades personales (un joven de veinticinco años de edad a la fecha de los hechos, conforme a su ficha de Reniec², conviviente

¹ Publicada el diecinueve de agosto de dos mil trece.

² Foja 27.



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.º 803-2020
LIMA SUR**

y con una hija, obrero, con quinto año de secundaria), por lo que el análisis de la Sala Superior se encuentra acorde a ley y a los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la pena, motivo por el que debe mantenerse.

DECISIÓN

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

- I. **DECLARARON NO HABER NULIDAD** en la sentencia emitida el treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho por la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, que condenó a **Luis Ángel Barzola Flores** como coautor del delito contra el patrimonio-robo agravado en grado de tentativa, en agravio de Jhorman Branden Huamán Salinas, a seis años de pena privativa de libertad, con lo demás que contiene.
- II. **DISPUSIERON** que se transcriba la presente ejecutoria suprema al Tribunal de origen. Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

IASV/gmls